

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA ADLÎ YARDIM

Ayşe KILINÇ

(Doktora Tezi)

Eskişehir, 2013

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA ADLÎ YARDIM

Ayşe KILINÇ

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Ocak, 2013

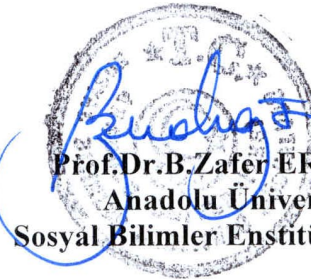
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ayşe KILINÇ'ın "Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım" başlıklı tezi 16 Ocak 2013 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES
Üye : Prof.Dr.Oğuz ATALAY
Üye : Doç.Dr.Murat ATALI
Üye : Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK
Üye : Yard.Doç.Dr.Nilüfer BORAN GÜNEYSU

İmza




Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA ADLÎ YARDIM

Ayşe KILINÇ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Danışman: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Medenî usûl hukukunda adlî yardım, devletin sunduğu adalet hizmetlerinden doğan yargılama giderlerinden ilgiliyi geçici olarak muaf tutmak olarak tanımlanır. Bu çalışmada medenî usûl hukuku bakımından adlî yardım kurumu ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu kapsamda olmak üzere beş bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, adlî yardımla ilgili genel bilgilere yer verilecektir. Yine bu bölümde karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım sistemleri hakkında bilgiler de verilecektir.

Bir hakkın konusu olarak adlî yardım, kaynağını birçok anayasal temel hak ve ilkeden alır. Adlî yardımın anayasal temel hak ve ilkelerle ilişkisi ikinci bölümde ele alınacaktır. Ayrıca bu bölümde adlî yardımın medenî usûl hukukunun amacı ve medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerle ilişkisi de incelenecektir.

Hukumumuzda adlî yardımın düzenlenişi ile ilgili bilgilere üçüncü ve dördüncü bölümlerde yer verilecektir. Medenî usûl hukukunda adlî yardımın temel ilkelerinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adlî yardım konusu üçüncü bölümde incelenecektir. Dördüncü bölümde ise, adlî yardım bakımından özel düzenlemeler hakkında bilgiler verilecektir.

Çalışmanın esas amaçlarından biri de, adlî yardımın düzenlemesi ve işleyişi ile ilgili sorunları tespit etmek ve bu sorunlara çözümler bulmaya çalışmaktır. Çalışmanın beşinci bölümünde ise bu konu hakkında bilgiler verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Adlî yardım, yargılama giderlerinden muafiyet, anayasal hak ve ilkeler, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler

Abstract

LEGAL AID IN CIVIL PROCEDURE LAW

Ayşe KILINÇ

Department of Private Law

Institution of Social Sciencies, Anadolu University

Advisor: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Legal aid in civil procedure law is described to exempt concerning person temporarily from legal costs arising from justice services provided by state. In this study, the institution of legal aid in aspect of civil procedure law is examined. In that scope in the first chapter of this study, which includes five chapters, general information concerning legal aid is given. Nevertheless, in that chapter legal aid systems in comparative law will be provided.

As a matter of right, legal aid is based on many constitutional and fundamental rights and principles. The relationship between legal aid and constitutional and fundamental rights and principles is dealt with in second chapter. Again in this chapter, the relations of legal aid with the aim of civil procedure law and the principle which are prevalent over civil procedure law will be elaborated.

Information for legislation of legal aid in our legal system is given in third and fourth chapters. Legal aid in Code of Civil Procedure which sets out fundamental principles for legal aid in civil procedure, is examined in third chapter. In the fourth chapter the information on special provisions for legal aid is given.

One of the main purposes of the study is to find out problems concerning legislation and function of the legal aid and to resolve that problems. The fifth chapter focuses on this issue.

Keywords: legal aid, exemption from legal costs, constitutional rights and principles, principles for civil procedure law.

24./01./2013

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlakî ve hukukî sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

(Adı Soyadı, İmza)

Ayşe KILINÇ



Özgeçmiş

Ayşe KILINÇ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Eğitim

Lisans	2005	Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	2001	H. Ahmet Kanatlı Yabancı Dil Ağırlıklı Lisesi

İş/İstihdam

2006-2009	Eskişehir Barosu, Serbest Avukat
2009-halen	Dumlupınar Üniversitesi, Araştırma Görevlisi

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve tarihi	: Eskişehir, 23.10.1983
Cinsiyeti	: Kadın
Yabancı Dili	: İngilizce, Almanca

İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Öz.....	iii
Abstract.....	iv
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	v
Özgeçmiş.....	vi
Tablolar Listesi.....	xv
Kısaltmalar Listesi.....	xvi
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Genel Bilgiler ve Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım

1. Kavram, Amaç ve Tarihi Gelişim.....	6
1.1. Kavram ve Kurumun Hukukî Anlamı.....	6
1.1.1. Kavram.....	6
1.1.2. Terim sorunu.....	11
1.2. Kurumun Amacı ve Önemi.....	14
1.3. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması.....	18
1.4. Tarihî Gelişim.....	20
1.4.1. Genel olarak.....	20
1.4.2. Türk hukukunda.....	26
1.4.2.1. Genel olarak.....	26
1.4.2.2. Cumhuriyet öncesi dönem.....	26
1.4.2.3. Cumhuriyet sonrası dönem.....	29
2. Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım.....	30
2.1. Genel Olarak.....	30
2.2. Kıta Avrupası Hukukunda.....	32
2.2.1. Alman hukukunda adli yardım.....	32
2.2.2. Avusturya hukukunda adli yardım.....	48
2.2.3. İsviçre hukukunda adli yardım.....	53

2.2.4.	Fransız hukukunda adlî yardım.....	57
2.2.5.	Hollanda hukukunda adlî yardım.....	59
2.2.6.	İsveç hukukunda adlî yardım.....	61
2.2.7.	İtalyan hukukunda adlî yardım.....	63
2.3.	Anglo-Amerikan Hukukunda Adlî Yardım.....	64
2.3.1.	Amerikan hukukunda adlî yardım.....	64
2.3.1.1.	Adlî yardım sisteminin işleyişi.....	64
2.3.1.1.1.	Adlî yardım servisleri.....	64
2.3.1.1.2.	Pro bono hizmetleri-ücretsiz yardımlar.....	68
2.3.1.1.3.	Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri.....	69
2.3.1.2.	Adlî yardıma katkı sağlayan diğer unsurlar.....	71
2.3.1.2.1.	Hukuk fakülteleri.....	72
2.3.1.2.1.	Avukatla temsil edilmeyen taraflar.....	72
2.3.1.3.	Yeni yaklaşımlar.....	73
2.3.1.3.1.	Tıbbî ve Hukukî ortaklıklar.....	74
2.3.1.3.2.	Adalet erişim kaynağı.....	74
2.3.1.4.	Yeni gelişmeler.....	75
2.3.2.	İngiliz hukukunda adlî yardım.....	77
2.3.2.1.	Adlî yardım sisteminin kısa bir tarihçesi.....	77
2.3.2.2.	Adlî yardım sisteminin işleyişi.....	79
2.3.2.3.	Adlî yardıma katkı sağlayan diğer unsurlar.....	84
2.3.2.3.1.	CLAC'lar ve Networkler.....	84
2.3.2.3.2.	Gönüllü hizmetler.....	85
2.3.2.3.3.	Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri ve hukukî koruma sigortası.....	86
2.3.2.3.4.	Avukatla temsil edilmeyen taraflar.....	87
2.3.2.3.5.	McKenzie arkadaşlar.....	88
2.3.2.4.	Adlî yardımla ilgili gerçekleştirilen güncel reformlar.....	89
2.4.	AB Hukukunda Adlî Yardım.....	90
2.4.1.	Genel olarak AB Usûl Hukuku ve yeknesaklaştırma çalışmaları.....	90

2.4.2.	AB Usûl Hukukunda adlî yardımla ilgili çalışmalar.....	90
2.5.	Karşılaştırmalı Hukuktaki Adlî Yardım Sistemlerinin Değerlendirilmesi.....	98
2.5.1.	Genel olarak.....	98
2.5.2.	Karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım modellerinin sınıflandırılması.....	102
2.5.2.1.	Adlî yardım sağlayıcıları bakımından adlî yardım modelleri.....	102
2.5.2.1.1.	Salt (katkısız) kamu destekli (pure public provision) adlî yardım modeli.....	102
2.5.2.1.2.	Tedarikçi (arza dayalı) (supply-side subsidies) adlî yardım modeli.....	103
2.5.2.1.3.	Talebe bağlı/talep yönlü (tied demand-side subsidies) adlî yardım modeli veya judicare modeli.....	103
2.5.2.1.4.	Kamu ve transfer politikaları (tax-and-transfer policies) adlî yardım modeli.....	103
2.5.2.2.	Finansman kaynakları bakımından adlî yardım modelleri.....	103
2.5.2.2.1.	Tam gelişmiş sosyal sigorta (full-blown social insurance) modeli.....	104
2.5.2.2.2.	Serbest piyasa (free market) modeli.....	104
2.5.2.2.3.	Hak temelli yaklaşım (rights-based approach) modeli.....	104
2.5.2.3.	Adlî yardım hizmetlerine yapılan katkı bakımından adlî yardım modelleri.....	105
2.5.2.3.1.	Müşterek menfaat (mutual interest) modeli.....	105
2.5.2.3.2.	Hizmet satın alan tedarikçiler (purchaser-supplier) modeli.....	105
2.5.2.3.3.	Katkı (contribution) modeli.....	105
2.5.2.3.4.	Ödünç (loan) modeli.....	106

2.5.3.	Karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım modellerinin sınıflandırılmasına ilişkin değerlendirme.....	106
2.5.4.	Adaletin etkinliğine dair Avrupa Komisyonu (CEPEJ)'nin 2010 tarihli Avrupa Konseyine üye ülkelerin yargısal sistemlerindeki adaletin etkinliği ve niteliği hakkındaki raporu.....	107

İkinci Bölüm

Adlî Yardımın Anayasal Temelleri ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

1.	Adlî Yardımın Anayasal Temel Hak ve İlkelerle İlişkisi.....	113
1.1.	İnsan Hakları, İnsan Onuru ve Adlî Yardım.....	113
1.2.	Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti ve Adlî Yardım.....	115
1.2.1.	Genel olarak adil yargılanma hakkı.....	115
1.2.2.	Hak arama hürriyeti ve adlî yardım.....	118
1.3.	Eşitlik İlkesi ve Adlî Yardım.....	126
1.4.	Hukuk Devleti ve Adlî Yardım.....	130
1.5.	Sosyal Devlet ve Adlî Yardım.....	134
1.6.	Hukukî Korunma Talebi, Etkin Hukukî Korunma ve Adlî Yardım.....	137
1.7.	Adalete Erişim Hakkı ve Adlî Yardım.....	140
1.8.	Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Adlî Yardım.....	143
2.	Adlî Yardımın Medenî Usûl Hukukunun Amacı ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi.....	147
2.1.	Adlî Yardımın Medenî Usûl Hukukunun Amacı ile İlişkisi.....	147
2.2.	Tasarruf İlkesi ve Adlî Yardım.....	149
2.3.	Taraflarca Hazırlama İlkesi ve Adlî Yardım.....	153
2.4.	Teksif İlkesi ve Adlî Yardım.....	155
2.5.	Dürüstlük Kuralı, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ve Adlî Yardım.....	157
2.6.	Usûl Ekonomisi İlkesi ve Adlî Yardım.....	160

2.7. Yargılamada Kullanılan Dil ve Adli Yardım.....	161
---	-----

Üçüncü Bölüm

Hukuk Muhakemeleri Kanununda Adli Yardım

1. Genel Olarak.....	165
2. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Adli Yardımın Düzenlenişi.....	166
3. Adli Yardımın Uygulanma Alanı.....	167
4. Adli Yardımdan Yararlanabilen Kimseler.....	177
5. Adli Yardımdan Yararlanma Şartları.....	181
5.1. Ekonomik Anlamda Yetersizlik Şartı (Yoksulluk Şartı).....	181
5.2. Haklılık Şartı.....	185
5.3. Yabancılar İçin Karşılıklılık Şartı.....	189
6. Adli Yardım Usûlü.....	193
6.1. Görev ve Yetki.....	193
6.2. Adli Yardımın Hukukî Niteliği.....	196
6.3. Adli Yardım Talebi ve İnceleme Usûlü.....	200
6.3.1. Adli yardım talebinin yapılış şekli ve zamanı.....	200
6.3.2. Adli yardım talebinin sonuçları.....	203
6.3.3. Adli yardım talebinin ispatlanması.....	205
6.3.3.1. Ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatlanması.....	205
6.3.3.2. Haklılık şartının ispatlanması.....	211
6.3.3.3. Yabancılar için aranan karşılıklılık şartının ispatlanması.....	214
7. Adli Yardım Talebinde Yargılama Usûlü.....	217
8. Adli Yardım Kararının Özellikleri, Kapsamı ve Etkileri.....	222
8.1. Adli Yardım Kararının Özellikleri.....	222
8.2. Adli Yardım Kararının Kapsamı.....	226
8.2.1. Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet.....	227

8.2.2.	Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet.....	229
8.2.3.	Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin devlet tarafından avans olarak ödenmesi.....	234
8.2.4.	Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini.....	237
8.3.	Adlî Yardım Kararının Etkileri.....	240
9.	Adlî Yardımın Sona Ermesi.....	249
9.1.	Adlî Yardımı Sona Erdiren Nedenler.....	250
9.1.1.	Adlî yardımdan yararlanan (gerçek) kişinin ölmesi veya tüzel kişiliğin sona ermesi.....	250
9.1.2.	Adlî yardımdan yararlanan kimsenin dava dışı kalması.....	251
9.1.3.	Adlî yardım kararının kaldırılması (geri alınması).....	252
9.1.4.	Asıl dava veya takip ya da talebin sonuçlanması.....	253
9.2.	Adlî Yardım Kararı ile Ertelenen Yargılama ve Takip Giderlerinin Tahsili.....	254
9.2.1.	Adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haklı çıkması.....	255
9.2.2.	Adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkması.....	256
9.2.3.	Tarafların sulh olması suretiyle asıl dava veya takibin sonuçlanması.....	260
9.3.	Adlî Yardım Kararı ile Atanan Avukatın Ücretinin Ödenmesi.....	261

Dördüncü Bölüm

Adlî Yardım Bakımından Özel Düzenlemeler

1.	Avukatlık Hukukunda Adlî Yardım.....	265
1.1.	Genel Olarak.....	265
1.2.	Avukatlık Hukukundaki Adlî Yardım Düzenlemeleri Bakımından Avukatın Önemi.....	267

1.3.	Adlî Yardım Büroları.....	273
1.3.1.	Adlî yardım bürolarının kuruluşu, görevleri ve işleyişi.....	273
1.3.2.	Adlî yardım talebi ve yapılış şekli (adlî yardım usûlü).....	275
1.3.3.	Adlî yardım bürolarının finansmanı.....	284
1.4.	Avukatlık Hukukunda Adlî Yardıma İlişkin Özel Durumlar.....	286
1.5.	Avukatlık Hukukundaki Adlî Yardım Sisteminin Ceza Yargılamasında Uygulanması.....	289
2.	İcra ve İflâs Hukukunda Adlî Yardım.....	291
3.	Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardıma İlişkin Hükümlerin İdarî Yargıda Uygulanması.....	295
4.	Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardıma İlişkin Hükümlerin Ceza Yargılamasındaki Adlî Yardımın Düzenlenişi ile Karşılaştırılması.....	299
5.	Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmelerde Adlî Yardım.....	308
6.	Özel Kanun Hükümleri Gereği Adlî Yardımdan Yararlanabilme.....	312

Beşinci Bölüm

Adlî Yardım ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri

1.	Adlî Yardımın Hukukî Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri.....	315
1.1.	Genel Olarak.....	315
1.2.	Adlî Yardımın Farklı Kanunlarda Düzenlenmesi.....	316
1.3.	Yargılama Öncesi Hukukî Danışma Yardımının Düzenlenmesi.....	318
1.4.	Adlî Yardımdan Yararlanabilen Kimselerin Sınırlı Olması.....	320
1.5.	Adlî Yardımdan Yararlanabilme Şartlarından Kaynaklanan Sorunlar.....	321
1.5.1.	Ekonomik anlamda yetersizlik şartının düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlar.....	321

1.5.2.	Haklılık şartının düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlar.....	324
1.6.	Adli Yardımdan Yararlanan Kimsenin Kendi Avukatını Seçememesi.....	326
1.7.	Adli Yardıma İlişkin Hukukî Düzenlemelerde Esas Alınması Gerekenler.....	328
2.	Adli Yardım Sisteminin İşleyişinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri.....	329
2.1.	Adli Yardım Sisteminin Tanıtımının Yetersiz Olması.....	330
2.2.	Adli Yardıma Geç Karar Verilmesi.....	330
2.3.	Adli Yardım Talebine İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yoluna Başvurulamaması.....	332
2.4.	Adli Yardım Hizmetleri Kapsamında Sunulan Avukatlık Yardımı ile İlgili Sorunlar.....	333
3.	Adalete Erişimi Sağlamada Adli Yardıma Alternatif Kurumlar ve Hukukumuza Uygulanabilirliği.....	335
3.1.	Hukukî Danışma Merkezleri ve Pro Bono Hizmetleri.....	336
3.2.	Şarta Bağlı Avukatlık Ücreti Sözleşmeleri.....	337
3.3.	Hukukî Koruma Sigortası.....	340
3.4.	Hukuk Klinikleri.....	343
	Sonuç.....	350
	Kaynakça.....	360

Tablolar Listesi

Sayfa

Tablo 1.	(Alman hukukunda ZPO § 115'in ekinde yer alan) adlî yardımdan yararlanan kimsenin gelirine göre ödemesi gereken aylık taksit miktarları.....	36
Tablo 2.	(Fransız hukukunda) sınırlı olarak adlî yardımdan yararlanan kimsenin esas alınacak aylık gelir miktarları ve adlî yardıma katkıda bulunması gereken oranlar.....	58
Tablo 3.	(İngiliz hukukunda) adlî yardımdan yararlanan kimsenin katkıda bulunması gereken miktarlar.....	82
Tablo 4.	(CEPEJ (2010) raporuna göre) Avrupa Konseyi'ne üye devletler bazında adlî yardım hizmetlerinin kapsamı.....	112

Kısaltmalar Listesi

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
AY	: Anayasa
BerHG	: Beratungshilfegesetz
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	: Bundesgesetzblatt
Bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMEİHB	: Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi
BRAGO	: Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAO	: Bundesrechtsanwaltsordnung
CEPEJ	: European Commission for the Efficiency of Justice
C.	: Cilt
CAB	: The Citizens' Advice Bureaux
CDS	: Criminal Defence Service
CLAC	: Community Legal Advice Centre
CLS	: Community Legal Service
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usûlü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Danıştay

Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSMH	: Gayri Safi Milli Hasıla
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İYUK	: İdarî Yargılama Usûlü Kanunu
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
LAB	: Legal Aid Board
LAD	: Directive on Legal Aid
LCD	: Lord Chancellor's Department
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
LSC	: Legal Services Commission
ALSC	: (American) Legal Services Corporation
m.	: madde
MDP	: Multi-Disciplinary Practices
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MLP	: Medical-legal Partnerships

MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
ÖZPO	: (Österreich) Zivilprozessordnung
PkH	: Prozesskostenhilfe
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
RpflG	: Rechtspflegergesetz
S.	: Sayı
s.	: sayfa
Schw. ZPO	: (Schweiz) Zivilprozessordnung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBDD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD	: Terazî Hukuk Dergisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve diğerleri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

Giriş

Günümüzde yargı örgütünün işleyişi, yargılamanın masraflara bağlı olarak tanımlandığını gösterir. Bu sebeple çoğu modern hukuk sisteminde uyumsuzlukların devletin yargılama makamları eliyle çözülebilmesi için, tarafların belirli oranlarda yargılama masraflarına katkıda bulunmaları gerekir. Nitekim devletler, bütün bireylerin cüzî de olsa ücret karşılığında adalet hizmetlerinden yararlanabilmelerine ilişkin düzenlemeler getirerek, bu anlamda bireylere yargılamanın yürütülebilmesinde maddî olarak katkıda bulunma yükümlülüğü yüklemiştir¹.

Mahkemelere eşit erişim imkânı veya hakkı, geçmişten günümüze uzanan dünya çapında bir sorundur. Ekonomik anlamda yetersiz² ya da yabancı statüsündeki kimseler, adalet hizmetlerinden yeterli bir şekilde yararlanabilmek bakımından her yerde zorluklarla karşılaşır. Mahkemeye erişim, bir toplum için adaleti sağlamanın yalnızca bir şeklini oluşturur. Mahkemeye erişimi gerçekleştirebilmek içinse adil çözümler sağlayan ve yargılamanın işleyişini kolaylaştıran bir hukuk sisteminin varlığı gerekir. Mahkemelere aktif olarak erişme sorunu, esasen medenî usûl hukukunda ortaya çıkar. Zira ceza yargılamasında yalnızca pasif bir savunma sorunu mevcuttur. Bu anlamda medenî usûl hukuku bakımından adalet hizmetlerinden yararlanmanın maliyeti yüksek olduğundan dolayı, mahkemelere eşit erişimi sağlamanın bedeline kimin katlanacağı sorusu gündeme gelmiştir³.

Modern anayasalarda ve uluslararası belgelerde kabul edilen eşitlik ilkesi gereği, bütün bireylerin özel hukuka dayanan iddialarında yetkili mahkemeler önünde devletin hukukî güvencesinden aynı derecede yararlanabilmeleri gerekir. Dolayısıyla devletin

¹ H. Heuberger (1947). *Das Armenrecht der Aargauischen Zivilprozessordnung*. Aarau: Buchdruckerei Eugen Keller, s. 13.

² "Yoksul" ve "yoksulluk" kavramları yerine, "ekonomik açıdan elverişsiz" ve "ekonomik elverişsizlik" veya "ekonomik açıdan elverişsizlik" kavramlarını kullanan Yaşar için bkz. İ. Yaşar (2006). *Adli Yardım Uygulaması*. *İBD*, 80 (5), s. 2007-2026.; Biz de çalışmamızda, gerek kavram birliğini sağlamak, gerekse uluslararası alanda modern anlamda adli yardım kurumunun gelmiş olduğu noktayı dikkate alarak, hukuk literatürüne girebilecek bir kavram olarak "yoksul" kavramı yerine "ekonomik anlamda yetersiz", "yoksulluk" kavramı yerine de "ekonomik anlamda yetersizlik" kavramlarını kullanmayı uygun bulduk.

³ H. A. Hirte (1991). Access To The Courts For Indigent Person: A Comparative Analysis Of The Legal Framework In The United Kingdom, United States And Germany. *The International And Comparative Law Quarterly*, 40 (1), s. 91.

görevi bireylerin hukukî korumalarını sağlamak ve onların bu haklarını devlet yardımı aracılığıyla garanti altına alır⁴.

Magna Carta'dan bugüne kadar devletin sorumluluğu, etkili, verimli ve erişilebilir bir yargılama sisteminin sağlanması olarak tanımlanmıştır. Hatta adlî yardıma ilişkin bazı hukuk reformlarının girişinde de, adalete erişimin sağlanmasının devletin sorumluluğunda olduğu belirtilerek, adlî yardımın temel bir vatandaşlık hakkı olduğu hususu vurgulanmıştır⁵.

İşte mahkemelere eşit erişimi sağlamak devlete bir görev olarak yüklenmiş ve bunun sonucunda ortaya çıkan devlet yardımı anlayışı ile bugün hukukî bir kurum olarak düzenlenen adlî yardım kavramının temelleri de atılmıştır. Halen modern hukuk sistemleri tarafından anayasal güvencelerle hukukî düzenlemelere sahip olan adlî yardım kurumu, uluslararası düzenlemelerde de bir hakkın konusu olarak kabul edilir.

Genel ifadesiyle devletin sunduğu adalet hizmetlerinin bedelini karşılamak bakımından yetersiz olan kimselere tanınan muafiyet veya ücretsiz devlet yardımı olarak tanımlanabilen ve yargılama hukukunun birçok cephesinde yer alan adlî yardım kurumu, düzenlenmesinden işleyişine birçok tartışmayı da beraberinde getirir. Hukukumuzda adlî yardım kurumunun genel olarak yargılama hukukunun farklı dallarında ayrı düzenlemeye ve işleyişe sahip olduğunu ifade etmek mümkündür. Ayrıca her ne kadar adlî yardım kurumu, avukatlık hukukunun ve idarî yargılama hukukunun düzenlemelerine konu olsa da, belirtilen düzenlemeler, medenî usûl hukukunda düzenlenen adlî yardım kurumunun tamamlayıcısı veya uzantısı olarak karşımıza çıkar. Ancak medenî usûl ve icra iflâs hukuku doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusunu "Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım" oluşturmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda adlî yardım kurumu medenî usûl hukuku bağlamında ele alınacaktır. Şüphesiz ki, yargılama hukukunun diğer alanlarındaki düzenlemelere ve işleyişlere de yeri geldiğinde çalışmanın amacı ve kapsamını aşmamak üzere yer verilecektir.

1086 sayılı HUMK'u yürürlükten kaldırarak 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren ve yeni sayılabilen 6100 sayılı HMK'nın 334-340. maddeleri arasında düzenlenen

⁴ O. Atalay (1986). *Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 1.; Heuberger (1947), s. 13.

⁵ C. Parker (1999). *Just Lawyers: Regulation And Access To Justice*. Oxford: Oxford University Press, s. 32.

adlî yardım kurumunun ihtiyaca cevap verdiğini ifade etmek maalesef pek mümkün değildir. Her ne kadar yeni tarihli bir kanunla düzenlendiğine dikkat çekilse de, HMK'da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümlerle, esasen HUMK'daki hükümlerin dili sadeleştirilmiş ve öğreti ve uygulamada tartışmalara sebep olan bazı konularda yeni düzenlemeler getirilerek önceki adlî yardım sistemi muhafaza edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, medenî usûl hukuku bakımından reform niteliği taşıyan 6100 sayılı HMK, adlî yardım kurumunda köklü bir değişiklik yapmamıştır. Dolayısıyla HMK'da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümler, mevcut sorunlara çözüm bulamamaktadır.

İlk olarak, adlî yardım kurumu gerektiği şekilde işletilememektedir. Bunun sebebi ise genel olarak adlî yardım sisteminin yeterince tanıtılmamış olmasıdır⁶. Yine HMK'da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümlerin vatandaşların hukukî korunma taleplerine yeterince cevap verdiği de ifade edilemez. Nitekim bu eksiklikler, avukatlık hukukundaki düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır. Bu durumun da uygulamada adlî yardım sisteminin çift başlı bir görüntü arz etmesine sebep olduğu ileri sürülmüştür. Yine bunun gibi daha birçok soruna mevcut adlî yardım sistemi ile çözüm bulmak zor gözükmektedir. Ayrıca şunu belirtmekte yarar vardır ki, gerek Türk hukuk öğretisinde gerekse uygulamada adlî yardım kurumu ile ilgili az sayıda münferit çalışma dışında yeterli sayıda bir çalışma yapıldığını ifade etmek de mümkün değildir. Kısacası hukukumuzda adlî yardım, hem akademik düzeyde hem de uygulamada çok dikkat çekilen bir konu değildir. Medenî usûl hukuku bakımından adlî yardım sisteminin arz ettiği mevcut görüntü, bizi bu konu üzerinde çalışmaya sevk etmiştir. Ancak, HMK ile birlikte yargılamanın başında gider avansı yatırılması zorunluluğu, adlî yardımı daha da güncel hale getirebilecektir.

Çalışmamızın amacı esasen medenî usûl hukuku bakımından adlî yardım kurumunun düzenlemesinden ve işleyişinden kaynaklanan sorunları tespit etmek ve karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım sistemleri ve yeni adlî yardım reformlarını da referans göstererek bu sorunlara çözümler bulmaya çalışmaktır. Bu kapsamda gerek yerli ve yabancı hukuk literatürlerinden gerekse ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarından mümkün olduğunca yararlanılmak suretiyle konu incelenmeye çalışılacaktır.

⁶ O. Atalay (1986), s. 1.

"Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım" konulu bu çalışma, giriş ve sonuç bölümleri dışında beş ana bölümden oluşmaktadır.

Adlî yardım kurumu ile ilgili genel bilgiler ile adlî yardımın karşılaştırmalı hukukta düzenlenişinin yer aldığı birinci bölümde; kurumun hukukî anlamı, tarihî gelişim süreci ve karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım sistemleri incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümde; adlî yardımın anayasal temel haklar ve ilkelerle ilişkisi ile medenî usûl hukukunun amacı ve medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerle ilişkisi incelenecektir. Bu anlamda ilk iki bölümde yer alan özellikle karşılaştırmalı hukukta düzenlenen adlî yardım sistemleri, adlî yardım modellerinin sınıflandırılması ve adlî yardım kurumunun anayasal temel haklar ve ilkelerle ilişkisi ile medenî usûl hukukunun amacı ve medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerle ilişkisinin incelendiği kısımlar, çalışmamızın beşinci ve son bölümünde ele alınan tartışmalara temel teşkil etmesi bakımından da önemlidir.

Adlî yardım kurumunun hukukumuzdaki düzenlemeleri ile ilgili kısımlar çalışmamızın üçüncü ve dördüncü bölümlerinde incelenecektir. Bu anlamda öncelikle ve esas olarak çalışmamızın üçüncü bölümünde adlî yardım kurumunun halen yürürlükte olan HMK'daki düzenlemesi ele alınacaktır. Ancak hem HMK'nın yakın bir tarihte yürürlüğe girmiş olması, hem HMK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinin yürürlükten kaldırılan HUMK'daki hükümlerle paralellik arz etmesi sebebiyle çalışmamızın bu kısmında her iki kanunî düzenlemelere ve HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde öğretisi ve uygulamada tartışılan ancak HMK ile hukukî açıklığa kavuşan konulara da mümkün olduğunca yer verilecektir. Zira önceki kanun döneminde tartışılan konulara yer vermenin halen yürürlükte olan kanunî düzenlemenin teorik alt yapısını ve geçmişini görmek bakımından önemli olduğu kanısındayız.

HMK'da yer alan adlî yardım düzenlemesinin ardından adlî yardım bakımından özel düzenlemelerin yer aldığı çalışmamızın dördüncü bölümde; medenî usûl hukukundaki adlî yardım sisteminin diğer bir kısmını oluşturan avukatlık hukukundaki adlî yardım kurumuna ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere yargılama hukukunun diğer alanlarındaki adlî yardım kurumunun düzenlemeleri incelenecektir. Bu bölümde özellikle adlî yardım kurumunun medenî usûl hukukunun ayrılmaz bir parçası olan icra ve iflâs hukukundaki düzenlenmesi ve uygulaması üzerinde durulacak, İYUK ile HMK'daki adlî yardıma ilişkin hükümlere yapılan atıf dolayısıyla, medenî usûl

hukukundaki adlî yardıma ilişkin hükümlerin idarî yargılama alanında nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Yine medenî usûl hukukundan oldukça farklı bir düzenleme ve işleyişe sahip olan ceza yargılamasında adlî yardım kurumunun düzenlemesine de yer verilecektir. Ayrıca bu bölümde adlî yardım alanındaki uluslararası gelişmelerin önemi dikkate alınarak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan adlî yardım kurumu ile ilgili düzenlemeler de incelenecektir.

Beşinci ve son bölümünde ise, çalışmamızın esas amacına ulaşabilmesini sağlamak amacıyla adlî yardım kurumu ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri ele alınacaktır. Dolayısıyla öncelikli olarak hukukumuzda adlî yardım kurumunun düzenlenmesinden ve işleyişinden kaynaklanan sorunlar ile bu sorunların aşılabılmesinde yararı olabileceğini düşündüğümüz çözüm önerilerine yer verilecektir. Ayrıca bu bölümde karşılaştırmalı hukukta adalete erişimi sağlamak için adlî yardım kurumuna alternatif olarak geliştirilen kurumlar ve bu kurumların hukukumuza uygulanabilirliği de incelenecektir.

Çalışmada yapılan değerlendirmelere yer verilen sonuç kısmı ile çalışmaya son verilecektir.

Birinci Bölüm

Genel Bilgiler ve Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım

1. Kavram, Amaç ve Tarihî Gelişim

1.1. Kavram ve Kurumun Hukukî Anlamı

1.1.1. Kavram

Modern hukuk sistemlerinde adalet dağıtımı ücretsizdir. Diğer bir ifadeyle, taraflar bu iş için hâkime herhangi bir ücret ödemezler⁷. Ancak tarafların gerek yargılamanın yürütülebilmesi için yargılamanın devamı süresince gerekse avukat görevlendirilmesinden kaynaklanan yargılama dışında birtakım masraflar yapmaları gerekir⁸. Bu masrafların karşılanması bazı durumlarda tarafların ekonomik gücü ve imkânlarını aşabileceği için bu kimseler bakımından haklarını kaybetme tehlikesi doğabilir. Sırf ekonomik güçsüzlükler veya elverişsizlikler yüzünden bir hakkın kaybolması ise sosyal adalete uygun düşmez. Adalet dağıtımı hizmetini yalnızca ekonomik anlamda güçlü veya elverişli kimselerin yararlanabilecekleri bir hizmet olmaktan kurtarmak için, yargılamanın gerektirdiği masrafları ödeyemeyecek durumda olan kimselerin geçici olarak da olsa bu masraflardan muaf tutulması ve gerekirse kendilerine bir vekil tayin edilmesi gerekir⁹.

Devletin temel görevleri arasında, vatandaşlarının hukukî korunma taleplerini olumlu yönde karşılamak yer alır. Dolayısıyla birçok hukuk sistemi, kanun önünde eşitlik ilkesini sağlayarak ekonomik anlamda yetersiz durumda olan vatandaşlarının

⁷ S. Ş. Ansay (1960). *Hukuk Yargılama Usûlleri*. (7. bası). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 170.

⁸ S. Üstündağ (1997). *Medenî Yargılama Hukuku C. I-II*. (6. baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 765, 767.; E. Schilken (2002). *Zivilprozessrecht*. (4. Auflage). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, s. 527-528 Rn. 1076.

⁹ N. Aday (1997). *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*. (2. baskı). İstanbul: Beta Yayınları, s. 165.; Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 5.; M. R. Belgeşay (1944). *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku (Hukuk, Ceza ve İdare Usûlü Muhakemelerinin Sentetik İzahı) 2. C. Fasikül 1-2*. İstanbul: Marifet Basımevi, s. 174.; B. Kuru (2001a). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. V*. (6. baskı). İstanbul: Demir Demir, s. 5418.; B. Kuru vd. (2011). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. (6100 Sayılı HMK' na Göre Yeniden Yazılmış 22.. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 744.; E. Önen (1979). *Medenî Yargılama Hukuku*. Ankara: AÜHF Yayınları, s. 125.; İ. E. Postacıoğlu (1968). *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. (Genişletilmiş 4. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 535.; A. Taşkın (1999). Adli Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı. *TBB*, (3), s. 836.; A. Taşkın (2000). Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması. *AÜHFD*, 9 (1-4), s.121.; Üstündağ (1997), s. 775.

adalet hizmetlerinden yararlanabilmesine engel olan sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla yargılama giderlerinden muafiyet ilkesini benimsemiştir¹⁰. İşte en genel ifadesiyle, maddî hukuktan doğan bir hakkın yargısal teminatı için gereken masraflardan ilgiliyi geçici olarak muaf tutmaya adlî yardım adı verilmektedir.

Öğretide adlî yardımın başka açılardan çeşitli şekillerde de tanımı yapılmaktadır. İlk olarak adlî yardım, temel olarak avukatlık ücreti de dâhil yargılama giderlerinin kamu eliyle önceden ödenmesi olarak ifade edilir¹¹. Diğer bir tanımlamaya göre ise sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmiş olan adlî yardım, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere, yargılama makamları önünde haklarını arayabilmeleri veya savunma yapabilmeleri için maddi kolaylıklar sağlanması anlamına gelir¹². Bir başka açıdan ise adlî yardım, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin yargılama giderlerine karşılık, ekonomik destek aldıkları devlet destekli bir sistem olarak tanımlanır¹³.

Adlî yardım kavramından anlaşılması gereken aslında ekonomik anlamda yetersiz durumda olan tarafın yargılama giderlerinden muaf tutulması ve ücretsiz hukukî yardım almasıdır. Ancak bu tanımlama asla adlî yardım ile sağlanan hukukî korumanın, yargılama giderlerini ödememe hakkını tanıdığı anlamına gelmez. Zira, -adlî yardım sisteminin işleyişinde- yargılama giderlerinden tamamen değil ve fakat geçici bir muafiyet hakkı söz konusudur. Böylece yargılama giderleri yalnızca bir süreliğine ertelenmiş olmaktadır¹⁴.

Ayrıca belirtmekte yarar vardır ki, birçok hukuk sistemi tarafından adlî yardım, özellikle ceza yargılaması bakımından, yalnızca mahkeme önünde temsili içeren bir hizmet olarak algılanmaya müsait bir kavramdır. Ancak adlî yardım, -yukarıda ifade ettiğimiz gibi- avukatla temsilden çok daha fazlasını ifade eden bir kavram olduğu gibi, bir hakkın konusu olarak da mahkeme önünde sınırlı bir temsil hakkından çok daha

¹⁰ O. Atalay (1986). s. 4.

¹¹ W. Zeiss ve K. Schreiber (2003). *Zivilprozessrecht*. (10. Neubearbeitete Auflage). Tübingen: M. Siebeck, s. 339 § 95 Rn. 882.

¹² H. Pekcanıtez vd. (2011). *Medenî Usûl Hukuku*. (11. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 705.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

¹³ A. Gray vd. (1996). Monitoring Legal Aid: Back To First Principals?. *Access To Justice Hume Papers On Public Policy*, 4 (4), s. 24.

¹⁴ Heuberger (1947), s. 14.

fazlasını ihtiva eder¹⁵. Zira adli yardımın sağlanmasının avukatla temsil ihtiyacının ötesinde, yardımseverlik, yoksulluğun azaltılması, hukuk sisteminde etkinlik, hukukun üstünlüğü, avukatların şahsi çıkarları ve insan hakları gibi bir dizi başka sebebi bulunmaktadır¹⁶.

Adli yardım kavramını, sağladığı hizmetler ve imkânlar esas alınarak dar anlamda adli yardım ve geniş anlamda adli yardım olarak incelemek mümkündür.

Dar anlamda adli yardım kavramı, HMK'nın 334. maddesine göre, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olup da haklı oldukları yolunda peşinen bir kanaat uyandırabilen kimselere sağlanan geçici muafiyeti ifade eder¹⁷. HMK'nın 335. maddesine göre bu muafiyet, peşin ödenmesi gereken yargılama giderlerinin ertelenmesi, bazı giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi ve gerektiğinde ücreti sonradan verilmek üzere bir vekil tayin edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Geniş anlamda adli yardım kavramını ise, ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimselerin hukukî korunma taleplerini ya da haklarını karşılayabilmek için yargılama öncesinde ve yargılama sırasında ekonomik imkânların ve kolaylıkların sağlanması olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan geniş anlamda adli yardım kavramı içerisine yargılama sırasında yapılan yargılama giderlerinin ertelenmesi yanında yargılama öncesinde yapılan hukukî danışma yardımı da girer¹⁸.

Pozitif hukukumuzda adli yardım kavramının sistematik olarak bir tanımının yapıldığını ifade etmek mümkün değildir. Ancak kurumun amacı, hizmetin niteliği,

¹⁵ Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan sosyal devlet akımlarının geliştirdiği adli yardım programları, mahkemelerde temsil edilmeyen vatandaş sayısını önemli ölçüde azaltmıştır. Zira bu programlar sık sık veya sürekli olarak yargılama dışı adli yardım hizmetlerini bertaraf etmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, çelişkili bir şekilde sosyal devlet programlarının artmasıyla yargılama dışı adli yardım hizmetlerinin -hukukî danışmanlık yardımının- azaldığına ilişkin olarak bkz. F. Regan (1999). Why Do Legal Aid Services Vary Between Societies?, Re-examining The Impact Of Welfare States And Legal Families: *The transformation Of Legal Aid Comperative And Historical Studies*. (Ed: F.Regan vd.), Oxford: Oxford University Press, s. 189 vd.

¹⁶ S. Rice (2007). *A Human Right To Legal Aid*. Sydney: Macquarie Law Working Paper No. 2007-14, s. 1-2.; (Ayrıca mevcut bir kopya için bkz. <http://ssrn.com/abstract=1061541>)

¹⁷ Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 5.; Belgesay (1944), s. 174.; Kuru (2001a), s. 5418.; Kuru vd. (2011), s. 744.; Önen (1979), s. 125.; Postacıoğlu (1968), s. 535.; Taşkın (1999), s. 836.; Taşkın (2000), s. 121.; Üstündağ (1997), s. 775.; Pekcanitez vd. (2011), s. 705.

¹⁸ O. Atalay (1986), s. 5.

kapsamı ve kurumdan yararlanma şartları bakımından kanun ve yönetmeliklerde çeşitli tanımlar yapılmaya çalışılmıştır¹⁹.

TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin 1. maddesinde, adli yardımın amacından yola çıkılarak, adli yardım kurumu "kişilerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini sağlama olanağı bulunmayanların bu hizmetlerden yararlanmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır.

1136 sayılı AvK'nın 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen adli yardımın kapsamı başlıklı 176. maddesi uyarınca adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara AvK'da belirtilen avukatlık ücretlerinin sağlanmasıdır.

HUMK'un adli yardımdan yararlanma şartlarını düzenleyen 465. maddesine göre, "Kendisiyle ailesinin geçimini önemli ölçüde zarurete düşürmeksizin, davanın gerektirdiği yargılama giderlerini kısmen veya tamamen karşılamaktan aciz kimselerin" adli yardımdan yararlanması düzenlenmişti. HMK'nın 334. maddesinde yer alan "Kendisi ve ailesinin geçinimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler." şeklindeki hüküm ile de önceki düzenlemenin içeriği muhafaza edilerek, dili sadeleştirilmiş ve geçici hukukî korunma taleplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceği yolunda bir ilave yapılmıştır²⁰.

Belirtilen düzenlemelerden yola çıkılarak "adli yardım" öğretide yukarıda belirttiğimiz gibi tanımlanmaya çalışılmıştır. Ancak adli yardım kavramının bir usûl hukuku kurumu olarak daha iyi ifade edilebilmesi için "yargılama giderleri" kavramından da bahsetmek yerinde olacaktır²¹.

Buna göre genel olarak yargılama giderleri, bir yargılama faaliyetinin yürütülebilmesi amacıyla ortaya çıkan ve tarafların ödemekle yükümlü oldukları bütün

¹⁹ C. O. Arslanalp (1987). Adli Yardım. *İzBD*, (4), s. 23.; Yaşar (2006), s. 2007.

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 3. bölüm, 3. Adli Yardımın Uygulanma Alanı başlıklı kısım.

²¹ O. Atalay (1986), s. 5.

giderlerdir²². Dar anlamda yargılama giderleri ise, davanın görülebilmesi ve yargılamanın sonuçlanarak karar verilebilmesi için tarafların doğrudan doğruya ödemekle yükümlü oldukları paralar olarak ifade edilir²³. Yargılama giderleri, HMK'nın 323. maddesinde on bent halinde sayılmış olup esasen buları "yargılama harçları", "vekâlet ücreti" ve tanık, bilirkişi ve taraflara ait diğer ücret ve giderleri belirtmek için "diğer yargılama giderleri" olarak üç grupta toplamak mümkündür²⁴.

Yargılama harçları, devletin yapmış olduğu yargılama faaliyeti dolayısıyla, belirli tutar ve oranlarda harç pulu yapıştırılarak ilgiliden alınan ücrettir²⁵. Yargılama harçları, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun birinci kısmında düzenlenmiştir ve bu harçlar; başvurma harcı, celse harçları ve müddeabihin para ile ölçülebilir olup olmamasına göre değişen maktu veya nisbî karar ve ilâm harcı olarak ifade edilir²⁶.

Vekâlet ücreti, müvekkil ile vekil arasında yapılan vekâlet sözleşmesi uyarınca müvekkilin vekile ödemekle yükümlü olduğu avukatlık ücretinin yanı sıra, yargılamada bir tarafın veya tarafların her ikisinin de kendisini bir avukat aracılığı ile temsil ettirmiş olması halinde, mahkeme tarafından yargılamanın sonunda haksız çıkan tarafa yükletilen ücreti de kapsar²⁷.

Diğer yargılama giderleri olarak ifade edilen üçüncü gruptaki yargılama giderleri ise, tanıklar, bilirkişi ve tarafların tebligat, yol ve konaklama giderleri ile yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden oluşur.

Ayrıca "yargılama giderleri" kavramının yanı sıra adlî yardım kavramı ile yakın bir ilişkisi olması bakımından diğer bir kavram olarak "hukukî danışma yardımı" kavramında da söz etmek gerekir. Öncelikle "hukukî danışma yardımı" kavramı, geniş anlamda adlî yardım kavramının içerisinde mütalaa edilir. Sosyal hayatın bir unsuru

²² Kuru vd. (2011), s. 729.; Önen (1979), s. 135.; Pekcanitez vd. (2011), s. 693.; Üstündağ (1997), s. 765.; "Yargılama giderleri aslında bir miktar paradır. Bu durum her ne kadar acı bir gerçek olsa da, asılsız davalara karşı da etkin bir silahtır." Zeiss ve Schreiber (2003), s. 335 § 94 Rn. 869.

²³ E. Yılmaz (1984). Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti. *ABD*, 41 (2), s. 200.

²⁴ W. Grunsky ve F. Baur (2006). *Zivilprozessrecht*. (Zwölfte Neu Bearbeitete Auflage). München: Luchterland, s. 257 § 20 Rn. 294.

²⁵ Harcın devletin yaptığı faaliyetler için az da olsa bir katkı niteliğinde sayılmasına rağmen yargılama giderlerinin yapılan hizmetin (örneğin yargılamada yapılan keşif faaliyetinin gerektirdiği ücretin) tümünün karşılanması şeklinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Yılmaz (1984), s. 200-201.

²⁶ N. Bilge ve E.Önen (1978). *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*. (3. baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları s. 329.; Pekcanitez vd. (2011), s. 694-695.; Yılmaz (1984), s. 200.; Yargılama harçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. B. Pınar (2009). *Yargı ve İcra Harçları*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 43 vd. Ayrıca bkz. 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 2. maddesi ve 1 sayılı tarife A-I, II, III.

²⁷ O. Atalay (1986), s. 6.; Bilge ve Önen (1978), s. 331.; Pekcanitez vd. (2011), s. 695-696.

olarak bireylerin günlük yaşantılarında pek çok hukukî sorunla karşılaşabilmeleri mümkündür ve bu sorunların önemli bir kısmı da mesleki bilgi ve tecrübeyi gerektirici nitelikte olup, bir hukukçunun yardımından yararlanma ihtiyacı doğurabilir. Zira bazen öyle karmaşık olaylar veya hukukî ilişkiler vardır ki, belirli sürelerle ve belirli şekillere uyulması gerekir ve bu şekil şartlarına uyulmadığı takdirde hakkı kaybetme tehlikesi doğar. Böyle bir durumda da artık başvurulacak hukukî yardım etkisiz ve faydasız hale gelecektir²⁸.

Ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin her ihtiyaç duyduklarında, bir hukukçudan hukukî yardım hizmeti alması, ekonomik anlamda ağır bir külfettir. Bu nedenle modern anlamda adlî yardım kavramı içerisine hukukî danışma yardımını da almak gerekir. Zira bireylerden bütün hukuk kurallarını bilmeleri ve hukukî sorunlarını tek başına çözmelerini beklemek anlamsız olup, avukatlık mesleğinin gelişimine de engel olan bir anlayıştır. Böylece bu sakıncayı bertaraf etmek ve ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler için yargılama dışında da hukukî sorunlarında yardıma bulunma gerekliliği sosyal bir politika olarak kabul edilmiş ve usûl hukuku alanında "hukukî danışma yardımı" kavramı doğmuştur²⁹.

Özetle geniş anlamda adlî yardım kavramı, yargılama öncesinde ve yargılama sırasında ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere sağlanan kolaylıklardır. Ancak çalışmamızda esas olarak -çalışmamızın konusu ve amacı bakımından- HUMK'da düzenlenen haliyle yargılama sırasında yapılan bir yardım olarak dar anlamda adlî yardım kurumu incelenecek olup, yeri geldiğinde geniş anlamda adlî yardım kavramı ile ilgili bilgiler de paylaşılacaktır.

1.1.2. Terim sorunu

Hukumuzda adlî yardım kurumunu ifade etmek için HUMK'da³⁰ ve AvK'da "adlî müzâheret" kavramı kullanılmıştır. Ancak "adlî müzâheret" kavramı literatürde yerini "adlî yardım" kavramına bırakmıştır³¹. Dolayısıyla öğreti ve uygulamanın "adlî yardım"

²⁸ O. Atalay (1986), s. 7.

²⁹ O. Atalay (1986), s. 8.

³⁰ HUMK'da Farsça kökenli bir kelime olan "müzâhereti adliye" kavramının kullanıldığına ilişkin bilgi için bkz. Bilge ve Önen (1978), s. 344, dn. 1.

³¹ Ancak nadir de olsa eski tarihli bazı yargı kararlarında "adlî yardım" kurumunu ifade etmek için farklı kavramlar kullanılmıştır. Örneğin; "...davanın reddine, davacı yargılama yardımından yararlandığından...karar verildi." Danıştay 10. D. 27.3.1974 T., 1971/3283 E., 1974/924 K. karar için bkz.

kavramını yaygın olarak kullanmasının sonucu olarak yakın bir tarihte yürürlüğe giren HMK'da da kavramın “adlî yardım” olarak ifade edilmesi gereği duyulmuştur. Yine AvK'nın ilgili maddelerinde, TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nde “adlî yardım” kavramı kullanılmıştır. Yardım kavramı, hem Türkçe oluşu hem de yapılmak istenen (hukukî) yardımı daha iyi ifade ettiği ve daha kapsamlı olduğu için tercih edilmiştir³².

Diğer taraftan sunulan yardımın kapsamına bakıldığında “adlî” kavramı da günümüz uygulamasında yetersiz kalır. AvK'daki düzenleme uyarınca özellikle baroların adlî yardım büroları³³, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere AvK'da yazılı tüm hizmetleri sunar. Ayrıca adlî yardıma ilişkin temel düzenleme niteliğinde olan HMK'daki hükümlere uygun olarak da verilen hizmetin kapsamı yalnızca yargılama faaliyetleri ile ilgili olmaktan çıkmış ve daha geniş bir şekilde bütün hukukî konularda yardımı içerir hale gelmiştir. Böylece sunulan yardımın kapsamı ve niteliğini daha iyi bir şekilde ifade etmek için “adlî” kavramı yerine “hukukî” kavramını kullanmanın daha uygun olacağı ileri sürülmüştür³⁴. Ancak “adlî yardım” kavramının, literatürde ve uygulamada kurumun işleyişini ve amacını ifade edebilmek bakımından yerleşmiş bir kavram olduğu gerçeği karşısında, yeni bir kavram arayışına girmenin gereksiz olduğu kanısındayız.

Hukukumuzda “adlî yardım” kavramının çalışmamızın konusunu oluşturan “yardım” kavramından farklı anlamları ihtiva eder şekilde kullanıldığına ilişkin örnekler mevcuttur³⁵. İlk olarak “adlî yardım” kavramı, “hukukî yardım” kavramının karşılığı

A. Ş. Gözübüyük (2003). *Yönetmelik Yargı*. (Güncelleştirilmiş 17. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 477 No: 574.

³² “Sözlük anlamıyla müzaheret; arka çıkmak, yardım etmektir. Arapça zahr'dan mastar olarak türetilmiştir. Aynı zamanda, İngilizce ve Fransızcada kullanılan –Assistance- kelimesinin karşılığı olarak Yasa'da yer almıştır. –Assistance- kelimesi ise anlam olarak yardım kelimesinin gerisinde kalmaktadır. Bu nedenle müzaheret yalnızca Arapça'dan türetildiği için değil, yapılmak istenen –hukukî- yardımı tamamen kapsamadığı için kullanılmayarak yerini yardım kelimesi almıştır.” Arslanalp (1987), s. 23.; HMK'nın m. 334/1'de adlî yardım kurumunun tanımı yapılarak, maddenin hükümet gerekçesinde, ilgili hükmün 1086 sayılı HUMK'ndaki düzenlemenin günümüz Türkçesine uyarlandığına ilişkin olarak bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

³³ “Baroların adlî yardım büroları, AvK'da belirtildiği gibi yalnızca yargılama makamları önündeki hukukî iş ve işlemlerde değil, AvK'nın 35. maddesinde sayılan hukukî meselelerde mütalaa verilmesi, adlî işlemlerin takip edilmesi, bu işlere ait bütün evrakların düzenlenmesi ve diğer resmi makamlardaki işlerin takip edilmesi şeklindeki diğer hukukî konularda da adlî yardım hizmeti verir. Ayrıca AvK'daki düzenlemelere paralel olarak yalnızca hukukî tavsiye ile çözülebilecek konularda adlî yardım bürolarının ön bürolarında da hukukî tavsiye sunma şeklinde hukukî yardım sunulabilir.” Yaşar (2006), s. 2008–2009.

³⁴ Arslanalp (1987), s. 24.; Yaşar (2006), s. 2009.

³⁵ Özellikle “adlî yardımlaşma”, “istinabe”, “hukukî yardım” kavramları, “adlî yardım” kavramı ile karıştırılmaya müsaittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Yılmaz (2001). *Hukuk Sözlüğü*. (genişletilmiş 6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 367.

olan istinabe yoluyla mahkemelerin birbirine ve devletin diğer resmi makamlarının mahkemelere ve savcılık makamına karşı yardım yükümlülüğünü ifade etmek için kullanılmıştır³⁶.

Yine “adli yardım” kavramının milletlerarası usûl hukukunda farklı devletlerin yargılama makamları arasındaki yardımlaşmayı sağlayan ve ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşmelere dayanan bir kurumu ifade etmek için kullanılması da yerinde değildir. Burada esas olarak kullanılması gereken kavram “adli yardımlaşma”dır³⁷.

Karşılaştırmalı hukukta ise “adli yardım” kurumunu ifade etmek için farklı kavramlar kullanılır. Örneğin, Alman hukukunda önceleri “armenrecht” olarak ifade edilen kavram, yerini “prozesskostenhilfe” kavramına bırakmıştır³⁸. Avusturya hukukunda “verfahrenshilfe”, İsviçre hukukunda “unentgeltliche rechtspflege”, Fransız hukukunda, “à l'aide juridique”³⁹ ve Amerikan-İngiliz hukuklarında ise “legal aid” kavramları kullanılır. Aslında Alman hukuku'ndaki “prozesskostenhilfe” kavramı, “yargılama gideri yardımı”, Avusturya hukukundaki “verfahrenshilfe” kavramı, “yargılama yardımı”, İsviçre hukukundaki “unentgeltliche rechtspflege” kavramı, “ücretsiz hukukî yardım” ve Amerikan-İngiliz hukuklarındaki “legal aid” kavramı ise “hukukî yardım” olarak Türkçe'ye çevrilir. Ancak ifade ediliş şekilleri birbirinden farklı

³⁶ O. Atalay (1986), s. 8.

³⁷ “Adli yardımlaşma” ve “adli yardım” kurumlarının mevzuatta farklı hükümlerle sevk edilmesine rağmen bazen karıştırılmaya yer verilecek şekilde kullanıldığına ilişkin örnekler mevcuttur. Özellikle konu “milletlerarası adli yardımlaşma” hususunda önemlidir. Zira milletlerarası adli yardım alanında düzenlenmiş ve Türkiye'nin de taraf olduğu bazı ikili veya çok taraflı adli yardımlaşmaya ilişkin uluslararası sözleşmelerde belirtilen kavram “adli yardımlaşma” veya “hukukî yardım” olarak değil, “adli yardım” olarak literatüre geçmiştir. Milletlerarası adli yardım konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. N. Esendal (2009). Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı. *THD*, 4(31), s. 186-187.; Milletlerarası adli yardım kavramının kullanımına ilişkin olarak bkz. A. C. Ruhi (2008). *Milletlerarası Usûl Hukukunda Tebligat: (Türkiye'den yurt dışına, yurt dışından Türkiye'ye yapılan tebligat)*. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayınları. s. 25, 35, 36, 89, 93, 130, 133, 134. ; Hatta bu konu ile ilgili yapılan uluslararası sözleşmelerde ve bazı yargı kararlarında da “adli yardımlaşma” kavramı “adli yardım” olarak ifade edilmiştir. Buna ilişkin bazı örnekler şöyledir; “Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasındaki Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Sözleşmesi” için bkz., RG. 9.11.1997 T., 23165 S.; Örnek yargı kararları olan Y. 2. HD. 15.11.1996 T., 1996/10721 E., 1996/11701 K.; Y. 2. HD. 12.3.2001 T., 2001/2269 E., 2001/3659 K.; Y. 19. HD. 11.4.2002 T., 2002/1822 E., 2002/2778 K.; Y. 2. HD. 17.6.2002 T., 2002/5796 E., 2002/8084 K.. kararlar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.; Ayrıca her iki kurumun birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmesine karşın ifade olarak aynı hataya düşen Tan için bkz. H. Tan (1951). Alman Hukukunda Adli Yardım Müessesesi. *Adalet Dergisi*, (9), s. 1422-1423.

³⁸ Ansay (1960), s. 177.; C. G. Paulus (2010), *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung Und Europäisches Zivilprozessrecht*. (Vierte, Überarbeitete Und Aktualisierte 4. Auflage). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, s. 62 Rn. 176.; L. Rosenberg vd. (2004). *Zivilprozessrecht*. (16 Neubearbeitete auflage). München: C.H. Beck, s. 564 § 87 Rn. 1.

³⁹ 1992 tarihli Kanun yürürlüğe girmeden önce “assistance judiciaire” olarak ifade edildiğine ilişkin olarak bkz. Bilge ve Önen (1978), s. 344 dn. 1.

olan bütün bu kavramlar hukukumuzda “adlî yardım” olarak ifade edilen kurumun karşılığını oluşturur.

Hukukumuzda kullanılan “adlî yardım” kavramı yerine karşılaştırmalı hukukta yer alan kavramları değerlendirdiğimizde de “adlî yardım” kavramını kullanmaya devam etmenin daha uygun olacağı kanısındayız. Zira karşılaştırmalı hukukta kullanılan kavramlar hukukumuzda “adlî yardım” kavramı ile anlatılmak istenen kavramı karşılamaya yetmez. Örneğin Alman hukukundaki “yargılama gideri yardımı” kavramı ve Avusturya hukukundaki “yargılama yardımı” kavramı, hukukumuz bakımından yalnızca HMK’da düzenlenen adlî yardım sistemine karşılık oluşturabilir. Oysaki hukukumuzda AvK’da düzenlenen adlî yardımın kapsamında yargılama öncesinde sunulan avukatlık hizmetleri de yer alır. Dolayısıyla belirtilen kavramlar, hukukumuz bakımından adlî yardımın kapsamında sunulan bütün hizmetleri kapsamadıkları için, bu kavramları model olarak almaya gerek olmadığı kanısındayız.

1.2. Kurumun Amacı ve Önemi

Devletin yargılama faaliyeti dolayısıyla yapmış olduğu bir kamu hizmeti olarak adalet dağıtımını işinin ücretsiz olması asıl olmakla birlikte, devletin yargı organlarının ilgililerin özel hukuka ilişkin menfaatleri hususunda verecekleri karar bakımından ilgiliden yapılan giderin bir kısmının karşılanması ilkesi benimsenmiştir⁴⁰. Zira ideal bir hukuk devletinde hak aramanın karşılıksız olması gerektiği görüşü ekonomik gerçekliklerle bağdaşmaz. Her ne kadar hak aramanın ücretsiz olması gider engelini ortadan kaldırırsa da hak aramanın akılcılığı da yok edilmiş olur⁴¹. Dolayısıyla bu anlamda yargılama giderleri, yargılama hizmetlerinin gerçek bedeli olmayıp, tarafın kendi sübjektif menfaatine ilişkin yargılama faaliyetine yalnızca bir katılım payı olarak ifade edilir⁴².

Medenî usûl hukukunun amacı, sübjektif hakların temin edilerek hukukî himayenin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, taraflar medenî usûl hukuku alanındaki uyuşmazlıklarını çözerlerken, yargılama hizmetlerinden yararlanmanın karşılığı olarak ortaya çıkan masrafların bir kısmını yüklenirler. Bunun sebebi ise, devletin vermiş

⁴⁰ O. Atalay (1986), s. 6.; Bilge ve Önen (1978), s. 327–328.; Yılmaz (1984), s. 200 vd.

⁴¹ P. Gottwald (2002). Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz. (Çev. Sema Taşpınar), *AÜHFD*, 51 (1), s. 8.

⁴² Yılmaz (1984), s. 200 vd.

olduğu yargılama hizmetlerine ortak olma ve aynı zamanda da asılsız olan davaların açılmasına engel olmaktadır⁴³.

Toplumsal adaletin gerçekleşmesinin amaç edinildiği sistemlerde bile bireyler devlete adli hizmetlerden yararlanabilmek için yargılama giderlerinin belirli bir kısmını öderler. Harç almanın amaçlarından biri de adaletin sağlanması olarak kabul edilirse, devletin benimsediği politik sistemin bireylerin yargılama giderlerine katılmaları ile ilgili olmadığı hususunu kabul etmek gerekir⁴⁴.

Harçların miktarlarının yüksekliği devlet açısından büyük bir politik öneme sahiptir. Zira pahalı bir yargı bireylerin haklarını aramalarına ve uyuşmazlıkların çözümün engel olabilir. Bu bakımdan adli yardım kurumu, devletin yargılama faaliyeti dolayısıyla harç almasının gerekliliği ile bireylerin haklarını arayabilme hürriyetleri arasında sınırlı bir dengeleme sunar⁴⁵.

Devletin, medenî usûl hukuku bakımından taraflardan yargılama giderlerine katılmalarına ilişkin beklentisini bir anlamda zorunlu olarak değerlendirmek gerekir⁴⁶. Dolayısıyla bu yönde yapılan düzenlemeler, hak arama hürriyetine aykırılık oluşturmaz. Örneğin, dava açılırken davacı tarafından yargılama harcının ödenmiş olması, dava açmakla davacıya düşen bir sorumluluğun veya borcun yerine getirilmesi değil, dava açmaya ilişkin mevcut yargılama kurallarının gereğinin yerine getirilmesi olarak görülmelidir⁴⁷.

Hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi için yargılama harcını ödemek gibi yargılama kurallarını yerine getirmek gerekir. Ancak, bireyler söz konusu yargılama kurallarını gerçekleştirmeye ilişkin imkâna sahip olmadıkları için bu kuralları yerine getiremiyorlarsa, diğer bir ifadeyle yargı organına başvurmada objektif açıdan imkânsızlık varsa, bu durum hak arama hürriyetinin gerçekleşmesine ciddi bir engel

⁴³ B. Pınar ve N. Meriç (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi. *TBBT*, S. 84, s.199.

⁴⁴ Pınar ve Meriç (2009), s. 199-200.

⁴⁵ O. Jauernig (2003). *Zivilprozessrecht Ein Studienbunh.* (28. Völlig Neubearbeitete Auflage). München: Verlag C.H.Beck, § 93 s. 386.

⁴⁶ Yargılama harcı almanın temel amacının kamu harcamalarına kaynak sağlamak olduğuna ilişkin bkz. Pınar (2009), s. 16-17 ve aynı yönde bkz. Pınar ve Meriç (2009), s. 200 dn. 26.; Tarafın yargılama faaliyeti sırasında yargılama gideri ödeme zorunluluğunun sosyal hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak sınırlandırılması ve ekonomik anlamda yetersiz taraf ile ekonomik anlamda yeterli taraf arasında çıkabilecek farklılıkların önlenmesi için çeşitli önlemler alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yılmaz (1984), s. 208-209.

⁴⁷ Pınar ve Meriç (2009), s. 200.

olarak görülmelidir⁴⁸. Gerek hukukumuzda gerekse diğer modern hukuklarda, yargılama giderlerinin yüksek olmasından kaynaklanan sorunların aşılmasında ortaya atılan görüşlerin ortak noktası, yargılama giderlerinin yüksek tutulmaması ve yüksek olmasından dolayı meydana gelen hak arama engellerinin nasıl giderileceğidir⁴⁹. İşte bu engellerin giderilmesine yönelik tedbirleri alma görevi sosyal devlet olmanın gereklerindendir⁵⁰.

Modern anlamda devletin ekonomik anlamda yetersiz kimseler bakımından adli yardım hakkının yanı sıra, adalete erişimi gerçekleştirmek amacıyla diğer alternatif yolları da aktif hale getirmekle yükümlü olduğu kabul edilir⁵¹. Böylelikle, “adli yardım hakkı” temelinden hareketle, adli yardım kurumu, hukuk düzenlemelerinin konusunu oluşturmuştur.

Adil yargılanma hakkını gerçekleştirmek amacına yönelik olan ve temel bir insan hakkı olan hak arama hürriyetinin kullanımını engelleyen veya güçleştiren ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılarak güvence altına alınması öncelikle bir iç hukuk sorunu olarak ele alınmış ancak uluslararası düzenlemelerle de bu husus genel ilke ve kurallara bağlanmıştır⁵².

Devlet adli yardım kurumu ile Anayasa'nın ve uluslararası sözleşmelerin tanıdığı olduğu hak arama hürriyetini (AY m. 36/1, AİHS m. 6), ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler bakımından kısıtlayan ekonomik engelleri diğer bir ifadeyle yargılama giderlerini kaldırır. Anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinden yararlanmak her bireyin hakkıdır. Anayasal hakkın kullanılmasını sağlayacak hukukî imkânlar bulunduğu oranda, hak aramada eşitlik gerçekleşebilir. Bu nedenle yargı önünde hakkını arayan kişilere yardım etmek gereği doğar. Adli yardım ise ekonomik

⁴⁸ H. Çelebi (1989). Hak Aramanın Maliyeti. *ABD*, (2), s.259.; Pınar ve Meriç (2009), s. 201–202.; Yılmaz (1984), s. 208–211.

⁴⁹ Yılmaz (1984), s. 202 dn. 7.

⁵⁰ A. Baumbach vd. (2001). *Zivilprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Anderen Nebengesetzen, Beck'sche Kurzkommentare Band 1*. (59. Neubearbeitete Auflage). München: Verlag C. H. Beck, s. 416 §114 Rn.2.; Rosenberg vd. (2004), s. 564 § 87 Rn. 1.; Gotwald (2002), s. 8.; Schilken (2002), s. 537 Rn 1095.

⁵¹ İ. Elveriş vd. (2005). Türkiye’de Adli Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi: *Türkiye’de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İdil Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 39-40.; Parker (1999), s. 32.

⁵² Taşkın (1999), s. 831.; Taşkın (2000), s. 117.

anlamda yetersiz durumda olan kimselere hak arama hürriyetini kullanma imkânlarından yararlanmayı sağlar⁵³.

Aynı şekilde, sosyal hukuk devletinin gereklerinden bir diğeri de vatandaşlarının haklarını elde edebilmelerine imkân sağlamaktır. Bunun için de Anayasa'da düzenlenen hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi ve adil yargılanma hakkının unsurlarından olan taraflar arasında silahların eşitliği⁵⁴ ilkesinin hayata geçirilebilmesi gerekir. Dolayısıyla gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kimselere her türlü maddî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerinde olup, bu gereğin yerine getirilmesi sosyal yardımın yargı alanındaki özel bir görünümü olarak ortaya çıkan adlî yardım ile mümkündür⁵⁵.

Böylelikle, adlî yardım sayesinde mahkemelere (ve diğer resmi makamlara) erişebilmenin yalnızca ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimselerin tekelinde olması önlenmektedir⁵⁶.

Medenî usûl hukukunda kendine özgü bir kurum olarak adlî yardım, devletin vatandaşlarının hukukî korunma taleplerini olumlu karşılama görevini yerine getirebilmesini sağlayarak diğer usûl hukuku kurumlarından ayrılır. Bu sebeple adlî yardım, öncelikle hukukî koruma alanındaki sosyal yardımın bir görünümüdür⁵⁷. Bu bakımdan adlî yardım, medenî usûl hukukunda şeklî ve usûle ilişkin bir kurum

⁵³ S. Deliduman (2005). Adlî Yardım İsteminin Zamanaşımı Üzerine Etkisi ve Konuya İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. *İBD*, 79 (4), s. 1113.; Kuru (2001a), s. 5418 dn. 2.; Kuru vd. (2011), s. 744 dn. 36.

⁵⁴ "Adlî yardım esasını, eşitlik prensibinde bulur. Fakat bu şekli değil, vatandaşların kanun önünde gerçek eşitliğidir. İki tarafın ekonomik açıdan farklılığının hakkını aramaya engel olmamasından gelen eşitlik, gerçek eşitliktir. Adlî yardım, ekonomik açıdan elverişsiz durumda olanların savunulması sayılınca bunda –sosyal yardım-, -hak aramda eşitlik-, -kanun önünde eşitlik- kavramlarından ayrı, kendine özgü bir niteliğe sahip olur." F. Erem (1970), Adlî Yardım. *İmran Öktem'e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 108.

⁵⁵ O. Atalay (2006). Hukuk Muhakemeleri Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adlî Yardım. *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, S. 8, s. 99.; Pekcanitez vd. (2011), s. 704-705; Grunsky ve Baur (2006), s. 262 § 21 Rn. 303.; E. Kalthoener vd. (2010). Prozess-und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe. (5. Völlig Neu Bearbeitete Auflage). München: Verlag C.H. Beck, s. 1 Rn. 1.

⁵⁶ Deliduman (2005), s. 1116.; Üstündağ (1997), s. 775.

⁵⁷ J. Albers (1987). Prozesskostenhilfe Als Sozialhilfe: *Gedächtnisschrift Für Wolfgang Martens*. (Ed. Peter Selmer, Ingo von Münch), Berlin, New York: Walter de Gruyter, s. 283 vd.; O. Atalay (1986), s. 9.; Kalthoener vd. (2010), s. 1 Rn. 1.; M. Plischuk (2002). *Das Verfahren Der Prozesskostenhilfe (Studienarbeit)*. (Dokument Nr. 11384). Bonn: Grin, s. 2.; Rosenberg vd. (2004), s. 564 § 87 Rn. 1.; K. Schellhammer (2004). *Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle*. (14. auflage). Heidelberg: C. F. Müller, s. 817 Rn. 1764.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 338 § 95 Rn. 881.

olmaktan ziyade, sosyal mülâhazalarla oluşturulan yargılamanın işleyişine yardımcı olan bir kurumdur⁵⁸.

1.3. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

Hukukumuzda, bazı durumlarda sosyal düşüncelerle kanunkoyucu tarafından yargılama giderlerinden muafiyet veya bunları sınırlandırma şeklinde bir düzenleme yapma gereği duyulmuştur⁵⁹. "Yargılama giderlerinden muafiyet" olarak literatüre yerleşen bir ilke halini alan bu durum, adli yardım kurumunun içeriğine yakın olmakla birlikte, işleyişi bakımından oldukça farklıdır.

Yargılama giderlerinden muafiyet ilkesi gereği, bazı kimseler, belirli dava ve işler bakımından bir kanun hükmü ile yargılama giderlerinden ve özellikle de harçlardan muaf tutulmuşlardır. Bu muafiyetlerin bir kısmı Harçlar Kanunu'nda bulunmakla birlikte⁶⁰, diğer bazı özel kanunlarda bu muafiyetlere yer verilmiştir⁶¹. Yargılama giderlerinden muafiyete ilişkin en önemli örnek 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun (6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile değişik) 23. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri, 29 uncu maddeye göre kaydedilen bütçede öngörülen ödenekten Bakanlıkça karşılanır. Davanın, davalı aleyhine sonuçlanması durumunda, bilirkişi ücreti 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak 29 uncu maddede düzenlenen esaslara göre bütçeye gelir kaydedilir.*" şeklindeki hükümdür.

Özel bir kanun hükmü ile bazı kimseler için belirli dava ve işlerde yargılama giderlerinden muafiyetin sağlanabilmesi bakımından, gerçek ve tüzel kişiler arasında bir

⁵⁸ O. Atalay (1986), s. 9.

⁵⁹ Üstündağ (1997), s. 765.

⁶⁰ Harçlar Kanunu'nda yer alan muafiyete ilişkin hükümler için bkz. m. 13, m. 14, m. 123, m. 124

⁶¹ O. Atalay (1986), s. 9.; Bu muafiyetlere ilişkin örnekler için bkz. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun m. 11; 4473 sayılı Yangın, Yersarsıntısı, Seylâp veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziya Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanun'un m. 46; 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 4999 sayılı Kanun'un m. 6 ile değişik m. 11; 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun m. 58; 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun m. 19/C; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun m. 36, 1606 sayılı Bazı Dernek ve Vakıfların Vergiden Muaf Tutulmasına Dair Kanun'un m. 1; 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun m. 20; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun m. 60. Belirtilen örnekler için bkz. O. Atalay (1986), s. 9 dn. 14.

ayrım söz konusu olmadığı gibi, bu muafiyetten yararlanabilmek için herhangi bir şartın yerine getirilmesine de gerek yoktur. Adlî yardımda ise, kanunla belirlenmiş kimseler için belirli dava ve işlerde yargılama giderlerinden muafiyetin değil, kanunda belirtilen şartları yerine getiren -kural olarak- her gerçek kişinin yararlanabileceği bir yargılama hizmeti söz konusudur⁶².

Adlî yardımdan yararlanabilmek için mutlaka mahkeme tarafından adlî yardım kararı verilmesi gerekirken, yargılama giderlerinden muafiyetin sağlanabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira bir kanun hükmü ile kimlerin hangi dava ve işler bakımından yargılama giderlerinden muaf olduğu önceden belirlenmiştir. Yine adlî yardım ile yargılama giderlerinden muafiyet arasındaki diğer önemli bir fark da, adlî yardım kararı ile yargılama giderlerinden geçici bir muafiyet sağlanarak, yargılama sonunda davayı kaybettiği takdirde tüm giderlerin adlî yardımdan yararlanan taraftan geri alınmasına karşın, yargılama giderlerinden kanun gereği muaf tutulan taraf, davayı kaybetse bile yargılama giderlerinden sorumlu olmaz⁶³.

Adlî yardım kurumuna benzer diğer bir kurum ise 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 33. maddesinin 1. fıkrasında yer alır. Buna göre sendika ve konfederasyonlar, çalıştırmayı doğuran hukukî ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılarına adlî yardımda bulunabilir. Sendikalar Kanunu'nun 33. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiş olan "adlî yardım" ifadesi, teknik olarak medenî usûl hukukunda düzenlenmiş olan "adlî yardım" kurumunu kastetmez ve somut bir uygulamasını da içermez. Zira bir medenî usûl hukuku kurumu olarak adlî yardım kararını vermek yetkisi mahkemelere ait iken, Sendikalar Kanunu'nda bahsedilen "adlî yardım" ancak bir tür hukukî danışma yardımı olarak "geniş anlamda adlî yardım" kavramı içerisinde mütalaa edilebilir⁶⁴.

Sendika ve konfederasyonların üye ve mirasçılarına yapacağı bu yardım, sendikaların toplu iş hukuku kapsamında yapmış olduğu diğer yardımlar gibi sosyal yardımın bir türü olarak değerlendirilmelidir. Bu yardım, sendikalar tarafından hakkını kullanmak isteyen üye ve mirasçılara ücretsiz olarak hukukî danışma hizmeti sunmak ve yargılama giderleri bakımından ekonomik destek sağlayarak gerçekleştirilebilir.

⁶² O. Atalay (1986), s. 10.

⁶³ O. Atalay (1986), s. 10.; H.M.Kabakçıoğlu (1942). Müzaheretü Adliye. *Adalet Dergisi*, (4), s. 377.

⁶⁴ O. Atalay (1986), s. 10-11.

Kısacası bu yardım, medenî usûl hukukunda düzenlenmiş olan adlî yardım kurumunda yapısı gereği farklı özelliklere ve işleyişe sahiptir⁶⁵.

1.4. Tarihî Gelişim

1.4.1. Genel olarak

Modern hukuk sistemlerinde bazı devletlerin anayasalarında yer alan, bazı devletlerin ayrı ve özel bir kanunla düzenledikleri ve gelişimi için devlet bütçesinden fon ayırdıkları adlî yardım kurumu, tarihî olarak değişik evrelerden geçmiştir. Adlî yardım kurumunun tarihî gelişim sürecine bakıldığında, bu yardım hizmetinin kapsamında ilk ve sürekli olarak avukatlık hizmetlerinin yer aldığı ifade edilebilir. Tarih boyunca avukatlar ve avukat örgütlenmeleri tarafından ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimselerin hak arama hürriyetinden yoksun bırakılmaması, mesleğin tanımı ve gereği olarak kabul edilerek, bu görev avukatların ve avukat örgütlenmelerinin görevleri arasında değişmez bir ilke olarak yerini almıştır⁶⁶.

İlk çağlardan beri, başkalarına öğütleriyle yardım eden ve yargı makamları önünde kendini savunamayacak durumda olanları savunan kişiler vardır. Önceleri bu kişilere "avukat" olarak hitap edilmese ve profesyonel anlamda avukatlık kurumu oluşmamış olsa bile, bu kişiler avukatlık hizmetleri görmüşlerdir. Şüphesiz ki, bu hizmetten yararlanma yöntemleri tarihî süreç içerisinde biçimlenmiştir ve buna bağlı olarak da ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hak arama hürriyetlerini sağlayan adlî yardım kurumu da çeşitli aşamalardan geçmiştir.

Adalet mekanizmasında başlangıçta yoksullara, sakatlara, dul ve yetimlere, kimsesizlere şefkat, merhamet ve acıma duygularıyla yapılan dinsel ve etiksel duygulara dayalı gönüllü savunma hizmeti, giderek anayasal hak olarak belirlenen bir kamu yardımına, sosyal dayanışma ve sosyal yardıma dayalı eşitlikçi bir yardıma dönüşmüştür⁶⁷.

İlk çağlarda, Eski Mısır, Pers, Babil, Hint ve Çin'de başkalarına yol gösteren ve yargı makamları önünde onlara yardımcı olan Bilge'ler vardı. Eski Yahudilerde de modern anlamda avukatlık hizmetine benzeyen işi gören Bilge'ler bulunurdu. Bu

⁶⁵ O. Atalay (1986), s. 11.

⁶⁶ Yaşar (2006), s. 2007

⁶⁷ Yaşar (2006), s. 2007

Bilge'ler, ortaya çıkan hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ücretsiz olarak hizmet ederlerdi⁶⁸.

Eski Yunan'da ilk dönemlerde savunma sanık tarafından yapılırdı. Solon Kanunları, tarafları kendi davalarını bizzat savunmalarını zorunlu kılmaktaydı. Fakat bir akraba, bir dost taraflara yardım edebilirdi. Daha sonra "Legographes" adında savunma hazırlayan yardımcıları ortaya çıktı. Bunlar savunmayı sözlü sunabilecek şekilde hazırlar ve ilgili tarafta bunu yargı makamları önünde sunardı⁶⁹. Sonraları Legographes'lar yargı makamları önünde ilgili tarafın yanında durmaya başladılar ve böylelikle Eski Yunan'da savunma bir meslek haline geldi⁷⁰. Önceleri herhangi bir karşılık beklemeksizin ücretsiz yapılan bu yardımlar, onorer birer yardımdı ve avukatların ücretsiz olarak adlî yardım hizmeti sunması dönemin insan ilişkilerinin bir gereği olarak kabul edilirdi⁷¹. Zamanla Eski Yunan'da karşılıksız görülen savunma hizmeti, özel çıkara dayalı bir meslek haline dönüşerek avukatlık hizmeti ücret karşılığında yapılmaya başlandı. Ücretsiz avukatlık hizmeti yapma dönemi sona erince, Eski Yunan sitelerinde her yıl fakirleri savunmak için on avukat belirlendi⁷².

Roma hukukunda ise, cumhuriyet döneminden klâsik çağın sonuna kadar hak aramak ücretsizdi ve davayı takip eden avukatlar için de hiçbir ücret kabul edilmemişti⁷³. İlk defa 284 yılında Diocletien devrinde günümüz yargılama giderlerine benzeyen "impensoe litis" adı verilen bir kurum ortaya çıkmıştır⁷⁴.

Roma hukukunda davada kendi adlarına taraf olmaları yasaklanmış olan on yedi yaşından küçük olanlar ve akıl veya fiziksel zayıflık gibi nedenlerden dolayı praetor kararlarını anlayabilecek durumda olmayan kimselerin mahkemede başkaları tarafından temsil edilmeleri zorunluydu. Bu gibi kimseler eğer mahkemeye temsilcilerini gönderemezlerse, praetor onlara kendilerini temsil edecek birini temin etmekteydi⁷⁵.

⁶⁸ Arslanalp (1987), s. 24

⁶⁹ F. Erem (1990). Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi. *ABD*, 47,(2), s. 206.; H. İnanıcı (2006). Uluslararası Gelişmeler Işığında Adlî Müzaharet. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 8 (2), s. 202.

⁷⁰ Arslanalp (1987), s. 24.; Erem (1990), s. 207.; İnanıcı (2006), s. 202.

⁷¹ F. Erem (1995). *Meslek Kuralları (Şerh)*. (4. baskı). Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 8-9.; İnanıcı (2006), s. 202.

⁷² Arslanalp (1987), s. 25.: Bu durumu "Fakirlerin Avukatı" kurumunun kaynağı olarak kabul eden Erem için bkz. Erem (1970), s. 111.

⁷³ O. Atalay (1986), s. 16.

⁷⁴ Erem (1970), s. 111.

⁷⁵ İnanıcı (2006), s. 202.; Roma Hukukunda "temsil" ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. A. H. J. Greenidge (1999). *The Legal Procedure Of Cicero's Time*. New Jersey: Lawbook Exchange, s.235-243; Benzer bir anlayışa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 80. maddesinde rastlamak mümkündür. Buna göre; "Hâkim, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre

Roma hukukunda, formula yargılamasında modern anlamda avukatlık kurumuna benzer bir kurum bulunmamasına rağmen "oratores" adı verilen gerek magistra, gerekse yargıç önündeki aşamalarda, davanın taraflarına hukukî anlamda yardım eden ve yardım ettikleri tarafın haklılığı konusunda hâkimi ikna etmeye çalışan kişiler bulunurdu⁷⁶. Roma hukukunun başarılı orator'larına örnek olarak Cicero, Pliny, Hortensius, İulius Caesar'ı göstermek mümkündür ve avukatlığa benzer olan bu görev herhangi bir ücret karşılığında yapılmazdı⁷⁷. Orator'lar, diğer meslek loncalarından ayrı bir meslek olduğunu ortaya koymak için Bizans İmparatoru Justin zamanında "Ordre" denilen bir "Oda" da toplanmıştır⁷⁸.

Digesta'dan edinilen bilgilere göre, Roma hukukunda avukatı olmayan tarafa avukat temin edilirdi. Bir kimsenin gereği gibi temsil edilmesi, haklarının gereği gibi savunulması, günümüzdeki gibi tarafların yararına olduğu kadar mahkemenin de yararına hizmet ederdi⁷⁹. Yine de Roma hukukunda avukatı olmayana avukat sağlanır ilkesine ulaşılması belli bir süreçten sonra gerçekleşmiştir Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ifadesini bulan avukatla temsil hakkı ve bunun bir insan hakkı olarak benimsenmesi, Roma Hukukunun günümüze olan etkileri bakımından oldukça önemlidir⁸⁰.

Ayrıca Roma hukukunda hâkimlerin bazı işler bakımından mahkeme harçlarından pay almaları da yasaklanmıştı. Ancak bu düzenlemenin amacının ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseleri korumak olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira kanunen mahkeme harçlarından muaf tutulan kişi ve kuruluşlar arasında ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler sayılmamıştır. Ancak kanunlarda yer

tanılarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu halindeki hükümlere göre işlem yapılır." ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesinin 2. fıkrasındaki "Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir." düzenlemeleri ile de yine bu anlayışın diğer tezahürlerini hukukumuzda görebileceğimize ilişkin olarak bkz. M. Sungurtekin-Özkan ve G. Türkoğlu-Özdemir (2008). *Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 34-35.

⁷⁶ Arslanalp (1987), s. 24-25.; İnanıcı (2006), s. 202.; Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 38.; Ayrıca Eski Roma'da avukatların, hukuk bilgisinden çok, güzel konuşma, kelimeleri doğru kullanabilme yeteneği ve güzel ses tonuna sahip olan kimseler olduğuna ilişkin olarak bkz. Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 37, s. 37 dn. 48.; Roma Hukuku'nda avukatlık mesleğinin otaya çıkışı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Greenidge (1999), s.148.

⁷⁷ Arslanalp (1987), s. 25.; İnanıcı (2006), s. 202.; Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 39.

⁷⁸ Arslanalp (1987), s. 25.

⁷⁹ Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 37.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 37-38.

almamaları sebebiyle ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin bu muafiyetten yararlanamadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimseler için de mahkeme harçlarından muafiyet söz konusu olup, yalnızca bu muafiyet bir kanun hükmünden kaynaklanmayıp, "hak aramanın ücretsizliği" genel kuralına dayanmaktaydı⁸¹.

Kısacası Roma hukukunda, modern anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve ulusal anayasalarda temel haklar arasında yerini alan savunma ve adil yargılanma hakkının bu unsurunun adı konulmamakla birlikte, öneminin bilinmekte olduğu ve kişinin kendisini savunma hakkına önem verilerek bunun sağlanmasının adil bir yargılanmanın gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu olduğu kanaatinin benimsenmiş olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁸². Ancak her ne kadar tüm vatandaşların hukukî korunma taleplerine olumlu cevap vermek devletin görevi kabul edilerek, ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimseler bakımından geleneklerden kaynaklanan bir muafiyet kabul edilmiş olsa da, Roma hukukunda günümüzdeki teknik anlamı ile bir adlî yardım kurumu mevcut değildir⁸³.

İlk Çağlarda başlayan ücretsiz avukatlık hizmeti ve yargılama giderlerinden bağışık olma Orta Çağlarda da devam etmiştir. 1484 yıllarında Fransa'da fakirlerin haklarını aramak veya savunmak üzere bir avukatlık kurumu kurulmuştur⁸⁴. "Fakirlerin avukatı" olmak büyük bir saygınlık simgesi haline gelerek adlî yardım avukatlığının büyük adı olarak, Katolik Kilisesinin aziz mertebesine yükselttiği "Saint Yves de Tréguier" gösterilmiştir⁸⁵. İngiltere'de ise 1661 yılında "Fakirler Kanunu" kabul edilmiştir⁸⁶.

Roma İmparatorluğu'nun çökmesi sonucu hukuk biliminde ve uygulamasında önemli gerilemeler kaydedilmiştir. Bu gerilemelerin sonuçlarından biri de hak aramanın ücretsizliği ilkesinin ortadan kalkarak yargılama giderleri kavramının literatüre yerleşmesidir. Roma hukukunda benimsenen yargılamanın tam anlamıyla ücretsizliği

⁸¹ O. Atalay (1986), s. 16–17.

⁸² Sungurtekin-Özkan ve Türkoğlu-Özdemir (2008), s. 35.

⁸³ O. Atalay (1986), s. 17.

⁸⁴ Arslanalp (1987), s. 25.; Erem (1970), s. 111.

⁸⁵ Arslanalp (1987), s. 25.

⁸⁶ Arslanalp (1987), s. 25.

ilkesi, yerini "yumuşatılmış bir muafiyet" ilkesine bırakmıştır⁸⁷. Roma hukukunun etkisinin azaldığı ve Kilise hukukunun egemen olduğu dönemde "yargılamanın ücretsizliği" ilkesi Roma hukukundan gelen anlayışla devam etmiştir. Yine hâkimlerin harç almaları da kesinlikle yasaktır ve bu harcamaları karşılamak için özel bir tazminat kabul edilmiştir. Ekonomik anlamda yetersiz durumda buluna kimseler, açık bir kanun hükmü gereği tüm yargılama giderlerinden ve bu arada kendileri için atanan avukatın ücretinden muaftılar. Kilise hukukundaki bu muafiyet de tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi geçici değil, sürekli dir. Kilise hukuku, adli yardım kurumunun pozitif bir düzenlemesinin yapıldığı ve korunduğu ilk hukuktur⁸⁸.

Fransız İhtilali ile modern toplumlar yeniden şekillenirken avukatlık mesleğinde de dönüşüm yaşanarak "lonca/devlet avukatlığından" kamu hizmeti yapan "serbest meslek mensubu" avukatlığa doğru geçiş olmuştur. Kapatılan loncaların yerine kurulan barolar ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunanlara adli yardım hizmeti verilmesi olgusunu kurumsallaştırmışlardır⁸⁹.

Modern toplumlarda adli yardım kurumunun gelişmesinde üç aşama olduğu kabul edilir⁹⁰.

Birinci aşama "mahkemede ücretsiz savunma yardımı (aide juduciaire)": 19. yüzyılda bir mahkemede, savunmada avukata ihtiyacı olan ve fakat ekonomik anlamda yetersizlik yüzünden avukat tutamayan vatandaşlara ücretsiz avukat yardımında bulunabilmek için bu kavram ortaya atılmıştır. Mahkemede avukatlık hizmetinin ücretsiz sağlanması ve hizmeti veren avukatın da ücret talep etmemesi, sistemin temelini oluşturur. Bu sistemin kurulabilmesi için de adli yardım, baroların bünyesinde bir kurum olarak düşünülmüştür. Birinci aşamada adli yardım, ihtiyacı olana ücretsiz olarak adli hizmet verilebilmesi için baronun avukat görevlendirilmesi şeklinde olmuştur.

İkinci aşama "adli yardım hizmeti sunan avukata sınırlı ücret (assistans juduciaire)": 20. yüzyıla gelindiğinde, artık 19. yüzyıldaki adli yardım anlayışının ihtiyacı karşılamasının mümkün olmadığı nın anlaşılması üzerine sistemdeki ücretsiz adli hizmette bulunma faaliyeti terk edilerek yerine adli yardım alan vatandaşın ücretsiz

⁸⁷ O. Atalay (1986), s. 17.

⁸⁸ O. Atalay (1986), s. 17.

⁸⁹ İnanıcı (2006), s. 202.

⁹⁰ Bu aşamalarla ilgili olarak aynı yazardan - İnanıcı (2006), s. 203- aktarıldığı için tek bir atıf yeterli görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnanıcı (2006), s. 203.

hizmet alması karşılığında hizmeti veren avukata devlet tarafından cüzî bir ücret verilmesi yöntemi benimsenmiştir. Bu dönemde ayrıca avukatın baro tarafından atanılması yerine yardım isteyen avukatını kendisinin seçmesi yöntemi de benimsenmiştir.

İlk Adlî Yardım Kanunu 1851 yılında Fransa'da III. Napoléon zamanında çıkmıştır. Bu kanun ile gelir yetersizliği bir engel olmaktan çıkarak kanunî bir hakkın kullanılmasına imkân verilmiştir. Çeşitli yargı kademelerinde adlî yardım büroları kurulmuştur. Adlî yardım bürolarına yazılı talep sonucunda yapılan adlî yardım, davanın kaybında geri alınmaktaydı. Belirtilen kanunda 1901 yılında yapılan değişiklik ile adlî yardım, idare ve uyuşmazlık mahkemeleri için de kabul edilmiş ve adlî yardım talebinin sözlü olarak yapılabilmesine imkân tanınmıştır. 1907 yılında değişikliği ile de adlî yardım bürolarının verdiği ret kararlarında gerekçe gösterilmesi istenerek büroların kararlarını inceleyecek bir de üst büro kurulmuştur. Söz konusu kanun 1972 yılında kabul edilen Adlî Yardım Kanunu'na kadar yürürlükte kalmıştır⁹¹.

İtalya'da adlî yardımın tarihi Piemonte'de "Fakirlerin Avukatlığı" kurumunun kurulmasıyla başlamıştır. Fakirlere yargı makamları önünde yardım etmeyi düzenleyen 1859 ve 1965 tarihli emirnamelere göre, avukatlık mesleğini icra edenler için adlî yardım zorunlu ve aynı zamanda da gönüllü bir görev haline gelmiştir⁹². Adlî yardım ile ilgili 1923 yılında çıkarılan ayrı bir kanun ile de adlî yardımın avukatlar için zorunlu ve gönüllü bir görev olduğu tekrarlanmıştır. 1947 yılında kabul edilen İtalyan Cumhuriyet Anayasası'nın 24. maddesinde, "Varlıksız olanların her çeşit yargı makamları önünde dava ve savunma imkânları, özel hükümlerle sağlanacaktır" hükmü yer alır⁹³.

Belçika'da adlî yardım kurumunun ilk izlerine 1810 yıllarında rastlanır ve 1859 ve 1929 yıllarında da değişikliğe uğradığı bilinir. Buna göre adlî ve idarî mahkemelerin yapısında kurulan bir büro, adlî yardımın işleyişini sağlardı. Davanın gerektirdiği ücret ve masrafları ödeyemeyecek durumda bulunan kimse bu büroya başvurur ve büronun yaptığı araştırma sonucunda kendisine maddî olanak sağlanırdı⁹⁴.

İsveç'te adlî yardım kuruluşu 1919 yıllarında yürürlüğe girmiş bir kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu kanun ile adlî yardım büroları kurulmuştur. Adlî yardım

⁹¹ Arslanalp (1987), s. 27-28.

⁹² Arslanalp (1987), s. 28.; Erem (1970), s. 112.

⁹³ Arslanalp (1987), 28.

⁹⁴ K. Bayraktar (1979). Adlî Yardım Üzerine. *Yargı*, S: 37, s. 13.

bürolarına, talep eden vatandaşlar için çok az bir ücret karşılığında davalarda yol gösterme görevi verilmiştir. Vatandaşlar, bu bürodan başka mahkemeye de başvurarak kendisine bir avukat tayin edilmesini isteme hakkına sahipti ve bu durumda avukatlık ücreti devlet tarafından karşılanırdı⁹⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'nde adlî yardım kurumu, 1976 yılında New York'ta kurulan Adlî Yardım Derneği ile ortaya çıkmıştır. 1900 yılında kurulan "National Legal Aid and Defender Bar Association- Ulusal Adlî Yardım ve Savunma Barosu", 1878 yılında kurulan "American Bar Association- Amerikan Barosu" ile birlikte çalışmıştır⁹⁶.

1.4.2. Türk hukukunda

1.4.2.1. Genel olarak

Adlî yardım kurumunun Türk hukuku bakımından tarihî gelişimi incelendiğinde doğrudan çok açık verilere ulaşılamamakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde Davavekilleri Nizamnamelerinde⁹⁷ ve Türkiye Cumhuriyetinin ilk avukatlık kanunu olan 460 sayılı Muhamat Kanunu'nda konuyla ilgili hükümlere rastlamak mümkündür.

İslâmiyetin kabulü ile birlikte Türk hukukunda islâm hukukunun etkileri görülmeye başlanmıştır. İslâm hukukunun temel ilkeleri arasında yoksul durumda olanların korunması yer alır. İslâm dininin sosyal adalete önem veren yapısı gereği ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin korunması esastır. Ancak yine de islâm hukukunun uygulandığı dönemde adlî yardım kurumunun varlığına ilişkin pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Bu anlamda yapılan tek düzenleme, 1325 (1909) yılında hazırlanan Adlî Yardım Kanunu Tasarısı olmasına rağmen, bu tasarı da maalesef kanunlaşmamıştır⁹⁸.

1.4.2.2. Cumhuriyet öncesi dönem

Osmanlı Devleti'nde medenî usûl hukuku bakımından mahkemeye dava açmanın bir şekle tâbi olmadığı, davası olanların ya bir dilekçe ile şikâyetlerini anlattığı veya

⁹⁵ Bayraktar (1945), s. 13.

⁹⁶ Arslanalp (1987), s. 29.

⁹⁷ İnanıcı (2006), s. 203-204; Bu nizamnamelerin tarih ve sayısı ile ilgili bkz. aşağıda 1. bölüm, 1.4.3.2. Cumhuriyet öncesi dönem başlıklı kısım.

⁹⁸ O. Atalay (1986), s. 19.

doğrudan mahkeme kalemine müracaat ederek sözlü olarak çözümlenmesini istediği meseleyi tutanağa geçirttikleri ve alınan harçların da ağır olmadığına ilişkin bilgiler mevcuttur⁹⁹.

İslâm yargılama sisteminde ve tanzimat dönemine kadar Osmanlı uygulamasında, ceza yargılaması ile medenî usûl hukuku birbirinden ayrı olmadığı ve *kadı*'nın hem hukuk hem de ceza davalarına bakmakla yetkili olduğunu ifade etmek mümkündür¹⁰⁰.

Yine islâm hukukunda ve tanzimat dönemine kadar Osmanlı yargı sisteminde, kurumsal olarak batılı ülkelerde olduğu gibi bir baro kuruluşuna ve bu mesleki kuruluşa bağlı olarak görev yapan avukatlara rastlanmamakla birlikte¹⁰¹, islâm mahkemelerinde günümüzdeki anlamıyla avukatların görevlerini yapan ve kendilerine "vekil" denilen kimseler bulunurdu. *Kadı*'nın davaya bakabilmesi için davanın açılması ve tarafların bizzat veya temsilcileri vasıtasıyla yargılama sürecine katılmaları gerekir¹⁰². Uyuşmazlığın tarafları kendi davalarını bizzat takip etme imkânına sahip oldukları gibi davalarını bir vekille takip etmeyi tercih ettiklerinde veya kendi davalarını bizzat takip etme imkânına sahip olmadıklarında İslam Hukuku ilgili taraflara "vekil" atamayı mümkün kılmıştır¹⁰³.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı ve 1856 tarihli Islahat Fermanı ile birlikte Osmanlı hukukunda meydana gelen büyük değişikliklerin adlî yardım kurumunun gelişmesine de yön verdiğini ifade etmek gerekir. Bu fermanlar gereği çıkarılan bazı temel kanun ve düzenlemelerde dava vekillerine ilişkin hükümler de yer alır¹⁰⁴.

Dava vekilliğine ilişkin geleneksel islâm anlayışının terk edilmeye başlanması ve avukatlık kurumunun Osmanlı yargı sistemi içerisine girmesi, 1861 tarihli Usûl-i Muhakem-i Ticaret Nizamnamesi¹⁰⁵ ile başlamıştır. Vekâlete ilişkin hükümlerin yer

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Akbulut (2000). Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni. *AÜEHFD*, IV (1-2), s. 231 v.d.

¹⁰⁰ İ. Durhan (2004). Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihî Gelişimi. *AÜEHFD*, VIII (3-4), s. 24.

¹⁰¹ İnanıcı (2006), s. 203.

¹⁰² N. Ünal-Özkorkut (2003). Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi. *AÜEHFD*, 52 (4), s. 147.

¹⁰³ Durhan (2004), s. 25.; Ünal-Özkorkut (2003), s. 148.

¹⁰⁴ Arslanalp (1987), s. 29.; Yaşar (2006), s. 2011.

¹⁰⁵ 1861 tarihli Usûl-i Muhakem-i Ticaret Nizamnamesi'nin metni için bkz., Düstur 1. Tertip, C. I, s. 780 vd.

aldığı nizamnamede, tarafların mahkemeye bizzat gelmek veya geçerli bir vekâlet ile vekil tayin etmek zorunda olduklarına dair hükümler bulunur¹⁰⁶.

1870 yılında İstanbul'da İngiliz, Fransız, İtalyan, Yunanlı, Avusturyalı, Belçikalı ve Rus yabancı avukatlar tarafından kurulan Konstantinopol Barosu Derneği'nin tüzüğünün, ücretsiz yardım başlıklı VI. bölümünde, ücretsiz yardım isteyenlere yönetim kurulu kararı ile avukat atanacağı düzenlenmiştir¹⁰⁷. Ücretsiz yardım, bir sanık veya hakkında bir ihbar yapılmış bir kimse tarafından savunması için istenmişse ve bu kimselerin ücret ödeme imkânı yoksa ücretsiz yardımın hemen yapılmasına karar verilir. Ayrıca, yönetim kurulunun ücretsiz yardım yapılan kimsenin resim ve harçlardan muaf tutulması için de yetkili makama başvuruda bulunacağı da düzenlenmiştir¹⁰⁸.

1875 tarihli Mehâkim-i Nizamiyede Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ile modern anlamda avukatlık kurumuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹⁰⁹. Bu nizamname, Türk hukuk sisteminde ilk defa adlî yardım kurumunun esasını kuran kanunî düzenlemedir¹¹⁰. Bu nizamnamenin 37. maddesinde Dava Vekilleri Cemiyetinin görevleri sayılırken; "...fukaradan olan dava sahiplerinin cemiyete müracaatlarında, davalarının meccanen (ücretsiz) görülmesi, lazım olan kanunî kolaylıkların gösterilmesi" ve 38. madde uyarınca da yoksul olanların araştırılması ve dava dosyalarının incelenmesi için dava vekillerinden oluşan bir heyete havale yapılması, ayrıca adlî yardımdan yararlanabilmek için yoksulluk şartının da aranması hususları düzenlenmiştir¹¹¹.

Bulgaristan sancağı için çıkarılan Dava Vekilleri Hakkında Rumeli Şarkiye Mahsus Kanunu Vilayet'in 21. maddesinde bir ceza davasında hükümetin savunma için bir avukat görevlendirebileceği ve avukatın bu görevden kaçınamayacağı düzenlenmiştir. Girit Vilayeti Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi'nde ise başlangıçta bu konuda bir hüküm yer almamasına rağmen 1891 yılında Girit Usûlü

¹⁰⁶ Ünal-Özkorkut (2003), s. 151.

¹⁰⁷ Arslanalp (1987), s. 30.; İnanıcı (2006), s. 204.; Yaşar (2006), s. 2011.

¹⁰⁸ Arslanalp (1987), s. 30.

¹⁰⁹ 1875 (1292) tarihli Mehâkim-i Nizamiyede Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin metni için bkz. Düstur 1. Tertip, C. III, s. 198-209.

¹¹⁰ Arslanalp (1987), s. 30.; İnanıcı (2006), s. 203-204.; Yaşar (2006), s. 2011.

¹¹¹ Arslanalp (1987), s. 30.; Yaşar (2006), s. 2011.

Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun bazı maddelerin değiştiren kanunun 100. maddesinde ceza hâkiminin vekil tayin etmesi hususu düzenlenmiştir¹¹².

Görüldüğü gibi cumhuriyet öncesi Türk hukukunda, tanzimatla birlikte batıdan iktisap edilen modern kanunlarla savunma mesleği düzenlenirken, adlî yardım kurumuna ilişkin düzenlemeler de yapılmaya başlanmıştır¹¹³.

1.4.2.3. Cumhuriyet sonrası dönem

Cumhuriyet'in kurulması ile birlikte 1924 yılında ilk Avukatlık Kanunu olan 460 sayılı Muhamat Kanunu¹¹⁴, avukatlık ve baro açısından yeni bir düzenlemenin başlangıcı olarak çıkarılmıştır. Kanundaki "muhami" kavramı, arapça kökenli olup "koruyan" anlamındadır. Kanunun adı, 1926 tarihinde çıkarılan kanun ile Avukatlık Kanunu ve "muhami" ifadesi de "avukat" olarak değiştirilmiştir. On yedi maddeden oluşan kanunda adlî yardım hakkında herhangi bir düzenleme bulunmaz. Ancak Muhamat Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkarılan yönetmeliğin 11. maddesinde Baro Genel Kurulu tarafından bir iç tüzüğün hazırlanması düzenlenmiştir¹¹⁵. Bu düzenlemeye dayanılarak İstanbul Barosu tarafından 1925 tarihinde çıkarılan iç yönetmeliğinin 44. maddesinde "yönetim kurulunca adlî müzaheretli olarak verilen davalara ücretsiz bakılacağını ve bu işlerin ücretli işlerdeki ciddiyetle takibinin zorunlu olduğu" belirlenmiştir¹¹⁶.

1 Aralık 1938 tarihinde yürürlüğe giren 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun¹¹⁷ 139. maddesi ile 1924 tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu ve bu kanunda değişiklik yapan 708, 941, 1220 ve 2516 sayılı kanunların tümü yürürlükten kaldırılmıştır¹¹⁸. 3499 sayılı

¹¹² İnancı (2006), s. 204.

¹¹³ İnancı (2006), s. 204.

¹¹⁴ 3 Nisan 1340 (1924) tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu'nun metni için bkz., Düstur 3. Tertip, C. V, s. 764-769.

¹¹⁵ Arslanalp (1987), s. 30.; İnancı (2006), s. 204.; Yaşar (2006), s. 2011.

¹¹⁶ İnancı (2006), s. 204.; Yaşar (2006), s. 2012.; "İstanbul Barosu Yönetim Kurulu, adlî yardım hizmetinde bulunurken, davanın ceza, hukuk, ticaret davası olmasına göre o işlerde uzmanlığı olan ve bürosu mahkemenin bulunduğu yere yakın avukatları seçmekteydi. Ayrıca iş yoğunluğunun az olduğu düşünülen genç avukatlar daha fazla tercih ediliyordu. İstanbul Barosu, mahkemelerin kararları üzerine 1936 yılı içerisinde, 12 ağır ceza, 99 asliye hukuk, 4 asliye ceza, 2 asliye ticaret, 50 sulh hukuk, 8 icra mahkemeleri olmak üzere toplam 175 dosya için adlî yardım talebini karşılayarak avukat atamıştır." Yaşar (2006), s. 2012.

¹¹⁷ 27.6.1938 gün 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun metni için bkz. RG. 14.7.1938 T., 3959 S.

¹¹⁸ Durhan (2004), s. 42.

Avukatlık Kanunu ile adli yardım, kurumsal olarak düzenlenmiştir. Bu kanunun altıncı babının "adli müzaheret" başlıklı birinci faslında 122-127. maddeler arasında adli yardıma ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

1969 yılında yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu¹¹⁹,nda adli müzaheret bölümü, 3499 sayılı Kanun'un adli müzaheret bölümü ile aynıdır. Ancak 3499 sayılı Kanun, adli müzaheret bürolarının "mahkemeler ve adalet dairesindeki işlerin takibi ile yükümlü olduklarını" belirtirken, 1136 sayılı Kanunun 35. maddesiyle avukatların yapabileceği işlerin genişletilmesi göz önünde tutularak diğer mercilerdeki işlerin takibi de mümkün kılınmıştır¹²⁰.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176-181. maddeleri arasında adli yardıma ilişkin düzenlemeler yer almıştır. 3499 sayılı ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunları ile Baro Yönetim Kurulu'na "adli müzaheret bürosu teşkil ve idare etme" görevi verilmiştir. Buna göre her asliye mahkemesi nezdinde bir adli müzaheret bürosu kurulacaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda, 2001 yılında yapılan değişikliklerle adli yardım kurumuyla ilgili yenilikler getirilmiştir.

Özetle, Türk hukuk tarihi bakımından yargılama giderlerinden geçici bir muafiyeti ifade eden bir usûl hukuku kurumu olarak -günümüzdeki teknik anlamı ile olmasa da- adli yardıma temel teşkil edebilecek olan düzenlemeler yer alır. Ancak adli yardımın sağladığı kolaylıklardan biri olarak ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan kimselere ücretsiz bir vekil atanması ve hukukî danışma yardımı yapılması ile ilgili olan bu düzenlemelerin yetersiz olduğunu ifade etmek gerekir¹²¹.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım

2.1. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası alanda bağlayıcı hükümler getiren ve birçok devletin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf olan her devlet, vatandaşlarına gerçek bir adalete erişimi sağlamakla

¹¹⁹ 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun metni için bkz., Düstur 5. Tertip, C. VIII, s. 1694 vd.

¹²⁰ Yaşar (2006), s. 2012.

¹²¹ O. Atalay (1986), s. 20.

yükümlüdür. Özellikle adalete erişimin ekonomik anlamda yetersiz durumda olan (veya kısıtlı imkânlarla sahip) vatandaşlar bakımından güvence altına alınması konusu, devletlerin hukuk sistemlerinde daha da önemli bir yere sahiptir. Ancak adalete erişimin sağlanması konusunda her devletin istediği yolu tercih etmesi kendi takdirine kalmıştır. Bu nedenle genel olarak uluslararası alanda -özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan- her devlet, hukukî korumayı garanti etmek amacıyla çeşitli yollara başvurmaktadır¹²². Bu yollar arasında da şüphesiz ki, adalete erişimin sağlanmasındaki en önemli araçlardan biri, etkili bir adlî yardım sistemine sahip olmaktır.

İngiltere'de ilk kez 1949 yılında ortaya çıkan adlî yardım sistemi, Amerika Birleşik Devletleri'nde (Office of Economic Opportunity) Ekonomik Fırsatlar Topluluğu'nun "War on Poverty-Yoksullukla mücadele"¹²³ ile ilgili düzenlemelerinin bir parçası olarak mahalle hukuk merkezlerinde maaşlı avukatlar tarafından sağlanan hukukî hizmetler programı ile kurulmuştur (1974 yılında ALSC'nin kurulmasıyla bu hizmet ALSC'ye devredilmiştir). Almanya, Avusturya, Fransa ve Hollanda gibi Kıta Avrupa ülkelerinde ise 1972 ve 1974 yılları arasında adlî yardım programları oluşturulmuştur¹²⁴.

Adlî yardım programlarının geçirdikleri evrimler bakımından da hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, İtalya gibi ülkeler, adlî yardım sahasında küçük bir rol oynamaya devam ederken, İsveç ve Hollanda gibi önemli programlar geliştirmeyi öngören ülkelerde adlî yardım harcamalarını sınırlandıran başka alternatif yollar bulunmuştur¹²⁵. İngiltere'de 90'lı yılların başından itibaren günümüze kadar adlî yardım sisteminde bir dizi reform çalışması yapılmıştır. Halen adlî yardımın bir hakkın konusu olarak genel ve sistematik bir hukukî düzenlemeye kavuşamadığı Amerika Birleşik Devletleri'nde adlî yardım hizmetleri çeşitli argümanlar aracılığıyla

¹²² C.M.C. van Zeeland ve J.M. Barendrecht (2003). Gefinancierde Rechtsbijstand Vergeleken Een Rechtsvergelijkend Onderzoek Naar Drie Rechtsbijstandstelsels. *Centrum Voor Aansprakelijkheidsrecht Universiteit Van Tilburg*, s. III. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=11571> (Erişim Tarihi: 07.12.2009)

¹²³ "Resmi olarak 1964 yılında başlatılan "Yoksullukla mücadele" düzenlemeleri, Amerika Birleşik Devletleri'nde ısrarlı bir şekil devam eden yoksulluk problemini çözmek için iddialı bir devlet politikası halini almıştır. Yoksullukla mücadele düzenlemeleri kapsamında aralarında adlî yardım konusu ile de ilgili olan birçok hukukî düzenleme yapılmıştır." Yoksullukla mücadele düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. E. S. Cahn ve J. C. Cahn (1964). The War On Poverty: A Civilian Perspective. *The Yale Law Journal*, 73 (8), s. 1317 vd.

¹²⁴ Parker (1999), s. 33.

¹²⁵ R. Bowles ve A. Perry (2009). International Comparison Of Publicly Funded Legal Services & Justice Systems. *Ministry Of Justice Research Serises*, No: 14/9, s. 8. (Bu çalışmaya ulaşmak için ayrıca bkz. www.justice.gov.uk/publications/research.htm)

sağlanabilmektedir. Adli yardımın bir buçuk yüzyılı aşkın bir süredir bir vatandaşlık hakkı olarak kabul edildiği ve istikrarlı uygulamalarla yönetildiği Almanya ise, adli yardım kurumu bakımından karşılaştırmalı hukuk sistemleri içerisinde önemli bir yere sahiptir. Yine Fransa'da da tarihi kökenlere sahip, son yirmi yılda yapılan reform çalışmaları ile revize edilen sistemli bir adli yardım programı bulunmaktadır.

Yukarıda sayılan bu örnekleri artırabilmek mümkündür. Zira bugün hemen her hukuk sisteminin kendi ihtiyaçları ve ekonomik kaynakları doğrultusunda geliştirmiş olduğu bir adli yardım sistemi mevcuttur. Ancak çalışmamızın kapsamı ve amacı dikkate alındığında, karşılaştırmalı hukukta yer alan adli yardım modellerine yer verdiğimiz “Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım” başlıklı çalışmamızın bu kısmında, diğer hukuk sistemlerine nazaran farklı özellikler arz eden veya yeni tarihli reform çalışmaları ile değişikliğe uğrayan ya da sağlam bir temel üzerine şekillenen köklü bir adli yardım modeline sahip hukuk sistemlerini incelemek uygun olacaktır. Bu anlamda olmak üzere öncelikle, uluslararası alanda medenî usûl hukuku bakımından geçerliliğini koruyan iki büyük hukuk sistemi olan Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi ayrımına bağlı kalınarak¹²⁶, iki ayrı ana başlık altında her iki hukuk sisteminde yer alan hukuk sistemleri ele alınacak, sonraki ana başlık altında da, uluslararası gelişmeler altında medenî usûl hukuku alanındaki yeknesaklaştırma çalışmaları dikkate alınarak AB hukukundaki adli yardım sistemi incelenecektir. Bu kısmın son ana başlığı altında ise, karşılaştırmalı hukukta yer alan adli yardım sistemlerinin değerlendirildiği ve mevcut hukuk sistemlerinin sahip olduğu adli yardım programları uyarınca çeşitli açılardan sınıflandırılabilen adli yardım modellerine yer verilecektir.

2.2. Kıta Avrupası Hukukunda

2.2.1. Alman hukukunda adli yardım

Alman hukukunda adli yardım, yargılama gideri yardımı (prozesskostenhilfe) ve hukukî danışma yardımı (beratungshilfe) olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Alman hukukunda adli yardımın iki ayrı şekilde düzenlenmiş olması ve her iki kurumun

¹²⁶ Adli yardım sistemleri arasındaki farklılıkların temel sebeplerinden birinin de, hukuk sistemlerinin bağlı olduğu hukuk aileleri ile ilgili olduğuna ilişkin olarak bkz. Regan (1999), s. 181 vd.

da farklı işleyişe sahip olması sebebiyle, çalışmamızın bu kısmında kavram birliğini sağlamak bakımından genel olarak “adlî yardım” kavramını kullanmak yerine, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ayrı ayrı “yargılama gideri yardımı” ve “hukukî danışma yardımı” kavramlarını kullanacağız.

Alman hukukunda adlî yardımın ilk ve önemli kısmı olan yargılama gideri yardımı aslında hukukumuzda HMK’da düzenlenen adlî yardım kurumunun karşılığını oluşturmaktadır. ZPO §§ 114-128 arasında düzenlenen yargılama gideri yardımına ilişkin hükümler, adil bir sosyal devlet düşüncesinin sonucu olarak 13 Haziran 1980 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren Yargılama Gideri Yardımı Kanunu (BGBL. I, s. 677) ile değiştirilerek yeni bir esasa kavuşturulmuştur¹²⁷. Diğer bir ifadeyle, bu değişiklikle adlî yardım alanında adeta bir reform yapılmıştır. Adlî yardım alanında yapılan bu reform ile daha önceki "Armenrecht" uygulaması önemli ölçüde düzeltilmiştir. Bu önemli değişiklikler arasında, ayrımcı bir kavram olarak algılanan "Armenrecht" kavramının kullanımının kanunen kaldırılması, yardımdan yararlanabilmek için (ikâmet edilen yerdeki belediyeden alınması) gereken yoksulluk belgesinin yerine, daha makul ve objektif olan esnek bir tablo sisteminin getirilmesi ve yardımdan yararlanan tarafın kendisine atanacak avukatı serbestçe seçebilmesi gibi yenilikler yer alır¹²⁸.

Yargılama giderleri yardımı, çekişmesiz yargı işleri, icra takibi ve geçici hukukî koruma tedbirleri de dâhil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan her türlü davanın iddia ve savunması bakımından uygulama alanı bulur¹²⁹. Ekonomik anlamda yetersizliğin belirlenmesinde ZPO § 114 vd. hükümleri hukuk davalarının yanı sıra idarî davalarda da uygulanabilir¹³⁰. Ancak § 118 gereği, yargılama gideri yardımı yargılamasında (PKH-Prüfungsverfahren) yargılama gideri yardımı verilmemektedir (ZPO § 118/I,4)¹³¹.

¹²⁷ Grunsky ve Baur (2006), s. 262 § 21 Rn. 301.; Kalthoener vd. (2010), s. 1 Rn. 1.; Rosenberg vd. (2004), s. 564 § 87 Rn. 1.

¹²⁸ Grunsky ve Baur (2006), s. 262 § 21 Rn. 301.; Rosenberg vd. (2004), s. 564 § 87 Rn. 1.

¹²⁹ Kalthoener vd. (2010), s. 4 Rn. 10 ve s. 6 Rn. 12.; Rosenberg vd. (2004), s. 570-571 § 87 Rn. 29.; Def’i ileri sürmek (Erhebung einer Einrede), dosyanın işlemiden kaldırılmasını talep etmek (Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils) gibi tek taraflı usûl işlemlerinde uygulanamayacağına ilişkin olarak bkz. Plischuk (2002), s. 3.; R. Zöller vd. (2005). *Zivilprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Den Einföhrungsgesetzen, Mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar*. (25. Neubearbeitetenauflage). Köln: O. Schmidt, s. 445 § 114 Rn 4.

¹³⁰ Plischuk (2002), s. 3.; Zöller vd. (2005), s. 444 § 114 Rn 1.

¹³¹ Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 303a.; “Ancak ZPO § 118/I,3 gereği yargılamada yapılan sulhler için yargılama gideri yardımı verilmektedir.” G. Lücke ve P. Wax (2000). *Münchener Kommentar*

ZPO § 114'e göre yargılama gideri yardımı alabilmek için hem yardımdan yararlanacak olan tarafa ait kişisel hem de yardım alınacak davaya ait bir takım şartların bir arada bulunması gerekir¹³². Böylece devletin sunmuş olduğu yardım hizmetinin kötüye kullanılması engellenmiştir¹³³. Buna göre yargılama gideri yardımından yararlanabilmek için iki olumlu bir de olumsuz şartın yerine getirilmesi gerekir. ZPO § 114'e göre yardımdan yararlanacak olan tarafın yoksul olması kişiye bağlı bir şart iken, asıl dava bakımından iddia ve savunmanın yeterli başarı ümidini öngörmesi ve kötü niyetli olmaması ise davaya bağlı şartlardır¹³⁴.

Yargılama gideri yardımından yararlanabilmek için gereken ilk şart, yardımdan yararlanacak tarafın yoksul olmasıdır. Gerçek kişilerin yargılama gideri yardımından yararlanabilmesi için kişisel ve ekonomik şartları gereği yargılama giderlerinin tamamı veya bir kısmını karşılayamayacak olmaları gerekir (ZPO § 114)¹³⁵.

ZPO § 115/I'de gelir konusunda bir tanımlama yapılmıştır¹³⁶. Buna göre yardımdan yararlanacak olan gerçek kişinin elde ettiği her türlü para veya parasal değerden aylık geçim giderleri çıkarıldığında geri kalan gelirin kişinin sonradan ödeyeceği yargılama giderlerini karşılayabilip karşılayamayacağı esas alınır¹³⁷. ZPO § 115'in ekinde yer alan tabloda kişinin gelirine göre hesaplanacak aylık taksitler gösterilmiştir (bkz. aşağıda Tablo 1)¹³⁸. Bu hesaplama uyarınca kişinin esas alınan geliri § 115'in ekinde yer alan tabloya göre aylık 15 Euro'nun altında ise, taksitli ödeme gerekmeyp, bütün giderler devlet tarafından karşılanır. Diğer bir ifadeyle bu kişinin yardım giderlerini geri ödeme yükümlülüğü bulunmaz (ZPO §115/I,4). Yardımdan yararlanan kişinin geliri, § 115'in ekinde yer alan tabloya göre aylık 15 Euro'nun

Zur Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen Band I, § 1-354. (2. Auflage). München: C.H. Beck, s. 961 § 118 Rn. 27.; Schellhammer (2004), s. 817 Rn. 1766.; H. Thomas ve H. Putzo (2005). *Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz Den Einführungsgesetzen Und Europarechtlichen Vorschriften Kommentar*. (27. Neubearbeitete Auflage). München: C.H. Beck, s. 212 § 114 Rn. 1.

¹³² Plischuk (2002), s. 3.; Thomas ve Putzo (2005), s. 213 § 114 Rn. 2.

¹³³ Plischuk (2002), s. 3.; Schellhammer (2004), s. 818 Rn. 1767.

¹³⁴ Schellhammer (2004), s. 818 Rn. 1767.

¹³⁵ Grunsky ve Baur (2006), s. 262 § 21 Rn. 303a.; Paulus (2010), s. 60 Rn. 172.; Rosenberg vd. (2004), s. 566 § 87 Rn. 10; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 339 § 95 Rn. 884.

¹³⁶ Plischuk (2002), s. 3.

¹³⁷ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; "Hangi oranda bir kesintinin yapılacağı veya yapıp yapılmayacağı ilgili yükümlülüğün nedeni, zamanı ve miktarına ve özellikle de gelire olan ilişkisine göre belirlenir." Schellhammer (2004), s. 822 Rn. 1779.

¹³⁸ Plischuk (2002), s. 3.; "10.10.1994 tarihinde kabul edilip 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe giren kanunla ZPO §§ 114'ün ekinde yer alan tablo, 115'e alınmış ve tabloda yer alan ekonomik oranlar değiştirilerek günün şartlarına uyarlanmıştır." Kalthoener vd. (2010), s. 2 Rn. 4; Rosenberg vd. (2004), s. 564 § 87 Rn. 1.

üstünde ise, ilgili taraf, yardım giderlerini dava konusunun değerine ve yargılama gideri yapılan yargılama aşamaları (veya başvuru yargı merci) dikkate alınmaksızın en fazla kırk sekiz aylık taksitlerle ödemekle yükümlüdür (ZPO §115/I,4)¹³⁹.

Aşağıda belirtilen esaslar uyarınca yapılan hesaplama göre, yargılama giderleri, kişinin gelirine uygun olan aylık taksit miktarlarına göre dört aylık taksit toplamını geçmeyeceği anlaşılırsa, kişiye yargılama gideri yardımı verilmez (ZPO § 115/IV)¹⁴⁰.

ZPO § 115'e göre yardımdan yararlanacak kişinin gelirinin hesabında, elde ettiği her türlü parasal hak ve alacak dışında, sahip olduğu her türlü taşınır ve taşınmaz malları da dikkate alınır¹⁴¹. Ancak bu hesaplama yapılırken kişinin sahip olduğu haline münasip evi ve geçimini sağlayacak miktardaki parası yargılama giderlerini karşılamak bakımından dikkate alınmaz¹⁴². Burada esas alınacak olan malvarlığı değerleri, kişinin şahsî ihtiyaçlarını karşılaması için gereken zorunlu geçim giderleri dışında kalan gelirdir¹⁴³. İlgili taraf, yargılama giderlerini kullanmakta olduğu kredinin geliriyle de karşılayabilir. Ancak ilgili tarafın ödemesi gereken aylık kredi borcu, ZPO § 115'in ekinde yer alan tabloda belirtilen aylık taksitten fazla olmamalıdır. Zira yargılama gideri

¹³⁹ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Kalthoener vd. (2010), s. 98 Rn. 301 ve s. 99 Rn. 306.; Plischuk (2002), s. 3.; Rosenberg vd. (2004), s. 567 § 87 Rn. 10.; Schellammer (2004), s. 824 Rn. 1784-1785.; Thomas ve Putzo (2005), s. 220 § 115 Rn. 16.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 339 § 95 Rn. 884.

¹⁴⁰ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Kalthoener vd. (2010), s. 99 Rn. 304.; Plischuk (2002), s. 3.; Rosenberg vd. (2004), s. 567 § 87 Rn. 10.; Schellammer (2004), s. 818 Rn. 1767, s. 825 Rn. 1786.; Thomas ve Putzo (2005), s. 222 § 115 Rn. 24.

¹⁴¹ "Yardımdan yararlanacak kişinin gelirinin hesabında;

- Tatil ve Noel ücretleri
- Çocuk parası
- Oturma parası
- Söz konusu gelirin %20'si değerinde kira muafiyeti
- Gelire dâhil olmayanlar: sosyal yardım, üçüncü şahısların gönüllü hizmetleri ve eğitim parası gibi hususlar dikkate alınır." Schellammer (2004), s. 820 Rn. 1774.; Thomas ve Putzo (2005), s. 218 § 115 Rn. 3.

¹⁴² ZPO § 115/I,3'e göre brüt maaştan aşağıdaki giderler kesilir:

- Nr. 1'e göre genel yükümlülükler, örneğin ödenmiş gelir vergisi ve sosyal sigorta kesintileri, benzer sigorta giderleri, kanunî veya makul ve gelirle zorunlu olan ilgili ihtiyaç giderleri ve makul bir çalışan ikramiyesi (Schellammer (2004), s. 821 Rn. 1776.; Thomas ve Putzo (2005), s. 218-219 § 115 Rn. 4-5.)
- Nr. 2'ye göre ilgili tarafın, eşinin vb kişilerin, yani kanunî olarak ilgili taraftan nafaka parası alma hakkına sahip olan kişilerin ihtiyaçları için gereken serbest giderler (Schellammer (2004), s. 821 Rn. 1777.; Thomas ve Putzo (2005), s. 219 § 115 Rn. 6-10.)
- Nr. 3'e göre ilgili tarafın hayat standartlarına göre konaklama ve ısıtma giderleri (Schellammer (2004), s. 821 Rn. 1778.; Thomas ve Putzo (2005), s. 219 § 115 Rn. 11-12.)
- Nr. 4'e göre özel yükümlülükler (gönüllü konaklama yardımı, başka bir davadan kalan yargılama gideri yardımı taksitleri, eğitim giderleri gibi) (Schellammer (2004), s. 821 Rn. 1779.; Thomas ve Putzo (2005), s. 219-220 § 115 Rn. 13-15.); Ayrıca zorunlu geçim giderleri ile ilgili olarak bkz. Plischuk (2002), s.4.

¹⁴³ Plischuk (2002), s. 3-4.; Rosenberg vd. (2004), s. 568 §87 Rn. 14.

yardımları da aslında bir tür taksit kredisidir. Yine de ilgili tarafın, faizsiz bir yargılama gideri yardımını alma hakkına varken, kendisinden faizli bir kredi alması kanunen beklenemez¹⁴⁴.

Tablo 1. Adli Yardımdan Yararlanan Kimsenin Gelirine Göre Ödemesi Gereken Aylık Taksit Miktarları

(Esas Alınacak) Kullanılabilir Gelir (Euro)	Aylık Taksit Miktarı (Euro)
15' e kadar	0
50	15
100	30
150	45
200	60
250	75
300	95
350	115
400	135
450	155
500	175
550	200
600	225
650	250
700	275
750	300
750'nin üstü	300 + bütün kalan gelir (Tamamına katkıda bulunulur.)

Alman vatandaşı olan gerçek kişilerin yanı sıra yabancı ve vatansız gerçek kişiler (ve bunların fer'i müdâhilleri)¹⁴⁵ ile Alman tâbiyetindeki tüzel kişiler, taraf ehliyetine sahip dernekler ve görev dolayısıyla taraf olanlar da yargılama yardımından yararlanabilir (ZPO § 116/I,1-2)¹⁴⁶. Avrupa Birliği sınırları dışındaki devletlerin tâbiyetinde bulunan yabancı tüzel kişiler ile taraf ehliyetine sahip derneklerin ise

¹⁴⁴ Baumbach vd. (2001), s. 423 § 114 Rn 51.; Kalthoener vd. (2004), s. 118-119 Rn. 350-351.; Plischuk (2002), s. 4.; Schellammer (2004), s. 822 Rn. 1780.; Schilken (2002), s. 538 Rn 1097.

¹⁴⁵ Rosenberg vd. (2004), s. 566 Rn. 7, 9.

¹⁴⁶ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Paulus (2010), s. 60 Rn. 171.; Schellammer (2004), s. 823 Rn. 1783.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 339 § 95 Rn. 885.

Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 20-24. maddelerinde yer alan istisnalar¹⁴⁷ dışında yargılama gideri yardımından yararlanmaları mümkün değildir (ZPO § 116/I,2)¹⁴⁸.

ZPO § 116/I,1 gereği, -parteien kraft amtes- görev dolayısıyla taraf olanlar¹⁴⁹, yargılama giderleri işletilen malvarlığı değerleri ile karşılanamadığında ve ekonomik bakımdan hak sahiplerinin yargılama giderlerini karşılamaları söz konusu olmadığında yargılama gideri yardımı almaları mümkündür¹⁵⁰. Ekonomik bakımdan hak sahiplerinin yargılama giderlerini karşılamaları ise ancak dava sonunda alacaklarını elde etmelerinin

¹⁴⁷ Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 20-24. maddeleri aşağıdaki gibidir:

“IV- Meccani adli müzaheret

Madde 20- Hukukî ve ticari konularda akit devlet vatandaşları, diğer bütün akit devletlerin vatandaşları gibi, adli müzaheretin talebolunduğu devletin kanunlarına uyarak, adli müzaheretten istifade edeceklerdir. İdari konularda adli müzaheretin mevcut olduğu devletlerde, yukarıdaki fıkranın derpiş ettiği hükümler, bu konuda salahiyyetli mahkemelere arz edilen işlere de tatbik olunur.

Madde 21- Bütün hallerde fakrû hal ilmühaberî veya beyanı yabancının mutat ikametgâhının bulunduğu yerin makamları tarafından verilecek veya alınacaktır. Veya bu makamlar olmazsa halen ikametgâhının bulunduğu yer makamları tarafından verilecek veya alınacaktır. Bu son makamların akit bir devlete ait olmamaları ve bu neviden ilmühaber veya beyanname almamaları hallerinde yabancının ait olduğu memleketin diploması memuru veya konsolosu tarafından verilen veya alınan bir ilmühaber veya beyanname kâfi gelecektir.

Eğer talebeden, müracaatın yapıldığı memlekette ikamet etmiyorsa fakrû hal ilmühaberî veya beyannamesi vesikanın gösterildiği memleketin diploması memuru veya konsolosu tarafından meccanen tasdik edilecektir.

Madde 22- Fakrû hal ilmühaberini vermeye veya beyannameyi almaya salahiyyetli olan makam, diğer akit devletler makamlarından müracaat yapanın varlık durumu hakkında malumat isteyebilir.

Meccani adli müzaheret talebi hakkında karar vermeye memur edilen makam salahiyyeti hudutları içinde ilmühaberleri, beyannameleri ve kendisine verilen malumatı kontrol etmek veya kâfi bilgi sahibi olabilmek için tamamlayıcı malumat istemek hakkını muhafaza edecektir.

Madde 23- Eğer fakir olan kimse meccani adli müzaheretin isteneceği memlekette başka bir memlekette ise, adli müzaheret teminine maruf olan ve talebin tahkikine faydalı olabilecek ilmühaberlerinin, beyannamelerin işbu talep hakkında karar vermesi için salahiyyetli makama veya talebin tahkik edileceği devletin tayin edeceği makama verilebilecektir.

9. maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarının ve 10. ve 12. maddelerinin ihtiva ettiği istinabeleri, alakadar eden hükümler adli müzaheret teminine maruf dilekçelerin ve bunların eklerinin gönderilmesine de tatbik edilebileceklerdir.

Madde 24- Adli müzaheret akit devletlerden birisinin vatandaşına yapılmışsa, davasına dair olan ve bu devletlerden birinde hangi şekilde olursa olsun, icra olunacak tebligat, müracaat eden devletin müracaat ettiği devlete herhangi bir masraf ödemesine yol açmayacaktır.

Eksperlere ödenen tazminat hariç, istinabeler için durum aynıdır.”

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/lahey/turkce_lah2.pdf (Erişim tarihi: 01.12.2012)

¹⁴⁸ Kalthoener vd. (2010), s. 28 Rn. 72; Lüke ve Wax (2000), s. 935 § 116 Rn. 1 ve s. 942 Rn. 28.; Rosenberg vd. (2004), s. 570 §87 Rn.26.; Thomas ve Putzo (2005), s. 224 § 116 Rn. 7.

¹⁴⁹ "Partei kraft Amtes" kavramının ayrıntılı açıklaması ile ilgili olarak bkz. Lüke ve Wax (2000), s. 936-937 § Rn. 8.

¹⁵⁰ Kalthoener vd. (2010), s. 23 Rn. 61.; Plischuk (2002), s. 6.; Schellammer (2004), s. 823 Rn. 1783.; Thomas ve Putzo (2005), s. 223 § 116 Rn .1.

mümkün olduğu durumlarda söz konusudur¹⁵¹. Görev dolayısıyla taraf olan kişilere örnek olarak vasiyeti tenfiz memuru, icra memuru ve iflâs memuru gösterilebilir¹⁵².

ZPO § 116/I,2 uyarınca tüzel kişilerin ve taraf ehliyetine sahip derneklerin yargılama gideri yardımından yararlanabilmeleri için de yargılama giderlerinin kendi malvarlığı değerleri ile veya ortakları tarafından karşılanmasının mümkün olmaması ve ayrıca da (tüzel kişi veya taraf ehliyetine sahip dernek tarafından) asıl dava bakımından yapılacak iddia ve savunmadan vazgeçilmesinin de kamu yararına aykırı bir sonuca sebebiyet vermesi gerekmektedir¹⁵³.

ZPO § 114'e göre yargılama gideri yardımından yararlanabilmek için kişisel bir şart olan yoksulluğun yanında davaya bağlı şartlar olarak, asıl dava bakımından yardıma başvuran tarafın iddia veya savunmasının yeterli başarı ümidini öngörmesi ve kötü niyetli olmaması gerekir¹⁵⁴.

Yargılama gideri yardımı talep eden tarafın iddia ve savunması inandırıcı ve delilleri de söz konusu uyuşmazlık için yeterli ise, tarafın davada yeterli başarı ümidi bulunmaktadır. Maddi ve hukukî durumun özetine göre başvuru sahibinin yardım talebine mahkemece kanaat getirilebilmesi için ZPO § 118/II, 1 gereği davacının iddialarının, § 118/I gereği davalı tarafın ise savunmalarının ikna edici olması gerekir¹⁵⁵. Mahkeme, yargılama gideri yardımı talep eden tarafın iddia veya savunması için açıklama yapmasını isteyebilir ve bu hususta münferit araştırmalar da yapabilir (ZPO § 118/II)¹⁵⁶. Dar bir çerçevede değerlendirilmesi söz konusu olduğundan mahkeme, yargılama gideri yardımı talep eden taraftan esasa ilişkin beyanlarının doğruluğu hususunda mahkemede kanaat uyandıracak şekilde ispatlayabilmesi için delillerini sunmasını da isteyebilir. Ancak yeterli başarı ümidi öngörüsü başka türlü değerlendirilmedikçe, mahkeme tarafından tanık ve bilirkişi dinlenemez (ZPO § 118/II,

¹⁵¹ Plischuk (2002), s. 6.; Rosenberg vd. (2004), s. 569 § 87 Rn. 19.

¹⁵² Kalthoener vd. (2010), s. 23-27 Rn. 61-68.; Lücke ve Wax (2000), s. 937 § 116 Rn. 8.; Plischuk (2002), s. 6.; Schellhammer (2004), s. 823 Rn. 1783.

¹⁵³ Kalthoener vd. (2010), s. 27-28 Rn. 70-71 ve s. 28 Rn. 73.; Plischuk (2002), s. 6.; Rosenberg vd. (2004), s. 569 § 87 Rn. 21.; Thomas ve Putzo (2005), s. 224 § 116 Rn. 5-6.

¹⁵⁴ Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 304.; Jauernig (2003), § 94 s. 389.; Paulus (2010), s. 61 Rn. 174.; Plischuk (2002), s. 7.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 339 § 95 Rn. 886 ve s. 340 Rn. 887.

¹⁵⁵ Kalthoener vd. (2010), s. 148 Rn.410.; Plischuk (2002), s. 8.; Schellhammer (2004), s. 818 Rn. 1768.; Thomas ve Putzo (2005), s. 213-214 § 114 Rn. 3-6.; Zöller vd. (2005), s. 449 § 114 Rn.19.

¹⁵⁶ Kalthoener vd. (2010), s. 148 Rn. 410.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 8.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 893.

3)¹⁵⁷. Dolayısıyla tanık ve bilirkişi, yardım talep eden tarafın açıklamaları anlaşılır olmasına rağmen genel hayat tecrübelerine göre uygun olmadığı durumlarda davet edilebilir¹⁵⁸.

Yargılama gideri yardımı talebi üzerine mahkemenin karar vermek için yaptığı bu yargılama (prüfungsverfahren), bir dava niteliği taşımaz. Zira yargılama gideri yardımı yargılamasında yapılan giderler geri ödenmez (ZPO § 118/I, 4)¹⁵⁹.

Yargılama gideri yardımı için yapılan yargılamada, aslında delil serbestisi geçerlidir. Zira mahkeme tarafından tarafın yeterli bir başarı ümidi öngörüsüne sahip olduğuna kanaat getirebilmek için tahmini bir delil değerlendirmesi yapılır¹⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, yeterli başarı ümidi öngörüsünün ispatlanabilmesi bakımından yaklaşık ispat ölçüsünün arandığını ifade etmek yanlış olmaz.

Yeterli başarı ümidi öngörüsüne sahip olmak şartıyla, bir davada her iki taraf da yargılama gideri yardımı alabilir¹⁶¹.

Kötü niyetli bir şekilde dava açan veya savunma yapan taraf, yargılama gideri yardımı hakkına sahip değildir (ZPO § 114)¹⁶². Örneğin, davacı tarafından dava açmak yerine daha az maliyetli bir hukukî yolla (örneğin, ödeme ihtarlı basit dava usûlü - mahnverfahren-) hakkını elde etmesi mümkün iken dava açılmışsa, davacı eş tarafından üç kere boşanma davası açılıp geri çekildikten sonra dördüncüsü açılmışsa veya borçluya karşı borcun tamamı için nafaka davası açılmış, ancak borçlu borcun büyük bir kısmını zaten ödemişse ya da icra kabiliyeti olmayan bir alacak için ödeme gücü olmayan borçluya karşı tazminat davası açılmışsa, yardım talep eden taraf, kötü niyetli olarak kabul edilir¹⁶³.

Yargılama gideri yardımı talep eden tarafın, yardımdan yararlanabilmek için malvarlığının aktifini azaltması veya mevcut işini bırakması gibi kendisini kasten

¹⁵⁷ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Kalthoener vd. (2010), s. 148 Rn. 411.; Lüke ve Wax (2000), s. 961 § 118 Rn. 25.; Plischuk (2002), s. 8.; Rosenberg vd. (2004), s. 571 § 87 Rn. 33.; Schellammer (2004), s. 818 Rn. 1769.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 9.

¹⁵⁸ Plischuk (2002), s. 10.

¹⁵⁹ Kalthoener vd. (2010), s. 148 Rn. 411.; Schellammer (2004), s. 818 Rn. 1769.; Thomas ve Putzo (2005), s. 228 § 118 Rn. 12.

¹⁶⁰ Rosenberg vd. (2004), s. 575 § 87 Rn. 49.; Schellammer (2004), s. 819 Rn. 1769.

¹⁶¹ Plischuk (2002), s. 8.; Rosenberg vd. (2004), s. 571 § 87 Rn. 32.; Paulus (2010), s. 60 Rn. 171.; Schellammer (2004), s. 819 Rn. 1770.

¹⁶² Plischuk (2002), s. 8.; Rosenberg vd. (2004), s. 572 § 87 Rn. 34.; Thomas ve Putzo (2005), s. 214 § 114 Rn. 7.

¹⁶³ Schellammer (2004), s. 822 Rn. 1781.; Ayrıca bkz. Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 304.; Kalthoener vd. (2010), s. 170 Rn. 447.; Rosenberg vd. (2004), s. 572 § 87 Rn. 34.

yoksullaştırması da mümkündür. Bu gibi durumlarda kişinin kötü niyetli olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, hakkın kötüye kullanılmış olması sebebiyle, yargılama gideri yardımı hakkının iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁴. Aynı durum kişinin kendi isteği ile işsiz kalmasında da geçerlidir. Ancak işsizliğin yoğun olması durumu göz önüne alınarak, kişinin işini kasıtlı veya kasıtsız olarak bırakması hususunun üçüncü bir kişi tarafından değerlendirilmesinin ise zor olacağına işaret edilmiştir¹⁶⁵.

Yargılama gideri yardımı mahkeme tarafından re'sen değil, talep üzerine verilir¹⁶⁶. Yargılama gideri yardımı talep eden tarafın bu talebini, asıl davaya bakmaya yetkili olan -ilk derece mahkemesine¹⁶⁷ - dilekçe ile veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak yapması gerekir (ZPO § 117/I,1)¹⁶⁸. Yargılama gideri yardımı talebine, asıl davanın özeti ile birlikte yardım alabilmek için kanunen gereken şartların oluştuğuna ilişkin delillerin de eklenmesi gerekir (ZPO § 117/I,2)¹⁶⁹. Yargılama gideri yardımı alabilmek için gereken kişisel ve ekonomik şartlar hakkındaki açıklamanın ZPO § 117/IV'de belirtilen şekle uygun olarak mahkemeye verilmesi gerekir. Eğer yargılama gideri yardımı belirtilen şekilde talep edilmezse, yardıma karar verilmez¹⁷⁰.

Yargılama gideri yardımı talebi, asıl davadan önce veya asıl dava ile birlikte ya da asıl dava açıldıktan sonra da yapılabilir¹⁷¹. Ancak devam eden yargılama aşaması sona erdikten sonra yargılama gideri yardımı talep edilemez (ZPO § 114). Uygulamada ise yargılama gideri talebi genelde asıl dava dilekçesi ile birlikte yapılmaktadır. Böyle durumlarda davacı tarafından asıl davanın yalnız yargılama gideri yardımı talebi kabul edildiğinde mi yoksa yardım talebi kabul edilmediği takdirde de açılıp açılmayacağının

¹⁶⁴ Schellammer (2004), s. 823 Rn. 1782.; "Ancak ilgili tarafın kendini kasten yoksullaştırmasından önceki ekonomik durumuna göre gereken hesaplamanın yapılması gerekmektedir." Plischuk (2002), s. 5.

¹⁶⁵ Plischuk (2002), s. 5.

¹⁶⁶ Paulus (2010), s. 61 Rn. 175.; Plischuk (2002), s. 9.; Rosenberg vd. (2004), s. 573 § 87 Rn. 41.

¹⁶⁷ İcra takipleri için yargılama gideri yardımının icra mahkemesi, temyiz aşamasındaki yargılama gideri yardımı talepleri için ise temyiz mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin olarak bkz. Kalthoener vd. (2010), s. 34-35 Rn. 93-94., Rosenberg vd. (2004), s. 574 § 87 Rn. 44.

¹⁶⁸ Baumbach vd. (2001), s. 452 § 117 Rn 12-13.; Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Lüke ve Wax (2000), s. 945 § 117 Rn. 1.; Plischuk (2002), s. 9.; Schellammer (2004), s. 829 Rn. 1799.; Thomas ve Putzo (2005), s. 225 § 117 Rn.1.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 340 § 95 Rn. 892.

¹⁶⁹ Plischuk (2002), s. 9.; Rosenberg vd. (2004), s. 573 § 87 Rn. 41.; Schellammer (2004), s. 829 Rn. 1799.; Thomas ve Putzo (2005), s. 225 § 117 Rn. 5.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 340 § 95 Rn. 892.

¹⁷⁰ Lüke ve Wax (2000), s. 949 § 117 Rn. 18.; Schellammer (2004), s. 829 Rn. 1799.

¹⁷¹ Kalthoener vd. (2004), s. 40 Rn. 110-111.; Plischuk (2002), s. 9.; Schilken (2002), s. 540 Rn.1102.

belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde davacının yargılama gideri yardımı kabul edilsin veya edilmesin asıl davasını açmak istediği varsayılır¹⁷².

Yargılama gideri yardımı dilekçesi asıl davanın özeti ile birlikte verilmişse, zamanaşımı kesilmeyip, yargılama gideri yardımı yargılamasından altı ay sonraya kadar durur (BGB § 204/II,1). Ancak davanın açılması veya yargılama gideri yardımı dilekçesinin onaylanmasından sonra zamanaşımı kesilir¹⁷³.

ZPO § 127/I,2 uyarınca yargılama gideri yardımına asıl davaya bakmakla yetkili olan mahkemenin karar vermesine ilişkin düzenlemenin, hâkimin yargılama gideri yardımına ilişkin yargılamadan sonra asıl dava için yapılacak olan yargılamada tarafsızlığını koruyamayabileceği sebebiyle endişe verici olduğu ileri sürülmüştür¹⁷⁴.

Yargılama gideri yardımı kararı, yalnızca talep edilen dava için geçerlidir. Yine icra takibi aşaması da dâhil olmak üzere yargılamanın her aşaması için de yeni bir yargılama gideri yardımı kararı almak gerekir (ZPO § 119/I)¹⁷⁵. Yargılama gideri yardımı almayan karşı tarafın, asıl dava ile ilgili olarak kanun yollarına başvurusu durumunda, üst derece mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinde yargılama gideri yardımı alan tarafın yargılama gideri yardımı alabilmek için gereken kanunî şartları taşıyıp taşımadığına, diğer bir ifadeyle, tarafın iddia veya savunmasının yeterli bir başarı ümidi öngörü taşıyıp taşımadığı ve kötü niyetli olup olmadığına ilişkin yeniden bir inceleme yapılmaz (ZPO § 119/I)¹⁷⁶.

Yargılama gideri yardımı yargılamasında yardıma karar verebilmek için gerekli şartların tespiti konusunda sınırlı bir araştırma ilkesi geçerlidir¹⁷⁷. Yargılama gideri yardımı yargılaması yazılı olup, dosya üzerinden yapılır (ZPO § 127/I,1). Mahkeme, tarafları ancak uyuşmazlık konusunda bir anlaşmaya vardıklarında, sulhe ilişkin beyanların tutanağa geçirilmesi amacıyla (ZPO § 118/I,3) ve hazırda bulunmaları gereken durumlarda duruşmaya çağırabilir¹⁷⁸.

¹⁷² Plischuk (2002), s. 9.; Rosenberg vd. (2004), s. 574 § 87 Rn. 43.; Zöllner vd. (2005), s. 492 ,§ 117 Rn.7,8.

¹⁷³ Plischuk (2002), s. 12.; Zöllner vd. (2005), s.491,§ 117 Rn. 4b.

¹⁷⁴ Plischuk (2002), s. 9.; Schilken (2002), s. 539-540 Rn.1101.

¹⁷⁵ Grunsky ve Baur (2006), s. 264 § 21 Rn. 305.; Lücke ve Wax (2000), s. 965 § 119 Rn. 1.; Plischuk (2002), s. 9.; Rosenberg vd. (2004), s. 571 § 87 Rn. 29.; Schellhammer (2004), s. 819 Rn 1771.; Thomas ve Putzo (2005), s. 212§ 114 Rn. 1.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 340 § 95 Rn. 891.

¹⁷⁶ Grunsky ve Baur (2006), s. 264 § 21 Rn. 305.; Rosenberg vd. (2004), s. 572 § 87 Rn. 36.; Thomas ve Putzo (2005), s. 230 § 119 Rn . 13.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 340 § 95 Rn. 891.

¹⁷⁷ Plischuk (2002), s. 10.; Rosenberg vd. (2004), s. 575 § 87 Rn. 51.

¹⁷⁸ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Lücke ve Wax (2000), s. 958 § 118 Rn. 17.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 3-4.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 893.; "ZPO § 118/I,4 gereği yargılama

Yargılama gideri yardımı yargılaması tek taraflıdır. Diğer bir ifadeyle, bunun bir çekişmesiz yargı işi olduğu ifade edilebilir. ZPO § 117'ye göre karşı taraf ise asıl davadaki müstakbel karşı taraftır¹⁷⁹. Karşı taraf ancak -özel nedenlerden dolayı amaca aykırı olmadığı sürece- yardım talep eden tarafın asıl davadaki yeterli bir başarı ümidinin olup olmadığı hususunda dinlenir (ZPO § 118/I,1)¹⁸⁰. Karşı tarafın dinlenmesinin konusunu kişisel değil, yalnızca yardım yargılaması ile ilgili ön şartlar oluşturur¹⁸¹.

Yargılama gideri yardımı talebi üzerine mahkeme, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme ile yardım talebinin reddine veya kabulüne karar verir (ZPO § 127/I,1)¹⁸². Ret kararına karşı itiraz hakkı mümkün olduğundan, mahkemenin ret kararının sebeplerini göstermesi gerekir¹⁸³. İddia veya savunmasında yeterli başarı ümidi öngörülen ve kötü niyetli olmayan yoksul tarafın yargılama gideri yardımı talebi kabul edilir. Yardım kararı hangi yargılama aşaması için talep edilmişse, yalnızca o yargılama aşamasında geçerlidir¹⁸⁴.

Yargılama gideri yardımına karar veren mahkeme tarafından, ilgili tarafın ödeyeceği aylık taksitler ve yargılama giderlerinin malvarlığından ödenecek olan tutarları da ayrıca belirtilir (ZPO § 120/I,1)¹⁸⁵. ZPO § 121/I uyarınca, ilgili tarafa avukatla temsil zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda veya kanunî bir zorunluluk olmamasına rağmen yardımdan yararlanan tarafın talebi üzerine bir avukat atanır¹⁸⁶. Ayrıca özel durumlar avukatla temsili gerekli kılıyorsa veya karşı taraf bir avukat tarafından temsil ediliyorsa yardımdan yararlanan tarafa bir avukat atanır (ZPO §

gideri yardımı yargılamasında yapılan giderlerin, devlet tarafından karşılanmaması durumu da bu yargılamanın dosya üzerinden yapılmasının kural, duruşmanın ise istisnaî olduğunu göstermektedir." Schellhammer (2004), s. 829, 830 Rn. 1800.

¹⁷⁹ Plischuk (2002), s. 10.; Zöller vd. (2005), s. 496 § 118 Rn. 2.

¹⁸⁰ Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 305.; Kalthoener vd. (2004), s. 58 Rn. 162.; Lüke ve Wax (2000), s. 957 § 118 Rn. 16.; Plischuk (2002), s. 10.; Schellhammer (2004), s. 829 Rn. 1800.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 2.; Zöller vd. (2005), s. 496 § 118 Rn. 225.

¹⁸¹ Kalthoener vd. (2010), s. 58 Rn. 162.; Plischuk (2002), s. 10.; Rosenberg vd. (2004), s. 575 § 87 Rn. 50.; Schilken (2002), s. 540 Rn. 1103.; Zöller vd. (2005), s. 496 § 118 Rn.2.

¹⁸² Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 305.; Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Paulus (2010), s. 61 Rn. 175.; Plischuk (2002), s. 10.; Rosenberg vd. (2004), s. 576 § 87 Rn. 55.; Schellhammer (2004), s. 830 Rn.1801.; Schilken (2002), s. 540 Rn.1104.

¹⁸³ Plischuk (2002), s. 11.; Schellhammer (2004), s. 831 Rn 1805.

¹⁸⁴ Plischuk (2002), s. 11.; Rosenberg vd. (2004), s. 574 § 87 Rn. 45; Ayrıca bkz. yukarıda dn. 175.

¹⁸⁵ Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 305.; Jauernig (2003), § 94 s. 391.; Plischuk (2002), s. 11.; Schellhammer (2004), s. 830 Rn 1804.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 1-4.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 894.

¹⁸⁶ Kalthoener vd. (2010), s. 202 Rn. 524.; Plischuk (2002), s. 11.; Rosenberg vd. (2004), s. 577 § 87 Rn. 60.; Schellhammer (2004), s. 830 Rn 1804.; Thomas ve Putzo (2005), s. 233-234 § 121 Rn. 2-4.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 894.

121/II)¹⁸⁷. Mahkemece öncelikle yardımdan yararlanan tarafa kendisini temsil etmesi için bir avukat seçmesine karar verilir. İlgili taraf kendini temsil edecek bir avukat bulamadığı takdirde, kendisine mahkeme tarafından bir avukat atanır (ZPO § 121/IV,V)¹⁸⁸.

Yargılama gideri yardımına karar veren mahkeme, yardımdan yararlanan tarafı bütün yargılama giderleri ile birlikte kendisine atanan avukatın ücretini ödemekten geçici olarak muaf tutar (ZPO § 122/I)¹⁸⁹. ZPO § 122/I Nr. 1, a'ya göre Hazine, -yardım kararının verildiği anda muaccel olmasına rağmen henüz ödenmemiş olan- açıkta kalan yargılama ve icra giderleri ile atanmış avukatın ücretini ancak mahkemenin yardım kararında belirtilen hükümlere göre ilgili tarafa yükleyebilir. Yine ZPO § 122/I Nr.1, b'ye göre Hazine, atanmış avukatın ücreti de dâhil diğer giderleri de ancak mahkemenin yardım kararında belirtilen hükümlere göre yardımdan yararlanan taraftan taksitli olarak talep edebilir veya talep etmekten vazgeçer¹⁹⁰. ZPO § 122/I Nr. 3 uyarınca yardımdan yararlanan tarafa atanan avukat da ücret ve masraflarını ilgili taraftan değil, Hazine'den talep eder¹⁹¹.

ZPO § 122/II uyarınca davacı taraf, yargılama gideri yardımından karşılıksız olarak diğer bir ifadeyle, Hazine'ye herhangi bir geri ödeme yükümlülüğü olmaksızın yararlanıyorsa, davanın karşı tarafı olan davalı taraf da yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulur. Ancak yargılama gideri yardımından yararlanan davacı taraf, Hazine'ye taksitli olarak geri ödeme yapmakla yükümlü ise, davalı tarafın karşısında varlıklı bir taraf gibi muamele görür¹⁹². Bu durumda davacı taraf, yargılama giderleri bakımından -yargılama gideri yardımından yararlanması hususu dikkate alınmadan- davalı taraf ile aynı işleme tâbi tutulur.

¹⁸⁷ Kalthoener vd. (2010), s. 203 Rn. 524.; Plischuk (2002), s. 11.; Thomas ve Putzo (2005), s. 234 § 121 Rn. 5-6.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 894.

¹⁸⁸ Kalthoener vd. (2010), s. 203 Rn. 524.; Lücke ve Wax (2000), s. 991 § 121 Rn. 9 ve s. 999 § 121 Rn. 41.; Plischuk (2002), s. 11.; Rosenberg vd. (2004), s. 578 § 87 Rn. 64-66.; Thomas ve Putzo (2005), s. 235 § 121 Rn. 8-10.

¹⁸⁹ Jauernig (2003), § 94 s. 391.

¹⁹⁰ Plischuk (2002), s. 11.; Rosenberg vd. (2004), s. 576-577 § 87 Rn. 57.; Thomas ve Putzo (2005), s. 236 § 122 Rn. 1.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 896.; Zöllner vd. (2005), s.532, § 122 Rn. 3.

¹⁹¹ Thomas ve Putzo (2005), s. 236 § 122 Rn. 3.; "Yardımdan yararlanan tarafa atanan avukatın ücret ve masraflarına ilişkin alacağı Hazine tarafından karşılandığında, bu alacak BRAGO § 130'a göre Hazine'ye devredilir." Plischuk (2002), s. 11.; Rosenberg vd. (2004), s. 578 § 87 Rn. 69.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 896.

¹⁹² Kalthoener vd. (2010), s. 226 Rn. 613.; Plischuk (2002), s. 12.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 897.; Zöllner vd. (2005), s. 535 § 122 Rn. 21.

Yargılama gideri yardımı talebinin kabul edilmesi, yardımdan yararlanan tarafın dava sonunda haksız çıkması durumunda, karşı tarafça yapılan yargılama giderlerini ödemekle yükümlü tutulmasını etkilemez (ZPO § 123)¹⁹³. Yardımdan yararlanan tarafın dava sonunda haklı çıkması durumunda ise, ZPO § 122/II uyarınca daha önce muaf tutulan yargılama giderleri, Hazine tarafından haksız çıkan karşı taraftan tahsil edilir (ZPO § 125/II)¹⁹⁴. Hazine yardımdan yararlanan tarafa temin edilen avukatın ücretini ödediği durumda, alacak hakkı kendisine devredildiği için, bu gideri de haksız çıkan karşı taraftan alabilir¹⁹⁵.

Mahkemenin yargılama gideri yardımının kabulüne ilişkin verdiği karar, kesin hüküm niteliği taşımamakla birlikte bağlayıcı etkilere sahiptir. Bu sebeple, yargılama gideri yardımı kararı ancak şartları oluştuğunda ZPO § 120/IV'e göre değiştirilebilir veya ZPO § 124'e göre kaldırılabilir. Yargılama gideri yardımı talebi sonucunda mahkemenin verdiği karar kesin hüküm niteliği taşımadığından dolayı, yardım talebi reddedilen taraf, başka bir mahkemeden de yargılama gideri yardımı talebinde bulunabilir¹⁹⁶. Yine yardım kararının mahkeme tarafından ZPO § 124'e göre kaldırılması, yardım kararı kaldırılan tarafın şartlar oluştuğunda yeni bir yardım talebinde bulunmasına engel olmaz¹⁹⁷.

ZPO § 120/III uyarınca, mahkeme tarafından yargılama giderlerinin yardımdan yararlanan taraf veya yargılama sürecinde bulunan diğer bir ilgili tarafından karşılanabileceği öngörülürse, yardımdan yararlanan tarafın yapacağı ödemelerin geçici olarak durdurulmasına (askıya alınmasına) karar verilir¹⁹⁸.

ZPO § 124'de mahkemenin hangi durumlarda yargılama gideri yardımı kararını kaldırabileceği düzenlenmiştir. Buna göre yargılama gideri yardımı talebinde bulunan taraf, bu yardımı davadaki başarı öngörüsü hakkında aldatıcı veya kişisel ve ekonomik durumu ile ilgili gerçek dışı bilgi vermek suretiyle elde etmiş olması (ZPO § 124/I Nr.

¹⁹³ Jauernig (2003), § 94 s. 391.; Plischuk (2002), s. 12.; Rosenberg/ vd. (2004), s. 579 § 87 Rn. 73.; Schilken (2002), s. 541 Rn 1106.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 898.; Zöllner vd. (2005), s. 536 § 123 Rn. 1.

¹⁹⁴ Grunsky ve Baur (2006), s. 264 § 21 Rn. 306.; Plischuk (2002), s. 12.; Rosenberg vd. (2004), s. 579 § 87 Rn. 76.

¹⁹⁵ Plischuk (2002), s. 12.; Schellhammer (2004), s. 825 Rn 1787.

¹⁹⁶ Bu durum özellikle birden fazla yer mahkemesinin yetkili olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Plischuk (2002), s. 13.

¹⁹⁷ Kalthoener vd. (2010), s. 201 Rn. 522.; Plischuk (2002), s. 13.; Rosenberg vd. (2004), s. 582 § 87 Rn. 95.

¹⁹⁸ Lüke ve Wax (2000), s. 986 § 120 Rn. 24.; Rosenberg vd. (2004), s. 579 § 87 Rn. 72.

1,2)¹⁹⁹ ya da yardımdan yararlanan tarafın yargılama giderlerinin taksitle geri ödenmesinde üç aydan fazla gecikmede bulunması durumunda (ZPO § 124/I Nr. 4)²⁰⁰, yardım kararı verildiği andan itibaren geçerli olmak üzere bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılır. Ancak her iki durumda da mahkemece yardım kararının kaldırılabilmesi için yardımdan yararlanan tarafın (kast veya ağır ihmâl derecesinde) kusurlu olması gerekir²⁰¹. Mahkeme (nihai) kararın kesinleşmesi veya yargılamanın diğer bir şekilde sona ermesinden itibaren dört yıl geçtikten sonra, yardım kararının verilebilmesi için gereken kişisel ve ekonomik şartların bulunmaması sebebiyle yardım kararını kaldıramaz (ZPO § 124/I Nr. 3)²⁰².

ZPO § 120/IV'e göre yardımdan yararlanan tarafın yargılama süresince kişisel veya ekonomik şartlarının önemli ölçüde değişmesi sonucu yargılama giderlerinin geri ödenmesine ilişkin taksitler, mahkeme tarafından yeniden belirlenerek taksit sayısı azaltılabileceği gibi artırılabilir veya bir defada ödenmesine karar verilebilir²⁰³. Yine yargılama gideri yardımından yararlanan tarafın asıl davanın yargılaması devam ederken bütün yargılama giderlerini karşılayabilecek kadar ekonomik durumunun iyileşmesi durumunda, mahkemenin yargılama gideri yardımının geri alınmasına karar verebilmek veremeyeceği sorusuna ZPO §§ 120/IV'ün ifadesinden sonra 124'ün, olumsuz cevap verdiği; ancak yargılama gideri yardımının amacının Hazine'yi gereksiz yere zorlamak olamayacağı ve burada kanun boşluğundan yola çıkarak § 124 Nr.3'ün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁴.

Yargılama gideri yardımı kararına karşı -üçüncü fıkrada belirtilen hal dışında- kural olarak itiraz edilemez (ZPO § 127/II,1). Ancak Hazine, yalnızca yargılama gideri

¹⁹⁹ Kalthoener vd. (2010), s. 283-288 Rn. 832-842.; Lüke ve Wax (2000), s. 1012-1013 § 124 Rn. 9-11.; Plischuk (2002), s. 13.; Thomas ve Putzo (2005), s. 237 § 124 Rn. 2-3.

²⁰⁰ Kalthoener vd. (2010), s. 289 Rn. 848.; Lüke ve Wax (2000), s. 1014-1015 § 124 Rn. 1416.; Plischuk (2002), s. 13.; Rosenberg vd. (2004), s. 582 § 87 Rn. 92.; Thomas ve Putzo (2005), s. 238 § 124 Rn. 5.

²⁰¹ Lüke ve Wax (2000), s. 1011 § 124 Rn. 6.; Plischuk (2002), s. 13.; Schellhammer (2004), s. 832 Rn 1808.

²⁰² Kalthoener vd. (2010), s. 288-289 Rn. 843-847.; Rosenberg vd. (2004), s. 582 § 87 Rn. 91.; Thomas ve Putzo (2005), s. 238 § 124 Rn. 4.; Zöller vd. (2005), s. 541-542 § 124 Rn.11-18.

²⁰³ Grunsky ve Baur (2006), s. 263 § 21 Rn. 305.; Jauernig (2003), § 94 s. 391.; Lüke ve Wax (2000), s. 981 § 120 Rn. 9.; Plischuk (2002), s. 13.; Rosenberg vd. (2004), s. 581 § 87 Rn. 83.; Schellhammer (2004), s. 832 Rn 1808.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 900.; "Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin ilk verdiği yardım kararının doğruluğu konusunda değil, yalnızca tarafın değişen ekonomik şartları sebebiyle yeni durum değerlendirmesi yaparak kararın içeriğinin değiştirilmesi ile ilgili bir karar verecek olmasıdır. Zira mahkeme, vermiş olduğu ilk yardım kararının doğruluğu konusunda ancak itiraz denetimi üzerine yeniden inceleme yapabilir." Plischuk (2002), s. 13.; Zöller vd. (2005), s. 516 § 120 Rn. 20.

²⁰⁴ Schellhammer (2004), s. 832 Rn 1808.

yardımlı kararı herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmadan verildiğinde, yardımdan yararlanan tarafın kendi malvarlığından (henüz) hiçbir taksit tutarının ödenmemiş olması durumunda, derhal bir itirazda bulunabilir. İtiraz yalnızca ilgili tarafın kişisel ve ekonomik şartlarına göre gereken yargılama giderlerini karşılamasının mümkün olduğuna dayandırılır (ZPO § 127/II,2; III)²⁰⁵. Diğer bir ifadeyle, tarafın haklı olup olmadığı veya davasında başarı ümidinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmez.

Yargılama gideri yardımı talebinde bulunan taraf, mahkemenin yargılama gideri yardımı talebinin reddine, aylık taksitlere ve miktarlarına ve bir veya birden fazla avukat atanması talebinin reddine karşı (ZPO §§ 127/II,2; 567/I), kararın verilmesinden itibaren derhal ve kararın ilânından itibaren zorunlu olan bir aylık süre içerisinde itiraz etme hakkına sahiptir (ZPO § 127/II,3)²⁰⁶. Yardım talebinde bulunan tarafın, mahkeme tarafından yardım talebinin herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmadan kabul edilmesine, diğer bir ifadeyle, sınırsız bir yardım kararına karşı itiraz etme hakkı bulunmaz²⁰⁷.

Yargılama gideri yardımı, mahkemenin yardım kararını § 124'e göre kaldırmasıyla, yardımdan yararlanan tarafın ölümü²⁰⁸ veya farklı bir şekilde davadan ayrılmasıyla²⁰⁹ sona erer²¹⁰.

AB içerisindeki sınır ötesi uyumsuzluklara ilişkin adlî yardım konularında ZPO §§ 1076-1078 uygulanmaktadır (ZPO § 114). Buna göre AB içerisindeki başka bir üye devlette ikâmet etmekte olan veya mutad meskeni bulunan kimselerin yapmış oldukları adlî yardım talepleri, ZPO §§ 114-123'teki hükümlere atıfta bulunan ZPO § 1078 uyarınca değerlendirilecektir²¹¹.

Kanun koyucu tarafından hukukî koruma alanındaki sosyal yardımı daha çok etkinleştirmek için yargılama gideri yardımına ilişkin kanunî düzenleme ile birlikte mahkeme dışı (ve yargılama öncesi) hukukî danışma yardımı, 18 Haziran 1980 (BGBl.

²⁰⁵ Jauernig (2003), § 94 s. 390-391.; Kalthoener vd. (2010), s. 300-301 Rn. 875, 876, 878.; Rosenberg vd. (2004), s. 584 § 87 Rn. 104.; Schellhammer (2004), s. 831 Rn 1807.; Thomas ve Putzo (2005), s. 242 § 127 Rn. 7-8.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 894.; "Bu durumda da aslında Hazine tarafından yardım kararına karşı teknik anlamda bir itirazda bulunulmayıp, mahkemeye bir nevi ihtarda ya da tevbihte bulunmaktadır." Plischuk (2002), s. 14.

²⁰⁶ Kalthoener vd. (2010), s. 296 Rn. 865.; Rosenberg vd. (2004), s. 583 § 87 Rn. 96-97.; Schellhammer (2004), s. 831 Rn 1807.; Schilken (2002), s. 540 Rn 1104.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 894.

²⁰⁷ Kalthoener vd. (2010), s. 296-297 Rn. 866.; Plischuk (2002), s. 14.

²⁰⁸ Baumbach vd. (2001), s. 419 § 114 Rn 19.

²⁰⁹ Örneğin, dava konusu üçüncü bir kimseye devredildiğinde, yardımdan yararlanan taraf dava dışında kalırsa.

²¹⁰ Schellhammer (2004), s. 826 Rn 1790.

²¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 1. bölüm, 2.4. AB Hukukunda Adlî Yardım başlıklı kısım.

I, s. 689) tarihli "Beratungshilfegesetz- Dar Gelirli Vatandaşlar için Hukukî Danışma ve Temsil Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir²¹². Hukukî danışma yardımı, yargılama gideri yardımının aynı amaca hizmet eden bir tamamlayıcısıdır²¹³.

Hukukî danışma yardımı, başta bütün özel hukuka dayanan meselelerde (14 Eylül 1994'te kabul edilen düzenlemeyle birlikte iş hukuku meselelerinde de) olmak üzere; anayasa hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarında da uygulama alanı bularak dar gelirli vatandaşların yargılama öncesinde hukukî danışma ve temsilini kolaylaştırmaktadır²¹⁴.

Hukukî danışma yardımından yabancılar da dâhil olmak üzere bütün gerçek kişiler yararlanabilir (BerHG § 1/II)²¹⁵. Hukukî danışma yardımı almanın yargılama gideri yardımından yararlanmaya herhangi bir etkisi olmayıp, hukukî danışma yardımı, yargılama yardımı sırasında tarafa henüz bir avukat atanmadan önce de verilebilir²¹⁶. Ancak hukukî danışma yardımından yararlanabilmek için başvuru sahibinin diğer bir yardım imkânınınndan yararlanmasının da beklenmemesi gerekir (BerHG § 1/I, Nr. 2)²¹⁷.

Hukukî danışma yardımı olarak bir talebin veya beyanın kabulü ya da diğer bir yardım ile ilgili veya acil bir konuda bilgi almak, sulh hukuk mahkemesi nezdinde bulunan ve hukukumuz bakımından "hâkim yardımcısı" olarak ifade edebileceğimiz "Rechtspfleger"²¹⁸ tarafından verilir (BerHG § 3/II)²¹⁹. Aksi halde hukukî danışma

²¹² Grunsky ve Baur (2006), s. 265 § 21 Rn. 307.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 107.

²¹³ Grunsky ve Baur (2006), s. 265 § 21 Rn. 307.; Kalthoener vd. (2010), s. 315 Rn. 911.

²¹⁴ Kalthoener vd. (2010), s. 317-318 Rn. 917 vd. ve s. 336-337 Rn. 963a-966.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 107.

²¹⁵ Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 107.; Kalthoener vd. (2010), s. 320 Rn. 922-923.; "BerHG § 1/II'nin ifadesine göre, hukukî danışma yardımından yararlanmak gerçek kişilerle sınırlı değildir. Bu sebeple, yerli ve yabancı gerçek kişilerin yanı sıra, yerli tüzel kişiler ve taraf ehliyetine sahip derneklerle, görev dolayısıyla taraf olanlar da hukukî danışma yardımından yararlanabilir. Ancak uygulamada bu kişiler hukukî danışma yardımından yararlanmazlar." Kalthoener vd. (2010), s. 320 Rn. 922.

²¹⁶ Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 107.

²¹⁷ Kalthoener vd. (2004), s. 328 Rn. 941.

²¹⁸ "Rechtspfleger" ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Grunsky ve Baur (2006), s. 11 Rn. 22.; W. Lücke (2006). *Grundrisse Des Rechts Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung*. (9. Auflage). München: C. H. Beck, s. 80-81 Rn. 75.; Rosenberg vd. (2004), s. 156-157 Rn. 1-6.; Alman ve Avusturya hukuklarındaki "Rechtspfleger" kurumunun Türk hukukunda tam bir karşılığı olmadığını; ancak bu kurumun usûl hukuku literatürümüze "yardımcı adalet memuru" olarak tercüme edildiğini belirten Atalı için bkz. M. Atalı (2005). Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı. *Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*. Ankara: TBBB Yayınları, s. 73-74 dn. 48.; "Hukukumuzda yer almayan bir kurum olarak "Rechtspfleger" i hâkimlerin iş yükünü azaltmak amacıyla basit adli işlemleri hâkim denetiminde yapan ve bazı konularda karar verme yetkisi bulunan bir adliye görevlisi olarak ifade etmek mümkündür." E. Ulusoy (1999). *Rechtswörterbuch Teil Weise Mit Erläuterungen*. (1.Bası). İstanbul: Beta.; "Rechtspfleger" Atalay tarafından ise "Hak Koruyucu" veya "Hak Tanıyıcı" olarak ifade edilmiştir. O. Atalay (1986), s. 33.

yardımları Rechtspfleger'in kararı ile ücretsiz olarak seçilen bir avukat tarafından yerine getirilir (BerHG § 3/I)²²⁰. Hukukî danışma yardımının avukat tarafında yerine getirilebilmesi için Rechtspfleger'in kararı ile kişiye bir yetki belgesinin verilerek, avukatın hukukî danışma yardımını kabul edeceği taahhüt edilir (BerHG § 41, BRAO § 49a)²²¹. Bunun üzerine yardım alan kimse ile avukat arasında olağan bir avukatlık sözleşmesi akdedilir. Avukat danışma yardımı karşılığında 30 Euro tutarında ücretini yalnızca Hazine'den alır (BRAGO §§ 131 ff). Bunun yanı sıra avukat, danışma yardımı alan taraftan da 10 Euro tutarında tamamlayıcı bir koruma masrafı da talep edebilir²²².

Hukukî danışma yardımından yararlanabilmek için başvuru sahibinin ikâmet etmekte olduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine sözlü veya yazılı olarak başvurması gerekir²²³. Hukukî danışma yardımı başvuru üzerine Rechtspfleger tarafından başvuru sahibinin yoksulluğu²²⁴ ve başvurusunun kötü niyetli olup olmadığı hususları incelenerek karar verilir²²⁵. Rechtspfleger tarafından hukukî danışma yardımı başvurusunun reddine ilişkin karara karşı, başvuru sahibi süresiz olarak itirazda bulunabilir (BerHG § 6/II). İtiraz üzerine sulh hukuk mahkemesi hâkimi tarafından verilen karar kesindir²²⁶.

2.2.2. Avusturya hukukunda adlî yardım

Avusturya hukukunda adlî yardım, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde tespit edilen hakların aynen kabul edilerek Anayasa'ya girmesi ile hem de Avusturya Anayasası'nda yer alan genel eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak ekonomik

²¹⁹ Kalthoener vd. (2010), s. 341 Rn. 979.; "BerHG § § 4/II, 7 hükümleri uyarınca, hukukî danışma yardımına başvuran kimse hukukî danışma yardımı talebini doğrudan bir avukatla yapabilir. Bu durumda hukukî danışma yardımı talebi avukat tarafından sulh hukuk mahkemesine yapılır." Kalthoener vd. (2010), s. 342 Rn. 983.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 111.

²²⁰ Schilken (2002), s. 537 Rn. 1095.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 108-109.

²²¹ Grunsky ve Baur (2006), s. 265 § 21 Rn. 307.; Kalthoener vd. (2010), s. 321 Rn. 925.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 109.

²²² Grunsky ve Baur (2006), s. 265 § 21 Rn. 307.; Kalthoener vd. (2010), s. 346 Rn. 994 ve s. 349 Rn. 1002.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 109.

²²³ Kalthoener vd. (2010), s. 339 Rn. 970 ve s. 340 Rn. 974.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 110.

²²⁴ "Hukukî danışma yardımında yoksulluk şartının gerçekleşmesi bakımından yargılama gideri yardımındaki yoksulluğun belirlenmesinde esas alınan kişisel ve ekonomik oranlar, taksit ödemesi şartı aranmadan geçerlidir. Zira hukukî danışma yardımı alanında ayrı bir gelir oranları mevcut değildir." Kalthoener vd. (2010), s. 324 Rn. 931.

²²⁵ "Hukukî danışma yardımı alabilmek için yeterli başarı ümidinin bulunmasına gerek yoktur. Ancak yeterli başarı ümidi ile ilgili başvuru sahiplerini bilgilendirmek için hukukî danışma yardımı verilebilir" Kalthoener vd. (2010), s. 327 Rn. 940.

²²⁶ Kalthoener vd. (2010), s. 345 Rn. 991.; Rosenberg vd. (2004), s. 585 § 87 Rn. 110.

anlamda yetersiz durumda olan kimselerin mahkemelerde haklarını arayabilmelerini sağlayan düzenlemeleri içerir²²⁷.

Avusturya Medenî Usûl Kanunu (ÖZPO)'nun adlî yardıma ilişkin hükümlerinde değişiklik yapan 1973 tarihli "Verfahrenhilfegesetz" ile adlî yardım kurumu adeta yeniden düzenlenmiştir²²⁸. Buna göre Avusturya (medenî usûl) hukukunda adlî yardıma ilişkin hükümler, ÖZPO §§ 63-73 arasında yer alır.

Adlî yardım kurumu ile yargılama sırasında gerekli olan masrafları, ekonomik durumuna zarar vermeksizin karşılayamayan kimseler, yargılama masraflarını ödeme yükümlülüğünden geçici olarak muaf tutulur (ÖZPO § 63/)²²⁹.

Adlî yardım talep eden tarafın adlî yardımdan yararlanabilmesi, yargılama masraflarını karşılayabilmek için gerekli olan geçim giderlerinden yoksun olmasına ve iddiasında veya savunmada kötü niyetli olmamasına veya başarılı olma ümidinin bulunmasına bağlıdır. Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun § 63/I uyarınca, gerekli olan geçim gideri ise, talep eden tarafın kendisi ve ailesinin en basit şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan giderlerdir²³⁰.

Tüzel kişiler ve taraf ehliyetine sahip diğer kuruluşlar, yargılamanın devamı için gerekli olan giderleri, diğer bir ifadeyle, ekonomik araçları sağlayamazlarsa, adlî yardımdan yararlanabilirlerdi. Yine yabancı gerçek ve tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanması, uluslararası sözleşmelerde aksine bir hüküm olmadıkça karşılıklılık şartının gerçekleşmesine bağlıydı (ÖZPO § 63/II ve III)²³¹. Ancak 2009 yılında yapılan

²²⁷ H. W. Fasching (2000). *Kommentar Zu Den Zivilprozessgesetzen 2. Band/1. Teilband*. (2. Völlig Neu Bearbeitete Auflagen). Wien: Manz, § 63, s. 884 Rn. 1.; W. H. Rechberger ve D. A. Simotta (2010). *Grundriss Des Österreichischen Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*. (8. Auflage). Wien: Manz, s. 250 Rn. 442.

²²⁸ 8.11.1973 tarih ve (BGB1 No: 569/1973) Adlî Yardım Kanunu değişikliği uyarınca idarî yargılama ve ceza yargılama alanlarına ilişkin temel kanunlarda yer alan adlî yardım hükümlerinin de değiştirildiğine ilişkin olarak bkz. Fasching (2000), § 63, s. 884 Rn. 1.

²²⁹ Rechberger ve Simotta (2010), s. 250 Rn. 442.

²³⁰ Fasching (2000), § 63, s. 889-890 Rn. 1-2.; H. W. Fasching (1990). *Lehrbuch Des Österreichischen Zivilprozessrechts*. (Zweite, Überarbeitete Und Ergänzte Auflage). Wien: Manz, s. 254-255 Rn. 489.; E. Feil ve E. Kroisenbrunner (2003). *Zivilprozessordnung: Kurzkommentar Für Die Praxis*. Wien: Linde, s. 270 Rn. 240-241.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 250-251 Rn. 442.

²³¹ Fasching (2000), § 63, s. 894 Rn. 8.; Fasching (1990), s. 255 Rn. 490.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 270 Rn. 241.

son değişikliklere göre (ÖZPO § 63), artık adlî yardımdan yalnızca gerçek kişiler yararlanabilir (BGBL. I Nr. 52/2009, s. 16)²³².

Adlî yardım ile ilgili hükümler fer'î müdâhiller hakkında da uygulanır (ÖZPO § 63/II).

Adlî yardım talebi, asıl davaya bakmakla yetkili olan ilk derece mahkemesinde yazılı veya tutanağa geçirmek suretiyle sözlü olarak yapılabilir. Adlî yardım talebinde bulunan taraf, davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ikâmet etmekte ise, adlî yardımını ikâmet etmekte olduğu yerde bulunan mahkemeden sözlü olarak talep edebilir (ÖZPO § 65/I)²³³.

Eğer adlî yardım, kanun yolu aşamasında talep edilmişse, ilk derece mahkemesinin (dosyayı üst mahkemeye göndermeden) mutlaka bu talep hakkında karar vermesi gerekir (ÖZPO § 65/II)²³⁴.

Adlî yardım talebinde bulunan taraf, dilekçesine dört haftadan önceye ait olmamak şartıyla mal beyanını ekler²³⁵. Bu mal beyanında, kişinin gelirleri, giderleri, aile durumu, varsa nafaka yükümlülüğü ve diğer yükümlülükleri yer alır²³⁶. Adlî yardım dilekçesine eklenen mal beyanı ile birlikte uygun delillerin de mahkemeye sunulması gerekir. Eğer adlî yardım talep eden tarafın mahkemeye sunduğu malvarlığı beyanında eksiklikler mevcutsa, mahkeme ÖZPO §§ 84 ve 85 uyarınca, mal beyanının düzeltilmesini ister²³⁷.

Mahkeme adlî yardım talep eden tarafın mal beyanında belirttiği esaslar uyarınca yapacağı araştırma sonunda adlî yardımın şartlarının oluşup oluşmadığına karar verir²³⁸.

Adlî yardım kararının sağladığı yardımlar, Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun § 64'te tek tek sayılmıştır²³⁹. Bu yardımların konusunu genel olarak yargılama

²³² W. Buchegger ve M. Roth (2011). *Zivilprozessrecht Aammlung Kommentierter Fälle*. (3. Erweiterte Auflage). Wien, New York: Springer, s. 26.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 250 Rn. 442.

²³³ Fasching (2000), § 65, s. 921-922 Rn. 1.; Fasching (1990), s. 258 Rn. 497.; W. Buchegger vd. (1998). *Praktisches Zivilprozessrecht I Streit Verfahren*. (Sechste, Überarbeitete Auflage). Wien NewYork: Springer, s. 349.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 277 Rn. 246.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 252 Rn. 445.

²³⁴ Rechberger ve Simotta (2010), s. 252 Rn. 445.

²³⁵ Fasching (2000), § 66, s.926 Rn. 1-2.; Fasching (1990), Rn. 496. ; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 279 Rn. 249.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 252 Rn. 445.

²³⁶ Rechberger ve Simotta (2010), s. 252-253 Rn. 445.; Mal beyanının temel içeriği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fasching (2000), § 66 s.927-928 Rn. 5.

²³⁷ Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 279 Rn. 249.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 253 Rn. 445.

²³⁸ Rechberger ve Simotta (2010), s. 253 Rn. 445.

giderlerinden geçici muafiyet oluşturur. Buna göre adli yardımdan yararlanan taraf, yargılama için gerekli olan bütün giderlerden ve ayrıca yargılama dışı resmî işlemlerden de geçici olarak muaf tutulur²⁴⁰. Adli yardımdan yararlanan tarafa 64. maddede belirtilen yardımların bir kısmı veya tamamı sağlanabilir. Adli yardıma karar verildiğinde mahkemece, adli yardımdan yararlanan taraf için yalnızca gerekli çerçevede yardıma karar verilir²⁴¹.

Adli yardım kararı yalnızca talep edilen belli hukukî uyuşmazlık için verilir. Adli yardım kararı verilen hukukî uyuşmazlığın konusunu oluşturduğu dava bir hükümle sona ermişse, hükmün en geç bir yıllık süre içerisinde icra edilmesi durumunda, icra aşamasında da adli yardım kararının etkileri devam etmekteydi (ÖZPO § 64/I). Ancak 2004 yılında yapılan değişiklikle "en geç bir yıllık süre içerisinde" ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Dolayısıyla Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun § 64/I'e göre, belli bir uyuşmazlık için verilen adli yardım kararı, o hukukî uyuşmazlığın konusunu oluşturan dava sonunda, bir yıllık süre sınırı ile bağlı olmadan, başlatılan icra işlemlerinde geçerli olmaya devam edecektir (BGBL. I.Nr. 128/2004, s. 2)²⁴².

Adli yardım kararının verildiği davada avukatla temsil zorunluluğu söz konusu ise veya somut olayın özelliklerine göre avukatla temsil gerekli ise, adli yardımdan yararlanan tarafın muvafakati aranmadan ücreti şimdilik verilmeksizin bir avukat atanır (ÖZPO §§ 64/ I,3; 67)²⁴³. Ayrıca avukatla temsil zorunluluğun olmadığı durumlarda, tarafın avukatı da yoksa ve taraf davanın görüldüğü mahkemenin yargı çevresi dışında ikâmet etmekte ise, adli yardım talebini sözlü olarak ikâmet etmekte olduğu yerdeki mahkemeden yapabileceği için, ikâmet etmekte olduğu yer mahkemesinden kendisine ücretsiz yargılama hizmeti verilmesini veya kendisini temsil edecek görevli bir memur veya stajyer bir hukukçu atanmasını talep edebilir (ÖZPO § 64/I,4)²⁴⁴.

Mahkeme, Baro'ya bağlı avukatlardan birinin atanmasına karar vererek durumu Baro'ya bildirir. Baro'nun ilgili komisyonu tarafından bir avukat bu iş için

²³⁹ Rechberger ve Simotta (2010), s. 251 Rn. 443.; Adli yardım kararının sağladığı imkânlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fasching (2000), § 64, s.905-921.

²⁴⁰ Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 276.

²⁴¹ Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 273-274 Rn. 244-245; Rechberger ve Simotta (2010), s. 251 Rn. 443.

²⁴² Rechberger ve Simotta (2010), s. 251 Rn. 443.

²⁴³ Fasching (2000), § 64, s. 910 Rn. 15-16.

²⁴⁴ Fasching (2000), § 64, s. 917 Rn. 29.; Buchegger vd. (1998), s. 349.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 252 Rn. 443.

görevlendirilir. Avukat atanmasına ilişkin kararda mümkün olduğunca tarafın talepleri de yerine getirilir (ÖZPO § 67)²⁴⁵.

Adlî yardım tarafın ölümü ile birlikte sona erer. Adlî yardım kararını veren mahkeme tarafından gerek re'sen gerekse talep üzerine, adlî yardımdan yararlanan tarafın adlî yardımdan yararlanabilmesi için gereken ekonomik anlamdaki yetersizliği ortadan kalkmışsa ya da iddia ve savunması açıkça kötü niyetli ise veya başarı ümidinden yoksun gözüküyorsa, adlî yardım kararı kısmen veya tamamen kaldırabilir (ÖZPO § 68/ I)²⁴⁶. Yine adlî yardım kararı verilirken bulunması gereken şartların mevcut olmadığının sonradan anlaşılması üzerine de mahkeme tarafından gerek re'sen gerek talep üzerine, kısmen veya tamamen adlî yardım kararının geri alınmasına karar verilir. Bu karar sonucunda taraf, adlî yardım kararı dolayısıyla yargılamanın başından beri muaf tutulduğu bütün yargılama giderlerini ödemekle yükümlü tutulur (ÖZPO § 68/II)²⁴⁷.

Adlî yardımdan yararlanan tarafın ekonomik durumu ile ilgili olarak gerçeğe aykırı veya eksik bilgi vermek suretiyle adlî yardım kararı verilmesini sağladığının sonradan ortaya çıkması sonucunda adlî yardım kararını kaldırılmasına karar verildiğinde, ayrıca taraf hakkında kötü niyet cezasına da hükmedilir. Bu kararın kesinleşmesiyle birlikte, taraf muaf tutulduğu yargılama giderlerinin iki katını ödemeye mahkûm edilir²⁴⁸. Ayrıca cezaî soruşturma bakımından da durum savcılığa bildirilir (ÖZPO § 69). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi "kötü niyet cezası" için de geçerlidir²⁴⁹.

Asıl davanın yargılaması sonunda, adlî yardımdan yararlanan taraf haklı bulunursa, yargılama sırasında muaf tutulduğu yargılama giderleri hakız çıkan karşı tarafa yükletilir (ÖZPO § 70)²⁵⁰. Asıl davanın yargılaması sonunda adlî yardımdan yararlanan taraf haksız çıkarsa, kendisine atanan avukatın ücreti de dâhil olmak üzere

²⁴⁵ Rechberger ve Simotta (2010), s. 252 Rn. 444.

²⁴⁶ Fasching (2000), § 68, s. 937-939 Rn. 7-8.; Fasching (1990), s. 260 Rn. 501.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 282 Rn. 254.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 254 Rn. 446.

²⁴⁷ Fasching (2000), § 68, s. 940-941 Rn. 13-14.; Fasching (1990), s. 260 Rn. 502.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 282-283 Rn. 255-256.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 254 Rn. 447.

²⁴⁸ Fasching (2000), § 69, s. 947-948 Rn. 2.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 284 Rn. 257.; Rechberger ve Simotta (2003), s. 254 Rn. 447.

²⁴⁹ Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 284 Rn. 257

²⁵⁰ Fasching (2000), § 70, s. 950 Rn. 2.; Fasching (1990), s. 261 Rn. 505.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 285 Rn. 258.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 254 Rn. 448.

muaf tutulduğu bütün yargılama giderlerinden -ve bu arada karşı tarafın yargılama sırasında yapmış olduğu yargılama giderlerinden de- sorumlu olur. Eğer yardım giderlerinin ödenmesi tarafın ekonomik durumuna zarar vermeyecekse, yardım giderleri mahkemenin kararı ile tam veya kısmî olarak geri alınabilir. Ancak yargılamanın bitmesinden itibaren üç yılın geçmesiyle birlikte, tarafın herhangi bir şekilde geri ödemeye yükümlülüğü bulunmaz (ÖZPO § 71)²⁵¹.

Mahkeme adlî yardım talebini kabul ederse, adlî yardıma karar verir. Adlî yardım talebi hakkında verilen kararlara karşı *Rekurs* (kanun) yoluna başvurmak mümkündür (ÖZPO § 72/II)²⁵².

Ayrıca Avusturya hukukunda RpfLG § 16 /I, 4 gereği "*Rechtspleger*" de adlî yardıma karar verebilir²⁵³.

2.2.3. İsviçre hukukunda adlî yardım

İsviçre de Kıta Avrupa hukuk sistemine dâhil ülkelerden biridir. İsviçre maddî hukuku federal düzeyde olmasına rağmen usûl hukuku bakımından kısa bir süre öncesine kadar yirmi altı İsviçre kantonunun her birinin ayrı usûl hukukları mevcuttu. Federal mahkemelerdeki yargılama bakımından ise Federal Medenî Usûl Kanunu'na (Bundeszivilprozessgesetz) ve Adlî Teşkilata İlişkin Federal Kanun'a (Bundesrechtspflegesetz) tâbi idi²⁵⁴. Yirmi altı kantonun her birinin ayrı medenî usûl hukuku kurallarına sahip olması bir tarafa, federal düzeyde medenî usûl hukuku kuralları içeren kanunlar ve federal mahkeme tarafından federal düzeyde geliştirilen içtihadı dayanan medenî usûl hukuku da dikkate alındığında, İsviçre medenî usûl

²⁵¹ Fasching (2000), § 71, s. 954-962.; Fasching (1990), s. 261-262 Rn. 506.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 286 Rn. 260-261.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 254-255 Rn. 448.

²⁵² Buchegger ve Roth (2011), s. 27.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 253 Rn. 445. "Rekurs, ilk ve ikinci derece mahkemesince verilen kararlara karşı bir üst mahkemeye başvurulana olağan bir kanun yolu olarak ifade edilebilir." W. H. Rechberger (2006a). Avusturya Medenî Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, (5. bası). (der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 61 dn. 6.; Ayrıca Rekurs (ÖZPO §§ 514-528a) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fasching (2000), § 514-526 s. 589-768.; Rechberger ve Simotta (2010), s. 597-611 Rn. 1053-1068.

²⁵³ Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 277 Rn. 248.; "die Entscheidung über Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe, wenn sie für ein Verfahren vor dem Rechtspfleger begehrt wird" (§ 16 Abs. 1/4 RpfLG).

²⁵⁴ A. G. Güralp (2011). *Anglo-Amerikan ve kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 56.

hukuku bakımından hukukî bir dağınıklık ve bu durumun sebep olduğu hukukî bir güvensizlik de söz konusuydu²⁵⁵.

İsviçre'de medenî usûl hukukunun dağınıklığı ve beraberinde getirdiği sorunlara çözüm arayışları, medenî usûl hukukunun yeknesaklaştırılması odak noktasında toplanmıştır. Ayrıca Avrupa Birliği'nde medenî usûl hukukunun yeknesaklaştırılmasına yönelik girişimler de İsviçre hukuk öğretisine bu anlamda ışık tutmuştur²⁵⁶. İsviçre'de medenî usûl hukukuna ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarının geçmişi çok öncelere dayanmasına rağmen medenî usûl hukukunun bir bütün olarak yeknesaklaştırılmasının temeli, 1999 tarihli İsviçre Adalet Reformu ile değiştirilen İsviçre Federal Anayasası'nın 122. maddesi uyarınca medenî usûl hukukunun federal düzeyde düzenlenmesi ilkesi ile atılmıştır²⁵⁷. Bu amaçlarla hazırlanarak 12 Aralık 2008 tarihinde İsviçre Parlamentosu'nda kabul edilen ve 1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung- Schw. ZPO) ile kanton mahkemelerinde uygulanacak usûl hukuku kuralları getirilmiş, mahkemelerin teşkilatı ve yapılandırılması ile mahkemelerin görevi kantonlara bırakılmıştır. Federal mahkeme usûlleri ise önceden olduğu gibi ayrı kanunlarla düzenlenmeye devam edecektir²⁵⁸.

Konumuz bakımından incelendiğinde ise, yargılama giderlerinin yüksekliği ve adlî yardım konuları İsviçre medenî usûl hukukunun zayıf noktalarını oluşturmuştur. Ancak yürürlüğe giren yeni Medenî Usûl Kanunu ile adlî yardım kurumu da diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi sağlam bir zemine kavuşmuştur²⁵⁹. İsviçre medenî usûl hukukunda halen adlî yardıma ilişkin hükümler, "Unentgeltliche Rechtspflege"²⁶⁰ başlığı altında Schw. ZPO §§ 117-123 arasında düzenlenir. Buna göre Anayasa'da yer

²⁵⁵ Güralp (2011), s. 56.; Ayrıca bkz. D. Gasser ve B. Rickli (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar*. Zürich, St. Gallen: Dike Verlag AG, s. V.

²⁵⁶ M. Atalı (2006). İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu n Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler. *MİHDER*, S. 3, s. 609'dan aktaran Güralp (2010), s. 70 dn. 182.

²⁵⁷ Güralp (2011), s. 70.

²⁵⁸ Gasser ve Rickli (2010), s. V.; Güralp (2011), s. 70-71.

²⁵⁹ Güralp (2011), s. 68.

²⁶⁰ "Unentgeltliche Rechtspflege" terimi olarak aslında tam anlamıyla "adlî yardım"ı karşılar. Zira "cretsiz hukukî yardım" olarak çevrilmesi daha yerinde olurdu. Ancak alışmamızın "Terim Sorunu" başlıklı birinci bölümünde de belirttiğimiz gibi, gerek metin içerisinde terim birliğini sağlamak, gerekse kelimenin ifade ettiği anlamın "adlî yardım" kurumuna işaret etmesi sebebiyle, "cretsiz hukukî yardım" ifadesi yerine "adlî yardım" ifadesini kullanmayı uygun görmüş bulunmaktayız. Ayrıca Alman hukukunda "yargılama gideri yardımı" olarak çevrilen "prozesskostenhilfe" ve Avusturya hukukunda "yargılama yardımı" olarak çevrilen "verfahrenshilfe" terimleri de hukukumuzda düzenlenmiş olan "adlî yardım" kurumunun karşılığını oluşturur. Alman hukukunda terim sorunu ile ilgili olarak yapılan açıklama için bkz. Yukarıda 1. bölüm, 2.2.1. Alman hukukunda adlî yardım başlıklı kısım.

alan usûli temel bir hak olarak adlî yardım, tahkim hariç olmak üzere özel hukuka ilişkin bütün uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur²⁶¹.

Schw. ZPO § 117 uyarınca bir kimse, hukukî taleplerinin karşılanması ümitsiz görünmediğinde ve yargılama giderlerini karşılayacak gerekli ekonomik güce ve yeterliliğe sahip olmadığında adlî yardımdan yararlanabilir. Dolayısıyla belirtilen hüküm gereği adlî yardımdan yararlanabilmenin şartları genel olarak ekonomik anlamdaki yetersizlik ve yeterli başarı ümidinin bulunmasıdır. Ayrıca belirtilen hükümde "kimse" ifadesi kullanılarak yalnızca gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanınmıştır. Böylece tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Ancak vatandaş-yabancı ayırımına ilişkin bir ifade yer almadığı için, yalnızca kanunda adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları sağlayarak -karşılıklılık şartının gerçekleşmesi gerekmeksizin- yabancılar da adlî yardımdan yararlanabilirler²⁶².

Adlî yardım talebi açılmış ve görülmekte olan bir dava veya başvurulmuş bir talebin yargılaması devam ederken talep edilebileceği gibi, asıl davadan veya asıl talepten önce de yapılabilir (Schw. ZPO § 119/I)²⁶³. Adlî yardım talebinde bulunan kimsenin başvurusunda kendi beyanına göre gelirini ve ekonomik şartlarını açıklaması ve buna ilişkin delillerini de belirtmesi gerekir. Ayrıca adlî yardım talebinde bulunan kimsenin atanmasını istediği bir avukat varsa, dilekçesinde -başvurusunda- bu hususu da belirtebilir (Schw. ZPO § 119/II).

Kanun yolu aşamasında da dilekçe ile yeniden adlî yardım talep edilebilir (Schw. ZPO § 119/V)²⁶⁴.

Adlî yardım talebi üzerine mahkeme, basit yargılama usûlüne göre talebi inceleyerek karar verir. Adlî yardım talebinin incelemesi sırasında mahkeme, karşı tarafı da dinleyebilir. Ancak adlî yardım kararı, yargılamada verilen zararlar sebebiyle tazminat (Parteientschädigung) için teminat göstermekten muafiyeti de kapsayacaksa, karşı tarafın mutlaka dinlenmesi gerekir (Schw. ZPO § 119/III).

Adlî yardım talep eden tarafın kötü niyetli olması hali dışında, adlî yardım talebinin yargılamasında yargılama gideri oluşmaz (Schw. ZPO § 119/VI).

²⁶¹ Gasser ve Rickli (2010), s. 103 Rn. 1.

²⁶² Gasser ve Rickli (2010), s. 103 Rn. 2,3.

²⁶³ Gasser ve Rickli (2010), s. 106 Rn. 1.

²⁶⁴ Gasser ve Rickli (2010), s. 106 Rn. 6.

Adlî yardım talebi kanunen gerekli şartları taşıdığında mahkeme tarafından adlî yardıma karar verilir. Mahkeme tarafından talepte bulunanın adlî yardımın sağladığı imkânlardan tamamen veya kısmen yararlanmasına karar verilebilir (Schw. ZPO § 118/II)²⁶⁵. Adlî yardım kural olarak ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde verilir²⁶⁶. Ancak adlî yardım kararı istisnaî olarak geçmişe etkili, diğer bir ifadeyle, önceyi de kapsayan şekilde de verilebilir (Schw. ZPO § 119/IV).

Adlî yardım kararı ile yardımdan yararlanan taraf, avans ödemek ve teminat göstermek de dâhil her türlü yargılama giderinden muaf tutulur (Schw. ZPO § 118/I, a ve b). Ancak adlî yardım kararı, yardımdan yararlanan tarafa, karşı tarafın oluşan zararlarını ödemeye imkân sağlayan taraf tazminatını ödemekten muafiyet tanımaz (Schw. ZPO § 118/III)²⁶⁷. Adlî yardımdan yararlanan tarafın haklarını korumak bakımından gerekli ise, tarafa adlî yardım kararı ile bir avukat atanır. Ancak özellikle karşı tarafın bir avukat tarafından temsil edildiği hallerde, adlî yardımdan yararlanan tarafın davaya -yargılamaya- daha iyi hazırlanabilmesi için mahkeme tarafından daha önceden de avukat atanabilir (Schw. ZPO § 118/I, c).

Mahkeme tarafından adlî yardımın şartlarının hiç oluşmadığı veya artık devam etmediği daha sonra anlaşılırsa, adlî yardım kararı kaldırılır (Schw. ZPO § 120).

Adlî yardım talebinin tamamen veya kısmen reddedilmesi veya adlî yardım kararının kaldırılmasına ilişkin kararlara karşı itiraz edilebilir (Schw. ZPO § 121)²⁶⁸.

Adlî yardımdan yararlanan taraf, yargılama sonunda asıl davayı kaybettiğinde veya asıl talebi sonucunda haksız çıktığında, oluşan yargılama giderleri Kanton tarafından karşılanır. Yine -adlî yardım kararı uyarınca- atanan avukatın ücreti de Kanton tarafından uygun bir şekilde ödenir (Schw. ZPO § 122/I, a ve b). Ayrıca karşı tarafın da ödediği avanslar iade edilir (Schw. ZPO § 122/I, c) ve adlî yardımdan yararlanan ve fakat davayı kaybeden taraf, karşı tarafa verdiği zararlar için tazminat (Parteientschädigung) öder (Schw. ZPO § 122/I, d)²⁶⁹.

Adlî yardımdan yararlanan taraf, ekonomik durumu uygun hale gelir gelmez ek ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Kanton'un adlî yardımdan yararlanan tarafa karşı

²⁶⁵ Gasser ve Rickli (2010), s. 105 Rn. 5.

²⁶⁶ Gasser ve Rickli (2010), s. 106 Rn. 5.

²⁶⁷ Gasser ve Rickli (2010), s. 105 Rn. 1,2.

²⁶⁸ Gasser ve Rickli (2010), s. 107 Rn. 1, 2.

²⁶⁹ Gasser ve Rickli (2010), s. 108 Rn. 1-4.

ek ödeme yapma yükümlülüğüne ilişkin talebi, yargılamanın sona ermesinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (Schw. ZPO § 123)²⁷⁰.

2.2.4. Fransız hukukunda adlî yardım

Fransız hukukunda adlî yardım sistemi çok farklı özelliklere sahiptir. Öncelikle Fransız hukukunda geçerli olan “*Gratuité*- karşılıksız olma veya ücretsiz olma” kuralı gereği, medenî usûl hukukunda -bir takım özel yargılama usûlleri dışında- taraflar yargılama gideri ödemek zorunda değildirler. Çoğu medenî usûl hukuku sisteminde olduğu gibi Fransa'da da kural olarak yargılama sonunda haksız çıkan (davayı kaybeden) taraf, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Ancak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde hâkim, kaybeden tarafı, yargılama giderlerinin bir kısmını ödemeye de mahkûm edebilir²⁷¹.

Fransız hukukunda adlî yardıma ilişkin düzenlemeler ilk olarak 1851 yılında yapılmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca avukatlık mesleği, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere ücretsiz yardım sağlamakla yükümlü tutulmuştur²⁷². 1972 yılında ise Fransa Parlamentosu tarafından 1851 düzenlemelerinin yerini alan yeni düzenlemeler yapılmıştır. 1972 düzenlemeleri ile adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken kriterlere açıklık getirilmiş, kısmî adlî yardım sistemi tanımlanarak, adlî yardım hizmetleri veren avukatların ücretlerinin sağlanması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 1972 reformu Fransız hukuku bakımından adlî yardımla ilgili önemli bir gelişmeyi temsil eder²⁷³.

Fransız hukukunda mahkemeyi herkes için gerçekten erişilebilir hale getirmek amacıyla adlî yardım kurumu halen yürürlükte bulunan 91-647 sayılı ve 10 Temmuz 1991 tarihli “Adlî Yardım Hakkındaki Kanun” ile düzenlenir. Belirtilen Kanun 1 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fransız hukukuna ilk defa “hukukî bilgilere erişim” kavramını da getiren bu Kanun, 18 Aralık 1998 değişikliği ile güçlendirilmiştir²⁷⁴.

²⁷⁰ Gasser ve Rickli (2010), s. 109 Rn. 1, 2.

²⁷¹ R. Y. Nauta ve G. J. Meijer (1996). *French Civil Procedure: Access To Civil Procedure Abroad*. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars), München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, s. 167.

²⁷² M. Cousins (1999). *Legal Aid Reform In France And The Republic Of Ireland In The 1990s: The Transformation Of Legal Aid Comparative And Historical Studies*. (Ed: F.Regan vd.), Oxford: Oxford University Press, s. 160-161.

²⁷³ Cousins (1999), s. 161.

²⁷⁴ J. L. Bédos (2009). *Acil Haklar: Fransa'da Yurttaşların Hukukî Bilgilere Erişimi*. (çev. Cemil Kaya), TBB, S. 83, s. 397.

Adli yardım talep eden kimsenin adli yardım hizmetlerinden tam veya kısmî olarak yararlanabilmesi için, kullanılabilir (esas alınan) aylık gelirin Kanun'da belirtilen eşikler arasında olması gerekir. Kullanılabilir (esas alınan) aylık geliri, Kanun'da belirtilen tutarın (2011 yılı verilerine göre 930 Euro) altında olan kimseler, adli yardımdan tam olarak yararlanabilir. Ancak kullanılabilir (esas alınan) aylık geliri bu tutarın (930 Euro) üstünde olan kimseler ise sınırlı olarak adli yardımdan yararlanabilir (bkz. aşağıda Tablo 2)²⁷⁵. Ayrıca her iki durumda da limit, bakmakla yükümlü olunan ilk iki kişi için (2011 yılı verilerine göre) 167 Euro, üçüncü ve takip eden kişiler içinde (2011 yılı verilerine göre) 106 Euro arttırılır²⁷⁶. Ancak adli yardımdan yararlanabilmek için bulunması gereken ekonomik gelir kriterini tamamlayacak herhangi bir varlık testi de bulunmaz²⁷⁷.

Adli Yardım Kanunu'nun 6. maddesine göre, bir kimsenin kullanılabilir (esas alınan) aylık geliri, Kanun'da belirtilen tutarların üzerinde olmasına rağmen özellikle -adli yardım talebinin konusunu oluşturan- asıl davasının konusunun ve muhtemel masraflarının önemli bir menfaati ilgilendirdiği durumlarda istisnaî olarak adli yardımdan yararlanabilmesi mümkündür²⁷⁸.

Tablo 2. Sınırlı olarak adli yardımdan yararlanan kimsenin esas alınacak aylık gelir miktarları ve adli yardıma katkıda bulunması gereken oranlar

(Esas Alınacak) Kullanılabilir Gelir (Euro)	Katkıda bulunması gereken oran (%)
930 - 971 €	85 %
972 -1.24 €	70 %
1,25 - 1.98 €	55 %
1,99 - 1,182 €	40 %
1,183 - 1,288 €	25 %
1,289 - 1, 393 €	15 %

Adli yardımdan yararlanabilmek için ayrıca -yukarıda belirtilen ekonomik uygunluk şartının yanı sıra- adli yardım talep eden kimsenin, adli yardım talebinin

²⁷⁵ Tablo için bkz. European Judicial Network In Civil and Commercial Matters, http://www.french-property.com/news/money_france/legal_aid_thresholds_2011/ (Erişim Tarihi: 01.12.2012)

²⁷⁶ Nauta ve Meijer (1996), s. 167.; Ayrıca son güncel gelir eşikleri için bkz. http://www.french-property.com/news/money_france/legal_aid_thresholds_2011/ (Erişim Tarihi: 01.12.2012)

²⁷⁷ Bedos (2009), s. 397.; Bowles ve Perry (2009), s. 12.

²⁷⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_fra_en.htm (Erişim Tarihi: 20.10.2011)

konusunu oluşturan asıl davasının da açıkça kabul edilemez veya dayanaktan yoksun olmaması gerekir²⁷⁹.

Adli yardımdan yararlanabilecek olanlar; Fransız vatandaşları, diğer AB üye devlet vatandaşları ve Fransa'da kanunî olarak sürekli ikâmet etmekte olan yabancılardır²⁸⁰.

Adli yardım talebi, doldurulması gerekli belgelerle birlikte bir adli yardım bürosuna yapılır²⁸¹. Her bölge mahkemesinde, kendi mahkemesindeki ve kendi bölgesindeki diğer mahkemelerdeki davalar için yapılan adli yardım taleplerini inceleyen tek bir adli yardım bürosu bulunur. Ayrıca Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemelere ve Göçmen Müracaat Kurulu'na bağlı müstakil bürolar da kurulmuştur²⁸².

Adli yardımdan yararlanan kimse, kendi avukatını seçmekte özgürdür. Avukatın, başvuranın talebini kabul ettikten sonra, bu durumu Baro Başkanlığına veya yönetimine bildirmesi gerekir. Avukatın ücreti ve masrafları, kullanılan belirli bir formül ile hesaplanarak Devlet tarafından yerel mahkemeler aracılığıyla ödenir²⁸³. Avukatlar dışındaki üçüncü kişilere ödenecek diğer bütün ücretler ise devlet tarafından avans olarak verilir²⁸⁴.

2.2.5. Hollanda hukukunda adli yardım

Hollanda hukukunda adli yardım sistemi, 1 Haziran 1994 tarihli Adli Yardım Kanunu ile yönetilmektedir²⁸⁵. Adli yardım, genel olarak danışma ve temsil hizmetlerinden oluşur. Adli yardım masrafları, Adalet Bakanlığı tarafından finanse edilen adli yardım fonundan karşılanır²⁸⁶. Adli yardım bütçesinin yönetimi, 1994'te kurulan ve toplam beş adet olan adli yardım kurullarına bırakılmıştır²⁸⁷.

²⁷⁹ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_fra_en.htm (Erişim Tarihi: 20.10.2011)

²⁸⁰ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_fra_en.htm (Erişim Tarihi: 20.10.2011)

²⁸¹ Bowles ve Perry (2009), s. 12.

²⁸² Bedos (2009), s. 397.; Nauta ve Meijer (1996), s. 167.

²⁸³ Nauta ve Meijer (1996), s. 167-168.

²⁸⁴ Nauta ve Meijer (1996), s. 168.

²⁸⁵ H. J. Snijders (1996). *Netherland Civil Procedure: Access To Civil Procedure Abroad*. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars), München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, s. 274.

²⁸⁶ M. Horstink (2005). *Hollanda'da Adli Yardım Yönetimi ve Sunumu: Türkiye'de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 91.

²⁸⁷ Horstink (2005), s. 91-92.

Adli Yardım Kanunu'na göre adli yardım üç tip hizmetten oluşur. Birincisi, adli yardım tavsiye merkezleri tarafından yardım alacak kimselere her türlü uyuşmazlıkları için sunulan danışmanlık hizmetleridir. İkincisi, hukukî problemin daha hızlı bir şekilde çözülmesinin mümkün olduğu hallerde, adli yardım tavsiye merkezleri tarafından sunulan belirli bir tutar karşılığındaki yaklaşık üç saatlik danışmanlık hizmetinden oluşur. Üçüncüsü ve aslında en önemlisi ise, hukukî bir problemin çözümü için üç saatten daha fazla süre ile yardım gerektiğinde, talep sahiplerinin "sertifika" adı verilen bir belge almaları halinde yararlanabilecekleri hizmettir²⁸⁸. Bu hizmetten yararlanabilmek bakımından talep sahibinin sertifika alabilmesi için gelir durumu ile ilgili belgeleri sunması gerekir. Bu belgeler uyarınca ve avukatın hukukî problem hakkındaki görüşü doğrultusunda adli yardım kurulu tarafından sertifika verilip verilmeyeceğine karar verilir²⁸⁹. Sertifika almaya hak kazanarak adli yardımdan yararlanan kimsenin ekonomik gelirine göre avukatlık ücretine katkı yapması gerekir²⁹⁰.

Talep sahibinin katkı payını ödemesi üzerine avukat, dava ile ilgili süreci başlatır. Dava sonuçlandıktan sonra avukat, kararın aslını ve sağladığı hizmet türü ile zamanı belirterek bir fatura düzenler ve Kurul'a gönderir. Kurul, üç ayda bir ödenen ödeme tutarını düşükten sonra avukata gerekli ödemede bulunur²⁹¹.

2008 yılında Hollanda'da adli yardım sistemi bütçesinde kesintilerin meydana gelmesi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından adalet erişimin gelişimine ve sürdürülebilir adli yardım sisteminin yeni bir vizyona sahip olmasına yol açacak bir "interaktif danışma süreci- interactive consultation process" adlı proje başlatılmıştır²⁹².

1 Mart ve 1 Haziran 2008 tarihleri arasında gerçekleşen interaktif danışma sürecinin esas amacı, adalet erişimi geliştiren önerileri tanımlamaktır. Hollanda Barolar Birliği temsilcisi, adli yardım avukatları, hâkimler, sosyal çalışmacılar ve birçok yardımcı kimsenin katılımıyla oluşan ve birbirleriyle iletişim halinde olan katılımcılar beş grup halinde adalet erişim çalışmasını tamamlamışlardır²⁹³. Dört gruptan her biri özel ilgi gerektiren alanlarda, diğer bir grup ise genel olarak adalet erişim ve adli

²⁸⁸ Horstink (2005), s. 92.

²⁸⁹ Horstink (2005), s. 92.

²⁹⁰ Horstink (2005), s. 91, 92.; Snijders (1996), s. 274.

²⁹¹ Horstink (2005), s. 95-96.

²⁹² M. Barendrecht ve P. van den Biggelaar (2009). *Sustainable Legal Aid And Access To Justice: A Supply Chain Approach*. Wellington: TISCO Working Paper Series On Civil Law And Conflict Resolution Systems, No. 005/2009, s. 3.

²⁹³ Barendrecht ve Biggelaar (2009), s. 4.

yardım konusunda çalışmalar yapmıştır. Bu beşinci grup, hukukî bilgilere erişimin iyileştirilmesi, hukukî koruma sigortası gibi alternatifleri araştırmıştır²⁹⁴. Böylece Hollanda'da adlî yardım sistemi tüm yönleriyle ele alınarak, tespit edilen mevcut sorunlar karşısında çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır.

2.2.6. İsveç hukukunda adlî yardım

İsveç Hukuku'nun²⁹⁵ adalet politikası, "cömert" olarak nitelendirilebilecek adlî yardım hizmetlerinden ve yaygın olan hukukî koruma sigortasından (legal expenses insurance)²⁹⁶ oluşur. Bu durum ise İsveç'in diğer Avrupa ülkelerine nazaran "herkes için adalete eşit erişim" idealine daha hızlı ulaşacağı gösterir²⁹⁷.

1990'ların sonlarına doğru İsveç'te yapılan adalet politikası reformu sonucunda adlî yardım sistemi ciddi anlamda yara almıştır. Zira çoğu İsveç vatandaşı bakımından artık adlî yardım hizmetleri güvenilir hale gelerek, adlî yardım hizmetlerinin yerine, bir alternatif olarak hukukî koruma sigortası, güçlü bir ivme kazanmıştır²⁹⁸.

İsveç hukukunun yargılama giderleri ilgili kamu ve özel finansman destekli hukukî korumadan oluşan bu olağandışı kombinasyonunun aynı zamanda -belki de istenmeyen ve fakat- merak uyandıran bir sonucu da vardır. Buna göre; hükümet tarafından 1990'ların sonlarına doğru kamu destekli adlî yardım harcamalarında kısıtlamaya gidilerek, halkın aynı hukukî korumadan hukukî koruma sigortası altında yararlanmaya devam etmesine işaret edilmiştir²⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, hükümet tarafından halk, bizzat hukukî koruma sigortasının korumasından yararlanmaya teşvik edilerek,

²⁹⁴ Barendrecht ve Biggelaar (2009), s. 4.

²⁹⁵ "İsveç hukuku aslında İskandinav hukuk (İsveç, Norveç, Danimarka, İzlanda, Finlandiya) sistemine dâhildir. Dolayısıyla Kıta Avrupası hukuk sistemine ve Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil edilemez. Zira İskandinav hukuk sistemine dâhil olan Kuzey Avrupa ülkeleri tarihsel süreçlerini İngiltere'den bağımsız olarak tamamlamışlar ve ayrıca Roma hukukunun etkileri de bu ülkelere fazla olamamıştır." M. Üye (2010). *Türk Hukuku'nda ve İsveç Hukuku'nda Kanunî Miras Hakkı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 3.; Ancak biz çalışmamızda medenî usûl hukuku bakımından geleneksel ayrıma göre iki büyük hukuk ailesini -Kıta Avrupası hukuk sistemi ve Anglo-Amerikan hukuk sistemi- esas almış olduğumuz için, bir Avrupa toplumu olması sebebiyle İsveç hukukunu da Kıta Avrupası hukuk sistemelerini anlatmış olduğumuz bu kısımda ele almayı uygun bulduk.

²⁹⁶ "legal expenses insurance" kavramını aslında Türkçe'ye "yargılama giderleri sigortası" olarak çevirmek mümkündür. Ancak belirtilen kavramın karşılığı olarak hukukumuza daha önce "hukukî koruma sigortası" kavramı geçmiş olduğundan, biz de bu kavramı kullanmayı uygun bulduk. Örneğin Şenocak tarafından "hukukî himaye sigortası" kavramı kullanılmıştır. Bkz. K. Şenocak (1993). *Hukukî Himaye Sigortası*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

²⁹⁷ M. Kilian ve F. Regan (2004). Legal Expenses Insurance And Legal Aid—Two Sides Of The Same Coin? The Experience From Germany And Sweden. *Internatioal Journal Of The Legal Profession*, 11 (3), s. 246.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 6, 7.

²⁹⁸ Kilian ve Regan (2004), s. 246.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 7.

²⁹⁹ Kilian ve Regan (2004), s. 247.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 7.

hukukî koruma sigortası, adlî yardım hizmetlerine alternatif bir model olarak sunulan bir hükümet politikası haline gelmiştir.

1 Aralık 1997'de gerçekleştirilen karışık paket halindeki reform, adalet politikası ile ilgili birçok alanı etkilemiştir. Yürürlüğe giren yeni Adlî Yardım Kanunu (Rättshjälpslagen 1996:1619), aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar başta olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıkları için adlî yardımdan yararlanabilme şartlarını zorlaştırmıştır. Buna ek olarak, adlî yardımın kapsamı önceki programın aksine nüfusun büyük bir kısmını dâhil etmek yerine, genel olarak yalnız "muhtaç durumdaki kimseler" ile sınırlandırılmıştır³⁰⁰. Hukukî danışma hizmetleri de revize edilmiştir. Hukukî danışma hizmetinden yararlanabilmek için daha yüksek bir ücret belirlenmiştir. Diğer önemli bir değişiklik de; devlet tarafından garanti edilen adlî yardım hizmetinden yararlanabilmek için, adlî yardım talep eden kimselerin mahkemede, adlî yardım başvurusu yapmadan önce, sorunlarını çözmek için hukukî danışma hizmeti aldıklarını ispat etmek zorunda olmalarıdır³⁰¹. Ancak gerek hükümet gerekse hukukî koruma sigortası, bu zorunlu hukukî danışmanlık ücretlerinin masraflarını finanse etmez³⁰². Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da adlî yardım, önemli değişikliklere uğramıştır. Bu tür uyuşmazlıklar için artık ne kamu destekli adlî yardım hizmeti mevcuttur, ne de bu tür uyuşmazlıklar hukukî koruma sigortasının kapsamına girmez. Zira "destek veya dayanışma konuşmaları- cooperation talks" adı verilen ücretsiz yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi benimsenmiştir³⁰³. Bu yöntem, çoğu aile hukuku uyuşmazlığını, çocukları da dâhil ederek, mahkeme dışında yerel sosyal hizmet bürolarına yönlendirmek için tasarlanmıştır. Ayrıca adlî yardımın aksine bu yöntem, bütün vatandaşlar için ücretsiz ve hiçbir şarta bağlı olmadan teklif edilir³⁰⁴.

En önemli değişiklik ise şüphesiz ki, çoğu İsveçlinin birçok özel hukuk uyuşmazlığı için adlî yardım yerine bundan böyle hukukî koruma sigortasını kullanmaya gerek duymalarıdır³⁰⁵.

³⁰⁰ B. Hess (2008). EU Trends In Access To Justice: *Civil Justice Between Efficiency And Quality: From Ius Commune To The CEPEJ*. (Ed. C.H. van Rhee, A. Uzelac), Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, s. 196.; Kilian ve Regan (2004), s. 248.

³⁰¹ Bowles ve Perry (2009), s. 14.; Kilian ve Regan (2004), s. 248.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 12.

³⁰² Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 12.

³⁰³ Bowles ve Perry (2009), s. 14.; Hess (2008), s. 196.; Kilian ve Regan (2004), s. 248.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 14.

³⁰⁴ Kilian ve Regan (2004), s. 248.

³⁰⁵ Hess (2008), s. 196.; Kilian ve Regan (2004), s. 248.

2.2.7. İtalyan hukukunda adli yardım

İtalya'da adli yardım (gratuito patrocinio) kurumu, 2002 yılına kadar kısmen anakronistik (tarihi geçmiş) ve yetersiz olarak kabul edilen 30 Aralık 1923 tarihli, 3282 sayılı Royal Decree- Kraliyet Kararnamesi ile yönetilmiştir³⁰⁶. Ancak 30 Mayıs 2002 tarihinde 115/2002 sayılı adli yardım ve yargılama giderleri konusunda düzenleme getiren Başkanlık Kararnamesi ile adli yardıma ilişkin hükümler de değişmiştir³⁰⁷.

Buna göre, yargılamanın gerektirdiği giderleri karşılayabilmek için gereken ekonomik kaynaklardan yoksun olan kimseler, adli yardım talebinin konusunu oluşturan asıl dava ve taleplerinde açıkça haksız olmamak şartıyla adli yardımdan yararlanabilirler³⁰⁸. Adli yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik yetersizlik tespit edilirken, adli yardım talep eden kimsenin, son vergi beyanında belirttiği vergilendirilebilir gelirinin, Adalet Bakanlığı tarafından tüketici fiyat endeksine göre her iki yılda belirlenen tutarı aşmış aşmadığı esas alınır³⁰⁹.

İtalyan hukukunda adli yardım kurumu ile ekonomik anlamda yetersiz kimselerin avukatlık ücreti de dâhil olmak üzere yargılama giderlerinden muaf tutulması sağlanır. Adli yardım özel hukuka ilişkin bütün uyuşmazlıklarda ve çekişmesiz yargı işlerinde uygulama alanı bulur. Ayrıca adli yardımdan kısmî olarak yararlanmak mümkün değildir³¹⁰.

Adli yardım talebi yalnızca talep eden kimsenin kendisi veya kanunî temsilcisi tarafından asıl davaya bakmaya yetkili olan mahkemenin yargı çevresinde bulunan Baro'ya yapılır. Baro, yapacağı inceleme sonucunda adli yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik gelir şartı ve haklılık şartı gerçekleşmişse, on gün içerisinde adli yardıma karar verir³¹¹.

Adli yardımdan yararlanan kimse, Baro tarafından belirlenen adli yardım listesinde yer alan avukatlardan istediğini seçebilir. Avukatlık yapmaya yetkili her avukat istediği takdirde müracaat ederek, Baro'nun adli yardım listesine kaydolabilir.

³⁰⁶ M. B. de Boer (1996). *Italian Civil Procedure: Access To Civil procedure Abroad*. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars), München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, s. 348.

³⁰⁷ European Judicial Network In Civil and Commercial Matters, http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

³⁰⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

³⁰⁹ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

³¹⁰ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

³¹¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

Ancak adlî yardım listesine kaydolabilmek için en az altı yıllık mesleki deneyime sahip olmak ve disiplin cezası almamış olmak gerekir³¹².

2.3. Anglo-Amerikan Hukukunda Adlî Yardım

2.3.1. Amerikan hukukunda adlî yardım

2.3.1.1. Adlî yardım sisteminin işleyişi

Amerikan hukukunda ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler bakımından mahkemeye erişim esas olarak birbirinden farklı üç ayrı finansman yöntemi ile sağlanır. Bunlar; adlî yardım servisleri (legal aid law firms), pro bono hizmetleri- ücretsiz yardımlar (pro bono work) ve şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesidir (the contingency fee).

Pro bono hizmetleri (ücretsiz yardımlar), birden fazla avukatın çalıştığı büyük hukuk büroları veya bağımsız çalışan avukatlar tarafından sağlanır. Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesi, davada başarılı olan tarafın, davanın başarısız olan tarafından elde edeceği bir tür finansman yoludur³¹³. Böylelikle kazanan tarafın avukatının ücreti de -çoğunlukla- dolaylı olarak kaybeden tarafından ödenir. Adlî yardım servisleri ise, hem devlet tarafından finanse edilen eyalet programları aracılığıyla hem de kendi ekonomik kaynakları ile faaliyette bulunan özel teşebbüsler aracılığıyla adlî yardım hizmeti sunarlar³¹⁴.

Ayrıca Amerikan hukukunda ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler için dava açma masraflarından da tamamen muafiyet söz konusudur. Ancak federal mahkemeler bu hükmü çoğunlukla uygulamazlar³¹⁵.

2.3.1.1.1. Adlî yardım servisleri

Amerikan hukukunda avukatlık ücretleri çok yüksektir. Dolayısıyla, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hukukî bir sorunla karşılaştıklarında, bir avukatın hukukî yardımından yararlanmaları çok zordur. Amerikan Barosu Mesleki Sorumluluk Model Kanunu (The ABA Model Code of Professional Responsibility) uyarınca, her avukat için ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere, avukatlık

³¹² http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_en.htm (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

³¹³ Hukukumuzdaki dava sonundaki haklılık oranına göre haklı çıkan taraf lehine hükmedilen avukatlık ücreti.

³¹⁴ Hirte (1991), s. 100.

³¹⁵ Hirte (1991), s. 100.

hizmetinin sağlanması bir görev ve yükümlülüktür³¹⁶. Bu görev ise ya her avukat tarafından bireysel olarak ücretsiz adlî yardımda bulunarak ya da -bu tür bireysel çabaların eksikliği nedeniyle- baro tarafından organize edilen programlar aracılığıyla yerine getirilir.

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi (Federal Mahkeme) Hâkimi *Brennan* tarafından ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin adlî yardım ihtiyacının giderek artması ve kamu finansmanının bu tarz hizmetleri ayakta tutmaya yetemeyeceği sebebiyle, avukatların etik yükümlülüğü gereği gönüllü olarak mesailerini ve becerilerini (pro bono publicoda -halkın yararına olan yardımlarda- açıkça gösterildiği gibi) ücretsiz adlî yardım hizmetleri için harcamaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu etik zorunluluğa uygun olarak adlî yardım servisleri tarafından avukatlık sevk hizmetleri ve bunlara benzer programlar geliştirilmiştir³¹⁷.

Amerikan hukukunda ilk olarak, gerçek veya tüzel kişiler tarafından finanse edilen adlî yardım servisleri aracılığıyla adlî yardım hizmetleri sağlanır³¹⁸. İkinci durumda ise, emek ve mesailerinin yüzde ellisinden fazlasını açıkça kamu yararı işlerine tahsis eden “*kamuya yararlı adlî yardım servisleri*” tarafından bu hizmetler sunulur. Kamuya yararlı adlî yardım servisleri için ekonomik kazanç, ikinci plandadır. Bu adlî yardım servislerinin kazancı esas olarak, mahkemenin davalıyı -ya kanunî hükümlere göre tamamını ya da davacı ile eşit olarak- davacının avukatlık ücretini ödemeye mahkûm ettiği hukuk davalarına dayanır. Diğer bir ifadeyle, bu adlî yardım servislerinin kazancını, şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri oluşturur. Her ne kadar Amerikan hukukunda, davanın taraflarından her birinin kendi avukatlık ücretini üstlenmesi gerektiği şeklinde genel bir ilke mevcut olsa da, ayrıca yüzün üzerinde şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerine ilişkin kanunî düzenleme de yapılmıştır³¹⁹.

³¹⁶ Hirte, s. 100-101; D. L. Rhode (2004). *Access To Justice*. New York: Oxford University Press, s. 16.

³¹⁷ “Ancak bu durum, aslında bu hizmet örgütleri arasındaki işbirliğini, halkla ilişkilerin bir türü olarak düşünülmesine sebep olduğu için, etik olmadığına dikkat çekilerek eleştirilmişti. ABA ise Baro tarafından organize edilen ücretsiz hukuk klinikleri tarafından yürütülen bu hizmetlerin, etik olarak sakıncalı olmadığını; aksine onların çok değerli bir amaca hizmet ettiğini ve teşvik edilmesi gerektiğini vurgulayarak bu şüpheleri reddetmiştir.” Hirte (1991), s. 101.; Ayrıca bkz. Rhode (2004), s. 59-60.

³¹⁸ “Bu tarz gruplar, genellikle özel alanlarda uzmanlaşmıştır. Örneğin, bunlardan biri Ralph Nadet tarafından kurulan tüketicilerin çıkarları grubudur.” Hirte (1991), s. 102.; A. W. Houseman (2009). *Civil Legal Aid In The United States An Update For 2009*. Center For Law And Social Policy, July 2009., s. 2. <http://www.clasp.org/admin/site/publications/files/0527.pdf> (Erişim Tarihi: 01.06.2010).; Rhode (2004), s. 58.

³¹⁹ Hirte (1991), s. 102.

Adli yardım servislerine finansal destek sağlamak amacıyla ülke çapındaki ilk finansal program 1960'ların ortalarında kurulmuştur. Ekonomik İmkânlar Kanunu (Economic Opportunity Act) altında oluşturulan Ekonomik İmkânlar Ofisi Adli Yardım Programı (The Office of Economic Opportunity Legal Services Program) ile ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere, avukatlar tarafından adli yardım hizmeti sunulmuştur³²⁰.

1974'te adli yardım programlarının sorumluluğunu idareden alarak bağımsız bir kurula veren Adli Yardım Kurulu Kanunu (Legal Services Corporation Act) tarafından bütün eski hükümler değiştirilmiştir. Adli yardıma devlet desteği sağlamak amacıyla Federal Adli Yardım Servisleri Kanunu (Federal Legal Services Act) altında Adli Yardım Kurulu (Legal Services Corporation- ALSC) oluşturulmuştur. Bu kurulun görevi, adli yardımın ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere en etkin ve en ekonomik şekilde dağıtılması için finansal destek sağlamaktır³²¹.

ALSC, ne federal bir makamdır ne de devlet denetimi altındaki bir kuruldur. Kolumbiya Bölgesel Kuruluşu'nun (District of Columbia corporation) yetkileri ile kurulan kâr amacı gütmeyen bir kuruldur. ALSC yerel, bölgesel veya ülke çapında adli yardım programlarını yöneten yüz otuz yedi adet imtiyaz sahibi adli yardım servisini finanse eder³²².

Medenî usûl hukuku alanındaki adli yardım sisteminin en büyük unsurunu, ALSC tarafından finanse ve takip edilen yüz otuz yedi adet adli yardım servisi oluşturur. ALSC, aynı zamanda adli yardım servislerinin en büyük finansal destekçisidir. Ancak adli yardım servislerine ALSC'nin sağladığı finansal destekten çok daha fazlası eyaletler ve IOLTA (Interest on Lawyers Trust Accounts)³²³ tarafından sağlanır. Yine adli yardım servislerinin yerel yönetimler, diğer federal hükümet kaynakları, baro ve özel kuruluşlar da dâhil olmak üzere çeşitli finansal kaynakları da vardır³²⁴.

ALSC tarafından finanse edilen adli yardım servisleri, adli yardım hizmetlerinden yararlanabilmek için çeşitli şartlar getirmişlerdir. İlk şart, ekonomik uygunluk ve yabancıların durumu ile ilgilidir. Buna göre, adli yardım servisleri tarafından

³²⁰ Hirte (1991), s. 104.

³²¹ Hirte (1991), s. 105.; Houseman (2009), s. 5.; Rhode (2004), s. 63-64.

³²² Houseman (2009), s. 5.

³²³ "IOLTA, Amerikan hukukunda ekonomik anlamda yetersiz durumda olan bireylerin adalete erişimlerini artırmak ve böylece adalet sistemini geliştirmek için tasarlanan bir programdır." <http://www.iolta.org/grants/> (Erişim Tarihi: 25.10.2011)

³²⁴ Houseman (2009), s. 2.

yabancıların adli yardımdan yararlanabilme şartları serbestçe belirlenir ve bu uygunluk şartlarını karşılayamayan yabancılara adli yardımda bulunulmaz³²⁵.

Federal Adli Yardım Servisleri Kanunu'na göre, adli yardımdan yararlanmak isteyen kimsenin genel olarak “adli hizmetlerden yararlanabilmek bakımından ekonomik anlamda yetersiz” olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu ekonomik yetersizliğin nasıl tespit edileceği konusu, diğer bir ifadeyle, ekonomik uygunluk şartlarının belirlenmesi ise -ALSC tarafından finanse edilen- adli yardım servislerinin takdirine bırakılmıştır³²⁶.

Adli yardım servisleri, adli yardım talep eden kimselerin ekonomik anlamdaki yetersizliğini tespit etmek amacıyla “tavan ücreti” kriteri getirebilirler. Diğer bir ifadeyle, adli yardım talep eden kimsenin esas alınacak gelirinin, adli yardım servisi tarafından belirlenen tutarı aşmaması gerekir. Ancak adli yardım servisleri tarafından bazı istisnaî durumlarda -tavan ücretinin aşılmamasına ilişkin- bu şart aranmayabilir. Adli yardım servisleri tarafından takdir yetkisi kullanılarak adli yardımdan yararlanabilme şartı olarak belirlenecek olan tavan ücreti, hükümet tarafından belirlenen yoksulluk sınırının yüzde yüz yirmi beşini aşamaz. Ancak yerel adli yardım servisleri daha düşük tutarlı sabit bir tavan ücreti belirleyebilirler³²⁷.

Amerikan hukukunda adli yardım hizmeti, genel olarak ALSC tarafından finanse edilen adli yardım servislerinden ziyade, yerel adli yardım servisleri tarafından verilir. Dolayısıyla adli yardımdan yararlanabilmek bakımından belirli bir usûl bulunmaz. Bununla birlikte ABA, bağlayıcı etkileri olmayan bazı standartlar yayınlamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin, kanunen devlet tarafından sunulan –ve finanse edilen- bir adli yardım hizmetinden yararlanabilme hakkı yoktur. Diğer bir ifadeyle, Amerikan hukukunda devletin adli yardım sağlama yükümlülüğü bulunmaz. Kısacası, yerel adli yardım servisleri, adli yardımdan yararlanabilmek bakımından kendi kurallarını tanımlamak ve

³²⁵ “ALSC tarafından finanse edilen adli yardım servisleri, adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları taşıyan Amerika Birleşik Devletleri vatandaşları veya yabancılara adli yardım hizmeti sunarlar.” Houseman (2009), s. 6 ve s. 7. “Örneğin bu tür adli yardım servisleri, gidecek başka bir yeri olmayan belgesiz göçmenler veya tutuklular gibi kimselere adli yardım hizmetinde bulunmayabilirler.” Rhode (2004), s. 13.

³²⁶ Hirte (1991), s. 106.

³²⁷ Hirte (1991), s. 106.; Houseman (2009), s. 7.

bu kurallara göre adli yardıma karar verip vermemek hususunda oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir³²⁸.

2.3.1.1.2. *Pro bono hizmetleri-ücretsiz yardımlar (pro bono publico)*

Amerikan hukukunda yukarıda ifade edilen adli yardım servislerinin yanı sıra, her eyalette ve –aslında- her yerel bölgede mevcut olan yaklaşık dokuz yüz adet ücretsiz yardım (pro bono) programı da bulunur³²⁹.

ABA'ya göre, ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin özel hukuka ve kamu hukukuna ilişkin belirli uyuşmazlıklarda ücretsiz veya cüzi bir ücret karşılığında adli yardım almalarını sağlamak için ortaya çıkmıştır³³⁰. ABA, ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerini teşvik eder. Zira Amerikan hukukunda ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, avukatlar bakımından etik bir yükümlülük olarak kabul edilir. Aynı zamanda da ABA tarafından ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin adli yardım ihtiyacını karşılamak için önerilen bir yoldur³³¹. Ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, Amerikan Barosu Meslek Kuralları (ABA Model Rules of Professional Conduct)'nın 6/1. maddesinde avukatlara bir yükümlülük olarak yüklenmiştir ve pek çok eyalet tarafından eyalet etik kuralları içerisinde kabul edilmiştir³³².

Ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, mesaisinin bir kısmını kamu yararına tahsis eden bağımsız çalışan avukatlar tarafından veya -bünyesinde çalışan avukatın ücretsiz ya da cüzi bir ücret karşılığında adli yardımda bulunmasına izin veren- birden fazla avukatın istihdam edildiği büyük hukuk büroları tarafından yerine getirilir³³³.

Ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerinin mantığı esasen iki temel gerekçeye dayanır. Bunlardan ilki; ekonomik anlamda yetersiz olan kimselerin adli yardım ihtiyacını karşılamaktır. İkincisi ise; adli yardıma gerek şahsen gerek toplu olarak hayırsever katkılar yapan avukatların önemi ile ilgilidir. İlk gerekçe, adalete erişimin herkes için temel bir hak olduğu önermesinden ortaya çıkar. Zira yetersiz adli yardım

³²⁸ Hirte (1991), s. 107.

³²⁹ “Ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, baroların oluşturdukları programlar aracılığıyla verilebilir. Yine sırf ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri sunmak amacıyla kurulan bağımsız, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar da bu hizmeti sunarlar.” Houseman (2009), s. 2.

³³⁰ Hirte (1991), s. 106.

³³¹ J. Flood ve A. Whyte (2006). What's Wrong With Legal Aid? Lessons From Outside The UK. *Civil Justice Quarterly*, Vol. 25, s. 95.; Hirte (1991), s. 102.

³³² Houseman (2009), s. 22.; Rhode (2004), s. 153.

³³³ Hirte (1991), s. 102.

bireylerin temel haklarını tehlikeye atar, sosyal eşitsizlikleri şiddetlendirir ve adalete bağlılığı zayıflatır. İkinci gerekçenin mantığı ise, ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri alanların elde ettiği yararları dayanır. Geniş bir dizi araştırma, avukatların hayırsever katkılarının, diğer bir ifadeyle, ücretsiz yardım (pro bono) şeklindeki kamu hizmetinin, bu hizmeti alanlara bireysel ve profesyonel yarar sağladığını göstermiştir³³⁴.

Ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri, adli yardım avukatlığı sisteminin temelini oluşturur. Amerikan hukukunda ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerinin giderek yaygınlaşması, avukatları da cesaretlendirir. Bu sayede her geçen gün daha kaliteli hizmet sunan daha çok sayıda avukat ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerine dâhil olur³³⁵. Ayrıca adli yardım servislerine finansal destek sağlayan ALSC de, 1981'den beri, ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerini desteklemektedir. ALSC tarafından finanse edilen adli yardım servisleri, bütçelerinin bir kısmını, ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerine ayırmak zorunda kalmışlardır³³⁶.

Amerikan hukukunda hükümet tarafından desteklenen adli yardım servisleri ile avukatlar tarafından verilen ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerinin ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin adli yardım ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması sonucunda, “kamu yararına hizmet eden avukatlık” kurumu oluşmuştur. Kamu yararına hizmet eden avukatlık kurumu, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin -mahkemelerde ve her türlü hukukî işlemlerde- avukatlar tarafından temsiline dayanan kendine özgü işleyişi olan bir kurumdur. Ayrıca tüketici haklarının korunması, çevrenin korunması gibi kamusal çıkarların korunması amacıyla (tüketiciler gibi) bazı özel grupların hukukî durumlarının iyileştirilmesine de yardımcı olurlar³³⁷.

2.3.1.1.3. Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri

Amerikan medenî usûl hukukunda avukatlık ücretleri ve yargılama giderleri ile ilgili iki farklı kural bulunur. İlki “Amerikan kuralı” olarak da bilinen, yargılama sonucunda (haklı çıkan ve haksız çıkan) kazanan ve kaybeden taraf arasındaki yargılama giderlerinin tahsili ile ilgili kuraldır. Bu kural uyarınca, her iki taraf -özel

³³⁴ Rhode (2004), s. 146.

³³⁵ Houseman (2009), s. 21.

³³⁶ Houseman (2009), s. 22.

³³⁷ “Bu gelişme, kamu yararına hizmet eden avukatlık kurumunun sağladığı hizmetlerin kapsamının genişleyip genişlememesi veya kurumun, esas olarak sunduğu hizmetin orjinal kapsamından uzaklaşıp uzaklaşmaması noktasında büyük politik sorunlara ve tartışmalara sebep olmuştur.” Hirte (1991), s. 104.; Rhode (2004), s. 66-68.

kurallar aksine bir düzenleme içermedikçe- avukatlık ücreti de dâhil olmak üzere kendi yaptıkları yargılama giderlerine katlanırlar³³⁸. Bu kural, diğer pek çok hukuk sisteminde yer alan kaybeden tarafın kazanan tarafın yargılama giderlerinin tamamını veya önemli bir kısmını ödemek zorunda olduğu kuralının aksini içerir. Bir kimse dava açarken davayı kazanma ve kaybetme ihtimallerini dikkate alarak hesaplama yapar. Bu konuda ortaya atılan teorik analizlere göre, davayı kaybettiğinde karşı tarafın avukatlık ücretini ödemeyi göze alamayan kimseler dava açmakta çekimser davranırlar. Buna karşılık davayı kaybettiğinde karşı tarafın avukatlık ücretini ödemeyi göze alamayanlar için, Amerikan kuralı uyarınca dava açmak bakımından daha az risk bulunur. Bu da gösterir ki, diğer hukuk sistemleri için geçerli olan kurallarla karşılaştırıldığında, taraflarca bütün yargılama giderlerine eşit olarak katlanması, davacıların lehinedir³³⁹.

İkinci farklı Amerikan kuralı ise, şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin mümkün olması ile ilgilidir³⁴⁰.

Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin mahkemelere erişimini sağlayan diğer önemli bir imkândır. Avukatın takip ettiği davadan kendisi için özel bir çıkar elde etmeyeceği, davayı yalnızca müvekkilinin çıkarları için takip ettiği kuralına istisna getirerek, avukatı, davanın takibinde müvekkili ile ortak bir girişimci haline getirir³⁴¹. Zira bu tür avukatlık sözleşmesi ile avukat, yalnızca davanın müvekkili lehine sonuçlanması durumunda -sözleşmede belirlenen tutar uyarınca- ücrete hak kazanacaktır; bunun dışında herhangi bir ücret almayacaktır.

Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesi uyarınca avukat, davanın hazırlanıp açılması (veya savunma yapılması) ve yargılamada dava ile ilgili işlemleri yapmak için gerekli emek ve mesaiyi harcar. Uygulamada çoğunlukla bu tarz bir sözleşmenin tarafı olan avukat ayrıca bilirkişi ve tanık ücretleri ve keşif giderleri gibi diğer yargılama giderlerini de öder. Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinde avukata ödenecek standart ücret, -üstlenmiş olduğu yargılama giderlerinin de eklenmesiyle- mahkeme kararı veya tasfiye kararında olsun veya olmasın müvekkili lehine hükmedilen tutarın üçte biridir.

³³⁸ G. C. Hazard ve M. Taruffo (1993). *American Civil Procedure An Introduction*. New Haven, London: Yale University Press, s. 96.

³³⁹ Hazard ve Taruffo (1993), s. 96-97.

³⁴⁰ Hazard ve Taruffo (1993), s. 96.

³⁴¹ Hirte (1991), s. 107.; Hazard ve Taruffo (1993), s. 97.

Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri, gelir getirici davalarda, esasen haksız fiil davaları başta olmak üzere diğer ekonomik ve ticari davalarda -kural olarak- davacılar bakımından mahkemeye erişim hakkı sağlayan önemli bir araçtır³⁴². Amerikan medenî usûl hukukunda, davalı taraf bakımından nadiren başvurulmuş bir imkândır³⁴³.

Bir kimsenin şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesinden yararlanabilmesi için öncelikle avukatın sözleşmenin konusunu oluşturan davayı açıp açmayacağına karar vermesi gerekir. Böylece avukat şahsi deneyimi ve takdirine göre, talep eden kimsenin mahkemeye erişiminin sağlanıp sağlanamayacağına karar verir. Genellikle açacakları davalar bakımından yeterli başarı ümidine sahip olan kimseler, bu tür bir sözleşmeye taraf olacak bir avukatı kolaylıkla bulabilirler. Ancak gelir getirici davalar ve özellikle haksız fiile ilişkin davalar dışında dava açacak olan kimseler ise sözleşmeye taraf olacak bir avukat bulmakta zorluk çekerler³⁴⁴. Böyle durumlarda bir avukat tarafından şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesi reddedilen ekonomik anlamda yetersiz durumda olan bir kimsenin, adlî yardım servislerinden ve ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerinden adlî yardım alabilmesi mümkündür.

2.3.1.2. Adlî yardıma katkı sağlayan diğer unsurlar

Sendikalar veya bunun gibi diğer kurum ve kuruluşlar, bünyesinde istihdam ettikleri avukatların, -özel birtakım uyuşmazlıklara ilişkin olarak- bazı özel kişi veya gruplara avukatlık hizmetinde bulunmasına izin verebilirler. Bir derneğin avukatının tüketicilerin açacakları bir davaya ilişkin olarak hukukî danışmanlık hizmeti sağlaması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu tür avukatlık hizmetinde bulunmak isteyen avukatın, bağlı olduğu kurum veya kuruluşla bu konuda anlaşması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bağlı olduğu kurum veya kuruluştan izin alması gerekir. Ancak avukat, bu hizmetlerden elde edeceği kazancı, bağlı olduğu kurum veya kuruluşla paylaşmak zorunda değildir³⁴⁵.

Ayrıca Amerikan hukukunda yaklaşık olarak otuz sekiz adet eyalet avukatlığı kuruluşu da bulunur. Bu kuruluşlar dar gelirli kişilerin haklarını etkileyen politik konulara ilişkin olarak siyasi faaliyette de bulunurlar³⁴⁶.

³⁴² Hazard ve Taruffo (1993), s. 96.; “Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerle sınırlı olmaması, bu kurumu tutarsız hale getirir.” Hirte (1991), s. 110.

³⁴³ Hazard ve Taruffo (1993) s. 96.

³⁴⁴ Hirte (1991), s. 110.; Hazard ve Taruffo (1993), s. 96.

³⁴⁵ Hirte (1991), s. 110.

³⁴⁶ Houseman (2009), s. 3.

2.3.1.2.1. Hukuk Fakülteleri

Hukuk fakülteleri veya hukuk fakülteleri klinik programları da adli yardıma katkı sağlayan bir unsurdur. Neredeyse ABA'nın yetkilendirdiği her hukuk fakültesi, bir hukuk kliniği eğitim programı yönetir. Bazı hukuk fakülteleri bireylere tek tek veya grup olarak hizmet eden birkaç klinik programını aynı anda yönetirler. Özellikle –Kolumbia Bölgesi- gibi bazı bölgelerde hukuk fakültesi klinik programları adli yardım sisteminin önemli bir kısmını oluşturur. Bazı hukuk fakülteleri de adli yardım programları ile birlikte işbirliği halinde çalışarak, klinik eğitimlerinin bir kısmı olarak öğrencileri bu adli yardım programlarına yönlendirirler. Diğer bazı hukuk fakülteleri klinik programları ise tamamen bağımsız, tek başlarına adli yardım programları yöneten daha küçük programlardır. Genel olarak hukuk fakülteleri klinik programları, adli yardım hizmetlerinden yararlanan kimselerin % 2'sinden daha azına hitap ettikleri için, adli yardım hizmetleri sisteminin çok küçük bir unsurunu oluşturur³⁴⁷.

2.3.1.2.2. Avukatla temsil edilmeyen taraflar (Self-Help, Pro Se)

Amerikan hukukunda adli yardım alanında önemli bir gelişme, mahkemelerde avukatla temsil edilmeyen, davasını veya herhangi bir talebini kendisi takip eden taraflara yardım etme çalışmalarının hızlı bir şekilde genişlemesidir. Yargılamada avukatla temsil edilmeyen bu tür kimselere “*pro se* veya *self-help*” ya da “*self represent*” taraflar denir. Hukukumuzda bu terimlerin karşılığını genel olarak “*davasını kendisi takip eden taraf*” veya “*avukatla temsil edilmeyen taraf*” olarak ifade edebiliriz. Zira “*pro se*”, Latince kökenli bir kelime olup, “*kendisi için*” anlamına gelir.

Avukatla temsil edilmeyip, davalarını kendileri takip eden bu taraflar, tarihî bakımdan ilk olarak trafik, iskân gibi yüksek dereceli mahkemelerde ortaya çıkmışlardır. Ancak son zamanlarda, ülke genelinde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar başta olmak üzere miras ve diğer hukuk davalarında da davalarını kendileri takip eden (*pro se*) tarafların sayısı artmaya başlamıştır. Amerikan hukukunda davalarını kendileri takip eden (*pro se*) taraflarla ilgili tam ve kapsamlı ulusal bir veri mevcut değildir³⁴⁸. Dolayısıyla, eyalet mahkemelerinde ve federal mahkemelerde ne kadar sayıda ve hangi uyuşmazlıklarda davalarını kendileri takip eden (*pro se*) tarafların olduğu, avukatla temsil edilmemenin yargılamayı ve tarafları nasıl etkilediği ve adli yardımdan

³⁴⁷ Hirte (1991), s. 102.; Houseman (2009), s. 23.; Rhode (2004), s. 156.

³⁴⁸ Rhode (2004), s. 82.; Houseman (2009), s. 24.

yararlanan *pro se* tarafların daha büyük olasılıkla yargılamada olumlu bir sonuç elde edip etmediği tam olarak bilinmez³⁴⁹. Ancak birçok mahkeme, davalarını kendileri takip eden (*pro se*) taraflara yardım etmek için programlar geliştirmiştir. Yüz otuzun üzerinde bu tarz programın olduğu bilinmektedir. Yine birçok adli yardım servisi de davalarını kendileri takip eden (*pro se*) tarafların adli yardımdan yararlanabilmelerine ilişkin olarak yeni yöntemler geliştirir³⁵⁰.

2.3.1.3. Yeni yaklaşımlar

Son on yıl içerisinde medenî usûl hukuku alanındaki adli yardım sistemi, mahkemelere erişimi geliştirmek ve genişletmek için ciddi bir şekilde teknolojik yeniliklerden yararlanmaya başlamıştır. Bunun bir sonucu olarak da dar gelirli kimseler, hakları ve yükümlülükleri, hukukî sorunlarını çözmek için mevcut seçenekler ve hizmetler, haklarının korunması ve hukukî çıkarlarının teşviki ile ilgili bilgilerin erişimine sahip olmuştur. Teknolojik yenilik, aslında bütün eyaletlerde toplumsal hukukî eğitim bilgisi, *pro se* adli yardım, mahkemeler ve sosyal hizmetlerle ilgili diğer bilgileri sunan web sitelerinin oluşmasına sebep olmuştur. Adli yardım programlarının çoğunun şu anda 223'ün üzerinde web sitesi vardır³⁵¹. 1990'ların sonlarındaki bilgi teknolojisi devrimi, ulusal çapta hizmet sunan web sitelerinin yanı sıra, evrensel olan yardım hatları, ücretsiz yardım (*pro bono*) netleri, bilgisayarla işletilen dava yönetim sistemleri, *HotDoc*³⁵² belge otomasyon sistemini içeren bir dizi yeni yaklaşımın doğmasına da yol açmıştır³⁵³. Ancak ortaya atılan iki yeni yaklaşımın adli yardım sisteminin daha fazla dönüşüme uğramasına yol açacağı ifade edilebilir³⁵⁴.

³⁴⁹ Houseman (2009), s. 24

³⁵⁰ Houseman (2009), s. 23-24.; “Kaliforniya Eyaleti tarafından aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda *pro se* tarafların sayısının artması sebebiyle, bu kimselerin taleplerine cevap verilmek zorunda kalınmıştır. Buna göre, mahkemelerin kapasitesini etkin bir şekilde kullanmak ve fakat mahkemenin tarafsızlığından ödün vermeden yargılama süreci ile ilgili *pro se* taraflara tavsiyede bulunmak için bir dizi aile hukuku yardımcısı oluşturulmuştur.” Flood ve Whyte (2006), s. 95.; Selh-Help ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.selfhelpsupport.org/> (Erişim Tarihi: 25.10.2011)

³⁵¹ Houseman (2009), s. 3.; Rhode (2004), s. 81-82.

³⁵² “HotDoc, “belge üretimi” veya “belge montajı” olarak da bilinen bir belge otomasyon yazılım programıdır. HotDoc, çok karmaşık belgeleri ve PDF formlarını bile kolaylıkla çevirebilen çok güçlü ve esnek bir belge otomasyon aracıdır. HotDoc, dünyanın en büyük şirketlerinde, hukuk bürolarında ve kamu kurumlarında, kullanılan standart bir ekipman haline gelmiştir.” <http://www.hotdocs.com/> (Erişim Tarihi: 05.12.2012)

³⁵³ Rhode (2004), s. 82; Houseman (2009), s. 26.

³⁵⁴ Houseman (2009), s. 26.

2.3.1.3.1. Tıbbî ve Hukukî Ortaklıklar- Medical-legal Partnerships

Tıbbî ve Hukukî Ortaklıklar (Medical-legal Partnerships- MLP), hastaların sağlık hizmetleri ile ilgili birçok konuda sosyal çözümler (yoksul ailelere gelir desteği, soğuk kış ayları boyunca barınma gibi) getirmek amacıyla avukatları, sağlık hizmetine entegre eden multidisipliner bir işbirliği yaklaşımıdır. Doktorlar ve avukatlar ülke genelinde kırk eyalette ve yüz yetmişin üzerinde hastane ve sağlık merkezinde ortaklaşa çalışırlar. Doktor ve avukatlardan oluşan bu yeni sağlık hizmeti ekibi, ihtiyaç sahibi ailelerin yardım taleplerini resmî olarak doktorlarına iletmeleri üzerine, ailerin gelir, barınma, beslenme, eğitim gibi temel ihtiyaçlarını karşılarlar. Ayrıca MLP'ler, hukukî konularda adlî yardım servislerinden yararlanırlar ve ülke genelindeki birçok adlî yardım kuruluşundan da çoğu zaman ücretsiz yardım (*pro bono*) hizmeti alırlar³⁵⁵.

2.3.1.3.2. Adalet erişim kaynağı- A2J Author

Chicago-Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesindeki Adalet Erişim ve Teknoloji Merkezi'nde *Ronald Stauld* ve meslektaşları tarafından 1999 ve 2000 yıllarında yenilikçi teknolojik gelişmeler üzerine çalışmalar yapılmıştır. 2004 yılında Chicago-Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, “tool to build tools- araçlar üreten araç” olarak tasarlanan access to justice author “A2J Author” - adalet erişim kaynağını oluşturmak için Bilgisayar Destekli Hukuk Eğitim Merkezi ile birlikte çalışmıştır. Adalet erişim kaynağı teknolojisi, davalarını kendileri takip eden (*pro se*) taraflara yardımcı olmak için *HotDocs* online yazılım programını kullanır. Davalarını kendileri takip eden (*pro se*) taraflara sunulan yardımlar arasında; uzlaşma sürecinde uygunluk değerlendirmesi yapma, yargılamaya ilişkin basit formlarının hazırlanması ve sonrasında bu formların imzalanmaya ve dosyaya ibraz edilmeye hazır biçimde iletilmesi yer alır. A2J Author (adalet erişim kaynağı) ingilizce veya ispanyolca konuşan araçları da içeren “tam zamanlı” yardım araçları ile donatılmıştır³⁵⁶. Amerikan hukukunda bazı eyaletler adalet erişim kaynağının kullanımına öncülük ederler. Örneğin Idaho eyaletinde, eyalet yüksek mahkemesi ve eyalet çapında faaliyet gösteren adlî yardım topluluğu arasında güçlü bir adalet erişim kaynağı ortaklığı oluşmuştur.

³⁵⁵ Houseman (2009), s. 26.; Rhode (2004), s. 91-96.

³⁵⁶ Houseman (2009), s. 27.

Yine Illionis eyaletinde de eyalet çapında faaliyet gösteren bir adlî yardım websitesi bulunur³⁵⁷.

2.3.1.4. Yeni gelişmeler

Amerikan hukuk öğretisinde, Amerika Birleşik Devletleri'nin son iki yüzyılı aşkın bir süredir herkese eşit adalet getirmeyi hedefleyen devrimci ideallerini gerçekleştirmede başarısız olduğu iddiasından hareketle, adlî yardım sistemi ciddi şekilde eleştirilere maruz kalır. Bu eleştirilerin temeli, diğer birçok Avrupa ülkesinde olduğunun aksine Amerika Birleşik Devletleri'nde hâlâ adlî yardımın bir hak olarak tanınmaması gerçeğine dayanır³⁵⁸. Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nin ilk ve bugünün önde gelen adlî yardım topluluğu olan New York Adlî Yardım Topluluğu (Legal Aid Society of New York)'nun 1876 yılında New York'ta Alman göçmenler tarafından kurulduğu³⁵⁹, Almanya'da 1877 yılında adlî yardımın ulusal düzeyde bir kanun olan Alman Medenî Usûl Kanunu (Zivilprozessordnung)'nun kabulü ile düzenlenmiş olmasına rağmen yüz otuz yıl sonra bile Amerikanların bu olasılığı yalnızca hayal edebildiği yönünde adlî yardım sistemi ile ilgili sert eleştiriler yapılır³⁶⁰.

Bu eleştirilerden yola çıkan ABA, Ağustos 2010 yılında Amerika Birleşik Devletleri halkının ideallerini gerçekleştirmek için, Amerikan Barosu Model Erişim Kanunu (ABA Model Access Act)'nu teklif etmiştir. Ancak Amerikan Federal Mahkemesi tarafından belirtilen kanun teklifi reddedilmiştir. Eğer belirtilen kanun teklifi reddedilmemiş olsaydı, medenî usûl hukuku alanında adlî yardım bir hayır işi (hayırseverlik) olmaktan çıkarak, bir hakkın konusu olarak tanınacaktı³⁶¹.

³⁵⁷ Houseman (2009), s. 27.

³⁵⁸ “Avrupa çapında adlî yardım bir hak iken, ABD'de bir hayır işi olmaktan öteye gidememiştir” J. R. Maxeiner (2011). *A Right To Legal Aid: The ABA Model Access Act In International Perspective*. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791209> (Erişim Tarihi: 02.12.2012), s. 1 ve 3. (Belirtilen makale için bkz. (September 14, 2011). Loyola New Orleans Journal of Public Interest Law, Vol. 13, No. 1 (Fall 2011), s. 61-113); Rhode (2004), s. 21.; Ayrıca bkz. European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), European Judicial Systems Edition 2010 (data 2008), s. 49-82.

³⁵⁹ Rhode (2004), s. 21.

³⁶⁰ Maxeiner (2011), s.2 ve s. 20.

³⁶¹ Maxeiner (2011), s. 1.; “ABD’ de ilk defa Federal Mahkeme, 1932 yılında vermiş olduğu bir kararda, bütün davalar bakımından geçerli olacak bir avukat hakkından söz etmiştir. Federal mahkeme tarafından verilen bu karar doğrultusunda, mahkemeler tarafından ceza davalarında sanıklar için avukat hakkı olduğu yolunda bir tanım inşa edilmesine karşın, özel hukuk yargılaması bakımından -avukat hakkı- uygulanmamıştır. *Lassiter v. Department of Social Services* (Sosyal Hizmetler Birimi) tarafından ise belirtilen karar, -Medenî usûl hukuku bakımından ise mahkemeler ancak dava temelinde adaletsiz-haksız- bir şekilde ispat edilecekse bu hakkı tanırlar.- şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre, özel çıkarların tehlikede olması, hükümetin çıkarı ve avukat eksikliği riski hatalı bir karara yol açacak ise medenî usûl

Model Erişim Kanunu, Amerika Birleşik Devletleri'nde henüz herhangi bir yargı organı (eyalet hukuku) tarafından kabul edilmemiştir. Model Erişim Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girdiğinde, Amerika Birleşik Devletleri'nde adlî yardım hizmetlerin sağlanması ve finansmanı, Model Erişim Kanunu'nu önemli ölçüde kabul eden yerlerde, genel olarak değişecektir. Ancak mahkemeler şu anda olduğu gibi çalışmaya devam edecek; yeni mahkemeler ve yeni -medenî- yargılama usûlleri oluşmayacaktır. Birkaç istisna dışında, müvekkiller ücretlerini ödeyerek kendi seçtikleri avukatlar tarafından temsil edilmeye devam edecektir. Diğer bir ifadeyle, avukatlara gerek duyulmayan yeni mahkemeler oluşmayacak ve herkese kamu gideri olarak avukat saęlanmayacaktır³⁶². Yasama organı adlî yardım için finansman ayırmayı vaat edecek, adlî yardım sistemini kurmak ve yönetmek amacıyla adlî sistem içerisinde bağımsız bir Federal Erişim Kurulu (State Access Boards) oluşturacaktır³⁶³.

Adlî yardım, hukukî danışmanlığı da kapsayacak şekilde genişlemeyecek; yalnızca mahkemede temsil ile sınırlı kalacaktır³⁶⁴. Değişecek olan şey, adlî yardımın -en azından bazı davalarda- bir hak olarak tanınacağıdır. Zira Model Erişim Kanunu, medenî usûl hukuku alanında adlî yardımın, hukukun üstünlüğünün önemli bir unsuru olduğu ilkesinden yola çıkar³⁶⁵.

ABA Model Erişim Kanunu'na göre adlî yardımdan yararlanabilmek için iki şart gerekir; Ekonomik ihtiyaç, gereklilik (need) ve yeterli başarı ümidi (case merit).

Ekonomik ihtiyaç, gereklilik (Economic Need): Model Erişim Kanunu'na göre, bu şartın oluşabilmesi için, adlî yardım talep eden kimsenin yeteri kadar hukukî yardım almaktan aciz olması gerekir. Belirtilen Kanun'a göre, ekonomik ihtiyaç şartının gerçekleşebilmesi için adlî yardım talep eden kimsenin sahip olması gereken gelir miktarını belirleme yetkisi Federal Erişim Kurulu (State Access Boards)'na aittir³⁶⁶. Ancak Model Erişim Kanunu, Federal Erişim Kurulu'nun uygunluk tespitlerini yapabilmesi için özel kuruluşlar kurma yetkisini Kurul'a doğrudan vermesine rağmen Kurul'un uygunluk tespitlerini yapacak kuruluşları seçerken hangi şartları araması

hukukunda avukat hakkı uygulanabilir. Ancak Sosyal Hizmetler Birimi tarafından belirlenen bu standartlar makul olmasına rağmen mahkemeler tarafından medenî usûl hukukunda avukatla temsilin neredeyse hiç gerekli olmadığı yolundaki anlayış devam etmiştir." Rhode (2004), s.8-9.

³⁶² Maxeiner (2011), s. 4-5.

³⁶³ Maxeiner (2011), s. 4., s. 8.

³⁶⁴ Maxeiner (2011), s. 5, s. 7.

³⁶⁵ Maxeiner (2011), s. 5.

³⁶⁶ Maxeiner (2011), s. 9.

gerektiğini belirtmemiştir³⁶⁷. Belirtilen Kanun'a göre adli yardımın gereksiz sayıldığı üç özel durumda adli yardıma karar verilmez. Bunlar; adli yardım talep eden kimsenin avukatla temsil edilmesinin mümkün olmadığı yargılamalar (Örneğin, bazı eyaletlerde bazı mahkemelerdeki dava ve taleplerin avukatla takibine izin verilmez.), adli yardım talep eden kimsenin adli yardım programları, şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri ve hukukî koruma sigortası gibi yollarla hâlihazırda adli yardım hizmetinden yararlandığı durumlar ve adaletin selameti gereği avukatla temsilin gerekli olmadığı işlemlerde adli yardım hizmetlerini karşılamak için bir finansmanın olmadığı durumlardır³⁶⁸.

Yeterli Başarı Ümidi (Case Merit): Model Erişim Kanunu'na göre avukatla temsil hizmetinden oluşan adli yardımdan yararlanabilmek için adli yardım talep eden davacının “başarılı bir sonucu elde edebilmesi için yeterli ümide” sahip olması, adli yardım talep eden davalının ise, makul savunma sebeplerine sahip olması gerekir³⁶⁹.

2.3.2. İngiliz hukukunda adli yardım

2.3.2.1. Adli yardım sisteminin kısa bir tarihçesi

İngiliz hukukunda (şimdilerde public funding – sosyal yardımlaşma fonu olarak anılan) adli yardım, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra avukatların hizmetinden yararlanamayan kimseler için, bu hizmetin devlet tarafından sağlanması olarak tanımlanmıştır³⁷⁰. “Legal aid-adli yardım” terimi halen devlet tarafından finanse edilen hizmetlere başvurmak için açıklayıcı ve fakat teknik olmayan bir terim olarak kullanılır³⁷¹.

İngiltere'de adli yardım ilk olarak 1949 yılında, ekonomik şartları yardım almaksızın iddia veya savunmalarını yapabilmelerine engel olan kimseler bakımından sunulan hizmet olarak ortaya çıkmıştır³⁷².

1945'te bir zafer iyimserliği gösterimi içerisinde tasarlanan İngiliz adli yardım programı, bu modelin bütün güçlü ve güçsüz yanlarını ortaya koyan klâsik bir

³⁶⁷ Maxeiner (2011), s.10., s.11.

³⁶⁸ Maxeiner (2011), s. 9.

³⁶⁹ Maxeiner (2011), s. 9.

³⁷⁰ T. Goriely (1995). The Government's Legal Aid Reforms: *Reform Of Civil Procedure Essays On "Access To Justice."* (Ed. A.A.S. Zuckerman, R.Cranston), Oxford: Clarendon Press, s. 347.

³⁷¹ G. Slapper ve D. Kelly (2009-2010). *The English Legal System*. (10. edition). London, New York: Taylor & Francis Routledge, s. 559.

³⁷² N. Andrews (2003). *English Civil Procedure Fundamentals Of The New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press, s. 220.; N. Rickman vd. (1999). The Reform Of Legal Aid In England And Wales. *Fiscal Studies*, 20 (3), s. 262.; Parker (1999), s. 32-33.

"judicare"³⁷³ sistemi olup, elde edebilen herkes için adli yardımı bir hak olarak sağlamıştır³⁷⁴.

1 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe giren Adli Yardım Kanunu (Legal Aid Act 1988), İngiliz hukuku bakımından adli yardım sistemi ile ilgili olarak yapılan ilk önemli reformdur. 1988 tarihli Adli Yardım Kanunu ile 1949 yılında kurulduğu günden beri adli yardım programını yöneten Hukuk Topluluğu (Law Society)'nun yerine, adli yardım sistemini yönetmek üzere yeni bir Adli Yardım Heyeti (Legal Aid Board-LAB) oluşturulmuştur³⁷⁵.

İngiltere'de hukuk mesleği, 1990 tarihli Mahkemeler ve Adli Yardım Kanunu (Courts and Legal Services Act)'nın bir sonucu olarak bir dizi değişikliğe uğramıştır. Hükümetin adli yardım ve mahkemelerle ilgili reform planları ise White Paper, Modernising Justice (Lord Chancellor's Department -LCD 1998b) ile 2 Aralık 1998'de düzenlenmiştir³⁷⁶.

Daha önceki İngiliz hükümetleri tarafından adli yardım alanında reformların devam edeceğine ilişkin taahhütler verilmiş olmasına rağmen 90'lı yıllarda adli yardımın etkinliği ve verimliliği temelindeki eleştiriler giderek artmıştır. Bu eleştirilerden ilki, bir plân dâhilinde sunulan hizmetlerin fazla hukukî olması, diğer bir ifadeyle, kanunlara harfi harfine uyulması ve adli yardımın bütün alanlardaki ihtiyacı karşılamadığı; ikincisi ise harcamaların hızla büyüdüğü ve öngörüleemeyen maliyetlere ulaştığı ile ilgiliydi³⁷⁷. LCD reformu ile amaçlanan ise yapılan değişikliklerin büyük bir çoğunluğunun, ceza yargılamasına kıyasla medenî usûl hukuku alanındaki adli yardıma ilişkin olmasıdır³⁷⁸.

³⁷³ Bu sistemin nasıl işlediğine ilişkin yapılan açıklama için bkz. aşağıda, 2.5.2. Karşılaştırmalı hukukta yer alan adli yardım modellerinin sınıflandırılması başlıklı kısım.

³⁷⁴ Goriely (1995), s. 348.

³⁷⁵ Hirte (1991), s. 93-94.

³⁷⁶ Rickman vd. (1999), s. 261; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 527, 560.; "Ayrıca Mayıs 1995'te yayınlanan Green Paper, Targeting Need (Lord Chancellor's Department) ile Hükümet, avukatlara dava bazında sınırlı nakdi ödeme yaparak, sınırlı sayıda avukatla veya danışma merkezi ile yapılan blok anlaşmalara dayanan talep yönlü bir adli yardım programından hareket etmeyi önermiştir." Goriely, s. 347 vd.; "Yine Haziran 1996'da yayınlanan White Paper, Striking The Balance (Lord Chancellor's Department) ile de Hükümet, hedeflerinden biri kamu tarafından finanse edilen adli yardımı sağlayan düzenlemeleri geliştirmek olan bir dizi öneride bulunmuştur." Ayrıntılı bilgi için bkz. R. Bowles (1996). Reform Of Legal Aid And The Solicitors' Profession. *Access To Justice Hume Papers On Public Policy*, 4 (4), s. 4 vd.

³⁷⁷ Rickman vd. (1999), s. 262.

³⁷⁸ Rickman vd. (1999), s. 262 dn. 2; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 565.

LCD reformu sonucunda kamu finansmanının sağlanması, hukukî danışma ve yardım gibi konularda 1999 yılında kabul edilen Adalet Erişim Kanunu ile önemli yenilikler yapılmıştır³⁷⁹. Bunların başında, 1989 tarihinde Adli Yardım Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren LAB tarafından yönetilen adli yardım sisteminde 1999 reformu ile LAB'ın yerine Adli Yardım Komisyonu (Legal Services Commission-LSC)'nin getirilmesi³⁸⁰ ile 2000 yılında medenî usûl hukukunda adli yardım hizmetleri için (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu (Community Legal Service-CLS) ve 2001 yılında ceza yargılaması alanında adli yardım hizmetleri için de (Ceza Usûlünde) Adli Yardım Kurulu (Criminal Defence Service-CDS) gibi sistemlerin getirilmesi yer alır³⁸¹.

1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu ile medenî usûl hukukundaki ve ceza yargılamasındaki adli yardım sistemlerinin yerini alan (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS ve (Ceza Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CDS'yi korumak ve geliştirmek amacıyla Adli Yardım Komisyonu (Legal Services Commission-LSC) kurulmuştur³⁸².

2.3.2.2. Adli yardım sisteminin işleyişi

İngiltere'de medenî usûl hukuku alanında adli yardım, hukukî danışma, hukukî yardım ve temsil şeklindeki programlar çerçevesinde sağlanır³⁸³. Adalet Erişim Kanunu uyarınca adli yardımdan yalnızca geçek kişiler yararlanabilir³⁸⁴. Medenî usûl

³⁷⁹ Andrews (2003), s. 816.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 36.; “Adalet erişim amacıyla son yıllarda yapılan hukuk reformlarından en ilgi çekici olanı 1999 yılında Hukuk Usûlü Kuralları ile Adli Yardım Kanunu'nun tamamen değiştirilmesine sebep olan reformdur.” L. Woolf (2006). Adalet Erişim- Nihai Rapor. (Çev. Mustafa Özbek), *MİHDER*, S: 2, s. 989, 997.; “Adli yardım sisteminde finansal anlamda radikal değişiklikler yapan tek ülke İngiltere değildir. Nitekim İsveç de 1997 yılında adli yardım yoluyla devlet desteği üzerinden özel hukukî koruma sigortasına öncelik verilmesi gerektiğine karar vererek sistemde değişiklik yapmıştır.” Andrews (2003), s. 221.

³⁸⁰ Andrews (2003), s. 816.; S. M. Gerlis ve P. Loughlin (2001). *Civil Procedure*. London, Sydney: Cavendish Publishing Limited, s. 444; Rickman vd. (1999), s. 264.

³⁸¹ Andrews (2003), s. 816.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 559.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 37.

³⁸² Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 560.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 37.

³⁸³ Andrews (2003), s. 817.; Hirte (1991), s. 94.; Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 39.; “1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu ile yapılan reformdan önce adli yardım hizmetleri kapsamında, başlangıç aşamasındaki özel hukuk veya ceza yargılamasına ilişkin potansiyel bir uyuşmazlık için, *green form programı* dâhilinde, bir avukat tarafından genellikle iki saat kadar (boşanma konularında üç saat) hukukî danışma ve yardım hizmeti verilirdi. Eğer bir hukuk davasında adli yardım hizmeti, uyuşmazlığın çözümünün ileri bir aşamasında alınırsa, hakaret davası dışındaki davalar için adli yardım hizmeti bütün yönleriyle sunulurdu. Bazı mahkemelerdeki ve bazı yargılamalardaki hukuk davalarındaki avukatların hazırlık ve temsil ücretleri Assistance By Way of Represantion programı aracılığıyla karşılanırdı. Çocuklara İlişkin Kanun kapsamındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında yargılamanın her aşamasında adli yardım hizmeti sunulurdu (halen yürürlükte adli yardım sisteminde de bu uygulama devam eder.) Diğer üç program ise ceza yargılaması ile ilgili danışmanlık ve temsil hizmetlerini içerirdi.” Rickman vd. (1999), s. 264.

³⁸⁴ Andrews (2003), s. 817.

hukuku bakımından ise adli yardım hizmetleri halen -1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu'nda düzenlenen ve 3 Nisan 2000 tarihinde uygulaması başlatılan- (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS tarafından yerine getirilir³⁸⁵. Ancak yalnızca LSC Kalite Standartı (LSC Quality Mark)'na sahip olan (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS bünyesindeki avukatlar, hukuk merkezleri, vatandaş danışma büroları, yerel idareler, adli yardım sağlayıcıları ve yerel hizmet ağıları adli yardım hizmeti sunmakla yetkilidir. Bu kalite standartları sayesinde vatandaşlara en iyi hizmet temin edilmiş olur³⁸⁶. Ayrıca İngiltere'deki adli yardım programının diğer önemli bir özelliği de, yalnızca Adli Yardım Komisyonu-LSC ile sözleşme yapan adli yardım sağlayıcılarının, adli yardım hizmeti için finanse edilmeleridir³⁸⁷.

(Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS, hukukî bir sorunu olan kimsenin kendisine en uygun ve en iyi yardım kaynağını bulabilmesi için bilgi ve danışma hizmetlerinin tüm kaynaklarını bir araya getirmek ve koordine etmek için tasarlanmıştır. (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS, bilgi ve danışma hizmetini telefonla, web siteleri vb. araçlarla yerine getirerek bu anlamda herkes için kullanılabilen rehber bir hizmet sağlar³⁸⁸.

İngiliz hukukunda adli yardımdan yararlanabilmenin ilk şartı da -diğer pek çok hukuk sistemlerinde olduğu gibi- yardımdan yararlanacak olan kimsenin iddia veya savunmasını yapabilmesi için gerekli olan yargılama giderlerini karşılamada ekonomik anlamda yetersiz olmasıdır.

2007 yılında değiştirilen (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu Mali Yönetmeliği- The Community Legal Service (Financial) Regulations uyarınca, 2008 tarihi ve sonrasında yapılan tüm finansman uygulamalarında geçerli olmak üzere ekonomik uygunluk şartları düzenlenmiştir. Belirtilen Yönetmelik'te ekonomik uygunluk şartları tespit edilirken, bir kimsenin temel yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasından sonra elinde kalan geliri ifade eden “*kullanılabilir gelir- disposable income*” ve bir kimsenin bir ev gibi temel varlıklarından sonra sahip olduğu malvarlığı değerlerini ifade eden “*kullanılabilir sermaye- disposable capital*” gibi temel kavramlar kullanılmıştır³⁸⁹.

³⁸⁵ Andrews (2003), s. 221.; Gerlis ve Loughlin (2001), s. 459.

³⁸⁶ Zeeland ve Barendrecht (2003), s. 37.

³⁸⁷ Zeeland ve Barendrecht, (2003) s. 37.

³⁸⁸ Gerlis ve Loughlin (2001), s. 459-460.

³⁸⁹ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 567.

Adli yardımın sağlanabilmesi, adli yardım talep eden kimsenin geliri veya sermayesinin Yönetmelik'te belirtilen gelir eşiğini ne kadar aştığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin adli yardımdan yararlanabilmesi için esas alınacak -kullanılabilir- gelirinin Yönetmelik'te belirtilen üst sınırı aşmaması gerekir³⁹⁰.

Buna göre; bütün hizmet seviyeleri için adli yardım talep eden kimsenin aylık brüt gelirinin (2008 yılı itibariyle) 2530 Euro'yu aşmaması gerekir. Ancak dördü aşan her çocuk için bu miktar 211 Euro artırılabilir. Doğrudan veya dolaylı olarak Gelir Desteği veya Gelire Dayalı İşsizlik Ödeneği almış olanlar otomatik olarak hizmetin bütün seviyeleri için gereken brüt geliri karşılarlar. Göçmenlik Konularında Hakem Yargılaması ve Göçmenlik Yüksek Mahkemesi'ndeki adli yardım hizmeti bakımından, mahkemede yardım, danışma ve avukatla temsil hizmeti için kullanılabilir gelirin aylık 982 Euro'yu aşmaması gerekir. Göçmenlik konularında kontrollü avukatla temsil bakımından sermaye limiti 3000 Euro, diğer bütün hizmetler bakımından ise 8000 Euro'dur. Aile hukuku ile ilgili arabuluculuk hizmetleri, arabulucukta yardım ve diğer bütün avukatla temsiller için kullanılabilir aylık gelirin 698 Euro'yu aşmaması gerekir ve kullanılabilir sermayenin sınırı ise 8000 Euro'dur³⁹¹.

Ancak Çocuklara İlişkin Kanun (Children Act)'da düzenlenen bazı davalarla ilgili avukatla temsil, akıl sağlığı ile ilgili değerlendirmelerde temsil, adli yardım ve hukukun genel hükümleri ile ilgili münhasıran bilgi almayı içeren hizmetler gibi bazı hizmetler, adli yardım talep eden kimsenin ekonomik uygunluk şartını karşılayıp karşılamadığına bakılmaksızın ücretsizdir³⁹².

Yukarıda ifade edildiği gibi Yönetmeliğe göre, adli yardım talep eden kimsenin yardım hizmetlerden yararlanabilmesi için, kural olarak herhangi bir şekilde katkıda bulunması gerekmez. Diğer bir ifadeyle, adli yardım talep eden kimse yardımdan yararlanabilmek için uygun şartları ya karşılar ya da karşılamaz³⁹³. Yalnızca Aile Hukukuna İlişkin Belirli Uyuşmazlıklarda Avukatla Temsil (Legal Representation in Specified Family Proceedings) ile ilgili işlerde, adli yardım talep eden kimsenin gelir ve sermayesinden katkıda bulunarak adli yardımdan yararlanabileceği düzenlenmiştir³⁹⁴. Ancak bu hükümler uyarınca da adli yardım talep eden kimsenin kullanılabilir aylık

³⁹⁰ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 567.

³⁹¹ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 567.

³⁹² Andrews (2003), s.18-819.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 567.

³⁹³ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 567.

³⁹⁴ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 568.

brüt geliri 300 Euro veya altında ise, herhangi bir katkı tutarı ödemek zorunda değildir; istisnaen sermayesinden bir miktar katkıda bulunmak zorunda kalabilir. Adlî yardım talep eden kimsenin kullanılabilir aylık brüt geliri 300 Euro'dan fazla, 698 Euro'dan az ise, yardımdan yararlanabilmek için aylık 285 Euro'yu aşan oranda katkıda bulunacaktır. Aylık kullanılabilir sermayesi 3000 Euro'yu aşan bir talep sahibinin ya sermayesini aşan tutarda ya da finanse edilen hizmetin maksimum ücreti tutarından hangisi daha az ise o tutarda bir katkı yapması gerekir.

Aşağıdaki tabloda yer alan veriler doğrultusunda talep sahibinin hizmet karşılığında ne kadar katkıda bulunacağı değerlendirilmiştir (bkz. Tablo 2)³⁹⁵.

Tablo 3. Adlî Yardımdan Yararlanan Kimsenin Katkıda Bulunması Gereken Miktarlar

Aralıklar	Aylık kullanılabilir gelir	Aylık katkı
A	£301–£443	£296'yu aşan gelirin çeyreği (dörtte biri)
B	£444–£587	£36.75 + £433'yu aşan gelirin üçte biri
C	£588–£698	£84.75 + £587'yu aşan gelirin yarısı

Adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik uygunluk şartının yanı sıra başka bir şartı daha yerine getirmesi gerekir. 2007 tarihli Finansman Kanunu (The Funding Code)'nda (Hukuk Usûlünde) Adlî Yardım Kurulu-CLS tarafından finanse edilen adlî yardımın özel bir davada sağlanıp sağlanmayacağı, eğer sağlanacak ise bunu sağlamak için uygun olan hizmetlerin ne olduğunu belirlemek amacıyla medenî usûl hukuku alanındaki adlî yardım hizmetleri bakımından kriterler oluşturulmuştur³⁹⁶.

Finansman Kanunu, özel kriterlerin olduğu belirli kategoride yer alan yüksek meblağlı davalar, yargısal denetim, devlet organlarına karşı davalar, klinik ihmâl dışındaki haksız fiiller, konut, aile, akıl sağlığı ve göçmenlikle ilgili davalar hariç olmak üzere diğer bütün kategorilerde yer alan dava ve uyuşmazlıklar için sunulan hizmetlerden yararlanabilmek bakımından gereken genel kriterleri ortaya koyar.

³⁹⁵ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 568.; Ayrıca tablo için de bkz. Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 568.

³⁹⁶ Gerlis ve Loughlin (2001), s. 460.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 569.

Örneğin, avukatla temsil hizmetinden yararlanabilmek için gereken genel kriter, uyuşmazlığın dava dışındaki alternatif yollarla çözümünün mümkün olup olmayacağı, mevcut finansman yöntemine alternatif bir finansman yönteminin olup olmayacağı ve davada küçük talepler yargılama usulünün³⁹⁷ uygulanabilmesinin söz konusu olup olmayacağıdır³⁹⁸.

Çoğu kategoride bulunan hizmetler bakımından adli yardım talep eden kimseye özel bir hizmet vermenin yararlı olup olmayacağı ve talep sahibinin iddia veya savunmasını ispat edebilmek için yeterli başarı ümidinin bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Bu değerlendirme uyarınca davalar başarı şanslarına göre aşağıdaki gibi altı kategoriye ayrılır; *çok iyi* (%80 veya daha iyi başarı şansı), *iyi* (%60-80 arasında bir başarı şansı), *makul* (% 50–60 arasında başarı şansı), *sınırdaki* (% 50 başarı şansı), *zayıf* (% 50'den az bir başarı şansı) veya *belirsiz (açık olmayan)*³⁹⁹.

1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu'nda (Hukuk Usûlünde) Adli Yardım Kurulu-CLS bünyesinde sağlanabilen hizmetler tanımlanır. Bunlar arasında; hukukla ilgili temel bilgilerin sağlanması, uyuşmazlıkların önlenmesini veya çözülmesini sağlayan hukukî hizmetler ve verilen kararların icra edilmesi yer alır. Program, avukatlar tarafından verilen (adli yardım programı altında uzun süredir mevcut olan) danışma, yardım ve temsil hizmetlerini ve ayrıca avukat olmayanlar tarafından verilen hizmetleri kapsar. Bu hizmetler aile hukuku veya uygun olan diğer hukuk davalarında arabuluculuk hizmetlerini içeren diğer hizmet tiplerine de uzanır⁴⁰⁰.

1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu'nda ayrıca aşağıda belirtilen -belirli kategorilerde yer alan- dava ve uyuşmazlıklar için özel sınırlandırmalar getirilmiştir.

Buna göre;

- Klinik ihmâl hariç olmak üzere ihmâl sonucu oluşan bedensel zarar veya maddi hasarla ilgili uyuşmazlıklar,
- Hakaret ve iftira ile ilgili iddialar (Genellikle hakaret davalarında avukatla temsil için adli yardım mevcut değildir; ancak bazen bir iftira davası kategorisi içerisinde adli yardım almak mümkündür),

³⁹⁷ “Küçük talepler yargılama usulü, 5.000 Sterlin’in altındaki basit davalar bakımından süratli ve pahalı olmayan bir yargılama usulüdür.” Guralp (2011), s. 182.

³⁹⁸ Gerlis ve Loughlin (2001), s. 463.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 570..

³⁹⁹ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 570.

⁴⁰⁰ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 570.

- İş sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar (Adlî yardım tüzel kişiler için mevcut değildir. Ancak gerçek kişi tacir, iş uyuşmazlığını çözmek için adlî yardımdan yararlanabilir),
- Şirketler ve ortaklıkları ilgilendiren hukukî konularda yalnızca bazı temel bilgilerle ilgili yardım ve danışma hizmeti sunulur⁴⁰¹.

Buna karşın “sosyal yardım davaları” olarak nitelendirilen aile hukukuna ilişkin davalar, alacak davaları, vatandaşlık sorunları gibi davalar için adlî yardım hizmetleri öncelikli olarak verilir⁴⁰².

1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu ile 1999'dan önceki adlî yardım fonunun yerine (Hukuk Usûlünde) Adlî Yardım Kurulu-CLS Fonu kurulmuştur. 1999 öncesindeki adlî yardım sisteminde, Hükümet tarafından yapılan ilk bütçeleme sonrasında daha fazla finansman ayrılmasına gerek duyulduğunda, tamamlayıcı bir bütçe daha ayrılırdı. Ancak halen geçerli olan sistemdeki adlî yardım fonu -CLS fonu- için her yıl sabit bir bütçe ayrılır⁴⁰³.

1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu'na göre; başarılı olunan davalarda sağlanan hizmetin bedelini aşan miktarı yardım alan kişinin ödemeyi kabul etmesi ile bazı dava ve uyuşmazlıklarda hizmetin sağlanması mümkün olacaksa ve sağlanan hizmetin bütün bedelini zamanla ve faizi ile yardım alan kimsenin ödemesi mümkün olacaksa, adlî yardımdan yararlanan tarafın karşılaması gereken ekonomik şartların potansiyel kapsamı genişletilebilir⁴⁰⁴.

2.3.2.3. Adlî yardıma katkı sağlayan diğer unsurlar

2.3.2.3.1. CLAC'lar ve Networkler

Nisan 2007'den beridir faaliyette olmasına rağmen 24 Mayıs 2007'de resmi olarak ilk Hukukî Danışma Merkezi Topluluğu (Community Legal Advice Centre), Gateshead'da açılmıştır. CLAC'ın sunmuş olduğu adlî yardım hizmeti, Gateshead Konseyi ve Adlî Yardım Komisyonu-LSC tarafından ortaklaşa finanse edilen sosyal yardım hizmetlerinden oluşur. CLAC'ın amacı, yaşlılar, engelliler gibi dezavantajlı ve savunmasız gruplara ve kenar mahallelerde yaşayan dar gelirli kimselere ailevi

⁴⁰¹ Andrews (2003), s. 819.; Gerlis ve Loughlin (2001), s. 460.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 570-571.

⁴⁰² Gerlis ve Loughlin (2001), s. 460.

⁴⁰³ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 572.

⁴⁰⁴ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 572-573.

konularda yardım sağlayarak sosyal yardımı gerçekleştirmek ve iş mahkemelerinde temsil gibi adlî yardımın kapsamı dışında kalan hizmetleri sağlamaktır⁴⁰⁵.

CLAC'lar ve networkler aynı hizmetleri aynı amaçlarla sağlarlarken farklı yolları kullanırlar. CLAC'lar sosyal yardım amacıyla merkezi bir ofisten tek bir kişi tarafından işletilirler. Network'ler ise bir grup hizmet sağlayıcısının bir araya gelerek ortak bir hizmet için kaydoldukları bir oluşumdur. Bu nedenle bir networkle iletişim kuran herkes, sunulan hizmetlerin yelpazesine tam olarak erişme hakkına sahip olur. Adllî Yardım Komisyonu-LSC'nin, Cornwall Country Konseyi ile birlikte Hukukî Danışma Topluluğu Ağı (Community Legal Advice Network)'nı kurmaya yönelik çalışmaları devam etmektedir⁴⁰⁶.

2.3.2.3.2. Gönüllü hizmetler

İngiltere'de 1500'ün üzerinde kâr amacı gütmeyen, finansman kaynakları başta yerel idareler, Milli Piyango İdaresi (National Lottery Charities Board) dâhil hayır kurumları, Adllî Yardım Komisyonu-LSC ve merkezî hükümet olan danışmanlık kurumu mevcuttur. Danışmanlık hizmetlerinin sağlanması ülke genelinde çok yaygın değildir⁴⁰⁷. Bazı avukatlar, dostluk, hatır veya tamamen fedakârlık sebepleriyle avukatlık ücretlerinden vazgeçerek bir nevi ücretsiz yardım (pro bono) olan adlî yardım hizmeti sunarlar⁴⁰⁸. Ancak adlî yardım sisteminin gelişmesi sebebiyle geniş çaplı ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleri avukatlar tarafından fazla talep görmemiştir⁴⁰⁹.

Gönüllü hizmetler; hukuk merkezleri ve diğer gönüllü danışmanlık hizmetleri tarafından yerine getirilir.

Hukuk merkezleri (Law centres): İngiltere'de -çalışmamızda kullandığımız son verilere göre- maaşlı avukatlar, stajyer avukatlar, finansal yönetim gibi alanlarda avukat olmayan uzmanların istihdam edildiği 66 tane hukuk merkezinin bulunduğu bilinmektedir. Bu merkezler yerel ve merkezî hükümet ve hayır kurumları tarafından finanse edilir. İlk hukuk merkezi, Hukuk Topluluğu (The Law Society)'nin muhalefine

⁴⁰⁵ Bowles ve Perry (2009), s. 11.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 574.

⁴⁰⁶ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 575.

⁴⁰⁷ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 578.

⁴⁰⁸ Andrews (2003), s. 223.

⁴⁰⁹ Bowles ve Perry (2009), s. 11.; Hirte (1991), s. 93.; "İngiltere'de avukatlar, Amerikan uygulamasını takip ederek, Allen & Overly, Clifford Chance gibi hukuk büroları ve Solicitors' Pro Bono Group, The Bar's Free Representation Unit gibi kurumlar aracılığıyla ücretsiz yardım (pro bono) hizmetlerine başlamışlardır." Flood ve Whyte (2006), s. 95.

rağmen Temmuz 1970’de Kuzey Kensington’da kurulmuştur. Hukuk merkezleri, ev sahibi ve kiracılara danışmanlık yaparak ve bu kimseleri mahkemelerde temsil ederek bu gibi münferit davalar için yardım hizmeti sunarlar. Bazı hukuk merkezleri tarafından çoğu zaman bir müşterinin şikâyetleri daha geniş bir kesimin şikâyetlerini oluşturmakta ise, grup davalarına yönelik adlî yardım da verilir⁴¹⁰.

Diğer gönüllü danışmanlık hizmetleri: Vatandaş Danışma Büroları (The Citizens’ Advice Bureaux- CAB), 1939 yılından beridir vatandaşlara yardımcı olmaktadır. Şu anda İngiltere’de 3200’den fazla ücretsiz, bağımsız ve tarafsız bilgi ve danışmanlık sağlayan CAB bulunur. CAB’lar, bir yılda 6.000.000’nun üzerinde dava veya talep için hizmet verirler. 2005 ve 2006 yıllarında CAB’lardan hizmet alan talep sahiplerinin esas sorunlarının alacak, iskân iş ve diğer hukukî sorunlarla ilgili olduğu tespit edilmiştir. CAB’larda çok az sayıda eğitilmiş avukat çalışmasına rağmen 20.000’den fazla gönüllü yardımcı çalışır. Modern dünyada değişen teknolojiye ayak uyduran CAB’lar şu anda kendi web siteleri aracılığıyla finansal, aile, tüketici sorunları ve özel haklar gibi konularda bir dizi bağımsız danışmanlık sağlayan online yardım hizmeti sunarlar⁴¹¹.

2.3.2.3.3. Şartlı bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri ve hukukî koruma sigortası (Conditional fee arrangements)

Şartlı bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri, “*kazanç yoksa ücret de yok- no win, no fee*” sözleşmeleri olarak da ifade edilir. Şartlı bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri, aile hukuku ve ceza hukukuna ilişkin davalar dışında birçok hukuk davasında kullanılabilen bir yöntemdir⁴¹². “*No win, no fee*” sözleşmesinde, avukata yalnızca davada başarılı olduğu takdirde ücret ödenir. Bu temel avukatlık ücretinin yanı sıra avukat, dava sonunda haksız çıkan karşı tarafın ödediği başarı ücreti olarak da bilinen ekstra bir ücret hakkına daha sahip olacaktır. Her iki ücret de; temel ücret ve ekstra ücret, kural olarak kısmen veya tamamen dava sonunda haksız çıkan tarafça ödenir⁴¹³.

Bir de “yargılama gideri” olarak bilinen yargılama harçları, tebligat giderleri, tanık ve bilirkişi ücretleri gibi diğer yargılama giderleri meydana gelir. Yine haksız

⁴¹⁰ Hirte (1991), s. 93.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 578-579.

⁴¹¹ Flood ve Whyte (2006), s. 93-94.; Rickman vd. (1999), s. 275.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 579.

⁴¹² Andrews (2006), s. 796.; Gerlis ve Loughlin (2001), s. 445.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 580.

⁴¹³ Gerlis ve Loughlin (2001), s. 446.; Rickman vd. (1999), s. 275-276; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 580.

çıkan tarafın bu giderlerin tamamını veya bir kısmını da ödemesi gerekir. Bu tarz bir ücret sözleşmesi sonucunda taraf başarısız olursa, diğer bir ifadeyle, davayı kaybederse, kendi avukatının ücretini ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak büyük olasılıkla başarılı olan diğer tarafın avukatlık ücreti ile diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacaktır⁴¹⁴. Tarafların bu yargılama giderlerine karşı kendilerini sigortalayabilmeleri hukukî koruma sigortası sayesinde mümkündür. Böyle durumlarda yapılan sigortaya “*dava sonrası sigorta*” denir. Dava sonrası sigorta yaptıran sigortalı, sigortanın primlerini ödemek zorundadır⁴¹⁵.

1995 yılında gerçekleştirilen “*şarta bağlı avukatlık ücreti düzenlemesi-conditional fee arrangement* veya *no win, no fee*” ile adlî yardım alanında yeni bir tartışma konusu oluşmuştur⁴¹⁶. 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu'nda 2000 yılında yapılan reform ile kaybeden tarafın, yargılama giderleri ve başarılı olan tarafın avukatının ücretini ödemekle yükümlü tutulabilmesi için mahkemeye yetki verilmiştir⁴¹⁷.

2.3.2.3.4. Avukatla temsil edilmeyen taraflar (*Self-representation*)

Bazen dava açacak olan veya kendisine karşı bir dava açılmış olan taraf, bir avukatın hukukî yardımından yararlanabilmek için gereken avukatlık ücretini karşılayabilmek bakımından ekonomik anlamda yetersiz olabilir. Bazen de taraflar avukatlık ücretini karşılayabilmek bakımından ekonomik anlamda yeterli olmalarına rağmen bir avukatın hukukî yardımına gerek duymayabilirler. Bu durumun avukatlara duyulan antipati, davanın veya hukukî sorunun avukat yardımı olmaksızın da çözülebileceği inancı gibi çeşitleri sebepleri olabilir. Böyle durumlarda taraflar, avukatla temsil edilmeyi tercih etmezler; davalarını kendileri takip ederler. “Tekrarcı oyuncular- repeat players” olarak da ifade edilen bu kimseler, hukuk mahkemelerinde avukatla temsil edilmeyip, davalarını kendileri takip edebilirler. Tekrarcı oyuncular-repeat players, birden fazla birbirine benzer uyuşmazlığın tarafı olması sebebiyle

⁴¹⁴ Andrews (2003), s. 798-799.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 580.

⁴¹⁵ Andrews (2003), s. 222.; Gerlis ve Loughlin (2001),s. 447.; Rickman vd. (1999), s. 276.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 580.

⁴¹⁶ Andrews (2003), s. 796.; Gerlis ve Loughlin (2001),s. 445.; Rickman vd. (1999), s. 275.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 527.

⁴¹⁷ Gerlis ve Loughlin (2001),s. 447-448.; Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 583.

pratikte ileri derecede hukukî bilgi ve tecrübeye sahip olan kimselerdir⁴¹⁸. Diğer bir ifadeyle, bu kimseler birçok kez aynı veya birbirine yakın uyuşmazlıklarında davalarını kendileri takip ederek yargılamanın işleyişi ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kurallarına kadar bilgi edinmişlerdir. Bu kimseler kendi hukukî sorunlarına ilişkin işlemleri kendileri yaparlar ve davalarını ispat etmek için her türlü delili de kendileri toplarlar. Örneğin, bilirkişi görüşüne ve özel birtakım dava ve uyuşmazlıkların çözümünde uzman görüşüne başvurabilirler⁴¹⁹.

Avukatsız dava takibi genellikle küçük talepler yargılamasında yaygın olarak görülür⁴²⁰. Avukatla temsil edilmeyip, davalarını kendileri takip eden kimselere yardım etmede en büyük rolü, CAB'lar oynar. Royal Court of Justice'nin ana binasının içinde bulunan bir ofis, davalarını kendileri takip eden kimselere hukukî danışmanlık hizmeti vermesinin yanı sıra, yazışmaların hazırlanması, yanlışlıkların düzeltilmesi, belgelerin hazırlanması gibi konularda da yardım hizmeti sunar⁴²¹.

2.3.2.3.5. McKenzie arkadaşlar (McKenzie friends)

Yine İngiliz Hukukunda adlî yardıma katkı sağlayan bir diğer yol ise, avukat olmayan kimseler tarafından adlî yardım hizmetinin sunulmasıdır. Adlî yardımda bulunan bu kimseler, yaptıkları hizmetler bakımından yardım ettikleri taraflara karşı sorumludurlar. “McKenzie arkadaşlar- McKenzie friends” olarak bilinen bu resmî olmayan avukatlar, “meslekten olmayan temsilciler- lay representatives” ve “mahkeme salonu yardımcıları- court-room assistants” olarak da anılırlar⁴²².

McKenzie arkadaşlar, yardım ettikleri tarafların uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili önerilerde bulunurlar ve yargılamaya ilişkin belgelerin organize edilmesi sağlarlar. McKenzie arkadaşlar genellikle avukat olmayan kimselerdir. Ancak bu hizmet, meslekten olmayan avukatlığın bir türü olarak ifade edilemez. Zira bu kimselerin, bir

⁴¹⁸ H. M. Kritzer ve Susan Silbey (January 2004). *In Litigation Do The "Haves" Still Come Out Ahead?*. Vol. 14 No.1, Stanford, CA: Stanford University Press. Mevcut kopya için bkz. <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/Kritzer-Silbey104.htm> (Erişim Tarihi: 02.12.2012)

⁴¹⁹ J. B. Grossman vd. (1999). “Do the “Haves” Still Come Out Ahead”. *Law and Society Review*. Vol. 33, No. 4. s. 803.

⁴²⁰ Andrews (2003), s. 223.; Hirte (1991), s. 93.

⁴²¹ Flood ve Whyte (2006), s. 95.

⁴²² Andrews (2003), s. 225.; Hirte (1991), s. 93.

avukat gibi, yardım ettikleri tarafları mahkemede temsil etme hakları yoktur⁴²³. Ancak nadiren bazı hâkimler, McKenzie arkadaşların yardım ettikleri tarafların davalarını sunmalarına ve dava ile ilgili konuşmalarına izin verebilirler⁴²⁴.

2.3.2.4. Adli yardımla ilgili gerçekleştirilen güncel reformlar

2004 yılında Anayasa İşlerinden Sorumlu Devlet Bakanı, *Sir David Clementi*'den hukuk mesleği ile ilgili düzenlemelerin gözden geçirilmesini ve bununla ilgili tavsiyelerde bulunmasını istemiştir. Bu talep doğrultusunda *Clementi* tarafından aşağıdaki hususlar tavsiye edilmiştir:

- Hukuk Topluluğu, Baro Konseyi ve bütün adli yardım hizmetleri düzenleyicilerini denetleyecek yeni bir düzenleyici olan Adli Yardım Hizmetleri Kurulu (Legal Service Board)'nın oluşturulması.
- Adli yardım sağlayıcılarına karşı tüketicilerin şikâyetlerini inceleyecek tek ve bağımsız bir organ olan Adli Şikâyetler Bürosu (Office of Legal Complaints)'nin oluşturulması.
- Farklı profesyonel geçmişlere sahip avukatların bir arada çalışmasına imkân tanıyan hukuk uygulamalarını oluşturacak olan Hukukî Disiplin Ortaklığı (Legal Disciplinary Partnerships)'nin oluşturulması⁴²⁵.

Hükümet, *Clementi*'nin tavsiyelerinin çoğunu kabul etmiş ve bu tavsiyeleri 2007 yılında Adli Yardım Kanunu'nun içerisine dâhil etmiştir. *Clementi*'nin raporu ile karşılaştırıldığında Kanun'daki esas değişiklik, multidisipliner uygulamalara (multi-disciplinary practices-MDP) tanıtım izni veren yeni alternatif iş yapıları (alternative business structures)'dir. MDP'ler avukat olmayan kuruluşların hukuk piyasasına girmesine ve talepte bulunan kimselere kendi mesleki alanlarıyla ilgili hizmet sunmasına izin verir. Gerekli lisans şartlarını gerçekleştirmeleri bakımından bütün MDP'ler ancak 2011 yılında tamamlanarak faaliyete geçmiştir⁴²⁶.

Yine 2006 yılında Anayasa İşlerinden Sorumlu Devlet Bakanlığı tarafından yayınlanan bir raporla, merkezi ve yerel hükümetlere karşı bağımsız danışmanlığın rolü

⁴²³ Robin Spon-Smith, McKenzie Friends, Family Law Week, <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1568> (Erişim Tarihi: 06.12.2012)

⁴²⁴ <http://www.mckenziefriend.biz/> (Erişim Tarihi: 06.12.2012)

⁴²⁵ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 528.

⁴²⁶ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 528.

artırılmış ve bağımsız danışmanlık hizmetleri koordine edilerek “Savunmasız kimseler için daha çabuk ve daha etkili bir danışma” programı oluşturulmuştur⁴²⁷.

2.4. Avrupa Birliği Hukukunda Adli Yardım

2.4.1. Genel olarak Avrupa Birliği Usûl Hukuku ve yeknesaklaştırma çalışmaları

Avrupa medenî usûl hukuku kırktan fazla ulusal hukuk sisteminden meydana gelir. Avrupa usûl hukuku ifadesi ile genellikle Avrupa Birliği içerisindeki bütünleşmiş veya yeknesak olarak tanımlanabilen usûl hukuku kastedilir. Zira Avrupa Birliği medenî usûl hukuku alanında yeknesaklaştırma çalışmalarının en yüksek seviyede olduğu uluslararası bir topluluktur⁴²⁸.

Avrupa Birliği medenî usûl hukuku alanındaki yeknesaklaştırma çalışmalarının temeli 27 Eylül 1968 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi'ne dayanmış olsa da, Avrupa Birliği medenî usûl hukukuna ilişkin en önemli yeknesaklaştırma çalışması, 1 Mayıs 1999'da Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yapılmıştır. Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinin ardından medenî usûl hukukuna ilişkin (Danimarka dışında) 25 üye devleti bağlayıcı "Avrupa Tüzükleri" adı altında birçok düzenleme getirilmiştir. Yine bu tüzüklere ek olarak medenî usûl hukuku kurallarını içeren direktifler de yayınlanmıştır⁴²⁹. Bu direktifler arasında yer alan 2003 tarihli adli yardıma ilişkin direktifle ilgili açıklamalar aşağıda devam eden paragraflarda yapılacaktır.

2.4.2. Avrupa Birliği Usûl Hukukunda adli yardımla ilgili çalışmalar

Otuz yıldan fazla bir süredir adalete erişim, Avrupa'daki yargısal sistemlere ilişkin politik gündemlerde güçlü bir anahtar bağlamında olmasına rağmen bu önemli yer tutma politikası netleştirilmemiş, içeriği doldurulmamıştır⁴³⁰.

70 ve 80'lerde adalete erişim, sosyal devletin bir gereği olarak dezavantajlı tarafların hukukî hizmetlerden yararlanması olarak öngörülmüştür. 70'lerin sonlarında

⁴²⁷ Slapper ve Kelly (2009-2010), s. 591.

⁴²⁸ Güralp (2011), s. 261-262.

⁴²⁹ Güralp (2011), s. 262-266, 272.

⁴³⁰ Hess (2008), s. 189.

adli yardım, devam eden uyuşmazlıklarda eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak, uyuşmazlığın taraflarının maddî haklarını korumak için sunulan bir hizmet olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, adalete erişimin amacı, yargısal işlemlere başvurmak için mevcut olan zorlukların, süre ve maliyet gibi bariyerlerin azaltılması olarak benimsenmiştir⁴³¹. Bunun yanı sıra adalete erişim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru haline gelince, bu anayasal teminata göre, yargılama giderlerini karşılayamayan kimseler için adli yardımın sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Sonrasında da Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve Avrupa Birliği'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenleyen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 13-14 Ekim 2000 tarihinde kabul edilerek 7-8 Aralık 2000 tarihinde onaylanmıştır⁴³². Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi uyarınca⁴³³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesindeki teminat, topluluk hukuku düzeninde kabul edilerek hem medenî usûl hukukunda hem de ceza yargılamasında adli yardım hakkı açıkça garanti edilmiştir⁴³⁴.

90'lara gelindiğinde ise, adalete erişimin sağlanması anlayışı sosyal devlet bunalımı dolayısıyla baskı altına girerek, bütün vatandaşlar için evrensel eşitliğin sağlanması idealinin gerçekleşmesinin devletlere maliyetinin fazla olacağına dikkat çekilmiştir. Ancak aynı zamanda hukukî işlemlerde adalete erişimin yalnızca adli yardımla gerçekleştirilmeyeceğine ve fakat temelde özel dava türlerine uygulanabilen geniş bir usûl yelpazesi tarafından da desteklenmesinin zorunluluğuna ilişkin bir görüş

⁴³¹ Hess (2008), s. 189.

⁴³² AB Temel Haklar Şartı'nın türkçe metni için bkz. http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

⁴³³ Madde 47. Etkili hukukî bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı- Birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış olan hakları ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkemede etkili bir hukukî yola başvurma hakkına sahiptir. Herkes, daha önceden yasa ile tesis edilmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul bir süre içinde yapılacak adil ve kamuya açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir. Herkes, kendisine bilgi verilmesi, savunulması ve temsil edilmesi fırsatına sahip olmalıdır. Gerekli imkânlarla sahip olmayan herkese, bu yardımın adalete etkin bir şekilde ulaşılmasının sağlanması için gerekli olması koşulu ile adli yardım sağlanacaktır.

⁴³⁴ Hess (2008), s. 189-190.; "Her ne kadar mevzuat bakımından resmî yeknesaklaştırma çalışmaları yavaş olarak ilerlese de bütün üye devletler ve Birlik kurumları tarafından kabul edilerek uygulanan AİHS'nin 6/1. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi gibi bazı yeknesak yargılama ilkeleri de bulunur." Güralp, s. 262; "Günümüzde, Şart bağlayıcı olmamakla birlikte Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmektedir. Avrupa Birliği Anayasası şu andaki haliyle Sözleşme'nin, Avrupa Birliği hukukunu uygularken, Avrupa Komisyonu ve üye devletler üzerinde bağlayıcı olacağını öngörür." R. Smith (2005). Uluslararası Yükümler ve Adli Yardım: *Türkiye'de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 72.

birliği de ortaya çıkmıştır⁴³⁵. Daha sonraları ise tüketici haklarının korunması bağlamında adalete erişim kavramı daha da genişlemiştir. Bir kimsenin hukuk mahkemelerinde temsil edilmesine ilişkin hak, tüketici dernekleri tarafından savunulmuştur⁴³⁶.

Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile adalete erişim gerçek bir Avrupa kavramı haline gelmiştir. Bu kavram uyarınca, sınır ötesi uyuşmazlıklarda tüketicileri ve yanısıra küçük ve orta büyüklükteki girişimcileri güçlendirmeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu amaçların gerçekleşebilmesi bakımından topluluk, iç pazarın finansal taleplerinin iyileşmesini kolaylaştıracak ve sınır ötesi uyuşmazlıklarda tüketicilerin durumunu güçlendirecek çeşitli enstrümanlar kabul etmiştir. Bu doğrultuda Sınır Ötesi Uyuşmazlıklar İçin Adlî Yardıma İlişkin Asgari Ortak Kuralları Düzenleyerek Bu Tür Uyuşmazlıklarda Adaleti Erişimi Geliştiren (Directive on Legal Aid)⁴³⁷ 27 Ocak 2003 tarihli 2002/8 EC sayılı Konsey Direktifi (Yönergesi) en önemli enstrümanı oluşturur⁴³⁸.

Direktifin amacı, sınır ötesi uyuşmazlıklar için -Danimarka dışında- bütün üye devletlerde geçerli olacak adlî yardıma ilişkin asgari ortak kuralları düzenleyerek bu tür uyuşmazlıklarda adaleti erişimi geliştirmektir (LAD § 1/I).

Direktif hükümleri uyarınca adlî yardım, yargılama işlemleri ve yargılama dışı işlemleri kapsayan geniş bir anlamı içerir. Ancak direktifin kapsamı sınır ötesi özel hukuk uyuşmazlıkları ile sınırlandırılmıştır⁴³⁹. Buna göre, direktifin hükümleri, sınır ötesi özel hukuk uyuşmazlıklarından ticari davalar ile diğer hukuk davalarında geçerli olup, özellikle idarî davalar, vergi davaları ve gümrük davalarında uygulanmaz (LAD § 1/II). Sınır ötesi uyumsuzlukla kastedilen ise, direktif hükümleri uyarınca adlî yardım talep edecek olan kimsenin davasının görüleceği veya kararının infaz edileceği üye devletten başka bir üye devlette ikâmet etmesi ya da mutad meskenin olmasıdır (LAD §

⁴³⁵ "İngiltere yargı sistemine ilişkin ünlü Lord Woolf reformundan beri "unutulan orta sınıf"ın belirsiz durumu, adalete erişim tartışmasının konusunu oluşturmuştur. Bu hususta adalete erişim, ayrıca hukukî korumasigortalarını kullanmayı teşvik edebilir. Yine diğer bir yol ise yüksek maliyet riski taşıyan davalar için şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleridir." Hess (2008), s. 190.

⁴³⁶ "1998 yılında ise Topluluk tarafından tüketici derneklerinin talepleri doğrultusunda tüketici haklarının korunması ile ilgili bir direktif kabul edilmiştir (Directive 98/27/EC Of The European Parliament And Of The Council of 19 Mayıs 1998, On Injunctions For The Protection Of Consumers' Interests)" Hess (2008), s. 190.

⁴³⁷ 27.01.2003 tarihli 2002/8 EC sayılı Konsey Direktifi'nin orijinal metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:026:0041:0047:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

⁴³⁸ Hess (2008), s. 190-191.; İnanıcı (2006), s. 200.

⁴³⁹ Hess (2008), s. 191.

2/I). Ayrıca direktifin hükümleri yalnızca gerçek kişilere uygulanmakta olup, tüzel kişiler için geçerli değildir (LAD § 3/I)⁴⁴⁰.

"Adli yardım hakkı" başlığını taşıyan Direktifin 3. maddesine göre; bir hakkın konusunu oluşturan adli yardımın, adalete erişimin etkili bir şekilde sağlanması amacıyla verilebileceği ifade edilmiştir (LAD § 3/I). Buna göre; haklarını arayabilmek için yeterli finansal kaynaklara sahip olmayan gerçek kişilerin -direktifte belirtilen şartlara uygun olarak- adli yardım almaya haklarının olduğuna ilişkin bir prensip kabul edilmiştir⁴⁴¹.

Direktif, "uygun" bir adli yardım programı için sağlanması gereken hizmetleri ortaya koymuştur. Buna göre adli yardım;

- Uyuşmazlık öncesi danışma (özellikle yargılamaya başlamadan önce uzlaşmaya varmak için görüşme),
- Mahkemede hukukî yardım ve temsil,
- Yargılama giderlerinden kısmen veya tamamen muafiyeti garanti altına aldığı anda "uygun" bir adli yardımdan bahsedilir (LAD § 3/II).

Yargılama giderlerinin, yargılamanın sonunda haksız çıkan tarafa yüklendiği üye devletlerde, adli yardımdan yararlanan tarafın yargılamanın sonunda haksız çıkması halinde, adli yardımın kapsamına, yardımdan yararlanan tarafa yükletilecek olan karşı tarafça yapılan yargılama giderleri de girer. Ancak bu kural yalnızca, adli yardımdan yararlanan kimsenin, mahkemenin bulunduğu üye devlette ikâmet etmesi halinde adli yardım bu giderleri kapsayacaksa, uygulanır (LAD § 3/II).

Yine de adli yardım talep eden kimseler, mahkemelerin yargılama sonunda haksız çıkan tarafa, haklı çıkan tarafın yargılama giderlerini yüklediği üye devletlerde taleplerini takip etmekte çekinirler. Zira direktif, yargılama sonunda haksız çıkan tarafın adli yardım alarak haklı çıkan tarafın yargılama giderlerini ödeme yükümlülüğünden muaf tutulmasını düzenleyerek hafifletici bir etki sağlamaz⁴⁴².

Mahkeme (veya yetkili makam) tarafından davanın karmaşık yapısı veya taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için başka türlü karar verilmediği sürece, avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı uyuşmazlıklar için, üye devletler tarafından adli yardımdan

⁴⁴⁰ Hess (2008), s. 192.

⁴⁴¹ Hess (2008), s. 192.

⁴⁴² Hess (2008), s. 192.

yararlanan tarafın bir avukatın hukukî yardımından yararlanması ve avukatla temsilinin sağlanması gerekmez (LAD § 3/III).

"Ayrımcılık yasağı" başlığını taşıyan Direktifin 4. maddesine göre, gerek Birlik vatandaşlarına gerekse üye devletlerden birinde hukuken ikâmet etmekte olan -Birlik üyesi olmayan- üçüncü ülke devleti vatandaşlarına herhangi bir ayrımcılık yapılmadan üye devletler tarafından adli yardımın garanti edilmesi gerektiği belirtilmiştir (LAD § 4).

Üye devletler tarafından, Direktifin 3/II. maddesine göre kısmen veya tamamen gereken yargılama giderlerini, 3/I. maddesine göre karşılayamayan kimselere, ekonomik durumlarının bir sonucu olarak etkili adalet erişiminin sağlanması amacıyla adli yardımın garanti edilmesi gerektiği belirtilmiştir (LAD § 5/I).

Adli yardım talebinde bulunan kimsenin ekonomik durumu, mahkemenin bulunduğu üye devletin yetkili makamı tarafından gelir, sermaye, başvuru sahibinin finansal olarak desteklediği kişilere ilişkin aile durumu gibi çeşitli objektif faktörler ışığında değerlendirilecektir (LAD § 5/II). Üye devletler tarafından adli yardım talep eden kimselerin ekonomik durumları ilgili çeşitli gelir eşikleri getirilebilir (LAD § 5/III). Diğer bir ifadeyle, adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar, davanın görülmekte olduğu üye devletin hukukuna göre belirlenecektir.

Adli yardım kararı yargılamanın yapıldığı üye devlet tarafından verilir. Eğer adli yardım talep eden taraf, adli yardım talebinin yapıldığı üye devletin kurallarına göre adli yardım hakkına sahip değilse ve fakat ikâmet etmekte oldukları üye devletin kurallarına göre adli yardım hakkına sahipse, ikâmet etmekte oldukları üye devletin kurallarına göre adli yardım talep edebilir. Bu durumda da adli yardım yargılamanın yapıldığı üye devlet tarafından finanse edilecektir (LAD § 5/IV).

Adli yardım talep eden kimse Direktifin 3/II. maddesinde belirtilen yargılama giderlerini kapsayan diğer mekanizmalara etkili erişiminden yararlanabildiği sürece, aynı davada adli yardım verilmesine gerek yoktur (LAD § 5/V).

Mahkemenin bulunduğu üye devlet tarafından verilen adli yardım, sınır ötesi uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olan tercüman giderleri, mahkeme tarafından gerekli olan belgeler ile adli yardım talep eden tarafın davanın çözümü için sunduğu belgelerin tercüme giderlerini ve adli yardım talep eden tarafın duruşmada bulunması gerekli ise, bu kimsenin yol ve ulaşım giderlerini de kapsar (LAD § 7).

Mahkemenin bulunduğu üye devlet tarafından adli yardım talebi kabul edilene kadar, adli yardım talep eden kimsenin ikâmet ettiği veya mutad meskenin bulunduğu üye devlette yerel bir avukat tarafından verilen hukukî yardım veya hukuken yetkili diğer bir kimse tarafından verilen hukukî danışma hizmetinin giderleri ve adli yardım talebinin ilgili üye devletin yetkililerine sunulduğunda gerekli belgeler ile başvurunun tercüme giderleri de ikâmet edilen veya mutad meskenin bulunduğu üye devlet tarafından sağlanması gerekir (LAD § 8).

Asıl dava için verilmiş olan adli yardım kararı kısmen veya tamamen -davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu üye devlette dava sonunda verilen hükmün icra edilecek olması durumunda- ilâmın icra aşamasında da devam eder (LAD § 9/I). Asıl davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu üye devletten alınan adli yardım kararından sonra, asıl dava sonunda verilen hükmün tanınması ve tenfizi gerekli ise, tanıma ve tenfizin yapılacağı üye devletin kurallarına göre adli yardım verilir (LAD § 9/II). Adli yardımdan yararlanan tarafça veya karşı tarafça -Direktifin beşinci ve altıncı maddelerine bağlı olarak- itirazda bulunulması durumunda da adli yardım varlığını sürdürmeye devam edecektir (LAD § 9/III).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuran kimseler (eğer tarafların bu yöntemlere başvurması hukuken gerekli ise veya mahkeme tarafından tarafların bu yöntemlere başvurmalarına hükmedilirse) için de Direktifte belirtilen şartlar altında adli yardımın sağlanması gerektiği belirtilmiştir (LAD § 10).

Direktifin ikinci kısmında yer alan 12-16. maddeler, üye devletlerin makamları arasındaki adli işbirliğini sağlamak amacıyla adli yardım taleplerinin işleme konulmasını ve iletilmesini kolaylaştırmak için tasarlanan bir çerçeve kurmuştur⁴⁴³.

Adli yardım talebi -Direktifin 8. maddesine hâlel getirmeksizin- mahkemenin bulunduğu devletin yetkili makamları tarafından kabul edilebilir veya reddedilebilir (LAD § 12).

Adli yardım talebi, ya talep eden kimsenin ikâmet etmekte olduğu veya mutad meskeninin bulunduğu üye devletin yetkili makamına (gönderen makam) ya da mahkemenin bulunduğu veya ilâmın icra edilceği üye devletin yetkili makamına (alıcı makam) yapılabilir (LAD § 13/I). Daha sonra adli yardım talebi ve bu talebin

⁴⁴³ Hess (2008), s. 193.

dayanağını oluşturan belgeler ücretsiz olarak ve hızlı bir şekilde tercüme edilerek başvuru işlemleri tamamlanır (LAD § 13/II).

Adlî yardım talebi açıkça temelsiz (dayanaktan yoksun) ise veya Direktif'in kapsamı dışında ise, yetkili gönderen makam tarafından adlî yardım talebinin iletilmesine ilişkin talebin reddedilmesine karar verilebilir (LAD § 13/III). Adlî yardım talep eden kimsenin bu talebi reddedilirse, bu karara karşı itiraz edebilir⁴⁴⁴.

Direktif hükümleri uyarınca yapılacak iletişimlerde bütün üye devletlerin dillerinde mevcut olan zorunlu standart formlar kullanılır (LAD § 16). Ancak adlî yardım başvurusu yapan kimsenin ekonomik durumu ile ilgili kapasamlı bilgi vermesi gerektiği için basit bir işaretleme ile formu doldurarak başvuru yapması mümkün değildir ve bu nedenle de başvurunun tercümesinin düzenli bir şekilde yapılması gerekir⁴⁴⁵.

Üye devletlerin 30 Kasım 2004 tarihinden önce kendi iç hukuklarını direktifteki kurallara uygun hale getirmeleri gerektiği belirtilmiştir (LAD § 21). Aynı tarihte üye devletlerin Direktif uyarınca yapılacak başvurular için yararı olabilecek belirli bilgileri de iletmış olmaları gerekir. Üye devletler arasındaki adlî yardım taleplerinin iletilmesi ve tercüme edilmelerine ilişkin iki standar form, 2003 ve 2004'teki Komisyon kararları uyarınca oluşturulmuştur⁴⁴⁶.

Direktif yalnızca sınır ötesi uyuşmazlıklara ilişkin adlî yardım konusunu düzenlemiştir. Bu nedenle, adlî yardımdan yararlanabilmenin şartları ve usûlü üye devletlerin usûl hukuklarının bir sorunu olarak kalmaya devam edecektir⁴⁴⁷. Direktif yalnızca maddî şartlarla ilgili olarak iki bağlayıcı standart getirmiştir. Bunlardan ilki; Direktif'in 6. maddesine göre açıkça temelsiz (dayanaktan yoksun) görülen asıl davalar için yapılan adlî yardım taleplerinin reddedilebileceği ile ilgilidir. İkincisi ise; adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik durumu ile ilgilidir. Direktif'in 5. maddesine göre; üye devletlerin, adlî yardım talep eden kimselerin, kısmen veya tamamen üstlenebilecekleri varsayılan yargılama giderlerinin üzerinde gelir eşikleri belirlemeleri gerekir⁴⁴⁸. Üye devletler arasında önemli ölçüde farklılıklar olduğu için, üye devletler tarafından belirlenen eşikler de birbirinden oldukça farklıdır. Uygulamada, üye

⁴⁴⁴ Hess (2008), s. 193.

⁴⁴⁵ Hess (2008), s. 193.

⁴⁴⁶ Hess (2008), s. 193.

⁴⁴⁷ Hess (2008), s. 193-194.

⁴⁴⁸ Hess (2008), s. 194.

devletlerin ilki kendi içerisindeki usûl işlemlerinde; ikincisi diğer üye devletlerin mukimlerinin veya vatandaşlarının taraf olduğu yabancı usûl işlemlerinde geçerli olmak üzere iki farklı gelir eşiği kriteri uygulanır⁴⁴⁹.

Direktif'in üye devletlerde uygulanmasının yarattığı sorunlara ilişkin olarak konuyu Alman örneği ile açıklamak yerinde olur. Direktif'in yürürlüğe girmesiyle birlikte, ZPO §§ 1076-1078 hükümleri kabul edilerek, Alman Parlemontusu tarafından sınır ötesi özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda adlî yardımın sağlanmasıyla ilgili olarak iç hukuk kuralları Direktif'le uyumlu hale getirilmiştir. Buna göre AB içerisindeki başka bir üye devlette ikâmet etmekte olan veya mutad meskeni bulunan kimselerin yapmış oldukları adlî yardım talepleri, ZPO §§ 114-123'teki hükümlerin içeriğine basit bir şekilde atıfda bulunan ZPO § 1078 uyarınca değerlendirilecektir⁴⁵⁰. Kural olarak, bu atıf şüphesiz ki doğrudur. Ancak § 1078'nin § 114'e yaptığı bu atıf, § 1078 üzerine yapılan yorumlar ile devamlı olarak yanlış anlaşılır. Zira Direktif'in 6. maddesi kesin bir şekilde adlî yardım talebinin yalnızca açıkça temelsiz (destekten yoksun) olarak görülmesi durumunda reddedilebileceğini belirtirken, adlî yardım talebinin konusunu oluşturan iddia veya savunmanın yeterli bir başarı ümidine sahip olması gerektiğini ifade eden ZPO § 114 daha katı bir standart düzenler⁴⁵¹. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından ZPO § 114'ün geniş bir şekilde yorumlanması ve yaklaşık % 50 olan bir başarı ümidinin yeterli olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla yerel standart, Direktif'in 6. maddesi ile düzenlenen eşikten daha dardır. Sonuç olarak; Direktif'in kapsamındaki adlî yardım talepleri için daha ayrıntılı bir inceleme gerektiren ZPO § 114'ün, Direktif'in 6. maddesindeki standartlara indirilmesi gerekir. Bu nedenle ulusal şartlar, Direktif'in standartlarına göre yorumlanmalıdır. Uygulamada bu sorun henüz herhangi bir yargı kararına yansımamıştır⁴⁵².

Avrupa Birliği'ndeki medenî usûl hukuku alanına ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarının en önemlilerinden biri olan 1992 yılında hazırlanan Avrupa Birliği Model Kanunu Tasarısı'nda, adlî yardım konusu düzenlenmeyerek, üye devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerine bırakılmıştır⁴⁵³. Ancak "adlî yardım, yeterli ekonomik kaynaklardan yoksun kimselere, adalete erişimin etkin olarak sağlanması için gerekli

⁴⁴⁹ Hess (2008), s. 194.

⁴⁵⁰ Hess (2008), s. 195.

⁴⁵¹ Hess (2008), s. 195.

⁴⁵² Hess (2008), s. 195.

⁴⁵³ Güralp (2011), s. 289.

olduğu ölçüde sunulacaktır." hükmünü içeren Avrupa Birliği Anayasası'nın "Etkin Bir Yargı ve Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 107. maddesinin son fıkrası⁴⁵⁴ ile, Avrupa Birliği Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Avrupa Birliği hukukunda, adli yardımın bir hak olarak anayasal teminata kavuşacağını ifade etmek mümkündür⁴⁵⁵. Yine Avrupa Birliği Anayasası'nın hükümleri ile ilgili deklarasyonların yer aldığı Nihai Senet'in 47. maddesinde de Avrupa Birliği Anayasası'nın 107. maddesi açıklanarak adli yardımın sağlanması gerektiğine bir kez daha işaret edilmiştir⁴⁵⁶.

2.5. Karşılaştırmalı Hukuktaki Adli Yardım Sistemlerinin Değerlendirilmesi

2.5.1. Genel olarak

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin oluşturdukları adli yardım programları ve gerçekleştirilen reformlar sayesinde adalete erişilebilirliğin etkili bir şekilde yaygınlaştığını ifade etmek mümkündür. Zira adli yardım, geleneksel anlamda adalete erişimin en etkili araçlardan biridir. Ancak yine de giderek artan adli yardım harcamaları, devletlerin adli yardım hizmetlerine ciddi bir şekilde finansman arayışı içerisine girmelerine sebep olmuştur. Adli yardım harcamalarını karşılamak bakımından yaşanan finansal kaynak sıkıntısı, devletleri çeşitli başka çözümler bulmaya sevk etmiştir. Bu çözümlerin başında ise ne yazık ki adli yardım hizmetlerinin sınırlandırılması gelmektedir. Gerçekten de 1970'lerden itibaren adli yardımdan

⁴⁵⁴ http://www.proyectos.cchs.csic.es/euroconstitution/library/constitution_29.10.04/part_II_EN.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

⁴⁵⁵ 29.10.2004 tarihinde imzalanan ve 16.12.2004 tarihinde Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nde yayımlanan dört bölüm 465 maddeden oluşan AB Anayasası, Avrupa Parlamentosu tarafından 10.01.2005 tarihinde kabul edildi. AB Anayasası'nın 61-114 arasındaki maddelerden oluşan ikinci bölümü, "Birliğin Temel Haklar Antlaşması" başlığını taşıyordu. Aralık 2000 Nice Zirvesi'nde yayımlanan Temel Haklar Şartı, Avrupa Anayasası'na ikinci bölüm olarak dâhil edilmişti." <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=37778&l=1> (Erişim Tarihi: 20.09.2011). "Bu Anayasanın 2006 Mayıs'ına dek üye devletlerce onaylanması, 2009 yılının başında da yürürlüğe girmesi öngörülmüştü. Bu bağlamda; 16 üye devlet bu Anayasa'nın ulusal parlamentolarında onaylanmasını uygun görürken, aralarında Almanya, Fransa, İngiltere, İrlanda, Danimarka, İspanya ve Portekiz'in de yer aldığı 9 üye ülke, AB Anayasası'nı referanduma sunacaklarını bildirmişlerdi. Bir tek üye ülkenin dâhi bu anayasayı reddetmesi, anayasanın hayata geçirilmesini engelleyecekti. Ne var ki, Fransa ve Hollanda'da sırasıyla 29 Mayıs ve 1 Haziran 2005 tarihlerinde yapılan referandumlarda Anayasa'ya hayır oyu çıktı ve Anayasa yürürlüğe giremedi." E. Çalışır (2006), *AB Anayasasının İlkeleri*, Adana: Çukurova Üniversitesi www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/.../anayasanin%20ilkeleri.doc (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

⁴⁵⁶ "30.9.2003 tarihinde Brüksel'de AB Anayasası'nı oluşturan anlaşmayı ortak mutabakat ile kabul etmek amacıyla düzenlenen konferansta, üye devletlerin hükümet temsilcileri tarafından "Final Act-Nihai Senet" kabul edilmiştir." <http://gandalf.aksis.uib.no/~brit/EU-CONST-EN-cc/FINALACT.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2011); "Konferans'a gözlemci olarak katılan ve aday Devlet statüsünde olan Bulgaristan, Romanya ve Türkiye de Nihai Senet'i imzalamıştır." <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=37778&l=1> (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

yararlanabilmek için gereken uygunluk kriterleri adım adım sınırlandırılmıştır. Örneğin, (çalışmada kullanılan son verilere göre) Hollanda'da nüfusun % 60'ı adlî yardım hizmetlerinden yararlanabilmekte iken, adlî yardım hizmetlerinin sağlanmasında dünya lideri olan İngiltere'de adlî yardım hizmetlerinden yararlanma oranı yarı yarıya azalmıştır⁴⁵⁷. Ayrıca hemen hemen diğer bütün ülkelerde de adlî yardım talep eden kimselerin, taleplerinin konusunu oluşturan dava veya taleplerindeki muhtemel başarılarının nasıl belirleneceğine ilişkin haklılık araştırmaları, yine talep sahiplerinin hukukî sorunlarının devletin finansal destek sağlaması bakımından öncelikli (veya önemli) bir alana girip girmediğine ilişkin davanın önemi ile ilgili araştırmalar ve adlî yardım talep eden kimselerin ekonomik gelir ve giderleri ile ilgili ekonomik durum araştırmaları giderek daha da katı ve zorlayıcı bir hale gelmiştir⁴⁵⁸.

Karşılaştırmalı hukukta devletlerin adlî yardım harcamalarına ayırdıkları kamu finasmanları incelediğinde, uluslararası standartlara göre İngiltere'nin adlî yardım harcamalarının düzeyinin çok yüksekte kaldığını görmek mümkündür. Kişi başına düşen adlî yardım harcaması bakımından da İngiltere'nin muhtemelen dünyanın pek çok ülkesinden daha yukarılarda olduğunu ifade etmek gerekir. CEPEJ'in 2010⁴⁵⁹ yılında yayınladığı raporda da İngiltere'nin kişi başına düşen adlî yardım harcamalarının Avrupa Birliği içerisindeki diğer ülkelere ve ayrıca Arupa Birliği ile ilgisi olmayan ve yaygın bir adlî yardım sitemine sahip olan Avustralya, Yeni Zellanda, Kanada gibi ülkelere de oldukça yüksek olduğuna dikkat çekilmiştir⁴⁶⁰. İngiltere'nin adlî yardım harcamalarının diğer Avrupa Birliği ülkeleri ve Avrupa Birliği ile ilgisi olmayan ülkelere çok daha yüksek olmasının önemli bir sebebi, İngiltere'de yargılama giderlerinin diğer ülkelere nazaran oldukça pahalı olmasıdır⁴⁶¹. Ancak İngiltere'nin kişi başına düşen adlî yardım harcamaları bakımından diğer ülkelere nazaran açık ara önde olmasının esas nedeninin, İngiltere'nin dava merkezli yargılamaya dayalı bir sisteme sahip olması ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶².

⁴⁵⁷ Parker (1999), s. 33.

⁴⁵⁸ Parker (1999), s. 33.

⁴⁵⁹ CEPEJ'in 2010 yılında yayınladığı raporla ilgili olarak bkz. aşağıda, 1. bölüm, 2.5.4. Adaletin verimliliğine dair Avrupa Komisyonu(CEPEJ)'nin 2010 tarihli Avrupa Konseyine üye ülkelerin yargısal sistemlerindeki adaletin verimliliği ve niteliği hakkındaki raporu başlıklı kısım.

⁴⁶⁰ Bowles ve Perry (2009), s. 4-5.

⁴⁶¹ İngiliz Hukukunda yargılama giderlerinin yüksekliği sorunu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp (2011), s. 197.

⁴⁶² Flood ve Whyte (2006), s. 83-84.

Karşılaştırmalı hukuktaki adlî yardım sistemlerinin değerlendirilmesi bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, Amerikan hukuku adlî yardım sistemi ile -İngiltere dâhil- genel olarak Avrupa hukuku adlî yardım sistemi arasındaki önemli farklardır. Her iki hukuk sistemi arasındaki esas farklılık, adlî yardımın Avrupa çapında bir hakkın konusunu oluşturduğu kabul edilirken, Amerika Birleşik Devletleri'nde hâlâ bir hayır işi olarak görülmesidir⁴⁶³.

Çoğu Avrupa toplumunda bireylere Amerikan sisteminde sahip olunan adlî yardım hizmetlerinden çok daha geniş bir kategori içerisinde adlî yardım garanti edilir. Bu tarz ülkelerde, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken uygunluk kriteri, adlî yardım talep eden kimsenin, talebinin konusunu oluşturan asıl dava veya talebinin yeterli bir başarı ümidine sahip olmasıdır⁴⁶⁴. Ekonomik uygunluk kriteri bakımından ise bu sistemler tipik olarak değişebilen ücret tarifesini ile yönetilirler. Böyle bir yaklaşım en azından adlî yardım talep eden kimselere, yoksulluk sınırının yalnızca aşağısındaki veya yukarısındakilere adlî yardım hizmetlerinin sunulduğu Amerikan adlî yardım programlarından kısmen de olsa daha geniş bir kapsamda yararlanma imkânı verir⁴⁶⁵.

Adlî yardımdan yararlanabilme şartları bakımından Avrupa toplumların daha liberal uygunluk kriterlerine sahip olduğu ifade etmek gerekir. Zira Avrupa toplumlarının adlî yardım sistemleri, acil hukukî korunma ihtiyacı içerisinde olan kimseleri gerçekçi olmayan kriterlere dayanarak adlî yardım hizmetlerinin kapsamına almayan -büyük ölçüde sınırlandırılmış- Amerikan modelinden oldukça uzaktır⁴⁶⁶.

Kanımızca farklı toplumların sahip olduğu adlî yardım sistemlerini değerlendirirken, bu toplumlarda geçerli olan hukuk sistemlerinin birbirinden farklı olduğu gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim medenî usûl hukuku bakımından geçerliliğini koruyan geleneksel bir ayırım olan Kıta Avrupası hukuk sisteminde ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminde adlî yardıma ilişkin usûllerin farklı olmasının bir nedeni de bu gerçeğe dayanır. Ancak adlî yardım sistemlerinin çeşitliliği ve farklılığının tek nedeninin, hukuk sistemleri arasındaki farklılıktan kaynaklandığı ifade etmek de yetersiz ve eksik bir tespit olur. Zira Anglo-Amerikan hukuk ailesine

⁴⁶³ Maxeiner (2011), s. 3.; Her iki hukuk perspektifi içerisinde adlî yardım sisteminin nasıl olduğunun Amerikalı hukuk davasına bakan bir avukat ile Avrupalı hukuk davasına bakan bir avukat arasında geçen bir diyalogla anlatıldığı örnek için bkz. Maxeiner (2011), s. 15-20.

⁴⁶⁴ Rhode (2004), s. 21.

⁴⁶⁵ Rhode (2004), s. 22.

⁴⁶⁶ Rhode (2004), s. 22.

bağlı bir hukuk sistemine sahip olan İngiltere'de geçerli olan adlî yardım sisteminin Amerikan adlî yardım sisteminden daha çok Kıta Avrupası toplumlarında geçerli olan adlî yardım sistemleri ile paralellik arz etmesi bu durumun en iyi örneğini oluşturur.

Ayrıca yukarıda karşılaştırmalı hukukta yer alan belli başlı adlî yardım sistemleri anlatılırken belirtildiği gibi, her hukuk sistemi kendi ihtiyaçları ve ekonomik kaynakları doğrultusunda bir adlî yardım sistemi geliştirmiştir. Örneğin, bir Avrupa toplumu olmasına rağmen İsveç hukukunda son yıllarda bu alanda yapılan reformlarla birlikte adlî yardım hizmetleri eski önemini yitirerek yerini alternatif bir kurum olarak hukukî koruma sigortasına bırakmıştır. Yine Amerikan hukukunda, her ne kadar adlî yardım Avrupa toplumlarının aksine bir hakkın konusu olarak hukukî bir düzenlemeye kavuşturulamamış olsa da, adlî yardım hizmetlerine katkı sağlayan birçok yardımcı unsur da bulunur. Bir devlet politikası olarak adlî yardım konusuna verilen önem bakımından en güzel örneği şüphesiz ki, İngiliz hukuku oluşturur. Zira sık sık yapılan reformlarla birlikte adlî yardım, İngiliz hukukunda güncelliğini koruyan bir konu haline gelmiştir. Yapılan bu reformlar sayesinde adlî yardım hizmetlerinin etkinliğinin ve verimliliğinin artarak ihtiyaca daha çok cevap verebilir bir hale geldiğini ifade etmek yanlış olmaz. Ancak genel olarak karşılaştırmalı hukuktaki adlî yardım sistemlerini incelendiğinde, Alman hukukundaki adlî yardım sisteminin diğerlerine göre tercih edilebilir olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Alman hukukunda bir buçuk yüzyılı aşkın bir süredir bir hakkın konusu olarak tanınan adlî yardım, yararlanabilme şartlarının objektif ve somut kriterlere dayanması, adlî yardım kapsamında sunulan hizmetlerin ihtiyaca cevap verebilmesi ve bu hizmetlerin devlet bütçesine olan maliyeti bakımından yeterli bir hukukî düzenlemeye ve istikrarlı bir işleyişe sahiptir. Bu anlamda hukukumuz bakımından da gerek adlî yardım sisteminin hukukî düzenlemesinden gerekse sistemin işleyinden kaynaklanan sorunların aşılmasında Alman hukukunda geçerli olan adlî yardım sisteminin, diğer hukuk sistemlerinde geçerli olan adlî yardım sistemlerine göre daha çok yol gösterici olabileceği kanısındayız. Yine hukukumuz bakımından başta İsveç ve İngiliz hukuklarında olmak üzere halen birçok hukuk sisteminde adlî yardıma alternatif bir kurum olarak düzenlenen hukukî koruma sigortasının da adlî yardım kurumu ile birlikte ekonomik anlamda yetersiz kimselerin adalete erişimlerini sağlamada başvurulabilecek bir yol olacağını ifade etmek gerekir.

Ancak hukukumuz bakımından bu konuda aşağıda ilerleyen bölümlerde ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır⁴⁶⁷.

2.5.2. Karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım modellerinin sınıflandırılması

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde halen mevcut ve geçerli olan veya değişikliğe uğrayarak revize edilen ya da uygulaması terk edilmiş olan birçok adlî yardım modeli bulunur. Her ne kadar adlî yardım modellerinin zenginliği ve çeşitliliği kolay kategorize edilmesine engel olsa da, bunlar içerisinde en yaygın ve etkili olanları çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür.

2.5.2.1. Adlî yardım sağlayıcıları bakımından adlî yardım modelleri

İlk sınıflandırma, çeşitli adlî yardım modellerini adlî yardım hizmetlerini sağlayanlar bakımından dört ana başlık altında gruplandırmıştır. Buna göre adlî yardım modelleri; salt(katkısız) kamu destekli (pure public provision) adlî yardım modeli, tedarikçi (arza dayalı) (supply-side subsidies) adlî yardım modeli, talebe bağlı/talep yönlü (tied demand-side subsidies) adlî yardım modeli ve kamu ve transfer politikaları (tax-and transfer policies) adlî yardım modeli şeklinde ayrıma tâbi tutulmuştur⁴⁶⁸.

2.5.2.1.1. Salt (katkısız) kamu destekli (pure public provision) adlî yardım modeli

Bireysel hukukî danışma ve temsil hizmetini sağlamak için maaşlı avukatların istihdam edildiği adlî yardım modelidir. Bu model ceza yargılaması alanındaki hukukî danışma ve temsil hizmetlerinde daha yaygın olarak görülür⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Bkz. 5.bölüm, 3.3. Hukukî Koruma Sigortası başlıklı kısım.

⁴⁶⁸ R. J.Daniels ve M. J.Trebilcock (2005). *Rethinking The Welfare State The Prospects For Government By Voucher*. London, New York: Taylor & Francis Routledge, s. 79.

⁴⁶⁹ Daniels ve Trebilcock (2005), s. 80.; Goriely (1995), s. 348.

2.5.2.1.2. *Tedarikçi (arza dayalı) (supply-side subsidies) adli yardım modeli*

Bu modelde özel (kurumsal olamayan veya şahsî) bir avukat veya hukuk bürosu ya da hukuk kliniği tarafından sağlanan adli yardım hizmetlerinin bedeli devlet tarafından karşılanır⁴⁷⁰.

2.5.2.1.3. *Talebe bağlı/talep yönlü (tied demand-side subsidies) adli yardım modeli veya judicare modeli*

Hukuk klinikleri ve adli yardım sertifika programları dışında kamu tarafından finanse edilen -ve judicare olarak da anılan- esas sistem, adli yardım servisleri tarafından verilen hizmetlerden oluşur. Bu modelde adli yardım talep eden kimseler normal yollarla ücretlerini ödeyerek kendi avukatlarını seçerler. Adli yardım, elde edebilen herkes için bir hak olarak sağlanır. Bu modelde devlet, kurallar dâhilinde kendisine sunulduğu takdirde adli yardımdan yararlanan kimseler tarafından yapılan bütün harcamaların bedelini karşılamakla yükümlüdür. Adli yardım için talep arttıkça, bu talebi karşılamak için sunulacak hizmetler de artacaktır⁴⁷¹.

2.5.2.1.4. *Kamu ve transfer politikaları (tax-and-transfer policies) adli yardım modeli*

Geleneksel liberal anlayışa göre, bireyler, kendi ekonomik kaynaklarını adli yardım hizmetlerine harcamamayı tercih eder. Zira bu hizmetlerden yararlanamamak, bireyler için arzu edilebilir değildir ve ne olursa olsun arzu edilemez. Ancak bireylerin, adli yardım hizmetleri dışındaki diğer yardım yolları için kendi ekonomik kaynaklarından harcama yapmaları da oldukça mümkündür. Hukukî koruma sigortası vb. uygulamaların yer aldığı modeldir⁴⁷².

2.5.2.2. *Finansman kaynakları bakımından adli yardım modelleri*

İkinci sınıflandırmaya göre ise adli yardım modelleri, nispeten adli yardım hizmetlerinin finansman kaynakları dikkate alınarak gruplandırılmıştır.

⁴⁷⁰ Daniels ve Trebilcock (2005), s. 81-82.

⁴⁷¹ Daniels ve Trebilcock (2005), s. 86.; Goriely (1995), s. 348.

⁴⁷² Daniels ve Trebilcock (2005), s. 91.

2.5.2.2.1. *Tam gelişmiş sosyal sigorta (full-blown social insurance) modeli*

Bu modelde bütün vatandaşlar ücretsiz olarak bütün hukukî hizmetlere erişim hakkına sahiptir. Ancak vatandaşların ekonomik durumlarına göre mümkün olduğunca alınan hizmetlerin masraflarına katkıda bulunmaları gerekir. Bu modelde aşırı adli yardım talepleri ve bunun sonucunda oluşan yüksek kamu harcamaları, adli yardımdan yararlanabilmek için ekonomik durum ve davanın esası ile ilgili kabul edilebilirlik şartlarının oluşmasına yol açmıştır⁴⁷³.

2.5.2.2.2. *Serbest piyasa (free market) modeli*

Bu modelde adli yardım hizmetleri kamu finansman desteğinden ziyade özel bir takım araçlarla sağlanır. Ancak sosyal politikaların diğer alanlarında olduğu gibi adli yardım hizmetleri alanında da piyasa başarısızlığını düzeltmek amacıyla kamu müdahalesi gerekli olduğundan, serbest piyasa yaklaşımı, adli yardım hizmetlerini sağlamak bakımından kolaylıkla adil bir çözüm getiremez. Örneğin, adli yardımın daha iyi bir şekilde sağlanması için piyasa çözümlerine güvenen Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde bile ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin adli yardım hizmetlerden yararlanabilmesi için ayrıca kamu finansman desteği de mevcuttur⁴⁷⁴.

2.5.2.2.3. *Hak temelli yaklaşım (rights-based approach) modeli*

Bu model, en azından ceza yargılaması alanında geçerli olabilecek olan devletin bireyler üzerinde yaptırım uygulama hakkına sahip olduğu takdirde, suçlanan kimselerin hukukî hizmetlere kaliteli bir şekilde erişmesini de sağlamakla yükümlü olduğu önermesine dayalıdır⁴⁷⁵. Bu model etkilerini medenî usûl hukuku alanından ziyade ceza yargılaması alanında gösterir.

Finansman kaynakları bakımından yapılan sınıflandırmaya göre yukarıda sayılan üç temel model dışında bir takım bazı uygulamalar da gelişmiştir. Bunlardan bazıları; İkinci Dünya savaşı sonrası İngiltere'de gelişen *judicare (tamamen veya kısmen ücretsiz adli yardım programı) uygulaması* ile İsveç ve Avustralya gibi ülkelerde -daha çok ceza yargılaması alanında- geçerli olan ve kamu sektörü tarafından doğrudan istihdam edilen

⁴⁷³ Bowles ve Perry (2009), s. 6.

⁴⁷⁴ Bowles ve Perry (2009), s. 6.

⁴⁷⁵ Bowles ve Perry (2009), s. 6.

avukatlar aracılığıyla sunulan hizmetlerin yer aldığı *kamu avukatlığı (public defender)* veya *kamu danışmanlığı (public counsel)* uygulaması ile *şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri* ve *ücretsiz yardım (pro bono) hizmetleridir*⁴⁷⁶.

2.5.2.3. Adli yardım hizmetlerine yapılan katkı bakımından adli yardım modelleri

Adli yardım modellerini, adli yardımdan yararlanan kimselerin, adli yardım kapsamında almış oldukları hizmetlere karşılık katkı yapıp yapmamaları veya yaptıkları katkıların türlerini esas alan üçüncü sınıflandırmaya göre ise adli yardım modellerini dört grupta toplamak mümkündür.

2.5.2.3.1. Müşterek menfaat (mutual interest) modeli

Adli yardım hizmetlerini sağlamak bakımından kullanılan en eski yöntemdir. Ortak bir görüşe ve bir dizi kolektif faaliyete dayanan, İkinci Dünya Savaşı sonrasında İngiltere'de uygulanan modeldir⁴⁷⁷.

2.5.2.3.2. Hizmet satın alan tedarikçiler (purchaser-supplier) modeli

Finansal bir kuruluş tarafından satın alınan hizmetlerin, adli yardımdan yararlanacak olan kimselere sunulduğu modeldir. İngiltere'de halen geçerli olan ve müşterek menfaat (mutual interest) modelinin yerini alan modeldir. Hizmet satın alan tedarikçiler (purchaser supplier) modeline doğru hareket etmek, hukukî koruma sigortası modeli gibi finans sağlayıcılarını piyasaya getirmeyi davet eder⁴⁷⁸.

2.5.2.3.3. Katkı (contribution) modeli

Adli yardımdan yararlanan kimselerin yargılama giderlerine katkı yapmaları gereken modeldir. İngiltere ve Hollanda'da geçerli olan modeldir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Bowles ve Perry (2009), s. 7.

⁴⁷⁷ Flood ve Whyte (2006), s. 86.

⁴⁷⁸ Flood ve Whyte (2006), s. 86.

⁴⁷⁹ Flood ve Whyte (2006), s. 86.

2.5.2.3.4. Ödünç (loan) modeli

Adli yardımdan yararlanan kimselerin yargılama giderlerine, belirli bir süre içerisinde geri ödenmek üzere, ödünç olarak katkı yapılan modeldir. Halen Almanya'da geçerli olan modeldir⁴⁸⁰.

2.5.3. Karşılaştırmalı hukukta yer alan adli yardım modellerinin sınıflandırılmasına ilişkin değerlendirme

Yukarıda adli yardım modellerinin çeşitli açılardan sınıflandırılmasına ilişkin verilen bilgiler doğrultusunda hukukumuzda geçerli olan adli yardım modeline en yakın olabilecek modelin ödünç (loan) modeli olduğunu belirtmek yerinde olur. Zira ileride Türk hukukunda yer alan adli yardım sistemi incelenirken belirtileceği üzere, hukukumuzda adli yardım esas olarak yargılama giderlerinden geçici bir muafiyet tanır⁴⁸¹. Bu anlamda adli yardımdan yararlanan tarafın asıl davası veya takibi ya da talebi sonucunda haksız çıkması durumunda, daha önce muaf tutulduğu bütün yargılama giderleri kendisinden tahsil edilir⁴⁸². Diğer bir ifadeyle, adli yardımın konusunu oluşturan asıl dava veya takip ya da talep aleyhine sonuçlanana kadar, muaf tutulduğu yargılama giderlerinin bedeli adli yardımdan yararlanan tarafa bir anlamda ödünç verilir. Ancak adli yardımdan yararlanan tarafın asıl davası veya takibi ya da talebi sonucunda haklı çıkması durumunda daha önce muaf tutulduğu yargılama giderlerinin haksız çıkan karşı taraftan tahsil edileceği⁴⁸³ gerçeği karşısında, hukukumuzda geçerli olan adli yardım modelinin yalnızca adli yardımdan yararlanan tarafın asıl davası veya takibi ya da talebi sonucunda haksız çıkması durumunda ödünç (loan) modeline yaklaştığını, bunun dışında yukarıda anlatılan diğer adli yardım modellerinden hiçbirinin hukukumuz bakımından geçerli olmadığını ifade etmek gerekir. Ancak adli yardımdan yararlanan kimselerin, ekonomik kaynakları doğrultusunda yargılama giderlerine yapmaları gereken, katkı (contribution) modelini hukukumuz bakımından da bir model olarak önermenin yerinde olacağı kanısındayız. Zira katkı modelinin, hem gereksiz adli yardım harcamalarını azaltarak adli yardım finansmanının zarar görmesini

⁴⁸⁰ Flood ve Whyte (2006), s. 86.

⁴⁸¹ Bkz. aşağıda 3. bölüm, 8.2. Adli Yardım Kararının Kapsamı başlıklı kısım.

⁴⁸² Bkz. aşağıda 3. bölüm, 9.2.2. Adli yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkması başlıklı kısım.

⁴⁸³ Bkz. aşağıda aşağıda 3. bölüm, 9.2.1. Adli yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haklı çıkması başlıklı kısım.

engellemesi bakımından hem de adli yardımdan yararlanacak olan kimselerin, yargılama giderlerine katkıda bulunmaları gerektiği gereçeği karşısında, haksız adli yardım taleplerini önlemesi bakımından diğer modellere nazaran daha etkili olduğunu ifade etmek mümkündür.

2.5.4. Adaletin etkinliğine dair Avrupa Komisyonu (CEPEJ)'nin 2010 tarihli Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin yargısal sistemlerindeki adaletin etkinliği ve niteliği hakkındaki raporu

Avrupa Konseyi bünyesinde kurulmuş olan Adaletin Etkinliğine Dair Avrupa Komisyonu (European Commission for the Efficiency of Justice)⁴⁸⁴ tarafından 2010 yılında 2008 yılındaki verilere dayanarak Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerin Yargısal Sistemlerindeki Adaletin Etkinliği ve Niteliği Hakkında (European Judicial Systems Edition 2010 -data 2008-: Efficiency And Quality Of justice) bir rapor yayınlanmıştır⁴⁸⁵. Bu rapor, Konsey tarafından yayınlanan dördüncü rapordur. Daha önce iki yılda bir olmak üzere 2004, 2006 ve 2008 yıllarında da aynı konuya ilişkin raporlar yayınlanmıştır. Biz de çalışmamız açısından önemli olması sebebiyle en son yayınlanan –CEPEJ 2010- raporda ele alınan adli yardım konusuna ilişkin verilere ve değerlendirmelere yer vereceğiz.

2010 yılında 2008 yılının verileri kullanılarak yayınlanan belirtilen raporda, Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletlerinin yargısal sistemleri ile ilgili istatistiksel veriler elde edilerek, mahkemelere, savcılıklara ve adli yardıma ayrılan kamusal ödenekler, adalete erişim, adalete duyulan kamusal güven, mahkeme teşkilatları, alternatif uyuşmazlık çözümleri, hâkim, savcı ve avukatlık meslekleri, noterler, mahkeme kalemleri, icra aşaması, mahkeme tercümanları ve yargısal reformlar ayrıntılı olarak incelenmiştir. 2010 yılının Mayıs ayında Konsey'e üye 45 devletten raporda kullanılması amacıyla gerekli veriler elde edilmiştir. Ancak yalnızca Almanya ve Lihtenştayn'dan gerekli veriler elde edilememiştir. Zira Almanya, Komisyon tarafından

⁴⁸⁴ “Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde yargı sistemine yönelik Avrupa standartlarının yerleştirilmesi ve yargı sisteminin etkinliğinin artırılması amacıyla, 2002 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, esas amacı yargının sorunları hakkında pragmatik çözümler üretmek için çalışmak olan (Adaletin Etkinliğine Dair Avrupa Komisyonu (European Commission for the Efficiency of Justice -CEPEJ)'nu kurmuştur.” Güralp (2011), s. 292.

⁴⁸⁵ European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), European Judicial Systems Edition 2010 (data 2008): Efficiency And Quality Of justice, (Raporu ulaşmak için bkz. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1694098&SecMode=1&DocId=1653000&Usage=2>, (Erişim Tarihi: 20.6.2011)

belirlenen sürede gerekli verileri yetiştirememiştir⁴⁸⁶. Dolayısıyla raporla ilgili veriler aktarılırken Almanya'ya ait bilgilere yer verilemeyecektir.

Raporun üye devletlerin mahkemeler, savcılıklar ve adli yardıma ilişkin kamu harcamaları ile ilgili bilgilerin yer aldığı bölümünde; Avusturya, Belçika, Fransa, İspanya, Lüksemburg, Yunanistan ve Türkiye gibi ülkelerde yargı harcamalarının tek bir bütçeden karşılanması sebebiyle, bu ülkelerdeki mahkemelerin ve savcılıkların kamu harcamalarına ilişkin ayrı bir veri elde edilememiştir⁴⁸⁷.

Raporun üye devletlerin -2008 yılı verilerine göre- bütçelerinden adli yardım harcamalarına ayrılan kişi başına düşen yıllık tutarların gösterildiği tabloda, tüm üye devletler bakımından kişi başına düşen adli yardım tutarı ortalaması 7,2 Euro'dur. Kuzey İrlanda, yıllık kişi başına düşen adli yardım harcaması bakımından 49,5 Euro ile birinci sırada yer alırken, İngiltere 34,5 Euro ile ikinci, 32,3 Euro ile Norveç üçüncü sırada yer alır. Yıllık 0,7 Euro ile Türkiye, 1,9 Euro ile İtalya, 2,2 Euro ile Avusturya, 4,9 Euro ile Fransa gibi ülkeler yıllık ortalama tutarın altında kalır. Yıllık 9,5 Euro ile İsviçre, 15,5 Euro ile İsveç ve 25,6 Euro ile Hollanda gibi ülkeler ise yıllık ortalama tutarın üzerinde yer alır⁴⁸⁸.

Raporda üye devletlerin yıllık bütçelerinden adli yardıma ayrılan payın kişi başına düşen GSMH'ya oranının gösterildiği tabloda; ortalama tutar, 0,03 Euro iken, en yüksek oranlar yine Kuzey İrlanda, İskoçya ve İngiltere'ye aittir. İsveç, İrlanda, Hollanda, Norveç gibi ülkeler ortalama tutarın üzerinde kalır. Finlandiya ve Danimarka gibi ülkeler ise tam ortalama tutara sahipken; İspanya, İsviçre, Fransa ve Türkiye gibi ülkeler ise ortalamanın altında kalır⁴⁸⁹.

CEPEJ'e göre, üye devletler tarafından sunulan adli yardım hizmetlerini beş aşamaya ayırmak mümkündür. Ancak bu derecelendirme, adli yardım hizmetinin en düşük seviyesiden en yüksek seviyesine doğru yapılan bir nicelik sınıflandırılması olmayıp, sunulan hizmetlerin türleri dikkate alınarak yapılan bir nitelik sınıflandırılmasıdır. Zira CEPEJ'e göre adli yardımın en düşük aşaması yalnızca ceza yargılaması alanında sunulan adli yardım hizmetlerinden oluşmakta iken, en yüksek

⁴⁸⁶ CEPEJ (2010), s. 7.; Ayrıca bkz. s. 11

⁴⁸⁷ CEPEJ (2010), s. 15.

⁴⁸⁸ CEPEJ (2010), s. 32 Tablo No: 2.15.

⁴⁸⁹ CEPEJ (2010), s. 33 Tablo No: 2.16.

aşamada ise hem ceza yargılaması hem de medenî usûl hukuku alanında sunulan hukukî danışma ve avukatla temsilden oluşan adlî yardım hizmetleri yer alır⁴⁹⁰.

CEPEJ'e göre üye devletler tarafından sunulan adlî yardım hizmetlerini aşağıdaki gibi sınıflandırabilmek mümkündür⁴⁹¹.

- 1- *Ceza yargılaması + diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) mahkemede temsil + hukukî danışma*: Konsey'e üye devletlerin dörtte üçü bu kategoriye dâhildir (Türkiye de bu ilk aşamadır.).
- 2- *Ceza yargılaması ve diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) mahkemede temsil*: Yalnızca altı ülke bu hizmeti verir. Malta, Monako, Polonya, San Marino, Sırbistan ve İsviçre⁴⁹².
- 3- *Ceza yargılamasında mahkemede temsil + hukukî danışma ve diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) yalnızca mahkemede temsil*: Ermenistan, Yunanistan ve Moldova.
- 4- *Ceza yargılamasında mahkemede temsil ve hukukî danışma*: Azerbaycan ve Ukrayna.
- 5- *Ceza yargılamasında mahkemede temsil + diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) mahkemede temsil + hukukî danışma*: yalnızca İsveç.

Raporun üye devletler bazında adlî yardım hizmetlerinin kapsamına ilişkin bilgilerin yer aldığı tabloda (bkz. aşağıda Tablo 3)⁴⁹³ adlî yardımın kapsamı; yargılama giderlerinden muafiyet (adlî yardım ya yargılama giderlerini kapsar ya da tarafların yargılama gideri ödeme yükümlülüğü bulunmaz), mahkeme kararlarının icrası ile ilgili işlemlerde adlî yardım (icra takiplerinde adlî yardım), ceza yargılaması ve diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) sunulan diğer özel yardımlar olarak dört ana hizmet şeklinde ayrılarak üye devletlerin hangi hizmetleri sundukları belirtilmiştir. Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki, belirtilen tabloda üye devletlerin

⁴⁹⁰ CEPEJ (2010), s. 49.

⁴⁹¹ CEPEJ (2010), s. 50.

⁴⁹² CEPEJ tarafından 2008 yılı verilerine dayanılarak paylaşılan bu bilgilerin, üye devletlerin adlî yardım sistemlerinde 2008 yılı sonrasında meydana gelen değişimler dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Nitekim İsviçre'de medenî usûl hukuku alanında geçerli olan adlî yardım sistemi 1.1.2011 tarihinde Schw. ZPO'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte değişikliğe uğramıştır.

⁴⁹³ CEPEJ (2010) s. 51 Tablo No: 3.2' de gerekli verileri elde edilmiş 48 ülkeye ilişkin bilgiler verilmiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, Almanya'ya ait veriler elde edilemediği için tabloda yer almamıştır. Biz de burada yalnızca önemli sayılabilecek olan ülkelere ait bilgileri paylaşmayı uygun bulduk. Ayrıntılı bilgi için bkz. CEPEJ (2010), s. 51 Tablo No: 3.2.

yalnızca medenî usul hukuku alanında değil ve fakat genel olarak bütün yargılama hukuklarında (ceza yargılaması ve idarî yargılama) ve hatta takip hukukunda (icra takiplerinde) adlî yardım kapsamında hangi hizmetleri sunduklarına ilişkin bilgiler yer alır. Diğer bir ifadeyle, belirtilen tabloda ceza yargılamasında sunulan özel dedektif ücretlerinden, idarî yargılama hukukunda ve icra takibinde sunulan bütün hizmetler, genel olarak adlî yardım kapsamında ele alınarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, belirtilen tablodaki bilgiler yorumlanırken, -daha önce verdiğimiz bilgiler doğrultusunda- adlî yardım harcamalarının yüksek olduğu ve gelişmiş bir adlî yardım sistemine sahip olan ülkelerin (Örneğin, İngiltere), adlî yardım kapsamında sundukları hizmetlerin yetersiz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Kaldı ki, bir ülkenin adlî yardım harcamalarının yüksek olması ve gelişmiş bir adlî yardım sistemine sahip olması, yalnızca adlî yardım kapsamında sunulan hizmetlerin geniş olmasına bağlı değildir.

Konsey'e üye devletlerden Fransa, İzlanda, Monako, Lüksemburg ve İspanya'da hem ceza yargılamasında hem de diğer yargılamalarda (medenî usûl hukuku ve idarî yargılama) tarafların yargılama gideri ödeme yükümlüğü bulunmaz. Diğer bir ifadeyle, tüm mahkemelere ücretsiz erişim imkânı vardır. Dolayısıyla, bu beş üye devletin adlî yardım bütçelerini, diğer üye devletlerin adlî yardım bütçeleri ile karşılaştırırken genelleştirilmiş mahkemeye erişim hakkının bulunduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır⁴⁹⁴.

Bulgaristan, Fransa, Hollanda, Portekiz ve Slovakya gibi ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde de adlî yardım hizmeti verilir⁴⁹⁵.

Belçika, Slovenya, İspanya gibi ülkelerde adlî bilirkişiliğin çerçevesi içerisinde bulunan bilirkişi veya teknik danışman ücretleri adlî yardımın kapsamı dâhilindedir. Bulgaristan, Estonya, Letonya, Litvanya, İskoçya gibi ülkelerde ise dava açmak için gereken dosya giderleri de adlî yardımın kapsamındadır. Yunanistan ve Türkiye'de kısmen veya tamamen tüm mesleki (noter gibi) harcamalar ve teminatlar adlî yardımın kapsamında yer alırken, İtalya'da özel dedektif ücreti bile adlî yardımın kapsamı dâhilindedir⁴⁹⁶.

Rapora göre, adlî yardımdan yararlanabilmenin şartları ülkeden ülkeye değişir. Ancak genellikle adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar belirlenirken, adlî

⁴⁹⁴ CEPEJ (2010), s. 52.

⁴⁹⁵ CEPEJ (2010), s. 52.

⁴⁹⁶ CEPEJ (2010), s. 52.

yardım talep eden kimselerin ekonomik durumları ve/veya adlî yardımın konusunu oluşturan asıl dava veya talebin esası etkili olur. Adlî yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin karar, genellikle mahkeme (Estonya, Polonya, Yunanistan, Macaristan gibi toplam 11 ülke) veya mahkeme dışında bir makam (İngiltere, Danimarka, Hırvatistan, İzlanda gibi toplam 15 ülke) ya da hem mahkeme hem de başka bir makam (Finlandiya, Norveç, İsveç, Fransa, İtalya gibi toplam 13 ülke) tarafından verilir. Bu tür kararlar için Barolar da yetkili kılınabilir (Örneğin Türkiye ve Hırvatistan). Rusya Federasyonu, Portekiz, Moldova gibi ülkelerde ise adlî yardım talebinin reddedilmesi mümkün değildir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ CEPEJ (2010), s. 56; s. 57 Tablo No: 3.7.

Tablo 4. Avrupa Konseyi'ne Üye Devletler Bazında Adli Yardım Hizmetlerinin Kapsamı

Ülkeler	Yargılama giderlerinden muafiyet	Mahkeme kararlarının icrası ile ilgili işlemlerde adli yardım	Ceza yargılamasında sunulan diğer özel yardımlar	Ceza yargılaması dışındaki diğer yargılamalarda sunulan diğer özel yardımlar
Avusturya	+	+	+	+
Belçika	+	+	-	-
Danimarka	+	+	-	-
Finlandiya	+	+	-	-
Fransa	+	+	+	+
Yunanistan	+	+	+	-
Macaristan	+	+	+	+
İzlanda	+	+	-	-
İrlanda	+	+	-	-
İtalya	+	+	+	-
Hollanda	+	-	-	+
Norveç	+	+	-	-
Polonya	+	+	+	+
Portekiz	+	+	+	+
Rusya Federasyonu	+	-	+	+
İspanya	+	+	+	+
İsveç	+	+	+	+
İsviçre	+	-	+	+
Türkiye	+	+	-	+
İngiltere ve Galler	+	-	-	-
Kuzey İrlanda	+	+	-	-
İskoçya	+	+	-	-

İkinci Bölüm

Adlî Yardımın Anayasal Temelleri ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

1. Adlî Yardımın Anayasal Temel Haklar ve İlkelerle İlişkisi

1.1. İnsan Hakları, İnsan Onuru ve Adlî Yardım

Genel olarak insanlık tarihi incelendiğinde görüleceği üzere, kölelerin efendiler, güçsüzlerin güçlüler, ekonomik anlamda zayıf durumda olanların güçlü durumda olanlar, sayı, inanç ve ideoloji bakımından azınlıkta olanların çoğunlukta olanlar karşısında kendini ifade etme, hakkını arayarak bunu sürekli kılma mücadelesinin sayısız örneği ile doludur⁴⁹⁸. İşte tarih boyunca verilen bu mücadeleler sonucunda modern hukuk düzenlerinde "insan hakları" kavramı ortaya çıkmıştır.

"İnsan Hakları" kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte, bir hukuk düzeni içerisinde aynı hukukî şartlara sahip olan insanlar, insan haklarının kendilerine tanımış olduğu eşitlik ilkesi sonucunda kendilerini ifade edebilir ve böylelikle maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilirler. İnsan hakları, felsefî ve ahlakî temelini etik değerlerden almış olması sebebiyle, toplumun sosyal sınıfları içerisinde yer alan zayıf, güçsüz ve korumasız gibi ayrımları ortadan kaldırma amacına hizmet eden bir araç görevi görevini görür⁴⁹⁹.

Modern devletin doğuşu ile ortaya çıkan insan haklarının temeli, kendisini insanlık kavramında bulmaktadır ve bu kavram zamanla gelişerek literatüre insanlık onuru olarak geçmiştir⁵⁰⁰.

Toplum içinde bir birey olarak insan, varlığının tanınmasını, saygı duyulmasını, dikkate alınmasını, değerli görülmesini ve önemsenmesini bekler. Bu sebeple de her

⁴⁹⁸ M. Özkes (2003). *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 22.

⁴⁹⁹ D. Tezcan vd. (2009). *İnsan Hakları El Kitabı*. (2. baskı). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 56.

⁵⁰⁰ Y. Demircioğlu (2007). *Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 35-37.; İnsan onuru ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. N. Bulut (2008). Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış. *EÜHFD*, 3-4 (XII), s. 1. vd. ; İ. Doğan (2005). Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş. *SÜHFD*, 13 (2), s. 51 vd. ; O. Şimşek (1999). *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 1 vd.

insanın genel olarak devlet organları karşısında dikkate alınmasını ve saygı gösterilmesini talep hakkı vardır⁵⁰¹.

Anayasa'nın başlangıç kısmında⁵⁰², değişik hükümlerinde ve birçok uluslararası sözleşmede açıkça ifade edildiği üzere, insan hakları kavramının temel amacı, insan varlığını ve onurunu korumak olduğu için, insan onuru da bu kavramın temel amacından ortaya çıkar⁵⁰³.

İnsan onuru kavramı, bir kişilik değeri olarak insanın vazgeçilmezliği ve dokunulmazlığını ifade eder. Bu anlamda insan onuru kavramı, gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde gerekse uluslararası hukuk düzenlemelerinde bağlayıcı kurallarla desteklenir. Nitekim insan onurunu güvenceye alan bütün kurallar, insan hakları kapsamına girer⁵⁰⁴.

Ayrıca adil yargılanma hakkının geniş anlamıyla ve bütün yönleriyle ayrıntılı olarak düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınmış olan "adil yargılanma" talebinin önemli bir unsurunu, tarafların dinlenmesine ilişkin insan onuruna ve özgürlüğüne dayanan usûli bir temel hak oluşturur⁵⁰⁵.

İşte, genel anlamda insan hakları ve özelde insan onuru kavramının bu noktada adlî yardım kurumu ile ilişkisini değerlendirmek zor olmayacaktır⁵⁰⁶. Zira bir insanlık değeri olarak ortaya çıkan ve varlığının devlet organları karşısında tanınmasını ve dikkate alınmasını talep etme hakkına sahip olan her birey, şüphesiz adalet hizmetlerini dağıtmada mutlak yetkiye sahip olan devletin sunduğu bu hizmetlerden hiçbir ayrıma tâbi tutulmaksızın yararlanabilmelidir.

⁵⁰¹ M. Özkes (2009). *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 110 ve özellikle bkz. Cüceloğlu'na atfı yapan Özkes (2009), s. 110, dn. 235.

⁵⁰² 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmının 6. paragrafında açıkça "Her Türk vatandaşının ...hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"na ilişkin olarak bkz. Özkes (2009), s. 109.

⁵⁰³ G. Erdoğan (2011). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 16, s. 16 dn. 50.; Özkes (2009), s. 109.; Özkes (2003), s. 43.

⁵⁰⁴ T. Akıllıoğlu (1995). *İnsan Hakları I. Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, s. 5.; Özkes (2009), s. 109, s. 109 dn. 230.

⁵⁰⁵ "Söz konusu hak, Avusturya hukukunda, 1867 tarihli Anayasa ile tarafların eşit muameleye tâbi tutulmasını güvence altına alır. Ayrıca bu hak, AİHS'nin 6. maddesi sayesinde, diğer Avrupa Konseyi'ne üye devletlerden farklı olarak, anayasa düzeyinde ele alınmış olması sebebiyle, şekli bakımından da usûli haklar seviyesine yükseltilmiştir." Rechberger (2006a), s. 67 vd s. 59-71, s. 59 vd.

⁵⁰⁶ Baumbach vd. (2001), s. 416-417 § 114 Rn 1 vd.; Phlischuk (2002), s. 2.

İnsan haklarına bir üst norm bağlayıcılığı ile hukuk düzeni içerisinde yer vermiş olan her devlet⁵⁰⁷, adalet hizmetlerinde vatandaşları arasında eşitliği sağlamakla yükümlüdür. Nitekim bu bir anlamda da devletin varlık sebebi, sosyal eşitsizlikleri gidermek bakımından sosyal devlet olmanın bir gereği ve şüphesiz insan onurunu korumanın da bir sonucudur⁵⁰⁸. Bu nedenle ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan vatandaşlar, devlet organları -adalet hizmetlerinin dağıtımı özelinde yargılama makamları- karşısında insan onuruna yaraşır bir şekilde kendini ifade edebilmeli, maddî hukuktan kaynakların haklarının ihlâlî durumunda bu ihlâl son verilmesini ve ihlâl tehlikesinde ise bunun önlenbilmesini talep edebilmelidir. Yine bu taleplerinin yargılama makamlarınca dikkate alınabilmesi için de, devletin adalet hizmetlerinde ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan vatandaşlarının karşılaşmış olduğu ekonomik engelleri kaldırmak amacıyla bazı önlemler alması gerekir.

Bu önlemler⁵⁰⁹ arasında adalet hizmetlerinin karşılıksız dağıtılması yönünde bir sistem benimsenebilir. Ancak modern devletlerde yargılama giderlerinin devlete ağır bir yük olması gerçeği karşısında, etkin işleyen bir adli yardım sisteminin varlığı, amaca daha iyi hizmet edecektir.

1.2. Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti ve Adli Yardım

1.2.1. Genel olarak adil yargılanma hakkı

Bir insan hakkı olarak kabul edilmiş olan adil yargılanma hakkının ne anlama geldiği ve hangi terimle ifade edileceği noktasında Türk Hukuk öğretisinde bir birlik

⁵⁰⁷ “1982 Anayasası’nın 2’nci maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı... bir devlet" olduğu ifade edilmesine rağmen 1961 Anayasası’nda ise Cumhuriyetin nitelikleri arasında "insan haklarına dayalı devlet" ifadesi kullanılmıştır. Bu iki deyim arasında hukukî sonuçları bakımından hiçbir fark yoktur. Önemli olan, bu ifade farklılığı değil, 1982 Anayasasının benimsediği temel hak ve hürriyetlerin bütünü ve bunlara ilişkin getirdiği sınırlandırma ve güvence sistemidir.” K. Gözler (2000). *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 121.; Bu konuda görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (2000), s. 121.

⁵⁰⁸ Özekes (2003), s. 306.

⁵⁰⁹ Medenî usûl hukuku bakımından davada yargılama giderinin ödenip ödenmemesi ile ilgili çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, yargılama gideri mutlaka ödenmelidir. Bu görüşe karşı çıkan ikinci görüşe göre ise, yargılama giderinin ödenmesine gerek yoktur. Bu iki görüşe göre ortalama bir yol izleyen üçüncü görüşe göre ise, yargılama gideri mutlaka ödenmeli ve fakat ödenmesi gereken yargılama giderinin tutarı belirlenirken dikkatli olunmalıdır. Yargılama gideri ödenmesinin gerekip gerekmediği hakkındaki bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz (1984), s. 205 vd.

mevcut değildir⁵¹⁰. Bazı yazarlar, bu hak için "adil yargılanma hakkı" ya da "adil yargılama" hakkı terimlerini kullanırken, bazıları da "doğru yargılama hakkı", "dürüst yargılama hakkı", "düzgün yargılama hakkı" ve "adil muhakeme" terimlerini kullanır⁵¹¹.

Adil yargılanma hakkı, yalnızca ulusal anayasa hukuku ve yargılama hukuku temelinde düzenlenmekle kalmamış, aynı zamanda uluslararası metinlerde de değişik şekillerde ifade edilmiştir⁵¹². Daha önce Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesinde yer alan bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde değişik yönleriyle ve geniş kapsamlı bir şekilde düzenlenerek hukuk devleti anlayışının da ayrılmaz bir parçası ve Avrupa ortak anayasal düzeninin de temel bir değeri olarak kabul edilmiştir⁵¹³.

Anayasa'nın 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin iç hukukta ne derecede etkili olduğu sorunu tartışılmakla birlikte, bir iç hukuk kuralı haline gelmiş olan adil yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında açıkça düzenlenen "herkes...adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü ile artık hukukumuz bakımından doğrudan uygulanabilir bir anayasal kural ve pozitif bir düzenleme niteliğindedir⁵¹⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla sürekli geliştirilmekte olan bu hak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların büyük bir çoğunluğunda yer alan ihlâl iddialarına karşı, bizzat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, hukukun en önemli ve temel hakkı olduğu ve 6/1. maddenin dar yorumunun, hükmün kapsam ve amacına uygun düşmediği belirtilir⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Oysaki Karşılaştırmalı hukuk açısından durum tersinedir. Zira AİHS'nin İngilizce metninde "fair trial" olarak yer alan ilke, Alman hukukuna "reht auf faire Verfahren" olarak geçmiştir. Terimin bazı dillerdeki karşılığına ilişkin olarak bkz. M. S. Kaşıkara (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*. Ankara: Adalet Yayınları, s. 87-88 dn. 261, 262. Medenî usûl hukukunda adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak bkz. Erdoğan (2011), s. 3. vd.; Özkes (2009), s. 131 vd.; H. Pekcanitez (1997). Medenî Yargıda Adil Yargılama. *İzBD*, S.2, s. 35 vd.; S. Tanrıver (2004). Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. *TBBD*, S.53, s. 211 vd.

⁵¹¹ Kaşıkara (2009), s. 28-29, 87.

⁵¹² Akıllıoğlu (1995), s. 49.

⁵¹³ Özkes (2003), s. 56.; D Tezcan vd. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 303.

⁵¹⁴ Erdoğan (2011), s. 26-27.; Özkes (2003), s. 56.; Özkes (2009), s. 133.

⁵¹⁵ Erdoğan (2011), s. 28, 35.; Tezcan vd. (2004), s. 303.

Adil yargılanma hakkı, kavramsal olarak kavuştuğu bugünkü hukukî anlamının henüz olgunlaşmadığı zamanlarda bile, üst bir temel norm, bir hukuk etiği kuralı, hukuk bilincinin yansıması olarak bir hukukî refleks şeklinde önemini korumuştur⁵¹⁶.

Adil yargılanma hakkı sayesinde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kamu gücü sınırlandırılarak, adil bir kararın güvencesini oluşturan sağlıklı bir yargılama yapılması mümkün olabilir. Böylelikle bu hak, yargılamanın hukuka ve hakkaniyete uygun yapılmasına ve adil bir kararın verilmesine de hizmet ederek temel hakların yargılama makamları önünde gerçekleşmesini ve korunmasını sağlar⁵¹⁷.

Adil yargılanma hakkı⁵¹⁸ genel olarak herkesin, uyuşmazlığın aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde ve hakkaniyete uygun karar verilmesini talep hakkını ifade eder. Bu çerçevede adil yargılanmanın temel unsurları; kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, alenî şekilde hakkaniyete uygun⁵¹⁹ olarak yargılanmadır⁵²⁰.

Karşılaştırmalı hukukta adil yargılanma hakkı bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5-10. madde hükümleri yorumlanırken "Anayasa hukukunun uygulama alanı olarak usûl hukuku" kavramına yer verilir ve bu maddelerin Avrupa Usûl Hukuku'nun *Manga Charta*'sı olduğunu işaret edilir. Buna göre adil yargılanma ile ilgili usûl ilkeleri⁵²¹; mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı, aleni yargılama,

⁵¹⁶ Özkes (2009), s. 131.

⁵¹⁷ Özkes (2009), s. 133.

⁵¹⁸ Rechberger'e göre adil yargılanma, her şeyden önce özel hukuka ilişkin talepler veya yükümlülüklerle ilgili bir yargılamada uygun bir şekilde birlikte çalışma hakkı olarak tanımlanmıştır. Rechberger (2006a), s. 67 vd. ; M. K. Yıldırım (2003). Teksif ve Sözlük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler. *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 468.

⁵¹⁹ "Adil yargılanma hakkı, genel nitelikte bir hak olup, hakkaniyete uygun yargılama ilkelerini içeriğinde barındırır. Hakkaniyete uygun yargılamanın içerisinde de şüphesiz bireyin yargılama makamları önünde kendisini bizzat veya bir avukatın yardımıyla yararlanarak savunabilme hakkı yer alır." Kaşıkara (2009), s. 150-154.

⁵²⁰ O. Akbulut (2002). Adil Yargılanma Hakkı-(AİHS m. 6). *Kemal Oğuzman'a Armağan*. GSÜHFD, 1 (1), İstanbul: Beta Yayınları, s. 179 vd.; S. İncoğlu (2002). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 105 vd. ; Erdoğan (2011), s. 28 vd. ; Kuru vd. (2011), s. 357.; Özkes (2003), s. 55 vd.; Pekcanıtez (1997), s. 36 vd.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 266 vd.; Tanrıver (2004), s. 213 vd.; Tezcan vd. (2004), s. 245 vd.

⁵²¹ Adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medenî Usûl İlkeleri'ne İlişkin 28.2.1984 tarihinde kabul edilen R (84) 5 sayılı tavsiye kararı ve ekinde yer alan ilkeler" hakkında bkz. S. Öztekin (1986). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medenî Usûl İlkeleri" Konulu Tavsiye Kararı. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1 (1), s. 9 vd.

tarafların hakkaniyete uygun biçimde dinlenmesi, makul sürede hükmün verilmesi ve hükmün ilanıdır⁵²².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, “*Herkes (...) bir mahkeme tarafından davasının (...) görülmesini istemek hakkına sahiptir.*” hükmünü içeren adil yargılanma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin birinci fıkrasında, “*hak arama*” diğer bir ifadeyle “*mahkemeye başvurulabilme (droit a un tribunal veya right to a tribunal ya da of access to court)*” hakkının zımnen yer aldığı belirtilmiştir. Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken sözleşmenin “metni ve içeriği”, “konu ve amacı” ile hukukun üstünlüğü kuralı ve hukukun genel ilkelerinden yola çıkmıştır⁵²³.

Adil yargılanma hakkının ana kuralı olarak kabul edilen ve “mahkemeye erişim”⁵²⁴, “mahkemeye başvurulabilme”⁵²⁵ veya “dava hakkı ya da savunma hakkı”⁵²⁶ olarak nitelendirilen hak arama hürriyeti, adil yargılanmanın unsurları arasında konumuz açısından doğrudan bağlantılı olması sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

1.2.2. Hak arama hürriyeti ve adli yardım

Modern hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi hukukumuzda da, bireylerin maddî hukuktan doğan hakları ihlâl edildiğinde veya herhangi bir ihlâl tehlikesi ile karşılaşıldığında, haklarını kendilerinin bizzat almaları, diğer bir ifadeyle, ihkakı hakta bulunmaları kural olarak yasaklamıştır⁵²⁷. Hakkı ihlâl edilen veya ihlâl edilme tehlikesi altında bulunan birey, yargılama gücünü tekelinde bulunduran devlete başvurarak

⁵²² Yıldırım (2003), s. 468 vd.

⁵²³ Taşkın (1999), s. 832.; Taşkın (2000), s. 118.; F. Gölcüklü ve A. Ş. Gözübüyük (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. (11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 277 vd.

⁵²⁴ Öğretide “mahkemeye erişim hakkı” olarak da ifade edilen hak arama hürriyetinin AIHS’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hakların kurucu unsurunu oluşturduğuna ilişkin olarak bkz. Kaşıkara (2009), s. 112.

⁵²⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s. 278.

⁵²⁶ Savunma hakkı denilince yalnızca ceza yargılamasıyla sınırlı olmayan, tersine (ve geniş anlamda) -dava- kavramıyla bağlantılı olarak tüm yargılama hukukunu ilgilendiren ve hakkın sahibinin de yalnızca davalı veya davalılar değil, aynı zamanda davacı veya davacılar olduğuna ve AY’nın 36. maddesi ve AIHS’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen -hak arama hürriyeti-nin geniş anlamda -savunma hakkı- olduğuna ilişkin olarak bkz. Z. Hafızogulları (1994). Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı. *ABD*, 51 (1), s. 20-40, s. 20 vd.

⁵²⁷ Erdoğan (2011), s. 61.; Pekcanitez vd. (2011), s. 43.

hakkının sağlanması talep eder. Devletin böyle bir durumunda, kendisine başvuran herkese karşı eşit şekilde hak arama yolunu açması gerekir⁵²⁸. Ancak birey hakkını aramak için devlete başvurduğunda, devletin bu hakkın kullanımını bir takım şartlara bağladığı görülür. Bu şartlar arasında en sık rastlanılan, yargılama makamları tarafından hakkını aramak için başvuran bireyden yapılacak yargılama giderlerinin bir kısmının talep edilmesidir. Bireylerin ödemek zorunda oldukları yargılama giderlerinin yüksekliği ve bu arada davayı kaybetme riskinin de büyüklüğü dikkate alındığında, bireylerin mahkemeye başvurma yolunu tercih etmemeleri sonucu doğabilir. İşte bu noktada, uluslararası sözleşmelerle ve devletlerin anayasal düzenlemeleri ile güvence altına alınan "hak arama hürriyeti" devreye girer.

Hak arama hürriyeti, medenî usûl hukukunda dava hakkı başta olmak üzere, icra takibi hakkı, hakeme başvuru hakkı gibi hukukî yollara başvurabilme hakkını ifade eder⁵²⁹.

"Adalet talebi" olarak da ifade edilen bu hakkın kaynağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasıdır. Bu hükme göre herkes, ucuz bir şekilde ve kısa süre içerisinde açmış olduğu davanın bir sonuca bağlanmasını ve makul bir süre içerisinde savunma hakkını kullanmayı talep hakkına sahiptir⁵³⁰.

⁵²⁸ Erdoğan (2011), s. 61.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 43.; P. Philippi (1997). *Prozesskostenhilfe Und Grundgesetz: Zivilprozess Und Praxis, Das Verfahrensrecht Als Grundlage Juristischer Tätigkeit, Festschrift Für Egon Schneider Zur Vollendung Des 70. Lebensjahres*. Berlin, Herne: Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, s. 267 vd.; "...Anayasa, uluslararası metinler ve kanunlarla bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin ihlâli durumunda, bu hakların gerçekleştirilebilmesi ve korunabilmesi için etkili bir yargısal denetim zorunludur..." E. Atalay (1997). *Yargısal Temel Haklar. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 449.

⁵²⁹ E. Atalay (1997), s. 449.; Pınar ve Meriç (2009), s. 196.

⁵³⁰ Erdoğan (2011), s. 61.; H. F. Gaul (2006). *Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu*. (Çev. Nevhis Deren Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*. (5. bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 83.; Anayasa mahkemesi yakın tarihli bir kararında hak arama hürriyetini; "...maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir..." şeklinde tanımlamıştır. 4.2.2010 T, 2008/112 E, 2010/31 K sayılı belirtilen Anayasa mahkemesi kararı için bkz. İ. Köküsarı (2011). *Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri. GÜHFD*, S: 1 (XV), s. 167-168 dn. 14.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddenin birinci fıkrası, herkese özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının bir mahkeme tarafından çözümü hakkını tanır⁵³¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrası ile bireylere teorik ve hayali olmayan aksine gerçek ve fiilen kullanılabilen güvenceler sağlanmış olduğundan, bireylerin hak aramak için mahkeme önüne gidebilme imkânının da gerçekten ve fiilen mevcut bulunması gerekir. Zira bu imkânın teorik olarak hukuken mevcut olmasına rağmen somut bir uyuşmazlıkta bazı nedenlerle –ilgilinin kusuru olmaksızın- etkili şekilde kullanılamaması durumunda 6. madde hükmü ihlâl edilmiş olacaktır⁵³².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrası gereği bireylere tanınan hak aramanın etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için sözleşmeye taraf devletler, bireylerin hak aramasını sağlayacak ve kolaylaştıracak tedbirleri almakla⁵³³ ve bireylerin mahkemeye başvurabilme imkânlarını haksız şekilde tıkayan engelleri de ortadan kaldırmakla yükümlüdürler⁵³⁴.

Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde; "Herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."⁵³⁵ hükmü düzenlendikten sonra 40.

⁵³¹ AIHS'nin m. 6/1'in özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanabilmesi için gereken şartlara ilişkin olarak bkz. Erdoğan (2011), s. 43-57.; AIHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasına göre; "Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar... yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

⁵³² Erdoğan (2011), s. 78, 88.; Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s. 278.

⁵³³ "Maddî hukukun bireylere tanıdığı haklardan bağımsız olarak devlet, adil yargılamanın etkin şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlamak için hem kural koyma hem de uygulama aşamasında gerekli tedbirleri almak zorundadır." Erdoğan (2011), s. 80-81.; Pekcanitez (1997), s. 38 vd.; Özekes (2009), s. 133.; Tanrıver (2004), s. 213.

⁵³⁴ Akbulut (2002), s. 180.; E. Atalay (1997), s. 449.; Pekcanitez (1997), s. 36.; Özekes (2003), s. 56. E. Yılmaz (1996). Medenî Yargıda İnsan Hakları. *TBB*, 9 (2), s. 156- 157.

⁵³⁵ AY'nın 36. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.- şeklindeki hüküm ile hak arama özgürlüğünün içeriğine de girilerek, -hukukî dinlenilme-, -adil yargılanma hakkı-, -hakkın dağıtımından kaçınma yasağı- da belirtilerek, açık bir düzenleme yapıldığına ilişkin olarak bkz. Özekes (2009), s. 123.; Hak arama hürriyetinin niteliği itibarıyla, diğer hak ve hürriyetlerin ihlâl edilmesi halinde bu ihlâli telafi etmek için başvuru yolları kapsadığını; ancak bu durumun hak arama hürriyetini tali bir konuma düşürmediğini; zira, aksi bir durumun kabulünün hak arama hürriyetini yargı yollarına başvurmak için gereken dava şartlarından biri konumuna indirgemek olacağına ilişkin olarak bkz. Köküsar (2011), s. 167-168.

maddesinde⁵³⁶ de "Anayasa ile tanınmış olan hak ve hürriyetleri ihlâl eden herkes, yetkili makama geciktirilmeksizin başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." hükmü yer alır.

Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinde yer alan düzenlemeler ile anayasal çerçevede hak arama hürriyeti güvence altına alınarak meşru vasıtalardan yararlanmak suretiyle hak arayacak olan bireylerin hak aramalarını kolaylaştıracak imkân ve mekanizmaları oluşturma görevi devlete yüklenmiştir⁵³⁷. Diğer bir ifadeyle, hak arama hürriyeti sayesinde, devletin koyduğu bazı kurallar ve birtakım uygulamalarla, bireylerin haklarını kullanmalarını güçleştiren engeller ortadan kalkar.

Hak arama hürriyetinin veya mahkemeye başvurma hakkının bazı koşul ve sürelerle bağlanması, bu sınırlamaların hakkın kullanılmasını fiilen ortadan kaldırmadığı sürece adil yargılanma güvencesine aykırılık oluşturmaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla belirtilmiştir. İç hukukta mahkemeye başvuru hakkı, bir mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken, geçici ya da kısmî de olsa kapatılmasını veya kullanılmasını imkânsız kılacak ölçüde şartlara bağlanıp sınırlandırılmaması şartıyla⁵³⁸, birtakım sürelerle uyulması ya da bazı formalitelerin yerine getirilmesi gibi kurallara bağlı tutulabilir. Örneğin, dava ehliyeti için özel şartlar öngörülebilir, davada temsil zorunluluğu getirilebilir, yargılama giderleri ve bu giderlerin önceden ödenmesi zorunluluğuna yer verilebilir⁵³⁹. Zira mahkemeye başvuru hakkı, esasen yargılama giderleri ile ilgili olarak giderlerin etkisi ve sistemin finanse edilmesi şeklinde gündeme gelmiştir⁵⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda, ekonomik anlamda yetersizlik hali sebebiyle yargılama giderlerinin karşılanamayarak hak arama hürriyetinin kullanılamaması durumunda, Avrupa İnsan

⁵³⁶ Karş. Brezilya AY m. 153, Yunanistan AY m. 20/1, İtalyan AY m. 24/1, Japon AY m. 32, Meksika AY m. 17, Hollanda AYm. 167, İspanya AY m. 24 c. 1 için bkz. Demircioğlu (2009), s. 105, dn. 30.

⁵³⁷ Demircioğlu (2009), s. 111.; S. Tanrıver (2007). *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı*. (Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1.

⁵³⁸ İncoğlu (2002), s. 116.; Kaşıkara (2009), s. 122.

⁵³⁹ Tezcan vd. (2009), s. 174.

⁵⁴⁰ J. M. Jacob (2007). *Civil Justice In The Age Of Human Rights*. Hampshire, Burlington: Ashgate Publishing, s. 109.

Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varır⁵⁴¹.

Buna göre, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda, hak arama hürriyetinin gerçekleşebilmesi için mahkemeye başvurulması halinde herhangi bir engelle karşılaşılmaması gerekli olduğundan dolayı ekonomik anlamda yetrsizlik hali sebebiyle yargılamanın gerektirdiği giderlerin karşılanmasının mümkün olmadığı durumlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bireyin mahkemeye başvuru hakkının engellediği şeklinde yorumlanmış ve fakat devletin her durumda adli yardımda bulunma zorunluluğunun olmadığı gerçeği karşısında, usûli işlemlerin sadeleştirilmesi gibi yollarla da hak arama hürriyetinin gerçekleştirebilmesinin mümkün olduğu vurgulanarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının devlete bu konuda bir seçim hakkı tanıdığını belirtilmiştir⁵⁴².

Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalar bakımından bir avukatın ücretsiz hukukî yardımından yararlanma hakkı açıkça ifade edilmemekle birlikte, adaletin selametinin gerektirdiği durumlarda, diğer bir ifadeyle, somut uyuşmazlığın özellikleri, bireyin bir avukatın hukukî yardımından yararlanmayı kaçınılmaz kılıyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından devletin, ilgiliye bir avukatın ücretsiz hukukî yardımından yararlanma hakkını sağlaması gerektiği yolunda karar verilmiştir⁵⁴³. Bir avukatın ücretsiz hukukî yardımından yararlanmamanın hak arama hürriyetinin ihlâlini oluşturup

⁵⁴¹ Erdoğan (2011), s. 89.

⁵⁴² Erdoğan (2011), s. 87.; Gölcüklü ve Gözübüyük (2007), s. 278.; Taşkın (1999), s. 832.; Taşkın (2000), s. 118-119.; "AİHM, İrlanda ile ilgili Airey davasında, AİHS'nin 6. Maddesinin birinci fıkrasının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Olayda, adı geçen şikâyetçi, kendisi için hayati tehlike yaratan kocası aleyhine ayrılık davası açmak istemişse de, kendisi davasını bizzat savunacak durumda bulunmadığı ve avukat tutacak parası da olmadığı için davayı açamamıştır. O tarihte İrlanda'da ayrılık konusuna ilişkin davalarda adli yardım kurumu kabul edilmemektedir. Mahkeme, somut olayda şikâyetçinin mahkemeye başvuru hakkının engellendiğini kabul etmiş; ancak devletin her davada adli yardımda bulunmak zorunda olmadığına işaret ederek, hak arama hürriyetinin basit muhakeme usûlleriyle de güvence altına alınabileceğine dikkati çekmiştir." Demircioğlu (2011), s. 119-120.; M. A. Özman (1980). Avrupa İnsan Hakları Divanının 1979 Yılında Verdiği Kararlar. *AÜHFD*, 36 (1), s. 132-136.; Ş. Ünal (2001). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, s. 176.

⁵⁴³ Erdoğan (2011), s. 87-88.; bkz. Airey/İrlanda, 09 10 1979, Seri A, No:32, § 22.

oluşturmadığı hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından her somut uyumsuzluk bakımından ayrıca değerlendirilir⁵⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın bir zaman içerisinde Türkiye aleyhine verdiği *Yiğit, Ülger ve Bakan* kararlarında, adlî yardım kurumunun önemini vurgulayarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin birinci fıkrasının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

"*Mehmet ve Suna Yiğit*" kararında⁵⁴⁵; hak arama hürriyetinin engellendiğine ilişkin verilen kararın anlamı, dava açma hakkının harç ödenmeden kullanılabilen mutlak bir hak olduğu değil, yargılama makamının adlî yardım kurumunun uygulanabilirliği konusundaki takdir hakkını yanlış kullanmış olmasıdır. Söz konusu kararda hak arama hürriyeti ile ilgili iki hususa vurgu yapılmıştır. Bunlardan birincisi, tarafın yargılamada kendisini avukatla temsil ettirmiş olması gerekçesiyle adlî yardım talebinin yargılama makamı tarafından haksız bir şekilde reddedilmiş olmasıdır. Diğeri ise, davacının ekonomik durumu ile dava için ödeyeceği tutarı arasında orantının bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, davacının ihlâl edildiğini iddia ettiği menfaati ile dava için ödemesi gereken harç tutarı arasında bir dengenin bulunması gerekir⁵⁴⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkemeye başvuru hakkı, diğer bir ifadeyle, dava hakkı, mutlak bir hak olmayıp niteliği gereği bazı sınırlamalara tâbidir. Adaletin yararı, dava açma hakkına ekonomik sınırlamalar getirilmesini gerektirebilir. Ancak bir kimsenin mahkemeye başvurma ve bir yargılama makamı tarafından yargılanma hakkından yararlanıp yararlanamaması değerlendirirken davacının ödeme kabiliyeti, kısıtlamanın davanın hangi aşamasında konulduğu, takdir edilen harç miktarı gibi faktörlere bakılmalıdır⁵⁴⁷. Mevcut olayda ise, davacılar istenen harç tutarı o tarihte asgari ücretin dört katıdır ve ulusal mahkemeye sunulan belgelerden de anlaşıldığı üzere davacıların geliri olmadığı açıktır. Buna göre, ulusal mahkemeye ödenmesi gereken harç tutarı, davacılar için aşırı bir külfet oluşturur. Diğer taraftan ulusal mahkeme, üst mahkeme içtihatlarına dayanarak, davacıların adlî yardım

⁵⁴⁴ N. Çavuşoğlu (1994). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 28-29.; Demircioğlu (2007), s. 118.

⁵⁴⁵ 17 Temmuz 2007, Başvuru No: 52658/99

⁵⁴⁶ Pınar ve Meriç (2009), s. 203-204.

⁵⁴⁷ Erdoğan (2011), s. 90.

taleplerini avukatla temsil edildikleri gerekçesiyle reddetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu haksız bir gerekçedir. Zira davacıların kendilerini temsil etmeleri için avukat tutmuş olmaları, mahkeme harçlarını ödeme imkânına sahip olduklarını ifade etmez. Üstelik davacıların avukatı da, ulusal mahkemeye davacılarından ücret almadığını, bunun yerine davacıların dava sonunda alacakları tazminatın belirli bir oranını kendisine ödeyecekleri konusunda anlaştıklarını belirtmiştir. Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre hiçbir geliri bulunmayan davacılarından yüksek tutarlara ulaşan mahkeme harçlarının ödenmesinin istenmesi, hak arama hürriyetinin engellenmesi olarak değerlendirilmiştir⁵⁴⁸.

*Ülger kararında*⁵⁴⁹; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkemeye başvuru hakkının bir yönü, mahkemeye başvurma, diğer bir ifadeyle, dava açma hakkı ise, diğer yönünün de kararların icrası hakkı olduğu hususu vurgulanmıştır. Buna göre ulusal hukuk sistemi, nihaî ve bağlayıcı bir yargısal kararın, davanın taraflarından biri aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkân vermesi halinde mahkeme hakkının içi boşalacak ve bir anlam ifade etmeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, icra takibi, yargılamanın bütünleyici bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca 6. maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye başvuru hakkı, icra takibine başvurma hakkını da aynı ölçüde korur. Mevcut olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemenin, Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasının a bendine⁵⁵⁰ dayanarak, davacının bu ekonomik yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kararı almasını ve böylece icra takibine başvurmasını önleyen bir ekonomik yükümlülük yüklediğini belirtmiştir⁵⁵¹. Davacının alacağını tahsil etmek için gereken

⁵⁴⁸ Kararın değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. O. Doğru (2007). Siz Hala Yargı Harcı Ödüyör Musunuz? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İki Kararı Üzerine Not. *LHD*, S. 59, s. 3449-3451, 3454.; Pınar ve Meriç (2009), s. 188-191, 203-205.

⁵⁴⁹ 26 Haziran 2007, Başvuru No: 25321/02

⁵⁵⁰ AİHM'nin kararları doğrultusunda 23.7.2010 tarihinde 6009 sayılı Kanunu'un m. 19 ile Harçlar Kanunu'nun m. 28/1, a hükmünde değişiklik yapılarak; "*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir... Bakiye karar ve ilâm harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez.*" düzenlemesinin kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. Erdoğan (2011), s. 93.

⁵⁵¹ HMK Tasarısı'nın, "İlâm almak isteyen taraf, karar ve ilâm harcından ancak, hüküm sonunda kendisine yüklenmiş olan kısmı öder. Diğer tarafın, ödemekle yükümlü olduğu harcın tahsil edilmemiş olması ilâmın verilmesine engel olmaz." hükmünü düzenleyen 306. maddesi (HMK m. 302) ile etkin hukukî koruma önünde engel olarak görülen bu düzenleme tadil edilecektir. Bu düzenleme ile bireylerin yükümlüsü olmadıkları bir davranışı yerine getirmemeleri sebebiyle haklarında verilen mahkeme hükmünü elde etmelerinin engellenmesinin etkin hukukî koruma ile bağdaşmadığına ilişkin olarak bkz. M. Akkan (2007). Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma. *MİHDER*, S. 6, s.36.; Pınar ve Meriç

harcı ödemek istediği halde, bunu ödeyebilecek ekonomik imkânının olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda devletin yargılama giderlerini karşılama sorumluluğunu tümüyle davacıya yüklemesi hak arama hürriyetine aykırı olarak değerlendirilmiştir⁵⁵².

*Bakan kararında*⁵⁵³ ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkeme tarafından yapılan devletin sunduğu adlî yardım hizmetlerinden makul bir başarı şansına sahip olan diğer bir ifadeyle, asıl davaları (takipleri ya da talepleri) açıkça dayanaktan yoksun olmayan talep sahiplerinin yararlanması gerektiği şeklindeki değerlendirmeyi meşru bulmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından her ne kadar yerel mahkemenin yapmış olduğu değerlendirme yerinde görülse de, Türk kanun koyucusu tarafından öngörülen adlî yardım sisteminin tarafları keyfiyetten korumak için gereken tüm usûlî güvenceleri sağlamadığına karar verilmiştir. Yine belirtilen kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özellikle davanın esası hakkında karar verecek mahkemenin, adlî yardım konusunda verdiği karara itiraz etme imkânının olmadığı, adlî yardım taleplerinin reddine ilişkin verilen kararların kesin olduğu (HMK Mm. 337/2), yalnızca tarafların sunduğu deliller üzerinden ve bir defa inceleme yapıldığı, bu sebeple başvuru sahiplerinin adlî yardım taleplerinin reddi ile mahkemeye başvurma ve iddialarının bir mahkeme tarafından dinlenilmesini talep hakkından yoksun bırakıldığı hususlarında da değerlendirmeler yapılmıştır⁵⁵⁴.

Kısacası, adalet hizmetlerinden yararlanmanın ekonomik olarak yüksek maliyetlere ulaşması, ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan bireyler bakımından hak arama hürriyetinin ekonomik bir engelle karşılaşması sonucunu doğurur. Diğer bir ifadeyle, bireyin hukukî yollara başvurabilme hakkı kısıtlanarak toplumsal denge de bozulmuş olur⁵⁵⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere devlet, Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri ile güvence altına aldığı hak arama hürriyetini, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler

(2009), s. 205.; H. Pekcanitez (2006). Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı. *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Sayı: 8, s. 71.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 306'nın Hükümet Gerekçesi.

⁵⁵² Kararın değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. B. Çalışkan (2008). Adalet Erişime Harç Engeli. *THD*, S. 26, s. 128-131.; Doğru (2007), 3451-3454.; Erdoğan (2011), s. 40, 84-85, 93.; Pınar ve Meriç (2009), s. 192-195, 205.

⁵⁵³ 12.6.2007 T., 50939/99 S.

⁵⁵⁴ Kararın değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Erdoğan (2011), s. 87 dn. 267.

⁵⁵⁵ Çelebi (1989), s. 259.; Demircioğlu (2007), s. 121.

bakımından engelleyen ya da kullanımını zorlaştıran ekonomik engelleri adlî yardım kurumu sayesinde ortadan kaldırır⁵⁵⁶.

Adlî yardım kurumunun işlevsel hale getirilmesinin sağlanamaması durumunda, ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan bireylerin haklarının aranması ve usûlî yetkilerinin kullanılması zorlaşarak ve hatta imkânsız hale gelerek yargılama süresince tarafların eşit işleme tâbi olmasını engelleyici bir durumun doğumuna sebebiyet verilmiş olacaktır. Bu durum ise, şüphesiz ki hak arama hürriyetinin ve daha genel anlamda ise adil yargılanma hakkının ihlâlini oluşturur⁵⁵⁷.

1.3. Eşitlik İlkesi ve Adlî Yardım

Yargılama hukukunda (gerek ceza yargılaması gerekse medenî usûl hukuku), adil yargılanma hakkının temel unsurlarından bir diğeri de şüphesiz ki, yargılamada "taraflar arasında eşitliğin" bulunmasıdır. Bu ilke, mitolojide "*Adalet tanrıçası Justita'nın dengede duran terazisi*" olarak ifade edilir. Böylelikle dengede duran ve taraflara eşit imkânlar sunan bu terazi sayesinde, tarafların yargılamaya eşit silahlarla başlaması ve yargılama süresince eşit şanslara sahip olması sağlanarak yargılama makamları önünde fiilen eşitlik ilkesi de gerçekleşmiş olur⁵⁵⁸.

Eşitlik ilkesi ile kanun önünde eşitliğin sağlanması yanında, keyfî davranılması da yasaklanmıştır. Bu ilke, gerek yargılama makamlarına başvurmada gerekse yargılama süresince taraflara yargılamada eşit bir şekilde davranılmasını gerekli kılar. Bunun doğal bir sonucu olarak da, tarafların yargılama makamları önünde şeklen eşit olmaları yetmez; eşit şanslara sahip olmaları, fiilen de yargılama makamları tarafından eşit davranılmasını gerekli kılarak, yargılama süresince eşit tutulmaları sonucunu doğurur⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ O. Atalay (1986), s. 13.; Demircioğlu (2007), s. 117.; Kuru (2001a), s. 5418.

⁵⁵⁷ Tanrıver (2004), s. 212.; Yargılama giderleri hakkında AİHS'nin m.6'da adlî yardımın oldukça dar anlamda ele alındığına ilişkin olarak bkz. H. Pekcanıtez (2004). *Medenî Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi. 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru'ya Armağan*. Ankara: TBBB Yayınları, s. 541.

⁵⁵⁸ B. Eduard (1979). *Gleichbehandlung Und Waffengleichheit*. Heidelberg, Hamburg, Karlsruhe: V. Decker und Muller 'den aktaran Demircioğlu (2007), s. 132, dn. 122.

⁵⁵⁹ Özekes (2003), s. 48.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olduğu gibi⁵⁶⁰ aynı zamanda da temel bir hak olarak kabul edilir. Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, Anayasanın tümüne ve devlete hâkim bir ilkedir⁵⁶¹.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın önemli bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılamayla yakından ilgilidir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma içerisinde bulunması zorunlu bir ilke, "silahların eşitliği" ilkesidir⁵⁶².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "silahların eşitliği" ifadesinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Ancak adil yargılanma hakkının koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrasında "...hakkaniyete uygun..." yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları ile "silahların eşitliği" ilkesinin hukukî temelini oluşturmuştur⁵⁶³.

Silahların eşitliği ilkesi, anayasal temelleri olan hukuk devleti ilkesi (AY m. 2) ve eşitlik ilkesinin (AY m. 10), yargılama hukukundaki yansıma biçimlerinden birisidir⁵⁶⁴.

Gerek Anayasa'daki eşitlik ilkesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile adil yargılanmanın ilk ve en önemli gereği olarak kabul edilen taraflar arasında "silahların eşitliği" ilkesi⁵⁶⁵, yargılama makamları önünde sahip bulunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam anlamıyla bir eşitliğin gözetilmesi

⁵⁶⁰ "Herkes haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir." (BMEİHB, m. 10; AİHS, m. 6.) İnsan onuru ile özellikle kanun karşısında herkesin eşit olduğu ve eşit bir korunmaya sahip bulunduğu ilişkine bkz. BMEİHB m. 1,6,7.); "...İnsan haklarının temelinde pozitifleşmiş bir hukuk karşısında eşitlik, hukuk devletinin anahtar özelliğidir. Bu yeni kavrayış ile eşitlik insanın temel gereksinimlerini evrensel üstün değerler düzeyine yükseltmekte ve insan haklarının konusu yapmaktadır..." H. Ökçesiz (1998a). Hukuk Devleti Olgusu: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 54-55.

⁵⁶¹ Gözler (2000), s. 180-182.; K. Gözler (2009). *İdare Hukuku C. I.* (İkinci Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 129.; E. Özbudun (2008). *Türk Anayasa Hukuku*. (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 149.; Özkes (2009), s. 189.; B. Tanör ve N. Yüzbaşıoğlu (2006). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. (8. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, s. 107.

⁵⁶² Özkes (2003), s. 49 vd.; Pecanitez vd. (2011), s. 269.; Tezcan vd. (2004), s. 246.; Yılmaz (1996), s. 149 vd., s. 160

⁵⁶³ G. Dinç (2005). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği. *TBBT*, S. 57, s. 283 vd.; Erdoğan (2011), s. 142 vd.

⁵⁶⁴ Pecanitez (1997), s. 45-46.; Tanrıver (2004), s. 210.

⁵⁶⁵ Silahların eşitliği ilkesi ile ilgili AİHM tarafından verilen 26 February 2002, (47) ve (49) tarih ve sayılı *Fretté v France* kararı için bkz. Jacob (2007), s. 106.

ve bu dengenin yargılama süresince ve yargılamanın her aşamasında korunarak mücadelenin eşit silahlarla yapılması olarak kabul edilir⁵⁶⁶.

Silahların eşitliği ilkesinin gerek yargılama öncesinde gerekse yargılama süresince sağlanabilmesi için, tarafların yargılama sonunda verilecek karara eşit koşullarda etki edebilmelerine ve eşitlik temelinde karşılıklı olarak iddia ve savunmada bulunabilmelerine ve bunları tartışabilmelerine imkân veren bir ortamın bulunması gerekir⁵⁶⁷. Böylelikle, silahların eşitliği ilkesi, esasen bireyin kendisini savunma hakkının güvencesini oluşturur⁵⁶⁸. Uyuşmazlığın taraflarının birbiriyle eşit şekilde davasını hazırlama ve sunmada makul fırsatlara sahip olmasını sağlayan bu ilke, karşı tarafın iddialarını öğrenmek, savunmayı hazırlamak için yeterli imkân ve zamana sahip olmak, bir avukatın hukukî yardımından yararlanmak ve ekonomik anlamda yetersizlik hali dolayısıyla ücretsiz adli yardım hizmetlerinden yararlanmak gibi temel hakları içerir⁵⁶⁹.

Eşitlik ilkesine göre, ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak burada kastedilen ayrımcılık keyfi nitelikte olan ayrımlardır. Bazı fiili eşitsizlikleri gidermek için sosyal sebeplerle pozitif ayrımcılık yapılması yasak kapsamında değildir⁵⁷⁰. Bireylere eşit şanslar tanınarak ve kurallar eşit şekilde uygulanarak adalet de sağlanmış olacaktır. Şüphesiz ki, burada kastedilen de her zaman mutlak anlamda bir eşitlik değildir⁵⁷¹. Bu sebeple, iyi işleyen bir yargılama sisteminde, tarafların yargılamaya yansıyan eşitsizliği de en aza indirmeye çalışılır. Her ne kadar tarafların yargılamada eşit olmaları

⁵⁶⁶ E. Atalay (1997), s. 453.; Gözübüyük ve Gölçüklü (2007), s. 291.; İnceoğlu (2002), s. 212.; H. Pekcanitez (1995). *Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti. Anayasa Yargısı 12*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 278-279.

⁵⁶⁷ Demircioğlu (2007), s. 135.; Erdoğan (2011), s. 142.; Jacob (2007), s. 105.; Pekcanitez (1997), s. 46.; Tanrıver (2004), s. 210.

⁵⁶⁸ "Medenî usûl hukuku bakımından silahların eşitliği ilkesinin temeli, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan tarafa da varlıklı bir taraf gibi aynı hukukî korumanın temin edilmesine dayanır." Zeiss ve Schreiber (2003), s. 338 § 95 Rn. 881.

⁵⁶⁹ Demircioğlu (2007), s. 135.

⁵⁷⁰ Gözler (2009), s. 134-135.; Özekes (2009), s. 190.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 107-108.

⁵⁷¹ Gözler (2009), s. 131 vd.; Özekes (2003), s. 21. ; "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin olması halinde farklı uygulamalara imkân veren bir eşitliktir." AMK, 31.12.1986 T., 1985/11 E., 1985/20 K. için bkz. Çağlayan (1998), s. 51.; Eşitlik ilkesini mutlak olarak yorumlamayan Anayasa mahkemesi kararlarının değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. S. İnceoğlu (2002). *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi*. Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 27-28 Nisan 2001, *Anayasa Yargısı, Cilt 18*, s. 50 vd.

gerekliliği vurgulansa da, tarafların kişiliklerinden, hukukî bilgilerinden, yargılama makamları karşısındaki tutumlarından ve ekonomik ve sosyal durumlarından kaynaklanan farklılıklar bulunur⁵⁷². Bu çerçevede en önemli eşitsizlik örneklerinden biri, yargılama giderlerinin ödenmesindeki yetersizliklerdir. İşte, bu eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik alınması gereken tedbirlerin başında sistemli bir şekilde işleyen adli yardım kurumu gelir. Eşitlik ilkesi, adli yardım kurumunun anayasal temel haklar ve ilkeler arasında en belirgin ve en güçlüsüdür⁵⁷³.

Eşitlik ilkesi hukukî yollara başvurabilmek, diğer bir ifadeyle, hakkını arayabilmek ve bu kapsamda yargılama giderlerini ödeyebilmek bakımından tarafları eşit duruma getirmeyi gerekli kılar. Zira ekonomik anlamda yeterli olanlar ile yetersiz olanların haklarını arayabilmek bakımından eşitliğin sağlanması gerekir. Ekonomik anlamda yetersiz durumda olanların, maddî hukuk bakımından haklı olsalar bile, sırf yargılama giderlerini karşılayamayacak olmaları sebebiyle haklarını arayamamaları eşitlik ilkesini ihlâl etmenin yanı sıra, hak arama ve hukukî korunma haklarına da aykırılık teşkil eder. Yine mahkemenin ağır kusuru neticesinde tarafın adli yardım talebini reddetmesi de eşitlik ilkesine aykırı olup, bu durum aynı zamanda Anayasa'daki ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile adil yargılanma hakkının ilk ve en önemli gereği olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesinin de ihlâl edilmesi sonucunu doğurur⁵⁷⁴.

Gerek hukuk sistemimizde gerekse hemen hemen diğer bütün (modern) hukuk sistemlerinde de yargılama giderlerinin yüksekliğinden kaynaklanan sorunların aşılabilmesi için ortaya atılan görüşlerin ortak noktalarından biri de, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler ile ekonomik anlamda yeterli olan kimseler arasında mahkemeye erişim bakımından meydana gelebilecek eşitsizliğin nasıl giderileceğidir. Bunun temel sebebini de anayasalar tarafından güvence altına alınan ve en çok gerçekleştirilmeye çalışılan en temel ilke olarak eşitlik ilkesi oluşturur⁵⁷⁵.

Örneğin, Amerikan hukukunda “*equal justice under law*” olarak ifade edilen “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi gereği, adalete erişim, ekonomik anlamdaki yetersizlikler sebebiyle sağlanamazsa, eşitlik gerçekleşmiş olmaz. Diğer bir ifadeyle, ekonomik kaynakların yetersizliği sebebiyle bir kimse hakkını arayamıyorsa, eşit adaletten söz

⁵⁷² Özekes (2003), s. 49.

⁵⁷³ O. Atalay (1986), s. 13.; Yılmaz (1984), s. 202.

⁵⁷⁴ Pekcanitez vd. (2011), s. 270.

⁵⁷⁵ Erem (1970), s. 108-109.

etmek mümkün değildir⁵⁷⁶. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi binasının ana girişinin üzerine duvar süsü ile oyularak yazılmış olan kanun önünde eşitlik- equal justice under law ilkesi⁵⁷⁷, Amerikan hukukunda kesin bir şekilde gerçekleşmesi gerektiğine inanılan bir “inanç” olarak kabul edilir⁵⁷⁸.

Eşitlik ilkesi sonucunda, ekonomik anlamda yeterli olanlar ile olmayanlar arasında hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından bütün farklılıklar ortadan kalkar. Yukarıda belirtildiği gibi, hak arama hürriyetinin tam olarak gerçekleşmesinin önündeki engelleri ortadan kaldırmak ve yargılama makamlarına başvuru imkânını sağlamak devletin temel görevleri arasında olduğuna göre, eşitlik ilkesinin varlığı adli yardım kurumunun varlığına da zemin oluşturur⁵⁷⁹.

1.4. Hukuk Devleti ve Adli Yardım

Öğretide "hukuk devleti ilkesi" veya "hukukun üstünlüğü", adalet kavramı ile yakından ilişkilendirilerek bir tanıma kavuşturulmaya çalışılmıştır. Şekli ve maddi anlamda adalet kavramına göre farklı tanımlamalara yer verilmiştir. Bu tanımlardan birine göre, kamusal kuralların düzenli ve tarafsız bir şekilde hukuk sistemine uygulanmasıyla hukuk devleti oluşur⁵⁸⁰. Bu tanım uyarınca hukuk devletinin şekli adaletin bir gereği olarak ortaya çıktığını ifade etmek mümkün olduğu gibi, şekli adalet ile hukuk devletinin aynılığını da belirtmek mümkündür⁵⁸¹.

Şekli adaletten hareketle hukuk devleti temellendirildiğinde, hukukun her şeyden önce herkesin bilebileceği şekilde kamusal ve aleni olması gerekir. Böylece insanlar, hukukun da farkında olarak yaşamlarını ona göre planlayabileceklerdir. Bu tür bir hukuk devleti anlayışı, öngörülebilirliğe dayanarak bireylerin keyfi devlet müdahalesi

⁵⁷⁶ Maxeiner (2011), s. 1.

⁵⁷⁷ The Maryland Access to Justice Commission kendi duvarında, bu duvar süsünün güzel renkli bir resmini kullanmıştır. Bu resim için bkz. Interim Report & Recommendations 2009 <http://www.courts.state.m.us/mdatjc/pdfs/interimreport111009.pdf> (Erişim Tarihi: 10.6.2010)

⁵⁷⁸ “Kanun önünde eşitlik- equal justice under law ilkesi, Amerika'nın en gururla ilân ettiği ve fakat yaygın bir şekilde ihlâl edilen hukukî prensiplerinden biridir. Adliye girişlerini, resmi törenleri ve anayasal kararları süslemesinin yanında uygulamada hukuk sistemini tanımlayan hiçbir yerde bulunmaz. Milyonlarca Amerikan eşit adalet bir tarafa, adalete herhangi bir şekilde erişim ihtiyacı içerisindeyler.” Rhode (2004), s. 3.

⁵⁷⁹ Erem (1970), s. 108.; Philippi (1997), s. 267 vd.; Schilken (2002), s. 537-538 Rn 1095.

⁵⁸⁰ G. Uygur (2004). Adalet ve Hukuk Devleti. *AÜHFD*, 53 (3), s. 29.

⁵⁸¹ Hukuk devleti-adalet ilişkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Uygur (2004), s. 29 vd.; "...Ancak adil bir devlet hukuk devleti olabilir..." E. Atalay (1997), s. 445.

olmaksızın yaşamlarını düzenlemelerini mümkün kılabilir⁵⁸². Ancak hukuk devleti ilkesini, ne adaletle, ne demokrasiyle, ne de insan hakları⁵⁸³ veya insanın onur sahibi bir varlık olmasıyla karıştırmamak gerekir. Zira insan haklarının ihlâl edildiği bir sistem de hukuk devletine uygun olabilir⁵⁸⁴.

Maddî adalet-hukuk devleti ilişkisini belirlemede de, şeklî adalette olduğu gibi hukuk devletinin farklı anlamlarından hareket edilir⁵⁸⁵.

Hukuk devletinin anlamına⁵⁸⁶ ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, hukuk devletine ilişkin temelde iki farklı görüşün olduğunu ifade etmek gerekir. Birinci görüşe göre "*hukuk devleti*" ifadesi, kanunla belirtilen kurallara göre yönetilme anlamına gelen bir ifadedir ve bu ifadeye kanun devletinden farkını belirtmek için kullanılan bir anlam yüklenmiştir. Buna göre hukuk devleti, kurallar neyi gerektiriyorsa, o kurallara göre yapılan yönetimdir. İkinci görüş ise haklar anlayışına dayanır. Bu görüş uyarınca vatandaşlar, ahlâki ve siyasî haklara sahiptir. Diğer bir anlamda hukuk devleti, bireysel haklara uygun olan kurallar çerçevesinde yönetim olarak ifade edilir⁵⁸⁷.

Kelime anlamından hareketle, geniş anlamda hukuk devleti, bireylerin hukuka uymaları ve hukuk tarafından yönetilmeleri gerektiği ile ilgili devleti ifade ederken, dar anlamda hukuk devleti ise devletin hukuka tâbi olup, hukukla yönetildiği devleti belirtir⁵⁸⁸.

Mülk ve polis devleti anlayışlarından sonra gelen aşama "*hukuk devleti*" aşamasıdır. Hukuk devleti kavramı⁵⁸⁹, literatüre polis devleti kavramının karşılığı olarak

⁵⁸² Uygur (2004), s. 35.; Özkes (2009), s. 121.;

⁵⁸³ İnsan değeri, insan hakları ve hukuk devleti ilişkisi için bkz. H. Ökçesiz (1998b). İnsan ve Hukuk Devleti: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 35 vd.

⁵⁸⁴ "Yine belirli olarak özgürlük ile hukuk devleti arasında ilişki olduğunu belirten Raz'a göre hukuk devleti, bireylere kendi yaşamlarını planlayıp, karar almalarını sağlamada güvenli bir ortam yaratır." Uygur (2004), s. 34.

⁵⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uygur (2004), s. 34-35.

⁵⁸⁶ "...Anayasa mahkemesi kararlarında, hukuk devleti, çok halde, Cumhuriyetin demokratik ve sosyal olma nitelikleriyle birlikte ele alınmıştır..." Y. Aliefendioğlu (1998). Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 156.; Ayrıca Anayasa mahkemesinin hukuk devleti anlayışı için bkz. Aliefendioğlu (1998), s. 147 vd.

⁵⁸⁷ Uygur (2004), s. 32.

⁵⁸⁸ Erdoğan (2011), s. 15.; Uygur (2004), s. 36.

⁵⁸⁹ "*Hukuk devleti*" kavramının ilk defa 19. yy.'da Almanya'da kullanıldığına ilişkin olarak bkz. H. Hatemi (1989). *Hukuk Devleti Öğretisi*. İstanbul: İşaret Yayınları, s. 7.; İ. Ö. Kaboğlu (1998). Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 89.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, (2006) s. 92-93.

girmişti⁵⁹⁰. Bu anlamıyla "*hukuk devleti*" kavramı⁵⁹¹, egemenliğin bireylerden uluslara geçtiği ve çeşitli kurumlar aracılığıyla kullanılarak, hukuk kurallarının kendisini koyanlar dâhil bütün birey ve kurumları bağladığı devleti ifade etmek için kullanılır⁵⁹².

Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinden olan 2. maddesinde açık bir şekilde, "Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti" olduğu hususu düzenlenir⁵⁹³. Ayrıca Anayasa'nın diğer pek çok maddesinde de "*hukuk devleti*" olgusuna vurgu yapılarak egemenliğin hukuka uygun kullanılacağına dair hükümler yer alır⁵⁹⁴.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesinin bazı şartların varlığına bağlı olduğu belirtilir. Bu şartlar; *temel hakların güvence altına alınması, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması, yürütme (idare)nin hukuka bağlılığı ve yargının bağımsızlığı*'dir.⁵⁹⁵

Hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, bireyin sahip olduğu temel hakların, devletin yargılama faaliyetleri içinde tanınarak etkili bir şekilde korunması için gereken ortam ve araçların hazırlanması devlete bir görev olarak yüklenmiştir⁵⁹⁶. Böylece hukuk devleti ilkesi gereği devlet, bireylerin hukukî korunma taleplerine olumlu cevap vermek ve bu taleplerin karşılanmasındaki hukukî ve fiili engelleri

⁵⁹⁰ R. Çağlayan (1998). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi. *AÜEHFD*, 2 (1), s. 41-54, s. 41-42.; Gözler (2009), s. 118 vd.; İ. Özey (2004). *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 27.; Özekes (2009), s. 120.

⁵⁹¹ "Kıta Avrupası hukuk sisteminde *-hukuk devleti-* şeklinde ifade edilen kavram, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise çoğunlukla *-hukukun üstünlüğü-* olarak ifade edilir." Y. Karayalçın (1998). Hukukun Üstünlüğü (Kavram-Bazı Problemler): *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 117 vd.; H. Ökçesiz (1998c). Hukuk Devleti: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 17 vd.; Özekes (2009), s. 121.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 93.

⁵⁹² E. Atalay (1997), s. 444.; İ. Ö. Kaboğlu (2010). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. (Güncellenmiş 6. bası). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 397.; Çağlayan (1998). s. 42; Gözler (2000), s. 169.; Özey (2004), s. 27.; Özbudun (2008), s. 124.; Özekes (2009), s. 120.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, (2006) s. 93.

⁵⁹³ "...Anayasanın bu tanımına göre Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, demokratik, sosyal ve laik olmak üzere üç niteliği vardır. Hukuk devleti olması ise, başlıbaşına bir nitelik değil, bu üçünün bir bileşimi olma durumudur..." Özey (2004), s. 55.; Ayrıca AY'nın 2. maddesinde devletin nitelikleri sayılarak en sonunda "*hukuk devleti*" olgusuna vurgu yapılmasının "*adaletin mülkün temeli*" olması hususu ile izah edilebileceğini belirten Özekes için bkz. Özekes (2009), s. 119.

⁵⁹⁴ "Devletin temel amaç ve görevleri ile ilgili AY m. 5, egemenlikle ilgili AY m. 6, yasama yetkisi ile ilgili AY m. 7, yürütme yetki ve görevi ile ilgili AY m. 8, yargı yetkisi ile ilgili AY m. 9, eşitlik ilkesi ile ilgili AY m. 10, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile ilgili AY m. 11 ayrıca "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci bölümün yanı sıra, milletvekili yemini ile ilgili AY m. 81, Cumhurbaşkanı yemini ile ilgili AY m. 103, memur ve diğer kamu görevlileri ile ilgili AY m. 129, hâkimlerin karar vermeleri ile ilgili AY m. 138'de hukukun üstünlüğü kavramı vurgulanmıştır." Çağlayan (1998), s. 43-44.; Özekes (2009), s. 119-120.

⁵⁹⁵ Çağlayan (1998), s. 42.; Gözler (2009), s. 122 vd.; Kaboğlu (1998), s. 91-97.; Ökçesiz (1998c), s. 27.; Özbudun (2008), s. 125.; Özekes (2009), s. 121.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 93.

⁵⁹⁶ E. Atalay (1997), s. 445.

ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Bu fiili engellerin başında da şüphesiz ki, yüksek tutarların oluşturduğu yargılama giderleri gelir. Dolayısıyla yargılama giderlerini ödemede güçlük çeken bireylerin hukukî korunma talepleri karşılanamayacak ve bu noktada da bireylerin hak arama hürriyetlerini gerçekleştirmeleri engellenmiş olacaktır.

Hak arama hürriyeti, hukuk devleti ilkesi ile doğrudan bağlantılı bir ilkedir⁵⁹⁷. Devletin hukukî uyuşmazlıkları çözme ve hakların icrasını gerçekleştirme konusunda tekel hakkına sahip olması sebebiyle, tarafların haklarını zorla ve bizzat elde etmeleri yasaklanmıştır. Bir hukuk devletinde, devletin sağladığı hak arama hürriyetinin tam ve etkin olarak gerçekleşmesi gerekir. Hukuk devleti ilkesi gereği, bireylerinin hak arama hürriyetlerini tam ve etkin bir şekilde gerçekleştirebilmek için gereken mekanizmaların başında adlî yardım kurumu gelir. Zira hukuk devleti ilkesini gerçekleştirebilmenin şartlarından birini "temel hakların güvence altına alınması" oluşturur. Bireylerin hukukî uyuşmazlıkları çözme ve hakların icrasını gerçekleştirme konusunda tekel hakkına sahip olan devletten talep edebileceği hukukî korunma hakkı, bu temel haklardan biridir. Hukuk devleti ilkesi gereği devlet, bireylerin hukukî korunma taleplerinin karşılanmasındaki yüksek tutarlı yargılama giderlerinin ödenmesindeki yetersizlik engelini etkili işleyen sistemli bir adlî yardım kurumu ile aşabilecektir.

Bir görüşe göre, adlî yardımın sağlanması bakımından hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti argümanı, *Hobbes*'un hukukun tanıtılmasının, hukukun üstünlüğü kuralının kendisi için gerekli olduğu nosyonuna dayanır. Bu görüş, hukukun üstünlüğü kuralının, tâbi olunan hukukun öğrenilebilmesi ve içeriğinin bilinebilmesinin mümkün olmasını gerektiren önermeden yola çıkar. Ancak bu kural gerçekte kişilerin tâbi oldukları hukukun tüm kapsamına vakıf olmalarını ve bilincine varmalarını devletin temin etmesini gerektirmez⁵⁹⁸. Devlet, bireyler kendileri doğrudan -kendi bilgi sınırları ve hukukun karmaşık yapısı dolayısıyla- hukuku anlayamadıklarında ve hukuka uymak konusunda güçlüklerle karşılaştıklarında, bireylerin temsil edilmesini ve adlî yardımdan yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür. Ancak devletin sağlamakla yükümlü olduğu bu yardım, yalnızca bireylerin sunulan hizmetlerden yararlanabilmeleri için gereken kaynaklardan yoksun olmaları durumunda mümkündür⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Hukuk devleti ilkesinin hak arama hürriyetinin de yer aldığı yargısal temel hakların dayandığı temel ilkelerden biri olarak kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. E. Atalay (1997), s. 444.

⁵⁹⁸ Daniels ve Trebilcock (2005), s. 77.

⁵⁹⁹ Daniels ve Trebilcock (2005), s. 79.

Hukukî dayanağını Anayasa'nın 2. maddesinden alan hukuk devleti ilkesi, adlî yardımın anayasal haklar ve ilkelerle olan ilişkisi bakımından da temel ilkeyi teşkil eder. Zira diğer anayasal haklar ve ilkeler aslında temellerini hukuk devleti ilkesinden alır. Bu anlamda devletin bütün bireylerinin adalet hizmetlerinden eşit şekilde yararlanmasını sağlama yükümlülüğü, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır⁶⁰⁰.

Kısacası hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti ilkesi, adlî yardımın önemli bir kısmı ve bir parçasıdır ve hukukun üstünlüğü kuralının olduğu veya geliştiği yerde adlî yardım da olacak veya gelişecektir⁶⁰¹.

1.5. Sosyal Devlet ve Adlî Yardım

Genel olarak "*sosyal devlet*" kavramı, vatandaşlarının ekonomik ve sosyal durumlarını iyileştirmeyi, onlara insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamayı ve sosyal güvenliğe kavuşturmayı amaç edinen, diğer bir ifadeyle, ekonomik ve sosyal anlamda yetersiz durumda olanları yeterliler karşısında korumayı ödev edinen devleti ifade etmek için kullanılır⁶⁰².

Anayasa'nın, Cumhuriyetin niteliklerini belirten ve değiştirilemeyen hükümlerinden olan 2. maddesinde açık bir şekilde *Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti*⁶⁰³ olduğundan bahsedilir.

Ayrıca Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddesinde de sosyal devlet olgusuna vurgu yapılmıştır. Bu kapsamda olmak üzere sosyal devletin en başta gelen görevleri arasında, sosyal eşitsizliklerin kaldırılması ve korunmaya muhtaç kesimlerin şartlarının düzeltilerek asgari eşitliğin sağlanması

⁶⁰⁰ Yaşar (2006), s. 2013.

⁶⁰¹ Rice (2007), s. 1.

⁶⁰² Çağlayan (1998), s. 49.; Gözler (2009), s. 118.; A. Ş. Gözübüyük (2006). Anayasa Hukuku (Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi). (Güncelleştirilmiş 14. bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 163.; Özkes (2009), s. 221.; Sosyal devlet için "sosyal adalet ilkesine dayanan devlet", "ekonomik-sosyal bakımdan zayıfları koruyan devlet" gibi verilen bazı tanım önerilerine ilişkin olarak bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 90-91.

⁶⁰³ "...-Sosyal Hukuk Devleti formülü ile Anayasa, açıkça aralarındaki bu inkâr edilemez zıtlığa rağmen Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti momentlerinden hiç bahsedilmemesi yerine, bilâkis içinde yaşadığımız toplulukta bu iki momentin birleştirilmesi gerektiğini söylemek istiyor..." R. Huber (1998). Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet. (Çev. Tuğrul Ansay): *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 58.; Ayrıca Hukuk devleti ve sosyal devlet arasındaki ilişki için bkz. Huber (1998), s. 57 vd.

bulunur⁶⁰⁴. Belirtilen maddede devlete yüklenen görevlerden anlaşılacağı üzere, asıl amaç bireyin menfaati olup, bu anlamda devlet bireyin hizmetindedir. Dolayısıyla 5. madde ile Anayasa'nın sosyal devlet görüşünü benimsediği de ortaya konur⁶⁰⁵.

Son yüzyılda yaşanan gelişmelerin ışığı altında sosyal devlet kavramı, jandarma devletten koruyucu devlet ve sosyal refah devletine doğru yönelişin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve bununla birlikte sosyal haklar da temel haklar arasında yerini alarak, "sosyal adalet"⁶⁰⁶, "sosyal eşitlik" gibi kavramlar literatüre girmiştir⁶⁰⁷.

Sosyal devlet ilkesinin hak arama hürriyeti ile doğrudan bir bağlantısı bulunur. Şöyle ki, sosyal devletin en başta gelen görevlerinden biri, bireylerin hukukî korunma talepleri karşılanırken adalete erişime engel olan durumların ortadan kaldırılarak adalete erişimin sağlanması için gereken tedbirlerin alınmasıdır⁶⁰⁸.

Öğretide hukuk devleti ilkesinin amacının, bireylerin kişiliğinin korunması ve maddî ve manevî gelişmesini sağlayacak şartları hazırlamak olduğu hususu vurgulanarak ve bu amacın da ancak sosyal devlet ilkesinin varlığıyla mümkün olacağından dolayı, sosyal devlet ilkesinin hukuk devleti ilkesiyle bütünleşmesi halinde anlam taşıyacağı belirtilir⁶⁰⁹.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında da, sosyal devlet kavramından hukuk devleti kavramı ile birlikte diğer bir ifadeyle, "sosyal hukuk devleti"nden bahsedilir. Bunun gerekçesi de 1988 tarihli kararda şu şekilde açıklanmıştır: "Sosyal devlet ilkesi; hukuk devleti ilkesine koşuttur...Sosyal devlet tanımlamasının AY'nın başlangıç kısmının 8. paragrafında açıklanan, doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasını, devletin sosyal adalet gereklerine olanak sağlama yükümlülüğünü anlattığı anımsanırsa, sosyal

⁶⁰⁴ Gözler (2000), s. 155 vd.; Gözübüyük (2006), s. 163–164.; Özbudun (2008), s. 134–135.; Özkes (2009), s. 221–222.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 91.; Taşkın (1999), s. 834.; Taşkın (2000), s. 119–120.

⁶⁰⁵ Yılmaz (1984), s. 209.

⁶⁰⁶ Sosyal devletin sosyal adalet ve sosyal güvenlik olmak üzere iki yapısal unsuru olduğuna ilişkin olarak bkz. Çağlayan (1998), s. 50.

⁶⁰⁷ Gözler (2000), s. 155.; Özkes (2009), s. 221.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 90 vd.

⁶⁰⁸ H. Konuralp (2005). Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları: *HFSA 14. Kitap*. (Haz. H. Ökçesiz), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 75 vd.; M. Özbek (2006). Adalet Erişim ve Sosyal Devlet. *MİHDER*, 4 (4), s. 907 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 43–44.; Yılmaz (1996), s. 160.; Yılmaz (1984), s. 200 vd.

⁶⁰⁹ Çağlayan (1998), s. 50., "...Anayasa, bir Devletin gerçekte bir Hukuk Devleti olmasının ancak onun aynı zamanda Sosyal Devlet de olması ile gerçekleşebileceğini ifade etmek istiyor..." Huber (1998), s. 58.

devletin hukuk devletinin ileri bir aşaması olduğu anlaşılr." (AMK, E: 1987/16, K:1988/8, T: 19.4.1988, RG: 23.8.1988/19908)⁶¹⁰.

Sosyal hukuk devleti bakımından, ekonomik anlamda yeterli olan bireyler ile yetersiz olan bireyler için farklı adalet standartlarının uygulanması mümkün değildir. Zira böyle bir durum, yargılama hizmetlerinden yalnızca bedelini ödeyebilenlerin yararlanacağı olgusuna sebep olur ki, bu durumun hiçbir şekilde hak ve adalet ilkeleriyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir⁶¹¹.

Sosyal devlet olmanın ifade ettiğı anlam şüphesiz ki, hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde gerçekleşmesi yolundaki engellerin kaldırılmasına yönelik gerekli önlemleri almak ve bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmaktır⁶¹².

Anayasa'nın 73. maddesi gereğince vergilendirme yetkisi bakımından, kanun koyucunun sosyal devlet ilkesi ile bağılı olduğu ve herkesin ekonomik gücüne göre vergi ödemesi gerektiğı temel bir anayasa hukuku ve vergi hukuku sorunu olarak düzenlenir. Yargılama harçları da özel nitelikte vergi olarak kabul edilir. Bundan dolayı yargılama harçları bakımından sosyal devlet ilkesi hayata geçirilerek bazı önlemlerin alınması gerekir. Diğer bir ifadeyle, "harç" konusu da sosyal devlet ilkesi temelinde ele alınarak, yargılama harç ve giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyen bireylere sosyal devlet ilkesi uyarınca imkân tanınmalı ve ekonomik anlamda yeterli durumda bulunan bireyler ile yetersiz durumda bulunan bireyler arasında çıkması muhtemel eşitsizlikler kesin bir şekilde önlenmelidir⁶¹³. Yine sosyal devlet ilkesi gereğı, "toplumun birey özgürlüğü adına feda edilmemesi ve bireyin de toplum içerisinde kaybolmaması" düşüncesinden hareket edilerek bireyler arasındaki adaletsizliğe yol açan faklılıklar ortadan kaldırılmaya çalışılmalıdır. Bu bakımdan yargılama giderlerinin peşin ödenmesi gerektiğı yolundaki ilke sosyal hukuk kurallarıyla sınırlandırılarak, bu ilkeye istisnalar

⁶¹⁰ Çağlayan (1998), s. 49-50.; Yine 1988 tarihli başka bir kararda; "Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyan ve sosyal adaleti sağlayan devlet olarak tanımlandıktan sonra, hukuk devletinin amacının kişinin korunması olduğu belirtilmiştir." AMK, 26.10.1988 T., 1988/19 E., 1988/3 K. için bkz. Çağlayan (1998), s. 50.

⁶¹¹ Ünal (2001), s. 203.

⁶¹² E. Atalay (1997), s. 449.; Gözler (2000), s. 156.; Pınar ve Meriç (2009), s. 202.; Özbudun (2008), s. 123 vd.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006). s. 96 vd.; Tanrıver (2004), s. 79.; Yılmaz (1984), s. 209.

⁶¹³ Yılmaz (1984), s. 210 vd.

getirilmiştir. Yine özellikle yargılama harçları konusundaki hukuk politikasının belirlenmesinde de sosyal devlet ilkesi etken olmuştur⁶¹⁴.

Bu bakımdan hak arama hürriyetinin gerçekleşmesinin önündeki en büyük engellerden biri olan yargılama giderlerinin yüksek tutarlı olmasından doğan sakıncaları önlemek amacıyla yapılan düzenlemelerin başında adlî yardım kurumu gelir. Günümüzde hemen bütün modern hukuk sistemleri, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan hak arama hürriyetinin tam olarak gerçekleştirilebilmesi amacıyla adlî yardım kurumunu iyileştirmek ve ekonomik anlamda yetersiz durumda olan bireylerinin de dava haklarını sağlamak çabasıdadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "sosyal hukuk devleti", adlî yardım kurumunun en önemli kaynağını oluşturur. Nitekim sosyal devlet, ekonomik anlamda bireyler arasındaki eşitsizlikleri en aza indirerek sosyal barış ve adaleti gerçekleştirmeye çalışan devlettir.

Adaletten yararlanmanın pahalılaşması, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan bireyler bakımından hak arama hürriyetinin ekonomik bir engelle karşılaşması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, bireylerin yargılama makamlarına başvurabilme hürriyeti kısıtlanmış ve toplumsal denge de bozulmuş demektir. Sosyal devletin amacı ise, bütün vatandaşlarının hak arama hürriyetini süratli, ucuz ve eşit koşullarda kullanabilmesini sağlamaktır⁶¹⁵. Hem adalet hizmetlerini hem de ondan hizmet bekleyen vatandaşları birlikte güçlendirmek sosyal güvenlik ve sosyal adaletin sağlanması bakımından oldukça önem taşır. Ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan bireylerin, ne kadar haklı olursa olsun, haklarını elde edebilme imkânı ve umudunu yitirmesi, sosyal devletin toplumda yerleştirmeye çalıştığı sosyal barış ve sosyal adalet ilkeleriyle bağdaşmaz⁶¹⁶.

1.6. Hukukî Korunma Talebi, Etkin Hukukî Korunma ve Adlî Yardım

Hukukî korunma talebi veya hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olup, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde de önemli bir role sahiptir. Modern

⁶¹⁴ O. Atalay (1986), s. 15.; Yılmaz (1984), s. 209.

⁶¹⁵ Alman hukukuna göre sosyal devletin vatandaşının yargılama giderlerini üstlenmeyip, peşin ödeme yaptığına ilişkin olarak bkz. Schellhammer (2004), s. 817 Rn. 1764.

⁶¹⁶ Çelebi (1989), s. 257.; Demircioğlu (2007), s. 121.

hukuk sistemlerinde devletler, toplumsal huzuru ve sosyal barışı koruma görevlerini yerine getirebilmek için, istisnaî durumlar dışında vatandaşlarının kendiliğinden haklarını almalarını yasaklamış ve bu yasağa aykırı davranışlar aleyhine de cezaî yaptırımlar öngörmüştür. Bu kapsamda olmak üzere devletler, yalnızca soyut ve genel anlamda kurallar koymakla yetinmeyip, bizzat bunların uygulanmasını, sosyal dengenin bozulmamasını, bozulan dengenin yeniden kurulmasını ve sosyal barışın da devamını sağlamakla yükümlüdür⁶¹⁷. Kendiliğinden hak almayı yasaklayan devletin, bireylerin haklarını dağıtmaktan kaçınmaması gerekir⁶¹⁸.

İnsan hakları öğretisinin günümüzde gelmiş olduğu noktada artık, özellikle hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak, şeklen ve teorik bir hukukî korumanın varlığı yeterli görülmez; kapsamlı, hukuken ve fiilen tam olarak gerçekleşen etkili bir hukukî korumanın gerekliliği vurgulanır. Dolayısıyla hukuk devletinin etkin hukukî korumayı sağlayabilmesi için gerekli hukukî düzenlemeleri yaparak, bu konudaki engelleri ortadan kaldırması ve özellikle de yargılamada buna uygun davranması gerekir⁶¹⁹. Nitekim bireylerin hak aramasını zorlaştıran hukukî ve fiili engellerin kaldırılması, hak arama hürriyetinin ve gerçek ve etkili bir hukukî korumanın da gereğini oluşturur. Bu nedenle hak arama hürriyetine ve hukukî korunma hakkına, yargılamanın başlanmasından sonuçlanmasına kadar hatta yargılamanın başlamasından da önce uyulması gerekir.

Hatta öğretilerde hukuk devleti ilkesi uyarınca, bireylerin devletten maddî gerçek temeline dayanan maddî adalete ulaşılmasına talep hakkına sahip olduğundan bahisle, hukukî korumanın etkinliğinin gündeme geldiği savunulur⁶²⁰.

Anayasa'nın 36. maddesi ile düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı ile pozitif hukukun kişilere tanıdığı hakların elde edilmesi bakımından etkin bir

⁶¹⁷ Özekes (2003), s. 51 vd.; Özekes (2009), s. 122 vd.

⁶¹⁸ Özekes (2003), s. 51.; Özekes (2009), s. 123.; Bireyin devletten talep etmiş olduğu bu hakların "*koru(n)ma hakları*" olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2006), s. 147-148.; "*koruyucu haklar*" olarak ifade edildiğine ilişkin ise bkz. Tezcan vd. (2004), s. 43.

⁶¹⁹ Etkin hukukî koruma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan (2007), s. 29 vd.; E. Atalay (1997), s. 449.; Özekes (2009), s. 123-124.; Özekes (2003), s. 53.; Pekcanıtez (1997), s. 36.; Yılmaz (1996), s. 156-157.

⁶²⁰ Yıldırım (2003), s. 467.

yargısal mekanizmanın kurulması konusunda kesin ve açık bir teminat oluşturularak etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesi sağlanır⁶²¹.

Hukukî korumanın etkin olması, yargılamanın çabuk ve ucuz yapılmasına bağlıdır. Anayasa'nın 141. maddesinin 4. fıkrasında, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevi olarak belirtilir⁶²².

Bütün uluslararası insan hakları belgelerinde, devlete, bireylerin başvurabilecekleri etkin bir hukukî korumanın sağlanması bir ödev olarak yüklenmiştir⁶²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre bireylerin mahkemeye erişme hakkının korunmasının, bu hakkın etkili kullanılabilirliğine bağlı olduğu vurgulanır. Bu kapsamda devletin olumsuz bir edim yüklenmesinin gerektiği klâsik haklarla, sosyal ve ekonomik haklar⁶²⁴ arasında yapılan ayırım aşıl原因arak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen bireysel ve siyasi hakların büyük çoğunluğunun sosyal ve ekonomik uzantılarının olduğu belirtilir ve bu doğrultuda taraf devletlerin sözleşmeden doğan olumlu yükümlülüklerinin altı çizilir⁶²⁵. Dolayısıyla da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacının teorik hakların değil ve fakat somut ve fiilen kullanılabilen hakları koruma altına aldığı anlaşılır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda bahsedilen yorumunu *Airey/İrlanda*⁶²⁶ içtihadıyla geliştirmiştir. Mahkeme bu içtihadında, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda da devletin adlî yardım yükümlülüğünün olabileceğini vurgulamıştır. *Airey/İrlanda* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Johanna Airey'in avukat ve yargılama masraflarını karşılayamaması sebebiyle ayrılık kararı alabilmek için yüksek mahkemeye başvuramamasını, mahkemeye erişme hakkının etkili kullanılamaması olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre somut uyuşmazlığın özellikleri, bireyin bir avukatın hukukî yardımından yararlanmasını kaçınılmaz kılıyorsa, devlet ilgiliye bu imkânı sağlamakla yükümlüdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan

⁶²¹ Akkan (2007), s. 38.

⁶²² Yıldırım (2003), s. 468.

⁶²³ Demircioğlu (2007), s. 111.

⁶²⁴ Adlî yardımın sosyal haklar kataloğu içinde yer aldığını savunan Tanör için bkz. B. Tanör (1978). Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar. İstanbul: May Yayınları, s. 102.

⁶²⁵ Çavuşoğlu (1994), s. 28 vd.

⁶²⁶ Bkz. Airey/İrlanda, 09 10 1979 T.

davalarda adlî yardımla ilgili bir düzenleme getirmemekle birlikte, mahkemeye erişme hakkının etkili kullanılabilmesi için devletin bu yönde olumlu edimlerde bulunması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu gerekçelerle, *Airey/İrlanda* davasında 6. maddenin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁶²⁷.

Burger üreticisi olan McDonalds'ın, aleyhine karalayıcı broşür dağıtan Helen Stell ve David Morris'e karşı açtığı davayı konu alan *Steel and Morris/İngiltere*⁶²⁸ kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hem kanunen hem de fiilen konuların karmaşıklığının ve davalıların bir avukat tarafından temsil edilmemesinin -İngiltere'de hakaret davalarında adlî yardım verilmemesi sebebiyle-, davalıların, davalarını mahkeme önünde etkin bir şekilde sunmalarına engel olduğuna ve bu durumun ayrıca tarafların ekonomik anlamda eşitsizliğine yol açtığına işaret ederek davalılara adlî yardımın verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶²⁹.

*McVicar/İngiltere*⁶³⁰ kararında ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin devlete davacıların mahkemeye etkili erişim hakkını garanti altına alan araçların kullanımı bakımından seçim hakkı tanıdığını ve belirtilen hükmün, bireysel başvuru için avukatla temsilin gerekli olup olmadığı sorusuna somut olayın özelliklerine ve bireysel başvuruçunun bir avukatın yardımını olmadan davasını gereği gibi ve tatmin edici bir şekilde sunabilip sunamayacağına göre cevap verilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁶³¹.

1.7. Adalete Erişim Hakkı ve Adlî Yardım

Günümüzde hak arama hürriyeti, hukukî korunma -ve buna bağlı olarak etkin hukukî korunma- yanında Anayasa ile teminat altına alınan bu hakların bir uzantısı olarak adalete erişim hakkından da söz edilir. Adalete erişim kavramı aslında adalet

⁶²⁷ Çalışkan (2008), s. 127.; Çavuşoğlu (1994), s. 28-29.; Demircioğlu (2007), s. 119-120.; Erdoğan (2011), s. 41.; Flood/Whyte (2006), s. 85.; Jacob (2007), s. 152.; Özman (1980), s. 132-136.; Rice (2007), s. 5.; Ünal (2001), s. 176.

⁶²⁸ Bkz. Steel ve Morris/İngiltere, 16.02.2005 T.

⁶²⁹ Jacob (2007), s. 152-153.; Rice (2007), s. 5.

⁶³⁰ Bkz. McVicar/İngiltere, 7. 5.2002 T.

⁶³¹ Andrews (2003), s. 215-216.; Jacob (2007), s. 153.

sisteminin daha iyi ve etkin çalışabilmesi için ortaya atılan yaklaşımların ve yapılan tespitlerin bir toplamı olarak yeni bir kavram altında birleştirilmesidir⁶³².

Adalet erişim kavramı ile ilgili ortaya atılan yaklaşımlara değinmeden genel olarak ifade etmek gerekirse, adalet erişim, herkesin Anayasa ile teminat altına alınan ve somut olarak adalet ve adalet mekanizmasına gerçek anlamda ulaşabilmesi hakkına ve bu konudaki hakkını etkin bir şekilde kullanabilme imkânına sahip olması anlamına gelir⁶³³.

Adalet erişim aynı zamanda, erişimin bedelinin, zaman, ücret ve izlenecek usûller bakımından makul olması anlamına da gelir. Belirtilen bedelin içerisinde avukatlık ücreti ve mahkeme harç ve masrafları da girer⁶³⁴.

Öğretide adalet erişim kavramı yerine, "*dava edebilme imkânı*", "*adaletin gerçekleştirilmesi*" gibi kavramlar da kullanılır⁶³⁵.

Adalet erişim kavramı adlî yardım kurumu ile ilişkisi bakımında ele alındığında ise, adalet erişim, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hukukî korunma ihtiyaçlarına odaklanan hukukî bir yaklaşımdır. Bu anlamda adalet erişim, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin, hukukî korunma ihtiyaçlarını karşılayabilmek için hukukî sistemleri kullanma ve adaleti arama ve elde etme çabalarını destekler⁶³⁶.

Adalet erişim sosyal devletin bir gereğidir ve adalet erişim hakkının sağlanabilmesi için devletin, bireylerin yargılama makamlarına ve yargılama dışı makamlara etkin bir şekilde ulaşabilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekir⁶³⁷. Bu tedbirlerin başında da şüphesiz ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin haklarını aramalarını kolaylaştıracak imkânlarının sunulması gelir ki, bu da iyi işleyen bir adlî yardım sistemi ile mümkündür. Ancak bununla herkese hakkını aramada sınırsız bir imkân tanındığını anlaşılmamalıdır. Zira adalet erişim hakkının sağlanması ile

⁶³² Pekcanitez vd. (2011), s. 45, 47.

⁶³³ Demircioğlu (2007), s. 105.; N. Meriç (2011). *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 66.; Pekcanitez vd. (2011), s. 46.; Özbek (2006), s. 908.; Özekes (2009), s. 124.

⁶³⁴ İ. Elveriş (2006). Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalet Erişim Sorunları. *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*. (1. Bası). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 179-180.

⁶³⁵ Meriç (2011), s. 66.; Özekes (2003), s. 50 dn. 115.

⁶³⁶ I. van de Meene ve B. van Rooij (2008). *Access To Justice And Legal Empowerment Making The Poor Central In Legal Development Co-operation*. Amsterdam: Leiden University Press, s. 6.

⁶³⁷ Akkan (2007), s. 31.; Pekcanitez vd. (2011), s.46.; Özbek (2006), s. 912-913.

amaçlanan, gerçekten hakkını arayan kimsenin davasında veya talebinde haklı olduğu; fakat hakkını arayabilmesi için gereken ekonomik kaynaklardan yoksun olması sebebiyle hakkını arayamamasının önüne geçmektir⁶³⁸.

Adalet erişim hakkına ilişkin yaklaşımlar, reformlarını ilk olarak adli yardım alanında gerçekleştirmişlerdir. Bu anlamda ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin avukatlara erişiminin sağlanması amacıyla Batı Avrupa, Avustralya ve Kanada'da adli yardım sistemlerine ilişkin olarak yapılan reformlar ve yine Amerika Birleşik Devletleri'nde ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hukukî hizmetlerden yararlanabilmesine yönelik yapılan çalışmalar, adalet erişim yaklaşımının adli yardım alanındaki etkilerinin ilk örneklerini oluşturur⁶³⁹. Avrupa Birliği Anayasası'nın adli yardım hakkını düzenlediği 107 maddesi ve 2003 yılında çıkarılan "Sınır Ötesi Uyuşmazlıklar İçin Adli Yardıma İlişkin Asgari Ortak Kuralları Düzenleyerek Bu Tür Uyuşmazlıklarda Adaleti Erişimi Geliştiren Konsey Direktifi" ile Avrupa Birliği hukukunda da adli yardım alanında adalet erişimle ilgili gerekli adımlar atıldığını ifade etmek mümkündür⁶⁴⁰. Zira bu adımlar, ülkeler arasındaki siyasî, ekonomik ve coğrafi sınırların kalkması, nüfus hareketleri gibi sosyolojik gelişmelere bağlı olarak yapılması gereken ilk ve acil işlerdir.

Adalet erişim kavramı aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrası ile ilgili haklar öğretisinin de önemli bir özelliğini oluşturur⁶⁴¹. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adalet erişim hakkını tanımladığı ve devletlerin bireylere sağlaması gereken bir yükümlülük olduğuna işaret ettiği birçok kararı vardır⁶⁴².

⁶³⁸ Pekcanitez vd. (2011), s.46.; Mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, erişim hakkının niteliği gereği devletin düzenlemesi gereken bir alan olduğundan, bir takım sınırlamalara izin verilebileceği; ancak uygulanan sınırlamaların bireye tanınan mahkemeye erişim hakkının esasına zarar verecek ölçüde sınırlanmaması veya azaltılmaması gerektiği, haklı bir amacı olmayan ve başvuru yollar ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmayan bir sınırlamanın AIHS'nin 6/I. maddesini ihlâl edecek nitelikte olduğunu belirterek AIHM tarafından verilen *Waite ve Kennedy/Almanya* ve *Apostol/Gürcistan* kararlarına atıf yapan Çalışkan için bkz. Çalışkan (2008), s. 129.

⁶³⁹ Elveriş (2006), s. 180.; Özbek (2006), s. 908-910, 916.

⁶⁴⁰ Özbek (2006), s. 923-924.

⁶⁴¹ Andrews (2003), s. 214.

⁶⁴² Çalışkan (2008), s. 127.; Özbek (2006), s. 915.; Bu konu ile ilgili diğer AIHM kararları olan *Airey/İrlanda*, *Steel ve Morris/İngiltere*, *McVicar/İngiltere* kararları için bkz. yukarıda 2. bölüm, 1.6. Hukukî Korunma Talebi, Etkin Hukukî Korunma ve Adli Yardım başlıklı kısım.; Ayrıca AIHM tarafından adalet erişim konusunda Türkiye aleyhine verilen Ülger/Türkiye kararı için bkz. yukarıda 2. bölüm, 1.2.2. Hak arama hürriyeti ve adli yardım başlıklı kısım.

Hukukumuz bakımından da gerek hak arama hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 36. maddesi gerekse Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi, adalete erişim hakkının anayasal temellerini oluşturur. Ayrıca 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın genel gerekçesinde de, *“Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, -etkin hukukî koruma- ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin yalnızca yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur.”*⁶⁴³ şeklindeki ifade ile adalete erişim hakkından dolayı da olsa söz edilir⁶⁴⁴.

1.8. Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Adlî Yardım

Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamayla hukukî durumları etkilenecek olan kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargılama makamlarının bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermelerini sağlayan, sürpriz kararlar karşışlaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesi olarak ifade edilir⁶⁴⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına paralel bir şekilde Anayasa'nın 36. maddesinde yapılan bir düzenleme ile adil yargılanma hakkı ve onun bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, hukukumuz bakımından anayasal bir güvenceye sahiptir. HMK'nın *“(1) Davanın tarafları, müdâhiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.”*

⁶⁴³ Bkz. 6100 sayılı HMK Genel Hükümet Gerekçesi.

⁶⁴⁴ Özbek (2006), s. 926.

⁶⁴⁵ Y. Alangoya vd. (2009). *Medenî usûl hukuku esasları*. (7. baskı). İstanbul: Beta Yayınları, s. 187 vd.; Erdoğan (2011), s. 151 vd.; Kuru vd. (2011), s. 357-358.; Özekes (2003), s. 31.; Özekes (2009), s. 139-140.; H. Pekcanitez (2000). *Hukukî Dinlenilme Hakkı. Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 753 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 272 vd.; Tezcan vd. (2004), s. 246.; Özellikle hukukî dinlenilme hakkının tanımı ile ilgili olarak bkz. Özekes (2003), s. 31.

hükümünü içeren 27. maddesi ile en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerde, anayasalarda yerini bulan hukukî dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur⁶⁴⁶. Böylece HUMK'da düzenlenmemiş olan hukukî dinlenilme hakkı, HMK ile medenî usûl hukuku bakımından anayasal güvencenin yanı sıra kanunî düzenlemeye de kavuşmuştur⁶⁴⁷.

Ayrıca hukukî dinlenilme hakkı, hem mahkemeye erişim hakkı hem de silahların eşitliği ilkesi ile de yakından ilgilidir⁶⁴⁸.

Anayasal bir temel hak olarak kabul edilen hukukî dinlenilme hakkının, adli yardım kurumuyla ilişkisi, şüphesiz ki, hem hukuk devleti ilkesini benimsenin bir sonucu ve hak arama hürriyeti ve hukukî korunma talebinin karşılanması bir gereği⁶⁴⁹ hem de adil yargılamanın güvencelerinden birisini oluşturması sebebiyle ayrı bir önem taşır⁶⁵⁰.

Adli yardım talebinde bulunan kimseye, adli yardım şartlarını tam olarak ortaya koyması ve bunları mahkemeye getirme şansının tanınması gerekir⁶⁵¹. Ayrıca, adli yardım talebi konusunda karşı tarafın da mutlaka görüşünün alınması ve mahkeme tarafından açıklama imkânı tanındıktan sonra, adli yardım kararının gerekçeli olarak verilmesi gerekir⁶⁵².

⁶⁴⁶ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 27' nin Hükümet Gerekçesi.

⁶⁴⁷ "HUMK'da doğrudan hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, değişik maddelerde bu hakkın düzenlenmiş olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak bu konudaki asıl düzenleme –Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanunî şekillere tevfiқан davet etmedikçe hükmünü veremez.- hükmünü içeren 73. maddede yer alırdı" Özkes (2003), s. 29 vd.

⁶⁴⁸ Erdoğan (2011), s. 151.; Jacob (2007), s. 105.; Pekcanitez vd. (2011), s. 273.

⁶⁴⁹ "Örneğin, İtalyan hukukunda hukukî dinlenilme hakkı, İtalyan AY'sında (m. 24/III) hukukî korunma talebi ile adli yardım talebine ilişkin hükümlerle birlikte aynı maddede düzenlenmiştir." Özkes (2003), s. 39.; Pekcanitez (1997), s. 761.

⁶⁵⁰ K. Müller (1987). Zur Problematik Des Prozesskostenrisikos im Zivilprozess. *Juristische Rundschau*, S. 1, s. 1 vd.; Özkes (2003), s. 306.

⁶⁵¹ "Avusturya hukukunda (ÖZPO) kapsamında adli yardımın kabul edilmesine rağmen *Rekurs* kanun yoluna başvurulması halinde, *Rekurs* yargılamasının tek taraflı yapılması açıkça AİHS'ne aykırı olarak kabul edilir. ÖZPO § 528/II,4 uyarınca adli yardım talebi ile ilgili *Revisionsrekurs* yolu kapatılmış olduğu için adli yardım talebinde bulunan hak arama yolu kısaltılmış olur. Günümüzde özellikle, davanın takibi ümitsiz veya açıkça işe yaramaz görünüyorsa (ÖZPO § 63/I), adli yardım talebinde bulunan dinlenmeden adli yardım talebi reddedilir. Olması gereken hukuk bakımından ise, bu hükmün kaldırılması yerinde olacaktır. Adli yardım talep edenin davayı yürütmesi gerçekten ümitsiz görünüyorsa, davanın esası hakkında karar verilmesi de zor olmamalıdır; eğer bu mümkün değilse, adli yardım talebinin reddedilmesi de anlaşılır değildir." Rechberger (2006a), s. 63, dn. 12.

⁶⁵² Özkes (2003), s. 198.; Pekcanitez (2000), s. 764.

Adlî yardım talebi söz konusu olduğunda, mahkeme tarafından hukukî dinlenilme hakkının adlî yardım talebiyle sınırlı olarak değerlendirilmesi gerekir. Özellikle adlî yardımdan yararlanabilme şartlarından olan haklılık şartı bakımından karşı tarafın dinlenmesi, hukukî dinlenilme hakkının gereğidir. Zira adlî yardım talebi değerlendirirken yapılacak inceleme, asıl yargılamada bağlayıcı nitelikte olmasa bile, sonuçta asıl uyuşmazlığın diğer tarafını da ilgilendiren bir durum söz konusu olduğundan, onun da bu talepten haberdar edilip adlî yardımla sınırlı çerçevede açıklamada bulunmasının sağlanması gerekir⁶⁵³.

Adlî yardımdan yararlanabilme şartları oluşmasına rağmen adlî yardımdan yararlandırılmayan birey bakımından hukukî korunma hakkı sınırlandığı gibi, bu durum aynı zamanda eşitlik ilkesine ve hukukî dinlenilme hakkına da aykırılık oluşturur. Zira ekonomik anlamda yetersiz durumda bulunan birey, hukukî dinlenilme hakkını tam olarak kullanamaz⁶⁵⁴.

Hukukî dinlenilme hakkı bakımından, adlî yardımdan yararlandırılması gereken davacı ve davalının durumları farklılık arz eder. Kendisine karşı açılan bir davada yer alabilmesi için davalının adlî yardım imkânından yararlanabilmesi eşitlik ilkesinin yanı sıra, hukukî dinlenilme hakkının da mutlak bir gereğidir. Ancak davacı bakımından adlî yardımdan yararlanabilmenin önem taşıyan yönü, çoğunlukla hukukî korunma ihtiyacı ve talebidir. Zira davacı bakımından dinlenmeden daha çok hukukî korunma ihtiyacı önceliklidir⁶⁵⁵.

Adlî yardımdan yararlanabilmenin kısacası, adlî yardımdan yararlanacak kimsenin asıl uyuşmazlık konusunda başlangıçta haklı olmasının muhtemel görülebilmesi olarak ifade edilen haklılık şartı, öğretide özellikle anayasal temel hakların ihlâl edilebilmesi bakımından eleştirilir. Nitekim *Pekcanitez*'e göre, adlî yardımdan yararlanabilmede haklılık şartının aranması, yargılamanın başlangıcında yapılan geçici bir incelemeyle ekonomik anlamda zayıf durumda olan kimsenin elinden hukukî dinlenilme hakkının alınması sonucunu doğurur. Dolayısıyla yargılamanın başında yapılan bu inceleme

⁶⁵³ Özekes (2003), s. 198.

⁶⁵⁴ Özekes (2003), s. 306.; Pekcanitez (2000), s. 784.

⁶⁵⁵ Özekes (2003), s. 307.

isabetli değildir ve bu durum özellikle evliliğin iptali, boşanma ve babalık davası gibi statü davalarında önem arz eder⁶⁵⁶.

Özekes de adlî yardım talep edenin haklılığının yargılamanın başlangıcında yapılan sınırlı bir inceleme ile belirlenmeye çalışılmasının, yapılacak incelemenin doğru olmama ihtimalinin varlığı ve düşük ispat ölçüsüne dayanarak verilen haklılık kararının yanlış olması durumunda, adlî yardım talep eden kimsenin, hukukî dinlenilme hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğurduğunu ifade eder⁶⁵⁷.

Yılmaz ise eleştirisini doğrudan hukukî dinlenilme hakkı ile değil de eşitlik ilkesi çerçevesinde yapar. Yazara göre, haklılık şartının ekonomik anlamda güçlü olan ile olmayan arasında eşitsizliği devam ettirdiği; zira ekonomik anlamda güçsüz olanın ancak haklı olabilmesi şartıyla adlî yardımdan yararlanarak dava açabilmesi mümkün iken, ekonomik anlamda güçlü olanın haklı olup olmadığına bakılmaksızın dava açma imkânının bulunması sebebiyle haklılık şartının kaldırılması gerekir⁶⁵⁸.

Kanımızca da adlî yardım talep eden kimsenin, yargılamanın başlangıcında yapılan sınırlı bir incelemeyle haklılığının değerlendirilerek adlî yardımdan yararlanabilmesine imkân tanınması, adlî yardım talep eden kimsenin hukukî dinlenilme hakkının elinden alınması sonucunu doğurur. Ayrıca ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimsenin yeterli durumda olan kimseye göre yargılamanın daha başlangıcında mahkemeyi ikna etmesini beklemek, aynı zamanda adil yargılanma ilkesine de aykırılık oluşturur⁶⁵⁹.

Adlî yardım talebi hakkında menfaat çatışmasının olması sebebiyle, karşı tarafa hukukî dinlenilme hakkının sağlanması gerekir. Zira adlî yardım kararı ile yargılama giderlerinden geçici muafiyet sağlanır ve yargılama giderleri asıl uyuşmazlığın yargılanması sonunda haksız çıkan tarafa yüklenir. Bu sebeple, adlî yardım talep eden tarafın asıl uyuşmazlığın yargılanması sonucunda haksız çıkması söz konusu olduğunda,

⁶⁵⁶ "Yargılamanın başlangıcında yapılan inceleme sonucunda, adlî yardım talep eden kimsenin haklı görülmemesi sebebiyle adlî yardım talebinin hatalı bir şekilde reddedilmesi, adil yargılanma hakkının ihlali ile aynı kabul edilmelidir. Davada re'sen araştırma ilkesinin uygulanması dolayısıyla doğru olan hükmün verileceği sebebiyle evliliğin iptali davasında adlî yardım talebinin reddedilmesi doğru olmayıp, bu durum hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini oluşturur." Pekcanıtez (2000), s. 784.

⁶⁵⁷ *Özekes* (2003), s. 308.

⁶⁵⁸ *Yılmaz* (1984), s. 219.

⁶⁵⁹ *Özekes* (2003), s. 308.

karşı taraf bakımından, adlî yardım talep eden tarafın yüklendiği yargılama giderlerini karşılayamaması riski bulunur⁶⁶⁰.

Yargılamada adlî yardım talepleri ile ilgili olarak hukukî dinlenilme hakkının ihlâlinin pek çok örneği vardır. Bu kapsamda mahkeme tarafından delillerin ikâmesi amacıyla taraftan masraf istenmesi söz konusu olduğunda, taraf, ekonomik anlamda yetersiz durumda olması sebebiyle bu masrafı karşılayamıyorsa ve adlî yardımdan da yararlanılamıyorsa, bu durum hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesine sebep olur. Ayrıca tarafların delillere ilişkin açıklama hakkına sahip olması, dava malzemesi kapsamında deliller de bulunduğu için, yargılamanın amacı ve taraflarca hazırlama ilkeleri ile de yakından ilgilidir⁶⁶¹.

Yine bir başka örnek de, ilk derece yargılamasında dikkate alınmayan bir adlî yardım talebinin, hakkın belirli bir yerde ve zamanda sağlanmasının önem taşıdığı durumlar bakımından, sonradan yerine getirilse bile, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş sayılmasına engel olmayacağıdır⁶⁶².

2. Adlî Yardımın Medenî Usûl Hukukunun Amacı ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

2.1. Adlî Yardımın Medenî Usûl Hukukunun Amacı ile İlişkisi

Günümüzde medenî usûl hukuku, taraflar arasında bir güç mücadelesi olmaktan daha çok, sosyal bir yargılama hukuku niteliğine dönüşmüştür. Bu bakımdan, özellikle sosyal hukuk devleti ve temel hakların korunması hususunda, usûl hukuku kuralları büyük birer öneme sahiptir⁶⁶³. Nitekim sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince, hem medenî usûl hukuku hem de ceza (veya idarî) yargılama hukuku bakımından toplumsal

⁶⁶⁰ "Waldner, adlî yardımda açıklama ve hukukî dinlenilme hakkının aslında, haklılık şartı bakımından geçerli olup, kazanma ve haklılık şartı bakımından karşı tarafın korunmaya değer bir menfaati olsa da, talep edenin ekonomik durumun tespitinde korunmaya değer bir menfaati olmadığı için, talep edenin yoksulluk şartı bakımından karşı tarafa açıklama hakkı tanınmasının gerekli olmadığını belirtir." Özekes (2003), s. 309.

⁶⁶¹ Y. Alangoya (1979). *Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 7.; Özekes (2003), s. 128-129.

⁶⁶² Özekes (2003), s. 320-321.

⁶⁶³ Demircioğlu (2007), s. 56.; S.Taşpınar (2001). *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 101-106.

barışın sağlanması da en az bireyler arasındaki hukukî menfaat kadar önemlidir. Zira sosyal hukuk devleti, bireylere sistemli ve kapsamlı bir hukukî korumayı garanti eder⁶⁶⁴.

Bireylerin yalnızca biçimsel olarak değil, yargı önünde gerçek eşitliklerinin sağlanabilmesi, iddia ve savunma haklarını kullanabilmeleri, adil ve doğru yargılamanın yapılabilmesi medenî usûl hukukunun amacına hizmet eden unsurlar olarak kabul edilir⁶⁶⁵.

Medenî usûl hukukunun amacını -öğretide tartışmalı⁶⁶⁶ olmakla birlikte- kısacası, gerçeğin temel alınması suretiyle somut hakların temini ve maddî hukukun ortaya konulmasıdır, şeklinde ifade etmek yanlış olmayacaktır⁶⁶⁷. Bu bakımdan medenî usûl hukukunun öncelikle bireysel hukukî korunmaya hizmet ettiğinden şüphe duymamak gerekir⁶⁶⁸. Ancak medenî usûl hukukunun amacının, devlet ve toplum düzeni içindeki en önemli işlevi olan (bireysel) hakkın gerçeğe ulaşmak suretiyle gerçekleştirilmesi yanında, hukuk barışı ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi unsurlara da vurgu yaptığını ayrıca belirtmek gerekir⁶⁶⁹.

Ancak çalışmamızın bu kısmında, asıl tartışma konusu olmadığından medenî usûl hukukunun amacı ile ilgili tartışmalara yer verilmeyecektir. Özellikle medenî usûl hukukunun amacı ile adli yardımın ilişkisi ve amacın gerçekleşmesinde adli yardımın önemi üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Şunu belirtmek gerekir ki, etkili bir adli yardım kurumu sayesinde, medenî usûl hukukunun başta gelen amacı olan bireysel hukukî koruma sağlanarak sübjektif hakların temini mümkün olacak, objektif hukukun

⁶⁶⁴ E. Yılmaz (2008). Usûl ekonomisi. *AÜHFD*, 57 (1), s. 248.

⁶⁶⁵ Demircioğlu (2007), s. 57.; Taşpınar (2001), s. 98.

⁶⁶⁶ Medenî usûl hukukunun amacı ile ilgili tartışmalara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya (1979), s. 82 vd.; Y. Alangoya (2001). *Medenî usûl hukuku esasları*. (2. baskı) İstanbul: Nemaş, s. 24 vd.; Alangoya vd. (2009), s. 3 vd.; H. Konuralp (1999). *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 5 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 49 vd.; S. Taşpınar (1999). *Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*. *Faruk Erem Armağanı*. Ankara: TBBB Yayınları, s. 759 vd.; E. Tercan (2001). *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 39 vd.; Üstündağ (1997), s. 1 vd.; E. Yılmaz (2010). *Medenî Yargılama Hukukunda Islah*. (Değiştirilmiş 2. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 25 vd.

⁶⁶⁷ Gaul (2006), s. 102 vd.; Yıldırım (2003), s. 467 vd.

⁶⁶⁸ Gaul (2006), s. 83-84.

⁶⁶⁹ E. Schilken (2006). *Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü*. (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*. (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s.38-58, s. 39-40; "Medenî usûl hukukunun amacı dâhi kamu düzeniyle ilgilidir. Bu nedenle, medenî usûl hukukunun biçimsel (şeklî) amaca varacağı yolundaki bir görüş kesinlikle kabul edilemez. Zira bu tür bir görüş, medenî usûl hukukunda da mevcut olan kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini görmezden geleceği gibi; böyle bir görüş hiç şüphesiz ortaçağ hukukçularının artık geride kalmış olan bir görüşünün tekrarı anlamında sayılır." bkz. Yılmaz (2010), s. 33-35.

uygulanması gerçekleşecek ve böylelikle gerçeğe ulaşma ihtimali de artarak bu çerçevede sosyal barış ve hukuk barışı da korunmuş olacaktır.

Ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hak arama hürriyeti ve hukukî korunma hakları kapsamında başvurdukları yargılama makamlarından adlî yardım taleplerinin karşılıksız kalması durumunda, somut uyuşmazlık yargılama makamları önüne taşınamayacaktır. Dolayısıyla uyuşmazlığın konusunu oluşturan maddî vakıalar tartışma konusu yapılamayacak ve yargılama makamları tarafından da somut uyuşmazlık tespit edilemediğinden, bireysel hukukî korunma sağlanamayacak ve objektif hukukun gerçekleşmesi de mümkün olmayacaktır. Maddî vakıaların ve genel olarak uyuşmazlığa ilişkin sorunların yargılama makamları tarafından tam olarak anlaşılabilmesi ve uyuşmazlığın yargı eliyle çözümü, diğer bir ifadeyle, yargılamanın amacının sağlanabilmesi için iyi işleyen bir adlî yardım kurumunun varlığının kaçınılmaz olduğuna şüphe yoktur.

2.2. Tasarruf İlkesi ve Adlî Yardım

Yakın bir tarihte yürürlüğe giren HMK, HUMK'dan farklı bir sistematik benimseyerek "Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler" başlığı altında, çoğu HUMK'da da düzenlenmiş ilkelerin yanı sıra, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmasına rağmen HUMK'ta yer almayan bazı ilkelerin de kanunî düzenlemeye kavuşmasını sağlamıştır. HMK'nın "Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler" başlıklı birinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenen ilk ilke, tasarruf ilkesidir.

Medenî usûl hukukumuzda kural olarak, tasarruf ilkesi geçerli olup, bu ilkenin karşılığını re'sen harekete geçme ilkesi oluşturmaktadır. Re'sen harekete geçme ilkesi ise esasen ceza yargılamasında ve medenî usûl hukukunun çekişmesiz yargı alanında uygulanır⁶⁷⁰. Tasarruf ilkesi, tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmelerini ifade eder. Böylece, taraflar dava açıp açmamakta, dava

⁶⁷⁰ Pekcanter vd. (2011), s. 245.; Ayrıca çekişmesiz yargı alanında re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığına ilişkin olarak bkz. A. C. Budak (2005). *Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı. Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*. Ankara: TBBB Yayınları, s. 168-169; B. Kuru (1961). *Nizasız Kaza*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 34., s. 153 vd.; Kuru vd. (2011), s. 352.; Meriç (2011), s. 56 dn. 190.

konusunu belirlemekte ve uyuşmazlığı devam ettirip ettirmemekte serbesttirler⁶⁷¹. HMK'nın "(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder." hükmünü içeren 24. maddesi tasarruf ilkesinin hukukî dayanağını oluşturur (HUMK m. 72, 79)⁶⁷².

Bu hükümlerin hukukî dayanağını oluşturduğu tasarruf ilkesi uyarınca, yargılama giderlerini ödemedede yetersizlik içerisinde bulunan tarafın, adlî yardımdan yararlanabilmesi için HMK'nın 334 vd. maddelerindeki usûle uygun olarak adlî yardım talebinde bulunması gerekir⁶⁷³.

Adlî yardım açılacak bir davadan önce veya açılmış ve görülmekte olan bir davada yargılama devam ederken de talep edilebilir. Açılacak bir davadan önce adlî yardım talep edilmesinde tasarruf ilkesi bakımından bir sıkıntı yoktur. Şöye ki, ileride açacağı bir davanın gerektirdiği yargılama giderlerini ödemedede yetersiz durumda olabileceğini düşünen kimseler, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları gerçekleştirerek mahkemeden adlî yardım talebinde bulunacaklardır. Zira mahkemeler tarafından kimlerin ileride açacakları davalar için adlî yardımdan yararlanabilme imkânına sahip olduğu bilinemez. Ayrıca HMK'nın 334. maddesinde açıkça "...iddia ve savunmalarında, geçici hukukî koruma taleplerinde ve icra takibinde..." ifadesi ile de adlî yardımdan yararlanmanın ancak talep edilmesi halinde mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Adlî yardımından yararlanabilmek kanunen gerekli şartları sağlayanlar bakımından bir hak olduğuna göre, HMK'nın "*Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç*

⁶⁷¹ Alangoya (2001), s. 185 vd.; Alangoya vd. (2009), s. 182-183.; N. M. Berkin (1981). *Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 427.; Bilge ve Önen (1978), s. 292-293, 296-297.; B. Kuru (2001b). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. II*. (6. baskı). İstanbul: Demir Demir, s. 1917 vd.; Kuru vd. (2011), s. 350.; Meriç (2011), s. 63 vd., s. 91 vd., s. 169 vd., s. 229 vd.; Önen (1979), s. 140.; Özkes (2003), s. 67.; Pekcanitez vd. (2011), s. 245 vd.; "Özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların yargılama makamları önüne getirilmesinde tasarruf ilkesinin istisnası bulunmaz. Ancak açılmış bir davanın yürütülmesi ve sona erdirilmesi keyfiyeti tamamen tarafların serbest iradelerine bırakılmış değildir. Bu kapsamda özellikle, sürelerin verilmesi, tarafların çağırılması, tebliğe karar verme, aile ve şahsın hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kabul, feragat veya sulhun mümkün olmaması, tüm davalarda yargılama giderlerine hâkim tarafından re'sen karar verilmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu duruma örnek gösterilebilir." Bilge ve Önen (1978), s. 293, 296-297.; Pekcanitez vd. (2011), s. 248-249.; Ayrıca bkz. Meriç (2011), s. 56-62.

⁶⁷² Kuru vd. (2011), s. 350.; Pekcanitez vd. (2011), s. 245-246.

⁶⁷³ Kabakçıoğlu (1947), s. 377.

kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz." hükmünü içeren 24. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da gerekli şartları sağlasa bile kimse adlî yardım talep etmeye zorlanamayacağı gibi; talebi olmadan kimse lehine de adlî yardım kararı verilemez.

Açılmış ve görülmekte olan bir dava devam ederken adlî yardımdan yararlanmak bakımından da tasarruf ilkesi uyarınca durum değişmeyecektir. Zira bu durumda da adlî yardımdan yararlanmak isteyen taraf, kanunen gerekli şartları sağladığını iddia ederek mahkemeden adlî yardım talebinde bulunacaktır⁶⁷⁴. Ancak bu durumda derdest bir dava söz konusu olduğundan, yargılamayı yürüten hâkim tarafından tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının bilinebilmesi ihtimali söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan birinin (veya ikisinin de) adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları taşımakta olduğu yargılamayı yürüten hâkimin bilgisi dâhilinde olabilir. Bu duruma özellikle mahkeme tarafından tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının araştırıldığı boşanma, nafaka, velâyet, vesayet gibi aile hukukuna ilişkin davalar ile şahsın hukukunu ilgilendiren manevî tazminat davalarında rastlanır. İşte bu ihtimalde bile, adlî yardım sosyal düşüncelerle kabul edilmiş bir usûl hukuku kurumu olmasına rağmen kamu düzenini ilgilendiren bir durum söz konusu olmadığından, mahkeme tarafından re'sen adlî yardım kararı verilemez. Ancak yargılama devam ederken tarafların adlî yardımdan yararlanabilme şartlarını sağladığını tespit eden hâkimin, yargılamanın işleyişine yardımcı olmak amacıyla, taraflara adlî yardım talebinde bulunabileceğini hatırlatmasında kanımızca bir sakınca bulunmamalıdır. Zira yargılama devam ederken ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerini ödemedi yetersizlik içerisinde bulunan tarafın şartları varsa, adlî yardımdan yararlanabileceğinin uyuşmazlığı mümkün olan en kısa sürede ve en az giderle çözmekle görevli olan hâkim (HMK m. 30) tarafından hatırlatılmasında yarar vardır⁶⁷⁵. Sosyal düşüncelerle ihdas

⁶⁷⁴ Taşkın (1999), s. 847-848.; "...Davacı yeni bir keşif parası yatırmaya muktedir olmadığını bildirdiğine göre, keşif giderini davalı tarafın yatırması veya sözü edilen maddede öngörüldüğü üzere, ileride haksız çıkacak taraftan tahsil edilmek üzere devlet hazinesinden ödenmesine (mevcut mevzuat dairesinde) karar verilmelidir. Mahkemece davacıya HUMK'un 469. maddesinin 2. fıkrası hükmü dikkate alınarak, bu konuda bir başvuruda bulunulmasına mehil de verilmeden davacının reddi doğru görülmemiştir..." Y.18. HD, 8.5.1997 T., 1997/3290 E., 1997/4496 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası

⁶⁷⁵ "Adlî yardım, fakir bir kimsenin, bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda, bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır (HUMK m. 465, 472). Somut olayda; davacı bilirkişi ücretini ödeyemeyeceğini beyanla adlî yardım talebinde bulunmuş, mahkemece yapılan araştırma neticesinde davacının adlî yardım şartlarını taşıdığı anlaşıldığından talebi kabul edilmiştir. Bu kapsamda 230,00 TL bilirkişi ücreti suçüstünden karşılandığı halde, anılan ücretin

edilen ve anayasal bir hak olarak kabul edilen adlî yardım hakkı, her ne kadar -bu haktan yararlanabilmek için gereken şartlar oluşsa bile- bu hak üzerinde serbestçe tasarruf etme özgürlüğüne sahip olan kimsenin iradesine bağlı olarak kullanılabilirse de, bu hak kullanılıp da adlî yardımın talep edilmesi durumunda, hâkimin adlî yardım talebi hakkında bir karar verme yükümlülüğü söz konusu olacaktır (HMK m. 32)⁶⁷⁶.

Ayrıca tasarruf ilkesi gereği mahkeme, tarafın talep ettiği fazlasına karar veremez⁶⁷⁷. Bu durumda yalnız belirli yargılama giderlerine ilişkin olarak adlî yardım talep edilmişse, talep edilen yargılama giderlerinden fazlasını kapsayacak şekilde adlî yardım kararı verilmemelidir⁶⁷⁸.

Yine tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, adlî yardım talebinden feragat edilmesi durumunda, her ne kadar HMK'nın 311. maddesi gereği feragat, kesin bir hükmün hukukî sonuçlarını doğursa da, adlî yardım kararının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen bir karardır. Ayrıca HMK'nın 337/2. maddesi gereği reddedilen adlî yardım talebi üzerine sonradan gerçekleşen yeni bir sebebe dayanılarak yeniden adlî yardım talep edilebilir. Dolayısıyla, adlî yardım talebinden feragat, hukukî bir sonuç doğurmaz ve feragatten sonra yeniden adlî yardım talep edilmesi durumunda, hâkimin bu talep hakkında karar vermesi gerekir⁶⁷⁹.

davanın kabulü üzerine davalılardan tahsili ile Hazineye irat kaydına karar verilmesi gerekirken, sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde davacıya ödenmesi yönünde hüküm tesisi, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." Y. 10. HD. 22.12.2009 T., 2008/15448 E., 2009/19048 K. için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁷⁶ "Hâkim, hukukî korunma talebini incelemek, buna ilişkin yargılama faaliyeti yapmak ve hüküm vermek zorundadır." Meriç (2011), s. 86.; Pekcanitez vd. (2011), s. 258; "... Davacı dava dilekçesinde adlî yardım talebinde bulunmuş, mahkemece bu konuda 30.11.2004 günlü oturumda araştırma yapılmasına ve davacıya delillerini bildirip, tanık deliline dayanıyor ise tanık ücreti ve davetiye giderlerini ödemesi için kesin mehil verilmiş, duruşma 30.12.2004 gününe bırakılmıştır. Davacı 30.12.2004 günlü oturumda tanıklarının hazır olduğunu belirtmiş ise de; mahkemece tanık dinletme talebi kesin süre nedeniyle reddedilmiştir. Kesin mehlin amacı yargılamanın uzamasını önlemektir. Davacı kesin mehil verilen oturumdan sonraki oturum tanıklarının hazır ettiğini bildirmiş, yargılamanın uzamasına sebep olmamıştır. Bu açıklamalar karşısında davacının adlî yardım talebi ile ilgili olumlu-olumsuz karar verip davacı tanıkları dinlenerek delillerin birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır... Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA.." Y. 2. HD. 17.3.2005 T., 2005/1835 E., 2005/4142 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası

⁶⁷⁷ Kuru vd. (2011), s. 350.; Meriç (2011), s. 113.; Pekcanitez vd. (2011), s. 247.

⁶⁷⁸ M. Akbal (2011). Medenî Yargılama Hukukunda Adlî Yardım. *TBBT*, (23), s. 169.; Kabakçıoğlu (1947), s. 377.

⁶⁷⁹ Kabakçıoğlu (1947), s. 377.

2.3. Taraflarca Hazırlama İlkesi ve Adli Yardım

Taraflarca hazırlama (getirilme) ilkesi de tasarruf ilkesi gibi yargılama sistemimize temel niteliğini veren bir ilkedir⁶⁸⁰. Adli yardım talebi incelemesinde uygulanacak usûl hükümlerine ilişkin bilgiler aşağıda ayrıntılı olarak verilecektir⁶⁸¹. Ancak adli yardımın medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerle ilişkisinin incelendiği bu kısımda, medenî usul hukukuna hâkim olan bir ilke olması sebebiyle adli yardımın taraflarca hazırlama (getirilme) ilkesi ile ilişkisi hakkında bilgilere yer verilecektir.

Taraflarca hazırlama (getirilme) ilkesi, tasarruf ilkesinden farklı ve fakat onunla bağlantılı bir ilkedir. Taraflarca hazırlama ilkesi, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi ile ilgili olup, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi işi taraflara aittir⁶⁸². HMK'nın "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatâbilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." hükmünü içeren 25. maddesi taraflarca hazırlama ilkesinin hukukî dayanağını oluşturur (HUMK m. 75/1)⁶⁸³.

Dava malzemesinin taraflarca hazırlama (getirilmesi) ilkesine göre, mahkeme, yargılama sonunda karar verirken yalnızca tarafların getirdiği vakıaları dikkate alabilir. Dava malzemesinin tam olarak getirilememesinin sorumluluğunu taraflar üstlenmiştir. Mahkeme yalnızca re'sen tahkikat yapması bakımından engellenmiştir. Bunun dışında hâkim, taraf dilekçelerinden bağımsız olarak öğrendiği vakıaları davaya ithal edemeyeceği gibi karara da esas alamaz. Dolayısıyla taraf, maddî hukuka göre ne kadar haklı olursa olsun, talep sonucunu dayandırdığı vakıaları mahkemeye sunmamış ise talebi reddedilecektir⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Pekcanitez vd. (2011), s.244.

⁶⁸¹ Bkz. aşağıda 3. bölüm, 7. Adli Yardım Talebinde Yargılama Usûlü başlıklı kısım.

⁶⁸² Alangoya (2001), s. 187 vd.; Alangoya (1979), s. 95 vd.; Alangoya vd. (2009), s. 183–184.; Berkin (1981), s. 429.; Bilge ve Önen (1978), s. 293-295.; Kuru (2001b), s. 1919 vd.; Kuru vd. (2011), s. 351.; Meriç (2011), s. 53.; Önen (1979), s. 140.; Pekcanitez vd. (2011), s. 249-256.; Üstündağ (1997), s. 239.; M. K. Yıldırım (1990). Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret, s. 105 vd.

⁶⁸³ Kuru (2011), s. 351.; Pekcanitez (2011), s. 251.

⁶⁸⁴ E. Becker-Eberhard (2006). Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları. (Çev. M.Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*. (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s.17 vd. ; Pekcanitez vd. (2011), s. 251-252.

Dava malzemesinin taraflarca hazırlama (getirilmesi) ilkesinin geçerliliği ile bağlantılı olarak tarafların vakıaları dermeyanına hâkimin yargılamayı yürütmesinin getirdiği bir sınırlandırmaya da işaret etmek gerekir. Taraf hâkimiyeti ve hâkimin yargılamayı davayı hızlandırarak yürütmesi tarafların hangi süreç içerisinde yeni vakıalar ibraz edeceklerine verilecek cevabı güçleştirir. Dava malzemesinin taraflarca hazırlama (getirilmesi) ilkesinin saf şekli, tarafların vakıaları geç dermeyan etmelerinden dolayı davanın uzamasına neden olur⁶⁸⁵.

Yukarıda tasarruf ilkesi ile ilgili açıklamalar yapılırken ifade edildiği gibi, tarafın adlî yardım talep etmesiyle birlikte, mahkeme tarafından bu talep doğrultusunda inceleme yaparak karar verme yükümlülüğü doğar⁶⁸⁶. Ancak adlî yardım talebinin hukukî niteliğini çekişmesiz yargı işi olarak ifade etmekle birlikte⁶⁸⁷, adlî yardım talebi incelemesinde çekişmesiz yargıda kural olarak uygulanan re'sen araştırma ilkesinin⁶⁸⁸ mutlak olarak uygulanmayacağını; re'sen araştırma ilkesinin yanında taraflarca hazırlama ilkesinin de uygulanabileceğini belirtmek gerekir⁶⁸⁹.

HMK'nın 336. maddesinin ikinci fıkrasında, adlî yardım talep eden tarafın talebi ile birlikte delillerini de sunmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, adlî yardım talebi neticesinde hâkim, karar verirken, adlî yardım talep eden tarafın getirdiği vakıaları ve delilleri dikkate alacaktır. Ancak hâkim tarafından bu hususların doğruluğunun da araştırılması gerekir. Adlî yardım talep eden taraf, adlî yardımdan yararlanabilmek için Kanun'da aranan şartları ispat edecektir. Bu şartlardan ilki olan ekonomik anlamda yetersizlik (yoksulluk) şartının ispat edilmesi, adlî yardım talep eden tarafça ilgili makamlardan alınacak yoksulluk belgesi ve diğer deliller ile mümkün olabilecektir ya da mahkeme tarafından re'sen ilgili makamlardan bilgi alınmak suretiyle ispatlanabilecektir. Zira adlî yardım talep eden tarafça ekonomik yetersizliğinin ispatı bakımından delil sunulmazsa, mahkeme, re'sen ekonomik durum

⁶⁸⁵ Örneğin, burada Alman Medenî Usûl Hukuku, yargılamanın etkinliği açısından hâkimin gücünü artırmıştır. Schilken (2006), s. 55.; Ayrıca bkz. Alangoya vd. (2009), s. 184-185, dn. 5.; W. H. Rechberger (2006b). Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku*. (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 1 vd.

⁶⁸⁶ Bkz. yukarıda 2. bölüm, 2.2. Tasarruf İlkesi ve Adlî Yardım başlıklı kısım.

⁶⁸⁷ Adlî yardımın hukukî niteliği ile ilgili olarak yapılan tartışmalar ve kabul ettiğimiz görüş ile ilgili olarak bkz. aşağıda 3. bölüm, 6.2. Adlî Yardımın Hukukî Niteliği başlıklı kısım.

⁶⁸⁸ Kuru vd. (2011), s. 353.; Pekcanıtez (2011), s. 255.

⁶⁸⁹ Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. aşağıda 3. bölüm, 7. Adli Yardım Talebinde Yargılama Usûlü başlıklı kısım.

araştırması yapacaktır. Aksi takdirde, adlî yardım talep eden tarafça gerekli delillerin sunulmaması sebebiyle, talebin reddedilmesi söz konusu olur. Böyle bir sonuç ise, sosyal düşüncelerle ihdas edilen adlî yardım kurumundan beklenen amaca hizmet etmez. Ancak özellikle haklılık şartının ispatı bakımından, taraflarca hazırlama (getirilmesi) ilkesinin uygulanması daha önem arz eder. Zira haklılık şartının ispat edilebilmesi için adlî yardım talep eden tarafın, davasında veya talebinde haklı olduğu yolunda delil gösterebilmesi aranır. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım talep eden tarafın söz konusu iddia veya savunmasında ya da diğer taleplerinde açıkça haksız durumda olmadığı ve haklı olduğu yolundaki hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşmalıdır⁶⁹⁰. Bunun için de adlî yardım talep eden tarafın, tıpkı diğer dava ve taleplerde olduğu gibi, talebine dayandırdığı vakıaları ve bu vakıaların ispatlanabilmesi için delilleri mahkemeye sunması gerekir. Nitekim mahkeme tarafından re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde haklılığın ispatlanması güç olabilir.

2.4. Teksif İlkesi ve Adlî Yardım

Teksif ilkesi, tarafların bütün iddia ve savunma sebepleriyle dava malzemesini yargılamanın belirli bir aşamasına kadar ileri sürebilmelerini ifade etmek için kabul edilmiş bir ilkedir. Yargılamanın belirli bir aşamasından sonra ileri sürülen dava malzemesi, mahkeme tarafından kural olarak kabul edilmez. Nitekim teksif ilkesi, davanın gereksiz yere ve kötü niyetle uzamasına engel olmak için kabul edilmiş bir ilkedir⁶⁹¹.

HMK'da teksif ilkesinin birçok uygulamasını görmek mümkündür. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi ile ilgili 141. madde, tarafın duruşmaya gelmemesi üzerine onun yokluğunda davaya devam edilebilmesine ilişkin 147. maddenin ikinci fıkrası ve kesin sürelerle uymama durumunda o süreye bağlanan işlemin yapılması hakkının ortadan kalkmasına ilişkin 94. maddenin üçüncü fıkrası gibi⁶⁹². Özellikle belirli süreler içinde yapılması gereken işlemler bakımından adlî yardım kurumu önem arz eder. Örneğin tanık dinletmek, bilirkişi görüşüne başvurmak ya da

⁶⁹⁰ O. Atalay (1986), s. 61.; Erem (1970), s. 118.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.; E. Yılmaz (1987). Adlî Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması. *Mali Hukuk*, S:7. s. 18.

⁶⁹¹ Alangoya (2001), s. 188.; Alangoya vd. (2009), s. 185.; Ansay (1960), s. 156.; Bilge ve Önen (1978), s. 297.; Özkes (2003), s. 76.; Pekcanitez vd. (2011), s. 256.; Üstündağ (1997), s. 253.

⁶⁹² Pekcanitez vd. (2011), s. 256-257.

keşif yaptırmak gibi bir delile başvurmak isteyen taraf, hâkim tarafından verilen belirli süre içerisinde gereken yargılama giderini ödemekle yükümlüdür. Aksi takdirde dayanmış olduğu bu delilden vazgeçmiş sayılacaktır. Yine mahkeme tarafından resmî makamlara yazılan müzekkereler vb. işlemler için gereken yargılama giderleri de bu işlemlere dayanan tarafça karşılanır. İşte bu gibi belirli süreler içerisinde ödenmesi gereken yargılama giderleri söz konusu olduğunda, ödemesi gereken yargılama giderini ödemedi yetersiz durumda olan taraf için süresinde yapılamayan işlem sonucunda vazgeçmiş sayılma durumu ortaya çıkacaktır ki, bu durum aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkına da aykırılık oluşturur. Yargılamada ortaya çıkabilecek olan bu gibi sakıncaları önlemek için adlî yardım kurumunun hızlı ve etkili işleyen bir sisteminin olması gerekir. Açılmış ve görülmekte olan davalar bakımından bu durum daha da önemlidir. Zira yargılama devam ederken belirli bir sürede ödenmesi gereken bir yargılama gideri söz konusu olduğunda, herhangi bir hak kaybına sebebiyet vermemek ve aynı zamanda yargılamanın da gereksiz yere uzamasının önüne geçebilmek için adlî yardım mekanizmasının işletilebilmesi gerekir.

Medenî usûl hukukunda teksif ilkesinin kabul edilmesinin hak arama hürriyetine ve hukukî dinlenilme hakkına aykırılık oluşturmadığını ifade etmek mümkündür. Zira her hakta olduğu gibi hak arama hürriyeti de bireylerin sınırsız ve kötü niyetli bir şekilde kullanacakları bir hak olmadığı gibi, hukukî dinlenilme hakkı da (özellikle açıklama hakkı bağlamında) içini dökme ya da istediğini istediği zaman söyleme hakkı değildir. Nitekim her hak, amacına uygun bir şekilde karşı tarafa ve kamuya zarar vermeden kullanılmalıdır⁶⁹³. Bu anlamda teksif ilkesinin kabulü adlî yardım kurumunun işleyişine engel olmaz. Teksif ilkesi, tarafların davaya sunacakları dava malzemesinin belirli bir yargılama kesitine kadar sunulması için kabul edilmiş bir ilkedir. Oysa adlî yardım, hak arama hürriyetinin yargılamadaki görünümlerinden biri olarak yargılamanın her aşamasında şartları varsa, işletilebilecek bir kurumdur. Ancak adlî yardım talebi incelenirken de, talepte bulunan kimsenin talebini dayandırdığı vakıaları belli bir aşamaya kadar sunması, hem yargılamanın gereksiz yere uzamaması hem de yardımdan bir an önce yararlanabilmek bakımından önemlidir.

⁶⁹³ Pekcanıtez vd. (2011), s. 256-257.; Teksif ilkesi ile ilgili öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Alangoya vd. (2009), s. 186.; Ansay (1960), s. 157.; Bilge ve Önen (1978), s. 298-299.; Postacıoğlu (1968), s. 271 dn. 62.

2.5. Dürüstlük Kuralı, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ve Adlî Yardım

Medenî usûl hukukunda yargılama süresince ve yargılama içerisinde tasarruf ve taraflarca hazırlama (getirilme) ilkesinin sonucu olarak taraflar etkin bir rol oynar. Bu kapsamda tarafların yargılama ile ilgili birçok yükümlülükleri bulunur. İşte, medenî usûl hukukunda tarafların uymaları gereken yükümlülüklerin başında “doğruyu söyleme” ve “dürüstlük kuralına uygun davranma” gelir⁶⁹⁴. Zira medenî usûl hukuku her ne kadar tarafların bireysel hakları konusunda meşru bir mücadeleye izin verse de, bu sonuçtan tarafların yargılamada her türlü mücadelesinin geçerli olacağı anlamını çıkarmamak gerekir⁶⁹⁵.

Medenî usûl hukukunda, davanın açılmasında ve yürütülmesinde dürüstlük kuralı geçerlidir⁶⁹⁶. Dürüstlük kuralı ve onun somut planda özel bir uygulama biçimini oluşturan hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukuk düzeninin merkezi kavramları arasında yer alır ve bu nedenle diğer hukuk alanlarında olduğu gibi usûl hukuku alanında da geçerlidir⁶⁹⁷ ve ikisi birlikte hakların kullanımının genel sınırlarını belirlemek suretiyle keyfiliği önler. Bu bakımdan söz konusu kavramlar, usûl hukuku alanında kullanılan dava hakkının sınırlayıcı işlevini yerine getirir⁶⁹⁸.

HUMK'da tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, genel bir kuralla düzenlenmemekle birlikte, birer yükümlülük olarak kabul edilmiştir⁶⁹⁹. Ancak HMK'nın "(1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler." hükmünü içeren 29. maddesi ile HUMK'ta genel bir hükümle düzenlenmeyen dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme yükümlülüğü aynı

⁶⁹⁴ Medenî usûl hukukunda dürüstlük kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. R. Arslan (1989). *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, s. 1 vd.; Medenî usûl hukukunda gerçeği söyleme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. E. Tercan (1996). *Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü. SÜHFD* (Prof Dr. Şakir Berki'ye Armağan), 5 (1-2), s. 181 vd.

⁶⁹⁵ Arslan (1989), s. 49.; Yılmaz (1996), s. 155.; Özekes (2003), s. 79.; Pekcanitez vd. (2011), s. 287.

⁶⁹⁶ Arslan (1989), s. 62.

⁶⁹⁷ Arslan (1989), s. 55.; Bilge ve Önen (1978), s. 300-301.; Kuru vd. (2011), s. 359.; Pekcanitez vd. (2011), s. 289-290.

⁶⁹⁸ Tanrıver (2007), s. 25-26.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 29'un Hükümet Gereçesi.

⁶⁹⁹ Örneğin HUMK'un "Tahkikat hâkimi iki taraftan her birini re'sen veya talep üzerine isticvap edebilir. Hâkim isticvap edeceği tarafa evveleminde hakikati olduğu gibi söylemesi hakkında veseyada bulunabilir." hükmünü içeren 230. maddesinin 1. fıkrası ve "Mahkeme suiniyet sahibi olan müddeialehyi veyahut bir güna hakkı olmadığı halde dava ikame eden tarafı kanunî masraftan başka diğer tarafın vekiliyle aralarında takarrür eden ücreti vekâletin tamamı veya bir kısmı ile de mahkûm edebilir." hükmünü içeren 421. maddesinin 1. fıkrası.

maddede yer alır. Maddenin birinci fıkrası, TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralının medenî usûl hukukundaki görünümüdür⁷⁰⁰.

Tarafa yüklenen yalnızca usûli anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğüdür. Bu bakımdan taraflar, uydurma vakıalar dermeyan etmemeli, karşı tarafın vakıa iddiasına karşı yalan söyleyerek uydurma vakıalarla muhalefet etmemelidir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü ile tarafa yüklenen yalnızca sübjektif hakikattir. Eğer taraf, ileri sürdüğü iddiaların doğru olduğuna inanmakta ve karşı tarafın savunmasının da gerçeği yansıtmadığını düşünerek itirazda bulunmakta ise, sübjektif hakikat gerçekleşmiş sayılmalıdır⁷⁰¹.

Medenî usûl hukukunda doğruyu söyleme yükümlülüğünün kabul edilmesi ile tarafların dava malzemesi hakkında tasarruf yetkisi sınırlanır. Taraflar vakıaları dermeyan ederken tamamen serbest değildir. Zira gerçeğe uygun açıklama yapmakla yükümlüdürler. Tartışmalı olan husus ise bu sınırlandırmanın kapsamının ne olduğudur; diğer bir ifadeyle, ne zaman doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranıldığıdır⁷⁰². Bu sebeple gerek adlî yardım talep edilmesinde gerekse talebinin mahkeme tarafından incelenmesi sırasında, adlî yardım talep eden kimsenin, talebini dayandığı vakıaları doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun olarak mahkemeye sunması gerekir. Ancak adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından ekonomik anlamda yetersiz durumda olmasına rağmen davası veya talebinde haklı olduğu yolunda delil gösterebilme imkânına sahip olmayan bir kimsenin, adlî yardımdan yararlanabilmek amacıyla haklılığını ispat ederken doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı düşünülebilir. Adlî yardım talebinde haklılığın ispatında önemli olan hâkimde yaklaşık ispat ölçüsünde bir kanaat uyandırabilmektir. Yargılamanın başında tarafların yeterli delil ikâme etme imkânları olmadan, haklılıklarını tam ve kesin olarak tespit edebilmek mümkün olmadığından, mahkemelerin adlî yardım kurumunun amacına uygun olarak bu şartı değerlendirmeleri gerekir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım talep eden kimsenin söz konusu iddia veya savunmasında ya da diğer taleplerinde açıkça haksız durumda olmaması ve haklı olduğu yolundaki hâkimde yaklaşık bir

⁷⁰⁰ Kuru vd. (2011), s. 359.; Pekcanitez vd. (2011), s. 289.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 29'un Hükümet Geregesi.

⁷⁰¹ Pekcanitez vd. (2011), s. 287.; M. Yavaş (2007). *Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Egemen Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü. Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 287.

⁷⁰² Becker-Eberhard (2006), s. 24.

kanaat oluşturabilmesi gereklidir. Dolayısıyla, adlî yardım talep eden kimse, haklılığını ispat edebilmek bakımından doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmesine gerek yoktur. Zira bu aşamada kendisinden asıl dava veya talebindeki iddiası veya savunması bakımından bir ispat mücadelesi içerisine girmesi beklenmez.

Dürüstlük kuralı, hukukî yarar kavramı ve usûl ekonomisi ilkesi ile de yakından ilgilidir. Şöyle ki, korunmaya değer bir yararı olmadığı halde devletin yargılama makamlarını meşgul eden bir kimsenin dürüst davrandığından söz etmek mümkün olmadığı gibi, bu aynı zamanda usûl ekonomisine de aykırılık oluşturur⁷⁰³. Açılmış ve görülmekte olan bir davada, adlî yardımdan yararlanabilmek için gerekli şartları sağlamadığı halde, sırf yargılamayı uzatmak amacıyla, adlî yardım talep eden tarafın dürüstlük kuralına aykırı davrandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Yine açılacak bir davadan önce adlî yardımdan yararlanabilmek için gerekli şartları sağlamayarak korunmaya değer bir hukukî yararı olmadığı halde, adlî yardım talep ederek devletin yargılama makamları meşgul eden bir kimsenin de dürüst davrandığından söz etmek mümkün değildir.

Dürüstlük kuralına aykırı davranan, bu kapsamda adlî yardım talebinde bulunurken bu kurala aykırı talep ve davranışta bulunan tarafın adlî yardım talebi kabul edilmeyeceği gibi, HMK'nın 327 ve 329. maddeleri uyarınca dürüstlük kuralına aykırı davranmasının sonuçlarına da katlanacaktır⁷⁰⁴.

Dürüstlük kuralına uygun davranmak taraflar açısından bir yükümlülük olduğuna göre, taraflar, gerek davanın açılmasında gerekse yargılama içerisinde usûlî yetkileri kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Özkes (2009), s. 89.; Pekcanitez vd. (2011), s. 289.

⁷⁰⁴ HMK m. 327'ye göre; (1) Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. (2) Bir kişi davada sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine atmış gibi yanıltıp, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilmez. HMK m. 329'a göre ise, (1) Kötü niyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması halinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. (2) Kötü niyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır.

⁷⁰⁵ HUMK'da dürüstlük kuralına aykırı olarak dava açılmasında (m. 421, 422, 493) ve usûlî yetkilerin kullanılmasında (m. 9/II, 67/III, 422, 444) usûlî cezalar öngörülmüştü. Bilge ve Önen (1978), s. 301.;

2.6. Usûl Ekonomisi İlkesi ve Adlî Yardım

Diğer yargılama hukuku alanlarında olduğu gibi, medenî usûl hukukunda da yargılamanın etkililiğinden söz edebilmek için yargılamanın basit, mümkün olduğunca çabuk ve en az giderle yapılabilmesine bağlıdır. Bu durumu gerçekleştirmek hukukumuz açısından devlete anayasal bir ödev olarak Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası ile yüklenmiştir. Kısaca usûl ekonomisi olarak ifade edilen bu anayasal ilke ile ilgili olarak HMK'nın 30. maddesinde de Anayasa'daki kurala paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıca bu ödevde uygun davranma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkının da bir gereğini oluşturur. Nitekim hukuk devleti olmanın gereği yalnızca hakkaniyete uygun yargılama yaparak doğru kararı vermek değil, bunun yanı sıra gerçek, etkin bir hukukî koruma ve adil yargılanmayı sağlayabilmek için en basit, en ucuz ve en çabuk olan yargılamayı yaparak karar vermektir⁷⁰⁶.

Usûl ekonomisi ilkesi, medenî usûl hukukuna egemen olan ilkelere biridir ve emredici nitelikte olan bu ilke, yargılamanın (genel anlamda medenî usûl hukukunun) amacına hizmet eder. Bu bakımdan, yargılamanın gereksiz yere uzatılması, zorlaştırılması, yargılama giderlerin artırılması usûl ekonomisi ilkesine aykırı olacağı gibi, gerekli incelemenin ve değerlendirmenin yapılmasına imkân tanınmayan kısalık, basitlik ve ucuzlukla yapılan bir yargılama da usûl ekonomisine uygun değildir⁷⁰⁷.

Usûl ekonomisi ilkesi gereğince hâkimin, gereksiz yargılama gideri yapılmasına ve yargılamanın uzamasına sebebiyet vererek adaleti pahalılaştırmaması için takdir hakkını da kullanarak herhangi bir talebin kabul edilebilirliğine karar vermesi gerekir.

HMK'da yer alan dürüstlük kuralına uyulmadan açılan davaların yaptırımları ile ilgili m. 327, m. 329, m. 7/2, m. 182, m. 351, m. 368, m. 77/2 için bkz. Pekcanitez vd. (2011), s. 290.

⁷⁰⁶ Kuru vd. (2011), s. 357.; Özkes (2003), s. 74.; Pekcanitez vd. (2011), s. 279.; S. Tanrıver (2000). Hukuk Yargılamasında Etkinliğin Sağlaması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine. *AÜHFD*, 49 (1-4), s. 67-68.; Yılmaz (2008), s. 244-245.

⁷⁰⁷ Kuru (2001b), s. 1934 vd.; Özkes (2003), s. 74.; Pekcanitez vd. (2011), s. 279-280.; Yılmaz (1996), s. 161.; Yılmaz (2008), s. 244-245.; Avusturya medenî usûl hukuku (ÖZPO)'nda yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin öneriler kapsamında Rechberger'e göre; "Bir tarafın savunma hakkı talep etmesinin sınırı, karşı tarafın yargılamanın makul sürede bitirilmesini talep hakkı ve bu hakkın diğer tarafın dinlenme hakkı ile ortadan kaldırılması ile çizilir ve böylece tarafların da çelişen menfaatleri uzlaştırılır." Rechberger (2006b), s. 15.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, yargılamanın hızlı ve ucuz bir şekilde gerçekleştirilmesinde hâkimin olduğu kadar tarafların da iyi niyeti önemli rol oynar⁷⁰⁸.

Adlî yardımdan yararlanan tarafın (veya tarafların) bulunduğu bir yargılamada hâkimin, usûl ekonomisi ilkesine uygun davranmaya dikkat etmesi gerekir. Özellikle bazı durumlarda; örneğin, hâkim, uyuşmazlığın çözümü için gerekli değilse, keşfe karar vermemeli veya gerekli ise de bir defada yapıp bitirmelidir. Yine hâkimin keşfi eksik bırakması halinde, yeniden keşfe gitmesi de usûl ekonomisine aykırılık oluşturur⁷⁰⁹. Bu çerçevede HMK ile getirilen yargılamanın daha basit ve düzen içerisinde yürütülmesine yönelik kurallara uygun davranılması da daha önem taşır.

Adlî yardım kararı ile adlî yardımdan yararlanan taraf lehine yargılama giderlerinden geçici bir muafiyet doğar ve yargılama sonucunda haksız çıkarsa, bu giderler adlî yardımdan yararlanan taraftan tahsil edilir. Hal böyle olunca da, asıl davasındaki haklılığını (maddî hukuk bakımından haklı olmasına rağmen) elinde yeterli delil sunma imkânı olmadığından veya tesadüfen kaybetmiş ve fakat ekonomik anlamda yetersiz durumda olan bir tarafın, yargılama sonunda ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yanında adlî yardım kararı ile geçici olarak muaf tutulduğu yargılama giderlerini de ödemek zorunda kalması, toplumun sosyal dengesini bozarak adalet duygusunu zedeleyecektir. Oysa bu durum sosyal düşüncelerle kabul edilmiş bir kurum olan adlî yardımın amacına aykırıdır.

2.7. Yargılamada Kullanılan Dil ve Adlî Yardım

Medenî usûl hukukunda, adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak tartışılması gereken hususlardan biri de şüphesiz yargılamanın dilini bilmeyen tarafa, mahkemenin ücretsiz tercüman sağlama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Anayasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrası gereği yargılamada kullanılan dil, Türkçe'dir. Taraflar anlaşarak, hatta mahkemenin muvafakatiyle bile Türkçe dışında başka bir dilin kullanılmasını kararlaştıramazlar. Yargılama dilinin Türkçe olması hem yazılı hem de sözlü yargılama için geçerlidir. Bu kapsamda olmak üzere, yargılamada tarafların

⁷⁰⁸ Pekcanitez vd. (2011), s. 280.; Yavaş (2007), s. 318.

⁷⁰⁹ Pekcanitez vd. (2011), s. 280.; Yavaş (2007), s. 318.; Yılmaz (2008), s. 265.

dilekçelerinden mahkemece tutulan tutanaklara ve hükme kadar tüm belgeler Türkçe yazılır⁷¹⁰.

Türkçe dışında başka bir dilde yazılmış ve mahkemeye sunulan belgelerin Türkçe tercümelerinin eklenmesi ve gerektiğinde mahkemece kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine bu belgelerin tekrar tercüme ettirilmesi gerekir⁷¹¹. Yine HMK 263. madde gereğince, Türkçe bilmeyen tanık, mahkemece atanan tercüman aracılığıyla dinlenir. Eğer tanık, sağır dilsiz ise, mahkeme, bu kişilerin işaretlerinden anlayan ve mahkemeye aktaran tercüman atanmasına karar verir (HMK m.263/2)⁷¹². Belirtilen hüküm uyarınca mahkemenin, Türkçe bilmeyen veya sağır dilsiz olan tanığı bir tercüman aracılığıyla dinlemesi gerekir. Ancak burada önemli olan nokta, tercümanın ücretinin bir yargılama gideri olması sebebiyle tanık dinletmek isteyen tarafça avans olarak yatırılması gerekliliğidir. Eğer tanık dinletmek isteyen taraf, tercüman ücretini kendisine verilen süre içerisinde yatırmazsa, tanık dinletme isteğinden vazgeçmiş sayılacaktır. Bu kuralın tek istisnası, HMK'nın 325. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tanığın kamu düzenini ilgilendiren bir konuda dinlenilmesinin söz konusu olmasıdır. Bu durumda da tercüman ücreti, tanık ücreti gibi ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Devlet hazinesinden karşılanır⁷¹³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının e bendinde belirtilen tercümandan yararlanma hakkı, açıkça vurgulandığı gibi yalnızca duruşmalar bakımından geçerlilik taşır⁷¹⁴. HMK'nın 223. maddesine göre, yabancı dilde yazılmış olan belgeler ve dilekçelerin mahkemece dikkate alınıp sürelerin işlemesine engel olmaları için tercüme ettirilerek mahkemeye sunulmaları gerekir⁷¹⁵. Mahkemeye sunulan yabancı dilde yazılmış belgelerin tercüme ettirilmesi için ilgiliye uygun bir süre verilir, ilgiliye verilen bu süre içerisinde yabancı dilde yazılmış olan belge tercüme

⁷¹⁰ Özkes (2003), s. 300.; Pekcanitez (2000), s. 782.; Pekcanitez (2004), s. 540.; Pekcanitez vd. (2011), s. 272, 285.; Tanrıver (2004), s. 211.

⁷¹¹ Pekcanitez vd. (2011), s. 272, 285.

⁷¹² Erdoğan (2011), s. 147-148.; Pekcanitez vd. (2011), s. 272, 286.

⁷¹³ Pekcanitez (2004), s. 540.; Pekcanitez vd. (2011), s. 271-272.

⁷¹⁴ Ancak AİHM'nin kararlarına göre, ceza yargılamasında tercümandan yararlanma hakkı, yalnızca duruşmalar bakımından öngörülmemiştir. AİHS'de duruşmadan söz edilmesine rağmen duruşma dışında da sanığa ilişkin olarak yakalama, gözaltına alma ve suç isnat etme gibi durumlarda da konuşan dili anlamayan veya konuşamayan sanıkların tercümandan yararlanma hakkı olduğuna ilişkin olarak bkz. D. Tezcan (1997). Tercümandan Yararlanma Hakkı. *Ankara Üniversitesi Siyasal Fakülteler Dergisi (Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan)*, 52 (1-4), s. 697.

⁷¹⁵ Pekcanitez (2004), s. 540.; Pekcanitez vd. (2011), s. 272.; Tanrıver (2004), s. 211.

edilmemişse, mahkemece artık bu belge dikkate alınmayacaktır. Zira mahkemenin yabancı dilde yazılmış olan belgeyi (aynı zamanda mahkemenin vermiş olduğu hükmü de) tercüme ettirme zorunluluğu bulunmaz⁷¹⁶. Ayrıca böyle bir zorunluluk, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakları ile ilişkilendirilerek iddia edilemez⁷¹⁷.

Tercümandan yararlanma hakkı, yargılama dilini anlamama ve konuşamama sebebiyle yargılama süresince taraflar arasında ortaya çıkabilecek olan eşitsizliği ve dengesizliği giderme amacına yöneliktir. Dolayısıyla yargılama dilini bilmeyen tarafın, yargılamaya katılabilmesi, yargılamaya karşı koyabilmesi, ileri sürülen vakıalar ve delillerle ilgili iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmesi, diğer bir ifadeyle, hukukî dinlenilme hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için tercümandan yararlanma hakkının tanınması gerekir⁷¹⁸.

Medenî usûl hukukunda tercümandan yararlanma zorunluluğu ortaya çıkmışsa, ilgili, tercüman ücretine bizzat katlanmak zorundadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında örnek kabilinden sayılan haklar arasında yer alan "tercümandan yararlanma hakkı", temelde ceza yargılaması esas alınarak düzenlenmiş olup⁷¹⁹, medenî usûl hukuku bakımından taraf devletlerin bu imkânı sağlamak konusunda bir zorunluluğu bulunmaz⁷²⁰.

Bu durumun temel sebebi, her iki hukuk disiplininin çözümlemeyi amaçladıkları hukukî uyuşmazlıklarının niteliğinin farklı olmasıdır. Nitekim ceza yargılaması, devletin cezalandırma yetkisinin kullanımı ve bireylerin özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla ilgiliyken, medenî usûl hukukunda birey yararı ön planda olup, özel

⁷¹⁶ Pekcanitez (2004), s. 540.; Pekcanitez vd. (2011), s. 272.; Tanrıver (2004), s. 211.

⁷¹⁷ Özekes (2003), s. 302.; Tanrıver (2004), s. 211.

⁷¹⁸ Özekes (2003), s. 301.; Tanrıver (2004), s. 211.

⁷¹⁹ AİHS'nin 6. maddesinin e fıkrasının 3. bendinde yer alan hükme göre, yargılamada kullanılan dili anlamayan veya yeterince konuşamayan sanığa bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanma hakkı tanınmıştır. Yargılama dilini anlamamanın yanı sıra, işitme engelli ve/veya konuşma engelli olma durumu gibi fiziki bir durumun neden olduğu imkânsızlık halinde de sanığa bu hak sağlanır. Bu hüküm ile yargılamada kullanılan dili anlamama veya konuşamama sebebiyle yargılananlar arasında dil sorununa dayalı olarak doğabilecek eşitsizliği ortadan kaldırmak amaçlanır. Mevzuatımızda da 5271 sayılı CMK'nın 202. maddesinde, "tercüman bulundurulacak haller" hükmü ile AİHS'ye paralel bir düzenleme yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çavuşoğlu (1994), s. 40.; Kaşıkara (2009), s. 215 vd.; Tezcan vd. (2004), s. 369 vd.; Ünal (2001), s. 26 vd.; Ayrıca bkz. Taşkın (1999), s. 833.; Taşkın (2000), s. 119.; Tercüman giderlerinin mahkûmiyet halinde bile, diğer yargılama giderlerine eklenerek istenemeyeceği yolundaki divan kararı için bkz. Gölcüklü ve Gözübüyük (2007) s. 311.

⁷²⁰ Özekes (2003), s. 302.; Pekcanitez (2004), s. 539.; Pekcanitez vd. (2011), s. 271.; Tanrıver (2004), s. 211-212.; *Mutadi/Mutandis kuralı* gereği, diğer bir ifadeyle, gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da tercümandan yararlanma hakkının geçerli olacağına ilişkin olarak bkz. Erdoğan (2011), s. 146.

hukuk kökenli hakların ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü esastır. Bu bakımdan, medenî usûl hukukunda da yargılama dilini bilmeyen tarafın tercümandan yararlanma hakkı mevcut olup, ceza yargılamasından farklı olarak tercüman ücretinin bir yargılama gideri olarak tercümandan yararlanmak isteyen tarafça karşılanması gerekir. İşte bu noktada da adlî yardım kurumunun önemi ortaya çıkar. Zira yargılama dilini bilmeyen, ancak yargılama giderlerini ödemek bakımından ekonomik anlamda yetersiz olan tarafın, yargılama süresince haklarını kullanabilmesi ve/veya davasının kendi lehine çözüme kavuşturulabilmesi için gerekli olan yargılama dilini bilmeyen tanığı dinletmesi gerekir⁷²¹. Ancak söz konusu tercüman ücretinin de bir tür yargılama gideri olması sebebiyle, yargılama giderlerinden geçici de olsa muafiyet tanıyan adlî yardım kurumunun etkin ve işlevsel hale gelmiş olması bu anlamda önem taşır⁷²².

⁷²¹ "Tercüman olmaksızın karşı tarafın iddialarına karşı savunmasını mahkemeye sunamayan taraf, vakıalar, iddalar ve hukukî sorunlar hakkında karşı koyabilme, karşı iddiada bulunma imkânına sahip olamayacak ve başka bir temel hak olan, kendisine iddia ve savunma hakkı tanınmamış olacaktır. Bu nedenle tercüman talep etme hakkının, tarafa iddia ve savunma hakkı tanınması ile eşit olduğu kabul edilir." Pekcanitez (2004), s. 540-541.

⁷²² Özekes (2003), s. 302.; Pekcanitez (2000), s. 782-783.; Pekcanitez (2004), s. 539.; Tanrıver (2004), s. 212.; Ayrıca bu durumda HUMK'un 415. maddesini kıyasen uygulayarak tercüman ücretinin ileride haksız çıkan tarafa yükletilmesine karar verilmesine imkân tanınmasını belirten Pekcanitez (2004), s. 540 ve Tanrıver için bkz. Tanrıver (2004), s. 212 dn. 102.

Üçüncü Bölüm

Hukuk Muhakemeleri Kanununda Adli Yardım

1. Genel Olarak

Hukukumuzda adli yardım sistemini yönetmek amacıyla kurulmuş belirli bir makam veya merci bulunmaz. Bununla birlikte sistemin kurallarını belirleyen, işleyişini ve yönetimini düzenleyen bağımsız bir adli yardım kanunu da mevcut değildir. Örneğin, karşılaştırmalı hukukta İngiliz ve Amerikan adli yardım sistemlerinde mevcut olan LAB, LSC ve yine Fransız ve Hollanda adli yardım sistemlerinde bulunan adli yardım büroları ve adli yardım kurulları bu amaçla oluşturulan makamlardır⁷²³.

Adli yardım kurumunun temel ilkeleri, medenî usûl hukukumuz bakımından 1086 sayılı HUMK'ı yürürlükten kaldıran 12 Ocak 2011 tarihinde kabul edilerek 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın⁷²⁴ 334-340. maddeleri arasında ve HMK hükümlerini tamamlayıcı nitelikte olmak üzere ve ayrıca düzenlenmiş olan AvK'nın 176–181. maddeleri arasında yer alır. Bu anlamda medenî usûl hukukumuzda adli yardım sistemine mahkemeler ve barolar işlerlik kazandırır⁷²⁵. AvK'nın 176–181. maddeleri arasında adli yardıma ilişkin genel hükümler mevcut olup, adli yardımın usûl ve esasları ise on dört maddeden oluşan Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir⁷²⁶.

HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümleri diğer usûl hukuku alanlarında uygulanabilen temel hükümler niteliğindedir. Bu bakımdan, idarî yargılama hukukunda adli yardım kurumu, İYUK'un 31. maddesi ile HMK hükümlerine atıf yapılmak suretiyle HMK hükümlerinde olduğu gibi işletilir⁷²⁷. Diğer taraftan yürürlükten kaldırılan CMUK'da hüküm bulunmayan hallerde, örneğin mağdur, şikâyetçi ve

⁷²³ Bkz. yukarıda 1. bölüm, 1.2. Karşılaştırmalı Hukukta Adli Yardım başlıklı kısım. Ayrıca hukukumuzda böyle bir organizasyonun yer alması durumuna ilişkin olarak bkz. aşağıda Adli Yardımla İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı 5. bölüm.

⁷²⁴ RG. 4.2.2011 T., 27836 S.

⁷²⁵ O. Atalay (1986), s. 114.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 711.; Yaşar (2006), s. 2014.

⁷²⁶ TBB tarafından 14.11.2001 tarihli ve 24583 sayılı RG ile yayınlanan ilk Adli Yardım Yönetmeliği yürürlüğe girmiş, daha sonra da AvK'nın m. 181'e dayanarak 10.3.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere on dört maddelik ikinci Adli Yardım Yönetmeliği çıkartılmıştır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 4. bölüm, 1. Avukatlık Hukukunda Adli Yardım başlıklı kısım.

⁷²⁷ O. Atalay (1986), s. 49.; Deliduman (2005), s. 1116.; Kuru vd. (2011), s. 747.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 705.; Taşkın (1999), s. 836.; Taşkın (2000), s. 121.; Yılmaz (1987), s. 15–16.

katılanlar yönünden HUMK'un adlî yardım hükümleri kıyasen uygulanırdı⁷²⁸. Ancak ceza yargılaması hukuku bakımından adlî yardım sistemi, halen yürürlükte bulunan CMK'da, medenî usûl hukuku sisteminden bağımsız ve ceza yargılamasına özgü bir şekilde düzenlenmiştir⁷²⁹.

Askeri yargılama hukukunda ise adlî yardım kurumu, Askerlik Kanunu'nda özel hükümlerle düzenlenmiş olup, ayrıca içtihat yoluyla da bu düzenlemenin ceza davalarına da şamil olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁷³⁰. Askerlik Kanunu'nun 61. maddesinin atıfta bulunduğu 3499 sayılı AvK'nın yerine ise 1136 sayılı AvK kaim olmuştur⁷³¹.

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Adlî Yardımın Düzenlenişi

6100 sayılı HMK ile yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'un 465–472. maddeleri arasında yer alan adlî yardıma ilişkin hükümler, esasen HUMK'un, 18 Nisan 1929 tarihli 1424 sayılı İİK'nın 342. maddesi ile yürürlükten kaldırılan "Haczi Caiz Olmayan Şeyler" başlıklı dördüncü bap ile "Şifahi Usûlü Muhakeme" başlıklı altıncı bap arasında düzenlenmişti. Ancak bu düzenleme biçimi, kanunun sistematığı bakımından adlî yardım kurumunun amacı ve işlevi ile bağdaşmamaktaydı⁷³². Zira adlî yardım, yargılama giderlerinin peşin olarak ödenmesi ile ilgili genel kuralın bir istisnasını oluşturduğuna göre, adlî yardıma ilişkin hükümlerin, yargılama giderlerini düzenleyen hükümlerden sonra düzenlenmesi yerinde olurdu⁷³³. Nitekim kanun koyucu tarafından şeklî bir sorun olarak öngörülen bu eksiklik 6100 sayılı HMK'da giderilerek adlî yardıma ilişkin hükümler, "Yargılama Giderleri ve Adlî Yardım" başlıklı yedinci kısımda, birinci bölümde düzenlenen "Yargılama Giderleri"nden sonra ikinci bölümde düzenlenmiştir.

⁷²⁸ Yaşar (2006), s. 2023 dn. 17.

⁷²⁹ Bayraktar (1945), s. 12.; Ancak CMK kapsamında avukat atanmadığı durumlarda mağdur, şikâyetçi ve zarar görenler bakımından adlî yardım hükümlerinin uygulanmasına bir engel olmadığına ilişkin olarak bkz. Akbal (2011), s. 151.

⁷³⁰ "Adlî müzaheret hususî hukuk ve ceza hukuku sahası kapsamına alındığından, silahlıdaki erat aleyhine askeri mahkemelerde açılmış ceza davalarında dâhi uygulanır." Askeri Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.9.1962 T., 1962/1343 E., 1962/8 K. kararı için bkz. Erem (1970), s. 117.; Kuru (2001a), s. 5421 dn. 13.

⁷³¹ Erem (1970), s. 117.

⁷³² O. Atalay (1986), s. 46.

⁷³³ O. Atalay (1986), s. 46.

HMK'nın 334-340. maddeleri arasında yer alan adlî yardıma ilişkin hükümlerde genel olarak, 334. maddede adlî yardımdan yararlanacak kişiler, 335. maddede adlî yardımın kapsamı, 336 maddede adlî yardım talebi, 337. maddede adlî yardım talebinin incelenmesi, 338. maddede adlî yardım kararının kaldırılması, 339. maddede adlî yardımla ertelenen yargılama giderlerinin tahsili ve 340. maddede ise adlî yardım kararıyla atanan avukatın ücretini tahsil yetkisine ilişkin hükümler, temelde HUMK hükümleri esas alınmakla birlikte, bazı konularda yeni düzenlemelere de yer verilerek ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

3. Adlî Yardımın Uygulanma Alanı

Medenî usûl hukukumuzda adlî yardıma ilişkin hükümler, asıl uygulama alanını açılmış veya açılacak davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde bulmakla birlikte, icra ve iflâs takiplerinde, delil tespitinde, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizde ve ayrıca noterler tarafından düzenlenen her türlü işlerde de uygulanır⁷³⁴.

Davanın açılmasından önce veya sonra haklı oldukları yolunda hâkimde yaklaşık ispat derecesinde kanaat uyandırabilen ve talep ettikleri ihtiyatî tedbir için gerekli teminat tutarını ödemediğinde ekonomik anlamda yetersizlik çeken kimseler, bu talepleri ile birlikte veya önceden ihtiyatî tedbir kararını vermeye yetkili mahkemeye başvurarak adlî yardım talebinde bulunabilirler. Böylece mahkemeden alacakları adlî yardım kararı ile teminat ödemekten muaf tutularak ihtiyatî tedbir kararını icra ettirebilirler⁷³⁵.

HUMK'un 465. maddesinde adlî yardımın uygulanabileceği dava ve işler belirtilirken "ihtiyatî tedbir" in açıkça ifade edilmesine karşın, diğer bir geçici hukukî koruma türü olarak İİK'nın 257 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan bir kurum olan "ihtiyatî haciz"den söz edilmemişti. Ancak bu hususun, adlî yardımın ihtiyatî hacizde uygulanamayacağı anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür⁷³⁶. Zira ihtiyatî haciz⁷³⁷,

⁷³⁴ Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 51.; Bilge ve Önen, (1978), s. 344.; Deliduman (2005), s. 1116.; Erem (1970), s. 116.; Esendal (2009), s. 184.; İ. H. Karafâkih (1952). *Hukuk muhakemeleri usûlü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 272.; Kuru (2001a), s. 5419.; Kuru vd. (2011), s. 744.; Önen (1979), s. 135.; Pekcanitez vd. (2011), s. 705.; Postacıoğlu (1968), s. 536.; Taşkın (1999), s. 836–837.; Taşkın (2000) s. 121.; Üstündağ (1997), s. 776.

⁷³⁵ O. Atalay (1986), s. 52.

⁷³⁶ Üstündağ (1997), s. 776.

⁷³⁷ İhtiyatî haciz ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. N. M. Berkin (1962). *İhtiyatî Haciz*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 9 vd.; M. Özkes (1999). *İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 3 vd.

geniş anlamda icra takibinin kapsamında değerlendirilebildiği ve 465. maddedeki “icraya...başvurularında” ifadesinin kapsamına ihtiyatî haciz de girdiği için, adli yardımın ihtiyatî hacizde de uygulanabildiği sonucuna rahatlıkla ulaşılabilmekteydi⁷³⁸.

HUMK'taki bu eksiklik dikkate alınarak HMK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına, önceki düzenlemeden farklı olarak, geçici hukukî koruma taleplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceğine ilişkin bir ilave yapılmıştır. Böylece, herhangi bir dava açılmadan önce talep edilmesi gereken ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî korumalarda özellikle teminatların oldukça yüksek tutarlara ulaşabileceği dikkate alındığında, bu teminatı ve diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacak olan ve fakat bu tutarları ödediklerinde kendisi ve ailelerinin geçimini önemli ölçüde sıkıntıya düşürecek olan kimselere de adli yardımdan yararlanma imkânı tanınmıştır⁷³⁹.

Öğretide HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, kanunda çekişmesiz yargı işlerinde adli yardıma ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir açıklık olmadığından ve kanun koyucunun adli yardımla ilgili hükümleri çekişmeli yargıyı göz önüne alarak düzenlemiş olduğundan bahisle, çekişmesiz yargı işlerinde adli yardım hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştü⁷⁴⁰. Bu görüşe göre, Kanun'da yer alan “iddia ve savunmalar” ifadesinin çekişmesiz yargıyı kapsamadığı⁷⁴¹; zira çekişmesiz yargı işlerinde bir iddia ve karşı iddia diğer bir ifadeyle, “çekişme”nin söz konusu olmadığı⁷⁴², diğer taraftan adli yardım sebebiyle ertelenen yargılama giderlerinin yargılama sonunda haksız çıkan karşı taraftan tahsil edileceğine ilişkin HUMK 471. maddesinin düzenlemesi ve HUMK'daki hükümlerin çekişmeli yargı esas alınarak düzenlenmiş olması ile hukukumuzda özel bir çekişmesiz yargı kanununun da olmayışı adli yardımın çekişmesiz yargı işlerinde uygulanamayacağını anlatmaya yeterli görülmüştü⁷⁴³. Ancak HMK'nın 334. maddesinde bir ayırım yapılmadan “...yargılama

⁷³⁸ O. Atalay (1986), s. 52.; “İhtiyatî haczin bir muhafaza ve emniyet tedbiri mahiyetini arz etmekle beraber bir takip muamelesi olduğu neticesine varıyoruz.” Berkin (1962), s. 15.; İhtiyatî haczin hukukî niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes (1999), s. 29 vd.

⁷³⁹ O. Atalay (2006), s. 99; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

⁷⁴⁰ O. Atalay, (1986), s. 47.

⁷⁴¹ Karafakih 81952), s. 272.

⁷⁴² Çekişmesiz yargı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru (1961), s.5 vd., s. 16 vd.

⁷⁴³ O. Atalay (1986), s. 48.; Ancak her ne kadar Atalay 1986 yılında yazmış olduğu “Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım” başlıklı yayımlanmamış yüksek lisans tezinde, çekişmesiz yargı işleri bakımından adli yardım hükümlerinin uygulanamayacağını iddia etmişse de, aynı çalışmasında bu görüşü eleştirerek, Kanun'da bu konuda eksiklik olduğunu ve aslında çekişmesiz yargı işlerini de kapsayan bir

veya takip giderlerini...” ifadesine yer verilmiş olması ve HMK'da çekişmeli yargının yanı sıra çekişmesiz yargının düzenlenmiş olması hususları dikkate alındığında, HMK ile birlikte, adlî yardıma ilişkin hükümlerin, çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanabileceği konusunun kanunî bir düzenlemeye kavuştuğunu belirtmek gerekir. Ayrıca adlî yardım talebinin düzenlendiği HMK 336. maddenin Hükümet Gerekçesinde “...*çekişmesiz yargı işlerinde...görevli ve yetkili mahkeme...*” ifadesine yer verilmiş olması da, kanun koyucunun çekişmesiz yargı işleri bakımından da adlî yardım hükümlerinin geçerli olacağını kabul ettiğini gösterir. Bu sebeple, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin çekişmesiz yargı işlerinde adlî yardımdan yararlanabilmeleri, hak arama hürriyeti ve eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Nitekim çekişmesiz yargı işlerinde de ilgili sıfatına sahip kimselerin, adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından kanunun aradığı anlamda ekonomik yetersizlik şartına sahip olmaları mümkündür. Çekişmesiz yargı işlerinin yapısı gereği bir karşı tarafın bulunmaması⁷⁴⁴, haklılık şartının incelenmesine gerek olmadığı anlamına gelmemelidir. Zira çekişmesiz yargı işleri bakımından haklı olmak, talebinde haklı olma ihtimali şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, çekişmesiz yargı sonunda verilen kararlar hukukî durumu hiçbir şekilde etkilenmeyecek olan “maddî ilgili”⁷⁴⁵ sıfatını haiz olmayan bir kimsenin, çekişmesiz yargı işini dayanak gösterdiği haksız adlî yardım talebi reddedilmelidir. Yine bazı çekişmesiz yargı işlerinde, ilgilinin “maddî ilgili” sıfatını haiz olmasa bile, usûlî işlemleri yapan “şeklî ilgili”⁷⁴⁶ sıfatını haiz olması mümkündür. Bu gibi durumlarda ise, ilgilinin çekişmesiz yargı işini dayanak gösterdiği adlî yardım talebinde haklı olması mümkün olabilir. Ancak ilginin hem “maddî ilgili” hem de “şeklî ilgili” sıfatını haiz olmadığı çekişmesiz yargı işini dayanak gösterdiği adlî yardım talebinin haksız olacağını ifade etmek gerekir.

Yukarıda adlî yardıma ilişkin hükümlerin noterler tarafından düzenlenen her türlü işlerde de uygulandığını belirtmiştik⁷⁴⁷. Dolayısıyla, noterler tarafından yapılan bazı çekişmesiz yargı işlerinde de -örneğin, mirasçılık belgesinin verilmesi gibi- adlî yardıma ilişkin hükümler, uygulanma alanı bulacaktır.

adlî yardım kurumunun işlevsel hale getirilmesine yönelik önerilerde bulunmuştur. O. Atalay (1986), s. 130-131.

⁷⁴⁴ Pekcanitez vd. (2011), s. 82 vd.

⁷⁴⁵ “Maddî ilgili” kavramına ilişkin olarak bkz. Pekcanitez vd. (2011), s. 83.

⁷⁴⁶ “Şeklî ilgili” kavramına ilişkin olarak bkz. Pekcanitez vd. (2011), s. 83.

⁷⁴⁷ Bkz. yukarıda 3. bölüm, 2. Adlî Yardımın Uygulanma Alanı başlıklı kısım, s. 167.

HMK'nın tahkim ile ilgili hükümleri arasında adlî yardıma ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaz⁷⁴⁸. Öğretide tahkim yolunun yargısal nitelikte olmaması sebebiyle adlî yardım hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür⁷⁴⁹. Bir diğer görüşe göre ise, tahkim sözleşmesinin tarafları arasında savunma hakkının veya dava hakkının, ekonomik ve hukukî destek ve yardım sağlanarak, tahkim yargılaması bakımından da gerçekleştirilmesi için adlî yardım hükümlerinin uygulanmasına imkân veren kanunî bir düzenlemenin yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir⁷⁵⁰.

Kanımızca tahkim yargılaması bakımından adlî yardım hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmadan önce tahkimle ilgili birkaç hususa değinmekte yarar vardır. Şöyle ki; tahkim, tarafların aralarındaki mevcut uyuşmazlığın seçecekleri hakemler aracılığıyla çözümlenmesi için yaptıkları anlaşma olup, Devlet tarafından denetlenen, kararların kesin hüküm etkisine sahip olduğu ve icra edilebildiği özel bir yargı faaliyetidir⁷⁵¹. Adlî yardım kurumu ile ilişkisi incelendiğinde, tahkimde yargılama giderlerinin uyuşmazlığın konusuna ve kısa sürede karar verilebilmesine göre değişebildiğini ifade etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, tahkimde yargılama giderleri yüksek olabilirse de, uyuşmazlık kısa sürede sonuçlanırsa, pahalı gibi görünen çözüm ucuza mal olacaktır⁷⁵². HMK'nın 441. maddesinde sayılan tahkim yargılaması sırasında oluşacak yargılama giderleri⁷⁵³, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça haksız çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır (HMK m. 442/4). Ayrıca hakem veya hakem kurulu, tarafların her birinden yargılama giderleri için gereken hâllerde avans yatırılmasını isteyebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu avans taraflarca

⁷⁴⁸ Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 48.; Bilge ve Önen (1978), s. 344.; Erem (1970), s. 116.; Kabakçioğlu (1947), s. 380.; Taşkın (1999), s. 838.

⁷⁴⁹ Ansay (1960), s. 177.; Önen (1979), s. 135.

⁷⁵⁰ Taşkın (1999), s. 838.

⁷⁵¹ Karlı (2011), s. 716.; Pekcanitez vd. (2011), s. 736.

⁷⁵² Pekcanitez vd. (2011), s. 740.

⁷⁵³ Madde 441- (1) Yargılama giderleri;

- a) Hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücretini,
- b) Hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,
- c) Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini,
- ç) Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,
- d) Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücretini,
- e) Bu Kanuna göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını,
- f) Tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderlerini, kapsar.

eşit miktarda ödenir (HMK m. 442/1). Belirtilen hükümler uyarınca tahkim yargılamasında da yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından – taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça- genel kuralın uygulandığını; diğer bir ifadeyle, yargılama giderlerinin yargılama sonucunda haksız çıkan tarafa yüklendiğini (HMK m. 326) söyleyebiliriz.

Yine tahkimle ilgili belirtilmesi gereken bir husus da, tarafların diledikleri takdirde tahkime başvurabildiği hallerde ihtiyarî tahkimden; buna karşılık tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için özel bir kanun hükmü ile hakeme başvurmalarının zorunlu olduğu hallerde ise zorunlu tahkimden söz edildiğidir⁷⁵⁴. Dolayısıyla adli yardım hükümlerinin tahkimde uygulanma kabiliyetinin olup olmadığı tartışılırken tahkimin ihtiyarî veya zorunlu olması durumları ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Yukarıda tahkimle ilgili verdiğimiz bilgiler doğrultusunda kanımızca ihtiyarî tahkim bakımından adli yardım hükümlerinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Zira ihtiyarî tahkim bakımından, uyuşmazlığın taraflarının tahkim yargılamasına gitme zorunlulukları bulunmaz. Diğer bir ifadeyle, ihtiyarî tahkimde taraflar, tahkim yargılamasında oluşacak yüksek maliyet riskine rağmen, devletin yargı yetkisini haiz mahkemeleri yerine kendi seçecekleri hakemler aracılığıyla uyuşmazlıklarını çözmek isterler. Dolayısıyla tarafların kendi tercih ettikleri çözüm yolunun sonucuna da katlanması gerekir. Ayrıca hukukumuzda HMK kapsamında sunulan adli yardıma karar verme yetkisi münhasıran mahkemelere aittir (HMK m. 336). Tahkim yargılamasında ise uyuşmazlık hakemler aracılığıyla çözülür. Adli yardımın, tahkim yargılaması devam ederken veya yargılamaya başlamadan önce talep edilmesi durumunda, hakemler adli yardım talebi hakkında karar veremeyecektir. Bu durumda mahkemeye başvurup adli yardım kararı almak ise, tahkim yargılamasının amacını zorlayacaktır. Zira tahkim yargılamasının amaçlarından biri de uyuşmazlığın hakemler aracılığıyla, mahkemelere göre daha kısa sürede çözülmesini sağlamaktır. Oysa bu durumda mahkemeye başvurup adli yardım kararı almak, tahkim yargılamasını da gereksiz yere uzatacaktır. Dolayısıyla, ihtiyarî tahkimde -HMK kapsamında sunulan adli yardım hizmeti olarak- yargılama giderlerinden muafiyet bakımından, mahkemeye başvurup, adli yardım kararı

⁷⁵⁴ Kuru vd. (2011), s. 816.; Pekcanitez vd. (2011), s. 742 .; Örneğin, 2822 sayılı Kanun'un m. 52 vd. hükümleri uyarınca toplu iş uyuşmazlıklarında, 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin m. 13, II uyarınca ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 22 uyarınca tahkime başvurmak zorunludur. Örnekler için bkz. Kuru vd. (2011), s. 816-817.

almak mümkün değildir. Tahkimin özel bir yargı faaliyeti olması sebebiyle, tarafların tahkimde de kendilerini bir vekil aracılığıyla temsil ettirebilmeleri mümkündür. AvK'nın 35. maddesi uyarınca bu temsil yetkisi yalnızca Baro'ya kayıtlı avukatlara aittir. Dolayısıyla, ihtiyarî tahkimde tarafların bir avukatın hukukî yardımından yararlanmak bakımından ekonomik anlamda yetersizlik içerisinde olmaları halinde, AvK hükümlerine göre Baro'dan adlî yardım talep edilmesi söz konusu olacaktır. Kanımızca tahkim yargılamasında tarafların AvK hükümleri uyarınca adlî yardımdan yararlanmalarında bir sakınca yoktur. Zira AvK hükümleri uyarınca verilecek adlî yardım hizmetinin kapsamı da adlî yardım talebinin incelenme usulü de HMK hükümlerinden farklı olup, mahkemeleri, tahkim yargılamasına dâhil edecek bir süreç işlemeyecektir⁷⁵⁵. Ancak bu durumda AvK hükümleri uyarınca verilecek adlî yardımın kapsamının yalnızca avukatlık hizmetleri ile sınırlı olması, yoksa önce avukat yardımı sağlandıktan sonra mahkemeye başvurarak HMK hükümleri uyarınca yargılama giderlerinden muafiyeti sağlayan adlî yardım talebinin yapılmaması gerekir.

Zorunlu tahkim bakımından ise kanımızca, hem HMK kapsamında sunulan yargılama giderlerinden muafiyeti içeren adlî yardımın hem de AvK hükümleri uyarınca avukatlık yardımı hizmetlerinden oluşan adlî yardımın uygulanabilmesi mümkündür. Zira zorunlu tahkim yargılamasında tarafların, ihtiyarî tahkimden farklı olarak uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmeleri zorunludur. Diğer bir ifadeyle, tarafların uyuşmazlıklarını mahkeme aracılığıyla çözmeleri mümkün değildir. Hal böyle olunca da, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları taşıyan bir tarafın, iradesi dışında başvurmak zorunda olduğu bir çözüm yolunun sonuçlarına katlanması, hak arama hürriyetin engellenmesi anlamına gelir. Nitekim zorunlu tahkim yolunda da taraflar, oluşacak yargılama giderlerini karşılamak ve bir avukatın hukukî yardımından yararlanabilmek için gereken ekonomik kaynaklardan yoksun olabilirler. Bu durumda taraflar, adlî yardımın şartları varsa, adlî yardımdan yararlanabilmelidir.

Adlî yardıma ilişkin hükümlerin uygulanma alanı bulup bulamayacağı ile ilgili bir diğer durum ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Değişik nedenlerle uyuşmazlıkların klâsik usullerin yanında çeşitli alternatif yollarla çözülmek istenmesi

⁷⁵⁵ Avukatlık hukukundaki adlî yardımın düzenlenişi ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda 4. bölüm, 1. Avukatlık Hukukunda Adlî Yardım başlıklı kısım.

sonucunda, yargılama dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gelişmiştir⁷⁵⁶. Günümüzde birçok hukuk sisteminde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en çok yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, arabuluculuktur⁷⁵⁷. Hukukumuzda uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin temel düzenleme 7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile yapılmıştır. HUAK'ın 37. maddesine göre, Kanun'un 28 ilâ 32. maddeleri ile geçici maddeleri dışındaki diğer maddeleri yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla, belirtilen Kanun'un uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünü düzenleyen hükümleri henüz yürürlüğe girmemiştir. Ancak hukukumuzda HUAK dışında uzlaşma ve arabuluculuğu teşvik eden başka düzenlemeler de vardır. AvK'nın 35/A maddesi ile avukatlara tanınan uzlaşma yetkisi ve TKHK'nın 22. maddesinde yer alan tüketici hakem heyetlerinin oluşmasına ilişkin düzenlemeler buna örnektir⁷⁵⁸.

HUAK'ın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde arabuluculuk; *“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* şeklinde tanımlanmıştır. Belirtilen hükümden de anlaşılacağı üzere hukukumuz bakımından arabuluculuk, ihtiyarî bir çözüm yöntemi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca arabuluculukta esas olan, tarafların bir araya gelerek müzakerede bulunmalarının sağlanmasıdır. Yine bu faaliyet sonucunda üçüncü kişi konumunda olan arabulucu, bir karar vermeyecektir.

Yukarıda arabuluculukla ilgili verdiğimiz bilgiler doğrultusunda adlî yardıma ilişkin hükümlerin arabuluculuk çözüm yönteminde uygulanamayacağını ifade edebiliriz. Zira hukukumuz bakımından henüz tam anlamıyla bir uygulaması olmayan arabuluculuk çözüm yönteminde, tarafların hukukî korunma ihtiyacının adlî yardım hükümlerinin işletilmesini gerektirecek kadar acil ve elzem olmadığını söylemek mümkündür. Bir kere her uyuşmazlık bakımından değil; yalnızca tarafların üzerinde

⁷⁵⁶ Pekcanitez vd. (2011), s. 761.

⁷⁵⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 762.

⁷⁵⁸ Pekcanitez vd. (2011), s. 767.

serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk yöntemi uygulanabilecektir. Ayrıca arabuluculuğun uygulanabileceği bu uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuk çözümü zorunlu değil, ihtiyarîdir. Yine arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın mutlaka çözüleceğinin de garantisi yoktur. Diğer bir ifadeyle, arabuluculuk çözüm yöntemi ile çözülemeyen bir uyuşmazlığın, devletin yargılama makamları aracılığıyla çözülebileme ihtimali her zaman vardır. Dolayısıyla ekonomik anlamda yetersiz durumda olan tarafın arabuluculuk faaliyeti sırasında adlî yardımdan yararlanması durumunda, ileride uyuşmazlık mahkemeye taşındığında, bu sefer de yargılama sırasında adlî yardımdan yararlanması gündeme gelecektir. Bu durum ise hem adlî yardım kurumunun hizmet ettiği amaca hem de medenî usûl hukukuna hâkim olan bir ilke olarak usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira arabuluculuk faaliyeti sırasında adlî yardımdan yararlanabilmek için, adlî yardım kararı verecek olan mahkemeye başvurmak gerekecektir. Mahkeme adlî yardım incelemesini değerlendirecek, bunun yanı sıra sonra aynı uyuşmazlık için dava açıldığında bu sefer de yargılama ile meşgul edilecektir. Aynı uyuşmazlık bakımından arabuluculuk faaliyetinin giderleri ile yargılama giderlerinin adlî yardımın kapsamına gireceği düşünüldüğünde de fazla miktarda masraf kaleminin oluşacağı ve zaten yetersiz olan adlî yardım bütçesinin sınırlarının zorlanacağı açıktır.

Kanımızca, arabuluculuk faaliyeti sırasında AvK'da düzenlenen adlî yardım hükümlerinin de uygulanma kabiliyeti yoktur. Zira arabulucukta esas, tarafların doğrudan müzakerelere katılımını sağlamak ve uyuşmazlıklarını kendi üretecekleri çözümlerle sonlandırmaktır. Arabuluculuk faaliyeti sırasında da tarafların kendilerini bir avukat ile temsil ettirmeleri mümkündür; diğer bir ifadeyle, müzakerelere avukatları ile katılabilirler (HUAK m. 15/6). Ancak arabuluculuk faaliyeti için bir avukatın yardımından yararlanamamak, yargılamada olduğu gibi taraflar bakımından hak arama hürriyetine aykırılık oluşturmaz. Ayrıca taraflar arasında usûlî eşitliği bozan bir durum da değildir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinde AvK hükümleri uyarınca sunulan adlî yardımın da uygulanması gerektiği kanısında değiliz.

Yine uzlaşma ve arabuluculuğu teşvik edici bir düzenleme olarak AvK'nın 35/A maddesinde avukatlara uzlaşma yetkisi tanınmıştır. Belirilen hüküm gereği avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine

intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Kanımızca bu durumda da adlî yardım hükümleri uygulanamaz. Öncelikle avukatlar tarafından yapılacak uzlaşmada herhangi bir yargılama gideri oluşmayacağı için, adlî yardım kapsamında asıl olarak yargılama giderlerinden muafiyeti tanıyan HMK hükümlerine göre adlî yardımın uygulanması söz konusu olmaz. Adlî yardım kapsamında avukatlık hizmeti sunan AvK hükümlerine göre ise adlî yardımın uygulanması mümkün olabilir. Ancak bu durumda da şartları oluştuğunda adlî yardımdan yararlanabilecek olan taraf, hâlihazırda bir avukat tarafından temsil edilmeyen taraf olmalıdır. Zira belirtilen madde uyarınca, avukatların uzlaşma yapabilmesi için uzlaşmanın konusunu oluşturan iş veya davanın kendilerine intikal etmiş olması, diğer bir ifadeyle, uzlaşacak olan tarafla aralarında vekil-müvekkil ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Kısacası, avukatın müvekkili ile birlikte kendisini uzlaşmaya davet ettiği karşı taraf, bir avukat tarafından temsil edilmemeli ve AvK hükümlerine göre adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları taşımalıdır.

Adlî yardım hükümlerinin uygulanabilmesi ile ilgili üzerinde durulması gereken bir durum da, tüketici uyuşmazlıklarında Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne yapılan zorunlu başvurularla ilgilidir. TKHK'nın 22. maddesi uyarınca değeri belirli bir miktarın (2012 itibariyle 1.161,67 TL) altındaki tüketici uyuşmazlıklarında Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuru yapılması zorunludur. Tüketici uyuşmazlıklarında yargılama giderlerinden muafiyet ilkesi benimsenmiştir Buna göre, tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır (TKHK m. 23/II)⁷⁵⁹. Tüketiciler tarafından Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne yapılan başvurulardan da herhangi bir ücret alınmaz. Diğer bir ifadeyle, bu zorunlu başvuru yolunda tüketiciler bakımından herhangi bir yargılama gideri oluşmaz. Ancak bu durum, belirtilen zorunlu başvuru yolunda adlî yardım hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmemelidir. Zira AvK'nın 35. maddesi ile avukatlara tanınan tekel hakkı sebebiyle, Kanun'da belirtilen miktarın altında olup, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurulması gereken tüketici uyuşmazlıklarında da avukatlık faaliyetlerinde bulunma hakkı yalnızca Baro'ya kayıtlı

⁷⁵⁹ Yargılama giderlerinden muafiyet ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda 1. bölüm, 1.3. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması başlıklı kısım.

avukatlara aittir. Dolayısıyla yargılama giderlerinden muafiyet sebebiyle HMK’da düzenlenen adlî yardım hükümlerinin uygulanma kabiliyeti olmasa da, AvK kapsamındaki adlî yardım hükümlerinin bu tür uyuşmazlıklarda uygulanması mümkündür.

Hukukumuz bakımından adlî yardım hükümlerinin uygulama alanı ile ilgili olarak önemli bir konu da kanun yolu aşamasıdır. HUMK’taki hükmün belirsiz olması sebebiyle kanun yolu aşamasında adlî yardım hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıydı. Yargıtay’ın ise kanun yollarına başvuruda adlî yardımın uygulanamayacağına ilişkin vermiş olduğu kararları mevcuttu⁷⁶⁰. HUMK’un adlî yardıma ilişkin hükümlerinin yer aldığı 465 vd. maddelerinde kanun yollarına başvuru için gereken harçlar ve diğer yargılama giderlerinden muafiyete dair açık bir hüküm yoktu. Ancak 465. maddedeki “her türlü iddia ve savunmalarda” adlî yardımın uygulama alanı bulacağına ilişkin ifadenin geniş yorumlanarak kanun yollarına başvuruda da adlî yardım hükümlerinin uygulanması kurumun amacına ve işleyişi bakımından da uygun görülmekteydi⁷⁶¹. Ayrıca adlî yardımın sağladığı geçici muafiyetlerin belirtildiği 466. maddenin birinci bendindeki “yapılacak tüm yargılama giderlerinden” ifadesi kanun yollarına başvuru aşamasında yapılacak yargılama giderlerinden de geçici olarak muafiyeti öngörmekteydi⁷⁶². Yine öğretide icra ve noter işleri gibi yargılama faaliyeti kapsamına girmeyen işler de dâhi adlî yardım hükümlerinin uygulanabildiği olgusuna dikkat çekilerek, buna karşın yargılamanın devamı niteliğinde olup, olağan bir aşamasını oluşturan kanun yollarına başvuru

⁷⁶⁰ “Davalı temyiz dilekçesini sunarken adlî yardım istemiş ve harcını yatırmayacağını açıklamıştır. Adlî yardım isteği hükümden sonra gözetilmez. Harcı vermeyeceğini belirttiğine göre bu davalının temyiz inceleme isteğinin reddi gerekir.” Y. 19. HD. 2.7.2004 T., 2004/5742 E., 2004/8062 K.; “Dosyada, mümeyyiz davalının adlî yardım talebi konusunda mahkemenin olumlu veya olumsuz bir kararının olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Temyiz dilekçesinin temyiz defterine kaydedilmiş ve Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliğinin 19. maddesine göre kalem şefi ve muavinin davalıyı harç yönünden uyarmamış bulunmasına göre temyiz isteğinin süresinde yapıldığının kabulü ile adlî yardım talebi konusunda varsa olumlu veya olumsuz mahkeme kararı ve bu yönde yapılan işlemlere ilişkin belgelerin eklenmesi aksi takdirde harç alınarak dosyanın Dairemize gönderilmesi için mahalline geri çevrilmesi gerekmiştir.” Y. 11. HD. 20.9.2004 T. 2003/13651 E., 2004/8470 K. kararlar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶¹ O. Atalay, (1986), s. 53.; Bilge ve Önen (1978), s. 344.

⁷⁶² O. Atalay, (1986), s. 53.; Bilge ve Önen (1978), s. 344.

sırasında adli yardım hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin Yargıtay'ın önceki tarihli vermiş olduğu kararlar haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁶³.

Ancak adli yardıma ilişkin hükümlerin yeniden gözden geçirilerek düzenlendiği HMK ile HUMK'taki hükmün belirsiz olmasından kaynaklanan öğretideki tartışmalar ve Yargıtay'ın önceki tarihli olumsuz tutumu dikkate alınmıştır. Bu anlamda “*Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebi bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a yapılır.*” hükmünü içeren 336. maddesinin üçüncü fıkrası ile kanun yollarına başvuru aşamasında da adli yardıma ilişkin hükümlerin uygulanabileceği açıkça düzenlenmiştir⁷⁶⁴.

4. Adli Yardımdan Yararlanabilen Kimseler

Adli yardımla ilgili hükümlerin amacı, kural olarak ekonomik anlamda yetersiz durumda olan gerçek kişileri korumaktır. Nitekim adli yardım talebinde bulunabilmek için gereken şartların düzenlendiği HMK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasından (HUMK m. 465) da bu amaç açıkça anlaşılabilir. Buna göre, belirtilen maddede ifade edilen “*kendisinin ve ailesinin geçiminin önemli ölçüde zor duruma düşmesi*” olgusu ancak gerçek kişiler için söz konusudur⁷⁶⁵. Yine HMK'nın 334. maddesinin ikinci fıkrası ile adli yardımdan yararlanabilecek olan tüzel kişilerin istisnaî olarak belirtilmesi de adli yardımdan asıl olarak gerçek kişilerin yararlanabileceği sonucuna ulaşılabilir⁷⁶⁶.

⁷⁶³ O. Atalay (1986), s. 53.; Bilge ve Önen (1978), s. 344.; “Bilindiği üzere adli yardım, fakir bir kimsenin bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda, bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır. (HUMY m. 465, 472) Anılan maddelerde adli yardımın yargılamanın hangi aşamalarında yapılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Temyiz de bir dava olduğuna göre, temyiz aşamasında da adli yardım kararı verilebileceği kabul edilmelidir. Bu kabulün, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36.maddesi ile adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine de uygun olduğu da kuşkusuzdur.” Y. 1. HD. 28.11.2008 T., 2008/8053 E., 2008/12520 K. karar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶⁴ “HMK'nın m. 336/3'te, daha önce öğretide tartışmaya sebep olan ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmeyen, kanun yollarında adli yardımdan yararlanabilme imkânı açıkça kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz harçlarının hiç de azımsanamayacak meblağlara ulaşabilmesi mümkün olduğundan ve kanun yollarındaki yargılamanın da asıl dava veya işin doğal bir uzantısı olması sebebiyle, bu aşamalarda adli yardımın kabul edilmesi, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır.” 6100 sayılı HMK m. 336' nın Hükümet Gerekçesi.

⁷⁶⁵ Ansay (1960), s. 178.; O. Atalay (1986), s. 55.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Erem (1971), s. 115.; Kabakçioğlu (1947), s. 377.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 705.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁷⁶⁶ Medenî usûl hukukunun sosyal bir ayağı olarak adli yardımın, yalnızca gerçek kişilere uygulanacağına ilişkin olarak bkz. Gasser ve Rickli (2010), s. 103 Rn.2.

Dolayısıyla da belirtilen şartları taşıyan dava ve takip ehliyetine sahip gerçek kişiler adli yardım talebinde bulunabilir⁷⁶⁷.

Avukatın müvekkili, kanunî temsilcinin de temsil ettiği gerçek kişi adına ve yararına adli yardım talebinde bulunabilmesi mümkündür⁷⁶⁸. Bu anlamda adli yardımdan yararlanacak olan gerçek kişinin küçük veya kısıtlı olması, adli yardım talebinde bulunmaya engel değildir. Adli yardım talebinin, küçük veya kısıtlı adına kanunî temsilcisi tarafından yapılması gereklidir. Ancak adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlara, adli yardımdan yararlanacak olan küçük veya kısıtlının yanı sıra bazı durumlarda adli yardım talep edecek olan kanunî temsilcinin de sahip olması gerekir. Şöyle ki, adli yardımdan yararlanabilmek için gereken haklılık şartının ispatında, adli yardımın talep edildiği asıl dava veya takip ya da talepteki haklı olma durumu dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle, haklılık şartı adli yardımdan yararlanacak olan kimsenin sahip olduğu şahsî özelliklerinden bağımsız olarak adli yardımın gerekli olduğu asıl dava veya takip ya da taleple ilgilidir. Dolayısıyla kanunî temsilci tarafından adli yardım talep edilmesinin, haklılık şartının ispatı bakımından bir önemi yoktur. Zira gerçekleşmesi gereken "haklılık", adli yardımdan yararlanacak olan küçük veya kısıtlıya ilişkin haklılıktır. Ancak adli yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında, yargılama giderlerini ödemek bakımından ekonomik anlamdaki yetersizliği bazı durumlarda adli yardımdan yararlanacak olan küçük veya kısıtlı ile birlikte, onun adına adli yardım talebinde bulunan kanunî temsilcisi bakımından da gerçekleşmesi gereklidir⁷⁶⁹.

HMK'nın 73. maddesi (HUMK m. 62) gereğince, vekil, genel olarak yetkilendirilmekle davanın takibi için bütün muameleleri yerine getirebileceğinden dolayı avukatın müvekkili adına adli yardım talebinde bulunabilmesi için müvekkili tarafından özel olarak yetkilendirilmesi gerekmez⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Alangoya vd. (2009), s. 420.; Ansay (1960), s. 178.; C. O. Arslanalp (1988). Adi Yardım. *İzBD*, Y. (2), s. 33.; O. Atalay (1986), s. 55.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Erem (1970), s. 115.; Esendal (2009), s. 180.; Kabakçioğlu (1947), s. 377.; Karafakih (1952), s. 272.; Kuru (2001a), s. 5420.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 705.; Postacioğlu (1968), s. 536.; K. H. Reisoğlu (1952). Müzaheretli Şahsın Davada Haksız Çıkması. *Adalet Dergisi*, S. 1, s. 66.; Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Üstündağ (1997), s. 776.; Yaşar (2006), s. 2017.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁷⁶⁸ O. Atalay (1986), s. 55.; Kabakçioğlu (1947), s. 377.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.

⁷⁶⁹ Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda 3. bölüm, 5.1. Ekonomik Anlamda Yetersizlik Şartının İspatlanması başlıklı kısım.

⁷⁷⁰ O. Atalay (1986), s. 55.; Esendal (2009), s. 182.; Kabakçioğlu (1947), s. 378.

HMK açısından yabancı gerçek kişilerin de adlî yardım talebinde bulunabilmesi mümkündür. Ancak bunun için 334. maddede aranan şartlar yanında, adlî yardım talebinde bulunan yabancı gerçek kişilerin kendi ülkelerinde de Türk vatandaşlarının adlî yardımdan yararlanabildiklerini ispat etmeleri gerekir (HMK m. 334/3, HUMK m. 465/II). Diğer bir ifadeyle, yabancı gerçek kişiler için adlî yardım karşılıklılık şartı gerçekleşmişse mümkün olabilir⁷⁷¹.

Daha önce, HUMK'un 465. maddenin birinci fıkrası uyarınca, tüzel kişilerin ise adlî yardımdan yararlanmaları kural olarak mümkün olmamasına karşın, kamu yararı düşüncesi ile karşılıksız yardım yapan hayır kurumlarının (müessesatı hayriye) adlî yardımdan yararlanabilecekleri belirtilmişti⁷⁷². Ancak hayır kurumları kavramı ile ne ifade edilmek istendiği kanunda açıkça belirtilmemiştir. Ayrıca hukukumuzda, hayır kurumu adı altında faaliyet gösteren bir tüzel kişilik kategorisi de bulunmadığı için⁷⁷³ bu kavramın "kamu yararına çalışan dernekler" (Dernekler Kanunu m. 58-59) ve "kamuya yararlı vakıflar" (903 sayılı Kanun m. 4) olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştü⁷⁷⁴. Zira belirtilen maddede geçen "hayır" ifadesi, muhtaç durumdaki kimselere yapılan karşılıksız yardımı ifade eder. Ayrıca her kamuya yararlı dernek veya vakıf, karşılıksız yardım amacıyla kurulmamış da olabilir. Diğer bir ifadeyle, kamuya yararlı kurumlar, hayır kurumlarından daha geniş bir anlam içerebileceklerinden⁷⁷⁵, adlî yardım talebinde bulunan dernek veya vakfın HUMK'un 465. maddesi anlamında hayır kurumu olarak kabul edilip edilmeyeceği, bu kurumların kuruluş amacı dikkate alınarak adlî yardım talebini inceleyecek olan mahkemenin değerlendireceği bir durumdu⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ Ansay (1960), s. 178.; O. Atalay (1986), s. 55.; Belgesay (1944), s. 175.; Bilge/Önen, s. 345.; Erem (1970), s. 115.; Esendal, s. 180.; Kabakçioğlu, s. 377.; Karafakih, s. 273.; Kuru, (Usûl C.V), s. 5420.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez (2011), s. 705-706.; Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Üstündağ (1997), s. 776.; Yaşar (2006), s. 2017.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁷⁷² Alangoya vd. (2009), s. 420.; Ansay (1960), s. 178.; Arslanalp (1988), s. 33; O. Atalay (1986), s. 56; Belgesay (1944), s. 175.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Erem (1970) s. 115.; Kabakçioğlu (1947), s. 377.; Karafakih (1952), s. 272.; Kuru (2001), s. 5420.; Önen (1979), s. 136.; H. Pekcanitez vd. (2007). *Medenî Usûl Hukuku*. (6. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 649.; Postacıoğlu (1968), s. 536.; Reisoğlu (1952), s. 66.; Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Üstündağ (1997), s. 776.; Yaşar (2006), s. 2017.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁷⁷³ O. Atalay (1986), s. 57.; Esendal (2009), s. 181.; Pekcanitez vd. (2007), s. 649.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK'nın m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.; Ancak adlî yardımdan yararlanabilecek olan hayır kurumlarının kamuya yararlılık kararı almalarının şart olmadığına ilişkin olarak bkz. Erem (1970), s. 115 ve Reisoğlu (1952), s. 66.

⁷⁷⁴ O. Atalay (1986), s. 57.; Pekcanitez vd. (2007), s. 649.; Eski hukuka göre hayır kurumu kavramından varidatıyla değil, aynı ile intifa olunan vakıfların anlaşıldığına ilişkin bkz. Reisoğlu (1952), s. 67.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK'nın m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

⁷⁷⁵ O. Atalay (1986), s. 57.; Pekcanitez vd. (2007), s. 649.; Reisoğlu (1952), s. 67.

⁷⁷⁶ O. Atalay (1986), s. 57.; Pekcanitez vd. (2007), s. 649-650.; Reisoğlu (1952), s. 67.

Önceki bu düzenlemenin yetersizliği dikkate alınarak adli yardımdan yararlanacak kişilerin düzenlendiği HMK'nın 334. maddesinin ikinci fıkrasında gerçek kişiler için öngörülen adli yardımdan, istisnaî olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların⁷⁷⁷ da yararlanabilecekleri açıkça düzenlenmiştir⁷⁷⁸. Nitekim kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri sebebiyle taraf olmak zorunda kalacakları dava ve diğer işlerden kaynaklanan giderleri karşılamak için gereken ekonomik kaynaklarının yetersiz olması durumunda, gerçekleştirecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin de tehlikeye girmesi söz konusu olabileceğinden, bu tür tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları kamu yararı bakımından önem arz eder⁷⁷⁹.

Böylelikle gerek HMK'nın 334. maddesinin ikinci fıkrasında “kamuya yararlı dernek ve vakıflar” ifadesinin açıkça belirtilmiş olması, gerekse belirtilen maddede adli yardımdan yararlanabilme şartlarından olan “*kendisinin ve ailesinin geçiminin önemli ölçüde zor duruma düşmesi*” ifadesinin kullanılmış olması ile yukarıda bahsi geçen kamuya yararlı dernek ve vakıf kavramı içerisinde mütalaa edilmesi mümkün olmayan tüzel kişilerin ve bu arada özellikle ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanamayacağı sonucuna varılır⁷⁸⁰. Yine belli bir amaç dâhilinde faaliyet göstermek üzere kanunda belirtilen usûle göre gerçek veya tüzel kişiler arasından atanan vasiyeti tenfiz memuru⁷⁸¹ ve tüzel kişiliği haiz olmayan iflâs idaresinin de adli yardımdan yararlanabilmesi mümkün değildir⁷⁸².

⁷⁷⁷ “Alman hukukunda tüzel kişilerin, ZPO § 116/I,2 uyarınca yargılama gideri yardımdan yararlanabilmeleri için yargılama giderlerini karşılamadaki ekonomik yetersizliğin yanı sıra aranan tüzel kişi veya taraf ehliyetine sahip dernek tarafından asıl dava bakımından yapılacak iddia ve savunmadan vazgeçilmesinin kamu yararına aykırı bir sonuca sebebiyet vermesi şartının, tüzel kişilere tanınan yargılama gideri yardımını kısıtlaması sebebiyle Anayasa'ya aykırı olduğu öğretide ileri sürülmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından ise yargılama gideri yardımının devletin bir tür yaşam mücadelesi yardımı hizmeti olup, devletin bu yardım amaçlı hizmetinden yalnızca insanların yararlanmaya hakkı olduğu gerekçesiyle, bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Ancak yargılama gideri yardımının yalnızca sosyal devlet ilkesi temeline dayanmadığı, aynı zamanda anayasal bir hukukî koruma teminatından kaynaklandığı ve bu hukukî korumanın gerçek kişiler gibi tüzel kişileri de kapsadığı gerçeği karşısında öğretide belirtilen karar eleştirilmiştir.” Plischuk (2002), s. 7.

⁷⁷⁸ O. Atalay (2006), s. 99.; Esendal (2009), s. 181.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 705.

⁷⁷⁹ O. Atalay (2006), s. 99–100.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK'nın m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

⁷⁸⁰ Ansay (1960), s. 178.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Erem (1970), s. 115.; Kabakçıoğlu (1947), s. 377.

⁷⁸¹ “Bir gerçek kişi gibi tüzel kişi de vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabilir. Hatta tüzel kişiliği bulunmayan bir makamın da atanması mümkündür. Örneğin, Antalya 2. Noterliği vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmışsa bu görevi, Antalya 2. Noteri yerine getirir.” K. Kocaağa (2002). Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukukî Niteliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 56 vd., s. 62; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. K. Kocaağa (2006). Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi. Ankara: Yetkin Yayınları.

⁷⁸² Ansay (1960), s. 178.

Adlî yardımdan yararlanabilecek olan gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıflar, açılmış veya açılacak olan bir davanın davacı ve/veya davalı tarafında bulunabilir⁷⁸³. Ayrıca bu kimselerin -HMK’da bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte- davada, davaya fer’i müdâhil sıfatıyla katılanlar⁷⁸⁴; ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti taleplerinde, talepte bulunanlar; çekişmesiz yargı işlerinde, ilgili sıfatını haiz olanlar ve icra ve iflâs takiplerinde, takibin tarafları olmaları da mümkündür⁷⁸⁵.

5. Adlî Yardımdan Yararlanma Şartları

Günümüzde hemen hemen bütün modern hukuk sistemlerinde adlî yardımdan yararlanabilmek için belirli şartlar aranır. Bu şartlar değişik hukuk sistemlerinde farklı olmakla birlikte, ekonomik anlamda yetersizlik hali, adlî yardımdan yararlanabilmenin neredeyse ön şartı olarak kabul edilir⁷⁸⁶.

Hukukumuzda ise HMK’nın 334. maddesinde adlî yardım talebinde bulunabilmenin şartları düzenlenirken, adlî yardım talep edecek olan kimselerin gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olmaları ile iddia, savunma ve taleplerinde haklı olmaları ölçüt olarak kabul edilmiştir. Buna göre, HMK’nın 334. maddesi uyarınca adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar; yoksulluk ve haklılıktır.

5.1. Ekonomik Anlamda Yetersizlik Şartı (Yoksulluk Şartı)

Adlî yardımdan yararlanabilmenin ilk şartı, ekonomik anlamda yetersiz durumda olmaktır. HMK’nın 334. maddesinde bu şart, “*ödeme gücünden yoksun olmak*” olarak

⁷⁸³ "Adlî yardım hükümlerinden davanın yalnızca davacısı değil davalısı da yararlanabilir." Karafakih (1952), s. 272.; Ayrıca bir davanın hem davacısı hem de davalısının aynı anda adlî yardım hükümlerinden yararlanabilmelerine herhangi bir hukukî engel olmadığı gibi, açılmış ve görülmekte olan bir davaya karşı açılan bir karşı davada da asıl davanın davacısı karşı davanın davalısı veya asıl davanın davalısı karşı davanın davacısı olarak adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür.

⁷⁸⁴ Alman hukukunda (ZPO) fer’i müdâhilin yargılama gideri yardımından yararlanabileceğine ilişkin olarak bkz. Rosenberg vd. (2004), s. 566 § Rn. 7.; Avusturya Hukukunda (ÖZPO) adlî yardıma ilişkin hükümler ferî müdâhil hakkında da uygulanır (ÖZPO § 63/II).

⁷⁸⁵ Ansay (1960), s. 177.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Önen (1979), s. 136 dn. 9.; Postacıoğlu (1968), s. 536.; Reisoğlu (1952), s. 66.; Karafakih (1952), s. 272.

⁷⁸⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda 1. bölüm, 2. Karşılaştırmalı Hukukta Adlî Yardım başlıklı kısım.

belirtilmiştir⁷⁸⁷. Ancak biz çalışmamızda gerek kavram birliğini sağlamak, gerekse uluslararası alanda modern anlamda adlî yardım kurumunun gelmiş olduğu noktayı dikkate alarak, hukuk literatürüne girebilecek bir kavram olarak "yoksulluk"⁷⁸⁸ kavramı yerine “ekonomik anlamda yetersizlik” kavramını kullanmayı tercih ettiğimiz için, bu şartı, “yoksulluk” veya 334. maddesinin ifadesiyle “ödeme gücünden yoksunluk” yerine “ekonomik anlamda yetersizlik” şartı olarak ifade edeceğiz.

Ekonomik anlamda yetersiz durumda olmak, adlî yardımın objektif, diğer bir ifadeyle, maddî şartıdır⁷⁸⁹. Adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından kimlerin ekonomik anlamda yetersiz durumda kabul edileceği yine m. 334'de, “*kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken yargılama ve takip giderlerini kısmen ya da tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler*” ibaresi ile belirtilmiştir⁷⁹⁰. Belirtilen madde metninde açıkça ifade edildiği gibi, adlî yardımdan yararlanabilmek için genel anlamda bir ekonomik yetersizlik aranmadığı gibi⁷⁹¹, icra ve iflâs hukuku bakımından teknik anlamda bir aciz hali de aranmaz⁷⁹².

Hemen her hukuk sisteminde ekonomik anlamda yetersizlik halinin kabulü, bir takım özel şartlara bağlanmıştır. Örneğin, İtalyan hukuku bakımından "aciz hali" her türlü malvarlığı değerinden yoksun olmak anlamında değil, yargılamanın gerektirdiği masraflara kıyasen elverişsiz ekonomik durumda olmak şeklinde izafî bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur⁷⁹³. Alman hukukunda yardımdan yararlanacak olan gerçek kişinin elde ettiği her türlü para veya parasal değerden aylık geçim giderleri

⁷⁸⁷ Öğretide Kuru/Arslan/Yılmaz tarafından bu şartın, HMK m. 334'ün hükmünden yola çıkılarak "ödeme gücünden yoksunluk" şartı olarak ele alındığına ilişkin olarak bkz. Kuru vd. (2011), s. 744.

⁷⁸⁸ "Zira adlî yardım kurumundaki yoksulluk kavramının algılanışı zamanla değişerek, kişinin yaşam ve geçim koşullarını, gelir ve gider dengesini gözetten "ekonomik elverişsizlik" olgusuna dönüşmüştür." Yaşar, s. 2007; Adlî yardım kurumunda "yoksulluk" kavramının yerine "yeterli kaynaktan, mali imkândan yoksunluk" kavramının geldiğine ilişkin olarak bkz. İnancıcı (2006), s. 201.; Ayrıca bkz. yukarıda Giriş, dn. 2.

⁷⁸⁹ Önen (1979), s. 135.

⁷⁹⁰ Ansay (1960), s. 178.; O. Atalay (1986), s. 59.; Belgesay (1944), s. 176.; Bilge ve Önen (1978), s. 345–346.; Erem (1970), s. 117.; Esendal (2009), s. 181.; A. Karşlı (2011). *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*. (6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). İstanbul: Alternatif Yayıncılık, s. 560.; Kuru (2001a), s. 5419.; Kuru vd. (2011), s. 744.; Önen (1979), s. 135.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.; Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Üstündağ (1997), s. 776.; Yılmaz (1987), s. 17.

⁷⁹¹ Akbal (2011), s. 154; O. Atalay (1986), s. 57.; Karşlı (2011), s. 560.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.; Reisoğlu (1952), s. 66.

⁷⁹² Erem (1970), s. 117-118.; Reisoğlu (1952), s. 66.; İİK'nın m. 178/1 gereğince borçlunun aciz halini bildirerek iflâsını talep edeceği düzenlenmiştir.

⁷⁹³ Erem (1970) s. 118.

çıkarıldığında, geri kalan aylık gelirin kişinin sonradan ödeyeceği yargılama giderlerini karşılayabilip karşılayamayacağı esas alınırken, Avusturya hukukunda adlî yardım talep eden kimsenin, yargılama sırasında gerekli olan giderleri, kendisi ve ailesinin en basit şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan giderlere zarar vermeksizin karşılayamayacak olması gerekir. Fransız hukukunda ise, adlî yardım talep eden kimsenin adlî yardım hizmetlerinden tam veya kısmî olarak yararlanabilmesi için, kullanılabilir aylık gelirin Kanun'da belirtilen tutarların arasında olması gerekir. Amerikan hukukunda adlî yardım talep eden kimselerin, adlî yardım servisleri tarafından sunulan hizmetlerden yararlanabilmesi için, bu servisler tarafından belirlenmiş olan tavan ücretinin aşılmaması gerekir. Yine İngiliz hukukunda da bir kimsenin adlî yardımdan yararlanabilmesi için esas alınacak aylık gelirin -bu konuya ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikte- belirtilen üst sınırı aşmaması gerekir⁷⁹⁴.

HMK'nın 334. maddesinin aradığı anlamda ekonomik yetersizlik, dava, takip veya talepte bulunulan geçici hukukî koruma, geniş anlamda yargılamanın gerektirdiği masrafları yapmakla adlî yardım talebinde bulunan kimsenin kendisi ve ailesini ekonomik olarak sıkıntıya düşürmesidir⁷⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımdan yalnızca sürekli bir ekonomik yetersizlik içerisinde bulunan kimseler değil, ortalama bir ekonomik yeterliliğe sahip olmakla birlikte -geniş anlamda- bir yargılama nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masraflar dolayısıyla önemli ölçüde ekonomik sıkıntıya düşecek olan kimseler de yararlanabilir⁷⁹⁶. Hukuk uygulamamız açısından benimsenmiş olan bu usûl ile dava konusunun (müddeabihin) değeri ve yargılama konusu uyuşmazlığın niteliği⁷⁹⁷ gibi yargılamayı ilgilendiren diğer haller dikkate alınmamakta, yalnızca genel anlamda ekonomik yeterlilik üzerinde durulmaktadır. Oysa bu uygulama, HMK'nın 334. maddesinde düzenlenen özel hükümle bağdaşmayacağı gibi, adlî yardım kurumunun anayasal temelinde yer alan hak arama hürriyeti ve eşitlik ilkesine de aykırı

⁷⁹⁴ Karşılaştırmalı hukukta adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından aranan "ekonomik anlamda yetersizliklik şartı"na ilişkin olarak bkz. yukarıda 1. bölüm, 2. Karşılaştırmalı Hukukta Adlî Yardım başlıklı kısım.

⁷⁹⁵ Erem (1970), s. 118.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.

⁷⁹⁶ O. Atalay (1986), s. 60-61.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.

⁷⁹⁷ Örneğin *Airey/İrlanda* kararında AIHM'ye göre, somut uyuşmazlığın özellikleri, bireyin bir avukatın hukukî yardımından yararlanmasını kaçınılmaz kılıyorsa, devletin ilgiliye bu imkânı sağlamakla yükümlü olduğu vurgulanarak, AIHS'nin 6. maddesinin özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda adlî yardımla ilgili bir düzenleme getirmemekle birlikte, mahkemeye erişme hakkının etkili kullanılabilmesi için devletin bu yönde olumlu edimlerde bulunması gerektiğine karar verilmiştir. bkz. *Airey/İrlanda*, 09 10 1979, Seri A, No:32, § 22.

düşer⁷⁹⁸. Şöyle ki, HMK'nın 334. maddesinde belirtilen “*kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken yargılama ve takip giderlerini...*” ifadesi uyarınca adli yardımdan yararlanabilmek için aranan ekonomik anlamda yetersizlik halinin, her yargılama bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan dava konusunun değerinin yüksek olduğu bir alacak davasındaki ekonomik anlamda yetersizlik hali ile isim veya yaş düzeltilmesi ile ilgili veya diğer çekişmesiz yargı işlerinde gerçekleşmesi gereken ekonomik anlamda yetersizlik halinin aynı olması beklenemez. Yine sosyal düşüncelerle, bazı tür uyuşmazlıkların niteliği gereği çözümünde bireysel yararın yanı sıra toplumsal yarar da ön plandadır. Bunun gibi zayıf tarafın korunması düşüncesiyle uyuşmazlığın taraflarının –işçiler, kiracılar, tüketiciler gibi- belirli kimselerden oluşması durumunda da, yargılamada taraflar arasındaki sosyal eşitsizliğin giderilmesi önemlidir. Dolayısıyla yargılamada veya takipte tarafların belirli kimselerden olması ya da uyuşmazlığın niteliği gereği belirli uyuşmazlıklar bakımından ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşmesi aranmayabilmelidir. Zira belirtilen durumlarda hukukî korunma ihtiyacının karşılanması ve böylece hak arama hürriyetinin gerçekleşebilmesi, bireysel yararlar kadar toplumsal yararlar da hizmet eder⁷⁹⁹.

Kanunî temsilcinin temsil ettiği kimse adına adli yardım talep etmesi durumunu velayet ve vesayet bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir. Şöyle ki, velayet altında bulunan küçük adına velisi tarafından adli yardım talep edildiği takdirde, adli yardımdan yararlanabilmek için gerekli olan ekonomik anlamda yetersizlik şartını veli açısından da aramak gerekir. Zira velinin, velayeti altında bulunan küçüğe bakım yükümlülüğü bulunur ve küçüklerin malvarlığı dâhi velilerinin idare ve denetimi altındadır. Vesayet bakımından ise durum velayettekinden farklıdır. Zira vasi, vesayeti altından bulunan kimsenin malvarlığını yalnızca idare etmek yetkisine sahip olup, bu malvarlığından yararlanması mümkün olmadığı gibi vasinin, vesayeti altındaki kimseye bakma yükümlülüğü de bulunmaz⁸⁰⁰.

Adli yardım talebinde bulunan kimsenin adli yardımdan yararlanabilme şartları bakımından ekonomik anlamda yetersiz sayılıp sayılmayacağı, kişinin geliri, malvarlığı, borçları ve sosyal durumu, diğer bir ifadeyle, kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve

⁷⁹⁸ Erem (1970), s. 118.

⁷⁹⁹ Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda, 5. bölüm, 1.4.1. Ekonomik anlamda yetersizlik şartının düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlar başlıklı kısım.

⁸⁰⁰ Pekcanitez vd. (2011), s. 706.

ihtiyaçları da dikkate alınarak somut olayın özelliklerine göre adli yardıma karar verecek olan mahkeme tarafından değerlendirilecektir⁸⁰¹.

Adli yardım talep edebilmek bakımından kamuya yararlı dernek veya vakıf kavramı içerisinde ifade edilen tüzel kişilerin adli yardım taleplerinde ise, bunların olağan gelirleri, borçları, harcamaları ve gerçekleştirdikleri faaliyetler dikkate alınarak, yargılama giderlerini ödemede güçlük çekip çekmeyecekleri araştırılmalıdır⁸⁰².

Adli yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının kanunî düzenlemesinden ve adli yardım sisteminin işleyişi dolayısıyla belirtilen şartla ilgili karşılaşılan sorunlar ve bu sorunların aşılması noktasında geliştirilebilecek öneriler ile ilgili açıklamalara aşağıda ilerleyen bölümlerde yer verilecektir⁸⁰³. Bu kısımda yalnızca adli yardımdan yararlanabilmenin bir şartı olarak “*ekonomik anlamda yetersizlik şartı*” ele alınmıştır.

5.2. Haklılık Şartı

Adli yardımdan yararlanabilmenin ikinci şartı ise adli yardım talep eden kimsenin haklı olması, diğer bir ifadeyle, davasında (takip veya talebinde) haklı olduğu yolunda kanaat uyandırabilmesidir⁸⁰⁴. Haklılık, adli yardımın manevî şartıdır⁸⁰⁵.

HMK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasında, adli yardımdan yararlanabilmek bakımından aranan haklılık şartına, “*haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla*” ibaresi getirilerek, HUMK'un 468. maddesinde yer alan “*haklı olduklarına dair delil gösterirlerse*” ibaresi değiştirilmiştir. Böylece, adli yardım talep eden kimseler bakımından aranan haklılığın delil ile ispat edilme zorunluluğu ortadan kaldırılarak, haklı olduğuna dair kanaat uyandırma yeterli görülmüştür⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ O. Atalay (1986), s. 57.; Bilge ve Önen (1978), s. 346.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.

⁸⁰² O. Atalay (1986), s. 61.; Pekcanitez vd. (2011), s. 706.; Reisoğlu (1952), s. 66.; Adli yardım talep edebilmek bakımından hayır kurumu kavramı içerisinde mütalaa edilen tüzel kişilerin (hayır kurumlarının) adli yardım taleplerinde bu şartın aranmayacağına ilişkin olarak bkz. Alangoya vd. (2009), s. 420.; Kabakçıoğlu (1947), s. 377.; Erem, (1970)s. 115.

⁸⁰³ Bkz. aşağıda Adli Yardımla İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı 5. bölüm.

⁸⁰⁴ Blge ve Önen (1978), s. 346.; Erem (1970) s. 118.; Kabakçıoğlu (1947), s. 376.; Kuru (2001a), s. 5420.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.; Yaşar (2006), s. 2016.; Yılmaz (1987), s. 18.; Ancak Karafakih'e göre, elinde hiç yazılı delili veya karinesi olmayan kimsenin adli yardım talebinin kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Karafakih (1952), s. 272.

⁸⁰⁵ Önen, (1979), s. 136.

⁸⁰⁶ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

HMK'nın 334. maddesinde adlî yardım talebinde bulunan kimsenin talebinde haklı olduğu yolunda kanaat uyandırabilmesi gerektiği ifade edilmiş ve fakat haklılık şartının herhangi bir tanımına yer verilmemiştir⁸⁰⁷. Öğretide haklılık şartının teknik anlamda ispat hükümlerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan haklılık olarak anlaşılmaması gerektiği ileri sürülür. Zira haklılık, yargılamayla ulaşılmak istenen amaçlardan yalnızca biri olmakla birlikte, esasında yargılamanın sonunda, tarafların her türlü delillerini ortaya koymaları, mahkeme tarafından bu delillerin incelenerek karar verilmesi ve bu kararın kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşmesi ile ortaya çıkan bir olgudur⁸⁰⁸. Dolayısıyla haklılık şartını dava veya savunma bakımından teknik anlamda yorumlamamak gerekir⁸⁰⁹. Yargılamanın başında tarafların yeterli delil ikâme etme imkânları olmadan, haklılıklarını tam ve kesin olarak tespit edebilmek mümkün olmadığından, mahkemelerin adlî yardım kurumunun amacına uygun olarak bu şartı değerlendirmeleri gerekir⁸¹⁰. Diğer bir ifadeyle, söz konusu iddia veya savunmada ya da diğer taleplerde açıkça haksız durumda olmamak ve haklı olduğu yolundaki hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturabilmek gerekir. Zira adlî yardım talebi ile ilgili yargılamada, asıl davada haklı olduğunun tam olarak ispatlanması beklenemez⁸¹¹.

Haklılık şartı, iddia ve savunmada başarılı olma ümidinin bulunması şeklinde anlaşılmalıdır. Haklılık şartı incelenirken, adlî yardım talebinde bulunan kimsenin, görüşünde asıl davadaki başarı şansının, kaybetme tehlikesine göre daha fazla olup olmadığı araştırılmalıdır⁸¹².

Adlî yardıma karar verilebilmesi için gerekli olan bir şart olarak haklılık durumu değerlendirirken, hâkimin dava hakkındaki kanaatini yargılamanın başında belli etmesinin önüne geçebilmek için, asıl davanın sonucunu etkileyecek şekilde haklı olma durumunu aramaması ve bunu teknik anlamda yorumlamaması, takdir hakkını adlî yardım kurumunun amacına uygun olarak kullanmasını gerekir⁸¹³. Haklılık şartının

⁸⁰⁷ Yaşar (2006), s. 2016.

⁸⁰⁸ Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Yaşar (2006), s. 2016.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁸⁰⁹ Taşkın (1999), s. 839–840.; Taşkın (2000), s. 124.

⁸¹⁰ Yaşar (2006), s. 2017.

⁸¹¹ O. Atalay (1986), s. 61.; Erem (1972) s. 118.; Karslı (2011), s. 560.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.; Yılmaz (1987), s. 18.

⁸¹² Bilge ve Önen (1978), s. 346.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.; Üstündağ (1997), s. 776–777.; Karşılaştırmalı hukukta hemen her hukuk sisteminde adlî yardım talep eden kimsenin iddia veya savunmasında yeterli başarı ümidine sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. yukarıda 1. bölüm, 2. Karşılaştırmalı Hukukta Adlî Yardım başlıklı kısım.

⁸¹³ Taşkın (1999), s. 840.; Taşkın (2000), s. 124.; Aksi yönde görüş için bkz. Belgesay (1944), s. 179.

incelenerek, bu inceleme sonucunda adlî yardıma karar verilmesi halinde, bu karar ile adlî yardım talebinde bulunan kimsenin asıl davada da haklı olduğu sonuca ulaşılamaz. Zira bu durum, HMK'nın 334. maddesine göre, kanun gereği hâkime tanınan bir takdir hakkıdır. Bu sebeple, adlî yardım talebi hakkında karar veren hâkim, “*ihsasî rey*”de bulunmuş olmaz ve HMK'nın 36. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde “*Davada iki taraftan birine veya üçüncü bir kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış*” olması şeklinde hâkimin reddi sebebi olarak düzenlenen hükmün uygulanmasını gerektirmez⁸¹⁴.

Adlî yardıma karar veren hâkim, haklılık şartını, asıl davanın sonucu bakımından yorumlayarak değerlendirmesi halinde, asıl dava hakkında görüşünü kısmen de olsa beyan etmiş olacaktır. Ancak bu durumda “*kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış*” olacak ve adlî yardım hükümlerinin uygulanması zorlaşacaktır⁸¹⁵.

Haksız davaların çoğalarak mahkemelerin iş yükünün artmasının ve adlî yardım kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek için haklılık şartının özenle incelenmesi gerekir. Ancak, asıl davadaki başarı ümidinin ispatı bakımından çok sıkı davranmak da, adlî yardımı imkânsız kılabilceğinden bu incelemenin dikkatli bir şekilde yapılması yerinde olacaktır⁸¹⁶. Mahkemenin bu incelemeyi yaparken esas alacağı ispat ölçüsü ise yaklaşık ispattır⁸¹⁷. Yaklaşık ispat, bir vakıa iddiasının doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimaline göre ağır bastığı, ancak her durumda yanlış olma ihtimalinin de bulunduğu ispat ölçüsüdür⁸¹⁸. Medenî usûl hukukumuz bakımından bir vakıa iddiasının kuvvetle muhtemel olduğunun ortaya konulmasının yeterli olduğu yaklaşık ispat halleri istisnâî nitelikte olup, bu haller; geçici hukukî koruma talepleri gibi ya hâkimin acele karar vermesi gereken acele haller veya tam ispatın mümkün olmadığı ya da tam ispatın aranamayacağı hallerdir⁸¹⁹. Adlî yardım talebi de, esasen hukukî korumanın tam olarak sağlanabilmesi için, adlî yardım talep eden kimsenin hakkına bir an önce kavuşabilmesi bakımından hem hâkimin acele karar vermesi gereken bir hal hem de adlî yardım talebinde haklı olduğu hususunun tam olarak

⁸¹⁴ Taşkın (1999), s. 840.; Taşkın (2000) s. 124.; Yaşar (2006), s. 2017.

⁸¹⁵ Taşkın (1999), s. 840.; Taşkın (2000), s. 124.

⁸¹⁶ Ansay (1960), 179.; O. Atalay (1986), s. 62–63.; Belgesay (1944), s. 176.; Bilge ve Önen (1978), s. 346.; Erem (1970), s. 118–119.; Kuru (2001), s. 5419.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.

⁸¹⁷ O. Atalay (1986), s. 62.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707, 709.

⁸¹⁸ Pekcanitez vd. (2011), s.457-458.

⁸¹⁹ Pekcanitez vd. (2011), s.458.

ispatının mümkün olmadığı bir haldir. Bu sebeple, adlî yardım talebinde haklı olduğu hususunun yaklaşık olarak ispat edilmesi yeterli görülmüştür.

Haklılık şartı, yalnızca boşuna yapılan yardımlar bakımından değil, karşı tarafın durumu da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira adlî yardımdan yararlanan tarafın karşı tarafının da korunması gerekir. Anayasal bir ilke olarak hak arama eşitliği temel alan adlî yardım kurumunun eşitsizlik doğurması beklenemez⁸²⁰.

Adlî yardımdan yararlanılarak haksız hukuk davalarının açılmasını önlemek için bazı hukuk sistemlerinde, örneğin Hollanda Hukuku'nda, adlî yardım talebinde bulunan kimsenin hukukî problemi ile ilgili avukat tarafından ayrıntılı bir inceleme yapılır. Ancak bu yöntemin de, adlî yardımdan yararlanan kimsenin asıl davasının sonucunda haksız çıkması durumunda, devletin nakdi bir zarara uğrayacağı ihtimaline göre, incelemeyi yapan hukukçunun dava sonucunun tahmininde olumsuz bir tavır içinde olabileceğinden bahisle eleştirilebilmesi mümkündür⁸²¹.

Kanımızca adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan haklılık şartı, davacı veya talepte bulunan açısından hak arayışının, davalı açısından ise savunmanın maddî hukuk bakımından açıkça dinlenemez olduğu ya da hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığı hususlarında hâkimde bir kanaat oluşturabilme anlamında değerlendirilmesi gerekir⁸²².

Haklı olma kavramı, etik ve hukukî bir anlama sahip olmakla birlikte, haktan yararlanma kavramından farklıdır⁸²³. Bu nedenle hukukî anlamda haklı olmayı haktan yararlanmanın bir ön şartı olarak kabul etmek, adlî yardım kurumunun amacına hizmet eden düşünceye aykırı olacağı gibi, hak arama hürriyetini de bu anlamda sınırlandırmış olacaktır. Adlî yardımdan etkin ve amacına uygun bir şekilde yararlanmanın mümkün olması için, haklılık şartının kanunî bir düzenlemeyle tanımının yapılarak nasıl

⁸²⁰ Erem (1970), s. 119.

⁸²¹ Erem (1970), s. 119.

⁸²² Yaşar (2006), s. 2017.; “Örneğin AvK’da düzenlenen adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından İstanbul Barosu uygulaması bu konuda yol gösterici olabilir. Buna göre İstanbul Barosu, adlî yardım talep eden kimse için aranan haklılık şartı ile ilgili adlî yardım talebi başvuru formunda, başvuruyu alan avukatın görüşlerini belirteceği bir bölüm ayırmıştır. Bu bölümde eldeki bilgi ve belgeleri inceleyen avukat, bir öngörüş belirtir. Bu belge ve bilgiler daha sonra adli yardım bürosundan sorumlu avukatlar ve sorumlu yönetim kurulu üyesi tarafından da incelenir. Talebin reddi halinde, talepte bulunan kimsenin baro başkanına itiraz hakkı bulunduğundan, başkan hem ekonomik şartı hem de haklılık şartını yeniden değerlendirip karar verir.” bkz. Yaşar (2006), s. 2017.

⁸²³ Taşkın (1999), s. 840–841.; Taşkın (2000), s. 125.

uygulanacağını belirtilmesi gerekir. Böylece, hem yoruma dayalı uygulamalara son verilmesi sağlanacak hem de mahkemeler ve baroların farklı uygulamalarının önüne geçilmesi mümkün olacaktır⁸²⁴.

Adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken haklılık şartının kanunî düzenlemesinden ve adlî yardım sisteminin işleyişi dolayısıyla belirtilen şartla ilgili karşılaşılan sorunlar ve bu sorunların aşılması noktasında geliştirilebilecek öneriler ile ilgili açıklamalara aşağıda ilerleyen bölümlerde yer verilecektir⁸²⁵. Bu kısımda yalnızca adlî yardımdan yararlanabilmenin bir şartı olarak “*haklılık şartı*” ele alınmıştır.

5.3. Yabancılar İçin Karşılıklılık Şartı

Yukarıda ifade edilmeye çalışılan iki şartı yerine getiren vatandaş olan gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların yanı sıra yabancıların da adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Ancak yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri için karşılıklılığın bulunması da gerekir⁸²⁶.

Yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri bakımından ispat etmeleri gereken karşılıklılık şartı ek, diğer bir ifadeyle üçüncü bir şart olarak aranır. Zira adlî yardım talebinde bulunan yabancıların öncelikle diğer iki şartı yerine getirmesi gerekir⁸²⁷.

HMK'nın 338. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Türkiye'de adlî yardım talebinde bulunan yabancı gerçek kişinin, vatandaşı olduğu ülkede, Türk vatandaşlarının da adlî yardımdan yararlanabildiklerinin ispatında, iki veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler ve ilgili ülkenin kanunlarından yararlanılabileceği gibi, fiilî uygulamaların ispatı da yeterlidir⁸²⁸.

Buna göre, yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesi bakımından aranan karşılıklılığın, hukukî ya da fiilî şekilde olması mümkündür. Adlî yardımdan

⁸²⁴ Yaşar (2006), s. 2017.

⁸²⁵ Bkz. aşağıda Adlî Yardımla İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı 5. bölüm.

⁸²⁶ Arslanalp (1988), s. 33.; O. Atalay (1986), s. 63.; O. Atalay (2006), s. 100.; Bilge ve Önen (1978) s. 345.; Erem (1970), s. 116.; Esendal (2009), s. 180.; Kabakçioğlu (1947), s. 377.; Karafakih (1952), s. 273.; Kuru (2001a), s. 5420.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 705-706.; Taşkın (1999), s. 839.; Taşkın (2000), s. 124.; Üstündağ (1997), s. 776.; Yaşar (2006), 2017; Yılmaz (1987), s. 18.

⁸²⁷ O. Atalay (1986), s. 63.

⁸²⁸ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

yararlanmak isteyen yabancı gerçek kişi, vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında adlî yardımdan yararlanmaya imkân tanıyan iki veya çok taraflı bir sözleşmenin yürürlükte olduğunu ya da ülkesinde yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesini sağlayan fiili bir uygulamanın varlığını ispat etmesi gerekir⁸²⁹. Bu konuda yabancı gerçek kişinin gerçek anlamda bir ispat yükü altında olmadığını kısaca belirtmek gerekir. Zira bu konuda aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır⁸³⁰.

Türkiye ile adlî yardım sözleşmesi akdetmiş olan bir devletin ülkesinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının fiilen adlî yardımdan yararlandırılıp yararlandırılmadığını araştırmak Türk mahkemelerinin yetkisini aşar. Bu durumda uluslararası bir sözleşmenin Türkiye'de uygulanma kabiliyetinin olmadığına, yürütme organı tarafından karar verilebilir⁸³¹.

Yabancı gerçek kişilerin adalete erişim haklarını kullanabilmeleri bakımından Türkiye'nin birçok ülke ile arasında akdetmiş olduğu ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşme mevcuttur⁸³². Bunlar arasında şüphesiz en önemlisi 14194 sayı ve 23 Mayıs 1972 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'dir⁸³³. Belirtilen sözleşmenin 20. ile 24. maddeleri⁸³⁴ arasında akit devletlerin vatandaşlarının diğer akit devletlerin adlî yardım hükümlerinden yararlanabilmelerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre 20. maddede; *"Hukukî ve ticari konularda akit devletler vatandaşları, diğer bütün akit devletlerin vatandaşları gibi, adlî yardımın talep edildiği devletin kanunlarına uyarak adlî yardımdan yararlanacaklardır."* hükmü yer alır.

⁸²⁹ Esendal (2009), s. 180.

⁸³⁰ Bkz. aşağıda 3. bölüm, 6.3.3.3. Yabancılar için aranan karşılıklılık şartının ispatlanması.

⁸³¹ Belgesay (1944), s. 175.

⁸³² Bu konuda bir sözleşmenin mevcut olup olmadığına ilişkin olarak bkz. M. Kamacı (2006). *Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 547 vd.; B. Umar ve Y. Alangoya (1966). *Anlaşmalarımızda ve İlgili Mevzuatımızda Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Hükümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 50 vd.; Ayrıca Türkiye'nin yabancı devletlerle teminattan muafiyete dair akdettiği ikili anlaşmalar için bkz. B. Kuru (2001c). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. IV*. (6. baskı). İstanbul: Demir Demir, s. 4171-4188 dn. 75-107.

⁸³³ "Yine 20285 sayı ve 17.09.1989 tarihinde RG'de yayımlanarak yürürlüğü giren Avrupa İkâmet Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında "Akit taraflardan birinin uyrukları, diğer taraf ülkesinde, o ülkenin uyruklarıyla aynı şartlar altında meccani adlî yardımdan yararlanacaklardır." hükmü yer alır. " Kuru (2001a), s. 5420 dn. 12.

⁸³⁴ Belirtilen Sözleşme'nin m. 20-24 hükümleri ile ilgili bilgi için bkz. yukarıda dn.147.

Türkiye'nin adlî yardım sözleşmesi yaptığı devletlerin vatandaşı hakkında adlî yardımından yararlanmanın sınırı ve şekli sözleşme hükümlerine göre tespit edilir. Buna göre, uluslararası sözleşme hükümleri, HMK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinden öncelikli olarak uygulanmalıdır⁸³⁵.

Yine adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişinin çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda, aranan karşılıklılık şartının, yabancının tâbiyetinde olduğu devletlerden biri tarafından gerçekleşmesi adlî yardımdan yararlanabilmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir.

Yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri bakımından aranan karşılıklılık şartını eleştirmek mümkündür. Zira 6. maddesinin birinci fıkrası ile *“herkese özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının bir mahkeme tarafından çözümü hakkının tanındığı”* ve Anayasanın üstünde bir norm olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf bir devleti olarak, kendi ülkesinde yabancıların hak arama hürriyetlerini kullanmalarına karşılıklılık şartının varlığının ispatını arayarak engel olmak, hem sözleşme ile gerçekleşmesi beklenen amaca ters bir uygulama olarak kabul edilebilir olması hem de hukukî korunma talebinin etkin olarak gerçekleşmesinin yolunu kapatmak olarak değerlendirilebilir olması yönünde tartışmalara açıktır.

Bazı hukuk sistemlerinde, yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmeleri, karşılıklılık şartı aranmaksızın kabul edilmiştir. Örneğin Alman hukukunda yabancı gerçek kişilerin yargılama gideri yardımından yararlanabilmesi için karşılıklılık şartının gerçekleşmesi gerekmez⁸³⁶. Yine İsviçre hukukunda da yabancılar, karşılıklılık şartının gerçekleşmesine gerek olmadan adlî yardımdan yararlanabilir⁸³⁷.

Yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi mümkün olabilirken, mülteciler ve vatansızlar bakımından ise durum daha farklıdır. Mevcut hukukî düzenlemelerimize göre mültecilere⁸³⁸, bazı çekincelerle birlikte 5 Eylül 1961 tarihinde onaylanan 1954 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmesi gereği adlî

⁸³⁵ Belgesay (1944), s. 175.

⁸³⁶ Rosenberg vd. (2004), s. 566 § 87 Rn. 9.

⁸³⁷ Gasser ve Rickli (2010), s. 103 Rn. 2,3.

⁸³⁸ Ülkemiz uygulamasında iltica için doğudan gelenlerin mülteci olarak kabul edilmediği ve özellikle baroların uygulamalarında adlî yardımdan yararlanma imkânı, sığınmacılara da mültecilere sağlanan şekliyle uygulanmaya çalışıldığına ilişkin olarak bkz. Yaşar (2006), s. 2017–2018.

yardımdan yararlanabilme imkânı sunulur⁸³⁹. Vatansız kimselerin adlî yardımdan yararlanabilmelerine ilişkin hukukumuzda mevcut bir düzenleme olmamasına karşın⁸⁴⁰, Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmesi'nin mülteci tanımının yer aldığı ve sözleşmenin kapsamının belirlendiği 1. maddesinin C kısmının 6. bendinde belirtilen *“Tâbiyetsiz olup da, mülteci tanınmasını yol açan koşullar ortadan kalktığı için, normal ikâmetgâhının bulunduğu ülkeye dönebilecek durumda ise...”* hükmünden kıyasla, ülkemizde ikâmet etmekte olan vatansız kimseler için de mültecilere uygulanan statünün kabul edilerek adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanımak gerekir.

Yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri, karşılıklılık şartının gerçekleşmesine bağlı iken, yabancı tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri karşılıklılık şartının gerçekleşmesiyle bile mümkün değildir. Ancak adlî yardım talep eden tüzel kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye'nin taraf olduğu bu hususa ilişkin olarak özel bir düzenleme getiren ikili veya çok taraflı bir uluslararası sözleşme yapılmış ise -ve Türkiye'de uygun bulunarak usûlüne göre yürürlüğe girdiğinde, kanun hükmü olarak geçerlilik kazanacağından dolayı, özel bir kanun hükmü ile istisnâ bir düzenleme getirilmiş olması sebebiyle-, yabancı tüzel kişinin adlî yardımdan yararlanabilmesi mümkün olacaktır⁸⁴¹.

Atalay, HMK'nın 334. maddesinin (HUMK m. 465) gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanıyan bir düzenleme getirmesi sebebiyle, kural olarak bütün tüzel kişilerin ve bu arada yabancı tüzel kişilerin de adlî yardımdan yararlanamamaları gerektiğini belirterek, aynı maddede kamuya yararlı dernek ve vakıflar için getirilen istisna gereği ile karşılıklılık şartının varlığı halinde yabancı

⁸³⁹ Esendal (2009), s. 191.; Yaşar (2006), s. 2017.; Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmesi'nin 16. maddesinin 2. fıkrasında *“Her mülteci, sürekli ikâmetgâhının bulunduğu taraf devlette, adlî yardım ve teminat akçesinden başışıklık dâhil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görecektir.”* Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.todaie.gov.tr/ihadm/bm/mhukuk.pdf> (Erişim tarihi: 20.10.2010).

⁸⁴⁰ 28.9.1954'te New York'ta imzalanan ve 6.6.1960'ta yürürlüğe giren BM Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin m.16/2'de düzenlenen *“Vatansız bir kişi, daimi ikâmetinin bulunduğu Sözleşmecî Devlette, adlî yardım ve cautio judicatum solvi den (teminat akçesinden) muafiyet dâhil olmak üzere mahkemelere başvuruya ilişkin konularda bir vatandaşınkiyle aynı muameleden yararlanır.”* hükmü ile vatansız kimselerin adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanındığına ilişkin olarak bkz. Esendal (2009), s. 192-193.; Ancak, Türkiye belirtilen sözleşmeyi onaylamadığı için, sözleşme iç hukuk kuralı haline gelememiştir.

⁸⁴¹ O. Atalay (1986), s. 64.

kamuya yararlı dernek ve vakıfların da adlî yardımdan yararlanabilmelerinin kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir⁸⁴².

Kanımızca da mevcut HMK sistemimizde adlî yardımdan yararlanabilen tüzel kişiler yalnızca kamuya yararlı dernek ve vakıflar olduğuna göre, yabancı bir devletin tâbiyetinde bulunan kamuya yararlı dernek ve vakıfların da adlî yardımdan yararlanabilmeleri gerekir. Zira Kanun'un aradığı anlamda “kamuya yararlılık” Türk hukukuna göre kamuya yararlı olmaktan daha geniş yorumlanmalıdır. Ayrıca HMK'nın 334. maddesinin amacı yalnızca Türkiye’de faaliyet gösteren kamuya yararlı dernek ve vakıfları korumak değildir. Nitekim amacı uluslararası -evrensel- yararları korumak olan ve uluslararası toplumda faaliyette bulunan birçok yabancı tüzel kişi bulunmaktadır. Amaçları bu tür evrensel yararları korumak olan tüzel kişilerin de yabancı bir devletin tâbiyetinde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın adlî yardım hizmetlerinden yararlanabilmesi gerekir. Buna göre, adlî yardım talep eden yabancı tüzel kişinin, kanunî ifadesiyle “kamuya yararlı dernek veya vakıf” olarak faaliyet gösteren bir hukukî statüde olup olmadığının tespiti ancak o devletin kendi iç hukuk kurallarıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla bir yargılamada veya takipte adlî yardım talebinde bulunan yabancı bir tüzel kişi, HMK'nın 334. maddesinin ikinci fıkrasına göre “kamuya yararlı dernek veya vakıf” statüsünde olduğunu iddia ederse, tâbiyetinde bulunduğu devletin iç hukuk kurallarına göre bunu ispat etmelidir⁸⁴³.

6. Adlî Yardım Usûlü

6.1. Görev ve Yetki

HUMK'da adlî yardım talebinde görevli ve yetkili mahkeme, talebin açılmış ve görülmekte olan bir davada veya açılacak bir davadan önce yapılacağı ihtimaline göre iki ayrı hükümde düzenlenmişti. Buna göre, adlî yardım açılacak bir davadan önce talep edilmekte ise, görevli mahkeme, asıl dava için görevli olan mahkeme iken (HUMK m. 468/I), adlî yardım açılmış ve görülmekte olan bir davada talep ediliyorsa, bu talebin davaya bakan mahkemeden yapılması gerekmektedir (HUMK m. 469/II)⁸⁴⁴.

⁸⁴² O. Atalay (1986), s. 64.

⁸⁴³ Bu konu ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda 3. bölüm, 6.3.3.3. Yabancılar için aranan karşılıklılık şartının ispatlanması başlıklı kısım.

⁸⁴⁴ Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 65.; Bilge ve Önen (1978), s. 347.; Erem (1970), s. 119.; Kabakçioğlu (1947), s. 379.; Karafakih (1952), s. 273.; B. Kuru vd. (2006). *Medenî Usûl Hukuku*.

HMK'da ise adlî yardım kararı vermede görevli ve yetkili mahkeme hususunda önceki kanunî düzenleme ile paralel yönde ve fakat önceki düzenlemenin aksine tek bir hükümde, adlî yardımın asıl dava veya işin karara bağlanacağı mahkemeden talep edileceği şeklinde düzenleme yapılmıştır (HMK m. 336/1)⁸⁴⁵.

HMK'nın 336. maddesinin madde metninde açıkça yer almamakla birlikte, maddenin Hükümet Gerekçesi'nde çekişmesiz yargı işlerinde ve geçici hukukî koruma taleplerinde de tıpkı davalarda olduğu gibi görevli ve yetkili mahkemenin asıl dava veya işin karara bağlanacağı mahkeme olduğu ifade edilmiştir⁸⁴⁶. Yine HUMK'da kanun yolları aşamasında adlî yardımın talep edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalı olan hususa açıklık kazandırılarak HMK'nın 336. maddenin üçüncü fıkrası ile kanun yolları aşamasında da adlî yardımın talep edilebileceği belirtilmiş olduğundan, kanun yolları aşamasında adlî yardım talepleri, Yargıtay'a veya asıl davanın istinaf incelemesini yapmakla yetkili bölge adliye mahkemesine yapılacaktır⁸⁴⁷.

Adlî yardım eğer dava açılmadan (veya çekişmesiz yargı işine ya da geçici hukukî korunma talebine başvurulmadan) önce talep edilmekte ise, görevli mahkemenin belirlenebilmesi için asıl davanın (veya işin) da somut olarak açıkça belirtilmesi gerekir. Ayrıca bu husus, hem ekonomik anlamda yetersizlik şartının araştırılabilmesi için hem de davacının açacağı davada yargılama giderlerinin yaklaşık olarak ne kadar tutacağını önceden hesaplanabilmesi için önemlidir⁸⁴⁸.

Adlî yardım talebinde görev konusunun asıl dava ve işe göre belirlendiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Asıl dava veya iş hangi mahkemede açılmış veya açılabilirse, adlî yardım da o mahkemeden talep edilebilecektir⁸⁴⁹.

Görevli olmayan mahkeme tarafından verilen adlî yardım kararının görevli mahkeme tarafından geçerli sayılacağına ilişkin Kanun'da bir hüküm yer almaz⁸⁵⁰. Ancak kanımızca, lehine verilen kimseye kanunî bir takım muafiyetler sağladığı için, taraflar arasındaki usûlî anlamda eşitlik dengesini kurarak, yargılamanın sosyal amacına

(Genişletilmiş 6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 777.; Pekcanitez vd. (2007), s. 651.; Postacıoğlu (1968), s. 536.; Taşkın (1999), s. 844; Taşkın (2000), s. 133.

⁸⁴⁵ O. Atalay (2006), s. 100.; Kuru vd. (2011), s. 745.

⁸⁴⁶ O. Atalay (2006), s. 100.; Karlı (2011), s. 561.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.; 6100 sayılı HMK m. 336'nın Hükümet Gerekçesi.

⁸⁴⁷ O. Atalay (2006), s. 100.; Karlı (2011), s. 561.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.

⁸⁴⁸ O. Atalay (1986), s. 65.

⁸⁴⁹ Bilge ve Önen (1978), s. 347.

⁸⁵⁰ Erem (1970), s. 119.; Kabakçıoğlu (1947), s. 379.

hizmet eden bir etkiye sahip olan adlî yardım gibi önemli bir kararın, görevli olmayan bir mahkeme tarafından verilmesi halinde de geçerli olması gerekir⁸⁵¹. Bu görüşe karşı, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve görevsiz mahkeme tarafından yapılan işlemlerin ve verilen kararların görevli mahkemede kural olarak geçerli olmaması gerekçesiyle⁸⁵² itiraz edilebilir. Ancak kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilecek olan görev kurallarının⁸⁵³ yanlış değerlendirilmesinin sonucuna adlî yardımdan yararlanan tarafın katlanmaması gerekir. Zira bu durum hakkaniyete uygun olmayacağı gibi, adlî yardımla sağlanmak istenen amaca da hizmet etmeyecektir. Ayrıca görevsiz mahkemede yapılan işlemler ve verilen kararlar, görevli mahkemede kural olarak geçerli olmasa da, eğer görevli mahkeme bu işlemlerin tekrarlanmasını gereksiz görüyorsa, bu işlemi geçerli sayabilir. Özellikle usûl ekonomisi bakımından tekrar edilmesi gerekmeyen ve görevli mahkemenin yanlış olmadığını düşündüğü işlemlerin tekrar edilmesi yararsızdır⁸⁵⁴. Dolayısıyla, görevsiz mahkeme tarafından verilen adlî yardım kararının, görevli mahkeme tarafından tekrar incelenip verilmesinde hiçbir yarar yoksa ve bu durum usûl ekonomisi ilkesine aykırıysa, görevsiz mahkeme tarafından verilen adlî yardım kararı görevli mahkemede de geçerli olmalıdır.

Adlî yardım talebinde yetkili mahkeme de tıpkı görevli mahkemede olduğu gibi asıl davaya veya talebe bağlıdır. Açılacak bir davadan veya başvuracak bir talepten önce adlî yardım talebi söz konusu ise, yetkili mahkeme asıl dava veya talep bakımından yetkili olan mahkemedir (HMK m. 336/1, HUMK m. 468/I). Açılmış ve görülmekte olan bir davada veya başvurulmuş bir talebin yargılaması devam ederken talep edilen adlî yardım içinse, yalnızca asıl davaya veya talebe bakan mahkeme yetkilidir⁸⁵⁵.

Adlî yardım talebinin yapılacağı mahkemeyi belirleyen bu yetki kuralı kesin olup, tarafların anlaşmaları, diğer bir ifadeyle, yetki sözleşmesiyle değiştirilmesi mümkün değildir⁸⁵⁶. Adlî yardıma ilişkin yetki kuralı kesin olması sebebiyle hâkim tarafından re'sen gözetilir.

⁸⁵¹ Görevsiz mahkemede verilen adlî yardım kararının görevli mahkemede geçerli olamayacağına ilişkin olarak bkz. Erem (1970), s. 119.; Kabakçioğlu (1947), s. 379.

⁸⁵² Pekcanitez vd. (2011), s.119.; Karşı (2011), s. 222.; Kuru vd. (2011), s.131.

⁸⁵³ Pekcanitez vd. (2011), s.116.; Karşı (2011), s. 219.; Kuru vd. (2011), s. 127, 128.

⁸⁵⁴ Pekcanitez vd. (2011), s.119.; Karşı (2011), s. 222., Kuru vd. (2011), s.131

⁸⁵⁵ O. Atalay (1986), s. 66.; Belsesay (1944), s. 179.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.; Postacıoğlu (1968), s. 536.

⁸⁵⁶ Pekcanitez vd. (2007), s. 651.

Kanımızca, adlî yardıma ilişkin yetki kuralının kesin olması, kurumun hizmet ettiği amaca ve hukuk politikasına uygun değildir. Dolayısıyla, bulunduğu yerden başka bir yer mahkemesinde dava açması veya talepte bulunması gereken ve HMK'nın 336. maddesinin aradığı anlamda ekonomik yetersizlik hali içerisinde bulunan bir kimsenin, adlî yardımdan yararlanabilmek amacıyla yetkili mahkemeye başvurması için birtakım masraflar yapmak zorunda kalacağı düşünüldüğünde, kanunî bir düzenleme ile adlî yardım talebinde bulunan kimsenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili hale getirilmesi yerinde olacaktır⁸⁵⁷.

Yine yetkisiz bir mahkeme tarafından verilen adlî yardım kararının, asıl davaya bakan yetkili mahkemede geçerli olup olmayacağına ilişkin Kanun'da bir hüküm yer almaz. Ancak kanımızca, yukarıda görevsiz mahkemede verilen adlî yardım kararının görevli mahkemede de geçerli olması gerektiğine ilişkin olarak sunduğumuz gerekçelerimiz doğrultusunda, yetkisiz mahkemede verilen adlî yardım kararı, yetkili mahkemede de geçerli olmalıdır.

6.2. Adlî Yardımın Hukukî Niteliği

Adlî yardım talebi üzerine mahkeme tarafından yapılan faaliyetin türü, adlî yardıma uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önemlidir. Devlet organları tarafından devlet adına yapılan işlemler; idarî, yargısal veya yasamaya ilişkin olarak üç türdür. Adlî yardım talebi üzerine yapılan faaliyetin niteliğinde ise, idarî ya da yargısal işlem olabilme ihtimalleri söz konusu olabilir⁸⁵⁸.

İdari ve yargısal işlem ayrımında esas olarak “*organik*” veya “*şeklî*” ve “*maddî*” olmak üzere iki ölçüt söz konusudur. Şeklî ölçüte göre, işlemi yapan organ göz önünde tutulur. Bu sebeple, mahkemelerin yaptığı işlemler, yargısal; idarî makamların yaptığı işlemler ise, idarî işlemdir⁸⁵⁹. Şeklî ölçüt bakımından adlî yardım incelemesi değerlendirildiğinde, hukukumuzda adlî yardıma karar vermekle münhasıran mahkemeler yetkili olduğundan, adlî yardımın yargısal bir işlem olduğu sonucuna varılır⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ O. Atalay (1986), s. 67.

⁸⁵⁸ O. Atalay (1986), s. 67.

⁸⁵⁹ O. Atalay (1986), s. 68.; İdarî makam ile yargılama makamı arasındaki fark için bkz. Kuru (1961), s. 12.

⁸⁶⁰ O. Atalay (1986), s. 68.

Maddî ölçüte göre ise ölçüt, işlemi yapan organ değil, işlemin maddî içeriği olmaktadır. Maddî ölçüt bakımından adlî yardım incelemesinin niteliğini belirleyebilmek için öncelikle yargısal işlemin tanımını yapmak gerekir⁸⁶¹. Buna göre yargısal işlem, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanması şeklinde tanımlanabilir⁸⁶².

Maddî ölçüt bakımında yapılan ayırmda da adlî yardım incelemesinin yargısal bir işlem olduğu sonucuna varılabilir. Zira adlî yardım talebi üzerine, mahkeme tarafından kanunda adlî yardımdan yararlanabilmek için öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğı araştırılır⁸⁶³.

Şeklî ölçüt esas alınarak yapılan ayırmdın, adlî ve idarî organlar tarafından benzer bazı işlemlerin yapılabileceğı gerekçesiyle yararlı olmadığını ifade etmek mümkündür. Nitekim mahkemelerin idarî organ sıfatıyla yaptığı işlemler, şeklî açıdan yargısal bir işlem gibi gözükse de maddî açıdan aslında idarî bir işlemdir⁸⁶⁴. Örneğın herhangi bir yargılamaya ilişkin olmayan yazışmalar, mahkemelerde çalışan yardımcı personelin denetimi ile ilgili işlemler buna örnek gösterilebilir. Ancak adlî yardım talebi üzerine mahkeme tarafından yapılan incelemeyi bu tür faaliyetlerle aynı şekilde değerlendirmek mümkün olmadığından, adlî yardım incelemesini idarî veya adlî-idarî bir işlem olarak nitelendirmek mümkün değildir⁸⁶⁵.

Adlî yardım incelemesinin hem şeklî hem de maddî ölçüte göre, yargısal bir işlem olduğu hususunda bir tereddüt olmadığına göre, yargısal faaliyetin çekışmeli-çekışmesiz olması ayırmdında adlî yardımın hangi gruba girdiğı üzerinde durmak gerekir⁸⁶⁶.

Mahkeme tarafından yapılan yargılamada, sübjektif bir hak üzerinde bir çekışme (iddia ve karşı iddia) söz konusu ise ve mahkemenin görevi de bu çekışmeyi çözüme kavuşturmak ise, yapılan bu faaliyet bir dava, diğeri bir ifadeyle, çekışmeli yargı faaliyetidir. Buna karşın, çekışmesiz yargı faaliyetinde herhangi bir hak üzerinde bir

⁸⁶¹ O. Atalay (1986), s. 68.

⁸⁶² O. Atalay (1986), s. 68.; Üstündağ (1997), s. 39.

⁸⁶³ O. Atalay (1986), s. 68.

⁸⁶⁴ O. Atalay (1986), s. 69.; "Mahkemelerin bazı işleri daha vardır ki, burada mahkemeler bağımsız olarak objektif hukuku muayyen bir meseleye tatbik etmeyip, bilâkis idarî bir makam olarak hareket ederler." Kuru (1961), s. 12.

⁸⁶⁵ O. Atalay (1986), s. 69.; "Neuchatel Temyiz Mahkemesi, bir kararında adlî yardım talebini reddeden kararın temyiz edilemeyeceğini, çünkü mahkeme başkanının bu baptaki kararını sırf idarî organ sıfatıyla verdiğini söylemektedir." Ansay (1960), s. 179.; O. Atalay (1986), s. 69 dn. 6.; Adlî yardım incelemesinin idarî bir iş olduğuna ilişkin olarak bkz. Belgesay (1944), s. 180.

⁸⁶⁶ O. Atalay (1986), s. 69.

uyuşmazlık, diğer bir ifadeyle, bir çekişme söz konusu değildir. Ancak ekişmesiz yargı işleri de birer yargısal faaliyettir⁸⁶⁷.

Adlî yardım, yargılamada veya takipte sağladığı birtakım imkânlar sebebiyle, talepte bulunan kimsenin ileride açacağı asıl davadan veya başvuracağı asıl takip ya da talepten önce veya devam eden asıl dava veya takip ya da talep için başvurulan bir yoldur. Dolayısıyla adlî yardım talebinden bulunan kimse, konusunu adlî yardım isteğinin oluşturduğu bu talebini doğrudan görevli ve yetkili mahkemeye iletecektir.

Adlî yardım talep eden kimse, bir başkasına karşı hak iddia etmemekte, doğrudan bir uyuşmazlık ortaya çıkarmamakta ve başkasından elde edeceği bir hakka yönelmemektedir. Burada amaç, doğrudan bir hakka ulařmak⁸⁶⁸ ve hakla ilgili çekişme meydana getirmek olmayıp hakkı elde edebilmek için hak arama yolunu kullanacak imkânı elde etmektir. şayet uygun düzenlemeler yapılmış olsaydı, adlî yardım için yargı yoluna başvurmadan, idarî kararlarla dahi bu imkânı elde etmek mümkün olabilirdi. Hatta şu anda baroların adlî yardım hizmeti olarak sundukları hizmet, bir yargısal karara da dayanmaz. Bu da gösterir ki, adlî yardım hakkındaki karar, aslında Kanun bu şekilde bir kararı aradığı için yargı organlarınca verilir ve yargısal karar özelliği taşır. Oysa adlî yardım mutlak anlamda bir çekişmeli yargı işi olsaydı, yargı organları dışında karar verilmesi ihtimal veya imkânının düşünülmesi dahi mümkün olmazdı.

Adlî yardımın, bir dava veya yargılama sırasında istenmiş ve karara bağlanmış olması da, onun çekişmesiz yargı karakterini değiştirmez. Bir dava sırasında adlî yardım talebinde bulunulduğunda, yargılamada bir karşı taraf yer alsa da, uyuşmazlık asıl talep ve dava konusu ile ilgili olup, adlî yardımla ilgili değildir. Bu çerçevede adlî yardım kendi içinde değerlendirildiği zaman, asıl dava ve yargılamadan bağımsız bir hukukî niteliğe sahiptir. Nasıl ki, bir dava sırasında istenmiş olsa da geçici hukukî koruma bu özelliğini kaybetmez, kendi niteliğini korur ve geçici hukukî koruma çerçevesinde değerlendirme yapılırsa, adlî yardımın da bir dava içinde istenmiş olması onun hukukî niteliğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla ister bir davadan önce isterse sonra talep edilsin, adlî yardım kendi içinde değerlendirildiğinde çekişmesiz yargıya tâbi bir iřtir⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ . Atalay (1986), s. 69.; çekişmesiz yargı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru (1961), s. 5 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 81 vd.

⁸⁶⁸ O. Atalay (1986), s. 70.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.

⁸⁶⁹ O. Atalay (1986), s. 70.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.; Taşkın (1999), s. 133.; Taşkın (2000), s. 844.

Adlî yardım incelemesinin bir çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna yapılan inceleme sonunda verilen kararın özelliklerinden de ulaşmak mümkündür⁸⁷⁰. Şöyle ki, çekişmesiz yargı faaliyeti sonunda verilen kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri için, kararın sonradan haksız veya hatalı olduğu anlaşıldığında ya da kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni vakıalara göre kararı değiştirilebilmenin mümkün olduğu kabul edilir⁸⁷¹. HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sonradan ortaya çıkan nedenlerle adlî yardım talep edilebileceği ve 338. maddesine göre de adlî yardım şartlarının gerçekte mevcut olmadığı ya da sonradan ortadan kalktığı anlaşılırsa, adlî yardım kararının kaldırılacağı düzenlenmiştir⁸⁷². Dolayısıyla, adlî yardım talebi ile ilgili verilen kararın özelliklerinden de, adlî yardım incelemesinin, bir çekişmesiz yargı işi olduğu anlaşılır.

Burada çekişmesiz yargı işlerinin sayıldığı HMK'nın 382. maddesinin ikinci fıkrasında adlî yardım talebinin yer almamış olması sebebiyle, adlî yardımın bir çekişmesiz yargı işi olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. Ancak 382. maddenin Hükümet Gerekçesi'nde, maddenin birinci fıkrasında çekişmesiz yargıya ilişkin temel ölçütler esas alınarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırlarının çizildiği ve ikinci fıkrada da açıkça çekişmesiz yargı işi olarak sayılmayan işlerin birinci fıkrada belirtilen kriterlere uyduğu takdirde çekişmesiz yargı işi olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁸⁷³. Dolayısıyla adlî yardım talebinin HMK'nın 382. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmamış olması, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesine engel değildir. Burada önemle şunu vurgulamakta yarar vardır ki, adlî yardım herşeyden önce medenî usûl hukukunda sosyal düşüncelerle ihdas edilen kendine özgü bir kurumdur. Bu sebeple, adlî yardım talebinin hukukî nitelemesini yaparken, hukukumuz bakımından içeriğine en uygun olan hukukî kurumun, çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmek gerekir.

⁸⁷⁰ O. Atalay (1986), s. 70.

⁸⁷¹ Ansay (1960), s. 27 vd.; O. Atalay (1986), s. 70.; Kuru (1961), s. 188-195.; Kuru vd. (2011), s. 72.; Pekcanitez vd. (2011), s.85-86.

⁸⁷² O. Atalay (1986), s. 70.; Yaşar (2006), s. 2018-2019.

⁸⁷³ Bkz. 6100 sayılı HMK'nın m. 365'in Hükümet Gerekçesi.

6.3. Adli Yardım Talebi ve İnceleme Usûlü

6.3.1. Adli yardım talebinin yapılış şekli ve zamanı

Adli yardım talebi, asıl davaya veya genel olarak asıl talebe (icra takibi ya da adli yardım hükümlerinin uygulandığı diğer talepler) bağlı bir talep olup, tek başına bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla mahkemeye adli yardım talebi için başvurulduğunda, adli yardımın hangi dava veya talep için talep edildiğinin belirtilmesi gerekir. Zira hangi dava veya talep için adli yardım talep edildiğinin belirtilmediği durumlarda mahkeme, adli yardım talebini esastan, diğer bir ifadeyle, adli yardımın şartlarının mevcut olup olmadığına ilişkin herhangi bir inceleme yapmayarak usûlden reddedecektir⁸⁷⁴.

Adli yardım talebi, asıl davaya veya genel olarak asıl talebe bağlı bir talep olduğundan açılmış ve görülmekte olan bir dava veya başvurulmuş bir talebin yargılaması devam ederken talep edilebileceği gibi, asıl davadan veya asıl talepten önce (HMK m. 336/1, HUMK m. 468, 469/III)⁸⁷⁵, hatta ilk derece yargılaması sona erdikten sonra, diğer bir ifadeyle, kanun yolu aşamasında da talep edilebilir (HMK m. 336/3)⁸⁷⁶. Dolayısıyla, yargılamanın hangi aşamasında olunursa olunsun davanın tarafları veya talep sahibi kimse ya da ailesi yargılama giderlerinin ödenmesi bakımından ekonomik anlamda yetersiz duruma gelmişse, Kanun'un aradığı anlamda haklılık şartının da gerçekleşmesiyle adli yardım talebinde bulunabilir⁸⁷⁷.

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi⁸⁷⁸, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, kanun yolları aşamasında adli yardım hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda öğreti ve yüksek mahkeme uygulaması bakımından görüş birliği mevcut değildi. Buna karşın, HMK'nın 336. maddesinin üçüncü fıkrası ile öğretilerde tartışmalara sebep olan ve yüksek mahkeme uygulaması ile kabul edilmeyen

⁸⁷⁴ O. Atalay (1986) s. 71.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.; karş. "Alman hukukunda (ZPO), yargılama gideri yardımı talebi genelde asıl dava dilekçesi ile birlikte yapılır. Böyle durumlarda davacı tarafından asıl davanın yalnız yargılama gideri yardımı talebi kabul edildiğinde mi yoksa yardım talebi kabul edilmediği takdirde de açılıp açılmayacağının belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde davacının yargılama gideri yardımı kabul edilsin veya edilmesin asıl davasını açmak istediği varsayılır." Plischuk (2002), s. 9.

⁸⁷⁵ O. Atalay, (1986) s. 73.; Bilge ve Önen (1979), s. 346-347.; Kalthoener vd. (2004), s. 40 Rn. 110-111.; Kuru (2001a), s. 5422, 5425.; Üstündağ (1997), s. 777.; Yaşar (2006), s. 2018.; Plischuk (2002), s. 9.; Schilken (2002), s. 540 Rn. 1102.

⁸⁷⁶ "Alman hukukunda yargılama gideri yardımı ZPO § 119/I uyarınca, icra takibi aşaması da dâhil olmak üzere her dava ve yargılamanın her aşaması için ayrıca talep edilir." Grunsky ve Baur (2006), s. 264 § 21 Rn. 305.; Rosenberg vd. (2004), s. 571 § 87 Rn. 29.; Schellhammer (2004), s. 819 Rn 1771.; Thomas ve Putzo (2005), s. 212§ 114 Rn. 1.

⁸⁷⁷ O. Atalay (1986), s. 73.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.

⁸⁷⁸ Bkz. yukarıda, 3. bölüm, 3. Adli Yardımın Uygulanma Alanı başlıklı kısım.

kanun yollarında adlî yardımdan yararlanabilme imkânı açıkça getirilmiştir⁸⁷⁹. Ancak kanun yolu aşamasında adlî yardım talep edildiğinde, bu talebin hangi merciye yapılacağı belirtildiği halde, adlî yardım incelemesinin nasıl olacağı hususu Kanun'da düzenlenmemiştir. Kanımızca, (5235 sayılı Adlî Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile kurulan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen henüz faaliyete geçmeyen) bölge adliye mahkemeleri tarafından yapılacak olan istinaf kanun yolu aşamasında talep edilen adlî yardım incelemesi bakımından herhangi bir farklılık olmayacaktır. Zira istinaf kanun yolu aşamasında, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar, ispat ve hukuka uygunluk yönünden tekrar incelenir⁸⁸⁰. Dolayısıyla, adlî yardım şartlarının mevcut olup olmadığı, adlî yardım talebinin yapıldığı yetkili bölge adliye mahkemesi tarafından tıpkı ilk derece mahkemesinde olduğu gibi incelenecektir. Ancak Yargıtay tarafından incelenecek olan temyiz kanun yolu aşamasında talep edilen adlî yardım incelemesi bakımından aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Zira temyiz kanun yolu aşamasında, istinaf kanun yolundan farklı olarak Yargıtay, ilk derece mahkemeleri (bölge adliye mahkemeleri faaliye geçtikten sonra da bölge adliye mahkemeleri) tarafından verilen kararların hukuka ve kanuna uygunluk denetimini yapar. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay'da temyiz icelemesi sırasında, daha önce ileri sürülmeyen yeni vakıaların ileri sürülmesi ve incelenmesi mümkün değildir⁸⁸¹. Bu durumda, temyiz kanun yolu aşamasında Yargıtay'a yapılan adlî yardım talebinde, adlî yardım şartlarının mevcut olup olmadığının ilk derece (veya bölge adliye) mahkemesi kararını yalnızca hukukîlik bakımından denetleyecek olan Yargıtay tarafından incelemesi, Yargıtay'ın işleyişine pek uygun değildir. Dolayısıyla, temyiz kanun yolu aşamasında adlî yardım talebi dosya henüz Yargıtay'a gönderilmeden yapılmışsa, ilk derece (veya bölge adliye) mahkemesinin, dosyayı Yargıtay'a göndermeden önce adlî yardım talebi hakkında karar vermesi daha doğru olacaktır⁸⁸². Ancak Yargıtay'da temyiz incelemesi devam ederken, diğer bir ifadeyle, dosya ilk

⁸⁷⁹ O. Atalay (2006), s. 100.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK'nın m. 336'nın Hükümet Gerekçesi.

⁸⁸⁰ Hukukumuzda istinafla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. C. Akil (2010). *İstinaf Kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 319 vd.; T. Akkaya (2009). *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 53 vd. ; Karşı (2011), s. 657 vd. ; Kuru vd. (2011), s. 605 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 600 vd.; E. Yılmaz (2005). *İstinaf..* (Genişletilmiş 2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 21 vd.

⁸⁸¹ Kuru vd. (2011), s. 623, Pekcanitez vd. (2011), s. 616, 654-655.

⁸⁸² Rechberger ve Simotta (2003), s. 192 Rn. 306. ; Avusturya hukukunda benzer yöndeki uygulama için bkz. yukarıda 1. bölüm, 2.2.2. Avusturya hukukunda adlî yardım başlıklı kısım.

derece (veya bölge adliye) mahkemesi tarafından Yargıtay'a gönderildikten sonra adli yardım talebinde bulunulduğunda, bu talep zaten Yargıtay'a hitaben yapılmış olduğu için, Yargıtay'ın temyiz incelemesine ara verip, adli yardım talebi hakkında karar vermesi gerekecektir. Zira bu durum her ne kadar Yargıtay'ın işleyişine pek uygun olmasa da, temyiz incemesine ara verip, adli yardım talebi hakkında karar vermesi için dosyayı ilk derece (veya bölge adliye) mahkemesine göndermesi, usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmaz.

Adli yardım talebinin şekli konusunda HMK'nın 336. maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak aşağıda ifade edileceği üzere⁸⁸³, adli yardım talebinin incelenmesinde basit yargılama usûlü geçerlidir. Basit yargılama usûlünde davanın açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile mümkün olduğu için (HMK m. 317), adli yardım talebinin de adli yardım kararını vermeye yetkili mahkemeye hitaben yazılmış bir dilekçe ile yapılması gerekir.

Adli yardım talebine, adli yardımın hangi dava veya iş için istenildiğinin mahkemeye bildirilmesi gerektiğinden, asıl davanın veya asıl takip ya da talebin özeti ile adli yardımdan yararlanabilmek bakımından asıl dava veya takip ya da talebin haklı olduğu yolunda hâkimde yaklaşık bir kanaat uyandıracak ispat faaliyet için gerekli olan delillerin de eklenmesi gerekir (HMK m. 336/2, HUMK m. 468/I)⁸⁸⁴. Ayrıca adli yardım talebi ile birlikte ekonomik anlamda yetersizlik şartının varlığını ispata yarayacak ekonomik duruma ilişkin belgelerin de mahkemeye sunulması zorunludur (HMK m. 336/2)⁸⁸⁵.

Asıl davanın yargılaması devam ederken, adli yardım talebinin söz konusu olduğu durumlarda da, adli yardım talebi, asıl davanın yargılamasının yapıldığı mahkemeye adli yardım talebini içeren bir dilekçe ile yapılabilecektir (HMK m. 317, m. 336/2). Ancak mahkeme tarafından asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adli yardım talebinin incelemesinin, ön soruna ilişkin hükümlere göre yapılması gerekir⁸⁸⁶. Ön sorunun ileri sürülmesi başlıklı HMK'nın 163. maddesinde de, *yargılama sırasında*

⁸⁸³ Bkz. aşağıda, 3. bölüm, 7. Adli Yardım Talebinde Yargılama Usûlü başlıklı kısım.

⁸⁸⁴ Bilge ve Önen (1978), s. 347.; Kuru (2001a), s. 5422.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.; Rosenberg vd. (2004), s. 573 § 87 Rn. 41.; Schellammer (2004), s. 829 Rn. 1799.; Üstündağ (1997), s. 777.

⁸⁸⁵ O. Atalay (2006), s. 100.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.

⁸⁸⁶ Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. aşağıda, 3. bölüm, 7. Adli Yardım Talebinde Yargılama Usûlü başlıklı kısım.

davaya ilişkin bir ön sorun çıktığında bunun ilgili tarafça dilekçe vermek suretiyle ya da duruşma sırasında sözlü olarak da ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Buna göre, asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adlî yardım talebi, asıl davanın yargılamasının yapıldığı mahkemeye sözlü olarak da yapılabilir. Ancak HMK'nın 336. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça adlî yardımın nasıl talep edilebileceği düzenlenmiş olduğundan, kanımızca talebin sözlü olarak da yapılabileceğini öngören ön soruna ilişkin hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

6.6.2. Adlî yardım talebinin sonuçları

Medenî usûl hukukumuzda dava açmanın maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından birtakım sonuçları bulunur⁸⁸⁷. Maddî hukuk bakımından gerçekleşen sonuçlardan biri de, davanın açılması ile dava konusu alacak veya hak için söz konusu olan zamanaşımı süresinin kesilmesidir (6098 sayılı TBK m. 154/I, 2). Ancak adlî yardım talebi, yukarıda belirtildiği üzere⁸⁸⁸, bir dava olmayıp, çekişmesiz bir yargı işidir ve adlî yardım talebinde bulunmanın asıl davanın zamanaşımı süresine nasıl bir etkisinin olacağı konusunda hukukumuzda bir açıklık bulunmamaktadır.

Adlî yardım talebinin asıl davanın zamanaşımı süresine etkisinin, asıl davanın (veya asıl takibin) açılmasından önce yapılması ile açılmış ve görülmekte olan asıl davanın yargılamasının devamı sırasında yapılması hallerinde farklılık göstereceğini ifade etmek gerekir. Buna göre, eğer adlî yardım talebi asıl davanın açılmasından önce yapılmışsa, adlî yardım kurumunun düzenleniş amacı -maddî hukuk bakımından bir hak sahibi olduğunu iddia eden ve fakat bu iddiasını dava ve takip yoluyla ileri sürmek için gereken ekonomik kaynaklardan yoksun olan kimselerin bu haklarını elde edebilmeleri için gereken kolaylığın sağlanması hususu- dikkate alındığında, adlî yardım talebinin yapıldığı andan itibaren mahkemenin bu konuda karar vereceği ana kadar, asıl dava için işleyecek olan zamanaşımı süresinin durmasının kabul edilmesi yerinde olur⁸⁸⁹. Bu

⁸⁸⁷ Dava açmanın sonuçları ile ilgili olarak bkz. Kuru vd. (2011), s. 305 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 338 vd.

⁸⁸⁸ Bu konuda bkz. yukarıda 3. bölüm, 6.3.2. Adlî yardımın hukukî niteliği başlıklı kısım.

⁸⁸⁹ "Adlî yardım talebinde bulunmakla, dava açılmasında olduğu gibi zamanaşımının kesildiğinin kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak adlî yardım talebinin reddedilme ihtimalinin de bulunduğu dikkate alınarak, zamanaşımının kesilerek yeniden işlemeye başlaması menfaat dengesi bakımından uygun değildir. Oysa adlî yardım talebinin zamanaşımını durduğu kabul edilirse, adlî yardım talebinin reddedilmesi ve talepte bulunanın adlî yardımdan yararlanamadığı için dava açamaması durumunda,

konuda 6098 sayılı TBK'nın zamanaşımını durduran sebeplerin düzenlendiği 153. maddesine “*Alacaklının alacağını talep etmesinin güç ya da olanaksız olduğu diğer haller*” şeklinde yeni bir bendin veya HMK'nın adli yardım kurumunu düzenleyen hükümleri arasına “*mahkeme tarafından adli yardım talebi hakkında karar verilmesine kadar asıl dava için işleyecek olan zamanaşımı süresinin duracağına*” ilişkin bir hükmün eklenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁹⁰. Buna benzer bir düzenlemeye Alman hukukunda yer verilmiştir. Alman Medenî Kanunu'nda asıl davadan önce yapılan yargılama gideri yardımı başvurusunun ileride açılacak olan asıl davanın hak düşürücü süresini koruduğu ve zamanaşımı süresini engellediğine ilişkin açık bir hüküm yer alır (BGB § 204/1 No. 14)⁸⁹¹.

Eğer adli yardım talebi, açılmış ve görülmekte olan asıl davanın yargılama süreci devamı sırasında yapılmışsa, 6098 sayılı TBK'nın 154/2. maddesi gereği davanın açılmasıyla birlikte zamanaşımı zaten kesilmiş olduğundan, adli yardım talebinin yapılmasının zamanaşımı süresine bir etkisi olmayacaktır⁸⁹². Davanın açılmasıyla kesilen ve fakat - tarafların yargılama ile ilgili işlemleri ve hâkimin her kararının sonucunda- yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı (6098 sayılı TBK m. 156/1) adli yardım talebinin yapılması ile kesilerek yeniden işlemeye başlamayacaktır. Zira adli yardım talebi yargılama ile ilgili bir işlem değildir⁸⁹³. Ancak açılmış ve görülmekte olan asıl davanın yargılama süreci devamı sırasında yapılan adli yardım talebinin, davanın açılmasıyla kesilen ve yeniden işlemeye başlayan zamanaşımını, mahkeme tarafından adli yardım talebi hakkında karar verilinceye kadar durduracağını ifade etmek mümkündür⁸⁹⁴.

HUMK'un 468. maddesinin 2. fıkrasında adli yardım talebinin dayanağı olan belgelerin damga vergisi ve diğer resimlerden muaf olduğu belirtilmiştir⁸⁹⁵. Buna

zamanaşımı durduğu yerden işlemeye devam edecektir." Deliduman (2005), s. 1121.; "Adli yardım talebinde bulunmak, zamanaşımını kesmez." Kuru (2001), s. 5422.; Yaşar (20061), s. 2019.

⁸⁹⁰ Deliduman (2005), s. 1120.

⁸⁹¹ Deliduman (2005), s. 1120.; Schellammer (2004), s. 829 Rn. 1799.

⁸⁹² Deliduman (2005), s. 1121.

⁸⁹³ Deliduman (2005), s. 1122.

⁸⁹⁴ Deliduman (2005), s. 1122.

⁸⁹⁵ “Uygulamada ise dava dilekçesi adli yardım talepli ise, peşin olarak alınması gereken karar ve ilam harcı alınmamakta; ancak başvuru harcı, posta masrafları tahsil edilmekteydi. UYAP sisteminin Türkiye’nin her yerinde uygulanmaya başlanması ile tüm davalar UYAP üzerinden açılmaya başlayınca bütün harç ve giderlerin yatırılması zorunluluğu da oluşmuştur. Zira UYAP üzerinden bir davanın açılabilmesi için, sistemde tanımlanan bütün harç ve giderlerin yatırılması gerekli olduğundan, gereken

karşılık, HUMK'un 468. maddesinin ikinci fıkrasındaki yetersiz düzenleme ve adli yardım kurumunun amacı dikkate alınarak, de lege ferenda adli yardım talebi için başvurma harcından da muafiyet getirilmesinin uygun olacağı düşüncesiyle⁸⁹⁶, HMK'nın 336. maddesinin dördüncü fıkrasında adli yardıma ilişkin evrakın her türlü harç ve vergiden muaf tutulacağı hususu belirtilmiştir. Ancak belirtilen madde gereği, adli yardım talebi bakımından getirilen bu muafiyetler, adli yardım kararı neticesinde sağlanan muafiyetler gibi geçici bir nitelik arz etmediği için, adli yardım talebi mahkemece haklı görülmeyle reddedilse bile, talepte bulunan kimseden geri alınmaz. Dolayısıyla HMK'nın 336. maddesinin dördüncü fıkrası gereği, adli yardım talep edilebilmesi ve bu talebin incelenebilmesi için talepte bulunan kimseden herhangi bir şekilde harç veya diğer yargılama gideri alınmaz. Uygulamada mahkemeler tarafından adli yardım incelemesi için gereken yargılama giderleri, suçüstü bütçesinden karşılanmaktadır. Ayrıca adli yardım talebi asıl dava açılırken veya asıl talebin başvurusuyla birlikte yapılmışsa, mahkemece adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmaz (HMK Yönetmeliği m. 45/2).

6.3.3. Adli yardım talebinin ispatlanması

Adli yardım talebinin mahkeme tarafından incelenmesi sırasında adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartların gerçekleştiğinin ispatı ve ispat faaliyeti sırasında gösterilecek deliller önem arz eder. Bu anlamda adli yardımdan yararlanabilmek için gereken her bir şartın ayrıca ispat edilmesi gerektiğinden, çalışmamızın bu kısmında, her bir şartın ispatı hususu ayrı başlıklar altında incelenecektir.

6.3.3.1. Ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatlanması

Yukarıda adli yardımdan yararlanabilecek kişilerin kimler olduğu belirtilmişti⁸⁹⁷. Adli yardım talep eden gerçek kişi ise, öncelikli olarak kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun durumda olduğunu; adli yardım talep

bütün harç ve giderler yatırılmadığı sürece davanın açılması, dolayısıyla hâkimin adli yardım talebini incelemesi mümkün olmamaktaydı.” Akbal (2011), s. 158.

⁸⁹⁶ O. Atalay (1986), s. 73.; Kabakçioğlu (1947), s. 386.; Kuru (2001a), s.5422 dn. 14a.; Yaşar (2006), s. 2018.

⁸⁹⁷ Bkz. yukarıda 3. bölüm, 4. Adli Yardımdan Yararlanabilen Kimseler başlıklı kısım.

eden kamuya yararlı dernek veya vakıf ise, mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olduğunu ispat etmek zorundadır.

HMK'nın 336. maddesinin ikinci fıkrasında (HUMK m. 468) adli yardım talebinde bulunan kimsenin yargılama giderlerini karşılayabilmek bakımından ekonomik anlamda yetersiz durumda olduğunun ispatı için gereken delilleri de sunması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹⁸.

HUMK'un 468. maddesi uygulaması bakımından ekonomik anlamda yetersizlik olarak ifade edilen yoksulluk şartının ispatı için gereken belgelerden biri "*yoksulluk belgesi*" olarak kabul edilmekteydi. Yoksulluk belgesi, adli yardım talep eden kimsenin başvurusu üzerine belediye veya köy ya da mahalle ihtiyar heyetleri tarafından verilen bir belgedir⁸⁹⁹. Adli yardımdan yararlanabilmek için gereken yoksulluk şartının gerçekleştiğinin ispatına yarayan yoksulluk belgesinde⁹⁰⁰, talepte bulunan kimsenin ekonomik geliri, mal varlığı, ödemekle yükümlü olduğu vergiler, birlikte yaşadığı aile üyelerinin ekonomik geliri ve olağan giderleri ile talepte bulunan kimsenin adli yardım talebinin konusunu oluşturduğu dava veya diğer talepler için gerekli olan yargılama giderlerinin ödenmesinde ekonomik anlamda yetersizlik içerisinde bulunduğuna ilişkin bilgiler yer alır⁹⁰¹.

Yoksulluk belgesinin düzenlenmesi idarî bir işlem olduğundan belediye veya ihtiyar heyetleri tarafından yoksulluk belgesinin verilmesine ilişkin taleplerin

⁸⁹⁸ O. Atalay (1986), s. 74.; Kuru vd. (2011a), s. 744.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 708.

⁸⁹⁹ "...Yasa'nın adli müzaheretten kimlerin yararlanacağını düzenleyen 468. maddesinde de adli müzaheret talep edenlerin, belediyeden veya ihtiyar heyetinden alacakları dava masraflarını ödeyecek kudretlerinin olmadığını gösterir bir ilmühaberin mahkemeye ibrazının yasal zorunluluk olduğu hükme bağlanmıştır... Her ne kadar, Mahkemesince adli yardım talebinin kabul edilmemesinde bu yönde haklı olduğuna dair delillerin dosyaya sunulmadığı gerekçesine dayanılmış ise de, davacı tarafından muhtar ve iki aza tarafından imzalanmış olan fakirlik kâğıdı, adına kayıtlı herhangi bir araç bulunmadığına dair trafik şube müdürlüğünden alınmış yazılar ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Müdürlüğünden kendisine herhangi bir aylık veya yardım bağlı olmadığına dair yazıların dosyaya sunulmuş olması karşısında adli yardım talebinde haklı olunmadığından söz etmeye olanak yoktur." D. 8. D. 1.6.2009 T., 2009/363 E., 2009/3579 K.. karar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası

⁹⁰⁰ HMK'nın 336. maddesi ile HUMK'da yer alan belediye veya ihtiyar heyetlerince verilecek yoksulluk belgesinin sunulması zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak yine de gerek HMK hükümleri uyarınca mahkemelere yapılan adli yardım taleplerinde, gerekse AvK hükümleri uyarınca barolara yapılan adli yardım taleplerinde, yoksulluk belgesi de, ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı bakımından diğer delillerin yanında bir delil olarak kullanılmaya devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle, adli yardım talebinde bulunan kimse, ekonomik anlamda yetersizlik şartını ispatlayabilmek bakımından, isterse yoksulluk belgesini de delil olarak sunabilir.

⁹⁰¹ O. Atalay (1986), s. 74–75.

reddedilmesi durumunda, talepte bulunan kimsenin bu red kararına karşı idarî yargı yoluna başvurması mümkündür⁹⁰². Ancak yoksulluk belgesinin verilmesine ilişkin talebin reddine karşı idarî yargı yoluna başvurmak masraf ve zaman kaybı yapmak bakımından hem yararsız hem de gereksizdi. Zira HUMK'un 468. maddesinde ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında kanunî delil veya kesin delil ilkesi benimsenmediği için, yoksulluk belgesi, ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı bakımından ikame edilebilecek tek delil değildi⁹⁰³. Yine HUMK uygulamasında Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği'nin *"Adlî müzaherete nail olmağa müteallik taleplerde ibraz edilen vesikalara göre HUMK'un 465 inci maddesindeki şartların bulunduğu hâkim tarafından kanaat getirilmez ve bu hususta icabeden mercilerden soruşturmaya başlanırsa Kalem Şefi veya Muavini, davacıya adlî müzaherete nail sayılmasına daha karar verilmemiş olduğunu ve bu sebeple dava arzuhalinin harçsız kabul edilemeyeceğini anlatır."* hükmünü içeren 19. maddesinde adlî yardım talebini inceleyen mahkemenin, adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik ve sosyal durumunu araştırabileceği düzenlenmişti ve bu durum özellikle adlî yardım talebinin zamanaşımı kesen bir neden olmadığının tespiti bakımından önem taşımaktaydı⁹⁰⁴.

⁹⁰² O. Atalay (1986), s. 75.

⁹⁰³ O. Atalay (1986), s. 75.; "Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 29.8.1940 tarihinde yayınladığı eski bir genelgesinde, adlî yardım talepleri bakımından, yoksulluk belgesinin belediye ve ihtiyar heyetlerince ciddi bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın her talep edene verilebildiği hususu dikkate alınarak, doğacak zararların ve haksız başvuruların engellenebilmesi için mahkeme tarafından ekonomik anlamda yetersizlik şartının incelemesinde, HUMK'un m. 465'deki ölçütün esas alınarak karar verilmesi gerektiği belirtilmişti." O. Atalay (1986), s. 76.

⁹⁰⁴ Taşkın (1999), s. 133.; Taşkın (2000), s. 844-845.; "...Görülüyor ki kanun koyucu adlî müzaherete nail olma için yapılan başvuruyu zamanaşımını kesen sebep olarak kabul etmemiştir...Olayda davacı her ne kadar dava dilekçesinde adlî müzaheret talebinde bulunmuş ise de, dava adlî müzaheret talebinin kabulüne karar verildiği 10.2.1982 tarihinde açılmış sayılır...Muhalefet Şerhi: Adlî yardım, dava açılmadan istenilmiş ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Yasasının 465. maddesinde gösterilen şartların bulunmaması sebebiyle gerekli araştırmaya başlanmış ise, Hukuk ve Ticaret Mahkemesi Yazı İşleri Yönetmeliğinin 19. maddesi gereğince Yazı İşleri Müdürünün, davacıya adlî yardımdan istifade etmesi konusunda henüz daha karar verilmediğini ve bu sebeple de dilekçenin harçsız kabul edilemeyeceğini anlatması gerekir. Amaç davacıyı işleyen zamanaşımı konusunda dikkate sevk etmektir. Her iki davacı dilekçelerinde açıkça adlî yardım isteğinde bulunmuşlardır. Dilekçeleri hâkim tarafından havale edilmiş herhangi bir harç alınmadan esas defterine gerekli olan kayıt yapılmıştır. Hâkim yahut onun denetimini altındaki yazı işleri müdürü, davacılara adlî yardım istekleri konusunda karar alınmadığını, bu sebeple de dilekçelerin harçsız kabul edilmeyeceğini bildirmemiştir. Bu açıklama karşısında davanın mahkeme esas defterine kayıt tarihinde açıldığını kabulü zorunludur (HUMK. m.178). Davanın açıldığı bu tarihte de zamanaşımı kesilmiştir (BK. m.133/1). Mahkeme yasanın açık hükmüne aykırı olarak adlî yardımın şartlarını yargılama sırasında araştırmış ve aradan bir yılı aşkın süre geçtikten sonra 10.2.1982 de adlî müzaheret kararı vermiştir. Davacıların harç yatırmaya ve diğer yargılama giderlerini de karşılamaya güçlerinin olmadığı bu kararla da sabittir. Mahkemenin kusurlu davranışının sonuçlarının davacılara yükleyip, davanın adlî müzaheret kararının verildiği 10.2.1982 de açıldığının kabulüne imkân yoktur.

HMK'nın 336. maddesinin ikinci fıkrasında ise, adlî yardım talebinde bulunan kimselerin, haklılık şartını ispata yarayacak biçimde, asıl dava veya işle ilgili özet bir bilgi ile birlikte dayanacağı delillerin neler olduğunu ve yoksulluk koşulunun varlığını ispata yarayacak, mali durumuna ilişkin belgeleri de talebiyle birlikte mahkemeye sunması gereği vurgulanmıştır⁹⁰⁵. HUMK'da yer alan ve günümüzde yeterli bir ispat aracı olma özelliğini yitirmiş olan, belediye veya ihtiyar heyetlerince verilecek yoksulluk belgesinin sunulması zorunluluğu da kaldırılmıştır. Böylece, ekonomik durumun ispatı bakımından hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her tür belge delil olarak kullanılabilir⁹⁰⁶. Bu anlamda, adlî yardım talebinde bulunan kimse, yargılama giderlerini ödeyebilmek bakımından ekonomik anlamda yetersiz olduğunu sosyal güvenlik kurumu, çalıştığı kurum veya tapu dairesi, vergi dairesi, trafik sicili gibi ilgili kurumlardan alacağı belgelerle ispatlamalıdır⁹⁰⁷. Ayrıca hâkim, ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleştiğini, adlî yardım talep eden kimsenin gösterebileceği delillerin yanı sıra, re'sen ilgili kurumlardan adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik durumuna ilişkin bilgi alarak veya kolluk makamları aracılığıyla ilgilinin ekonomik ve sosyal durumuna ilişkin araştırma yaptırarak⁹⁰⁸ da başvurabileceği her türlü delille kanaat getirebilecektir. Yine adlî yardım talebinde bulunan kimse ekonomik anlamdaki yetersizliğini idarî makamlardan alacağı yoksulluk belgesi ile ispatlaması da mümkündür. Zira HMK'nın 336. maddesi, ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında yoksulluk belgesinin delil olarak gösterilmesine engel değildir. Diğer bir ifadeyle, yoksulluk belgesinin delil değerini yitirdiğini tamamen ifade etmek mümkün değildir. HMK'nın 336. maddesi yalnızca, yoksulluk belgesinin sunulması zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla yoksulluk belgesi de delil olarak gösterilmeye devam edecek; ancak yoksulluk belgesi verilmesine ilişkin talebin ilgili makamlarca reddedilmesi durumunda bile mahkemeden adlî yardım talep edilebilecektir.

Davanın hâkiminin havalesi ve esas defterine kayıt tarihi itibarıyla zamanaşımına uğramadığı açıktır. Açıklanan sebeplerle de değerli çoğunluğun bozma doğrultusunda oluşan kararlarına iştirak edilmemiştir." Y. 2. HD. 24.2.1995 T., 1995/926 E., 1995/2327 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası; Kararın değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Deliduman (2005), s. 1122-1127.; Kuru (2001a), s. 5423-5425.; Yaşar (2006), s. 2019-2020.

⁹⁰⁵ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 336'nın Hükümet Gerekçesi.

⁹⁰⁶ O. Atalay (2006), s. 100.

⁹⁰⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 708-709.

⁹⁰⁸ O. Atalay (1986), s. 75.

Adlî yardım talebini inceleyen hâkimin adlî yardım kararı verebilmesi için, adlî yardım talep eden kimsenin kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemekten yoksun olduğu yolunda ikna edilmesi gerekir⁹⁰⁹. Adlî yardım talebini inceleyen hâkimin, adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik anlamda yetersizliğine kanaat getirebilmesi için somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak incelemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım talep eden kimsenin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin yanı sıra özellikle adlî yardımın talep edildiği dava veya takip ya da talebin niteliği, dava konusunun (müddeabihin) değeri, kişinin bakmakla yükümlü olduğu kimselerin olup olmaması gibi hususların da değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, dava konusunun değerinin yüksek olduğu bir alacak davası bakımından adlî yardım talep eden kimsenin ev, araba gibi malvarlığı değerlerine sahip olması, yargılama giderlerini ödemede yoksun olmadığı sonucuna ulaştırmamalıdır. Zira Kanun'un aradığı anlamda ekonomik yetersizlik kişinin kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemekten yoksun olmasıdır; yoksa kişinin sahip olduğu malvarlığı değerlerini paraya çevirerek yargılama giderlerini karşılaması beklenemez. Yine iş, tüketici, kira veya nafaka, velâyet gibi aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda da kişinin çalışmakta olması ya da sosyal güvenlik kurumlarından gelir elde etmekte olması gibi sebeplerle yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemekten yoksun olmadığı kanaatine ulaşılmamalıdır. Adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının kanunî düzenlemesinden ve adlî yardım sisteminin işleyişi dolayısıyla belirtilen şartla ilgili karşılaşılan sorunlar ve bu sorunların aşılması noktasında geliştirilebilecek öneriler ile ilgili açıklamalara aşağıda ilerleyen bölümlerde yer verilecektir⁹¹⁰.

Adlî yardımdan yararlanabilmek için gerçekleşmesi gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartı, her türlü delille (takdiri delillerle) ispat edilebilir. Bu ispatın türünün, Alman hukukunda “*freibeweis*” olarak ifade edilen “*serbest ispat*” olduğu kabul edilir. Zira ekonomik anlamda yetersizlik şartı, hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her türlü delille ispat edilebileceği gibi, adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik ve sosyal

⁹⁰⁹ O. Atalay (1986), s. 76.

⁹¹⁰ Bkz. aşağıda Adlî Yardımla İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı 5. bölüm.

durumu bakımından hâkim tarafından re'sen araştırma yapılması da mümkündür⁹¹¹. Ancak ispatın türü serbest ispat olmasına rağmen ispatın ölçüsü, tam (kesin) ispattır. Zira adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik anlamda yetersiz durumda olduğunun ispatı, kesin delillerle ispatlanması gereken bir husus olmayıp, ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleştiğine hâkim tarafından dosyanın bütününe, karşı tarafın bu konudaki beyanına ve diğer delillere göre karar verilecektir⁹¹². Dolayısıyla, adlî yardım talep eden kimsenin, ekonomik anlamda yetersizliği ile ilgili ispat konusunda hâkimin tam bir kanaate sahip olması gerekir. Bu bakımdan ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında tam ispat ölçüsünün arandığını ifade etmek gerekir⁹¹³.

Alman hukukunda, yardım talebinde bulunan kimsenin yardımdan yararlanabilmesi için ZPO § 115 gereği esas alınacak gelirin hesabında; tatil ve Noel ücretleri, çocuk parası, oturma parası dikkate alınırken, sosyal yardım, üçüncü şahısların gönüllü hizmetleri, eğitim parası gibi hususlar gelire dâhil olmadığı için hesaba katılmaz⁹¹⁴. Avusturya hukukunda ise ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı bakımından adlî yardım talebinde bulunan kimsenin, dilekçesine dört haftadan önceye ait olmamak şartıyla gelirleri, giderleri, aile durumu, varsa nafaka yükümlülüğü ve diğer yükümlülüklerinin yer aldığı bir mal beyanını eklemesi gerekir⁹¹⁵.

Adlî yardımdan yararlanabilecek olan tüzel kişiler yalnızca kamuya yararlı dernek ve vakıflar olduğundan, bu kişiler de ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında, mevcut dava veya takip ya da talep için gereken yargılama giderlerini ödeyecek tutarda gelire sahip olmadıklarına ilişkin - tüzel kişiliğe ait defterler, hesap özetleri, makbuzlar gibi- her türlü yazılı delile başvurabilir. Ayrıca tüzel kişiliğe ait hesaplara ilişkin bilirkişi incelemesi de yapılabilir. Yine gerek mahkeme tarafından re'sen gerekse adlî yardım talep eden kamuya yararlı dernek veya vakıf tarafından tapu dairesi, vergi dairesi, trafik sicili gibi ilgili kurumlardan alınacak bilgi ve belgelerle de tüzel kişinin ekonomik anlamdaki yetersizliği ispatlanabilir.

⁹¹¹ O. Atalay (1986), s. 76.

⁹¹² Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹¹³ Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹¹⁴ Schellammer (2004), s. 820 Rn. 1774.; Thomas ve Putzo (2005), s. 218 § 115 Rn. 3.

⁹¹⁵ Fasching (2000), § 66, s. 926 Rn. 1-2.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 279 Rn. 249.; Rechberger ve Simotta (2003), s. 192-193 Rn. 306.

6.3.3.2. Haklılık şartının ispatlanması

Açılmış ve görülmekte olan bir davadan (veya takipten ya da talepten) önce yapılan adlî yardım taleplerinde, haklılık şartının ispatı bakımından, adlî yardım talebi için mahkemeye başvuru yapılırken asıl davanın özeti ile birlikte dayanılan delillerin neler olduğunun da belirtilmesi gerekir (HMK m. 336/2; HUMK m. 179/3, m. 180)⁹¹⁶.

Eğer adlî yardım talebi, açılmış ve görülmekte olan bir davanın (veya talebin) yargılaması devam ederken yapılmış ise, adlî yardım talebinin delillerin ikamesi aşamasına gelmeden önce yapılması durumunda, adlî yardım talebi ile birlikte delillerin de neler olduğunun somut bir şekilde belirtilmesi gerekir⁹¹⁷.

Yukarıda adlî yardımdan yararlanabilme şartları incelenirken belirtildiği üzere⁹¹⁸, HMK sistemimiz, adlî yardım talep eden kimsenin, adlî yardımdan yararlanabilmesi için adlî yardım talep etmesine neden olan asıl davası veya takip ya da talebinde haklı olması ihtimalinin bulunmasını veya açıkça haksız olmamasını şart koşar. Diğer bir ifadeyle, bir nevi "*hâkimin inandırılması*" gerekir. Aslında kanun koyucunun burada aradığı anlamda inandırma faaliyeti ile tam bir ispat faaliyetinin gerçekleşmesi kastedilmez. Zira burada hâkimin inandırılması faaliyeti ile amaçlanan, tam ispat türünde olduğu gibi hâkimin tamamen ikna edilmesi olmayıp, adlî yardım talep eden kimsenin asıl davası veya takip ya da talebi bakımından haklı olma ihtimalinin haksız olma ihtimaline göre daha yüksek olmasıdır⁹¹⁹. Adlî yardım talep eden kimsenin haklı olduğunu gerçeğe yakın bir şekilde göstermesi, diğer bir ifadeyle, haklılık şartının yaklaşık olarak ispat edilmesi yeterlidir⁹²⁰.

Maddî hukuktan kaynaklanan bir hakkı ihlâl edilmiş veya ihlâl tehdidi altında bulunan bir kimsenin, haklı olup olmadığı hususu, uyuşmazlığını yargılama makamlarına başvurmak suretiyle çözmek istediği takdirde, ancak davanın açılıp yargılama yapıldıktan sonra verilecek olan hükümle anlaşılabacaktır. Yine bunun aksi durumda da, kendisine karşı maddî hukuktan kaynaklanan bir hakkı ihlâl ettiği ya da ihlâl tehdidi altında bulundurduğu iddia edilen bir kimse de bu uyuşmazlığın yargılama makamları önüne taşınması durumunda haklılığını ancak dava açıldıktan sonra

⁹¹⁶ O. Atalay (1986), s. 77.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹¹⁷ O. Atalay (1986), s. 77.

⁹¹⁸ Bkz. yukarıda 3. bölüm, 5. Adlî Yardımdan Yararlanma Şartları başlıklı kısım.

⁹¹⁹ O. Atalay (1986), s. 77.; Atalay (2006), s. 99.; Bilge ve Önen (1978), s. 346.; Erem (1970), s. 118.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹²⁰ O. Atalay (2006), s. 99.; Alangoya vd. (2009), s. 420.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.; Ayrıca bkz. yukarıda 3. bölüm, 6.3.3.2. Haklılık şartının ispatlanması başlıklı kısım.

yapılacak olan yargılamada ispat etmeye çalışacaktır. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın dava yolu ile çözümlenmesi isteniyorsa, bu uyuşmazlığın taraflarının haklılığını henüz dava açılmadan gösterecekleri deliller ile ispat etmesini beklemek, yapılacak olan yargılama sonucunda verilecek hükmün etkilerini gereksiz kılacağı için anlamsızdır⁹²¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, HMK'nın 336. maddesine göre, HUMK'un 468. maddesinin aksine adlî yardım talep edilirken adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartların oluştuğuna ilişkin delillerin belirtilmesi yeterli görülmemiş; bu delillerin adlî yardım talebi ile birlikte mahkemeye sunulması zorunluluğu getirilmiştir.

HUMK'un 470. maddesi gereğince, adlî yardımdan yararlanan kimsenin asıl davasında veya talebinde haksız olduğu hususunun yargılama sırasında anlaşılması üzerine adlî yardım kararının kaldırılmasına karar verilebilirdi. Bu sebeple, adlî yardım talebinin incelenmesi aşamasında haklılık şartının tam olarak ispat edilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştü⁹²². HMK'nın 338. maddesine göre ise, adlî yardımdan yararlanan kimsenin malî durumu hakkında kasten veya ağır kusuru sonucu yanlış bilgi verdiği ortaya çıkar veya sonradan mali durumunun yeteri derecede iyileştiği anlaşılırsa, adlî yardım kararı kaldırılır.

Haklılık şartının ispatı bakımından adlî yardım talep eden kimse asıl davasında (takip veya talebinde) kullanacağı delillerin neler olduğunu mahkemeye sunacağı için, hâkim tarafından öncelikle bu delillerin açılacak davada (veya başlatılacak takip ya da başvurulacak talepte) kullanıldığında başarılı olma ümidinin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir⁹²³.

Eğer adlî yardım talep eden kimse, asıl davası ya da talebi bakımından haklı olduğuna ilişkin inandırıcı deliller sunarak yardım talebinde haklılığını ispat edebilirse, mahkeme tarafından adlî yardım kararı verilebilecektir. Burada tartışılması gereken asıl mesele, inandırıcı delillerin neler olup olmadığıdır. Örneğin, adlî yardım talebinde bulunan kimse, asıl davası bakımından haklılığını yalnızca yemin deliline başvurarak ispat edebileceğini bildirmekte ise, adlî yardım talebi reddedilmelidir⁹²⁴.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 29 Ağustos 1940 tarihinde yayınladığı eski bir genelgesinde konu ile ilgili olarak, özellikle adlî yardım talebinde

⁹²¹ O. Atalay (1986), s. 77-78.

⁹²² O. Atalay (1986), s. 78.

⁹²³ O. Atalay (1986), s. 78.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹²⁴ Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

bulunan kimsenin asıl davasının tanık beyanından başka delil gösterilmeyen boşanma davası olduğunda, mahkeme tarafından haklılık şartının gerçekleştiğine karar verilirken uygulamada nasıl bir araştırma yapıldığının tam olarak tespit edilemediğine dikkat çekilmiş; fakat bu konuda mahkemelerin nasıl bir araştırma yapması gerektiğine ilişkin de herhangi bir öneri de getirilmemiştir⁹²⁵.

Kanımızca, adlî yardım talebini inceleyen mahkeme, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak haklılık şartını incelemelidir. Zira adlî yardım kurumu bütün hukuk davaları için farklı kurallar öngörmeden uygulanır. Ancak adlî yardım talebinin konusunu oluşturduğu hukuk davası için Kanun'da özel ispat kuralları düzenlenmiş olabilir. Bu durumda adlî yardım talebini inceleyen hâkimin, talepte bulunan kimsenin talebinde haklı olabilme ihtimalini değerlendirmesi zor olmayacaktır. Şöyle ki, HMK'nın 200. maddesi uyarınca hukukî işlemlerin ispatında senetle ispat kuralı kabul edilmiştir. Dolayısıyla senetle ispat kuralı gereği, Kanun'da belirtilen tutarın üzerindeki hukukî işlemlerin, eğer senetle ispat kuralının bir istisnası mevcut değilse, mutlaka senetle -kesin delille- ispatı gerekir. İşte adlî yardım talebinin konusunu oluşturduğu dava da, senetle ispat kuralının uygulanmasını gerektiren bir dava olabilir. Örneğin, Kanun'da senetle ispat kuralı için belirtilen tutarı geçen tutarda bir alacak davası için bir kimse adlî yardım talep ettiğinde, adlî yardım talep ettiği alacak davasını ispat edebilmesi için elinde Kanun'un aradığı anlamda kesin bir delil mevcut değilse, diğer bir ifadeyle, davasını yalnızca tanık beyanı ile ispat edeceğini bildirmekte ise, bu durumda adlî yardım talebini inceleyen hâkimin bu talebi reddetmesi gerekecektir. Zira adlî yardım talep eden kimse, asıl davası bakımından haklı olduğuna ilişkin mahkemeye inandırıcı bir delil sunarak yardım talebinde haklılığını ispat edememiştir.

Yukarıda yaptığımız değerlendirme, böyle bir durumda karşı tarafın, adlî yardım talep eden tarafın iddiasını ikrar edebilme veya taraf yemini sonucunda vakıanın ispat edilebileceği ihtimallerinin de olduğu, dolayısıyla bu kadar kesin bir ispat şartı aranmasının, haklılık şartının ispatı için yeterli olan yaklaşık ispat ölçüsünden uzaklaşılabilmesi gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak hâkim, adlî yardım talebi hakkında karar verirken, özellikle haklılık şartının ispatı bakımından, hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak karşı tarafı da dinleyebilir. Dolayısıyla, eğer adlî yardım talep eden tarafın, davasını ispat edebilmesi için Kanun'un aradığı anlamda –örneğin, kesin delille

⁹²⁵ O. Atalay (1986), s. 79.

ispatı gereken bir durum söz konusu ise- bir delili yoksa kanımızca, o zaman karşı tarafın -özellikle haklılık şartının ispatı bakımından- mutlaka dinlenmesi ve görüşünün alınması gerekir. Aksi halde -mevcut HMK sistemimize göre-, haklılık şartının ispatı bakımından yaklaşık ispat ölçüsünden uzaklaşılabilir endişesiyle neredeyse bütün adli yardım talepleri hakkında olumlu karar verme gereği doğar. Bu durumda da haklılık şartının aranmasının bir anlamı kalmaz.

Adli yardımdan yararlanabilmek için gereken haklılık şartının kanunî düzenlemesinden ve adli yardım sisteminin işleyişi dolayısıyla belirtilen şartla ilgili karşılaşılan sorunlar ve bu sorunların aşılması noktasında geliştirilebilecek öneriler ile ilgili açıklamalara aşağıda ilerleyen bölümlerde yer verilecektir⁹²⁶.

6.3.3.3. Yabancılar için aranan karşılıklılık şartının ispatlanması

Yukarıda yabancı gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için karşılıklılık şartının varlığını, diğer bir ifadeyle, tâbiyetinde bulundukları devlette de Türk vatandaşlarının adli yardımdan yararlanabilmelerinin mümkün olduğunu ispat etmeleri gerektiği belirtilmişti⁹²⁷.

Karşılıklılık şartının ispatı bakımından ilk önce adli yardım talebinde bulunan yabancıların tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında akdedilmiş ikili veya çok taraflı bir uluslararası sözleşmenin olup olmadığına bakmak gerekir⁹²⁸.

Mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda adli yardım talep eden yabancı gerçek kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında akdedilen ikili veya çok taraflı bir uluslararası sözleşmenin varlığı tespit edilirse, karşılıklılık şartı ispat edilmiş sayılacaktır⁹²⁹. Adli yardım talep eden yabancı gerçek kişinin karşılıklılık şartının ispatı bakımından uluslararası bir sözleşmenin olup olmadığı mahkeme tarafından araştırılacaktır. Mahkeme bu konuda araştırmasını yaparken 6100 sayılı HMK'nın 33. maddesi⁹³⁰ (HUMK m. 76)⁹³¹ ve 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesi⁹³²

⁹²⁶ Bkz. aşağıda Adli Yardımla İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı 5. bölüm.

⁹²⁷ Bkz. yukarıda, 3. bölüm, 5.3. Yabancılar için karşılıklılık şartı başlıklı kısım.

⁹²⁸ "Bu konuda akdedilmiş bir uluslararası sözleşme olarak Hukuk Usûlüne İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin m. 20-24 örnek gösterilebilir." O. Atalay (1986), s. 79 dn. 30.; Belirtilen sözleşmeye taraf olan devletlere ilişkin olarak bkz. Ruhi (2008), s. 96.

⁹²⁹ O. Atalay (1986), s. 80.

⁹³⁰ "1086 sayılı HUMK'un m. 76'nın karşılığının yer aldığı 6100 sayılı HMK'nın m. 33, m. 76'dan kısmen farklı bir düzenlemeye gitmiştir. 1086 sayılı HUMK'un 76 ncı maddenin 2 ve 3 üncü cümlelerinde, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler de bulunmaktaydı. Ancak, 5718 sayılı Milletlerarası

uyarınca tarafların yardımını isteyebileceği gibi bilirkişi görüşüne de başvurabilir⁹³³. Ayrıca adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında akdedilen ikili veya çok taraflı bir uluslararası sözleşme mevcut değilse, bu durumun Dışişleri Bakanlığını'nın beyanı ile tevsik olunmasında da yarar vardır⁹³⁴.

Karşılıklılık şartının gerçekleşmesi yalnızca uluslararası bir sözleşmenin varlığına bağlı değildir. Eğer adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişinin tâbiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında akdedilmiş uluslararası bir sözleşme bulunmamakta ise, adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişi tâbiyetinde bulunduğu devletin Türk vatandaşlarını adlî yardımdan yararlandığına ilişkin fiilî bir uygulamanın varlığını ispat etmek suretiyle de karşılıklılık şartını yerine getirmiş olacaktır⁹³⁵.

Yine adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişi tâbiyetinde bulunduğu devlette bir iç hukuk kuralı ile yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanındığını da ispat ederek karşılıklılık şartını yerine getirebilecektir.

Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da bu konu açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu hususlara maddede yer verilmemiştir." 6100 sayılı HMK m. 33'ün Hükümet Gerekçesi.

⁹³¹ Hâkimin davada uygulanacak yabancı hukuk karşısındaki durumu, önce HUMK m. 76 c. 2 ve 3 ile düzenlenmişti. Fakat daha sonra yürürlüğe giren 5718 (eski 2675) sayılı MÖHUK m. 2 ile söz konusu hükümler zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. HUMK m. 76'nın zımnen yürürlükten kaldırılmış olan ikinci ve üçüncü cümlesi şu şekildedir: "Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lazım olan hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunamazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur."

⁹³² MÖHUK m. 2'ye göre; "Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını (MÖHUK m. 8 vd.) ve bu kurallara göre yetkili (davada uygulanacak) olan yabancı hukuku kendiliğinden uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır. Davada uygulanacak yabancı hukuk kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması, yalnızca kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır."

⁹³³ "...Türk kanunları uyarınca "re'sen" hüküm vermek mecburiyetinde olan hâkimin, kendi devletler özel hukuku kurallarını re'sen tatbik edeceğinde tereddüt yoktur (Dr. Ergin Nomer, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 48). Nitekim yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, -Hâkim, Türk Kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir- hükmü öngörülmüştür. Bu bağlamda istemin, Resmi Gazete'nin 22 Mayıs 1982 günlü sayısında yayınlanmak suretiyle dava tarihinden önce yürürlüğe giren, 20.05.1982 tarih, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun'a göre incelenmesi gerekmektedir..." Y. HGK. 24.3.2004 T., 2004/2-184 E., 2004/166 K. için bkz. C. Akil (2008). Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi. *AÜHFD*, 57 (3), s. 19 dn. 68.

⁹³⁴ Belgesay (1944), s. 175.

⁹³⁵ O. Atalay (1986), s. 80.

Adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişi, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi bakımından fiili bir uygulamanın varlığına ya da tâbiyetinde bulunduğu devlette geçerli olan bir iç hukuk kuralına dayanmakta ise, karşılıklılık şartının ispatı bakımından ispat yükü altında olup, 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesi gereğince fiili uygulamanın varlığını ya da iç hukuk kuralını ispat etmesi gerekir. Şöyle ki, medenî usûl hukukumuzda tarafların veya ilgili tarafın yabancı bir hukuk kuralının uygulanmasını ileri sürmesine gerek olmayıp, hâkim, görevi gereği maddî hukukun uygulanmasında olduğu gibi, davada uygulanması gerekli olan yabancı hukuku da belirlemekle yükümlüdür⁹³⁶. Medenî usûl hukukumuzda maddî vakıaların ilgili tarafça ileri sürülmesi gerektiğinden ve hâkimin taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları re'sen dikkate alamayacağı ve taraflara hatırlatamayacağı kabul edildiğinden, yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren bağlanma noktalarının, diğer bir ifadeyle, ilgili vakıaların da taraflarca veya ilgili tarafça iddia ve ispat edilmesi gerekir⁹³⁷. Dolayısıyla, adlî yardım talep eden yabancı gerçek kişi de karşılıklılık şartının gerçekleşmesi bakımından, tâbiyetinde bulunduğu devlette Türk vatandaşlarının adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanıyan bir iç hukuk kuralına dayanmakta ise, söz konusu yabancı hukuk kuralının uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken vakıaların ispatı faaliyetinde, yabancı hukuk kuralından kendi lehine haklar çıkaracak taraf olarak ispat yükü altında olacaktır⁹³⁸. Ancak burada söz konusu olan teknik anlamda bir ispat faaliyeti değildir. Zira ispat yükü altında olan taraf, iddiasına dayanak teşkil eden vakıayı ispat edemediği takdirde, o vakıadan çıkacak olan hukukî sonuçtan yararlanamaz⁹³⁹. Oysaki 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesindeki ispat yükü ile taraflara yüklenen görev, hâkime yabancı hukukun bilinmesinde bir yardımdan ibarettir. Yabancı hukuku uygulaması gereken hâkim, yaptığı bütün araştırmaya rağmen söz konusu bilgiyi elde edememişse, yabancı hukukun uygulanabilmesi için bu hukuk kuralından yararlanacak olan tarafın bu bilgiyi hâkime temin etmesi gerekecektir. İşte

⁹³⁶ Pekcanitez vd. (2011), s. 427.

⁹³⁷ Akil (2008), s. 19-20.

⁹³⁸ Akil (2008), s. 20.

⁹³⁹ Alangoya vd. (2009), s. 336.; Akil (2008), s. 20.; Kuru (2001b), s. 1931.; Kuru vd. (2011), s. 370.; Pekcanitez vd. (2011), s. 446.; B. Umar ve E. Yılmaz (1980). *İsbat Yüğü*. (2. baskı). İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii, s. 22.

taraf, bu bilgiyi temin edemez veya ispat edemezse, yabancı hukuk kuralı uygulanamayacağı için bunun sonucuna katlanmak zorunda kalacaktır⁹⁴⁰.

7. Adlî Yardım Talebinde Yargılama Usûlü

HMK'nın 337. maddesinin birinci fıkrasındaki (HUMK m. 469) “*Mahkeme, adlî yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir.*” şeklindeki düzenleme ile adlî yardım talebinin yargılamasının, belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım talebi incelemesinin belirli bir yargılama usûlüne tâbi tutulmadığını ifade etmek mümkündür.

Yukarıda adlî yardım talebinin incelemesinin hukukî niteliğinin bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu belirtilmişti⁹⁴¹. Dolayısıyla adlî yardım bir çekişmesiz yargı işi olduğuna göre, çekişmesiz yargı işlerine uygulanan yargılama usûlünün adlî yardım talebinin incelemesinde de geçerli olması gerekir.

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, medenî usûl hukuku sistemimizde, çekişmesiz yargı işleri, ayrı bir kanunda düzenlenmediği gibi, çekişmesiz yargı işleri, farklı kanunlarda, dağınık şekilde ve yetersiz hükümlerle yürütülmüştü⁹⁴². Bu sebeple, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak yargılama usûlü konusunda da açık bir düzenleme mevcut değildi⁹⁴³. Ancak öğretide çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usûlünün uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi⁹⁴⁴. HUMK'un çekişmesiz yargı işleri ile ilgili düzenlemelerin yetersizliği dikkate alınarak kanun koyucu tarafından HMK'da, çekişmesiz yargıyla ilgili bazı yabancı ülkelerde olduğu gibi ayrı bir çekişmesiz yargı kanunu yapılması yerine, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'ndaki gibi, Kanunun içinde düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatine varılarak çekişmesiz yargı işleri özel hükümlerle düzenlenmiştir⁹⁴⁵. Buna göre çekişmesiz yargı işlerine ilişkin hükümler, HMK'nın 382-388. maddeleri arasında yer alır.

Çekişmesiz yargı işlerinde yargılama usûlünün düzenlendiği HMK'nın 385. maddesinin birinci fıkrasında özel hüküm bulunmayan hallerde basit yargılama usûlüne ilişkin ilke ve kuralların çekişmesiz yargı işlerinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde

⁹⁴⁰ Akil (2008), s. 20.

⁹⁴¹ Bkz. yukarıda, 3. bölüm, 6.2. Adlî yardımın hukukî niteliği başlıklı kısım.

⁹⁴² Bkz. 6100 sayılı HMK'nın Genel Hükümet Gerekçesi.

⁹⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru (1961), s.119-122.

⁹⁴⁴ O. Atalay (1986), s. 81.; Kuru (1961), s. 121.

⁹⁴⁵ Bkz. 6100 sayılı HMK' nun Genel Hükümet Gerekçesi.

işlerlik kazanacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinde genel görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemeleri⁹⁴⁶ olduğu ve bu mahkemelerde de basit yargılama usûlünün uygulandığı (HMK m. 316/1, a)⁹⁴⁷ hususları dikkate alındığında, çekişmesiz yargı işlerinde özel hüküm bulunmayan hallerde basit yargılama usûlünün uygulanma kabiliyeti bulacağını kabul etmek gerekir⁹⁴⁸.

Ayrıca HMK'nın 337. maddesinin birinci fıkrasına (HUMK m. 469) göre, mahkemenin, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmadan karar verebileceği hususu hüküm altına alınmıştır⁹⁴⁹. Yine basit yargılama usûlüne tâbi dava ve işlerin düzenlendiği HMK'nın 316. maddesinin birinci fıkrasının b bendi (HUMK m. 507/I, 2)⁹⁵⁰ uyarınca da doğrudan dosya üzerinden karar vermek hususunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işlerde basit yargılama usûlünün uygulanacağı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, gerek HUMK'un yürürlükte olduğu dönemden günümüze kadar devam eden uygulama bakımından, gerekse halen yürürlükte bulunan HMK'daki düzenlemeler karşısında, adli yardım incelemesinde basit yargılama usûlünün geçerli olduğunu söyleyebiliriz⁹⁵¹.

Kanun koyucu tarafından yazılı yargılama usûlü dışında kalması gereken, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında yarar bulunan dava ve işlerin basit yargılama usûlüne tâbi tutulması amaçlandığına göre⁹⁵², az masraflı, kısa ve basit şekilde çözümlenmesi gereken bir iş olarak adli yardım incelemesinde de basit yargılama usûlünün uygulanmasının uygun olduğunu ifade etmek mümkündür⁹⁵³.

Asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adli yardım talepleri ise mahkeme tarafından “*ön sorun (hadise)*” olarak incelenecektir (HMK m. 163 vd. ,

⁹⁴⁶ 6100 sayılı HMK'nın "Görevli mahkeme" başlıklı m. 383'te; "Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir." hükmü yer almaktadır.

⁹⁴⁷ Kuru vd. (2011a), s. 769.; Pekcanitez vd. (2011), s. 589.

⁹⁴⁸ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 385/1'nin Hükümet Gerekçesi.

⁹⁴⁹ Bilge ve Önen (1978), s. 347.; Karşı (2011), s. 561.; Kuru (2001a), s. 5425.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136.; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.; Üstündağ (1997), s. 778.; Yaşar (2006), s. 2018, 2019.; Ancak adli yardım kararı için duruşma yapılmayacağına ilişkin olarak bkz. Karafakih (1952), s. 273.

⁹⁵⁰ 6100 sayılı HMK'nın basit yargılama usûlünün düzenlendiği altıncı kısmının "basit yargılama usûlüne tâbi dava ve işler" başlıklı m. 316/1'in b bendinde, 1086 sayılı HUMK'un basit yargılama usûlünün düzenlendiği m. 507/I'nın 2. bendinde yer alan " tarafları dinlemek veya " ibaresine yer verilmemiştir.

⁹⁵¹ O. Atalay (1986), s. 81.; Taşkın (1999), s. 133.; Taşkın (2000), s. 844.

⁹⁵² Bkz. 6100 sayılı HMK' m. 316'nın Hükümet Gerekçesi.

⁹⁵³ O. Atalay (1986), s. 82.

HUMK m. 222 vd.)⁹⁵⁴. HMK'nın 164. maddesinde ön sorunun nasıl incelenmesi gerektiği düzenlenmiştir⁹⁵⁵. Ancak her ne kadar asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adlî yardım talebi mahkeme tarafından “*ön sorun*” şeklinde incelenecek de olsa, HMK'nın 337. maddesi adlî yardım talebinin incelenmesine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmiş olması sebebiyle, bu düzenleme öncelikli olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla hâkim, adlî yardım talebini isterse dosya üzerinden isterse duruşma yaparak inceleyebilecektir. Ancak mahkemenin özellikle hukukî dinlenilme hakkı bakımından karşı tarafın dinlenilmesi gereken durumlarda, adlî yardım talebini duruşma yaparak incelemesi uygun olur. Yine tarafların uyuşmazlık üzerinde anlaşmaya vardıklarında, sulhe ilişkin beyanlarının tutanağa geçirilmesi amacıyla da taraflar duruşmaya çağırılabilir⁹⁵⁶.

Asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan ve ön sorun şeklinde incelenen adlî yardım talebi hakkında, mahkemenin yargılamaya devam edebilmesi için bir karar vermesi gerekir⁹⁵⁷. Özellikle adlî yardım talebinin kabul edileceği durumlarda bu husus daha da önemlidir. Zira adlî yardımdan yararlanan kimse, yargılamanın ilerleyen aşamalarında masraf yapmak zorunda kalabilecektir. Örneğin, delillerin ikâmesi aşaması geldiğinde, tanıkların dinlenmesini, keşif yapılmasını veya bilirkişiye başvurulmasını mahkemeden talep edebilecektir⁹⁵⁸. Yine yargılamanın devamı sırasında yapılan ihtiyatî tedbir talepleri bakımından da adlî yardım talebinin incelenip karara

⁹⁵⁴ Taşkın (1999), s. 133.; Taşkın (2000), s. 844.

⁹⁵⁵ HMK m. 164 "1) Hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. (2) Ön sorun hakkında iki taraf arasında uyuşmazlık varsa, hâkim gerekirse tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verir. (3) Hâkim, ön sorun hakkındaki kararını taraflara tefhim veya tebliğ eder."

⁹⁵⁶ Jauernig (2003), § 94 s. 390.; Lücke ve Wax (2000), s. 958 § 118 Rn. 17.; Thomas ve Putzo (2005), s. 227 § 118 Rn. 3-4.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 341 § 95 Rn. 893.

⁹⁵⁷ "...Davalı adlî yardım isteğinde bulunmuş, mahkeme bu konuda gerekli araştırmayı yapmadığı gibi bu konuda karar da vermemiştir. Davalının adlî yardıma layık olması halinde ona vekil tayin edilmek üzere gerekli girişimlerde bulunularak vekille temsili sağlanmaması savunmayı etkileyen önemli bir usûl hatasıdır. Açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına..." Y. 2. HD. 24.4.2001 T., 2001/5178 E., 2001/6418 K. karar için bkz. Deliduman (2005), s. 117, dn. 19.

⁹⁵⁸ "...Mahkemece, dosya içeriği ve toplanan delillere dava konusu taşınmazın, gerçek değerinin 133.231.000.000 lira olduğu davacının bu değer üzerinden peşin harcı yatırması için süre ve kesin süre verildiğini, ancak yatırmadığını, davacının yargılama sırasında adlî yardım talebinde bulunamayacağı gibi harç ta yatırılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir... Dosya içeriği ve toplanan delillerden çekişme konusu taşınmazda keşfen yapılan bilirkişi incelemesinde dava değerinin 133.231.000.000 lira olduğu belirlenmiştir. Bu tesbite göre, 492 Sayılı Harçlar Kanunun 30.maddesi hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken, kesin hükmün sonuçlarını doğurur biçimde davanın reddedilmesi doğru değildir." Y. 1.HD. 27.5.2003 T., 2003/4751 E., 2003/6384 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası

bağlanması oldukça önemlidir. Nitekim bu durumda da asıl dava bakımından ihtiyatî tedbir talebinde bulunan ve fakat gerekli teminat tutarını ödemede ekonomik anlamda yetersizlik içerisinde olan kimsenin adlî yardım talebinin karara bağlanması gerekir⁹⁵⁹.

Adlî yardım talebi asıl dava dilekçesi ile birlikte yapılmışsa, mahkeme tarafından öncelikle adlî yardım talebi hakkında karar verilmesi gerekir. Adlî yardım talebinin kabul edilmesi durumunda, ilgiliden herhangi bir yargılama harç ve gideri alınmadan yargılamaya devam edilir (HMK Yönetmeliği m. 45/2)⁹⁶⁰. Ancak adlî yardım talebinin reddedilmesi durumunda, yargılamaya devam edilebilmesi için öncelikle ödenmeyen peşin harç ve giderlerinin mahkemece verilecek uygun süre içerisinde ödenmesi gerekmektedir. Aksi halde mahkeme tarafından HMK'nın 150. maddesi uyarınca dava yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir⁹⁶¹.

Asıl davanın yargılaması bittikten sonra, ancak kanun yollarına başvuru sırasında da adlî yardım talep edilebilir (HMK m.336/3). Eğer adlî yardım talebi, istinaf kanun yoluna başvuru sırasında yapılmışsa, bu talep hakkında zaten bölge adliye mahkemesi tarafından karar verilecektir. Ancak adlî yardım talebi, -henüz bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği için ilk derece mahkemesinin kararı üzerine- temyiz kanun yolu aşamasında yapılmış olabilir⁹⁶². Bu durumda, dosyayı henüz Yargıtay'a göndermemişse ilk derece mahkemesinin öncelikle adlî yardım talebi hakkında bir karar vermesi, adlî yardım talebinin reddedilmesi durumunda, kanun yollarına başvuru için gereken harç ve giderleri yatırması için ilgiliye tebligatta bulunarak süre vermesi; verilen süre içerisinde gereken harç ve giderler yatırılmadığı takdirde, kanun yoluna başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir (HMK m. 344)⁹⁶³.

⁹⁵⁹ O. Atalay (1986), s. 82.

⁹⁶⁰ Akbal (2011), s. 158.; "Yerel mahkemece öncelikle, davacının adlî yardım istemi değerlendirilerek, adlî yardım isteminin reddi halinde ise gerekli harcın yatırılması için davacıya yöntemine uygun süre verilerek sonucuna göre işin esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekecektir..." Y. 4. HD, 27.4.2009 T., 2009/7485 E., 2009/12029 K. karar için bkz. Akbal (2011), s. 160 dn. 41.

⁹⁶¹ Akbal (2011), s. 158-159; "...Davacı vekilinin adlî yardım talebi davacının ekonomik ve sosyal durumu dikkate alınarak mahkemece reddedilmiş, davacı vekili buna rağmen eksik kalan karar ve ilâm harcını yatırmamıştır... Kanunun hükmünden de anlaşılacağı üzere karar ve ilâm harcının eksik yatırılıp tamamlanmaması halinde dosyanın işlemde kaldırılması gerektiği..." Y. 8. HD. 26.05.2008 T., 2008/2429 E., 2008/2834 K. karar için bkz. Akbal (2011), s. 159 dn. 37.

⁹⁶² Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda 3. Bölüm, 6.3.1. Adlî yardım talebinin yapılış şekli ve zamanı başlıklı kısım.

⁹⁶³ Akbal (2011), s. 160-161.; Ayrıca bu konuya ilişkin açıklamalarla ilgili olarak bkz. yukarıda 3. bölüm, 6.3.1. Adlî yardım talebinin yapılış şekli ve zamanı, s. 200 vd.

Adlî yardıma ilişkin yargılama ve incelemenin temelde bir çekişmesiz yargı işi olması⁹⁶⁴ hususu göz önünde tutulduğunda, çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma ilkesi uygulama alanı bulduğu için, genel anlamda adlî yardım incelemesinin de re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğu söylenebilir⁹⁶⁵. Ancak, diğer yandan çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanması mutlak değildir. Çünkü çekişmesiz yargıdaki yargılama usûlünü belirleyen HMK'nın 385. maddesinin ikinci fıkrasında, “aksine hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi”nin geçerli olacağı çok açık şekilde vurgulanmıştır. Adlî yardıma ilişkin hükümler arasında da, bu konudaki talebin nasıl ileri sürüleceği, bu talebin nasıl inceleneceği, kararın kaldırılması gibi hususlar (HMK m. 336-338) ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bu iki husus birlikte değerlendirildiğinde, adlî yardıma ilişkin özel hükümler dikkate alınarak ve onlara öncelik tanınarak, bunların dışında kalan hususlarda uygulanabildiği ölçüde re'sen araştırma ilkesi uygulanacaktır demek yanlış olmaz. Şüphesiz ki, adlî yardıma ilişkin özel hükümler karşısında re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı oldukça daralmıştır⁹⁶⁶.

Adlî yardım incelemesinde kural olarak uygulanan re'sen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak kendisine tanınan takdir yetkisi gereği hâkim, hem haklılık hem de ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için, talepte bulunan kimsenin gösterdiği delillerin doğruluğu ile ilgili istediği araştırmayı yapabilecektir⁹⁶⁷.

Adlî yardım talebi hakkında adlî tatilde de karar verilebilir⁹⁶⁸. Zira adlî tatilde görülebilen dava ve işlerin sayıldığı HMK'nın 103. maddesinin birinci fıkrasının 3 bendinde (HUMK m. 176/I, 11) çekişmesiz yargı işlerinin adlî tatilde görülebileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 4 bendinde, Kanunlarda ivedi olduğu belirtilen veya taraflardan birinin talebi üzerine, mahkemece ivedi görülmesine karar verilen dava ve işlerin de adlî tatilde görülebileceği ifade edilmiştir. Adlî yardımın, hem bir çekişmesiz yargı işi olduğu hem de hukukî korumanın tam olarak sağlanabilmesi için,

⁹⁶⁴ Kuru (2001a), s. 259.; Ayrıca bkz. yukarıda 3. bölüm, 6.2. Adlî Yardımın Hukukî Niteliği başlıklı kısım.

⁹⁶⁵ O. Atalay(1986), s. 83. ; Pekcanitez vd. (2011), s. 708.

⁹⁶⁶ Örneğin, Avusturya medenî usûl hukukunda genel olarak re'sen araştırma ilkesi ile taraflarca hazırlanmış ilkesinin birbiriyle telif edildiği ve bunun sonucunda ortaya çıkan sistemin “yumuşatılmış re'sen araştırma ilkesi olarak ifade edildiğine ilişkin olarak bkz. Atalı (2005), s. 61.

⁹⁶⁷ Re'sen araştırma ilkesi ile ilgili olarak bkz. Kuru vd. (2011), s. 353-354.; Pekcanitez vd. (2011), s. 254-255.

⁹⁶⁸ O. Atalay (1986), s. 82.

adlî yardım talep eden kimsenin hakkına bir an önce kavuşabilmesi bakımından hâkimin acele karar vermesi gereken bir talep olduğu dikkate alındığında, adlî yardım talebinin adlî tatilde de karara bağlanabileceğini söyleyebiliriz.

8. Adlî Yardım Kararının Özellikleri, Kapsamı ve Etkileri

8.1. Adlî Yardım Kararının Özellikleri

Asıl davadan (takipten veya talepten) önce müstakil olarak veya asıl davanın (ya da talebin) yargılaması ya da takibin devamı sırasında yapılan adlî yardım talebi hakkında mahkeme tarafından talebin kabulüne veya reddine ilişkin bir karar verilir⁹⁶⁹. Adlî yardım talebinin kabulüne karar verilirse⁹⁷⁰, adlî yardım kararının HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasındaki hususlardan hangisini kapsadığının da açıkça belirtilmesi gerekir⁹⁷¹. Zira adlî yardımdan yararlanacak olan tarafın, belirtilen maddede sayılan hususların bir veya birkaçından yararlanabilmesi mümkündür (HMK m. 335/2)⁹⁷². Mahkemenin adlî yardım incelemesi sonucunda vereceği karar kesin olup, bu karara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz (HMK m. 337/2, HUMK m. 469/I)⁹⁷³.

Adlî yardım incelemesi sonucunda verilen kararın kesinliği, şeklî anlamda bir kesinlik oluşturur. Zira adlî yardım incelemesi bir çekişmesiz yargı işi olduğuna göre, adlî yardım talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararın da maddî anlamda bir

⁹⁶⁹ "Asıl davaya bakması yasak olan bir hâkim tarafından verilen adlî yardım kararının bir hükmü yoktur ve bu gibi kararların HUMK m. 30 (HMK m. 35) gereğince üst mahkeme tarafından iptal edilmesi gerekir." Kabakçıoğlu (1947), s. 381.

⁹⁷⁰ Adlî yardım talebinin kabulüne ilişkin karar, duruşma tutanağına yazılır ve hâkim tarafından imzalanır. Adlî yardım kararı başlangıçta davanın açılmasını müteakip verilmişse tutanağın başlığı yapılp altına bu karar yazılır. Adlî yardım kararı dava açıldıktan sonra (yargılamanın devamı sırasında) verilmişse verildiği tarihe tekabül eden yere (verildiği tarihteki duruşma tutanağına) yazılır (Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği m. 20) için bkz. Kuru (2001a), s. 5425 dn. 18.; Adlî yardım kararının içeriği ile ilgili olarak ayrıca bkz. Kabakçıoğlu (1947), s. 376-377.

⁹⁷¹ Kabakçıoğlu (1947), s. 382.

⁹⁷² Karşlı (2011), s. 561.

⁹⁷³ Ansay (1960), s. 179.; Bilge ve Önen (1978), s. 347.; Kabakçıoğlu (1947), s. 380-381.; Karafakih (1952), s. 273.; Kuru (2011a), s. 5425.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 136-137.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 709.; Postacıoğlu (1968), s. 536-537.; Üstündağ (1997), s. 778.; Yaşar (2006), s. 2018.; "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanunî gerektirici sebeplere ve özellikle adlî yardım taleplerine ilişkin kararların kesin nitelikte bulunduğu anlaşılmasına (HUMK. m. 469/1) göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usûl ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına karar verilmesi gerekmiştir..." Y. 2. HD. 22.11.2007 T., 2007/2287 E., 2007/16304 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası; "...Adlî yardım talebinin kabul veya reddine dair itiraz olunan kararlar kati olması nedeniyle temyiz talebinin reddi gerekir..." Y. 11. HD. 20.5.2003 T., 2002/12670 E., 2003/5142 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

kesinlik kazanamayacağı açıktır⁹⁷⁴. Ayrıca HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası (HUMK m. 469/II) gereğince, daha önce reddedilen adlî yardım talebi gerçekleşen yeni bir nedene dayanılarak tekrar talep edilebilir (HMK m. 337/2, HUMK m. 469/II). Zira yukarıda belirtildiği gibi, adlî yardım talebinin incelemesi sonucunda verilen kararlar maddî anlamda kesinlik kazanmaya elverişli olmayan kararlardır. Bu nedenle, şartlardaki değişiklik nedeniyle tekrar aynı dava veya talep için aynı kimse tarafından adlî yardım talebinde bulunulabilir⁹⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım talebinin reddine karar verilmesine rağmen sonradan ortaya çıkan nedenlere dayanılarak adlî yardım talep edilebileceğini düzenleyen HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrasından (HUMK m. 469/II) adlî yardım incelemesi sonucunda verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm oluşturmayan kararlar olduğu hususu kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır. Ancak adlî yardım incelemesi bir çekişmesiz yargı işi olup, bu inceleme sonucunda verilen kararın da bir çekişmesiz yargı kararı olduğu ve maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığı kabul edildiği için, belirtilen hüküm düzenlenmemiş olsaydı bile, adlî yardım talep eden kimse, talebinin reddine karar verilmesi üzerine, şartlarında sonradan meydana gelen değişikliklere dayanarak tekrar adlî yardım talep edebilecekti. Adlî yardım talep eden kimsenin şartlarında sonradan meydana gelebilecek değişiklikler, yardımdan yararlanacak kimsenin ekonomik durumu ile ilgili olabileceği gibi, haklılığını ispata yarayacak yeni bir delil elde etmek suretiyle de olabilir⁹⁷⁶.

Ayrıca HMK'nın 338. (HUMK m. 470) maddesi gereği asıl dava veya talebin yargılama sürecini yürüten hâkimin adlî yardım için gereken şartların devam etmediği veya ortadan kalktığı kanaatine vardığı durumlarda, adlî yardım kararını her zaman geri alabilmesi de mümkündür⁹⁷⁷. Nitekim çekişmesiz yargıda da verilen kararlar, haksız veya hatalı görülürse, daha sonra değiştirilebilir; kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni vakıalara göre yeniden talepte bulunulabilir ve karar değiştirilebilir⁹⁷⁸. Bu durum da adlî yardım kararlarının maddî anlamda kesinlik kazanmaya elverişli olmayan kararlar olduğunun diğer bir sonucudur.

⁹⁷⁴ Bilge ve Önen (1978), s. 347.; Kuru (1961), s. 180 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹⁷⁵ Kuru (2001a), s. 5425.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Önen (1979), s. 137.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.; Üstündağ (1997), s. 778.; Yaşar (2006), s. 2018.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 340 Hükümet Gerekçesi.

⁹⁷⁶ O. Atalay (1986), s. 84.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709.

⁹⁷⁷ O. Atalay (1986), s. 85-86.; Karşı (2011), s. 562.; Pekcanitez vd. (2011), s. 709-710.; Yaşar (2006), s. 2018.

⁹⁷⁸ Pekcanitez vd. (2011), s. 85-86.

Asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adlî yardım talepleri ön sorun (hadise) olarak incelenmesinin ardından mahkemenin vereceği karar bir “*ara karar*” niteliğinde olup, bu karara karşı diğer ara kararlarda olduğu gibi kural olarak herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz⁹⁷⁹. Ayrıca HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası gereği zaten adlî yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Ancak ara kararlara karşı hükmün esasına etkili olduğu oranda esas hükümle birlikte kanun yollarına başvurulabilir⁹⁸⁰. Dolayısıyla -HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası ile yasaklanmamış olsaydı- adlî yardım talebinin incelemesi sonucunda verilen (ara) karara karşı da, esas hükümle birlikte hükmün esasına etkili olduğu oranda kanun yollarına başvurulabilmesi yerinde olurdu.

Açılmış ve görülmekte olan asıl dava veya takip ya da talepten önce alınan adlî yardım kararının ne zamana kadar geçerli olacağına ilişkin kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca, adlî yardımdan yararlanan kimse, dürüstlük kuralı gereği asıl davası veya takip ya da talebi için yargı ve icra makamlarına başvurabileceği makul bir süre içinde adlî yardım kararının etkilerinden yararlanabilmelidir. Bu makul süreyi adlî yardımdan yararlanabilme şartlarında değişiklik olabileceği ihtimalini dikkate alarak somut olayın özelliklerine göre hâkim takdir edecektir. Ancak her durumda adlî yardım kararının etkileri, asıl dava veya talep için maddî hukuk kuralları gereği kanunda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmüşse, bu sürenin geçmesiyle birlikte sona ermelidir. Zira hak düşürücü sürenin geçmesi, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınan bir husustur. Adlî yardım kararı alındıktan sonra asıl dava veya talep için öngörülen hak düşürücü süre dolmuşsa, zaten ilgili kimsenin davası veya talebi reddedilecek ve haksızlığına karar verilmiş olacağından, bu arada yargılama giderlerini de ödemeye mahkûm edilecektir⁹⁸¹.

Asıl dava veya talep için maddî hukuk kuralları gereği kanunda düzenlenen zamanaşımı süresinin dolduğu durumlarda ise, adlî yardım kararı geçerliliğini korumaya devam edecektir. Şöyle ki, zamanaşımı süresinin dolduğu hususu, hak düşürücü sürede olduğu gibi (hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulan) bir itiraz olarak değil; fakat bir def'i olarak davalı tarafça ileri sürülmesi durumunda, davanın veya talebin reddine

⁹⁷⁹ Akbal (2011), s. 164.; O. Atalay (1986), s. 85.; Yaşar (2006), s. 2019.

⁹⁸⁰ Pekcanitez vd. (2011), s. 540.

⁹⁸¹ O. Atalay (1986), s. 86.

sebepe olabilecektir. Dolayısıyla, davalı tarafından zamanaşımı def'i ileri sürölüp de asıl dava veya talebin reddedilmesi durumunda ise, adlî yardımdan yararlanan tarafın haksızlığına da hükmedilmiş olacağından, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edileceğı için adlî yardım kararı da ortadan kalkacaktır⁹⁸².

Adlî yardım talebini inceleyen mahkeme tarafından adlî yardım kararı ile ilgilinin adlî yardım kararının sağladığı imkânlardan kısmen ya da tamamen yararlanmasına karar verilebilir⁹⁸³. Zira adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan ekonomik anlamda yetersizliğin derecesi, ilgilinin yardım kararından yararlanacağı dava veya talep için gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemedeki yetersizliktir.

HUMK'un yürürlükte olduğı dönem için m. 465'teki "*kısmen ya da tamamen*" şeklindeki ifade ile bu sonuca ulaşılabilmekteydi⁹⁸⁴. Ancak HMK'nın adlî yardımın kapsamının düzenlendiğı 335/2. maddesi ile açık bir şekilde mahkemenin talepte bulunanın, birinci fıkrada düzenlenen hususların bir kısmından yararlanmasına da karar verebileceğı düzenlenmiştir⁹⁸⁵.

Ayrıca adlî yardım kararı ile ilgili olarak tartışılması gereken diğere bir husus, bir yargılamada veya takipte tarafların her ikisinin de aynı anda adlî yardımdan yararlanabilmelerinin mümkün olup olmadığıdır. HMK'nın adlî yardıma ilişkin hükümleri arasında her iki tarafın aynı anda adlî yardımdan yararlanabilmesini engelleyen bir düzenleme bulunmadığından kanımızca bunun mümkün olması gerekir. Şöyle ki, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşmesi bakımından bir yargılamada veya takipte tarafların her ikisi de aynı anda ekonomik anlamda yetersiz olabilir. Yine, adlî yardımdan yararlanabilmek için asıl davada veya takipte ya da talepte haklı olunduğı yolunda hâkimde kanaat uyandırabilmeyi ifade eden haklılık şartını, bir yargılamada veya takipte, her iki taraf da aynı anda yerine getirebilir. Zira haklılık, emin olmak anlamına gelmez; açıkça haksız olmamayı, asıl dava veya takip ya da talepte yeterli bir başarı ümidine sahip olmayı

⁹⁸² O. Atalay (1986), s. 86.

⁹⁸³ O. Atalay (1986), s. 86.; Belgesay (1944), s. 178.

⁹⁸⁴ O. Atalay (1986), s. 86.

⁹⁸⁵ Kuru vd. (2011), s. 746.

gerektirir⁹⁸⁶. Dolayısıyla bir yargılamada veya takipte haklı olacağı yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla her iki taraf da adlî yardımdan yararlanabilir.

8.2. Adlî Yardım Kararının Kapsamı

Adlî yardım kararı, kişiye özgü etkiler doğuran bir karardır. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım kararının sağlayacağı tüm imkânlar, yalnızca adlî yardım talep eden ve lehine karar verilen kimse için geçerlidir⁹⁸⁷. Adlî yardım kararı, kişinin küllî ve cüzî haleflerine, (ihtiyarî veya mecburî) dava arkadaşlarına ve müdâhillere teşmil edilemez⁹⁸⁸. Zira yargılamada bulunan her ilgilinin adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından gerçekleştirmeleri gereken maddî ve kişisel şartlar birbirinden farklıdır. Örneğin, adlî yardımdan yararlanan kimsenin ölümü halinde, onun yerine küllî halefi olarak davaya devam edecek mirasçılarının, adlî yardımdan yararlanabilmek için haklılık şartını yeniden ispat etmelerine gerek yokken, ekonomik anlamda yetersizlik şartını yeniden ispat etmeleri gerekecektir. Zira miras bırakandan bağımsız olarak ayrı bir malvarlığına sahip olmaları sebebiyle, mirasçıların ekonomik anlamdaki yetersizliğinin miras bırakan ile aynı olması beklenemez. Yine bir davada ihtiyarî dava arkadaşlığının bulunması durumunda, ihtiyarî dava arkadaşlarından her birinin davası, diğerinden bağımsız olup, dava arkadaşlarından her biri, kişisel iddia ve savunmasını diğerinden bağımsız olarak yapar⁹⁸⁹. Dolayısıyla, ihtiyarî dava arkadaşlığının bulunduğu bir davada, her dava arkadaşının adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları ayrı ayrı ispat etmesi gerekecektir.

HUMK'un 466 ve 467. maddelerinde adlî yardımdan yararlanacak olan kimsenin elde edeceği imkânlar düzenlenmişti. HMK'nın 335. maddesinde ise, HUMK'daki düzenlemeye kural olarak bağlı kalınmış olmakla birlikte, birinci bentteki genel düzenlemeden sonra bazı yargılama giderlerinin tek tek belirtilmesine gerek olmadığından ve yargılama giderleri ile nelerin kastedildiği bu düzenlemeyle belirlenmiş olduğundan, HUMK'un 466. maddesinin bazı bentleri metne

⁹⁸⁶ Plischuk (2002), s. 8. Ayrıca Alman hukukunda yeterli başarı ümidine sahip olmak şartıyla her iki tarafın da yargılama gideri yardımından yararlanabileceğine ilişkin olarak bkz. Rosenberg vd. (2004), s. 571 § 87 Rn. 32.; Paulus (2010), s. 60 Rn. 171.; Schellhammer (2004), s. 819 Rn. 1770.

⁹⁸⁷ O. Atalay (1986), s. 87.; Kabakçioğlu (1947), s. 384.

⁹⁸⁸ O. Atalay (1986), s. 87, 97-98.

⁹⁸⁹ Karlı (2011), s. 326.; Kuru vd. (2011), s. 504; Pekcanitez vd. (2011), s. 222.

alınmamıştır⁹⁹⁰. Ancak belirtilen düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere, adli yardım kararı, adli yardımın verildiği dava, takip veya taleple ilgili olarak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet tanır⁹⁹¹.

Buna göre, HMK'nın 335. maddesi düzenlemesinden yola çıkarak adli yardım kararının kapsamını dört grupta toplamak mümkündür:

8.2.1. Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet

HUMK'un 466. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde adli yardımdan yararlanan kimsenin genel olarak yapılacak tüm yargılama giderlerinden geçici olarak muaf olacağı hususu düzenlendikten sonra aynı fıkranın 4. bendinde tebligat ücret ve masraflarının erteleneceği, 7. bendinde tüm pul ve resimlerde geçici muafiyet tanınacağı ve 8. bendinde de noterlerin düzenledikleri her türlü belge ve örneklerin harç ve resimlerinden geçici muafiyet tanınacağı ayrıca düzenlenmişti⁹⁹². Aslında birinci bentteki genel düzenlemeden sonra diğer betlerdeki hususların ayrıca belirtilmesine gerek yoktu. Zira HUMK'un 423. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine göre, tebligat masrafları zaten yargılama giderlerinin kapsamındadır. Noterler tarafından düzenlenen belge ve örneklerin harç ve resimleri ise, belirtilen maddenin 4. bendinde düzenlenen resmi dairelerden talep olunan evrakın asıl ve suret tasdik ve pul harçları kapsamında değerlendirilebileceğinden dolayı, yargılama gideri olarak kabul edilebilirdi. HUMK'un 466. maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendinde ise, adli yardımdan yararlanan kimsenin icra daireleri tarafından alınacak harçlardan muaf tutulacağı düzenlenmişti.

⁹⁹⁰ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 340'ın Hükümet Gerekçesi.

⁹⁹¹ Arslanalp (1988), s. 33.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Pekcanitez vd. (2011), s. 710.; Postacıoğlu (1968), s. 536; Reisoğlu (1952), s. 69.

⁹⁹² O. Atalay (1986), s. 88.; Belgesay (1944), s. 176.; "HMK m. 335/1, a (HUMK 466/I, 8) gereği, mahkeme tarafından adli yardımdan yararlanmasına karar verilen tarafın başvurusu üzerine noterler, düzenleyecekleri tüm belge ve suretlerin harç ve resimlerinden ilgiliyi geçici olarak muaf tutarak işlem yapmakla görevlendirilmişlerdir. Her ne kadar Noterlik Kanunu ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nde bu konuda bir hüküm bulunmasa da, noterlerin bu görevi bizzat kanundan (HMK m. 335/1, a, Noterlik Kanunu m. 1) doğar. Dolayısıyla noterler, adli yardımdan yararlanan kimsenin talebi üzerine, yapılan her türlü işlem için ilgiliyi, -geçici olarak muaf- tutarak işlem yapmak zorundadırlar. Zira adli yardım, bu yardımdan ilgilinin yararlanmasına mahkeme tarafından karar verilmesiyle, kanunen sağlanan bir yardım niteliği kazanır ve bu yardımın işlevselliğinin sağlanması ve ilgili kurumlarca yerine getirilmesi gerekir." Taşkın (1999), s. 123.; Ancak noterlerin yaptıkları iş karşılığında ücret almalarını engelleyen kanunî bir durum olmadığına ilişkin olarak bkz. Akbal (2011), s. 168.

HMK'nın adlî yardım kararının kapsamının düzenlendiği 335. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde ise, genel bir düzenleme yapılmak suretiyle lehine adlî yardım kararı verilen kimsenin yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muaf tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece HUMK'un 466. maddesinde olduğu gibi bazı yargılama giderlerinin ayrıca belirtilmesine gerek olmadan ve yine takip giderlerinden muafiyet de aynı bentte sayılarak genel bir ifade ile adlî yardım kararının kapsamı düzenlenmiştir. Ayrıca HUMK'un 466. maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendinde yalnızca icra dairelerinden alınacak harçlardan muafiyet düzenlenmişken, HMK'nın 335. maddesinde, HUMK'un 466. maddesinden farklı olarak adlî yardımın, genel olarak bütün takip giderlerinden geçici olarak muafiyet tanıyacağı belirtilmiştir. Buna göre, lehine adlî yardım kararı verilen kimse yargılama ve takip gideri kapsamında dava açabilmek ve takip yapabilmek için gereken her türlü harcın yanı sıra yargılama ve takibin devamı sırasında yapılacak diğer giderlerden de geçici olarak muaf tutulacaktır. Ayrıca adlî yardımdan yararlanan davacı taraf, asıl davanın yargılamasının devamı sırasında davasını ıslah ederek (HMK m. 176) dava konusunun (müddeabihin) miktar veya değerini artırması durumunda, artan miktar veya değer için harç ödemesi gerekiyorsa⁹⁹³, bu harcı ödemekten de geçici olarak muaf tutulacaktır⁹⁹⁴. HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca, yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyetin tanınması, adlî yardım kararının sağladığı imkânlar arasında en önemlisidir. Zira adlî yardım kararının amacı, ilgiliyi geçici olarak yargılama ve takip giderlerinden muaf tutmaktır. Geçici muafiyet ile kastedilen ise, adlî yardımdan yararlanan kimsenin gerekli yargılama ve takip giderlerinden kesin olarak muaf olmaması, yargılama ve takip giderlerinin asıl davanın veya talebin yargılaması

⁹⁹³ Kuru vd. (2011), s. 556.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 410.

⁹⁹⁴ "...Dosya içeriğinden, davacının ıslah dilekçesi vererek istediği tazminat miktarının artırılmasını ve yargılama giderleri ile ilgili olarak da adlî yardımdan faydalandırılmasını istediği, davacının adlî yardım isteminin 14.5.2002 günlü karar ile kabul edildiği anlaşılmaktadır. Davacı adlî yardımdan faydalandırıldığına göre ıslah dilekçesi ile artırılan miktar nedeniyle harç yatırmaya gerek bulunmadığından bu konudaki bozma nedeni doğru değildir. Kararı bu nedenle bozma nedeni doğru değildir. Davacının karar düzeltme istemi HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, bozma kararının (3) nolu bendinin kapsamı içinde yer alan harçla ilgili bölümü gösterilen nedenle kaldırılmalıdır." Y. 4. HD. . 23.10.2003 T., 2003/11005 E., 2003/12210 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası; "...Davacı, ilk açtığı davadan sonra geriye kalan tazminat miktarını 11.3.2004 günlü dilekçe ile istemiştir. Dilekçe ıslah olarak nitelendirilmiş ise de aslında bu da bir dava dilekçesidir. Bu nedenle harçlandırılması gerekir. Ancak, davacının adlî yardım isteminin reddi üzerine, davacıya noksan harcı yatırması için verilen sürede harç yatırılmadığından, ıslahla istenen ve ayrı bir dava olan bu bölümle ilgili istem kabul edilmemiştir... Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle BOZULMASINA..." Y. 4. HD. 16.4.2002 T., 2004/14705E., 2002/3296 K. karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası

bitinceye ya da takip sonuçlanıncaya kadar ertelenmiş olmasıdır. Nitekim yargılama veya takibin sonuna kadar ertelenen giderler, yargılamanın veya takibin sonucuna göre haksız çıkan taraftan tahsil edilecektir. Böylece, adlî yardım kararı ile adlî yardımdan yararlanan kimsenin yargılamanın veya takibin gerek başında gerekse devamı sırasında yapması gereken giderler, yargılamanın veya takibin sonuna kadar ertelenir.

8.2.2. Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet

Adlî yardım kararı ile adlî yardımdan yararlanan kimse için, gerçek anlamda, diğer bir ifadeyle, geçici olmayan muafiyetin tanındığı hüküm, HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde (HUMK m. 466/I, 3) yer alan hükümdür⁹⁹⁵. Gerçekten de, belirtilen düzenleme ile adlî yardımdan yararlanan kimse, yapılacak olan tüm yargılama ve (yargılama sonrasında ilâmlı ya da yargılama dışında ilâmsız) takip giderleri için teminat göstermekten muaf tutulmuştur. Hukukumuzda teminat, Türk vatandaşları bakımından HMK'nın 84 vd. (HUMK m. 96 vd.) maddelerinde ve yabancılar bakımından ise 5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesinde düzenlenmiştir⁹⁹⁶. Buna göre, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdâhil olarak katılması veya takip yapması; davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden

⁹⁹⁵ O. Atalay (1986), s. 87.

⁹⁹⁶ 1086 sayılı HUMK m. 96'ya göre, "Bir davada verilecek teminat mahkemenin takdir edeceği nakit veya mahkemece kabul olunacak sehim ve tahvil veya gayrimenkul rehin veyahut muteber bir banka kefaleti veya kâtihiyadilden musaddak senetle kefil iraeşi suretiyle yapılır. İki taraf teminatın nevi ve şeklini mukavelenamelerinde tasrih etmişlerse teminat ona göre tayin olunur. Kanunun başka şekilde teminat gösterilmesine müsaade ettiği haller bundan müstesnadır."

Bu hükmün karşılığının yer aldığı 6100 sayılı HMK m. 84'e göre de, "(1) Aşağıdaki hallerde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat gösterilir:

a) Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdâhil olarak katılması veya takip yapması.

b) Davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemededen aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme gücü içinde bulunduğu belgelenmesi.

(2) Davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması halinde de mahkeme teminat gösterilmesine karar verir.

(3) Mecburi dava ve takip arkadaşlığında teminat gösterme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün tüm davacılar bakımından mevcut olması halinde doğar."

Ayrıca yabancılar bakımından teminatın düzenlendiği 5718 sayılı MÖHUK m. 48'e göre ise, "(1) Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.

(2) Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar."

yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemekten aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunun belgelenmesi hallerinde⁹⁹⁷ ve Türk vatandaşı olmayan yabancı davacının ise dava açması, davacı yanında davaya müdâhil olarak katılması veya takip yapması hallerinde⁹⁹⁸, adlî yardım talebi kabul edilmişse, mahkeme tarafından belirlenecek olan teminatı göstermekten muaf tutulacaktır (HMK 335/1,b; HUMK m. 466/I,3).

Ayrıca hukukumuzda HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının b bendindeki (HUMK m. 466/I,3) genel düzenlemenin yanı sıra adlî yardımdan yararlanan kimse lehine özel bazı düzenlemeler ile de yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet tanınmıştır⁹⁹⁹.

Bu düzenlemelerin ilki, HUMK'ta düzenlenmeyen ve fakat HMK'nın "Teminat gerektirmeyen haller" başlıklı 85. maddesinde yer alan ve aslında adlî yardımın sağladığı teminat gösterme muafiyetini genel olarak düzenleyen hükümdür. Buna göre, adlî yardım, tüm yargılama ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için, davacı veya takip talebinde bulunan adlî yardımdan yararlanan konumunda ise, yargılama giderleri bağlamında teminat göstermekten de muaf tutulacaktır¹⁰⁰⁰. Bu düzenleme, HMK'nın "Adlî yardımın kapsamı" başlıklı 335. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yer alan kuralın teminat hükümleri çerçevesinde bir kez daha ifade edilmesi anlamını taşır¹⁰⁰¹. Ayrıca belirtilen düzenleme, takip açılması halinde, takip giderleri bakımından da işlerlik kazanacaktır¹⁰⁰².

İkinci hal, ihtiyatî tedbir talebinde bulunan tarafın, haksız çıkması durumunda karşı tarafın ve üçüncü şahısların bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat yatırması zorunluluğunda karşımıza çıkar¹⁰⁰³. Buna göre, HMK'nın 395. maddesi uyarınca, (HUMK m. 110) adlî yardımdan yararlanan kimsenin, ihtiyatî tedbir talebinde bulunması durumunda, teminat göstermesi gerekmez. Böylece bu düzenleme

⁹⁹⁷ Kuru vd. (2011), s. 573-574.; Pekcanitez vd. (2011), s. 296, 345.

⁹⁹⁸ Kuru vd. (2011), s. 575.; Pekcanitez vd. (2011), s. 345.

⁹⁹⁹ Bu muafiyetlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. O. Atalay (1986), s. 89-90.

¹⁰⁰⁰ Kuru vd. (2011), s. 575.; Pekcanitez vd. (2011), s. 347.; S. Tanrıver (2008). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 1 ila 122. maddelerinde yer alan temel düzenlemeler ve bunların genel çerçevede değerlendirilmesi. *AÜHFD*, 57 (3), s. 654.

¹⁰⁰¹ Tanrıver (2008), s. 654.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 85'in Hükümet Gerekçesi.

¹⁰⁰² Tanrıver (2008), s. 654.

¹⁰⁰³ O. Atalay (1986), s. 89.

ile adli yardımdan yararlanan kimse, adli yardımın niteliği ve adli yardımla ilgili düzenlemelere paralellik sağlamak amacıyla teminat göstermekten muaf tutulmuştur¹⁰⁰⁴.

Üçüncü hal, eski hale getirme talebi neticesinde mahkemenin yargılamanın ertelenmesine veya hükmün icrasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için teminat yatırılması zorunluluğunda (HMK m. 99, HUMK m. 171) adli yardımdan yararlanan kimse lehine getirilen kolaylıktır. Buna göre, HMK'nın 99. maddesinde, mahkemenin gerektiğinde teminat gösterilmeden de yargılamanın ertelenmesine veya icranın geri bırakılmasına karar verebileceği düzenlendiğinden, adli yardımdan yararlanan tarafın eski hale getirme talebinde mahkeme teminat gösterilmesi şartını aramayacaktır. Zira belirtilen maddede geçen “*gerektiğinde*” ifadesi ile teminat gösterilmesi şartının faydasız ve amaca uygun olmadığı hallerde mahkemeye takdir yetkisi tanınarak teminat gösterilmeden yargılamanın ertelenmesine veya icranın geri bırakılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Şüphesiz ki, her türlü yargılama ve takip giderinden geçici olarak muafiyet tanınan ve yine her türlü yargılama ve takip gideri için teminat göstermekten muaf tutulan adli yardımdan yararlanan tarafın, eski hale getirme talebinde bulunması durumunda, mahkeme teminat şartını aramayacaktır.

Dördüncü hal, ilk derece mahkemesince verilen hükmü karşı kanun yollarına başvurulması durumunda, hükmün icrasının durabilmesi için (HMK m. 350 ve m. 367; HUMK m. 433) İİK'nın 36. maddesi gereği icranın geri bırakılmasına ilişkin karar alabilmek amacıyla gereken teminat gösterme zorunluluğunun aranmamasıdır. Buna göre, İİK'nın 36. maddesi gereğince, kendisine karşı ilâmlı icra takibi başlatılan borçlunun ilâma karşı kanun yollarına başvurusu halinde, icranın geri bırakılması için Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'dan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilebilmesi için teminat göstermesi gerektiği halde, aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince borçlu adli yardımdan yararlanan kimse ise, teminat göstermesi gerekmez.

Beşincisi de yargılamanın iadesine başvuran tarafın mahkemeden hükmün icrasının durdurulmasına karar verilmesini talep etmesi durumunda, kendisinden teminat alınmak şartıyla iade talebini inceleyen mahkemece icranın durdurulması kararı verilebileceği halde, eğer yargılamanın iadesini talep eden taraf adli yardımdan yararlanmakta ise, mahkemece teminat göstermesi şartının aranmaması halidir.

¹⁰⁰⁴ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 395'in Hükümet Gerekçesi.

HUMK'un 449. maddesinin son cümlesinde açık bir şekilde adlî yardımdan yararlanan kimse hakkında teminat aranmaksızın icranın durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen bu hükmü karşılayan HMK'nın 381. maddesinde bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak HMK'nın 381. maddesindeki düzenleme ile mahkemeye teminat gösterilmesi hususunda takdir yetkisi tanınır. Bu durumda da eğer yargılamanın iadesini talep eden taraf adlî yardımdan yararlanmakta ise, mahkeme takdir yetkisini kullanarak adlî yardımdan yararlanan taraftan teminat göstermesini istemeyebilir.

Ayrıca yine HUMK'un 453. maddesinde yargılamanın iadesini talep eden tarafın, karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılayacak mahkemece belirlenen teminatı göstermesi zorunluluğu arandığı halde aynı maddenin son cümlesinde adlî yardımdan yararlanan kimse için bu zorunluluktan muafiyet tanınmaktaydı¹⁰⁰⁵. Ancak bu hükmü karşılayan HMK'nın 378. maddesinin ikinci fıkrasında da tıpkı HMK'nın 381. maddesinde olduğu gibi adlî yardımdan yararlanan kimse için teminat gösterilmesi zorunluluğundan muafiyet düzenlenmemişse de, eğer yargılamanın iadesini talep eden taraf adlî yardımdan yararlanmakta ise, mahkeme takdir yetkisini kullanarak adlî yardımdan yararlanan taraftan teminat göstermesini istemeyebilir.

Altıncı halde, İİK'nın 159. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, iflâs talebinde bulunan alacaklının mahkemeden defter tutma dışında diğer koruma tedbirlerinin alınmasını istemesi durumunda, mahkemece ileride haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahısların bu yüzden uğrayabilecekleri zararları karşılamak üzere alacaklıdan HMK'nın 87. maddesine göre (HUMK m. 96) teminat göstermesi istenebilir. Ancak 159/II. maddenin son cümlesi ile borçlunun adlî yardımdan yararlanan kimselerden olması durumunda teminat gösterme mecburiyetinden muaf olduğu belirtilmiştir.

Yedinci (ve son) halde ise yine HMK (HUMK)'da bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, HMK'nın 178. (HUMK m. 86) maddesine göre adlî yardımdan yararlanmakta olan tarafın, davasını kısmen ıslah etmesi halinde, ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı ve uğrayabileceği zararlara karşılık hâkim tarafından takdir edilecek olan teminatı mahkeme vizesine bir hafta içinde yatırmaktan muaf tutulmasıdır. Zira adlî yardımın sağladığı imkânlar arasında zaten HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının b

¹⁰⁰⁵ O. Atalay (1986), s. 89.

bendinde (HUMK m. 466/I,3) açıkça adlî yardım kararının yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet sağladığı hükmüne bağlanmıştır¹⁰⁰⁶. Ancak adlî yardımdan yararlanmakta olan davacı tarafın, davasını tamamen ıslah etmesi durumunda, adlî yardım kararının da yeniden gözden geçirilmesi gerekeceği için, teminattan muafiyet durumu da buna göre değişiklik gösterecektir. Şöyle ki, davanın tamamen ıslahı, talep sonucunun veya dava sebebinin değiştirilmesi halinde söz konusu olur¹⁰⁰⁷. Talep sonucunun değiştirilmesi durumunda adlî yardım kararı geçerliliği korumaya devam edecektir. Zira adlî yardıma karar verilebilmesi için gereken şartlar bakımından bir değişiklik olmamıştır. Ancak dava sebebinin değiştirilerek davanın tamamen ıslah edilmesi durumunda ise, adlî yardım talebinin konusunu oluşturan vakıalar tamamen değişmiş olduğundan, adlî yardıma karar verebilmek için gereken haklılık şartının da yeniden, değiştirilen vakıalara göre ispat edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla adlî yardımdan yararlanan davacı tarafın davasını tamamen ıslah etmesi durumunda, öncelikle adlî yardım kararının şartları değerlendirilecek; ancak mahkeme tarafından adlî yardım kararının geçerliliğini koruduğuna karar verilirse, ıslah sebebiyle ödenmesi gereken teminattan muafiyet söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak, HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde (HUMK'un m. 466/I,3), adlî yardımdan yararlanan kimse için genel olarak yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet tanındığına göre¹⁰⁰⁸, özel düzenlemelerle adlî yardımdan yararlanan kimse bakımından teminat göstermekten muafiyet tanınmasa bile belirtilen maddenin genel hükmü devreye girecek, adlî yardımdan yararlanan kimseye teminat gösterme mecburiyetinden muafiyet tanınacaktır¹⁰⁰⁹. Böylece, adlî yardım sayesinde bütün yargılama ve takip giderlerinden muafiyet tanınması ile etkin bir hukukî korumanın gerçekleşmesi de sağlanacaktır¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ Atalay'a göre ise bu yükümlülüğün adlî yardımın geçici muafiyet etkisi sebebiyle, adlî yardımdan yararlanan kimsenin ekonomik durumu düzelip, giderleri ödeyebilecek güce ve elverişliliğe gelene kadar ertelenmesi gerekir. O. Atalay (1986), s. 98.

¹⁰⁰⁷ Karşlı (2011), s. 592.; Kuru (2001c), s. 3965 vd.; Pekcanitez vd. (2011), s. 406.; Yılmaz (2010), s. 71.

¹⁰⁰⁸ Örneğin, İcra hukukunda sık karşılaşılan bir dava türü olarak menfi tespit davasında, adlî yardımdan yararlanan davacı taraf, takibin durdurulması için gereken teminatı ödemekten muaf tutulacaktır.

¹⁰⁰⁹ İsviçre hukukunda adlî yardım kararının sağladığı teminat göstermekten muafiyete ilişkin olarak bkz. Schw. ZPO § 118/I, a ve b.; Avusturya hukukunda ÖZPO § 64'te düzenlenen adlî yardım kararı ile sağlanan teminat göstermekten muafiyet ile ilgili olarak bkz. Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 276.

¹⁰¹⁰ Karşlı (2011), s. 561.

8.2.3. Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin

Devlet tarafından avans olarak ödenmesi

HUMK'un 466 maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde, tanık ve bilirkişi incelemesi için gereken yargılama giderlerinin, 6. bendinde ise icra daireleri tarafından alınan zorunlu giderlerin avans olarak Devlet tarafından verilmesi şeklinde iki ayrı bentte yapılan düzenlenme ve keşif giderleri konusunda kanunda bir açıklık olmayışı sebebiyle 466 maddesinin birinci fıkrasının birinci bendindeki düzenlemeye kıyasen keşif giderleri için de Devlet tarafından avans verilmesi veya harçlardan geçici muafiyet tanınması kabul edilmekteydi¹⁰¹¹. Buna karşılık, HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde, tek bent halinde, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun koyucunun belirtilen hükümlerde, adli yardımdan yararlanan kimse bakımından bu yardımın, geçici bir muafiyet tanıdığını belirtmek amacıyla “*avans*” ifadesini kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu kanısındayız¹⁰¹².

HMK'nın 120. maddesi ile getirilen yeni bir düzenleme ile gerekli yargılama giderlerinin zamanında ödenmemesi sebebiyle davaların gecikmemesi için her türlü tebligat ücretleri, dosya masrafı gibi giderleri karşılayacak tutarın avans olarak davacı tarafından dava açarken ödenmesi zorunluluğu dava şartları arasında sayılmıştır¹⁰¹³. Yine HMK'nın "Delil ikamesi için avans" başlıklı 324. maddesi ile de taraflardan birinin mahkemeye sunacağı delille ilgili masrafı, verilen kesin süre içerisinde ödememesi durumunda, diğer tarafın bu masrafı yatırmasının mümkün olduğu, aksi takdirde verilen süre içerisinde masrafı ödemeyen tarafın delilden vazgeçmiş sayılacağı düzenlenmiştir¹⁰¹⁴.

Adli yardımdan yararlanan davacının gerek gider avansı gerekse delil avansı ödeme zorunluluğu olmadığı için, bu dava şartı ve delilden vazgeçmiş sayılacağına ilişkin sonuç, adli yardım kararının varlığı halinde uygulanmayacaktır¹⁰¹⁵. Ancak burada üzerinde durulması gereken konu, adli yardım kararı verildiğinde davacının ödemesi gereken gider avansından ve delil avansından muafiyeti, HMK'nın 335. maddesinin

¹⁰¹¹ Alangoya vd. (2009), s. 778.; O. Atalay (1986), s. 90.; Bilge ve Önen (1978), s. 347-348.; Erem (1970), s. 120.; Kabakçioğlu (1947), s. 382.; Karafakih (1952), s. 273.; Kuru (2001a), s. 5426-5427.; Postacıoğlu (1968), s. 536.; Reisoğlu (1952), s. 67.; Taşkın (2000), s. 122.; Üstündağ (, s. 777.

¹⁰¹² O. Atalay (1986), s. 90.; Reisoğlu (1952), s. 69.

¹⁰¹³ Kuru vd. (2011), s. 261, 300.; Pekcanitez vd. (2011), s. 296, 335.

¹⁰¹⁴ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 324'ün Hükümet Gerekçesi.

¹⁰¹⁵ Pekcanitez vd. (2011), s. 296.

birinci fıkrasının a bendinde düzenlenen yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet kapsamında mı olacağı yoksa 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde düzenlenen dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi imkânının kapsamında mı olacağıdır. Zira her iki bent hükmünün düzenlediği imkân birbirinden farklıdır. Kaldı ki, HMK'nın 335. maddesinin ikinci fıkrasındaki adlî yardım talep eden kimse bakımından, mahkemenin 335. maddede sayılan imkânların bir kısmından yararlanmasına da karar verebileceği düzenlemesi karşısında, 335. maddenin birinci fıkrasının her iki (a) ve (c) bendinin birbirinden farklı olduğu açıktır.

Kanımızca, lehine adlî yardım kararı verilmiş olan davacı bakımından HMK'nın 120. maddesinde bir dava şartı olarak düzenlenen gider avansının ve HMK'nın 324. maddesinde düzenlenen delil avansının ödenmesi zorunluluğundan muaf olunması, HMK'nın 335. maddenin birinci fıkrasının c bendinde düzenlenen hükmün kapsamına girmelidir. Zira gider avansı ödenmesi zorunluluğunun amacı yargılama için gerekli olan tebligat ücretleri, dosya masrafı gibi giderleri karşılayacak tutarın önceden tahsil edilerek yargılamanın gereksiz yere uzamasını engellemektir¹⁰¹⁶. Yine delil avansı ödenmesinin amacı da, tarafların mahkemeye sunacağı delille ilgili bilirkişi ücreti, keşif gideri, tanık ücreti gibi giderlerin verilen kesin süre içerisinde ödenememesi durumunda, kesin sürenin istisnasının bulunmamasından dolayı yargılamanın bir oturum ertelenmesini engellemektir¹⁰¹⁷. HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde de mahkeme tarafından adlî yardım kararı ile adlî yardımdan yararlanan tarafa dava -ve icra takibi- sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, eğer davacı lehine bir adlî yardım kararı verilmişse, mahkemenin adlî yardım kararında belirtmesi kaydıyla, davacının dava açarken ödemek zorunda olduğu gider avansı (HMK m. 120) da, yargılama sırasında delil ikâmesi için ödemek zorunda olduğu delil avansı (HMK m.

¹⁰¹⁶ Pekcanitez vd. (2011), s. 335.; Ancak "*Maddede...1086 sayılı Kanunda yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak, her türlü tebligat ücreti, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir.*" ifadesinin yer aldığı 6100 sayılı HMK m. 120'nin Hükümet Gerekçesi, delil avansı ile gider avansını birbiriyle karıştırmaya müsait bir anlam içermektedir.

¹⁰¹⁷ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 324'ün Hükümet Gerekçesi.

324) da HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendi gereği Devlet tarafından avans olarak ödenecektir¹⁰¹⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, adlî yardımdan yararlanan davacı bakımından gider avansı ödenmesi zorunluluğundan muafiyet henüz asıl dava açılmadan önce yapılmış adlî yardım talepleri hakkında verilen adlî yardım kararlarında söz konusu olacaktır. Zira gider avansının ödenmesi zorunluluğu HMK'nın 120. maddesinde bir dava şartı olarak düzenlenmiştir ve davacı tarafından gerekli gider avansı ödenmeden dava açılmaması gerekir. Ancak her nasılsa bu husus ihmâl edilerek dava açılmışsa, ön inceleme aşamasında hâkim tarafından davacıya gider avansını yatırması için iki haftalık kesin süre verilecek ve bu süre içerisinde de gider avansının ödenmemesi halinde dava esasa girilmeksizin dava şartı eksikliğinden reddedilecektir. Dolayısıyla, davanın esasına girilip de yargılamanın devamı sırasında adlî yardım talebi söz konusu olduğunda, zaten gider avansı önceden ödenmiş olduğu için, lehine adlî yardım kararı verilecek olan davacı bakımından gider avansı ödenmesi zorunluluğundan muafiyet de söz konusu olmayacaktır. Yine gider avansının bir dava şartı olarak yalnızca davanın açılması sırasında ve davacı tarafından ödenmesi zorunlu olduğu için, davalı taraf lehine verilen adlî yardım kararı kapsamında sağlanan imkânlar arasında yer almayacaktır. Ancak HMK'nın 324. maddesi uyarınca delil avansı ödenmesi, asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adlî yardım taleplerinde söz konusu olacaktır. Zira 324. madde gereği delil avansının ödenmesi, yargılamanın devamı sırasında sunulmak istenen delillerle ilgilidir. Ayrıca yargılamanın devamı sırasında, her iki taraf da delil sunmak isteyebileceğinden, davanın hangi tarafı lehine adlî yardım kararı verilmişse, lehine adlî yardım kararı verilen taraf bakımından delil avansı ödenmesinden muafiyet mümkün olabilecektir.

Adlî yardımdan yararlanan kimse için tanınan gider avansı ve delil avansı ödenmesinden muafiyet bakımından devletin ödediği avansın tutarı, adlî yardım kararını veren mahkeme tarafından belirlenir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme somut olayın özelliklerine göre gereken yargılama giderlerini avans olarak karşılayacaktır. Aksi takdirde adlî yardımdan yararlanan kimse, istediği sayıda tanığın dinlenmesini veya gerekmediği halde keşif yapılmasını yine birkaç defa bilirkişi incelemesi yapılmasını

¹⁰¹⁸ Belgesay'a göre; "Devletin adlî yardımdan yararlanan kimseye zorunlu giderleri için yardımı yalnızca avans ödemekten ibaret olmalıdır. Zira bir kimsenin ekonomik anlamda yetersizliği Devlete gereksiz gider yaptırmasını haklı göstermez." Belgesay (1944), s. 177.

talep edebilir. Aynı durum adlî yardımdan yararlanan kimsenin derdest bir icra takibinde sonuçsuz kalan bir haciz işlemi üzerine yeniden haciz talebinde bulunmasında veya satış talebinde malın değerinin az olması sebebiyle satış masraflarını karşılamasının şüpheli olmasında da geçerlidir. Bu gibi durumlarda ise yardımın tutarını adlî yardımdan yararlanan kimsenin keyfiyetine bırakmak, hem adlî yardım kurumunun amacının aşarak hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâl edilme hem de yargılamanın süresi ve maliyeti bakımından da usûl ekonomisi ilkesine aykırı hareket edilme tehlikesini doğurabilir¹⁰¹⁹. Ancak yukarıda yapılmış olan açıklamalar doğrultusunda, henüz dava açılmadan önce davacı tarafından adlî yardım talebinde bulunulmuşsa, yargılama sırasında oluşacak yargılama giderleri, HMK'nın 120. maddesi gereği davacının dava açarken ödemek zorunda olduğu gider avansı olarak Devlet tarafından ödenecektir. HMK'nın 120. maddesinin birinci fıkrasında gider avansı tutarının her yıl Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak olan tarife uyarınca belirleneceği¹⁰²⁰ düzenlenmiş olduğundan, adlî yardım kararı kapsamında Devlet tarafından ödenecek olan gider avansı tutarını mahkemenin ayrıca hesaplamasına gerek yoktur.

8.2.4. Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini

Adlî yardım kararının sağladığı imkânlar arasında şüphesiz ki, en önemlilerinden biri de, HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde (HUMK m. 466/I 5) düzenlenen mahkemenin adlî yardımdan yararlanan kimsenin davasının bir avukat ile takibi gerektiğine karar vermesi durumunda, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukatın temin edilmesidir.

Mahkeme tarafından bir dava (veya talep ya da takip) için verilen adlî yardım kararı, HMK'nın 335. maddesindeki diğer imkânları sağladığı halde, adlî yardım kararında ayrıca belirtilmemişse, adlî yardımdan yararlanan kimseye HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde düzenlenen ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini imkânını sağlamaz¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ O. Atalay (1986), s. 91

¹⁰²⁰ Avans tutarının davanın türü ve özelliklerine göre her yıl Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak olan tarife uyarınca belirleneceğine ilişkin olarak bkz. 6100 sayılı HMK m. 120'nin Hükümet Gerekçesi.

¹⁰²¹ O. Atalay (1986), s. 91.; Kuru, (2001a), s. 5426-5427 dn. 24.; Pekcanitez vd. (2011), s. 710.

Medenî usûl hukukumuzda gerek HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde gerekse yürürlükte bulunan HMK'da kural olarak avukatla temsil zorunluluğu düzenlenmemiştir (HMK m.71, HUMK m. 59/I, AvK m. 35/III). Ancak avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin olarak HMK'da ve AvK'da istisnâî bazı düzenlemeler yapılmıştır¹⁰²².

Bu düzenlemelerin ilki, HMK'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasında (HUMK m. 70/I) yer alan davasını kendisi takip eden kimsenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışlarda bulunması durumunda, hâkimin kendisine ihtarda bulunacağı, bu ihtar uymadığı ve mahkemece gerekli görüldüğü takdirde tarafın vekil ile temsil edilmesine karar verilip derhal duruşma salonundan dışarıya çıkartılmasını sağlayabilen düzenlenmedir¹⁰²³. Bu durumda, eğer mahkemece kendisini vekil ile temsil ettirilmesine karar verilen taraf, adlî yardımdan yararlanmakta ise, mahkeme, tarafa ücrete sonradan verilmek üzere bir avukat temin edilmesine karar verecektir.

HMK'nın 80. maddesinde (HUMK m. 71) düzenlenen diğer halde ise, hâkim tarafından, taraflardan birinin davasını bizzat takip edecek yeterlilikte olmadığına kanaat getirilirse, tarafa uygun bir süre tanınarak davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verilebilir¹⁰²⁴. Bu durumda da bu kimse, adlî yardımdan yararlanmakta ise, mahkemece re'sen tarafa ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temin edilir.

HMK'da yer verilmeyen (ve dolayısıyla yürürlükten kaldırılmış olan) HUMK'un 467. maddesindeki düzenlenmeye göre de, adlî yardımdan yararlanan kimsenin yerleşim yeri, davaya bakan mahkemenin yargılama çevresi dışında ise veya o yerde bu kimsenin haklarını koruyabilecek bir vekil bulunmadığı ve kendisinin de bizzat haklarını

¹⁰²² M. Akkan (2010). *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 92.; S. Deliduman (2003). *Medenî Yargıda Avukatlık*. *AÜEHFD*, VII (1-2), s. 380.; Demircioğlu (2007), s. 114.; İ. Ercan (2006). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu*. *MİHDER*, S:3, s. 1290.; A. Kavasoğlu (2008). *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Dava Takip Zorunluluğu*. *THD*, S: 26, s. 17.

¹⁰²³ Aday (1997), s. 46.; Akkan (2010), s. 93.; Deliduman (2003), s. 383.; Demircioğlu (2007), s. 115.; Ercan (2006), s. 1291.; S. Güner (2007). *Avukatlık Hukuku*. (Genişletilmiş 3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 118., Kavasoğlu (2008), s. 17.; Kuru (2001b), s. 1229-1230.; Ö. Ulukapı (1997). *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 53.; Tarafın duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışları ile ilgili olarak bkz. L. Börü (2006). *Hukuk Yargılamasında Zorunlu Avukatlık Müessesesi Gerekli Midir?*. *Hukuk Gündemi*, S: 5, s. 37.

¹⁰²⁴ "Tarafların davasını bizzat takip edecek yeterlilikte olmadığına ilişkin olarak verilen karar, tıpkı tarafın duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışlarına ilişkin olarak verilen kararda olduğu gibi her somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkeme tarafından gerekçesi belirtilerek takdir edilecektir." Akkan (2010), s. 93.; Tarafın davasını bizzat takip edecek yeterlilikte olmadığı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Deliduman, s. 380; Demircioğlu (2007), s. 115.; Ercan (2006), s. 1290-1291.; Güner (2007), s. 118.; Kuru (2001b), s. 1227.; Ulukapı (1997), s. 53-54.

savunamayacağı anlaşıldığı takdirde, mahkeme tarafından uygun görülen bir kimse vekil olarak atanmaktaydı¹⁰²⁵.

Avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin son istisnâî düzenleme, AvK'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alır¹⁰²⁶. Buna göre, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 332. (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 272) maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri için sözleşmeli bir avukat bulundurulması zorunludur. AvK'daki belirtilen düzenleme ile anonim şirketler ve yapı kooperatifleri için öngörülen avukatla temsil zorunluluğunun, danışmanlık şeklinde dar kapsamlı bir avukatlık olduğu, 2001 yılında yapılan kanun değişikliğine kadar avukatların yalnızca mahkemede tarafları temsiline düşünülmesi; ancak kanun değişikliğinden sonra danışmanlığın öneminin vurgulandığına dikkat çekilerek, aslında tarafların mahkemede avukatla temsili bakımından teknik anlamda bir zorunluluk öngörülmediği belirtilir¹⁰²⁷.

AvK'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin gerçek ve teknik anlamda bir zorunluluk olup olmadığı veya yalnızca hukukî işlemlerde temsile ilişkin zorunlu bir danışmanlığın mı öngörüldüğü yolundaki tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, konumuzla bağlantısı bakımından medenî usûl hukukumuzda kamu yararına çalışan dernek ve kamuya yararlı vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla, AvK'daki belirtilen düzenleme gereği bir temsil zorunluluğu söz konusu olsa bile, adlî yardım hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Kaldı ki, AvK'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen zorunlu avukatlığın uygulama alanına bakıldığında, adlî yardımdan yararlanabilmenin şartlarından olan ekonomik anlamda yetersizlikten söz etmek mümkün değildir. Aksine belirtilen düzenleme ile avukatla temsil zorunluluğunun uygulanabilmesi bakımından anonim şirketler ve yapı kooperatiflerinin belli miktarda sermayelerinin bulunması şartı arandığı için, ekonomik anlamda yeterli bir seviyede olmaları gerekir.

¹⁰²⁵ O. Atalay (1986), s. 92.; Kuru (2001a), s. 5427 dn. 26.; A. Önder (1942). Barolar Adlî Müzaheret Kararı Verebilirler Mi?. *Adalet Dergisi*, 1942, (4), s. 515.

¹⁰²⁶ AvK'nın m. 35/III, 10.5.2001 tarihli, 24398 sayılı RG'de yayınlanan ve 2.5.2001 tarihinde kabul edilen 4667 sayılı Kanunun m. 22 ile ek düzenleme yapılarak son halini almıştır.

¹⁰²⁷ Alangoya vd. (2009), s. 145 dn. 1.; Güner (2007), s. 114.; Aksi görüş için bkz. Akkan (2010), s. 96-97.

Kısacası, bir davada ancak Kanun'un avukatla temsil zorunluluğu getirdiği hallerde mahkeme, adlî yardımdan yararlanan tarafa avukat temin edilmesine karar verebilir. Avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmediği bir durumda ise HMK hükümleri gereği, avukat temin edilmesine karar verilemez. Ancak bu durumda adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları taşıyan kimse, AvK hükümleri çerçevesinde adlî yardımdan yararlanarak kendisine bir avukat atanmasını sağlayabilir¹⁰²⁸.

Bir davada avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir durum söz konusu olduğundan dolayı, mahkemece bir avukat atanmasına karar verildiğinde, mahkeme yargı çevresi içerisinde görevli bulunan Baro'dan bir avukat görevlendirilmesini talep eder. Kendisine mahkeme kararı doğrultusunda avukat görevlendirilme talebi iletilen Baro, AvK'nın 179. maddesinin beşinci fıkrası gereği bu karara uymakla yükümlüdür¹⁰²⁹.

Avukatlık hukukunda düzenlenen adlî yardım gereği sunulan avukatlık hizmetleri ile HMK'da düzenlenen adlî yardım kararı kapsamında sağlanan avukat yardımı arasındaki bağlantı hakkında aşağıda bilgi verilecektir¹⁰³⁰. Bu bölümde HMK'da düzenlenen adlî yardım konusu ele alındığından dolayı, konumuzun çerçevesi bakımından yalnızca HMK gereği verilen adlî yardım kararı kapsamında sağlanan avukat yardımına yer verilmiştir.

8.3. Adlî Yardım Kararının Etkileri

Açılmış ve görülmekte olan bir dava veya başvurulmuş bir talebin yargılaması devam ederken ya da takibin devamı sırasında (HMK m. 336, HUMK m. 469/III) veya asıl dava veya talebin yargılamasına ya da takibe başlamadan önce (HMK m. 336, HUMK m. 468) verilen adlî yardım kararının bazı durumlarda etkilerini devam ettirip ettirmeyeceği hususu tartışmalıdır.

Bu durumlardan ilki, asıl davada taraflardan biri için verilen adlî yardım kararının aynı taraflar arasında asıl davaya karşı açılmış ve görülmekte olan karşı davada da geçerli olup olmayacağıdır. Bu konuya ilişkin olarak öğretide, adlî yardım kararının

¹⁰²⁸ Akkan (2010), s. 189-190.; Alangoya vd. (2009), s. 871 dn. 11.; Kuru (2001a), s. 5426-5427 dn. 24.

¹⁰²⁹ Akkan (2010), s. 191.; Alangoya vd. (2009), s. 421 dn. 11.; O. Atalay (1986), s. 92.; Kuru (2001a), s. 5426-5427 dn. 24.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 710.; Yaşar (2006), s. 2024.

¹⁰³⁰ Bkz. aşağıda 4. bölüm, 1. Avukatlık Hukukunda Adlî Yardım başlıklı kısım ve ayrıca 5.bölüm, 1.1. Adlî Yardımın Farklı Kanunlarda Düzenlenmesi başlıklı kısım.

talepte bulunan bakımından belirli bir davadaki haklılık durumu, başarı ümidi ve o dava için gereken yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksunluğu gibi şartların dikkate alınarak verildiği, karşı davanın asıl davadan ayrı ve bağımsız bir dava olması dolayısıyla adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan şartların karşı dava için de ayrıca ispatlanması gerektiği düşüncesiyle, asıl dava için verilen adlî yardım kararının karşı davada geçerli olamayacağı ve karşı dava için ayrı bir adlî yardım kararı verilmesi gerektiği savunulur¹⁰³¹. Bu görüşü paylaşan yazarlara göre, asıl dava için adlî yardım kararı almış olan davalıya adlî yardımın sağladığı imkânlar dâhilinde HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının 4 (HUMK m. 466/I, 5) bendi gereği bir avukat atanması durumunda, asıl davada adlî yardımdan yararlanan davalı, asıl davaya karşı açacağı karşı dava için aynı avukatın yardımından yararlanamaz. Bu sebeple aynı avukatın yardımından yararlanmak isterse ya karşı dava için yeni bir adlî yardım kararı almalı¹⁰³² ya da avukatla özel hukuk hükümleri gereği vekâlet sözleşmesine göre ilişki içerisine girmelidir.

Kanımızca, asıl davada taraflardan biri için verilen adlî yardım kararının asıl davaya karşı açılacak olan karşı davada da geçerli olması gerekir. Şöyle ki, karşı dava, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada kendi hakkının da hüküm altına alınması amacıyla davacıya karşı açtığı davadır. Karşı dava açabilmek için asıl davanın derdest olması, asıl dava ile karşı davanın aynı yargılama usûlüne tâbi olması ve nihayet asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması gerekir¹⁰³³. Dolayısıyla karşı dava, ancak asıl dava ile bağlantısı olduğunda açılır¹⁰³⁴. Diğer bir ifadeyle, asıl davaya karşı açılan karşı dava her ne kadar ayrı ve bağımsız bir dava olsa da, davanın sebepleri bakımından asıl dava ile arasında bağlantı bulunur.

Adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar incelendiğinde ise, ekonomik anlamda yetersizlik şartı karşı davada da gerçekleşmiş olacaktır. Sorunun özellikle haklılık şartı bakımından ele alındığında da, cevabın değişmemesi gerekir. Nitekim haklılık şartı, adlî yardımdan yararlanacak olan tarafın davasındaki haklılık durumu,

¹⁰³¹ Ansay (1960), s. 178.; O. Atalay (1986), s. 92-93.; Kabakçıoğlu (1947), s. 383.; Pekcanitez vd. (2011), s. 710.

¹⁰³² Ansay (1960), s. 178.; O. Atalay (1986), s. 93.

¹⁰³³ Karşı dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru vd. (2011), s. 546-550.; Pekcanitez vd. (2011), s. 359-362.

¹⁰³⁴ "Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması şarttır." HMK m. 132/1-b, HUMK m. 204, 205.

davadaki başarı ümidi gibi ölçülere göre belirlenir. Asıl davada haklılık şartını gerçekleştirerek adlî yardım kararı alan tarafın, asıl davayla arasında sıkı bir bağlantı bulunan karşı davada da ayrıca haklılığını ispat etmesini aramak, adlî yardımın taraflar arasında usûlî eşitliği sağlama amacına ve fonksiyonuna aykırılık teşkil edeceği gibi, yeniden adlî yardım talebi yapılarak, bu talep doğrultusunda inceleme yapılması ve karar verilmesi de usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Ayrıca karşı dava her ne kadar ayrı ve bağımsız bir dava olsa da, aynı zamanda asıl davaya karşı yapılan bir tür özel savunma biçimidir. Kısacası, asıl dava olmadan karşı dava olmaz.

İkincisi ise davaların birleştirilmesi durumunda birleştirilecek olan davalardan biri için verilen adlî yardım kararının diğer dava bakımından da geçerliliğini koruyup korumayacağıdır.

Aynı mahkemede görülmekte olan davaların birleştirilmesine karar verilmesi durumunda, birleştirilen davalar için verilen adlî yardım kararları, -başka bir sebeple ortadan kaldırılmadığı sürece- geçerliliğini korur¹⁰³⁵. Şöyle ki, davaların birleştirilmesi durumunda da adlî yardımdan yararlanmakta olan taraf için ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşmesi bakımından bir değişiklik olmamıştır. Ayrıca aralarında bağlantı bulunması sebebiyle HMK'nın 166. maddesinin dördüncü fıkrasına (HUMK m. 45/III)'e göre birleştirilen davaların aynı veya benzer sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla birleştirilecek olan davalardan biri bakımından adlî yardım kararının verilmesi için gereken haklılık şartı diğer dava bakımından da gerçekleşmiş olacaktır. Adlî yardım kararı verilen dava ve bu dava ile birleştirilen diğer dava sonucunda verilecek hükümler birbirini etkileyecek ise veya davalar aynı veya benzer sebepten kaynaklanmakta ise, bu davalar birleştirilebileceği gibi, adlî yardım kararı bakımından da davalardaki haklılık durumları birbirine paralellik arz edecektir¹⁰³⁶.

Nitekim Yargıtay'ın adlî yardım kararının aynı sebepten açılan ek davalar için geçerliliğini koruyacağına ilişkin verdiği karara kıyasla, aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesi durumunda da birleştirilen davalar için verilen adlî yardım kararlarının geçerli olması gerektiği kanısındayız¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ Akbal (2011), s. 156.; O. Atalay (1986), s. 93.; Aksi yönde Kabakçıoğlu (1947), s. 383-384.

¹⁰³⁶ O. Atalay (1986), s. 93.

¹⁰³⁷ "...davacılar tarafından 16.08.1996 tarihinde açılan davada, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulmuştur. Davayı açmadan önce Siverek Asliye Hukuk Mahkemesince 15.08.1996 tarihinde verilen adlî müzaheret kararı uyarınca harç ödemekten bağışık tutulmuşlardır. Davacılar tarafından 16.08.1996

Ancak ayrı mahkemelerde görülmekte olan davaların birleştirilmesine karar verilmesi durumunda ise, birleştirme kararı nihai bir karar olup, bu karar ile hâkim dosyadan elini çekeceğinden, birleştirilen davalardan biri için verilen adli yardım kararının geçerliliğini koruyup korumayacağı hususu sorun oluşturabilir. Kanımızca, bu durumda da adli yardım kararının geçerliliğini koruması ve tekrar bir adli yardım kararı verilmesine gerek olmamalıdır. Zira birleştirme kararının kesinleşmesiyle birlikte, yargılamaya birleştirilen dosyada kalındığı yerden devam edileceğinden dolayı, yeniden adli yardım talep edilmesi ve incelenerek karar verilmesi usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca adli yardımdan yararlanan taraf bakımından ikinci kez adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartları ispat etmek zorunda kalınması, adli yardımından beklenen amaca ulaşılmasına engel olacaktır.

Ayrılmasına karar verilen davalar için verilen adli yardım kararlarının ise, ayrılan davalar, aynı mahkemede görülmeye devam edileceği için (HMK m. 167, HUMK m. 46), adli yardım kararları başka sebeplerle ortadan kaldırılmadığı sürece, geçerliliğini koruması gerekir¹⁰³⁸.

Üçüncü durum ise “*dava dosyasının işlem den kaldırılmasına*” karar verilen davalarda verilmiş olan adli yardım kararının geçerliliği ile ilgili sorundur. HMK'nın 150. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi (HUMK m. 409/I, II) uyarınca¹⁰³⁹ “*dava dosyasının işlem den kaldırılmasına*” karar verilmiş olan davanın işlem den

tarihinde açılan davada; yapılan yargılama sonunda verilen hükmün Yargıtay 4. Hukuk Dairesince davacılar yararına bozulması üzerine yeniden yargılamaya devam edildiği aşamada davacıların küçük çocuğu Rukiye Işıkgöz hastalık nedeniyle yaşamını yitirmiştir. Bundan sonra davacılar tarafından 16.05.2000 tarihinde verilen dilekçe ile Rukiye Işıkgöz'ün ölümü nedeniyle yeniden maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Verilen bu dilekçe içeriği ve taşıdığı ölçütler itibarıyla başlı başına bir dava dilekçesi niteliğindedir. Bu dilekçe ile istenilen tazminat, davalıların aynı haksız eyleminden kaynaklanan zararla ilgilidir. Bundan dolayı da, açılan ilk davada alınan adli müzaheret kararının bu dilekçedeki istem için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak da harç alınmaz. Bu bakımdan anılan dilekçe ile istemde bulunulmasında usul ve yasaya aykırı bir görülmemiştir. Dilekçe yanlara tebliğ edilip, savunma hakkı da sınırlanmadığından, bu dilekçeye göre hüküm kurulmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Y. 4. HD. 23.10.2001 T., 2001/7908 E., 2001/10071 K. için bkz. Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası

¹⁰³⁸ O. Atalay (1986), s. 94.; Kabakçioğlu (1947), s. 379.

¹⁰³⁹ HMK m. 150'ye göre; “ (1) *Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilir.*

...

(3) *Duruşma gününün belli edilmesi için tarafların başvurusu gereken hallerde gün tespit ettirilmemişse, son işlem tarihinden başlayarak bir ay geçmekle dosya işlem den kaldırılır....”*

kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içerisinde taraflardan birinin dilekçe ile başvurusu üzerine yenilenmesi gerekir (HMK m. 150/4, 5; HUMK m. 409/III, V)¹⁰⁴⁰.

Taraflardan biri için adli yardım kararı verilmiş olan bir davada HMK'nın 150. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendindeki (HUMK m. 409/I, II) hallerden birinin gerçekleşmesi sonucunda “*dosyanın işlemde kaldırılmasına*” karar verildiği takdirde, dava, HMK'nın 150. maddesinin dördüncü fıkrası (HUMK m. 409/III) uyarınca üç ay içerisinde usûlüne uygun olarak yenilenmekle, eski davaya kaldığı yerden devam edileceği için, yenileme talebinden sonra da (dosyanın işlemde kaldırılması kararından) önce verilen adli yardım kararının geçerli olarak devam etmesi gerekir¹⁰⁴¹. Zira davanın yenilenmesi eski işlemlerin yenilenmesini gerektirmez; dava üç ay içerisinde yenileninceye kadar derdest kalmaya devam eder¹⁰⁴². Bu sebeple, ikinci bir adli yardım kararı almaya gerek yoktur. Dava dosyasının işlemde kaldırılmasıyla birlikte adli yardım kararı kendiliğinden ortadan kalkmaz; dava, üç aylık süre içerisinde yenileninceye kadar adli yardımın sağladığı her türlü muafiyetler de devam eder¹⁰⁴³. Ancak dosyanın işlemde kaldırılması üzerine üç aylık süre içinde yenilenmeyen davanın, HMK'nın 150. maddesinin beşinci fıkrası (HUMK m. 409/V) uyarınca açılmamış sayılacağına karar verileceği için, adli yardım kararı da bu karar (daha doğrusu kararın kesinleşmesi) ile birlikte kendiliğinden ortadan kalkacaktır¹⁰⁴⁴.

Dosyanın işlemde kaldırılması ile ilgili olarak bir diğer sorun da, adli yardımdan yararlanan tarafın dosyanın işlemde kaldırılmasına sebep olması durumunda, dava yenilendiği takdirde, adli yardımdan yararlanmaya devam edip etmeyeceğidir. Zira hem adli yardım talep edip hem de davasını takip etmeyerek dosyanın işlemde

¹⁰⁴⁰ Dava dosyasının işlemde kaldırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez vd. (2011), s. 399-403.

¹⁰⁴¹ Akbal (2011), s. 156.; O. Atalay (1986), s. 94.; Aksi görüş için bkz. Kabakçioğlu (1947), s. 383.

¹⁰⁴² Kuru vd. (2011), s. 567.; Pekcanitez vd. (2011), s. 401-402.

¹⁰⁴³ O. Atalay (1986), s. 95.

¹⁰⁴⁴ Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar tebliğe çıkarılıp da kanunî süreler beklenerek şekli ve maddi anlamda kesin hüküm halini almadan önce aynı taraflar arasında aynı sebeple aynı dava konusu ile yeniden bir dava açıldığında, ikinci davanın, bir dava şartı olan derdestlik sebebiyle (HMK m. 114/1, 1), dava şartı yokluğundan dolayı, usûlden reddine karar verilecektir. Eğer davacı, derdest olan bu ikinci davasını açarken aynı zamanda adli yardım talebinde bulunmuşsa, asıl dava -dava şartı yokluğundan usûlden- reddedilmiş olduğu için, adli yardım talebi konusuz olacak ve mahkeme tarafından adli yardım talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Ancak asıl davanın usûlden reddine ilişkin karar, nihai bir karar olması sebebiyle kanun yollarına açıktır. Dolayısıyla mahkemenin asıl dava hakkında vermiş olduğu karar kesinleşinceye kadar, adli yardım talebi hakkında karar vermemesi, adli yardım talebini incelemeyi, asıl dava hakkındaki karar kesinleşinceye kadar bekletmesi gerekir. Zira mahkeme tarafından asıl dava hakkında verilen karar kesinleştiği zaman, adli yardım talebinin konusuz kalması sebebiyle, talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi daha doğrudur.

kaldırılmasına sebep olan tarafın, özellikle adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken haklılık şartına uygun davranmadığı, bu sebeple davanın yenilenmesi üzerine adlî yardım kararının etkilerinin devam etmemesi gerektiği düşünülebilir. Ancak her ne kadar adlî yardımdan yararlanan taraf, davasını takip etmemesi sebebiyle dosyanın işleminden kaldırılmasına ve dolayısıyla yargılamanın uzamasına sebep olsa da, dava yenilendiği takdirde, adlî yardım kararının etkilerini devam ettirmesi gerekir. Zira adlî yardımdan yararlanabilmek bakımından aranan haklılık şartı, adlî yardım talep eden tarafın yargılamadaki hal ve hareketlerinden bağımsız olarak, asıl davasında (takip veya talebinde) haklı olduğu yolunda hâkimde kanaat uyandırabilmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla, haklılık şartını bu anlamda yerine getirerek, lehine adlî yardım kararı alan tarafın, sırf dosyanın işleminden kaldırılmasına ve yargılamanın uzamasına sebep olması gerekçesiyle adlî yardımdan yararlanmaya devam edemeyeceğini ifade etmek, adlî yardım kurumunun amacına hizmet etmez.

Ayrıca davanın yenilenmesi ile ilgili olarak adlî yardım kararının etkilerinin devam edip etmeyeceğine ilişkin bir diğer durum da, HMK'nın 150. maddesinin dördüncü fıkrasında (HUMK m. 409/4) yer alır. Buna göre, dava dosyasının işleminden kaldırılmasından bir ay geçtikten sonra ve fakat üç aylık yenileme süresi içerisinde davanın yenilenmesi durumunda, yeniden alınması gereken harç, yenileme talebinde bulunan taraftan alınarak karşı tarafa yükletilmez. Karşı taraf adlî yardımdan yararlanmakta ise, zaten yenileme harcı kendisine yükletilmeyeceği için bir sorun olmayacaktır. Ancak yenileme talebinde bulunan taraf adlî yardımdan yararlanan taraf ise, bu durumda da yenileme harcından muaf tutulması yerinde olacaktır. Zira adlî yardım kararının sağladığı muafiyetler bakımından HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde (HUMK m. 466/I, 1, 4, 6, 7, 8) genel bir ifade ile lehine adlî yardım kararı verilen kimsenin yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muaf tutulacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple, “*dava dosyasının işleminden kaldırılmasına*” karar verilmiş olan bir davanın yenilenme süresi içerisinde halen derdest olduğu ve adlî yardım kararı da geçerliliğini koruduğu için adlî yardımdan yararlanan tarafın davayı yenilemesi durumunda harç ödemekten muaf tutulması gerekir.

Dördüncü durum ise, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde kanundaki belirsizlikten dolayı, öğretide kanun yollarına başvuru aşamasında adlî yardım

hükümlerinin uygulanması gerektiği çoğunlukla kabul edilmesine karşın¹⁰⁴⁵, ilk derece yargılaması sırasında alınan adlî yardım kararının, kanun yolları aşamasında da geçerli sayılıp sayılmayacağına ilişkindi¹⁰⁴⁶. Bir görüşe göre, ilk derece yargılamasında alınan adlî yardım kararı, HUMK'un 470. maddesinde sayılan sebeplerden dolayı kaldırılmamışsa, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi dışındaki diğer olağan kanun yollarında geçerli olması gerekirdi¹⁰⁴⁷. Diğer bir görüşe göre ise, ilk derece yargılamasında alınan adlî yardım kararı, kanun yollarına başvuru aşamasında geçerliliğini yitirdiğinden, bu aşamada da ayrı bir adlî yardım kararı alınması gerekirdi¹⁰⁴⁸.

Beşinci ve son durum ise yine HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde kanundaki belirsizlikten dolayı ilk derece mahkemesinde verilen adlî yardım kararının kanun yollarına başvurulup da hükmün bozulması suretiyle yapılacak yeni yargılamada da geçerli olup olmayacağına ilişkindi. Öğretide yargılamanın bu aşamasında davanın henüz sonuçlanmayıp yargılamanın halen devam etmesi sebebiyle -başka bir sebeple ortadan kaldırılmış olmadıkça- adlî yardım kararının yargılamanın sonuna kadar geçerliliğini koruması gerektiği yolunda idi¹⁰⁴⁹. Bu görüşe paralel olan diğer iki görüşten birincisine göre, asıl dava devam ederken alınan adlî yardım kararının, hükmün icra edilmesi halinde de devam ettiği ve dolayısıyla icra mahkemesinden yeniden bir adlî yardım kararının alınmasına gerek olmadığına ilişkindi¹⁰⁵⁰. İkinci görüşe göre ise, adlî yardım kararının etikilerinin hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği ileri sürülmüştü¹⁰⁵¹.

HUMK'un belirsiz ve yetersiz düzenlemesi ve öğretide ortaya atılan görüşler karşısında, HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrası ile tartışmalı olan her iki konuya da açıklık getirilerek adlî yardımın hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır¹⁰⁵². Buna göre, ilk derece mahkemesinde verilen adlî

¹⁰⁴⁵ O. Atalay (1986), s. 54.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Karafakih (1952), s. 272.

¹⁰⁴⁶ Bu görüşler için O. Atalay (1986), s. 54-55.

¹⁰⁴⁷ Kabakçioğlu (1947), s. 383.

¹⁰⁴⁸ Ansay (1960), s. 177.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.; Alman hukukunda olduğu gibi yargılamanın her aşaması için ayrı bir adlî yardım kararı verilmesi şeklinde bir usûlün benimsenmesi gerektiğini belirten Atalay için bkz. O. Atalay (1986), s. 54-55.

¹⁰⁴⁹ O. Atalay (1986), s. 95.; Kabakçioğlu (1947), s. 384.

¹⁰⁵⁰ Kuru (2001a), s. 5427-5428 dn. 27.; Taşkın (1999), s. 849.

¹⁰⁵¹ Üstündağ (1997), s. 778.

¹⁰⁵² Karşlı (2011), s. 561.; Kuru vd. (2011), s. 746.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 710.; Ayrıca HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de adlî yardımın hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceğini belirten Üstündağ için bkz. Üstündağ (1997), s. 778.

yardım kararı, hükmün kanun yollarına başvurularak (ister esasa ilişkin isterse usûle ilişkin sebeplerle) bozulması sonucunda yapılacak yargılamada da geçerliliğini koruyacaktır. Adli yardım kararının etkilerinin, yargılamanın sonuna kadar, diğer bir ifadeyle, yardımdan yararlanan tarafın, maddî hukuk bakımından iddia ettiği hakkı elde edinceye kadar devam etmesi, hukukî korumamanın tam ve etkin bir şekilde sağlanabilmesi bakımından oldukça önemlidir. Şöyle ki; ilk derece yargılaması sonunda verilen hükmün, adli yardımdan yararlanan tarafın lehine olması durumunda, hüküm aleyhine olan karşı taraf kanun yollarına başvurursa, ilk derece mahkemesinde verilen adli yardım kararının halen kanun yolu aşamasında da geçerli olması gerekir¹⁰⁵³. İlk derece yargılaması sonunda verilen hükmün, adli yardımdan yararlanan tarafın aleyhine olması durumunda da ilk derece yargılaması sırasında alınan adli yardım kararının kendiliğinden geçersiz hale gelmemesi gerekir. Bu durumda yardımdan yararlanan tarafın hüküm aleyhine olması sebebiyle, kanun yollarına başvurmada hukukî yararı vardır. Zira yardımdan yararlanan taraf hükmün esastan bozulması ile hem maddî hukuktan doğan hakkının yargısal teminatını elde etme ihtimaline yeniden kavuşacak hem de hükmün kesinleşmesini engelleyerek ilk derece yargılaması sırasında aldığı adli yardım kararı ile ödemekten muaf tutulduğu yargılama giderlerini ödemek zorunda kalma ihtimalini bertaraf edebilecektir.

HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen düzenleme karşısında, adli yardım kararının kanun yollarına başvuru aşamasında yapılması gereken yargılama giderlerinden de muafiyet sağlaması gerekir¹⁰⁵⁴. Ayrıca HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrasında hükmün açık ve kesin bir ifade kullanması sebebiyle, adli yardım kararının hükmün kesinleşmesiyle son bulacağı, kesinleşen hükmün icra edilmesi aşamasında geçerli olmayacağı kanısındayız. Bu durumda asıl dava sonucunda verilen hüküm henüz kesinleşmeden kararın icraya koyulması halinde, adli yardım kararı devam edeceğinden (HMK m. 335/3), adli yardım kararının kapsamına icra takibi için gereken harç ve giderlerden muafiyet de dâhil olacaktır. Ancak asıl dava sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra icraya koyulması halinde -ki bu durum

¹⁰⁵³ O. Atalay (1986), s. 54.; Kuru (2001a), s. 5425 dn. 20.; aksi görüş için bkz. Ansay (1960), s. 177-178.

¹⁰⁵⁴ 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde Kanun'da açık bir hükme yer verilmemesinden dolayı, ilk derece mahkemesinde verilen adli yardım kararının, kanun yollarına başvuru aşamasında geçerli olmaması sebebiyle, kanun yollarına başvuru için gereken yargılama giderlerinden muafiyet sağlamayacağına ilişkin olarak bkz. Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 99.; Bilge ve Önen (1978), s. 345.

özellikle HMK'nın 367. maddesinin ikinci fıkrası gereği kesinleşmeden icraya koyulamayan kararlar için söz konusu olur- adlî yardım kararı sona ermiş olacağından (HMK m. 335/3), kararın icra aşamasında icra mahkemesinden yeni bir adlî yardım kararının alınması gerekecektir. Bu sakıncayı gidermek amacıyla, adlî yardım kararının etkilerini ne zamana kadar devam edeceğini düzenleyen HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrasındaki ifadenin “*Adlî yardım hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Ancak hükmün kesinleşmesinden itibaren en geç belli bir süre içerisinde -örneğin bir yıl- hükmün, icraya koyulmaması halinde, adlî yardımın etkileri sona erer.*” şeklinde bir anlamı ihtiva etmesi yerinde olurdu¹⁰⁵⁵.

Adlî yardım kararının etkileri, hükmün kesinleşmesine kadar devam ettiği için, olağanüstü bir kanun yolu olarak kesinleşmiş hükümlere karşı başvuru yargılamanın yenilenmesi yolunda ise ayrı ve yeni bir dava açılması sebebiyle ilk davada verilen adlî yardım kararı yargılamanın yenilenmesi davasında geçerli olmaz¹⁰⁵⁶. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi yolu ile HMK'nın 375 ve 376. (HUMK m. 445 ve 446) maddelerinde tahdidî şekilde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebepleri incelendiğinde anlaşılacağı üzere, yeniden yargılaması talep edilen davada belirli ağırlıktaki hata ve eksiklikler sonucunda verilen ve (maddî anlamda) kesinleşen hükmün kaldırılması amaçlanır. Dolayısıyla da yeniden yapılacak olan yargılamada adlî yardımdan yararlanma şartları olan ekonomik anlamda yetersizlik şartı ve haklılık şartları değişmiş olabileceği için, yeniden değerlendirilmesi gerekir. Özellikle de haklılık şartının değişmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Zira ilk davada haklılığını ispat ederek adlî yardımdan yararlanan ve dava sonunda verilen hüküm lehine olan taraf bakımından, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek sebeplerden biri oluştuğunda ve bu sebeple yeniden yapılan yargılamada ilk karara göre yeni ve farklı bir karar verileceği için adlî yardımdan yararlanabilmesini sağlayan haklılık şartı da ortadan kalkmış olacaktır.

HMK'nın 337. maddesinin üçüncü fıkrası (HUMK m. 469/II) uyarınca, adlî yardım kararı açılmış ve görülmekte olan bir davanın yargılaması devam ederken

¹⁰⁵⁵ Avusturya hukukunda “ÖZPO § 64/I uyarınca, adlî yardım verilen hukukî uyumsuzluğun konusunu oluşturduğu dava bir hükümle sona ermişse, hükmün en geç bir yıllık süre içerisinde icra edilmesi durumunda, adlî yardım kararı icra aşamasında da etkilerini devam ettirmekteydi” Rechberger ve Simotta (2003), s. 192 Rn. 305.; Ancak 2004 yılında yapılan değişiklikle “*en geç bir yıllık süre içerisinde*” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Dolayısıyla ÖZPO § 64/I'e göre, belli bir uyumsuzluk için verilen adlî yardım, o hukukî uyumsuzluğun konusunu oluşturan dava sonunda bir yıllık süre sınırı ile bağlı olmadan başlatılan icra işlemlerinde geçerli olmaya devam edecektir (BGBl. I.Nr. 128/2004, s. 2).

¹⁰⁵⁶ Kabakçioğlu (1947), s. 383.; Pekcanitez vd. (2011), s. 710.

verilmiş ise, adlî yardımın sağladığı muafiyetler, kararın verildiği tarihten sonraki yargılama giderleri için geçerli olacaktır. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz¹⁰⁵⁷. Zira adlî yardım kararı ile tarafa yapılacak olan yargılama giderlerinden geçici muafiyet ve yapılacak olan bazı masraflar için avans verilmesi sağlandığından dolayı, davanın (talep veya takibin) devamı sırasında verilen adlî yardım kararının geriye yürümemesi ve daha önce yapılmış olan giderlerin geri ödenmesinin söz konusu olmaması gerekir¹⁰⁵⁸. Kanunda kullanılan ifadeden adlî yardım kararının daha önce ödenen yargılama giderlerinin iadesini sağlayamayacağı şeklinde bir anlam çıkarmak mümkün olduğundan, adlî yardım kararı verilmeden önce yapılması gerektiği halde henüz yapılmayan yargılama giderlerinin de adlî yardım kararının kapsamına dâhil olması gerekir¹⁰⁵⁹.

Adlî yardım kararının etkilerini, bu kararın verildiği tarihten itibaren değil de talebin yapıldığı tarihten itibaren göstermesi daha yerinde olurdu¹⁰⁶⁰. Zira adlî yardımdan yararlanan kimse bakımından ekonomik anlamda yetersizlik talebin yapıldığı tarihten itibaren mevcuttur. Özellikle de açılmış ve görülmekte olan asıl davanın yargılaması devam ederken yapılan adlî yardım taleplerinde bu durum daha da önem kazanır. Ayrıca HMK'nın 337. maddesinin üçüncü fıkrasındaki (HUMK m. 469/II) adlî yardımın, adlî yardım kararı verilmeden önce yapılan yargılama giderlerini kapsamayacağına ilişkin düzenleme uyarınca dava açmak için gereken harçları ve gider avansını ödemek zorunda olan kimse, daha sonra lehine adlî yardım kararı verilse bile yapmış olduğu giderleri geri alamayacağı için aslında baştan beri haklı olmasına rağmen adlî yardımın sağladığı muafiyetlerden tam anlamıyla yararlanamamış olacaktır.

9. Adlî Yardımın Sona Ermesi

Sosyal düşüncelerle kabul edilen medenî usûl hukukuna özgü bir kurum olarak adlî yardım, çeşitli nedenlerle sona erebilir. Konunun önemi ve her nedenin

¹⁰⁵⁷ Ansay (1960), s. 179.; O. Atalay (1986), s. 96.; Kabakçıoğlu (1947), s. 378.; Karlı (2011), s. 562.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 710.; Postacioğlu (1968), s. 537.; Üstündağ (1997), s. 778.; Yaşar (2006), s. 2018.

¹⁰⁵⁸ Belgesay (1944), s. 179.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 337'nin Hükümet Gerekçesi

¹⁰⁵⁹ O. Atalay (1986), s. 96-97.

¹⁰⁶⁰ O. Atalay (1986), s. 97.; Neuchatel Temyiz Mahkemesi'nin aynı doğrultudaki 27.12.1952 tarihli kararına atıf yapan B. Umar (1967). *Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 193'ten aktaran O. Atalay (1986), s. 97 dn. 19.

diğerlerinden farklı sonuçlarının olabilmesi ihtimali dikkate alınarak, adli yardımı sona erdiren nedenler aşağıda ayrı bir başlık halinde incelenecektir.

9.1. Adli Yardımı Sona Erdiren Nedenler

9.1.1. Adli yardımdan yararlanan (gerçek) kişinin ölmesi veya tüzel

kişiliğin sona ermesi

Adli yardımdan yararlanan kimse gerçek kişi ise, bu kişinin asıl dava veya talebin yargılaması devam ederken ölümü halinde, adli yardım kararı hükümsüz kalacağı için adli yardım kendiliğinden sona erer¹⁰⁶¹. Gerçek kişiler bakımından ölümle aynı hukukî sonuçları doğuran gaiplik kararının kesinleşmesi (TMK m. 35) ve ölüm karinesine dayanan ölmüş sayılma (TMK m. 31) durumlarında da aynı sonuç geçerlidir. Adli yardım kararının kişisel olması ve bu karardan ancak lehine karar verilen kimsenin yararlanabilmesi dolayısıyla, adli yardımdan yararlanan (gerçek) kişinin ölümü ile asıl dava veya talebi takip etme hakkına sahip olan mirasçılarının adli yardım kararından yararlanmaları mümkün değildir¹⁰⁶².

HMK'nın 55. maddesi¹⁰⁶³ (HUMK m. 41¹⁰⁶⁴) uyarınca asıl davanın yargılaması devam ederken taraflardan birinin ölmesiyle, talep üzerine mahkeme tarafından ölen taraf yerine bir kayyım atanmasına karar verilen hallerde, adli yardımın devam etmesi gerekir¹⁰⁶⁵. Zira kayyım, mahkeme kararı ile davayı geçici süreliğine takip etmekle görevlendirilmiş bir kimsedir. Bu sebeple, kayyıma yargılama giderlerini yüklemek anlamsız olacağı için –başka nedenlerle ortadan kaldırılmadıkça- adli yardımın devam etmesi gerekir¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ O. Atalay (1986), s. 99.; Baumbach vd. (2001), s. 419 § 114 Rn 19.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 282 Rn. 254.; Pekcanitez vd. (2011), s. 711.; Rechberger ve Simotta (2003), s. 193 Rn. 307.

¹⁰⁶² Ansay (1960), s.179.; O. Atalay (1986), s. 99.; Kabakçioğlu (1947), s. 384.

¹⁰⁶³ HMK'nın m. 55'e göre; "(1) Taraflardan birinin ölümü halinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir."

¹⁰⁶⁴ HUMK m. 41 uyarınca, "İki taraftan birinin vefatı halinde diğer tarafın, talebiyle hâkim davanın takibi için bir kayyım tayin edebilir." hükmü düzenlenmekteydi. Ancak belirtilen hükmün kaynak Neuchatel Usûl Kanunu'nun m. 35'te "taraflardan birinin ölümü halinde, dava, mirasın kesin olarak intikaline kadar ertelenir. Bununla birlikte hâkim, taraflardan birinin talebi üzerine fakat yalnızca gecikmesinde zarar bulunan hallerde davayı takip için bir kayyım atanmasına karar verebilir." şeklinde düzenlenen hüküm gibi anlaşılması gerektiğini belirten Atalay için bkz. O. Atalay (1986), s. 100.

¹⁰⁶⁵ O. Atalay (1986), s. 100.; Kabakçioğlu, s. 384.

¹⁰⁶⁶ O. Atalay (1986), s. 100.

Hukukumuzda tüzel kişilerden yalnızca kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Bunların ise TMK hükümlerine göre tüzel kişiliklerinin sona ermesiyle birlikte, haklarında verilmiş olan adli yardım kararı hükümsüz hale gelir¹⁰⁶⁷.

9.1.2. Adli yardımdan yararlanan kimsenin dava dışı kalması

Tarafların dava açıldıktan sonra HMK'nın 125. maddesi (HUMK m. 186) gereği, dava konusunu devretmeleri mümkündür. Ancak HMK'nın 125. maddesi¹⁰⁶⁸ (HUMK m. 186), dava konusunun davacı tarafından devri ile davalı tarafından devrine farklı sonuçlar bağlamıştır. Buna göre, adli yardımdan yararlanmakta olan davacı taraf, yargılama devam ederken dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, dava konusunu devralan üçüncü kişi davada davacının yerine geçerek davaya kaldığı yerden devam edeceği için eski davacı dava dışı kalmış olacak ve lehine verilmiş olan adli yardım kararı da hükümsüz hale gelecektir¹⁰⁶⁹. Yargılama devam ederken dava konusunu üçüncü kişiye devreden davalı taraf adli yardımdan yararlanmakta ise, bu durumda da davacı olan karşı taraf 125. maddedeki seçimlik haklarından *“devreden taraf ile olan davasından vazgeçerek dava konusunu devralan üçüncü kişiye karşı davaya devam etme”* hakkını kullanırsa, adli yardımdan yararlanan davalı taraf, dava dışı kalmış olacağı için adli yardım kararı da hükümsüz hale gelecektir¹⁰⁷⁰.

Ancak burada bir hususa değinmekte yarar vardır. Buna göre, HMK'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının a (HUMK m. 186/1, son cümle) bendi gereğince, adli yardımdan yararlanmakta olan davalının dava konusunu devretmesi durumunda, davacı taraf, adli yardımdan yararlanan devreden tarafla olan davasından vazgeçerek devralan tarafa karşı davaya devam ettiğinde, davacı tarafın davayı kazanması halinde, yargılama

¹⁰⁶⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 711.

¹⁰⁶⁸ 6100 sayılı HMK m. 125'e göre; *“(1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:*

a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.

b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür.

(2) Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.”

¹⁰⁶⁹ "...Maddenin ikinci fıkrasında ise dava konusunun davacı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde devralan üçüncü bir kişinin, hukuk gereği (ipso iure) davacı sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi kazanacağı ve davanın yeni davacı ile süreceği esası getirilmiştir." 6100 sayılı HMK m. 125'in Hükümet Gerekçesi.

¹⁰⁷⁰ O. Atalay (1986), s. 101.

giderlerinden adlî yardımdan yararlanan (dava konusunu devreden davalı) taraf ile birlikte dava konusu devralan taraf, müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu durumda da davayı kazanan davacı tarafın yargılama giderleri için müteselsil borçlulardan birine başvurma hakkı doğar. Yargılama giderlerinin, lehine adlî yardım kararı verilmiş olan dava konusunu devreden taraftan talep edilmesi halinde ise, bu kimse yine davaya adlî yardımdan yararlanarak devam etmiş ve dava sonunda haksız çıktığı için muaf tutulduğu giderlerle birlikte tüm yargılama giderlerini iade etmek zorunda kalmışçasına sorumlu olacaktır¹⁰⁷¹.

9.1.3. Adlî yardım kararının kaldırılması (geri alınması)

Asıl dava veya talep ya da takipten önce veya asıl dava veya talebin yargılaması devam ederken ya da takibin devamı sırasında verilen adlî yardım kararı, yargılama bitinceye kadar HMK'nın 338. maddesindeki (HUMK m. 470) sebeplere dayanılarak, kararı veren mahkeme tarafından ortadan kaldırılabilir. Belirtilen maddedeki sebepler; adlî yardımdan yararlanan kimsenin ekonomik durumu ile ilgili kasten veya ağır ihmâl derecesindeki kusuru sonucunda yanlış bilgi verdiğinin ortaya çıkması, diğer bir ifadeyle, adlî yardım talebinin baştan beri haksız olduğunun anlaşılması veya adlî yardımın yoksulluk şartının sonradan ortadan kalktığıının anlaşılmasıdır¹⁰⁷².

Maddî anlamda kesinlik kazanmayan ve geçici nitelikte olan adlî yardım kararının verilmesine esas teşkil eden şartların baştan itibaren gerçekte mevcut olmadığı ya da ekonomik anlamda yetersizlik şartı sonradan ortadan kalktığında, kararı veren mahkeme adlî yardım kararını kaldırmaya da yetkilidir. Adlî yardımdan yararlanan kimsenin ölmesi halinde mirasçılarının o dava veya işe devam etmeleri durumunda, eski adlî yardım kararı kaldırılır. Şartlar mevcut ise mirasçılar da kendi adlarına adlî yardım talep edebilir¹⁰⁷³. Ancak kanımızca, bu durumda adlî yardım kararının kaldırılmasına gerek yoktur. Zira adlî yardımdan yararlanan gerçek kişinin ölümü ile birlikte, kişisel nitelikte etkiler doğuran adlî yardım kararı da kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

¹⁰⁷¹ O. Atalay (1986), s. 101.

¹⁰⁷² Alangoya vd. (2009), s. 421.; O. Atalay (1986), s. 101.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Kuru (2001a), s. 5425.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez (2011), s. 711.; Taşkın (1999), s. 134.; Taşkın (2000), s. 846.; Üstündağ (1997), s. 778.; Benzer düzenleme bakımından Alman hukukundaki ZPO § 124, Avusturya hukukundaki ÖZPO § 68 ve İsviçre hukukundaki Schw. ZPO § 120 için bkz. yukarıda 1. bölüm, 2.2.1. Alman hukukunda adlî yardım, 2.2.2. Avusturya hukukunda adlî yardım ve 2.2.3. İsviçre hukukunda adlî yardım başlıklı kısımlar.

¹⁰⁷³ Ansay (1960), s. 179; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

Adlî yardım kararı, yardımdan yararlanan kimse bakımından geçici nitelikte bir muafiyet tanınması sebebiyle, adlî yardım kararının kaldırılmasıyla birlikte, adlî yardım da sona erer. Böylece, yargılamaya kaldığı yerden devam edilebilmesi için adlî yardım kararı ile ertelenen ve Devlet tarafından avans olarak verilen yargılama giderlerinin adlî yardımdan yararlanan kimse tarafından mahkemece verilecek uygun süre içerisinde ödenmesi gerekir¹⁰⁷⁴. Ayrıca adlî yardımın sona ermesiyle birlikte, teminattan muafiyet imkânı da ortadan kalkacağı için, mahkemece önceden alınmamış olan teminatın da alınmasına karar verilir¹⁰⁷⁵.

Adlî yardım kararının kaldırılması, karşı tarafın veya adlî yardımla görevlendirilen avukatın talebi üzerine veya mahkemece re'sen, adlî yardım kararının verilmesindeki usûle göre ön sorun (hadise) şeklinde, dosya üzerinden veya duruşma yapılarak verilir¹⁰⁷⁶.

HMK'nın 338. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, adlî yardım kararının kaldırılması kişinin ekonomik durumundaki iyileşme, diğer bir ifadeyle, ekonomik anlamda yetersizlik şartının ortadan kalkması sonucunda mümkün olacaktır. HMK'nın 338. maddesini karşılayan HUMK'un 470. maddesinde ekonomik anlamda yetersizlik şartının ortadan kalkmasından açıkça bahsedilmemiş; bunun yerine adlî yardım kararı verilmesinin nedenlerinin sonradan ortadan kalkması şeklinde genel bir ifade kullanılmıştı. Ancak her ne kadar HMK'nın 338. maddesinde yalnızca ekonomik anlamda yetersizlik şartı açıkça belirtilmiş olsa da, kişinin davasında başarılı olma ümidindeki değişme sonucunda, haklılık şartı ortadan kalkacağı ve adlî yardımın amacına aykırı hareket edilmiş olacağından, bu durumda da adlî yardım kararının mahkemece re'sen kaldırılması gerekir¹⁰⁷⁷.

9.1.4. Asıl dava veya takip ya da talebin sonuçlanması

Adlî yardım kararı ister bir dava açılmadan veya takibe ya da talebe başvurulmadan verilmiş olsun, isterse açılmış ve görülmekte olan bir davanın veya talebin yargılaması ya da takibin devamı sırasında verilsin, sonuçta bir dava veya takip

¹⁰⁷⁴ Ansay (1960), s. 179; O. Atalay (1986), s. 102.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Kuru (2011a) s. 5425-5426.; Kuru vd. (2011a), s. 745.

¹⁰⁷⁵ O. Atalay (1986), s. 102.; Kuru (2001a), s. 5426 dn. 21.

¹⁰⁷⁶ Ansay (1960), s. 179; O. Atalay (1986), s. 102.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.

¹⁰⁷⁷ O. Atalay (1986), s. 103.

ya da talep hakkında verilir. Asıl dava veya takip ya da talep sonuçlanıp, hüküm kesinleşinceye kadar adli yardım kararı varlığını sürdürür.

Öğretide, adli yardım kararının, hakkında verildiği asıl davanın veya takibin ya da talebin adli yardımdan yararlanan kimsenin aleyhine sonuçlanmasıyla birlikte kendiliğinden mi ortadan kalkacağı, yoksa kararı veren mahkemenin adli yardım kararının kaldırılmasına ilişkin ayrı bir karar vermesi mi gerektiği hususu tartışmalıydı. Bir kısım yazarlara göre, asıl davanın adli yardımdan yararlanan kimsenin aleyhine sonuçlanması ile birlikte, adli yardım kararının kendiliğinden ortadan kalkmaması gerekirdi. Zira adli yardım kararı, mahkemece kaldırılmadığı sürece geçerliliği korumakta ve sağladığı geçici muafiyet de devam etmekteydi. Adli yardım kararı veren mahkeme tarafından ancak adli yardımdan yararlanan kimsenin ekonomik durumunun düzelmesinden sonra ayrı bir karar verilerek adli yardım kararının kaldırılması gerekirdi¹⁰⁷⁸. Ancak HUMK'un yürürlükte olduğu dönemdeki mevcut hükümlerde bu konuda bir açıklık olmamasından kaynaklanan eksiklik dikkate alınarak, HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrası ile adli yardım kararının, asıl dava sonucunda verilen hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece asıl dava hakkında verilen hükmün kesinleşmesiyle birlikte, mahkeme tarafından herhangi bir işlem yapmaya gerek olmadan adli yardım kararının re'sen ortadan kalkması gerekir. Ayrıca asıl davanın adli yardımdan yararlanan kimsenin aleyhine sonuçlanmasıyla da zaten bu kimsenin haksızlığı kesinleşmiş bir hükümle tespit edilmiş olduğundan, adli yardımın devam etmesinde de bir yarar kalmaz¹⁰⁷⁹.

9.2. Adli Yardım Kararı ile Ertelenen Yargılama ve Takip Giderlerinin Tahsili

Yukarıda belirtildiği gibi, adli yardım kararı, yararlanan kimse bakımından geçici bir muafiyet tanımaktadır. Dolayısıyla adli yardımın sona ermesiyle birlikte, adli yardım kararı ile ertelenen yargılama giderleri ile Devlet tarafından ödenen avansların ve temin edilen avukatlık ücretinin asıl dava veya takip sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilmesi gerekecektir¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ O. Atalay (1986), s. 103.

¹⁰⁷⁹ Berkin (1981), s. 870.; Reisoğlu (1952), s. 70.

¹⁰⁸⁰ O. Atalay (1986), s. 104.; Grunsky ve Baur (2006), s. 259 § 20 Rn. 297.; Jauernig (2003), § 93 s. 387.; Karlı (2011), s. 563.; Zeiss ve Schreiber (2003), s. 342 § 95 Rn. 898.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 339'un Hükümet Gerekçesi.

HUMK'un 471. maddesinde, adlî yardımdan yararlanan tarafın değil de yalnızca karşı tarafın asıl dava (veya takip) sonunda haksız çıkması durumunda ertelenen yargılama giderlerinin nasıl tahsil edileceği düzenlenmişti. HMK'nın 339. maddesinde ise, HUMK'un 471. maddesinde düzenlenen hükmün aksine, taraflar arasında bir ayırım yapılmaksızın, asıl dava veya takip sonunda haksız çıkan taraftan, ertelenen yargılama giderlerinin tahsil edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca belirtilen maddede, adlî yardımdan yararlanan tarafın haksız çıkması durumuna da, ayrı bir takım sonuçlar bağlanmıştır.

9.2.1. Adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haklı çıkması

Asıl dava veya takip sonunda adlî yardımdan yararlanan taraf haklı çıkarsa, diğer bir ifadeyle, dava veya takip lehine sonuçlanırsa, adlî yardımdan dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ve Devlet tarafından ödenen avanslar (karşı) taraftan tahsil edilecektir (HMK m. 339, HUMK m. 471¹⁰⁸¹)¹⁰⁸². Burada haklı çıkmaktan kastedilen, adlî yardımdan yararlanan tarafın davasının veya talebinin kabul edilmesi ya da takibinin başarıyla sonuçlanmasıdır. Asıl davanın veya talebin yargılaması sonucunda adlî yardımdan yararlanan tarafın davasının veya talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabul edilmiş olması gerekir. Zira davanın veya talebin usûlden reddini gerektirecek bir durum olmadığı takdirde, esastan incelemeye geçilir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımdan yararlanan tarafın, iddiasına veya savunmasına dayanak teşkil eden vakıalarının, maddî hukuk bakımından doğruluğuna mahkemece kanaat getirilmiş olmalıdır. Eğer bir icra ve iflâs takibi için adlî yardım kararı alınmışsa, bu durumda da, söz konusu takibin adlî yardımdan yararlanan taraf lehine başarı ile sonuçlanması gerekir. Örneğin, adlî yardımdan yararlanan taraf, takipte alacaklı ise, takip konusu alacağına kavuşmuş olması bu anlamda haklı çıkması için yeterlidir.

Asıl dava veya takip sonunda haksız çıkan (karşı) taraftan, sorumlu olduğu tüm yargılama giderleri 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun

¹⁰⁸¹ "HUMK m. 471 uyarınca İİK'nın 206/I hükmü doğrultusunda bu yargılama giderleri, ilâmlı icra takibinde imtiyazlı olarak tahsil edilmekteydi." Ansay (1960), s. 179.; O. Atalay (1986), s. 105.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Kabakçıoğlu (1947), s. 378.; Kuru (2001a), s. 5428.; Taşkın (1999), s. 134.; Taşkın (2000), s. 846.; Üstündağ (1997), s. 778.; Ancak HUMK m. 471'in karşılığının düzenlendiği HMK m. 339'da bu hükmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla yargılama giderlerine mahkûm edilen tarafın alacaklısı bakımından ilâmlı icra takibinde herhangi bir imtiyaz söz konusu olmayacaktır.

¹⁰⁸² O. Atalay (1986), s. 105.; Karafakih (1952), s. 273.; Kuru (2001a), s. 5427-5428.; Kuru vd. (2011), s. 746.; Önen (1979), s. 137.; Pekcanitez vd. (2011), s. 711.; Taşkın (1999), s. 134.; Taşkın (2000), s. 846.; Üstündağ (1997), s. 778.

hükümleri uyarınca tahsil edilecektir. Zira lehine adlî yardım kararı verilmesiyle, yargılama giderlerini ödemekten geçici olarak muaf tutulan tarafın yargılama veya takip sırasında yapması gereken bütün giderler, Devlet (Hazine) tarafından karşılanmıştır¹⁰⁸³. Dolayısıyla, Devlet (Hazine)'in, daha önceden peşin olarak karşıladığı ve fakat yargılama veya takip sonunda haksız çıkan taraftan tahsil etmesi gereken yargılama giderleri, kamu alacağı niteliğindedir¹⁰⁸⁴ ve kamu alacaklarının tahsilinin düzenlendiği hükümler uyarınca tahsil edilmesi gerekir. Zira burada Devlet, adlî yardımdan yararlanan taraf adına yargılama giderlerini üstlenir. Diğer bir ifadeyle, Devlete, adlî yardımdan yararlanan tarafın yargılama veya takip sonunda haklı çıktığı takdirde, karşı taraftan tahsil edeceği -yargılama giderlerinden kaynaklanan- alacak hakkı bir nevi devredilmiş olur. Dolayısıyla, bu yargılama giderlerinin İİK hükümlerine göre tahsil edilmesi düşünülebilir. Ancak adlî yardım sisteminin sağlıklı işleyebilmesi bakımından bu yargılama giderlerinin kamu alacağı niteliğinde olması kabul edilmiştir.

Eğer adlî yardım, karşı tarafın olmadığı çekişmesiz yargı işi gibi bir talep için verilmiş ve adlî yardımdan yararlanan taraf da, asıl talebi sonucunda haklı bulunmuşsa, adlî yardımdan dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ve Devlet tarafından ödenen avanslar, haksız çıkan bir karşı taraf olmadığı için tahsil edilemeyecek ve Devlet'in üzerinde kalacaktır.

9.2.2. Adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkması

HMK'nın 339. maddesinde adlî yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devlet tarafından ödenen avansların asıl dava veya takip sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edileceği düzenlenerek haksız çıkan tarafın adlî yardımdan yararlanan taraf veya karşı taraf olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, adlî yardım kararı ile geçici bir muafiyet tanındığı için, adlî yardımdan yararlanan taraf, asıl dava veya takip sonunda haksız çıkması durumunda, karşı tarafın yaptığı giderler ile birlikte adlî yardım kararı sebebiyle ertelenen ve Devlet tarafından avans olarak verilen tüm giderleri ödemekle yükümlüdür¹⁰⁸⁵. Buna göre, adlî yardımdan

¹⁰⁸³ Uygulamada mahkemeler, adlî yardım kararı ile muaf tutulan yargılama giderlerini suçüstü bütçesinden karşılamaktadırlar.

¹⁰⁸⁴ Erem (1970), s. 121.; Reisoğlu (1952), s. 71.

¹⁰⁸⁵ Alangoya vd. (2009), s. 421.; O. Atalay (1986), s. 106.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 711.; Kuru (2001a), s. 5428.; Kuru vd. (2011), s. 746.; Üstündağ (1997), s. 778.

yararlanan taraf, asıl dava veya takip sonunda haksız çıkması durumunda karşı tarafça yapılan yargılama giderlerini ödeme riskine girmektedir¹⁰⁸⁶. Yine adlî yardım, karşı tarafın olmadığı çekişmesiz yargı işi gibi bir talep için verilmiş ve adlî yardımdan yararlanan taraf da, asıl talebi sonucunda haksız bulunmuşsa, bu durumda yalnızca adlî yardımdan dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ve Devlet tarafından ödenen avanslar kendisinden tahsil edilecektir. Ancak belirtilen hüküm gereği, asıl dava veya takip ya da talep sonunda adlî yardımdan yararlanan tarafın haksız çıkmış olmasına rağmen ekonomik anlamda yetersizlik şartında bir değişiklik olmaması halinde, daha önce ertelenen giderlerin ve ödenen avansların tamamının derhal bu kimseden tahsiline girişilmesinin sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı kabul edilerek bu durumda olan kimselerden, adlî yardım kararı sebebiyle muaf tutuldukları giderleri ve Devlet tarafından ödenen avansların geri ödenmesi konusunda, kişinin ekonomik durumu dikkate alınarak, mahkeme tarafından –bu hususa dair verilen kararın yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasında açıkça belirtilmesi kaydıyla- kendisine en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitlerle ödeme yapması konusunda bir imkân tanınabilir (HMK m. 339)¹⁰⁸⁷.

HMK'nın 339. maddesini karşılayan HUMK'un 471. maddesinde ise, adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkması durumunda, ertelenen yargılama giderlerinin tahsili konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştı¹⁰⁸⁸. Bu konuda HUMK'ta açık bir kanun boşluğu olduğundan söz edilmekteydi¹⁰⁸⁹. Ancak adlî yardım ile sağlanan muafiyetin geçici olduğundan bahisle, adlî yardımdan yararlanan taraftan karşı tarafın yaptığı tüm yargılama giderleri ile birlikte adlî yardım kararı sebebiyle Devlet tarafından verilen avanslar da dâhil ertelenen yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin de tahsil edileceği öğretide kabul

¹⁰⁸⁶ Plischuk (2002), s. 12.; Schilken (2002), s. 541 Rn.1106.

¹⁰⁸⁷ Pekcanitez vd. (2011), s. 711.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 339'un Hükümet Gerekçesi.; Benzer bir düzenlemeye Avusturya hukukunda rastlamak mümkündür: “ÖZPO § 71 uyarınca, asıl davanın yargılaması sonunda adlî yardımdan yararlanan taraf haksız çıkarsa, kendisine atanan avukatın ücreti de dâhil olmak üzere muaf tutulduğu bütün yargılama giderlerinden -ve bu arada karşı tarafın yargılama sırasında yapmış olduğu yargılama giderlerinden de- sorumlu olur. Eğer yardım giderlerinin ödenmesi tarafın ekonomik durumuna zarar vermeyecekse, yardım giderleri mahkemenin kararı ile tam veya kısmi olarak geri alınabilir. Ancak yargılamanın bitmesinden itibaren üç yılın geçmesiyle birlikte, tarafın herhangi bir şekilde geri ödeme yükümlülüğü bulunmaz.” Fasching (2000), § 71, s. 954-962.; Fasching (1990), s. 261-262 Rn. 506.; Feil ve Kroisenbrunner (2003), s. 286 Rn. 260-261.; Rechberger ve Simotta (2003), s. 194 Rn. 309.

¹⁰⁸⁸ Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Taşkın (1999), s. 135.; Taşkın (2000), s. 847.

¹⁰⁸⁹ O. Atalay (1986), s. 107.; Reisoğlu (1952), s.65.

edilmişti¹⁰⁹⁰. Ayrıca adlî yardım giderlerinin nasıl tahsil edileceğine ilişkin olarak da 29 Aralık 1951 tarih ve 700/11812 sayılı Bakanlık Genelgesi'ne göre işlem yapılmaktaydı¹⁰⁹¹. Belirtilen Genelge gereğince, mahkeme, adlî yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıktığına ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, Maliye'ye bir tezkere yazarak durumu bildirirdi¹⁰⁹². Mahkeme'den gelen tezkere üzerine ise Maliye tahsil işlemlerini gerçekleştirirdi¹⁰⁹³.

Adlî yardımdan yararlanarak asıl dava veya takip sonunda haksız çıkan taraf, her davada veya takipte olduğu gibi karşı tarafın yaptığı yargılama giderlerini de haksızlık derecesine göre ödemeye mahkûm edilecektir¹⁰⁹⁴. Ayrıca, Devlet tarafından yapılan adlî yardım giderleri ile karşı tarafın yaptığı yargılama giderleri tahsil bakımından farklılık gösterir. Zira Devletin yaptığı adlî yardım giderleri Hazine tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca tahsil edileceği halde, karşı taraf lehine ve fakat adlî yardımdan yararlanan taraf aleyhine hükmedilen yargılama giderleri ise kaşı tarafça İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre tahsil edilecektir¹⁰⁹⁵.

Adlî yardımdan yararlanan davacı tarafın, yargılamanın devamı sırasında -hüküm kesinleşinceye kadar- davadan feragat etmesi durumunda, HMK'nın 312. maddesinin birinci fıkrası (HUMK m. 94/I) gereği, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerine mahkûm edilmesi¹⁰⁹⁶ sebebiyle, gerek Devlet tarafından verilen yardım giderlerini gerekse karşı tarafın yargılama giderlerini ödemekle yükümlüdür¹⁰⁹⁷.

Yine adlî yardımdan yararlanan davalı tarafın, yargılamanın devamı sırasında davayı kabul etmesi durumunda, HMK'nın 312. maddesinin birinci fıkrası (HUMK m.

¹⁰⁹⁰ O. Atalay (1986), s. 105-106.; Bilge ve Önen (1978), s. 348.; Karafakih (1952), s. 273.; Kuru (2001a), s. 5428.; Önen (1979), s. 137.; Reisoğlu (1952), s. 69 vd.; Taşkın (1999), s. 135.; Taşkın (2000) s. 847.; Üstündağ (1997), s. 778.

¹⁰⁹¹ O. Atalay (1986), s. 107.

¹⁰⁹² 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 37'ye göre, "Bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenleri, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir ve harçlar vergi dairesince tahsil olunur." Aslında mahkeme, bu durumda Harçlar Kanunu m. 37'ye göre işlem yapar. Ayrıca bu duruma ilişkin olarak bkz. O. Atalay (1986), s.107.

¹⁰⁹³ O. Atalay (1986), s.107.; Reisoğlu (1952), s. 71.; Taşkın (1999), s. 135.; Taşkın (2000), s. 847.; Üstündağ (1997), s. 778.

¹⁰⁹⁴ O. Atalay (1986), s.107-108.

¹⁰⁹⁵ Reisoğlu (1952), s. 69.; Pekcanitez vd. (2011), s. 711.

¹⁰⁹⁶ "Davacı ilk duruşmada davadan feragat ederse, karar ve ilâm harcının üçte biri, daha sonra feragat ederse, üçte ikisini öder" (Harçlar Kanunu m. 22).; "Feragat, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden önce gerçekleşirse, davacı, Tarifedeki vekâlet ücretinin yarısına, daha sonra gerçekleşirse tamamına mahkûm edilir (AAÜT m.6)".

¹⁰⁹⁷ O. Atalay (1986), s. 106.

94/1) gereği, yargılama giderlerine mahkûm edilir¹⁰⁹⁸. Ancak HMK'nın 312. maddesinin ikinci fıkrası (HUMK m. 94/II) gereğince, davalı kendi hal ve davranışlarıyla davanın açılmasına sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davayı kabul etmiş ise, davayı kabul etmesine rağmen yargılama giderlerine mahkûm edilmez. Böyle bir durumda, adlî yardımdan yararlanan (davalı) taraf, karşı tarafın yargılama giderlerinin yanı sıra Devlet tarafından yapılan yardım giderlerini de ödemekle yükümlü tutulamayacağı için, yargılama giderlerinin tamamının karşı tarafa yükletilmesi gerekir¹⁰⁹⁹. Eğer adlî yardımdan yararlanan (davalı) taraf, ilk oturumda davayı kabul etmesine rağmen dava açılmasına sebebiyet vermiş ise, HMK'nın 312. maddesinin ikinci fıkrası (HUMK m. 94/II) uygulama alanı bulamayacağı için, yargılama giderlerinin tamamını ödemekle yükümlü tutulacaktır¹¹⁰⁰.

Adlî yardımdan yararlanan davacı tarafın davasını geri alması durumunda ise, HMK'nın 123. maddesi (HUMK m. 185/I, 1) gereği, davacının ancak davalının açık rızası üzerine davasını geri alabilmesi mümkün olduğu için, davanın geri alınması ile dava, baştan itibaren açılmamış sayılır¹¹⁰¹. Ayrıca HMK'nın 150. maddesinin beşinci fıkrası (HUMK m. 409/5) gereği işlemiden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmeyen davalar da sürenin dolduğu gün itibariyle açılmamış sayılır. Davanın açılmamış sayılması kararı, davadan feragat edildiği anlamına gelmediği gibi, davanın reddine ilişkin bir karar da değildir. Ancak bu durumda da davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekeceği için¹¹⁰² davanın açılmamış sayılması kararı ile adlî yardımdan yararlanan davacı tarafa gerek Devlet tarafından verilen yardım giderlerinin gerekse karşı tarafın yargılama giderlerinin yükletilmesi gerekir.

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, ekonomik anlamda yetersizliği sebebiyle adlî yardımdan yararlanan tarafın, dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkması suretiyle kendisinden tüm yargılama giderlerinin birden tahsil edilmeye çalışılmasıyla birlikte, ekonomik olarak büyük bir sıkıntı yaşayacağından bahisle, adlî yardım kararı dolayısıyla ertelenen ve Devlet tarafından ödenen avansların kendisinden geri alınabilmesi için, HUMK'un 470. maddesinde belirtilen ekonomik anlamda yetersizlik

¹⁰⁹⁸ Davayı kabul eden davalı hakkında da Harçlar Kanunu m. 22 ve AAÜT m. 6 uygulama alanı bulacaktır. Harçlar Kanunu m. 22 ve AAÜT m. 6 için bkz. yukarıda dn. 1096.

¹⁰⁹⁹ O. Atalay (1986), s. 106.

¹¹⁰⁰ O. Atalay (1986), s. 107.

¹¹⁰¹ Pekcanıtez vd. (2011), s. 343.

¹¹⁰² Pekcanıtez vd. (2011), s. 343.

şartının ortadan kalkması ve bu durumun haber alınmasından sonra mahkemece adli yardım kararının kalktığına ilişkin ayrı bir karar vermesi gerektiği görüşü öğretide ileri sürülmüştü¹¹⁰³. Uygulamada ise öğretide ileri sürülen görüşün aksine bir tutum izlenerek, adli yardım kararı dolayısıyla ertelenen ve Devlet tarafından ödenen avanslar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre tahsil edilmekteydi ve böylece adli yardımdan yararlanan kimse için daha fazla mağduriyet oluşmaktaydı¹¹⁰⁴.

HUMK'un yetersiz düzenlemesi, uygulamanın tutumu ve öğretideki eleştirileri¹¹⁰⁵ dikkate alan kanun koyucu tarafından HMK'nın 339. maddesinin son cümlesi ile yeni bir hüküm getirilerek, adli yardımdan yararlanan tarafın asıl dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkmasına rağmen ekonomik anlamda yetersizlik şartında bir değişiklik olmaması halinde, daha önce ertelenen giderlerin ve verilen avansların tamamının derhal bu kimseden tahsil edilmesi girişimine başlanmasının sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı kabul edilerek, bu durumda olan kimselerin adli yardım sebebiyle muaf tutuldukları giderleri ve Devlet tarafından ödenen avansların geri ödenmesi konusunda mahkeme tarafından bu kimsenin ekonomik durumu dikkate alınarak, en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitlerle ödenmesi konusunda karar verilebileceği düzenlenmiştir (HMK m. 339). Ancak mahkemenin bu hususu verdiği kararın yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasında açıkça belirtilmesi gerekir¹¹⁰⁶.

9.2.3. Tarafların sulh olması suretiyle asıl dava veya takibin sonuçlanması

Sulh, tarafların açılmış ve görülmekte olan bir davada aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşmedir (HMK m. 313/1). Tarafların adli yardım kararı verilmiş bir davayı da sulh ile sonuçlandırmaları mümkündür. Buna göre, taraflar yaptıkları sulhte, yargılama giderleri hakkında da anlaşmışlarsa, mahkeme bu anlaşma doğrultusunda karar verir. Mahkeme, gerektiğinde taraflara yargılama giderleri konusunda anlaşmaları için süre verir. Ancak taraflar, yargılama giderleri konusunda bir anlaşmaya varamamışlarsa,

¹¹⁰³ Erem (1970), s. 121.; O. Atalay (1986), s. 109.; Aksi görüş için bkz. Reisoğlu (1952), s. 71.

¹¹⁰⁴ O. Atalay (1986), s. 109.

¹¹⁰⁵ Reisoğlu (1952), s. 68.

¹¹⁰⁶ O. Atalay (2006), s. 100.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 339'un Hükümet Gerekçesi.

mahkeme, sulh anlaşmasını esas alarak giderleri paylaştıracaktır¹¹⁰⁷. Diğer bir ifadeyle, mahkeme, sulh anlaşmasındaki kısmî feragat ve kısmî kabul oranlarına göre, adli yardım sebebiyle ertelenen ve avans olarak verilen yargılama giderlerinin bir kısmının adli yardımdan yararlanan taraftan, bir kısmının karşı taraftan tahsil edilmesine karar verecektir (HMK m. 326/2, HUMK m. 470/1)¹¹⁰⁸.

Adli yardım kararı verilmiş bir davanın sulh ile sonuçlanması, mahkemenin yargılama giderleri bakımından, adli yardımdan yararlanan taraf lehine karar vermesine sebep olmaz. Bu durumda mahkemenin, sulh anlaşmasının konusunun parayla ölçülebilir olup olmamasına göre, tarafların sulh anlaşmasındaki kısmî feragati ve kısmî kabulü oranında veya yarı yarıya yargılama giderlerinin tahsiline karar vermesi gerekir¹¹⁰⁹.

9.3. Adli Yardım Kararı ile Atanan Avukatın Ücretinin Ödenmesi

Adli yardımdan yararlanan tarafa, adli yardım kararı kapsamında HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç (HUMK m. 466/I 5) bendi gereği avukat temin edilmesine karar verilmişse, mahkemenin talebi üzerine, Baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazine'den ödenir (HMK m. 340)¹¹¹⁰. Buna göre, belirtilen madde ile adli yardım kararıyla atanan avukatın, AAÜT'ye göre hak ettiği ücret ile takip ettiği dava sırasında yapmış olduğu giderleri talep ve tahsile yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır¹¹¹¹.

HMK'nın 340. maddesini karşılayan HUMK'un 472. maddesine göre ise, adli yardım kararı ile temin edilen avukatın, kendi vekâlet ücretini ve masrafını doğrudan kendi adına, haksız çıkan karşı taraftan tahsilini talep etmeye yetkili olduğu belirtilmiştir¹¹¹².

¹¹⁰⁷ Pekcanitez vd. (2011), s.558.; Medenî usûl hukukunda sulh ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. E. Önen (1972). *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1 vd.

¹¹⁰⁸ “Taraflar ilk duruşmada sulh anlaşması yaparsa, karar ve ilam harcının üçte biri, daha sonra yapılırsa üçte ikisi alınır (Harçlar Kanunu m. 22).” ; “Sulh anlaşması, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmesinden önce yapılırsa, Tarifedeki vekâlet ücretinin yarısına, daha sonra yapılırsa tamamına, taraflar sulh anlaşmasındaki kısmî feragat ve kısmî kabul oranlarına göre mahkûm edilir (AAÜT m. 6).”

¹¹⁰⁹ O. Atalay (1986), s. 110.; Önen (1972), s. 167.

¹¹¹⁰ Kuru vd. (2011), s. 746.; Pekcanitez vd. (2011), s.711.

¹¹¹¹ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 340'ın Hükümet Gerekçesi.

¹¹¹² O. Atalay (1986), s. 111.; Kuru (2001a), s. 5428.; Taşkın (1999), s. 134.; Üstündağ (1997), s. 778.

Belirtilen hükümden yola çıkılarak öğretide, avukatın vekâlet ücreti ile birlikte hangi masrafları doğrudan talep edebileceği hususunun aydınlatılması gerektiği düşüncesiyle, bu konuda çeşitli görüşler ortaya atılmıştı. Bir görüş, avukatın yapmış olduğu giderlerin HUMK'un 423. maddesinde sayılan yargılama giderleri arasında yer almadığından bahisle, HUMK'un 472. maddesinin lafzı yorumundan yola çıkılarak, maddede geçen “*kendi ücret ve masrafları*” ibaresinden, avukatın yargılama giderleri dışında, dava veya takip ya da talep için yapmış olduğu zorunlu giderlerin anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştü¹¹¹³. HUMK'un 472. maddesinde ifade edilen giderlerin, yalnızca yargılama giderleri olduğu yolundaki görüşe göre ise, HUMK'un sistematigi açısından bakıldığında, 472. maddenin adlî yardımın düzenlendiği beşinci bapta yer aldığı, davayı kaybeden tarafın ödemekle yükümlü tutulduğu yargılama giderlerinin ise kanunun ikinci babın on ikinci faslında düzenlendiğinden, Kanun'un diğer kısımlarında geçen “*masraf*” ibaresinden on ikinci fasıl hükümleri kapsamındaki yargılama giderlerinin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştü. Yine bu görüşe göre, 472. maddenin genel kurala bir istisna getirme amacı taşımadığı, yalnızca avukata, vekâlet ücreti ve yapacağı diğer yargılama giderlerini, dava sonucunda haksız çıkan taraftan doğrudan talep edebilme yetkisini vermesiydi. Zira kural olarak, zaten bu masrafların avukatın kendi müvekkilinden talep edilmesi gerekirdi; doğrudan karşı taraftan talep edilemezdi¹¹¹⁴.

HUMK'un 472. maddesi gereğince, adlî yardımdan yararlanan taraf, dava veya takip ya da talep sonunda haksız çıkarak tüm yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edildiğinde, adlî yardım kararı kapsamında atanan avukat, “*kendi ücret ve giderlerini*” müvekkilinden talep edebilirdi. Adlî yardımın sağladığı muafiyet geçici olduğu için, HUMK'un 466. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendine göre avukat, ücreti sonradan verilmek üzere atanırdı. Ayrıca HUMK'un 466. maddesi uyarınca atanan avukatın yapacağı zorunlu harcamalar için avans verilmesi şeklinde bir imkân da kabul edilmediği için, avukatın yapacağı bu tür giderlerin de dava sonunda mutlaka geri verilmesi gerekirdi¹¹¹⁵.

¹¹¹³ O. Atalay (1986), s. 111-112.; F. Uslu (1942). HUMK'un 472'nci Maddesine Dair Bir İnceleme. *İzBD*, S: 24-25, s. 354.

¹¹¹⁴ O. Atalay (1986), s. 112.; Uslu (1942), s. 351-352.

¹¹¹⁵ O. Atalay (1986), s. 113.

Adlî yardımdan yararlanan taraf için atanan avukatın, ücretini aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil etmesinin uygulamada kolay olmadığı ve sıkıntılara yol açtığı; ayrıca, Adalet Bakanlığı bütçesinde öngörülen giderin ödenebileceği bir ödeme kaleminin de bulunduğu hususları dikkate alınarak, kanun koyucu tarafından HMK Tasarısı'nın komisyon çalışmaları sırasında verilen bir önerge doğrultusunda, HUMK'un 472. maddesinin karşılığının yer aldığı HMK'nın 340. maddesinde, 472. maddenin içeriğinden farklı bir düzenleme yapılmıştır¹¹¹⁶.

Adlî yardım kararı doğrultusunda atanan avukat, kamu hizmeti niteliğindeki mesleğin bir gereği olarak sözleşme serbestisi içinde olmadan, adlî yardım görevini yerine getirir. Bu sebeple en azından asgarî olarak ücretini bir endişe taşımadan alabilmesi düşüncesiyle, HMK'nın 344 (340). maddesi ile adlî yardım kararı doğrultusunda atanan avukatın ücretinin karşı taraftan veya adlî yardımdan yararlanan taraftan tahsil edilip edilmemesine bakılmaksızın, yargılama gideri olarak Hazine'den ödeneceği hüküm altına alınmıştır¹¹¹⁷. Ancak dava sonunda haksız çıkan adlî yardımdan yararlanan taraf ya da karşı taraf, yargılama giderlerinin yanı sıra Hazine tarafından karşılanan avukatlık ücretine de mahkûm olacaktır¹¹¹⁸. Bu durumda Hazine tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkındaki Kanun'un hükümleri uyarınca daha önceden peşin olarak ödenen avukatlık ücretinin haksız çıkan taraftan tahsil edilmesi gerekir¹¹¹⁹.

Bir yargılamada adlî yardımdan yararlanan tarafa HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca avukat atanmışsa ve karşı taraf da bir avukat tarafından temsil edilmekte ise, birden fazla avukatlık ücreti gündeme gelebilir. Birincisi, adlî yardımdan yararlanan taraf, yargılama sonunda haksız çıktığı takdirde, hem daha önce Hazine tarafından peşin olarak ödenen avukatlık ücretini, hem de yargılama sonunda haksız çıkmış olması sebebiyle karşı taraf lehine hükmedilen vekâlet ücretini AAÜT'ye göre ödemek zorunda kalacaktır. İkinci durumda ise, adlî yardımdan yararlanan taraf yargılama sonunda haklı çıktığı, diğer bir ifadeyle, karşı taraf haksız

¹¹¹⁶ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 340'ın Hükümet Gerekçesi.

¹¹¹⁷ Pekcanitez vd. (2011), s.711; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 340'ın Hükümet Gerekçesi.

¹¹¹⁸ Kuru vd. (2011), s. 746.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 339'un Hükümet Gerekçesi.

¹¹¹⁹ “Alman hukukunda Hazine, yoksul tarafın tutmuş olduğu avukatın ücretini ödediği durumda, alacak hakkı kendisine devredilmiş olduğu için, bu gideri de karşı taraftan alabilir. Bunun için karşı taraf aleyhine kanunlara uygun bir şekilde giderler konusunda hüküm verilmesi gerekir.” Schellhammer (2004), s. 827 Rn.1794.

çıktığı takdirde ise, karşı taraf, yalnızca daha önce Hazine tarafından peşin olarak ödenen avukatlık ücretini AAÜT'ye göre ödemek zorunda kalacaktır.

Avukatlık hukuku hükümlerine göre, sunulan adlî yardım hizmetlerinin niteliği ve işleyişi, HMK'da düzenlenen adlî yardımdan oldukça farklıdır. Avukatlık hukukunda yer alan adlî yardıma ilişkin düzenlemeler, aşağıda ilerleyen bölümde incelenecektir¹¹²⁰. Ancak bu kısımda, konumuzla bağlantısı olması bakımından, avukatlık hukuku hükümleri doğrultusunda adlî yardım hizmetleri ile görevlendirilen avukata yapılacak ödemeye kısaca değinmek gerektiği kanısındayız. Buna göre, avukatlık hukuku hükümleri uyarınca, adlî yardımdan yararlanan kimseye adlî yardım bürosu veya temsilciliği tarafından görevlendirilen avukata yapılacak ödemelerin hesaplanmasında, TBB tarafından belirlenen AAÜT esas alınır ve adlî yardım hizmetlerinde görev alan avukatlara yapılacak ödemeler, TBB'nin adlî yardım fonundan karşılanır¹¹²¹.

¹¹²⁰ Bkz. aşağıda 4. bölüm, 1. Avukatlık Hukukunda Adlî Yardım başlıklı kısım.

¹¹²¹ Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar, aşağıda 4. bölüm, 1.3.2. Adlî yardım talebi ve yapılış şekli (adlî yardım usûlü) ve 1.3.3. Adlî yardım bürolarının finansmanı başlıklı kısımlarda yapılacaktır.

Dördüncü Bölüm

Adlî Yardım Bakımından Özel Düzenlemeler

1. Avukatlık Hukukunda Adlî Yardım

1.1. Genel Olarak

Avukatlık hukukunda adlî yardım, 1136 sayılı AvK'nın on ikinci kısmının 176–181. maddelerinde “Adlî Müzaheret” başlığı altında düzenlenmiştir¹¹²². AvK’da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümler, HMK’nın 334 vd. maddelerinde (HUMK m. 466 vd.) yer alan hükümlerden farklı düzenlemeler getirir. Ancak AvK’daki adlî yardıma ilişkin hükümler, adlî yardım kurumunu düzenlemek amacı ile değil, HMK’da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümleri tamamlamak amacı ile getirilmiştir¹¹²³. Ayrıca AvK’da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümlerin kapsamı avukatlık hizmetleri ile sınırlıdır (AvK m. 176). Diğer bir ifadeyle, AvK’nın 176. maddesi uyarınca adlî yardımın kapsamına yalnızca yargılama makamları önünde avukat yardımı değil ve fakat bunun yanı sıra, yargılama dışı danışmanlık, uzlaşma ve diğer tüm yargılama faaliyetlerine ilişkin avukatlık hizmetleri dâhildir¹¹²⁴.

AvK’da düzenlenen adlî yardıma ilişkin hükümler gereğince, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler, mahkemeler tarafından verilmiş bir adlî yardım kararına gerek olmadan, şartları oluştuğunda ayrıca Barolardan da adlî yardım talebinde bulunabilirler¹¹²⁵. Zira AvK’nın 178. maddesinde yer alan “*Adlî yardım istemi, adlî yardım bürosuna veya temsilcilerine yapılır. İstek sahibi, isteminde haklı olduğunu gösterdiği delillerle kanıtlamak zorundadır.*” hükmü gereği hem daha önce mahkemeye başvurarak adlî yardım talep eden ve fakat adlî yardım talebi reddedilen kimse¹¹²⁶ hem de daha önce mahkemeden adlî yardım talep etmeden doğrudan Baro’ya başvuran kimse AvK hükümleri gereği adlî yardım talebinde bulunabilir¹¹²⁷.

¹¹²² 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile 176, 177, 178, 179, 180 ve 181. maddeler, kenar başlıkları ile birlikte değiştirildiği halde, “Adlî Müzaheret” bölüm başlığı değiştirilmeyerek metne aynı şekliyle alınmıştır.

¹¹²³ Akkan (2010), s. 188-189.; Pekcanitez vd. (2011), s. 711-712.; "HUMK (HMK) ve AvK ayrı ayrı adlî yardım konularını düzenlemiştir." Alangoya vd. (2009), s. 421 dn.11.

¹¹²⁴ İnanıcı (2006), s. 198, 205.

¹¹²⁵ Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda aynı bölüm, 1.3.1. Adlî yardım bürolarının kuruluşu, görevleri ve işleyişi başlıklı kısım, dn. 1161.

¹¹²⁶ Bkz. yukarda 3. bölüm, 8.2.4. Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini başlıklı kısım.

¹¹²⁷ Akkan (2010), s. 190.; Pekcanitez (2011), s. 712.

AvK'nın adli yardıma ilişkin hükümlerinin 2 Mayıs 2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile değişmesi sonucu, adli yardım kurumu yeni bir vizyona kavuşmuştur. Bu yeni anlayışla birlikte, yargılama giderleri ve avukatlık ücretini ödemede ekonomik anlamda yetersizlik içerisinde bulunan kimselere adli yardım hizmetinin etkin bir şekilde götürülebilmesi için, AvK'nın adli yardıma ayrılan altı maddelik on ikinci kısmı önemli ölçüde değiştirilmiştir. Daha önce işletilemeyen ve birçok avukatın kendisine yönelik yaptırım gibi algıladığı adli yardım kurumu¹¹²⁸ revize edilerek, adli yardım nasıl örgütleneceği düzenlenmiştir. Ayrıca belirtilen değişiklik sonucu, adli yardım görevlendirmeleri her baro nezdinde cezaî, hukukî ve idarî davalarda adli yardımı sağlamak üzere kurulacak bir adli yardım bürosuna tahsis edilerek, verilecek avukatlık hizmetlerinin ücretlerinin karşılanması amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından (bütçeden) Barolar arasında dağıtılmak üzere, Türkiye Barolar Birliği hesabına belli bir oranda para aktarılmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir¹¹²⁹.

Yine AvK'da değişiklik getiren Kanun uyarınca, kanun değişikliği ile düzenlenmeyen hususların Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenleneceği belirtildiği için, TBB tarafından 14 Kasım 2001 tarihli ve 24583 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanan ilk Adli Yardım Yönetmeliği yürürlüğe girmiş, daha sonra da AvK'nın 181. maddesine dayanarak 10 Mart 2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere on dört maddelik ikinci Adli Yardım Yönetmeliği çıkartılmıştır¹¹³⁰.

Esasen gerek AvK'daki hükümlere gerekse AvK'ya dayanarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre düzenlenen adli yardım kurumu, hem medenî usûl hukuku hem de ceza yargılamasında işletilebilecek adli yardım sistemini düzenlemiştir. Belirtilen düzenlemelere göre, adli yardımın kapsamını avukatlık hizmetleri oluşturur. Ancak medenî usûl hukuku ile ceza yargılamasında sunulacak avukatlık hizmetlerinin kapsamı ve yararlanabilme şartları farklı olduğu için bu kısımda öncelikle avukatlık

¹¹²⁸ “Geçmişte avukatların ücretsiz adli yardım sağlamayı bir külfet olarak görmesi nedeniyle bu zorunlu sistem tatmin edici şekilde işlememişti. Bunun neticesinde, birçok müvekkil ilgisiz ve sürekli değişen avukatları –ki görevlendirilmiş avukatın davanın savunulması/takibi için gerekli avukatlık ücretini Baro’ya ödeyerek dosyayı iade etmesi mümkündü- tarafından hayal kırıklığına uğratılmıştı. Bu isteksiz avukatlar bazı davalarda zamanaşımı süresinin geçmesine dâhi neden oldu. Tahmin edilebileceği üzere bu koşullar altında adli yardım pek fazla uygulama alanı bulmadı.” Elveriş vd. (2005), s. 40.

¹¹²⁹ Elveriş (2006), s. 180.; Elveriş vd. (2005), s. 41.; Güner (2007), s. 235.; A. Okur ve M. Kalay (2004). *Adli Yardım Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. (1. Baskı). (Çağrı Avukatlar Grubu Yayın No. 1) İstanbul: Yıldızlar Matbaacılık, s. 10.; Yaşar (2006), s. 2010.

¹¹³⁰ Elveriş vd. (2005), s. 41.; Okur ve Kalay (2004), s. 10.; TBB Adli Yardım Yönetmeliğinin metni için bkz. RG. 30.03.2004 T., 25418 S.

hukukunun medenî usûl hukukunda geçerli olan adlî yardım sistemine, daha sonra ise ceza yargılamasındaki işleyişe aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilecektir.

1.2. Avukatlık Hukukundaki Adlî Yardım Düzenlemeleri Bakımından Avukatın Önemi

AvK'nın 1. maddesinde, avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu belirtilerek, 2 Mayıs 2001 tarihinde 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle 1. maddenin ikinci fıkrasına, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği hükmü getirilmiştir.

Kanun'da avukatlık hizmetinin bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine dayanır. Dolayısıyla, adalet hizmeti, kamu hizmeti olarak kabul edildiğine göre, bu hizmetin bir parçası olarak avukatın da kamu hizmeti gördüğünü kabul etmek gerekir¹¹³¹.

Hemen bütün modern hukuk sistemlerinde avukatın, yargılamanın zorunlu bir unsuru olarak, mümkün olduğunca kendi müvekkilinin yararına olacak şekilde hukukî barışının sağlanmasında hizmet etmekle yükümlü olduğu kabul edilir¹¹³².

Maddî hukuktan kaynaklanan hakları ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında bulunan kimseler, bu haklarının yerine getirilmesi amacıyla iddia ve savunmalarının hukukî şekle uygun olarak yapılması, somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının tespit edilerek mahkemeye sunulması gibi sebeplerle bir avukatın hukukî yardımına ihtiyaç duyabilirler¹¹³³. Bu anlamda, müvekkiline hukukî danışmanlık yapmak, dava ile ilgili mahkemeye dilekçeler vermek, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili müvekkilini bilgilendirmek ve yargılamada temel kurallara uygun davranmak avukatın görevleri arasında yer alır. Kısacası, avukatın görevi, hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında bulunan tarafa danışmanlık yapmak ve uyuşmazlığın çözümlenmesini amaçlayarak, hak ihlâli veya tehlikesinin sona ermesinde ve tarafın sübjektif hakkının gerçekleştirilmesinde tarafa yardımcı olmaktır¹¹³⁴.

¹¹³¹ Akkan (2010), s. 45.

¹¹³² Akkan (2010), s. 44.

¹¹³³ Güner (2007), s. 46 vd.

¹¹³⁴ Akkan (2010), s. 45-46.

Hak arama hürriyetlerinin bir sonucu olarak taraflar, davalarını bizzat takip edebilecekleri gibi, yargılamada kendilerini bir vekil aracılığıyla da temsil ettirebilirler (HUMK m. 59/I, HMK m. 71, AvK m. 35/III). Tarafların hak arama hürriyetleri bir vekil aracılığıyla kullanmak istemeleri veya kanunen vekil ile temsilin zorunlu kılındığı hallerde, vekil sıfatıyla tarafları temsil yetkisi yalnızca Baro'ya kayıtlı avukatlara aittir (AvK m. 35). Diğer bir ifadeyle, yargılamada tarafların hak arama hürriyetlerinin temsil yoluyla kullanılması Baro'ya kayıtlı avukatların tekelindedir¹¹³⁵.

Medenî usûl hukukumuzda kural olarak, bir tarafın kendisini avukatla temsil ettirme zorunluluğu bulunmaz. Yargılamada tarafların davalarını bizzat kendilerinin açarak takip etmeleri mümkün olduğu gibi, kendilerini bir avukat aracılığıyla da temsil ettirebilirler¹¹³⁶. Tarafların kendilerini bir avukat aracılığıyla temsil ettirme hakkı, adil yargılanma hakkının korunmasındaki en önemli haklardandır¹¹³⁷. Ancak gerek medenî usûl hukuku gerekse idarî yargılama ve ceza yargılaması bakımından ücretsiz avukat hakkı, 1136 sayılı AvK'ya dayandığı için, baroya kayıtlı avukatların, baronun bu yönde bir talebi olması halinde, avukatlık ücreti talep etmeksizin adlî yardım hizmeti sağlamaları zorunludur¹¹³⁸.

Medenî usûl hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğunun olmaması sebebiyle yargıda çok ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Avukatla temsil zorunluluğun olmaması öncelikle avukatla yapılması gereken işlemlerin herkes tarafından kolaylıkla yapılabileceği kanısını uyandırır. Hal böyle olunca da, avukatsız yapılan işlemlerde

¹¹³⁵ Demircioğlu (2007) s. 114-115.; Elveriş vd. (2005) s. 62.; Taşkın (1999), s. 125.; Taşkın (2000), s. 841.; Yaşar (2006), s. 2014.; Avukatlık mesleğinin tekeli ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Elveriş (2006), s. 184-187.; Alman hukukunda hukukî danışmanlık hizmetleri konusunda avukatlara tanınan tekel hakkına ilişkin olarak bkz. E. Becker-Eberhard (2003). Avukatlık Meslek Hukukunun Almanya'daki Değişimi. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *21. Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları*. (Der. N. Deren-Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 17 vd.

¹¹³⁶ Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda 3. bölüm, 8.2.4. Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini başlıklı kısım

¹¹³⁷ Demircioğlu (2007), s. 112.; “Bağımsız avukatlığın kurumsal garantisi, AY'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti ile ilgili hükümdür. Yargılama makamları önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olma, hukukun gerçekleştirilmesine hizmet ettiğinden ve vatandaşın hukukî danışma ve hukukî yardım konularındaki ihtiyacını yalnızca bağımsız avukatlık kurumunu karşılayabileceğinden, avukata devlet etkisi, özgürlüğün koruyucusu olarak avukatını yanında bulur ve avukat da hukuk ve adaletten yana olmak kaydıyla onun savunuculuğunu yaparsa, avukatın devlet lehine faaliyeti gerçekleşmiş olur. Bu şekildeki bağımsız avukatlık faaliyeti, hukuk devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan hukuk devletinin temel direklerinden biri olarak ifade edilebilir.” M. Sungurtekin-Özkan (2006). *En Son Değişikliklerle Avukatlık Hukuku*. (1. Baskı). İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, s. 40-42.

¹¹³⁸ Elveriş vd. (2005), s. 40.

genellikle usûl konusundaki bilgisizlik sebebiyle, yargılamanın ilerleyen aşamalarında geri dönülmesi mümkün olmayan yanlışlar yapılmakta, sonradan bir avukat yardımıyla bu yanlışlar düzeltilmeye çalışılsa da çok geç olmakta ve birçok avukat da bu sebeple kendine yapılan başvurular dolayısıyla zor durumda kalmaktadır¹¹³⁹.

Kişilerin avukat yardımından yoksun kalmaların en önemli sebebi ise şüphesiz ki, ekonomik yetersizliktir¹¹⁴⁰. Oysaki hukukî yardıma ihtiyaç duyanların bir avukata danışması ve menfaatlerinin onun tarafından korunması birey menfaatinde olduğu kadar, kaliteli ve hızlı yargılamayı temin konusundaki kamu menfaatinde de bulunur¹¹⁴¹. Bu tespit karşısında, avukatların yalnızca yargının değil, bir bütün olarak hukukun ve hak ve özgürlüklerin olmazsa olmaz unsurları olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Öğretide, hak arama hürriyetinin etkin şekilde kullanılması ve taraflar arasında şans ve imkân eşitliğinin sağlanarak adalete erişimin gerçekleşebilmesi amacıyla avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi ileri sürülmektedir¹¹⁴². Ancak bunun için şüphesiz ki, iyi işleyen bir adlî yardım sisteminin varlığı gereklidir¹¹⁴³. Zira adlî yardım sistemini işlevsel hale getirmeden, avukatla temsil zorunluluğunun kabul edilmesinin, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin haklarını aramasını güçleştireceği ve böylece yargılamada taraflar arasındaki usûlî eşitlik bozularak, adil yargılanma hakkının ihlâl edilebileceği belirtilmiştir¹¹⁴⁴.

¹¹³⁹ Avukatla temsil zorunluluğunun amaçları ile ilgili olarak bkz. Akkan (2010), s.107 vd.

¹¹⁴⁰ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2009 yılına ait istatistiklerine göre, geçen yıllardan devredenler de dâhil olmak üzere açılan ilâmlı icra takiplerinden % 36'sı, ilâmsız takiplerden %25,6'sı, iflâs takiplerinden 11,1'i sonuçlanmıştır. Talimatların %32,4'ü, izale-i şüyu taleplerinin ise %30,3'ü yerine getirilmiştir. Aynı istatistiklere göre bir icra takibinin ortalama görülme süresi 639 gündür. Veriler için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/icra/icra1.pdf (Erişim tarihi: 01.07.2011); Ayrıca 2000 yılına ait verileri değerlendiren Okur/Kalay için bkz. Okur ve Kalay, s. 15.; "Ülkemizde icra takiplerinin dava olarak algılanmaması ve avukata danışılmaksızın yapılan başlıca işlem olması, ancak sonuç alınabilecek bir icra takibi için, dosyanın mutlaka sıkı takip edilmesi gerektiği gerçeği karşısında bu veriler avukatla temsilin bir zorunluluk olduğunu gösterir." Okur ve Kalay (2004), s. 15.

¹¹⁴¹ M. Sungurtekin-Özkan (2000). Yargılamanın Gecikmesi Ve Hızlanmasında Avukatların Rolü. *Yargı Reformu 2000* Sempozyumunda sunulmuş bildiri. 5.04.2000- İzmir <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011)

¹¹⁴² Avukatla temsil zorunluluğu kuralının getirilme amaçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan (2010), s. 107-169.; Atalay (2006), s. 98.; Deliduman (2005), s. 384.; Ercan (2006), s. 1278-1280.

¹¹⁴³ Aday (1997), s. 47.; Akkan (2010), s. 197.; O. Atalay (2006), s. 100.; Ercan (2006), s. 1295.; Özkes, (2003), s. 299 ; Sungurtekin- Özkan (2006), s. 5.; Pekcanıtez (2000), s. 784.

¹¹⁴⁴ Pekcanıtez vd. (2011), s. 271.; Tanrıver (2004), s. 212.

Avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmesi durumunda, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan tarafın hukukî dinlenilme hakkını kullanabilmesi için adli yardımdan yararlanabilmesi gerekir. Zira ekonomik anlamda yetersiz durumda olan taraf, adli yardımdan yararlandırılmayarak kendisine bir avukat atanmadığı takdirde, bu durum, hem eşitlik hem de hukukî dilenilme hakkının ihlâlini oluşturacaktır¹¹⁴⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, medenî usûl hukuku bakımından tarafların ücretsiz olarak bir avukatın yardımından yararlanma hakkı belirtilmemekle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından avukat sağlama zorunluluğu, ancak mahkemelere etkin bir şekilde erişim için vazgeçilmez olduğu ya kanunen avukatla temsil zorunluluğunun olduğu durumlar ya da avukat atanmaması durumunda davanın veya usûlün karmaşıklığı sebebiyle ciddi hak kaybının doğabileceği durumlarda¹¹⁴⁶ devlete bir yükümlülük olarak yüklenir¹¹⁴⁷.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın Taslak Gerekçesi'nin 22.maddesinde de “*Esas olarak, herkesin sahip olduğu insan hakları ve temel özgürlüklerin, medenî ve siyasal haklar gibi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yeterli bir şekilde korunabilmesi, tüm bireylerin özgür bir hukuk mesleğinin sağladığı hukuk hizmetlerine, etkin bir biçimde ulaşılmasına bağlıdır.*” denilmek suretiyle aynı konuya işaret edilmiştir¹¹⁴⁸.

Diğer bir ifadeyle, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi, herkesin hukukçular tarafından verilen hukuk hizmetlerine etkin bir şekilde ulaşabilmesi ile mümkündür. Bu tespitle, hukukçulara ve özellikle avukatlara önemli sorumluluklar yüklendiği gibi, mesleklerinin vazgeçilmezliğine yapılan vurgudan hareketle de önemli mesleki hak ve yetkiler de getirilir¹¹⁴⁹.

Herkesin hukukî uyuşmazlıklarının çözümünde bir avukatın hukukî yardımına başvurusu gerektiği ve bunun mutlak bir ihtiyaç olduğu, gerek hakları düzenleyen normların içeriğinden gerekse hukuk uygulamalarından kolaylıkla varılabilecek bir

¹¹⁴⁵ Akkan (2010), s. 197.; Özkes (2003), s. 299.; Pekantez (1997), s. 49.; Pekantez (2000), s. 784.

¹¹⁴⁶ AİHM tarafından bu konuda verilmiş *Airey/İrlanda, Steel and Morris/İngiltere, McVicar/İngiltere* kararları için bkz. yukarıda 2. bölüm, 1.6. Hukukî Korunma Talebi, Etkin Hukukî Korunma ve Adli Yardım başlıklı kısım.

¹¹⁴⁷ Demircioğlu (2007), s. 113.; Smith (2005), s. 71-72.

¹¹⁴⁸ <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011); Ayrıca bkz. Okur ve Kalay (2004), s. 16.

¹¹⁴⁹ O. Atalay (1986), s. 116.; Okur ve Kalay (2004), s. 16.

sonuçtur. Ancak bu sonuca varırken, ekonomik nedenlerle bir avukata başvurma olanağı bulunmayanların da gözetilmesi gerektiğini unutmamak gerekir. Barolar aracılığıyla verilen adlî yardım hizmeti, ekonomik yetersizliklerle bu ihtiyacı karşılayamayanlar arasındaki dengeyi sağlamada çok önemli bir işleve sahiptir¹¹⁵⁰.

Adlî yardıma ilişkin özel hükümlerin yer aldığı avukatlık mesleğine ilişkin uluslararası önemli belgelerden biri olan Havana Kuralları – Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler’in başlangıç bölümünde “*bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adlî hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olması gerektiği*”nden söz edildikten sonra, 3.maddesinde “*Hükümetler, yoksullara ve gerektiği takdirde mahrumiyet içinde bulunan diğer kimselere adlî hizmet verilmesi için yeterli mali imkânlar ve başka kaynaklar sağlar. Avukatların meslek örgütleri bu hizmetlerin, imkânların ve kaynakların organize edilmesinde ve sunulmasında işbirliği yapar.*” hükmü getirilerek bu konuda hükümlere ve barolara düşen sorumluluklara yer verilmiştir¹¹⁵¹.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı’nın başlangıç bölümünde “*Adalet ulaşmanın, ekonomik bakımdan zayıf durumda olan kişilere de avukatlık hizmeti sunmak olduğu düşünülerek*” ifadesi ile adaleti sağlama hedefi ile adlî yardım hizmeti arasındaki bağlantıya işaret edilmiştir. Aynı metnin IV numaralı Prensibinin başlığı “*Tüm Şahısların Avukatlara Erişebilmesi*” olup, 1. maddesinde “*Herkesin bağımsız avukatlarca sağlanan hukukî hizmetlerden etkin bir şekilde yararlanması için tedbirler alınmalıdır.*” 2. maddesinde “*Avukatların ekonomik bakımdan zayıf kişilere de hukuk hizmeti vermeleri teşvik edilmelidir.*” hükmü yer alır¹¹⁵².

Yine Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü (Charter of Core Principles of The European Legal Profession)’nün Dava Masrafları ve Adlî Yardım Konusunda Bilgilendirme başlıklı 3.7.2. maddesinde, “*Bir avukat, adlî*

¹¹⁵⁰ Okur ve Kalay (2004), s. 16.

¹¹⁵¹ <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011); Ayrıca bkz. İnancı (2006), s. 212.; Okur ve Kalay (2004), s. 16.

¹¹⁵² <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011); Okur ve Kalay (2004), s. 17.; Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin 25.10.2000 tarihli 21 sayılı Tavsiye Kararı’nın IV numaralı Prensibinin 1. ve 2. maddeleri için bkz. İnancı (2006), s. 217.

yardımın mümkün olduğu hallerde, müvekkilini bilgilendirmelidir” düzenlemesi getirilmiştir¹¹⁵³.

Diğer önemli bir husus, adli yardım hizmeti görmekle yükümlü tutulan avukatların, bu hizmeti sağlamaları nedeniyle ekonomik açıdan zayıf duruma düşmelerini engellemeye yönelik mekanizmaların da kurulması gereğidir. Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı IV Numaralı Prensibin 4.maddesine göre, “Avukatlık ücretini düzenleyen kanun ve düzenlemeler avukatlara makul düzeyde kazanç sağlayıcı ve kamunun hukuk ihtiyacını karşılayıcı nitelikte olmalıdır.” Prensiplerin şerhlerinin düzenlendiği bölümün 50. maddesinde madde gerekçesi açıklanırken “avukatların özgür olabilmeleri için makul bir yaşam standardını elde edebilecek kadar kazanmalarının şart olduğu” belirtilerek, aynı bölümün 51. maddesinde de ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere adli yardım hizmeti veren avukatların da mesleki açıdan özgür olabilmelerinin sağlanması gerektiğine işaret edilmiştir. Buna göre, 50. madde ile 51. maddenin bir arada değerlendirilmesi sonucu, avukatların sahip olması gereken mesleki özgürlük ile yalnızca kamu otoritesinden baskı görmemek anlamındaki özgürlüğün değil, aynı zamanda ekonomik anlamda özgürlüğün de anlaşılması gerekir¹¹⁵⁴.

AvK'nın 176. maddesinde adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara, bu kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanması olarak tanımlanmıştır. Buna göre, AvK'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “kanun işleri ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya

¹¹⁵³ “Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE)’nin temel amacı; avukatlık mesleğinin icrası ile ilgili ortak menfaatlerin korunması, hukukun gelişmesi ve hukukun üstünlüğü ile ilgili uygulamalar bakımından, adaletin yönetimi ve özellikle hukuk alanındaki somut gelişmeler bağlamında, gerek tam (Avrupa Birliği üyesi, Avrupa Ekonomik Bölgesi ve İsviçre Konfederasyonu), gerek ortak (yede), gerekse gözlemci üye statüsünde bulunan üye baroları, hukuk alanındaki somut gelişmeler bağlamında; Avrupa’da ve uluslararası düzeyde temsil etmektir (CCBE Tüzüğü Madde III 1.a). Bu düzenlemelerin en yenisi; CCBE’nin 24 Kasım 2006 tarihinde Brüksel’de yapılan genel kurul toplantısında kabul edilmiş bulunan Avrupada Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü’dür. Söz konusu Tüzük, meslek kuralları (ahlâk kuralları) olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu kuralların, yalnızca CCBE’nin; asil, yede ve gözlemci üyeleri bakımından değil, Avrupa genelindeki bütün avukatlara uygulanması amaçlanmıştır. Tüzük, avukatlık mesleği bakımından ulusal ve uluslararası uygulamalar bakımından ortak kabul görmüş ve uygulanan on temel ilkeyi içermektedir.” http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf (Erişim Tarihi: 01.07.2011)

¹¹⁵⁴ <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011); Okur ve Kalay (2004), s. 17.; Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin 25.10.2000 tarihli 21 sayılı Tavsiye Kararı’nın IV numaralı Prensibinin 4. maddesi ve 50. ve 51. maddelerinin gerekçesi için bkz. İnancıcı (2006), s. 217-218.

yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adlî işlemleri takip etmek, bu işlere ait evrak düzenlemek”, adlî yardım hizmeti kapsamında olabilecektir.

TBB Adlî Yardım Yönetmeliği’nin¹¹⁵⁵ 1. maddesinin ikinci fıkrasında, adlî yardımın amacının, bireylerin hak arama hürriyetlerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama hürriyetinin kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılmak olduğuna vurgu yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, adlî yardım, baronun sunduğu hizmetlerle gerçek amacına ulaşabilir. Zira baro, adlî yardım kararı doğrultusunda avukat atanmasına yardımcı olmak ve hukukî danışma yardımı hizmetleri sunarak bu anlamda önemli bir işleve sahiptir¹¹⁵⁶.

1.3. Adlî Yardım Büroları

1.3.1. Adlî yardım bürolarının kuruluşu, görevleri ve işleyişi

AvK’nın 177. maddesi uyarınca, barolar, avukatlık ücretleri ve diğer yargılama giderlerini ödeme imkânı bulunmayan kimselere, adlî yardım hizmetin verilebilmesi için baro merkezlerinde, baro yönetim kurulları tarafından görevlendirilen yeterli sayıda avukattan oluşan adlî yardım bürolarını kurmakla görevlendirilmiştir. Yine aynı madde uyarınca, adlî yardım hizmetinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, baro tarafından baro merkezleri dışında, avukat sayısının beşten çok olduğu her yargı çevresinde de, bir avukatın adlî yardım bürosu temsilcisi olarak görevlendirilebileceği hüküm altına alınmıştır¹¹⁵⁷. TBB Adlî Yardım Yönetmeliği’nin 4. maddesinde, adlî yardım bürosu görevlileri ve temsilcilerine, hizmetin yürütülebilmesi için adlî yardım ödeneğinden karşılanmak üzere yeterli mekân, büro donanımı ve personel sağlanacağı

¹¹⁵⁵ RG. 30.03.2004 T., 25418 S.

¹¹⁵⁶ O. Atalay (1986), s. 115.

¹¹⁵⁷ Kuru (2001a), s. 5428.; Kuru vd. (2011), s. 746.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 712.; Taşkın (1999), s. 125-126.; Taşkın (2000), s. 841-842.; “Bugün itibarıyla İstanbul Barosu Adlî Yardım Bürosu’nun, Bakırköy ve Kadıköy olarak iki şubesi vardır. Ancak yönetmelik hükümleri gereği, Türkiye’deki her yargı çevresinin bu birime sahip olması gerekir. İstanbul Barosu’nun asıl adlî yardım bürosu Şubat 2002’de kurulmuşken, Kadıköy Ekim 2002’de, Bakırköy Haziran 2003’te kurulmuştur. Diğer illerde ise Barolar 2002 yılı içerisinde adlî yardım bürolarını kurmuşlardır. Her baronun adlî yardım bürosu bulunmasına rağmen bazıları halen işlememektedir.” Elveriş vd. (2005), s. 43 dn 11.; Okur ve Kalay (2004), s. 41.

belirtilmiştir. Yönetmeliğin belirtilen hükmü uyarınca, her baro tarafından sistemin kurulmasını sağlamak üzere bir avukat atanmıştır¹¹⁵⁸. Barolar tarafından istihdam edilen personel, adli yardım bürolarında tam zamanlı olarak çalışır. Adli yardım bürolarında tam zamanlı olarak çalışan avukatların görevlerinden biri de, adli yardımın konusunu oluşturan dava veya iş için hukukî mütalaada bulunmaktır¹¹⁵⁹.

Adli yardım büroları, tüzel kişiliği olmayan ve baro yönetim kurullarına bağlı olarak çalışan birimlerdir¹¹⁶⁰. Adli yardım büroların görevi, hem mahkeme tarafından kendisine avukat temin edilmesine karar verilmiş olan (HMK m. 335/1, ç; HUMK m. 466/I, 5) kimse için avukat atamak hem de doğrudan adli yardım bürosundan adli yardım talep eden ve talebinde haklı gözüken kimseye avukat atamak ve bu kimsenin yetkili mahkemeden adli yardım kararı alabilmesi için gerekli işlemleri yapmaktır (AvK m. 178-179)¹¹⁶¹. Bunun dışında adli yardım büroları, AvK'da belirtilen görevler ile kanun ve yönetmelikler çerçevesinde baro yönetim kurullarınca verilen diğer görevleri yerine getirirler (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 4).

Adli yardım büroları veya temsilciliklerinde adli yardım hizmeti vermek için görev almak isteyen avukatlar, bağlı bulundukları barolara başvururlar. Başvurularda avukatlar tarafından ofislerinin yerleri, hangi bölgelerde çalışmak istedikleri ve çalışma alanlarının da belirtilmesi üzerine, adli yardım büroları veya temsilcilikleri tarafından listeler hazırlanır. Adli yardım bürosuna adli yardımdan yararlanmak için bir başvuru yapıldığında, adli yardım hizmetinin verileceği işler, avukatlar arasında bu listelere göre dağıtılır¹¹⁶². Görevlendirmede, avukatların mesleki faaliyet alanlarına ilişkin beyanları dikkate alınır (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m.6/c). Ancak avukatların adli yardım hizmeti vermekle görevlendirebilmeleri bakımından herhangi bir şartı yerine getirmeleri aranmaz¹¹⁶³. Avukatların adli yardım hizmetinde görev alabilmeleri için avukatlık

¹¹⁵⁸ “Örneğin, İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosu’nda beş kişi tam zamanlı ve maaşlı olarak çalışmasına rağmen bu beş kişinin arasında yalnızca bir tanesi avukattır. Bu avukat, mahkemeye intikal etmeyen işlerde hukukî danışmanlık yapmak da dâhil olmak üzere, diğer dört görevlinin de idarecisi konumundadır. Diğer dört görevli ise, avukat atanması, kayıtların tutulması ve diğer günlük olağan işlerde bu avukata yardım eder.” Elveriş vd. (2005), s. 43.

¹¹⁵⁹ Elveriş vd. (2005), s.53.

¹¹⁶⁰ Güner (2007), s.235.

¹¹⁶¹ Kuru (2001a), s. 5429.; Kuru vd. (2011), s. 746.; Pekcanıtez vd. (2011), s. 712.; Üstündağ (1997), s. 779.; Yaşar (2006), s. 2024.

¹¹⁶² Elveriş vd. (2005), s. 45.

¹¹⁶³ Elveriş (2006), s. 195.; “İstanbul Barosu’nda kadınlarla ve çocuklarla çalışmak için gönüllü olduklarını belirten avukatlar, adli yardım bürosu tarafından eğitime tâbi tutulurken, İzmir Barosu işkence davalarında çalışmak isteyen avukatlara da eğitim sunar. Eğitim sunulması için bu alanların seçilmesinin sebebi psikolojik duyarlılık ve özel bilgi gerektirmeleridir. Eğitim ekibi sosyologlardan, psikologlardan,

ruhsatnamesine sahip olup, Baro'ya kayıtlı olmaları yeterlidir¹¹⁶⁴. Kaldı ki, avukatlık mesleğine girişte bile herhangi bir –avukatlık sınavı gibi- şart aranmazken, adlî yardım hizmetinde görev alabilmek için özel bir şartın aranmaması işin doğası gereğidir. Ancak avukatlık mesleğine kabul için aranan şartlar, mesleğin işleyişine olumlu katkılar yapacak hale getirildiğinde, adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatlar için de herhangi bir ek şartın aranmasının gerekip gerekmediği hususu tartışma konusu yapılmayacaktır.

Ayrıca adlî yardım büroları ve temsilcilikleri görevlerini yerine getirdikleri sırada yapacakları avukat atama işlemlerinde, bütün avukatların bu hizmete eşit bir şekilde katılmalarını sağlamakla yükümlüdürler¹¹⁶⁵.

Adlî yardım bürolarının işlemleri, adlî yardımdan sorumlu baro yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda ve denetiminde yürütülür (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 4). Baro yönetim kurulları tarafından adlî yardım büroları ve temsilciliklerinin çalışmaları her zaman denetlenebilir. Baro denetçileri ayrıca mali açıdan adlî yardım büroları ve temsilciliklerini de kapsayan çalışmalarını, her iki ayda bir düzenleyeceği raporla, baro yönetim kurullarına bildirir (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 11).

Adlî yardım büroları, çalışmalarını her yılsonu düzenleyecekleri bir raporla Baro Yönetim Kurullarına bildirirler. Raporların birer örneği barolar tarafından Türkiye Barolar Birliğine gönderilir (AvK m. 181/1).

1.3.2. Adlî yardım talebi ve yapılış şekli (adlî yardım usûlü)

Adlî yardım talebi, adlî yardım hizmetinin verileceği yerdeki adlî yardım bürosuna veya temsilciliklerine yapılır. Adlî yardım talebi, yargılamanın başında yapılabileceği gibi yargılama devam ederken, hatta kanun yolları aşamasında bile yapılabilir¹¹⁶⁶. Bu anlamda gerek avukatlık hukuku kuralları uyarınca gerekse de HMK'ya göre adlî yardımın talep edilebilme zamanı bakımından paralel bir uygulama bulunur.

adlî tıp uzmanlarından ve kadın sığınma evleri temsilcilerinden oluşur. Eğitim müfredatı konuyla ilgili kanunları ve uluslararası andlaşmaları kapsar. Eğitim süresi kadınlar için dört gün, çocuklar için iki üç gün alırken, katılımcılara tamamlama sertifikaları verilir.” Elveriş vd. (2005), s. 45 dn 12.

¹¹⁶⁴ Elveriş vd. (2005), s. 45.

¹¹⁶⁵ “Adlî yardım görevi serbest çalışan avukatlara eşitlik ilkesi esaslarına göre verilir.” (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 5/4.); Özellikle ceza yargılaması bakımından atanan avukatın takdirinde adil olunması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Erem (1995), s. 116.

¹¹⁶⁶ Elveriş vd. (2005), s. 58.

Adli yardım başvurusu yapılırken uygulamada başvuru sahibi tarafından;

- Kendisine ait bir evi olup olmadığı,
- Ödediği kira bedeli,
- Bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sayısı,
- Çalışıyorsa maaşı veya maaşı dışında kira, faiz, sosyal yardım gibi diğer gelirleri,
- Çalışmıyorsa ekonomik gelir kaynakları, aile üyeleri üzerine kayıtlı malvarlığı olup olmadığı,
- Banka hesabı olup olmadığı, varsa bu hesabın bakiyesi,
- Motorlu taşıt aracı veya benzeri değerli malları olup olmadığı,
- Sosyal Güvenlik Kurumuna tâbi olup olmadığı

gibi ekonomik durumu ile ilgili hususları içeren basit bir başvuru formu¹¹⁶⁷ doldurulduktan sonra, adli yardım bürosu veya temsilciliği tarafından yapılan adli yardım talepleri adli yardım esas defterine kaydedilir (AvK m. 178/1, TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 5/1)¹¹⁶⁸.

AvK ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği hükümleri uyarınca, adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için “avukatlık ücreti ve diğer yargılama giderlerini karşılama gücünden yoksun olma” (AvK m. 176, TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 1/2) ve “talepte bulunan kimsenin haklılığı konusunda kesin veya kuvvetli bir kanının oluşması” (AvK m. 178/1, TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6/a,4) gerekir¹¹⁶⁹. Bu bakımdan HMK’da düzenlenen adli yardım kurumundan yararlanabilmenin şartları ile paralel bir düzenleme olduğunu ifade edebiliriz¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ “Adli yardım başvuru formunun aslında başvuruda bulunanın verdiği bilgiler doğrultusunda adli yardım bürosu yetkilileri tarafından doldurulması gerekir. Zira bazı başvuru sahiplerinin okuma ve yazması bulunmayabilir.” Elveriş vd. (2005), s. 44.

¹¹⁶⁸ Okur ve Kalay (2004), s. 42.; Yaşar (2006), s. 2020.

¹¹⁶⁹ Elveriş vd. (2005), s. 57.; Okur ve Kalay, s. 42.

¹¹⁷⁰ “AvK’da adli yardım talebinde bulunan kimsenin haklı olduğu yolunda delil göstermesi gerektiği m. 178’de açıkça belirtildiği halde, ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerekliliğine ilişkin açık bir hüküm bulunmaz. -Yalnızca adli yardımın amacının düzenlendiği TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 1/2’de adli yardımın avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara verileceğinden bahsedilir- Ancak AvK hükümleri, HMK hükümlerini saklı tuttuğundan ve HMK hükümlerinin bir tamamlayıcısı olduğundan dolayı, uygulamada adli yardım talep eden kimselerden ekonomik anlamda yetersizlik şartının da ispat edilmesinin istendiğine ilişkin olarak bkz. Taşkın (1999), s. 126-127.; Taşkın

Adlî yardım bürosu veya temsilciliği tarafından adlî yardım talebinin haklılığını değerlendirebilmek amacıyla, başvuru sahibinden gerekli bilgi ve belgeler istenebileceği gibi, kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından da yardım alınmak suretiyle uygun bulunan araştırma yapılarak gerektiğinde karar verilir (AvK m. 178/1, TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 5/2)¹¹⁷¹.

Uygulamada barolar tarafından ekonomik durumun yetersizliğinin ispatı bakımından, adlî yardım başvurusu yapan kimseden birtakım belgeler istenir. Bazı baroların adlî yardım büroları, *beyan usûlü* ve *basit belge usûlü* sistemini uygularken, bazı barolar ise *sıkı belge sistemi* ile ekonomik anlamda yetersizlik şartının varlığını araştırırlar¹¹⁷².

Örneğin İstanbul Barosu Adlî Yardım Bürosu¹¹⁷³ tarafından başvuru sırasında başvuru sahibinden;

- Muhtardan alınacak fakirlik belgesi,
- Muhtardan alınacak ikâmetgâh belgesi,
- Nüfus cüzdan fotokopisi,
- Dava için gerekli belgelerin fotokopisi istenir¹¹⁷⁴.

İzmir Barosu Adlî Yardım Bürosu'na adlî yardım başvurularının ise aşağıda sayılan belgelerle birlikte yapılması gerekir¹¹⁷⁵;

- Avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağının bulunmadığını belgeleyen muhtarlıklardan alınma fakirlik kâğıdı,

(2000), s. 842-843.; Yaşar (2006), s. 2015.; Ancak adlî yardımın amacının düzenlendiği TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 1/2'de adlî yardımın avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara verileceği açıkça belirtilerek, adlî yardımdan yararlanabilecek olan kimseler en baştan sınırlandırılmış olduğundan ve TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin çeşitli maddelerinde de zaten -avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlar- ifadesine yer verildiğinden, ayrıca AvK'da bu konuda bir hükmün belirtilmesine gerek olmadığı kanısındayız.

¹¹⁷¹ Yaşar (2006), s. 2015, 2020.

¹¹⁷² Yaşar (2006), s. 2015.

¹¹⁷³ İstanbul Barosu adlî yardım uygulamasının basit belge ve beyan usûlüne dayandığı ve buna göre ancak şüphe söz konusu olan hallerde adlî yardım başvurusunda bulunan kimseden ek belgelerin istendiği ve ilgili kurumlarla yazışmaların yapıldığına ilişkin olarak bkz. Yaşar (2006), s. 2015-2016, 2023.

¹¹⁷⁴ Okur/Kalay, s. 41; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. İstanbul Barosu web sayfası, http://www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?DocumentIndex=adliyayrim/adliyayrim_banner.htm (Erişim tarihi: 01.07.2011); Yaşar (2006), s. 2023.

¹¹⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzmir Barosu web sayfası, <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4203> (Erişim tarihi: 01.07.2011)

- Nüfus cüzdanı fotokopisi,
- İkametgâhının bağlı olduğu tapu sicil müdürlüğünden alınacak olan gayrimenkulün olup olmadığına ilişkin belge,
- Emekli sandığı, Bağ-Kur ve SSK'dan alınacak sosyal güvencesinin olup olmadığına ilişkin belge,
- Başvurunun haklı olduğunu kanıtlamaya yardım edecek diğer belgeler.

Adlî yardım bürosu veya temsilciliği tarafından -yukarıda örnek kabilinden olmak üzere belirtilen- gerekli belgeler incelendikten sonra başvuru sahibinin yardım konusu iş için gerekli giderleri karşılama gücünden yoksun olduğu ve talebinde de haklı olduğu kanısına varılırsa¹¹⁷⁶, adlî yardım talebi kabul edilerek başvuru sahibine gereken hizmet sağlanır¹¹⁷⁷.

Adlî yardım talebinin reddedilmesi üzerine, ret kararının talepte bulunan kimseye tebliğinden itibaren on gün içerisinde yazılı veya sözlü olarak Baro Başkanı'na başvuru yapılabilir. Baro başkanı tarafından yedi gün içerisinde verilmesi gereken karar kesin olup, süresinde karar verilmediğinde ise, talep ret edilmiş sayılır (AvK m. 178/2, TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 5/3)¹¹⁷⁸.

Adlî yardım talebi kabul edildikten sonra bu duruma ilişkin bir tutanak düzenlenir ve başvuru sahibinden, işin sonunda maddî bir yarar elde edilmesi halinde, avukata ödenen para ile elde edilecek maddî yararın %5'inin baroya ödenmesine; adlî yardım talebinin haksız olduğunun sonradan anlaşılması halinde ise, görevlendirilen avukata ödenen ücretin iki katı ve yapılmış masrafların kanunî faizleri ile geri verileceğine ilişkin taahhütname alınır (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 6/a,1).

AvK'nın hükümleri doğrultusunda adlî yardım hizmeti alan kimsenin davası veya takibi ya da talebi, adlî yardım bürosu veya temsilciliğince görevlendirilen avukat tarafından açılır. Dava veya takip ya da talep açılırken ödenmesi gereken harçlar

¹¹⁷⁶ “Haklılık şartının değerlendirilmesi bakımından İstanbul Barosu adlî yardım uygulaması örneğine göre, adlî yardım başvuru formunda avukatın görüşleri bölümünde, haklılık şartı açısından, başvuruyu alan avukatın görüşlerini belirteceği bir bölüm bulunur. Bu bölümde mevcut bilgi ve belgeleri inceleyen avukat, ön bir görüş belirtir. Bu belge ve bilgiler, daha sonra bürodan sorumlu avukatlar ve sorumlu yönetim kurulu üyesi tarafından da incelenir.” Yaşar (2006), s. 2017.

¹¹⁷⁷ Elveriş vd. (2005), s. 57.; Okur ve Kalay (2004), s. 43.

¹¹⁷⁸ Yaşar (2006), s. 2020.; Yönetmelikle getirilen baro başkanının belirtilen kanunî süre içerisinde cevap vermemesinin, itirazın reddedilmiş sayılacağına ilişkin bu düzenleme ile AY'nın m. 174'de düzenlene dilekçe hakkının ihlâl edildiğine ilişkin olarak bkz. Elveriş vd. (2005), s. 57 dn 18.

konusunda gerek AvK'da gerekse TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nde açık bir düzenleme bulunmaz¹¹⁷⁹. Ancak AvK hükümlerine göre sağlanan adli yardımın konusunu asıl olarak avukatlık hizmetlerinin oluşturması sebebiyle, adli yardım hizmeti kapsamında –HMK hükümlerine göre- yapılması gerekli yargılama giderlerinden muafiyet için, adli yardım bürosu veya temsilciliğince görevlendirilen avukat tarafından, HMK'nın 334–340. maddeleri (HUMK m. 465–472) uyarınca adli yardım talebinde bulunulması gerektiği yönetmelikte belirtilmiştir (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6/a,3)¹¹⁸⁰.

Başvuru sahibinin yargılama giderlerinden muaf tutulmasına ilişkin talebi üzerine mahkeme, başvuru sahibinin verdiği bilgiler doğrultusunda il emniyet müdürlüğü, tapu ve kadastro müdürlükleri, vergi daireleri, ticaret sicil müdürlüğü gibi kurum ve kuruluşlardan bilgi almak suretiyle kararını verir¹¹⁸¹. Mahkeme başvuru sahibinin talebini reddederse, kararında, belirli bir süre içerisinde gereken yargılama giderlerinin –başvuru harcının- ödenmesini belirtir. Bunun üzerine adli yardım hizmeti sağlamakla görevlendirilen avukat, adli yardım bürosu veya temsilciliğine durumu bildirerek, yargılama giderlerinin –başvuru harcının- baro tarafından ödenmesini talep edebilir¹¹⁸². Baro yönetim kurulu tarafından başvuru sahibinin yargılama giderlerini karşılayamayacağını açıkça anlaşılması ve haklılığı açısından kesin veya kuvvetli bir kanı oluşması halinde, adli yardım bürosunun veya temsilcisinin önerisi üzerine, avukatlık ücreti dışındaki diğer yargılama giderlerinin adli yardım fonundan ödenmesine karar verilebilir (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6/a,4).

Adli yardım talebinin kabulü ile birlikte, adli yardım bürosu veya temsilciliği tarafından adli yardım hizmetinin sağlanabilmesi amacıyla gerekli iş ve işlemlerin yapılması için bir veya birkaç avukat görevlendirilir¹¹⁸³. Görev yazısının bir örneği

¹¹⁷⁹ Okur ve Kalay (2004), s. 44.

¹¹⁸⁰ Uygulamada sıklıkla adli yardım talep eden kimselerin önce Baro'ya başvurduğu, Baro tarafından adli yardım talebinin kabul edilerek kendisine bir avukat görevlendirildikten sonra avukatın, müvekkilinin HMK hükümlerine göre adli yardımdan yararlanabilmesi için mahkemeye adli yardım talebinde bulunduğuna ilişkin olarak bkz. Taşkın (1999), s. 126-127.

¹¹⁸¹ Elveriş vd. (2005), s. 57.

¹¹⁸² Okur ve Kalay (2004), s. 44.

¹¹⁸³ Taşkın (1999), s. 127.; Taşkın (2000), s. 844.; Yaşar (2006), s. 2020.; AvK m. 179/1'de ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin 6/b maddesinde, adli yardım talebinin kabulüyle birlikte gerekli iş ve işlemleri yapmak ve yürütmek üzere bir veya birkaç avukatın görevlendirileceği düzenlenmesine rağmen aynı yönetmeliğin 7/1 maddesinde ise aynı işe birden fazla avukatın görevlendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

kendisine verilen başvuru sahibinden, gerekli bilgi, belge ve vekâletname ile birlikte görevlendirilen avukata başvurması istenir. Adlî yardım bürosu veya temsilciliği tarafından görevlendirme yazısı ile birlikte işe ait bilgi, belge ve vekâletnamenin; TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 6. maddesinin a fıkrasının üçüncü bendi uyarınca adlî yardım talebinin reddedilmesi halinde ise, iş için zorunlu masraf avansının kendisine ulaşmasından sonra görevlendirilen avukat, adlî yardım görevi kapsamında avukatlık hizmetlerini yerine getirme yükümlülüğü altına girer (AvK m. 179/1, TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 6/b,1)¹¹⁸⁴.

Adlî yardım hizmeti sağlamakla görevlendirilen avukatın bu yükümlülüğünün iki sona erme nedeni vardır¹¹⁸⁵. Birincisi, başvuru sahibinin hizmetin görülebilmesi için gerekli belge ve bilgiler ile avukatlık ücreti dışındaki zorunlu yargılama giderlerini vermemesi veya vekâletname vermekten kaçınmasıdır. Kanımızca, başvuru sahibinin, kendisine adlî yardım hizmeti sunmak için görevlendirilmiş olan avukata vekâletname verme zorunluluğunun bulunmaması gerekir. Bu anlamda Baro'nun görevlendirme yazısı yeterli kabul edilmelidir¹¹⁸⁶. Ancak HMK hükümleri uyarınca bir adlî yardım kararı alınmışsa, -adlî yardımdan yararlanan taraftan vekâletname ibraz etmesinin arandığı durumlarda- HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca noterler tarafından yapılacak her türlü işlemler, adlî yardım kararının kapsamında değerlendirildiği için, adlî yardımdan yararlanan tarafın vekâletname ücretinden muaf olması gerekecektir¹¹⁸⁷. Ayrıca TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 6. maddesinin a fıkrasının 2. bendinde, vekâletname masrafinin adlî yardım faslından ödenebileceği düzenlenmiştir.

¹¹⁸⁴ “TBB Disiplin Kurulu’nun 7.11.1992 T., 992/66 E., 992/81 K. sayılı kararı uyarınca; ...Barosunun Adlî Müzaheret ve Halka Hizmet Bürosu Yönergesi incelenmiş ve halka hizmet bürosu adıyla kurulan büronun, adlî müzaheret bürosuna bağlı olarak çalışmakla birlikte, avukatın görevli kılınmasını gerektirmeyecek kapasitede olan hukukî işlemlerin çözülmesiyle, acemilik, cahillik ve yoksullukları sebebiyle adalete başvurmada güçlük çeken halka, az bir ücretle hukukî yardım yapılması amacıyla oluşturulduğu ve Baroca belirlenecek sıraya göre her gün iki avukatın bu büroda görev yapması zorunluluğu getirildiği anlaşılmıştır. Bu tür bir yardımın, gerek Avukatlık Yasasının, gerekse HUMK'un ilgili hükümlerine ters düştüğü ve yasa koyucunun adlî yardım müessesesini kurmaktaki amacını aştığı görülmektedir. Yapılan uygulamanın iyi niyete dayanması hukuka uygun olmayan bir işlemin yürütülmesi için yeterli bir neden oluşturmayacağından, şikâyetli avukat, kendisine verilen böyle bir görevi kabul zorunda değildir.” Güner (2007), s. 236–237 dn 38.; Kuru (2001a), s. 5429-5430. Ayrıca TBB Disiplin Kurulu’nun 14.9.1996 T., 1996/ 89 E., 1996/122 K. sayılı benzer diğer bir kararı için bkz. Kuru (2001a), s. 5430-5431.

¹¹⁸⁵ Güner (2007), s.237.

¹¹⁸⁶ Yaşar (2006), s. 2024.

¹¹⁸⁷ Taşkın (1999), s. 132.; Ayrıca bu konuya ilişkin olarak bkz. aşağıda dn. 1191.

Görevlendirilen avukatın, bu durumu gecikmeden kendisini görevlendiren adli yardım bürosuna veya temsilciliğine bildirmesiyle, adli yardım yükümlülüğü sona erer (AvK m. 179/2, TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6/b,2).

İkincisi ise, görevlendirilen avukatın bu işi yapmaktan çekinmek istemesi üzerine, görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde, o iş için AAÜT’de belirlenen ücreti baroya ödemek suretiyle, adli yardım yükümlülüğünün sona ermesidir (AvK m. 179/3). Ancak bu sona erme nedeni ile ilgili olarak Yönetmeliğin 6. maddesinin d fıkrasında, görevlendirilen avukatın haklı bir neden olmaksızın çekinmek istediği takdirde, ücreti baroya ödeyerek çekilebileceği düzenlenerek, AvK’da yer almayan “*haklı neden*” şartı getirilmiştir¹¹⁸⁸. Haklı nedenin ancak ücret ödememek için aranabileceği ve avukatın ise hiçbir neden göstermeden tarifiedeki ücreti ödeyerek yükümlülükten kurtulmasının sınırlanamayacak bir hak olduğu; Kanun’un ücret ödeyerek yapmama yönünde tanıdığı hakkı, haklı neden ölçütü ile kısıtlayan Yönetmeliğin 6. maddesinin d fıkrasının kanuna aykırı olması sebebiyle, uygulanma kabiliyetinin olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁸⁹.

Kanımızca, Yönetmeliğin 6. maddesinin d fıkrasının pratikte bir önemi bulunmamaktadır. Zira Yönetmeliğin 6. maddesinin d fıkrasına göre, haklı neden, avukatın ücret ödemediği görevden çekilebilmesinin şartı olarak aranır¹¹⁹⁰. Oysaki AvK’nın 179. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca avukat, hiçbir neden göstermeksizin görevin kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde görevden çekilme hakkına sahiptir. Yönetmelikteki hüküm ile ancak avukatın on beş günlük kanunî süre ile bağlı kalmaksızın ve ücret ödemeksizin görevinden çekilebilmesinin haklı bir nedene dayanması gerektiği düzenlenir. Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinin son fıkrasında da, adli yardım görevini haklı bir neden olmaksızın tamamlamayan avukatın, peşin olarak aldığı ücretin iki katını baroya ödemekle yükümlü olduğu belirtilerek, avukatın kanunî süre geçtikten sonra görevini ancak haklı bir nedenle bırakabileceği sonucuna ulaşılır.

Adli yardım bürosu veya temsilciliği tarafından görevlendirilen avukat, işi sonuna kadar takip etme yükümlülüğü altına girer. Ancak bağlantı ve ilişki bulunsun bile başka

¹¹⁸⁸ Güner (2007), s.237.; Yaşar (2006), s. 2021.

¹¹⁸⁹ Güner (2007), s.237.

¹¹⁹⁰ Görevden çekinme konusunun nasıl uygulanacağına TBB Adli Yardım Yönetmeliği’nin 6/d maddesiyle açıklık getirildiği ve ücret ödeyerek çekinme hakkının, avukatın işi yapmaktan haklı bir neden olmaksızın çekinmek istemesi durumuna özgü kılındığına ilişkin olarak bkz. Yaşar (2006), s. 2021.

dava ve icra takipleri veya benzeri hukukî işlemler, görev konusu işin kapsamında kabul edilmediği için, avukat bu tür işlerden sorumlu değildir (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 6/e).

Avukatın görev yazısının ulaşmasıyla ve adlî yardım hizmetinden yararlanacak olan kimsenin gerekli bilgi ve belgelerle birlikte avukata vekâletname vermesiyle¹¹⁹¹, taraflar arasında kurulan avukatlık sözleşmesi sonucu, avukatın özen yükümlülüğü başta olmak üzere diğer mesleki hak ve yükümlülükleri de doğar¹¹⁹².

Adlî yardım bürosu veya temsilciliği, görevlendirilen avukatın hizmeti yerine getirmesi ile ilgili aşamaları izleyerek avukattan gerekli bilgi ve belgeleri ister. Adlî yardım hizmeti sona erdiğinde avukat, bu konuya ilişkin raporu ile birlikte gerekli belgeleri adlî yardım bürosu veya temsilciliğine verir (TBB Adlî Yardım Yönetmeliği m. 6/e). Baroların adlî yardım hizmetinde görevlendirilmiş avukatlara yapılacak

¹¹⁹¹ “AvK’nın 176 ve müteakip maddeleri uyarınca davalıyı temsile memur edilen Avukat F.İ’nin HUMK’un 67. maddesi uyarınca vekâletname ibrazından bağışık olduğu yönünde bir kanun hükmü yoktur. F.H’nin vekili Avukat F.İ’nin dosyada vekâletnamesi bulunmamaktadır. Vekâletnamenin istenmesi, verildiği takdirde eklenerek gönderilmesi, vekâletname verilmediği takdirde kararın davalı asile tebliği ve temyiz süresi geçtikten sonra gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine” Y. 2. HD. 27.2.1997 T., 1997/1062 E., 1997/2188 K. sayılı yayımlanmamış karar için bkz. Taşkın (1999), s. 130-131.; “Mahkeme Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 465-472 maddelerine göre vekil tayin edilmesi isteme hakkının verilmesini kapsayan adlî müzaheret kararı üzerine Baroca Avukat görevlendirilir ya da Avukatlık Kanunu’nun 178 maddesine göre adlî müzaheret bürosuna adlî müzaherete bir avukatın memur edilmesi halinde bu avukatlarında vekâletname vermesi gerekip gerekmeyeceği düşünülebilir. Ancak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 59 ve 67. maddeleri kesin hüküm koymuştur. Hangi yoldan ve hangi kanunî gereği sonucu olarak bir kimseyi davada avukat temsil edecekse mutlaka mahkemeye vekâletname getirme mecburiyetindedir. Usûl yasası, kesin kural koyarken gecikmesinde zarar umulan hallerde kesin süre içinde vekâletname verme şartı ile istisnâ durumu gözetmiştir. Adlî yardım kararında memur edilen avukatın vekâletnamesiz davaya bakabileceğini belirtmemiştir. Adlî müzaheret sebebiyle görevlendirilen vekil de Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 67. maddesi gereğince vekâletname vermek zorundadır.” Y. 2. HD. 20.1.1998 T., 1997/13242 E., 1998/533 K. için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Vekâletnamenin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukatın dava açamayacağı ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamayacağını düzenleyen HMK md 77 (HUMK m. 67) gereği kanunen vekâletname için aranan şekil şartının bir geçerlilik şartı değil, bir ispat şartı olması -(ve aynı zamanda HUMK m. 65 gereği sulh hâkimin de vekâletname düzenleme yetkisine sahip olması) Ancak HUMK m. 65’in karşılığının düzenlendiği HMK m. 76 vekâletname düzenleme yetkisini yalnızca noterlerle sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla bu gerekçe hükümden düşmüştür.- sebebiyle adlî yardımdan yararlanan kimsenin noter tarafından düzenlenen bir vekâletname çıkarmasına gerek olmadığına ilişkin olarak bkz. Taşkın (1999), s. 131-132.; “Adli müzaheret sebebiyle görevlendirilen avukatın, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Yasası’nın 67. maddesi gereğince vekâletname vermesi zorunludur.” Y. 2.HD. 14.04.2008 T. 2007/7593 E, 2008/5320 K için bkz. Akbal (2011), s. 168 dn. 65.; Vekâletname aranmaksızın Baro’nun görevlendirme yazısının yeterli olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yaşar (2006), s. 2024.

¹¹⁹² Güner (2007), s.237.

ödemeleri belirleme yetkileri bulunur¹¹⁹³. Avukatlara yapılacak ödemelerin hesaplanmasında, TBB tarafından belirlenen AAÜT¹¹⁹⁴ esas alınır¹¹⁹⁵.

Adli yardımla görevlendirilen avukata, görevlendirmeye konu iş için AAÜT’de gösterilen maktu ücret baro yönetim kurulu kararı ile peşin ödenir. Ancak yargılama sırasında avukatın, harcayacağı emek ve mesai ile davanın önem ve özelliğini açıklayan talebi üzerine, davanın niteliği de göz önünde bulundurularak, AAÜT’de gösterilen maktu ücretin bir katına kadarının ödenmesine baro yönetim kurulunca karar verilebilir. Aynı iş için aynı anda birden fazla avukat görevlendirilemez. Ancak görevden çekilen avukatın yerine görevlendirilen yeni avukatın ücreti ayrıca ödenir. Yargıtay’da görülecek duruşmalı işler bakımından ayrıca, Ankara’ya gidiş geliş yol masrafları da karşılanır. Adli yardım hizmetinden yararlanan kimsenin veya avukatının talebi üzerine Ankara Barosu’ndan Yargıtay’daki duruşmanın takip edilebilmesi için bir avukat görevlendirilebilir. Adli yardım görevini haklı bir neden olmaksızın tamamlamayan avukat, peşin olarak almış olduğu ücretin iki katını baroya ödemekle yükümlüdür (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 7).

TBB Adli Yardım Yönetmeliği’nin 7. maddesi uyarınca yapılan tüm masrafların karşılanabilmesi için avukat tarafından belgelenmesi gerekir. Ancak uygulamada bazı masrafların -örneğin, avukatların, mahkemeye, tapu ve kadastro daireleri vb. yerlere gitmek için ödediği zorunlu yol masrafları dışındaki masrafların- belgelenmesi pek mümkün değildir. Diğer yargılama giderleri ise zaten mahkeme tarafından Yönetmeliğin 6. maddesinin a fıkrasının üçüncü bendi uyarınca, yargılama

¹¹⁹³ Elveriş vd. (2005), s. 46.

¹¹⁹⁴ “Bütün hukukî yardımlarda avukat ile iş sahipleri arasında geçerli ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, Avukatlık Kanunu ve bu Tarife hükümleri uygulanır. Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında avukatlık ücreti kararlaştırılamaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır.” (RG. 3.12.2010 T., 2774 S) TBB 2010–2011 AAÜT m. 1.

¹¹⁹⁵ “Rekabet Kurumu tarafından 13.11.2003 tarih ve 03–73/876 (a)-374 sayılı verilen kararla, TBB tarafından Avukatlık Kanunu uyarınca asgari ücret tarifesini belirlemek, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre rekabeti kısıtlayıcı bir işlem olarak kabul edilmiştir. Rekabet Kurumu tarafından her ne kadar muafiyet hükümleri doğrultusunda bunun ayrıca değerlendirilebileceği belirtilmişse de, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un verdiği yetki doğrultusunda, AvK’nın barolara asgari ücret tarifesini belirleme yetkisini veren m. 164 ve m. 168’in değiştirilmesi talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına da karar verilmiştir. Buna göre, yakın bir gelecekte, teşebbüs birliği aracılığıyla minimum fiyat belirlenmesi teşkil eden ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanunu ihlâl eden avukatlıktaki korumacılık bitebilecektir. Bu durumda ise, tarifelere göre ücret almakta olan adli yardım avukatlarına nasıl ödeme yapılacağı sorunu gündeme gelecektir.” Elveriş vd. (2005), s. 46.

giderlerinden muafiyet kararı verildiği takdirde, devlet bütçesinden finanse edilecektir¹¹⁹⁶.

Yukarıdaki esaslara göre belirlenen ödemeler, avukatın göreve başladığına ilişkin belgeyi (duruşma tutanağı, davanın açıldığına ilişkin tevzi bürosu tarafından verilen dava kayıt fişi vb.) adlî yardım görev dosyasına koyulmak üzere adlî yardım bürolarına veya temsilciliklerine sunmasıyla birlikte, ispatlanmış kabul edilerek yapılır. Adlî yardım hizmetinden yararlanan tarafın, davayı kazanması sonucu AAÜT'ye göre belirlenerek lehine hükmedilen vekâlet ücretini, adlî yardım hizmeti ile görevlendirilen avukat tahsil eder. Ancak adlî yardım hizmetinin konusunu oluşturan davanın kaybedilmesi halinde ise adlî yardım hizmetinden yararlanan taraf, aleyhine hükmedilen vekâlet ücretini karşı tarafa öder. Ayrıca bu durumda, uygulamada sık rastlanmamakla birlikte, adlî yardım büroları da ilgiliden ödenen avukatlık ücreti ile yapılan diğer masrafların karşılanmasını talep edebilir¹¹⁹⁷.

Avukatlık hukuku kurallarına göre, adlî yardımın konusunu oluşturan avukatlık hizmetleri, kanun yolları da dâhil olmak üzere duruşmalara katılmak gibi yargılama süresince gerekli işlemleri yapmanın yanı sıra hukukî mütalaaların verilmesini de kapsar. Ayrıca bir yaşlının veya bir çocuğun bazı kurumlara yerleştirilmesine yardım etmek gibi yargılamaya etki etmeyen bazı işlemlerin yapılması da verilen hizmet kapsamında söz konusu olabilir¹¹⁹⁸.

1.3.3. Adlî yardım bürolarının finansmanı

Adlî yardım fonunun en az % 90'ı (%10'u belediyeler de dâhil yerel idarelerden olmak üzere) Maliye Bakanlığı tarafından karşılanır¹¹⁹⁹.

AvK'nın 180. maddesi uyarınca adlî yardım bürolarının gelirleri;

- İki yıl öncesine ait kesin hesap sonuçlarına göre tespit edilen toplam miktarlar esas alınarak 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1), (2) ve (3) sayılı tarifelere

¹¹⁹⁶ Elveriş vd. (2005), s. 55.; Okur ve Kalay (2004), s. 48.

¹¹⁹⁷ Elveriş vd. (2005), s. 54.; Okur ve Kalay (2004), s. 48.

¹¹⁹⁸ Elveriş vd. (2005), s. 56.; Barolar tarafından adlî yardım kapsamında sunulan bu hizmetin, Amerikan hukunda yer alan “*Tıbbî ve Hukukî Ortaklıklar*” hizmetine benzediğini ifade etmek mümkündür. Amerikan hukunda yer alan “*Tıbbî ve Hukukî Ortaklıklar*” hizmeti ile ilgili olarak bkz. yukarıda, 1. bölüm, a. Tıbbî ve Hukukî Ortaklıklar başlıklı kısım.

¹¹⁹⁹ Elveriş vd. (2005), s. 51.; Okur ve Kalay (2004), s. 45.

göre alınan harçların yüzde ikisi ile idarî nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının yüzde ikisi,

- Baroya düşecek paylar ile kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden baroya yapılan yardımlar,
- Adlî yardım amacıyla yapılan her türlü bağışlar,
- Adlî yardım görevinden çekilen avukatların yatıracağı ücret,
- Adlî yardımla görevlendirilen avukatın aldığı ücretin % 10 ile davadan haklı çıkan adlî yardımdan yararlanan kişinin avukat ücretinden başka, yararlandığı kısmın % 5'i olarak belirtilmiştir.

TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 8. maddesinde ise, adlî yardım bürolarının gelirleri;

- Türkiye Barolar Birliğinden barolara gönderilecek adlî yardım ödeneği,
- Kamu ve özel kurum ve kuruluşlarından, il veya belediye bütçelerinden barolara yapılan yardımlar,
- Adlî yardım amacıyla yapılan her türlü bağışlar,
- Adlî yardım görevlerinden çekilen ve haklı neden olmaksızın hizmeti sonuçlandırmayan avukatlardan geri alınan ücretler,
- Taahhütname gereği ilgiliden alınan paralar¹²⁰⁰,
- Adlî yardımdan yararlanan ilgili lehine ilâmda belirlenen harca esas değer %5'i olarak belirtilmiştir.

TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca, Maliye Bakanlığı'nın adlî yardım hizmetleri için verdiği ödeneğin %10'u TBB'nin adlî yardım giderleri ve adlî yardım dengeleme fonu için ayrılır. Daha önce %25 olan bu oranın %10'a indirilmesi sonucu olumlu bir adım atılmıştır. Böylece bu fon, barolardan bir bütçe yılı içerisinde ek ödeme talebi söz konusu olduğunda kullanılabilecektir¹²⁰¹.

¹²⁰⁰ Yönetmeliğin m.6/a,1 uyarınca, istem sahibinden, işin sonunda maddi bir yarar elde etmesi halinde, avukata ödenen para ile elde edilecek maddi yararın %5'ini baroya ödeyeceğine; adli yardım isteminin haksız olduğunun sonradan anlaşılması halinde, görevlendirilen avukata ödenen ücretin iki katı ve yapılmış masrafları yasal faizleri ile geri vereceğine ilişkin taahhütname alınır.

¹²⁰¹ Elveriş vd. (2005), s. 51.; Okur ve Kalay (2004), s. 46.

Maliye Bakanlığı tarafından adli yardım hizmetleri için TBB'nin hesabına ödeme yapılır. TBB de adli yardım hizmetleri için aktarılan bu meblağları, üçer aylık dönemlerde barolara gönderir. Maliye Bakanlığı tarafından adli yardım hizmetleri için her yıl ne kadar ödenek ayrılması gerektiğinin nasıl tespit edildiği hususunda bilgi sahibi olunmasa da, bu ödeneğin her yıl barolara yeniden tahsisinin nasıl olacağı Yönetmeliğin 10. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre;

- Öncelikle her baroya beş (5) temel puan verilir.
- Verilen beş (5) temel puana, baroya kayıtlı her elli (50) avukat için fazladan bir (1) puan ve her beş bin (5.000) nüfus için de fazladan bir (1) puan verilerek adli yardım ödenek puanı saptanır.
- Puanlamada 0,5'in altındaki küsuratlar dikkate alınmaz, bunu aşan küsuratlar ise bir (1) puana tamamlanır.
- Daha sonra adli yardım için tahsis edilen toplam kaynak, 0,90 ve her bir baronun adli yardım ödenek puanıyla çarpılıp, sonra da tüm baroların adli yardım puanları toplamına bölünür. Bu hesaplama Yönetmeliğin 10. maddesinde aşağıdaki şekilde formülize edilmiştir.

$$\text{Baro adli yardım ödeneği} = \frac{\text{TBB toplam adli yardım parası (x) 0.90} \\ \text{(x) baro adli yardım ödenek puanı}}{\text{Tüm baroların adli yardım puanları toplamı}}$$

Adli yardım bürolarının giderleri, AvK'nın 180. maddesinin ikinci fıkrasında ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin 9. maddesinde;

- Adli yardım hizmetinde görevlendirilecek avukatlara ödenecek ücretler ve zorunlu yol giderleri, gerektiğinde vekâletname, dava harç ve masrafları,
- Adli yardım bürolarında görevlendirilecek personellere ödenecek ücretler,
- Büroların donanımı, kırtasiye, kira ve diğer giderleri olarak belirtilmiştir.

1.4. Avukatlık Hukukunda Adli Yardıma İlişkin Özel Durumlar

Medenî usûl hukuku bakımından avukatlık hukukuna göre adli yardım kurumunun nasıl düzenlendiği, sistemin nasıl işlediği ve sunulan adli yardım hizmetinin kapsamı ile

ilgili yukarıda gerekli bilgiler verilmeye çalışılmıştır. Bu başlık altında ise avukatlık hukukunda medenî usûl hukuku yargılaması bakımından tartışmalara neden olan bir soruna ve yine özel bir duruma yerilecektir.

Bunlardan ilki, AvK'nın düzenlemesinden hareketle, baroların adlî yardım kararı verip veremeyeceğine ilişkin yapılan tartışmadır. Hukukumuzda adlî yardım kararı vermeye tek yetkili makam, mahkemelerdir. Bu anlamda her yargısal nitelikte kararda olduğu gibi adlî yardım kararı vermede de mahkemeler tekel hakkına sahiptir, diyebiliriz. Ancak AvK'nın 2001'de yapılan değişiklikten önceki 179. maddesinde (ve yürürlükteki kanunun m. 178'de) yer alan düzenlemenin, bu konuda tereddüde yol açacak şekilde olduğu ileri sürülmüştür¹²⁰². AvK'nın eski 179. maddesi uyarınca, *“Adlî yardım talebinde haklı olduklarına ilişkin delil gösteremeyenlere yardım edilemez. Yardım talebinin reddi durumunda ilgili, yazılı veya sözlü olarak baro başkanına başvurabilir. Baro başkanının vereceği karar kesindir.”* Bu hükmün karşılığının yer aldığı AvK'nın yeni 178. maddesinde ise, *“Adlî yardım istemi, Adlî Yardım Bürosuna veya temsilcilerine yapılır. İstek sahibi, isteminde haklı olduğunu gösterdiği delillerle kanıtlamak zorundadır. Yardım isteminin reddi halinde, ilgilisi yazı veya sözle Baro Başkanına başvurabilir. Baro Başkanını vereceği karar kesindir.”* düzenlemesi yapılmıştır. Esasen burada asıl anlaşılması gereken, adlî yardım büroların karar vermeye yetkili oldukları hususun, talepte bulunan kimse hakkında HMK'ya göre adlî yardım kararının verilip verilemeyeceği değil, bu kimse adına HMK hükümleri doğrultusunda mahkemeden adlî yardım talep etmek¹²⁰³ ve HMK'daki şartlara bakılmaksızın avukatlık hukukundaki düzenlemeler uyarınca avukatlık hizmetlerinin sunulup sunulmayacağı olduğudur¹²⁰⁴.

Barolar, adlî yardım büroları aracılığıyla HMK'nın 334. maddesinde (HUMK m.467) aranan şartlardan bağımsız olarak, avukatlık ücreti ve diğer yargılama

¹²⁰² AvK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinin 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile değişmeden önce, AvK'da baroların adlî yardıma karar verebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, öğretide ve uygulamada adlî yardıma yalnızca mahkemelerin karar vermesi gerektiği, baroların adlî yardıma karar veremeyeceği şeklinde bir anlayış hâkimdi. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Aday (1997), s. 168.; Akkan (2010), s. 190.; O. Atalay (1986), s. 117.; Erem (1970), s. 123.; Kuru (2001a), s. 5429.; Önder (1942), s.517.; Üstündağ (1997), s. 779.

¹²⁰³ Üstündağ (1997), s. 779.

¹²⁰⁴ O. Atalay (1986) s. 117.; Önder (1942), s.517.; "Gözden kaçırılan HUMK ve AvK'nın ayrı ayrı adlî yardımı düzenlemiş olmalarıdır. Barolar, mahkemelerin kararı olmadan AvK hükümlerine göre adlî yardım yapabilir (m. 179). Mahkemeye müracaat üzerine adlî yardım talebi reddedilmiş olsa da Baro'nun adlî yardıma karar vermesi mümkündür." Alangoya vd. (2009), s. 421 dn. 11.

giderlerini karşılama gücünden yoksun olan ve haklılığı konusunda kesin veya kuvvetli bir kanaat oluşturan kimselere AvK ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği hükümlerine göre gerekli avukatlık hizmetlerinin verilmesi konusunda yetkilidirler. Avukatlık hukuku hükümleri uyarınca, adli yardım bürosu tarafından, adli yardım hizmeti kapsamında kendisine avukat atanan kimse için, eğer yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda ise, HMK'nın 334-340. maddelerine (HUMK m.467-472) göre adli yardım talebinde bulunulur (TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6/a,3). Avukatlık hukukunun barolara verdiği bu yetki, adli yardım konusunda önemli bir boşluğu da doldurur. Zira HMK'nın 79. ve 80. maddelerindeki (HUMK m. 70 ve m. 71) istisnâî düzenlemeler dışında mahkeme tarafından adli yardımdan yararlanan kimseye avukat atanmaz. Böylece, zaten ekonomik anlamda yetersiz olan bu kimse, lehine adli yardım kararı verilmesine rağmen hukukî bilgi ve tecrübesi olmadığı ve bir avukatın hukukî yardımından da yararlanabilecek ekonomik güce veya elverişliliğe sahip olmadığı için hukukî korumadan etkin bir şekilde yararlanamayacaktır. Dolayısıyla, barolara verilen avukat görevlendirme yetkisi ile bu sorun çözüme kavuşmuş olmaktadır¹²⁰⁵.

Diğer bir sorun ise, mahkemeler tarafından verilen adli yardım kararı karşısında baroların durumuna ilişkindir. Buna göre, mahkeme tarafından HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının 5. bendindeki (HUMK m. 466/I, 5) düzenleme gereğince, bir avukat atanmasına karar verilirse, bu durumda mahkeme tarafından yargı çevresinde faaliyet göstermekte olan baroya bir avukatın görevlendirilmesine ilişkin –yazılı- talepte bulunulur. Mahkemeden kendisine bu yönde bir talepte bulunulan baro, adli yardım bürosu veya temsilciliği aracılığıyla avukat görevlendirme işlemini gerçekleştirir. Burada mahkemeden adli yardım kararı aldıktan sonra, bu kararı alan kimsenin, kararda HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının 5. bendinin (HUMK m. 466/I, 5) sağladığı imkândan yararlanacağı yer almasa bile, bu karar ile baroya başvurarak kendisine bir avukat atanmasını talep edip edemeyeceği hususu önem arz eder. Şöyle ki, Baro, mahkemenin vermiş olduğu adli yardım kararında avukat atanacağı hususu açıkça belirtilmediği takdirde, adli yardımdan yararlanan kimsenin talebi üzerine avukat görevlendirmek zorunda değildir. Baro avukatlık hukuku uyarınca, mahkemeden bağımsız olarak adli yardım hizmeti kapsamında avukat görevlendirme yetkisine

¹²⁰⁵ O. Atalay (1986), s. 118.; Önder (1942), s. 119.

sahiptir¹²⁰⁶. Ayrıca mahkeme tarafından (HMK m. 335/1,ç) avukat görevlendirilmesi yönünde bir karar verilmişse, bu kararın icra edilebilmesi için baroya yazılı olarak bir talebin gönderilmesi veya mahkemenin talebin yerine getirilmesi amacıyla adli yardımdan yararlanan kimseye yetki vermesi ile bu kimsenin bizzat baroya başvurması gerekir. Mahkemenin avukat görevlendirilmesine ilişkin talebinin kendisine iletilmesi ile baro, mahkemenin bu talebini yerine getirme yükümlülüğü altına girer. Baronun bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda ise idarî ve cezaî bir soruşturma söz konusu olur¹²⁰⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, Baro'nun görevlendireceği avukatın, mahkemenin HMK hükümleri uyarınca vermiş olduğu adli yardım kararı kapsamında temin edilecek olmasıdır (HMK m. 335/1,ç). Bu durumda görevlendirilecek avukatın ücreti, HMK'nın 340. maddesi uyarınca, Devlet (Hazine) tarafından ödenecektir¹²⁰⁸.

1.5. Avukatlık Hukukundaki Adli Yardım Sisteminin Ceza Yargılamasında Uygulanması

Avukatlık hukuku hükümlerine göre, ceza yargılamasında 2 Mart 2007 tarih ve 26450 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerinin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (Aşağıda Yönetmelik olarak ifade edilecektir.) hükümleri uyarınca şüpheliler, sanıklar, mağdurlar, şikâyetçiler ve suçtan zarar görenler adli yardım hizmetinden yararlanabilirler. Belirtilen düzenleme uyarınca, ceza yargılamasındaki adli yardım, yoksulluk veya haklılık şartlarından bağımsız olarak işler¹²⁰⁹.

18 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kurulması ve Usûlünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da, ceza yargılamasıyla ilgili birçok değişiklik yapılarak yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan bir kısmı, tutuklama, alıkoyma ve ilgili sürelerle ilişkin hükümlerde yapılan düzenlemelerdir. Ancak belirtilen Kanun'la getirilen en

¹²⁰⁶ O. Atalay (1986), s. 119.

¹²⁰⁷ O. Atalay (1986), s. 119.

¹²⁰⁸ Bu konuya ilişkin olarak yapılan açıklamalar için bkz. yukarıda 3. bölüm, 9.3. Adli Yardım Kararı İle Atanan Avukatın Ücretinin Ödenmesi başlıklı kısım.

¹²⁰⁹ Akkan (2010), s. 36.

büyük yeniliklerden biri, şüphesiz ki, sözlü ve yazılı ifadelerin verilmesi de dâhil olmak üzere sorgu aşamasında bir avukatın bulunması ve barolara, bünyelerinde TBB aracılığıyla, CMUK Uygulama Merkezleri kurma yükümlülüğüdür¹²¹⁰.

CMK Uygulama Merkezleri¹²¹¹, ücreti devlet tarafından karşılanan adli yardım hizmetinin sanıklara verilmesini sağlar¹²¹². Yönetmeliği'nin “Ücret” başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “*Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince baro tarafından görevlendirilen müdafî veya vekile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden ayrıık olarak hazırlanacak "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife" gereğince ödenecek meblağ Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanır.*” hükmü gereği, CMK sisteminde görev alan avukatlara yapılacak ödemeler için belirlenmiş olan bir tarife bulunur.

CMK sistemi uyarınca, müdafî veya vekil görevlendirilmesi; soruşturma aşamasında ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından barodan talep edilir (Yönetmelik m.5/6).

CMK Uygulama Merkezi'nde görevlendirilen avukatların görevi, soruşturma evresinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması halinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi (Yönetmelik m.7/1,a); kovuşturma evresinde, yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi veya davanın nakline karar verilmesi (Yönetmelik m.7/1,b), müdafî, vekil veya kendisine müdafî ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi

¹²¹⁰ Elveriş vd. (2005), s. 41-42.

¹²¹¹ 1412 sayılı CMUK, 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmış olup, CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde düzenlenen bir kurum olan CMUK Uygulama Merkezi'ni, halen yürürlükteki kanuna uygun olarak CMK Uygulama Merkezi olarak anlamamız gerekir

¹²¹² “Uygulamada sistemin karmaşık hale gelmesinin nedeni, 2001 yılında Maliye Bakanlığı'nın adli yardım hizmetleri için bir bütçe ayırdığında, CMUK sistemine dokunmayıp, CMUK uygulamasının bugüne kadar adli yardımla beraber işletiliyor olmasıdır. 1992 değişikliğinden sonra tutuklulara ve sanıklara verilecek savunma hizmetlerinin koordinasyonu için kurulan -ve halen de bu alanda en gelişmiş olan- ilk CMUK Uygulama Merkezi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi'dir. Bu merkezde tam gün çalışan maaşlı avukatlar bulunur. İstanbul dışında yalnızca Ankara, İzmir, Bursa, Kocaeli ve Diyarbakır baroları CMUK Uygulama Servisi kurmuştur. Diğer barolar ise işlevsel bakımdan CMUK Uygulama Servisi'nden farklı bir işleyişe sahip komisyonlar kurmuştur. Bu komisyonların genellikle bağımsız bir bütçesi yoktur ve tam gün çalışan avukat yerine nöbetçi avukat bulunur.” Elveriş vd. (2005), s. 42-44.

(Yönetmelik m.7/1,c), kişinin kendisine bir müdafî veya vekil seçmesi (Yönetmelik m.7/1,ç) hallerinde sona erer. Ayrıca CMK gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafî veya vekil azledilemez (Yönetmelik m.7/2).

CMK gereğince görevlendirilen müdafî veya vekile soruşturma ve kovuşturma evreleri için ayrı ayrı olmak üzere Tarifede belirlenen ücret ödenir (Yönetmelik m.10/1). Müdafî veya vekilin görevi gereği yaptığı zorunlu yol giderleri ayrıca ödenir (Yönetmelik m.8/2). Müdafî veya vekile Tarife gereğince ödenen meblâğ ile zorunlu yol giderleri yargılama giderlerinden sayılır (Yönetmelik m.8/3).

CMK Uygulama Merkezleri de Maliye Bakanlığı tarafından finanse edilir¹²¹³.

2. İcra ve İflâs Hukukunda Adlî Yardım

Yukarıda medenî usûl hukukumuzda düzenlenen adlî yardım kurumunun icra ve iflâs takiplerinde de uygulama alanı bulduğu belirtilmişti¹²¹⁴. HMK'nın 334. maddesinde (HUMK m. 465) de açıkça “*Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler ...geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde ...adlî yardımdan yararlanabilirler.*” hükmü ile icra takiplerinde adlî yardımdan yararlanmanın mümkün olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı maddede “*geçici hukukî korunma taleplerinde*” ifadesine yer verilerek, bazen dava açılmadan veya takip yapılmadan önce talep edilmesi gereken ve İİK'da düzenlenen ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî korunma talepleri için de adlî yardımdan yararlanılabileceği belirtilmiştir¹²¹⁵.

İİK'nın “*İcra takiplerinde, müzaheretî Adliye kararları takibe yetkili icra mahkemesi tarafından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 465 ve müteakip maddelerine tevfiқан ittihaz olunur.*” hükmünü içeren 15. maddesinin ikinci fıkrası

¹²¹³ Elveriş vd. (2005), s. 52.

¹²¹⁴ Bkz. yukarıda, 3. bölüm, 3. Adlî Yardımın Uygulanma Alanı başlıklı kısım.

¹²¹⁵ HUMK'un 465. maddesinde açıkça “*ihtiyatî tedbir*”den bahsedilmiş olmasına karşın, “*ihtiyatî haciz*”e yer verilmemişti. Ancak HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de ihtiyatî haciz bakımından da adlî yardım uygulanmaktaydı.; “Ancak HMK'nın 334. maddesinin birinci fıkrasına geçici hukukî korunma taleplerinde de adlî yardımdan yararlanılabileceği yolunda bir ilave yapılmıştır.” 6100 sayılı HMK m. 334'ün Hükümet Gerekçesi.

uyarınca, adlî yardımla ilgili genel hükümlerin (HMK m. 334-340, HUMK m. 465-472) icra takibinde de uygulanacağı bir kez daha vurgulanmıştır.

Kısacası, gerek HMK'nın 334. maddesi (HUMK m. 465) gerekse İİK'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, adlî yardım kurumu, icra takiplerinde uygulama alanı bulur. Buna göre, ilâmsız icra takiplerinde¹²¹⁶, takip giderlerini ödeme gücünden kısmen veya tamamen yoksun olan kimselerin, hâkimde haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla, adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Ancak, ilâmlı icra takiplerinde haklılık şartının ispatı bakımından şüphesiz ki, takibin dayanağı olan ilâmdan başka delile gerek yoktur¹²¹⁷.

HMK'nın 334. maddesinde (HUMK m. 465) yer alan “*icra takiplerinde*” ifadesi ile yalnızca ilâmlı veya ilâmsız icra takibine başvuran alacaklılar için adlî yardım öngörüldüğü yolunda bir anlam çıksa da, aynı maddenin başında kullanılan “*iddia ve savunmalarında*” ifadesi ile haklarında ilâmsız icra takibi yapılan borçluların da adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Ancak ilâmlı icra takiplerinde yalnızca alacaklı adlî yardımdan yararlanabilir¹²¹⁸. Zira borçlu olduğu yolunda ilâm bulunan, diğer bir ifadeyle, haksızlığı bir hükümle ispat edilmiş bulunan borçlunun, adlî yardımdan yararlanamaması işin doğası gereğidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir dava için verilmiş olan adlî yardım kararı, davanın sonundaki icra takibinde de geçerliliğini korur. Ancak ilâmlı icra takibinin konusunu oluşturan ilâmın henüz kesinleşmeden icraya koyulmuş olması gerekir. Zira HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrası gereği adlî yardım kararı hükmün kesinleşmesine kadar devam edecektir¹²¹⁹. Dolayısıyla adlî yardım kararı verilen bir davanın sonunda alınan -ve henüz kesinleşmeyen- ilâmın icraya koyulması için tekrar bir adlî yardım kararı almaya gerek yoktur¹²²⁰.

İster ilâmlı ister ilâmsız takip olsun, ister alacaklı ister -ilâmsız takip söz konusu ise- borçlu olsun, lehine adlî yardım kararı verilen taraf, HMK'nın 335. maddesinin

¹²¹⁶ Örneğin ilâmsız icra takibinin bir türü olan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte (İİK m. 167-170/b), takip alacaklısının, takibinde haklı olduğunu ispat etmesi zor olmayacaktır. Zira kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabilmek için, alacaklının takibine dayanak yapacağı alacağının kambiyo senedi niteliğinde (çek, poliçe veya emre muharrer senet) olması gerekir. Elinde alacağı, nitelikli bir senet olan kambiyo senedine bağlanmış bir alacaklının da alacak hakkını ve dolayısıyla takibinde haklı olduğunu ispat etmesinin zor olmaması gerekir.

¹²¹⁷ O. Atalay (1986), s. 49.

¹²¹⁸ O. Atalay, (1986), s. 50.

¹²¹⁹ Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda 3. bölüm, 8.3. Adlî Yardım Kararının Etkileri başlıklı kısım.

¹²²⁰ Ansay (1960), s. 177.; O. Atalay (1986), s. 50; Kuru (2001a), s. 5427-5428 dn. 27.

(HUMK m. 466) sağladığı imkânlardan yararlanır. HMK'nın 336. maddesinin birinci fıkrası ve İİK'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, icra takipleri bakımından geçerli olacak adlî yardım kararını vermeye yetkili mahkeme, asıl takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesidir¹²²¹. İcra mahkemesinin adlî yardım talepleri konusunda vermiş olduğu kararların kesin olduğunu belirtmek gerekir (HMK m.337/2, HUMK m. 469). Ayrıca HMK'nın 336. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...*takibin yapılacağı yerdeki...*” ifadesinden, icra ve iflâs takipleri bakımından adlî yardım talebinin, yalnızca takibe henüz başlanmadan yapılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılır.

Adlî yardım talep edilen icra takibi hakkında verilmiş olan adlî yardım kararı, takibin bütün aşamalarında geçerli olacağı gibi, takiple ilgili olarak başvurulacak hukukî yollar (şikâyet veya itirazın kaldırılması gibi) ve takiple ilgili olarak genel mahkemelerde açılan itirazın iptali, menfî tespit davası gibi davalarda da geçerlidir¹²²².

HMK ve İİK'nın belirtilen hükümleri gereği, icra takipleri bakımından adlî yardımın uygulama alanı bulması mümkünken, iflâs takiplerinde adlî yardımın uygulanabileceğine ilişkin İİK'da açık bir hüküm yoktur. HMK'nın m. 334. maddesinde (HUMK m.465), “*icra takiplerinde*” ifadesine yer verilmesine rağmen iflâs takibinden söz edilmemiştir. Ancak adlî yardımın kapsamının düzenlendiği HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde, yalnızca “*icra takibi*” (HUMK m. 466/I, 6'da ise “*icra dairelerince*”) ifadesi kullanılarak iflâs takibinden söz edilmemesine rağmen aynı maddenin (HMK m. 335/1) a ve b bentlerinde ise genel olarak “*takip giderlerinden*” ifadesi kullanılarak icra ve iflâs takibi bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca HMK'nın 336. maddesinin birinci fıkrasında, icra ve iflâs takiplerinde, adlî yardım talebinin takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden isteneceğini düzenleyen hükümden kanun koyucunun iflâs takiplerinde de adlî yardım hükümlerinin uygulanmasına cevaz vermiş olduğunu anlamak mümkündür. Dolayısıyla belirtilen madde hükmü ile yalnızca icra takiplerinde değil, iflâs takiplerinde de adlî yardımdan yararlanılacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur¹²²³. Zira icra takibi için gereken harç ve giderlerden sorumluluk ile iflâs takibi için gereken harç ve giderlerden sorumluluk arasında bir fark bulunmaz¹²²⁴. İflâs takiplerinde de adlî yardımdan

¹²²¹ O. Atalay (2006), s. 100.; Kuru vd. (2011), s. 745.; Pekcanitez vd. (2011), s. 707.

¹²²² Pekcanitez vd. (2011), s. 707.

¹²²³ O. Atalay (1986), s. 50.; Ayrıca bkz. 6100 sayılı HMK m. 336'nın Hükümet Gerekçesi.

¹²²⁴ O. Atalay (1986), s. 50-51.

yararlanabilecek olan çoğunlukla alacaklıdır¹²²⁵. Zira bir borçlunun aleyhine iflâs yolu ile takip yapılabilmesi için öncelikle iflâsa tâbi kişilerden olması gerekir (İİK m. 155). Kimlerin iflâsa tâbi olduğu ise İİK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tâbi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflâsa tâbi bulundukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır.”* Belirtilen maddeden anlaşılabileceği üzere, iflâsa tâbi olan kimseler; gerçek veya tüzel kişilerdir. Hukukumuzda da tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmeleri kural olarak mümkün olmadığı için, aleyhine iflâs takibi yapılan borçlunun ancak gerçek kişi olması durumunda adlî yardımdan yararlanabilmesi gerekir. Adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartların gerçekleşmesi durumunda, tacir sıfatını taşıyalar veya tacir gibi sorumlu olsalar bile, gerçek kişiler adlî yardımdan yararlanabilirler. Ayrıca özel kanunlar gereği tacir olmadıkları halde iflâsa tâbi olan kimseler de vardır. Yine bu kimseler şartların gerçekleşmesi halinde adlî yardımdan yararlanabilecektir.

İcra ve iflâs hukukunda adlî yardımın uygulanabilirliği bakımından tartışılabilir diğer bir durum ise, iflâs davasında tarafların adlî yardımdan yararlanmalarının mümkün olup olmadığıdır. Buna göre, eğer iflâs davası, başlatılan bir iflâs takibi sonucunda açılmışsa (İİK m. 173), iflâs davası, iflâs takibinin bir aşaması olduğundan, iflâs takibinde alacaklı veya borçlu tarafından alınan adlî yardım kararı, iflâs davası aşamasında da geçerli olacaktır¹²²⁶.

Kanunda belirtilen iflâs sebeplerinin gerçekleşmesi sonucunda, bir iflâs takibine gerek olmadan alacaklı (İİK m. 177) veya borçlu tarafından ihtiyarî (İİK m. 178/I) veya zorunlu olarak (İİK m. 178/III, m. 179; TTK m. 324) doğrudan iflâs davasının açılması durumunda da, her iki taraf veya iflâs, borçlunun kendisi tarafından talep edilmiş ve borçlunun iflâs talebine karşı herhangi bir şekilde alacaklılar tarafından itirazda ve müdahalede bulunulmadığı için, iflâs talebi bir çekişmesiz yargı işi olarak görülmekte ise, yalnızca borçlu taraf, şartların gerçekleşmesi halinde adlî yardımdan yararlanabilecektir. Ancak ister iflâs takibi sonucunda açılan iflâs davası, isterse

¹²²⁵ HUMK düzenlemesi uyarınca iflâs takiplerinde adlî yardımdan yalnızca alacaklının yararlanabileceğine ilişkin olarak bkz. O. Atalay (1986), s. 51.

¹²²⁶ Akbal (2011), s. 156.

takipsiz -doğudan- açılan iflâs davası olsun, iflâs kararından sonra müflisin adli yardımdan yararlanabilmesi mümkün değildir¹²²⁷.

3. Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardıma İlişkin Hükümlerin İdari Yargıda Uygulanması

2577 sayılı İYUK'un “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... adli yardım hallerinde ... Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmünü içeren 31. maddesine göre, HMK'nın bazı hükümleri idarî yargıda uygulama alanı bulabilecektir¹²²⁸. Ancak belirtmekte yarar vardır ki, HMK'nın atıf yapılan ilgili hükümleri, idarî yargı alanında aynen değil de idarî yargılama hukukunun özelliğine uyduğu nispette uygulanabilecektir¹²²⁹. Zira her ne kadar her iki yargılama hukukunun amacı bakımından olmasa da¹²³⁰, medenî usûl hukukundaki "menfaatler" ile idarî yargılama hukukundaki "menfaatler", her iki hukuk alanının kullandığı yöntemler

¹²²⁷ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 336'nin Hükümet Gerekçesi.

¹²²⁸ M. Köksal (2009). Adli yardım (müzaheretli adliye) kurumunun idarî yargıda uygulanması. *THD*, (40), s. 99.; Kuru (2001a), s. 5431.; HMK'ya (HUMK) atıf yapılan hususların yanında, diğer önemli medenî usûl hukuku kurumlarının da idarî yargıda uygulanabildiğine, dolayısıyla İYUK m. 31'in tahdidi değil ve fakat tadadi olduğuna ilişkin olarak bkz. Y. Eroğlu (1973). Danıştay Kanunuyla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Uygulanması. *Danıştay Dergisi*, S: 8, s. 24 vd.; C. Işıklar (2012). İdari Yargıda Derdestlik. *GÜHFD*, 1(XVI), s. 67.; E. Yılmaz (1983). İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasası. *ABD*, S: 3-4, s. 11 vd.; Ancak Danıştay'ın HUMK'un idarî yargıda uygulanabilecek hükümlerinin “*hasren tayin ve tahdit edilmiş*” bulunduğu gerekçesiyle, HUMK'un atıf yapılmayan hükümlerinin idarî yargıda uygulanamayacağına ilişkin 5.2.1954 T., 1952/154 E., 1954/33 K. içtihadı birleştirme kararı için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹²²⁹ E. Çırakman (1982). Hukuk Yargılama Usûlünün İdari Yargıda Uygulanması. *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu* (10-11-12 Haziran 1982). Ankara: Danıştay Yayınları No: 33, s. 103 vd.; Gözübüyük (2003), s. 476 No: 569; A. Kalafat (2008). İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 14, s. 165-166.; Yılmaz (1987), s. 15-16.; “...Özel hukukta, kural olarak, yargılama usûlü tarafların subjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacıyla yönelik olarak düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya en az yargıç kadar tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idarî yargıda, yalnızca idare yargıcının egemen olduğu ve bu bağlamda da “re'sen yargılama” usûlünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının “hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi”ni kısıtlayacak hiçbir usûli müessesenin uygulanabilme yeteneği olmadığı ifade edilmelidir. Bu nedenle de, gerek bu maddede ve gerekse bu maddeye paralel olarak düzenlenen 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesinde yargılamanın çeşitli aşamalarında idare yargıcının uygulayacağı usûli muameleler bakımından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa atılan genel yollama ile bu maddelerde sayılan çeşitli usûli müesseseler ancak idarî yargının genel ve müstakil yapısı ve özellikleri çerçevesinde değerlendirilmek ve ancak bu yapı ile bağdaştığı ölçüde gözetilip, uygulanmak gerekir...” AMK. 12.6.2008 T., 2004/106 E., 2008/121 K. (RG. 23.12.2008 T., 27089 S.) karar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹²³⁰ Bu konuda bkz. aşağıda, 5. bölüm, 1. 1. Adli Yardımın Hukukî Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri başlıklı kısım.

bakımından aynı değildir¹²³¹. Yine idarî yargılama hukukunda, davalı tarafın her zaman "idare" olması sebebiyle, adlî yardımdan yararlanacak olan tarafın, davacı taraf olduğunu ifade etmek gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi, İYUK'un 31. maddesine göre, HMK'ya atıf yapılan hükümlerin her iki yargılama hukukunun yöntemlerinin farklılığı nedeniyle aynen uygulanmaması kabul edilirse de, çalışma konumuz olan adlî yardım kurumunun uygulanması bakımından, idarî yargılama hukuku ile medenî usûl hukuku arasında herhangi bir farklılık bulunmaz. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımın amacı, kapsamı ve yararlanabilme şartları gibi hususlarda her iki yargılama hukuku bakımından herhangi bir fark olmadığına göre, HMK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinin idarî yargıda aynen uygulanması gerekir¹²³². Ancak çalışmamızın bu kısmında, benzerlik gösteren konularda önceki verilmiş olan bilgilere atıfta bulunmakla yetinilip, farklı uygulamalar ayrıca belirtilecektir.

HMK'nın 334. maddesi (HUMK m. 465) uyarınca, -yukarıda belirtildiği gibi- idarî yargılama hukukunda da adlî yardımdan yararlanabilecek olan gerçek kişiler ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların adlî yardımdan yararlanabilmeleri için iki şartın yerine getirilmesi gerekir. Ekonomik anlamda yetersizlik (yoksulluk) şartı ve haklılık şartı. Bunun yanı sıra yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmeleri de karşılıklılık şartının yerine getirilmesine bağlıdır¹²³³.

Medenî usûl hukukunda HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatında, belediye veya köy ya da mahalle ihtiyar heyetleri tarafından düzenlenen yoksulluk belgesi yeterli görülürken, Danıştay'a göre, yoksulluk belgesinin yalnızca köy veya mahalle muhtarı tarafından değil, ihtiyar heyeti üyeleri tarafından da imzalanması gerekliydi. Aksi halde, bu belge kanunun aradığı anlamda ispat gücü kazanamazdı. Bu durumda adlî yardım talebinin reddedilerek, dava dilekçesinin talepte bulunana iade edilmesi ve usûlüne uygun belge gösterilmemesi

¹²³¹ Yılmaz (1987), s. 16.; İdare hukuku uyumsuzluğu ile özel hukuk uyumsuzluğunun çözüm yöntemleri bakımından farklı usûllere tâbi olduğuna ilişkin olarak bkz. N. Arat (2011). İdarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1-2 (LXIX), s. 892 vd.

¹²³² Yılmaz (1987), s. 16.; İdarî yargılama hukukunda adlî yardım kurumunun uygulanmasının gerekliliğine ilişkin olarak bkz. Köksal (2009), s. 108-110.

¹²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda 3. bölüm, 5. Adlî Yardımdan Yararlanma Şartları başlıklı kısım.

halinde harç ve diğer yargılama giderlerinin alınması gerekliydi¹²³⁴. Yine Danıştay'a göre, yoksulluk belgesinin adlî yardım talebine eklenmesi de zorunluydu ve adlî yardım talebinde bir eksiklik olduğu takdirde, mahkeme tarafından -otuz gün içerisinde eksiklikler tamamlanmazsa- dava dilekçesinin reddi gerekirdi¹²³⁵. Yoksulluk belgesi verilmesi talebi belediye veya ihtiyar heyeti tarafından reddedilirse, bir idarî işlem olması sebebiyle, bu işleme karşı idarî yargıda bir iptal davası açılabilirdi¹²³⁶. Ancak HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, medenî usûl hukukunda, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı bakımından, yoksulluk belgesinin bir delil olarak sunulması zorunluluğu ortadan kaldırılmış ve bu şartın ispatı bakımından hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her türlü belgenin delil olarak kullanılabilmesi mümkün hale gelmiştir¹²³⁷. Adlî yardıma ilişkin hükümlerinin idarî yargıda aynen uygulanmasının gerekmesi sebebiyle, idarî yargılama alanında da ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı bakımından, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, artık yoksulluk belgesi zorunlu bir delil olma özelliğini yitirmiştir.

Adlî yardım talebinin kabul edilebilmesi için ekonomik anlamda yetersizlik şartının ispatı yeterli değildir. Bunun yanı sıra adlî yardım talep edenin davasında veya talebinde haklı olduğunu ispat etmesi, diğer bir ifadeyle, hâkimde bu yönde bir kanaat uyandırması gereklidir. Danıştay'a göre, adlî yardım kararı verilebilmesi için her iki şartın da yerine getirilmesi gereklidir; şartlardan birinin yokluğu halinde adlî yardım talebi reddedilir¹²³⁸.

Öğretide, adlî yardımın idarî yargılama usûlü gereği olarak, dava dilekçesi ile birlikte veya nihaî karar verilmeden önce¹²³⁹ olmak şartı ile davanın her aşamasında

¹²³⁴ D. 12. D. 29.12.1968 T., 1967/2791 S. karar için bkz. Yılmaz (1987), s. 17 ve 17 dn. 20.

¹²³⁵ Gözübüyük (2003), s. 477 No: 573.; Yılmaz (1987), s. 17.

¹²³⁶ Yılmaz (1987), s. 17. Ayrıca Danıştay 12. D. 29.6.1971 T., 1967/1672 S. kararı için bkz. Yılmaz (1987), s. 17-18 ve 17-18 dn. 22.

¹²³⁷ Bkz. yukarıda, 3. bölüm, 6.3.3.1. Ekonomik Anlamda Yetersizlik Şartının İspatlanması başlıklı kısım.

¹²³⁸ Gözübüyük (2003), s.476 No: 572.; Yılmaz (1987), s. 18.; “Her ne kadar davacının dava giderlerini ödemekten aciz olduğu 4.9.1968 tanzim tarihli Yaraslı köyü muhtarlığı il mühaberinden anlaşılmakta ise de, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun...465. maddesinde sayılan diğer hususların (haklı olma koşulu) mevcudiyeti kanısına varılmadığından adlî yardım isteminin reddine...karar verildi” Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 20.9.1968 T., 1968/554 E, 1968/588 K. karar için bkz. Gözübüyük (2003), s. 476 No: 572.

¹²³⁹ “İstanbul 4. İdare Mahkemesince verilen...sayılı kararın davacı tarafından temyiz edilmesi ve bu aşamada adlî yardım istenilmesi üzerine mahkemece gönderilen dosya incelendi...Adlî yardım harç ve posta pulunu da kapsayacak şekilde tüm yargılama giderlerinden davada taraf olanların muaf kılınmasını amaçlayan bir müessesedir. Olayda da yargılama giderlerinden muaf tutulması amacını kapsayan adlî yardımdan yararlanma başvurusunun bu kapsam içinde değerlendirilerek temyiz başvurusuna ilişkin dosyanın tekemmülü ile görevli mahkemenin bu konuyu karara bağlayarak dosyanın tekemmülünü

dilekçe ile talep edilebileceği belirtilmiştir¹²⁴⁰. Ancak adlî yardım talebinin dava açılmadan önce de yapılabilmesi için niteliğine uygundur¹²⁴¹. Bu sebeple, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 26 Eylül 1986 tarih ve 637/639 sayılı kararı¹²⁴² ile iptal davası açılmadan önce doğrudan doğruya adlî yardım talebinde bulunulamayacağına ilişkin olarak vermiş olduğu karara katılmak mümkün değildir. Zira İYUK'un 31. maddesi gereği, HMK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinin idarî yargılama hukukunda aynen uygulanabileceği kabul edilmiş olup, medenî usûl hukukunda adlî yardım talebi dava açılmadan önce de yapılabilir¹²⁴³. Ayrıca Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliği'nin¹²⁴⁴ 60. maddesinde, “*Adlî yardım istemi hakkında HUMK'un ilgili hükümleri uygulanır. Adlî yardım kararının mevcudiyeti halinde, dava dilekçesi harçsız kabul edilir.*” şeklinde yer alan hüküm gereğince de, idarî yargılama hukukunda da dava açılmadan önce adlî yardım talebinde bulunulabileceğini kabul etmek gerekir.

Mahkeme, adlî yardım talebi hakkında dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda veya karşı tarafı dinledikten sonra karar verir¹²⁴⁵. Adlî yardım talebinin reddi veya kabulüne karşı kanun yollarına başvurulamayacağı, talebin reddi halinde tekrar adlî yardım talep edilebileceği, adlî yardım kararının sağladığı imkânlar, yardım giderlerinin geri alınması¹²⁴⁶ konusunda medenî usûl hukukundaki düzenlemeler ve uygulamalar idarî yargılama hukuku alanında da aynen geçerlidir. Ancak Danıştay'ın vermiş olduğu bazı kararlar, hem kanunlara hem de adlî yardım kurumunun yapısına ters düşer. Örneğin, Danıştay vermiş olduğu bir kararda¹²⁴⁷, adlî yardımdan yararlanan

sağlaması gerektiğinden adlî yardım konusunda mahkemenin karar vermesi zorunludur.” D. 6. D. 16.04.1987 T. 1987/331 E., 1987/377 K., karar için bkz. Z. Aslan ve K. Berk (2002). *İdare Hukuku ve İdare Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar*. İstanbul: Alfa Yayınları, s. 283.

¹²⁴⁰ Gözübüyük (2003), s. 476 No: 573.

¹²⁴¹ Yılmaz (1987), 19.

¹²⁴² Belirtilen kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz (1987), s. 19-21.

¹²⁴³ Yılmaz (1987) s. 21.

¹²⁴⁴ İlgili yönetmelik için bkz. RG. 8.7.1982 T., 17748 S.

¹²⁴⁵ Gözübüyük (2003), s.477 No: 573.; Yılmaz (1987), s. 21.

¹²⁴⁶ “...davanın reddine, davacı yargılama yardımından yararlandığından 30 lira başvurma harcı ile 60 lira ilâm harcı toplamı olan 90 lirayı ödeyebilecek duruma geldiğinden kendisinden alınmasına, davalı vekiline takdir olunan 650 lira avukatlık ücreti ile 500 kuruş yargılama giderinin yine aynı sebeple ödeyebilecek duruma geldiğinde T.C. Emekli Sandığına verilmek üzere davacıdan tahsiline ...karar verildi” D. 10. D. 27.3.1974 T., 1971/3283 E., 1974/924 K. karar için bkz. Gözübüyük (2003), s. 477 No: 574.

¹²⁴⁷ “...Davacıya ait fizik cebir ve geometri sınav kâğıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş ve inceleme için gerekli olan ücretin tevdi davacıya... tebliğ edilmiş olmasına rağmen

davacının, bilirkişi ücretini yatırmaması sebebiyle davasını reddetmiştir. Oysaki adli yardım kararının sağladığı imkânlardan biri de HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının c bendi (HUMK m. 466/I, 2) gereği, tanık ve bilirkişi ücretleri gibi yargılama giderlerinin devlet tarafından avans olarak verilmesidir¹²⁴⁸.

4. Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardıma İlişkin Hükümlerin Ceza Yargılamasındaki Adli Yardımın Düzenlenişi ile Karşılaştırılması

Ceza yargılamasında adli yardıma ilişkin hükümler, medenî usûl hukukunda geçerli olan adli yardım kurumundan bağımsız olarak, CMK'da ayrıca düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra AvK'da ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nde de ceza yargılamasında uygulanan adli yardım ile ilgili hükümler yer alır.

Genel olarak ceza yargılaması, bir suç işlendiği şüphesi ile başlayan soruşturma aşaması ve suç işlendiğine ilişkin yeterli delil elde edilmesi durumunda, bir iddianame düzenlenerek kamu davası açılması ile soruşturma aşamasının tamamlanarak başlayan kovuşturma aşamasından oluşur. Kovuşturma aşamasının sonunda verilen hüküm ile yargılama sona erer ve hükme karşı varsa kanun yollarına başvuru yapılabilir. Ceza yargılamasının gerek başlayabilmesi gerekse sona erdirilebilmesi bakımından (şüpheli/sanık, suçtan zarar gören/şikâyetçi/katılan ve iddia makamından oluşan) tarafların herhangi bir yargılama gideri ödemesi gerekli değildir. Yargılamanın gerek başlaması gerekse devamı ve sona erdirilmesi için gerekli olan yargılama giderleri, Hazine tarafından karşılanmakla birlikte¹²⁴⁹, yargılama sonunda hakkında

belirtilen ücretin yatırılmadığı dava dosyasının incelenmesinden anlaşılmıştır. Ücretin yatırılmaması sebebiyle sınav kâğıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmadığından mücerret davacı iddialarının kabulü mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle davanın reddine davacı hakkından adli yardım kararı verilmiş bulunduğundan, 99 lira yargılama giderinin davacının durumu düzeldiğinde alınmasına..." D. 8. D. 7.3.1973 T., 197/4470 E., 1973/939 K. karar için bkz. Gözübüyük (2003), s.477-478 No: 574.

¹²⁴⁸ Gözübüyük (2003), s. 477 No: 574.

¹²⁴⁹ CMK'nın "Yargılama Giderleri" başlığını taşıyan m. 324'e göre,

"(1) Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir.

(2) Hüküm ve kararda yargılama giderlerinin kimlere yükletileceği; gösterilir.

(3) Giderlerin miktarı ile iki taraftan birinin diğerine ödemesi gereken paranın miktarını mahkeme başkanı veya hâkim belirler.

(4) Devlete ait yargılama giderlerine ilişkin kararlar Harçlar Kanunu hükümlerine göre; kişisel haklara ilişkin kararlar, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yerine getirilir.

(5) Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır."

“mahkûmiyet” kararı verilen sanık aleyhine hükmedilir¹²⁵⁰. Ancak yargılama sonunda sanık hakkında “beraat” veya “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilirse, yargılama giderlerine mahkûm edilemez ve bu giderler Hazine'nin üstünde kalır¹²⁵¹. Belirtilen düzenlemeler uyarınca, ceza yargılamasında, yargılama giderlerinden geçici veya sürekli muafiyete ilişkin verilen bir adli yardım hizmetinin bulunmadığı açıktır¹²⁵².

¹²⁵⁰ CMK'nın “Sanığın Yükümlülüğü” başlığını taşıyan m. 325'e göre,

“(1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.

(2) (Değişik fıkra: 06.12.2006 - 5560 S.K.27.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Yargılamanın değişik evrelerinde yapılan araştırma veya işlemler nedeniyle giderler meydana gelmiş olup da, sonuç sanık lehine ortaya çıkmış ise, bu giderlerin sanığa yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında mahkeme, bunların kısmen veya tamamen Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verir.

(4) Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulmazlar.”

CMK'nın “Bağlantılı Davalarda Giderler” başlığını taşıyan m. 326'ya göre,

“(1) Birden çok suçtan dolayı aleyhinde kovuşturma yapılmış olan kimse, bunların bir kısmından mahkûm olmuş ise, beraat ettiği suçların duruşmasının gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlü değildir.

(2) İştirak halinde işlenmiş bir suç nedeniyle mahkûm edilmiş olanlara, sebebiyet verdikleri yargılama giderleri ayrı ayrı yükletilir.”

Yine CMK'nın “Kanun Yollarına Başvuru Sonucunda Gider” başlıklı m. 330'a göre ise,

“(1) Kanun yollarından birine başvuran taraf, bu başvurusunu geri almasından veya başvurunun reddolunmasından ileri gelen giderleri öder. Kanun yollarına başvuran Cumhuriyet savcısı ise, sanığın ödemek zorunda bulunduğu giderler Devlet Hazinesine yükletilir.

(2) Kanun yoluna başvuranın istemi kısmen kabul olunmuş ise, mahkeme uygun gördüğü şekilde giderleri bölmüşür.

(3) Kesinleşmiş bir hüküm ile sonuçlanan bir duruşma hakkındaki yargılamanın yenilenmesi isteminden ileri gelen giderler hakkında da aynı hüküm geçerlidir.

(4) Eski hale getirme isteminden doğan giderler, hasım tarafının esassız karşı koymasından meydana gelmiş değilse, bu istemi ileri sürene yükletilir.”

¹²⁵¹ CMK'nın “Beraat Veya Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı Verilmesi Halinde Gider” başlıklı m. 327'ye göre,

“(1) Hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişi, yalnızca kendi kusurundan ileri gelen giderleri ödemeye mahkûm edilir.

(2) Bu kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, Devlet Hazinesince üstlenilir.”

¹²⁵² 31.03.2011 tarihinde kabul edilerek 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi uyarınca, “492 sayılı Kanunun (1) sayılı Tarifesi'nin “A- Mahkeme Harçları” bölümünün “Hukuk ve ticaret davalarıyla, idarî davalarda ihtilafsız yargı konularında ve icra tetkik mercilerinde” başlığında yer alan “Hukuk” ibaresinden sonra gelmek üzere, “ceza” ibaresi eklenmiş, “IV. Temyiz ve itiraz harçları” kısmı başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ... “IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları: .. b) Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL ...” yapılan değişiklikle ilk derece ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı yapılacak temyiz başvurularından harç alınması öngörülmüştür. Fakat yine aynı kanunun “2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde yer alan “açılan davalar” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve kanun yolu başvuruları ile ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları,” ibaresi eklenmiştir.” hükmünü içeren 12. maddesi ile de cumhuriyet savcılar tarafından yapılacak temyiz başvuruları harçtan muaf tutulmuştur. Bu değişiklikle cumhuriyet savcılarının sanık aleyhine harca tâbi tutulmaksızın temyiz yoluna başvurulabilmeleri mümkünken, sanığın kendi lehine temyiz başvurusunda bulunabilmesinin harca tâbi tutulmasının AY'nın 2, 5, 10, 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek değişiklik getiren belirtilen hükmün iptali için Eskişehir Çocuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur.

CMK, AvK ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği'ndeki ilgili hükümler uyarınca, ceza yargılamasındaki adli yardımın avukatlık hizmetleri şeklinde verildiği ifade edilebilir. Şöyle ki, ceza yargılamasında adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetinin bir gereği olarak şüpheli veya sanık için “zorunlu müdafilik” sistemi düzenlenmiştir¹²⁵³. CMK'nın 2. maddesine göre, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukata “müdafî” denir. Teknik anlamda müdafî, kanunlar uyarınca savunma faaliyetini üstlenen, ceza soruşturmasını yürüten, resmî makamlar önünde sanığı savunan, belli nitelikleri olan kişidir¹²⁵⁴. Bu anlamda şikâyetçinin ve katılanın avukatı, müdafî sayılamaz¹²⁵⁵.

Ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın re'sen atanan bir müdafinin hukukî yardımından yararlanma hakkı, adil yargılanma ilkesinin unsurlarından biridir¹²⁵⁶. Bu haktan yararlanma iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; avukatlık ücretini ödeme imkânından yoksun olma ve adaletin selametinin bunu gerektirmesidir¹²⁵⁷. Diğer taraftan, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir sonucu ve ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak, şüpheli veya sanığın bizzat veya seçeceği bir müdafinin hukukî yardımından yararlanması, anayasal çerçevede tanınmış bir teminattır¹²⁵⁸. Müdafiliğin -kural olarak- zorunlu olmasının nedeni, kanun koyucunun şüpheli veya sanığın bir müdafinin yardımı olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olamayacağını önceden kabul

¹²⁵³ Akkan (2010), s. 31; “.. savunmanın hazırlanması için yeterli imkânlarla sahip olma hakkı; müdafî ile görüşme ve onun hukuki yardımından yararlanma hakkını da gerektirir. Bu ise ilgilinin, muhakemenin başlangıcından itibaren bir müdafîye sahip olma hakkı anlamına gelir.” C. Şahin (2004). Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS 6/3-b). *GÜHFD*, 1-2 (VIII), s. 274.

¹²⁵⁴ Akkan (2010), s. 31 dn. 43.; N. Başar-Centel (1984). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 2; S. Donay (2010). *Ceza Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 192.; B. Öztürk ve M. R. Erdem (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yeni Yargıtay Kararları İşlenmiş ve En Son CMK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları, s. 343.; “Diğer bir ifadeyle, iddia makamı ve onun yardımcısı olan kolluk karşısında, sanığı fiili ve hukukî açıdan koruyan, ilgili hukuk kurallarında öngörülen niteliklere sahip kişi müdafidir.” H. Karakehya (2008). *Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik*. *Uğur Alacakaptan'a Armağan C. I.* (Der. M.M. İnceoğlu). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 418.

¹²⁵⁵ Akkan (2010), s. 31 dn. 43.; Başar-Centel (1984), s. 2.

¹²⁵⁶ Ayrıca müdafiden yararlanma hakkının çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olduğuna ilişkin olarak bkz. Karakehya (2008), s. 419.

¹²⁵⁷ Karakehya (2008), s. 419.; Öztürk ve Erdem (2008), s. 194.; Tezcan vd. (2009), s. 189-190.; Y. Ünver ve H. Hakeri (2009). *Ceza Muhakemesi Hukuku C. I.* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 197.

¹²⁵⁸ Akkan (2010), s. 35.; Başar-Centel (1984), s. 10 vd.; Tezcan vd. (2009), s. 189-190.

etmiş olmasıdır¹²⁵⁹. Ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın savunma hakkının etkin bir şekilde gerçekleşebilmesi için müdafinin yardımına ihtiyaç vardır. Zira genel olarak adil yargılanma hakkı ve özel olarak silahların eşitliği ilkesi gereğince, şüpheli veya sanığın tüm yargılama süresince iddia ve yargılama makamları karşısında eşit olması sağlanarak, maddî gerçeğe ulaşılabilmesi için, bir müdafinin hukukî yardımı adeta zorunlu sayılır¹²⁶⁰.

CMK'ya göre getirilen zorunlu müdafilik sistemi gereği, hangi hallerde şüpheli veya sanığın bir müdafinin hukukî yardımından yararlanmasının zorunlu olduğu kanun koyucunun takdirine göre belirlenmiştir¹²⁶¹. Şüpheli veya sanığın iradesine bağlı olmaksızın bir müdafinin görevlendirilmesinin zorunlu olduğu hallerde, zorunlu müdafilik söz konusudur. Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, şüpheli veya sanığın kendi iradesi ile seçtiği müdafie, “*seçilmiş zorunlu müdafî*”¹²⁶²; şüpheli veya sanığın seçmiş olduğu bir müdafinin olmadığı durumlarda, iradesine bakılmaksızın mahkeme tarafından görevlendirilen müdafie ise, “*atanmış zorunlu müdafî*”¹²⁶³ denir¹²⁶⁴. Müdafiliğin zorunlu olmamasına rağmen şüpheli veya sanığın tercihi ile bir müdafinin hukukî yardımından yararlanmanın söz konusu olduğu ihtiyarî müdafilik durumunda ise, şüpheli veya sanığın ekonomik anlamda yetersiz olduğunu beyan etmesi üzerine de devlet tarafından kendisine bir müdafî atanır¹²⁶⁵.

Müdafilik ile ilgili hükümler, genel olarak, CMK'nın “Savunma” başlıklı altıncı kısmının, “Müdafî Seçimi, Görevlendirilmesi, Görev ve Yetkileri” başlıklı birinci bölümünün 149-156. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Zorunlu müdafilikle ilgili “Müdafinin Görevlendirilmesi” başlığını taşıyan 150. maddeye göre,

(1) *Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.*

¹²⁵⁹ Karakehya (2008), s. 422.; Ayrıca müdafiliğin zorunlu olmasının nedeninin haksız hüküm verilmesini önlemek amacıyla toplumun yararına yapılan bir görev olması olduğuna ilişkin olarak bkz. Akkan (2010), s. 35.; F. Erem (1978). Mecburi Müdafilik Ve Adli Yardım. *Yargıtay Dergisi*, 4 (4), s. 440.

¹²⁶⁰ Akkan (2010), s. 35.; Başar-Centel (1984), s. 10.; Karakehya (2008), S. 419.; Öztürk ve Erdem (2008), s. 246.

¹²⁶¹ Akkan (2010), s.32.

¹²⁶² “Bu durumda müdafilik ücreti şüpheli veya sanığın kendisi tarafından ödenir.” Karakehya (2008), s. 426.

¹²⁶³ “Bu durumda müdafilik ücreti ise devlet tarafından ödenir.” Karakehya (2008), s. 427.

¹²⁶⁴ Akkan (2010), s. 32-33.; Başar-Centel (1984), s. 6.; Karakehya (2008), s. 426-427.

¹²⁶⁵ Akkan (2010), s. 33.; Karakehya (2008), s. 423.

(2) *Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk¹²⁶⁶, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.*

(3) *Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.*

(4) *Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir¹²⁶⁷.*

CMK'nın 150. maddesi dışında zorunlu müdafiliğin düzenlendiği diğer haller ise şu şekildedir¹²⁶⁸;

Birincisi, şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin talebi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirileceğine ilişkin CMK'nın 74. maddesinin ikinci fıkrasıdır.

İkinci hal, tutuklama talep edildiğinde, şüpheli veya sanığın, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanacağı düzenleyen CMK'nın 101. maddesinin üçüncü fıkrasıdır.

Üçüncü hal, “*Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister.*” hükmünün yer aldığı CMK'nın 204. maddesidir.

Dördüncü ve son hal ise, duruşma yapılan hallerde kaçak sanığın müdafii yoksa mahkemenin barodan bir avukat görevlendirilmesini talep edeceğini düzenleyen CMK'nın 247. maddesinin dördüncü fıkrasıdır.

¹²⁶⁶ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder.

¹²⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan (2010), s. 31, s. 31-32 dn. 44.; Donay (2010), s. 195-196.; Karakehya (2008), s. 424-425.; Ünver ve Hakeri (2009), s. 197-198.; Ayrıca bu konuda bkz. yukarıda 4. bölüm, 1.5. Avukatlık Hukukundaki Adli Yardım Sisteminin Ceza Yargılamasında Uygulanması başlıklı kısım.

¹²⁶⁸ Bu hallere ilişkin olarak bkz. Akkan (2010), s. 32 dn. 45; Ünver ve Hakeri (2009), s. 198-200.

Ceza yargılamasında zorunlu müdafiliğe benzer bir diğer kurum da, zorunlu vekilliktir. CMK'nın 2. maddesi uyarınca, katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi¹²⁶⁹ ceza yargılamasında temsil eden avukata “vekil” denir. Zorunlu vekillikte de tıpkı zorunlu müdafilikte olduğu gibi, mağdur, şikâyetçi veya suçtan zarar görenlerin haklarının etkin bir şekilde aranabilmesi için kabul edilmiş sistemdir. Zorunlu vekilliğin düzenlendiği haller; CMK'nın 234. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekilin görevlendirilir” hükmü ile CMK'nın 239. maddesinde düzenlenen “(1) Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir. (2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.” hükmüdür¹²⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde, ceza yargılamasında adlî yardım konusu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Genel olarak belirtilen düzenlemenin amacı, özellikle adil yargılanma hakkının demokratik toplumda oynadığı önemli rol gereği, sanığa teorik ve hayali değil; fakat somut ve gerçek bir savunma sağlamayı hüküm altına almaktır. Bu amaçtan yola çıkılarak sanığın üç imkâna sahip olduğu belirtilmektedir. Bunlar; kendini bizzat savunma, savunmasında kendi seçeceği bir savunucunun yardımından yararlanma ve bir avukatın hukukî yardımdan yararlanmak için gereken ekonomik yeterliliğe sahip değilse ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemenin görevlendireceği bir avukatın ücretsiz hukukî yardımından yararlanmadır¹²⁷¹.

Mahkeme tarafından tayin olunan avukat konusunda sanık, hemen hemen bir tercih ve seçim hakkına sahip değilse de, savunma, teorik ve hayali değil, fakat gerçek

¹²⁶⁹ “CMK'nın “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasının i bendi uyarınca malen sorumlu kişi, yargılama konusu için hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi ifade eder.” Donay (2010), s. 192.

¹²⁷⁰ Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Akkan (2010), s. 34-35.; Ünver ve Hakeri (2009), s.274-275.

¹²⁷¹ Akkan (2010), s. 36.; Gölcüklü ve Gözübüyük (2007), s. 299 vd.; “Komisyon 14.12.1959 tarihli kararında; sanığa savunma olarak bir avukat değil de, avukat yanında staj yapan bir kişinin tayin edilmesini, bu kişinin gerçekte bir avukat olmamasına rağmen sanığa gerekli hukukî yardımı sağlayabileceği yolunda değerlendirmiştir. Ancak hukukî yardımda bulunabilecek kişilerin -esasen duruşmaya katılmak hakkına hukuken sahip olmaları da gerekir.-” Çavuşoğlu (1994), s. 29 dn. 3.

olmak zorunda bulunduğundan, görevin avukat tarafından gerektiği gibi yerine getirilmediği hallerde, mahkemenin duruma müdahale etmesi veya yeni bir avukat tayin etmesi gerekir¹²⁷².

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde düzenlenen, sanığın bir avukatın hukukî yardımından yararlanması mutlak olmasına karşın, avukatın hukukî yardımından yararlanmasını sağlayan adlî yardım mutlak değildir. Birinci durumda sanık, takdir hakkına sahip olmasına karşın, ikinci durumda takdir hakkı tamamen mahkemeye aittir¹²⁷³. Bu yardım sanığa ancak avukat ücretini ödemekten yoksun olduğu zaman savunmasız kalmasını önlemek amacıyla yapılacaktır. Alman sisteminde olduğu gibi, sanığın yeterliliği ile ilgili olmaksızın, adalet hizmeti yararına sanığa re'sen avukat tayini halinde, -yargılamanın adil niteliğine gölge düşürmemek şartıyla- vekâlet ücretinin, bilahare hükümlüden tahsil edilmesine 6. madde engel olmaz. Benzer sistemlerde, adlî yardım kanalından ödenen avukat ücretinin sanıktan tahsil edilmesi konusunda, sanığın avukat tayini sırasında değil, fakat mahkûmiyet hükmünden sonraki ekonomik durumu önemlidir¹²⁷⁴.

Ayrıca yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinin amacı, adlî yardımın etkili korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla da yalnızca bir avukatın tayini bu amacı gerçekleştirmez¹²⁷⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları dikkate alınarak, ceza yargılaması hukukumuzda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bazıları CMK'nın 149. maddesinde yer alan sanık için birden fazla müdafii tayin edilmesi, CMK'nın 150. maddesinde yer alan ekonomik imkânı olmayan veya fiziki engeli bulunan ya da on sekiz yaşını doldurmamış şüpheli

¹²⁷² Gölcüklü ve Gözübüyük (2007), s. 304.; Kaşıkara (2009), s. 209.; Ünal (2001), s. 198.

¹²⁷³ Kaşıkara (2009), s. 211.

¹²⁷⁴ Gölcüklü ve Gözübüyük (2007), s. 305.

¹²⁷⁵ "AİHM, *Artico* kararında, devletin olumlu edimde -positive action-bulunma yükümlülüğünü, AİHS'nin 6/3, c maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Ettore Artico'ya adlî yardım yoluyla tayin edilen avukatın mazereti nedeniyle görevini yerine getirmemesi sonucunda, Artico yeni bir avukat için başvuruda bulunmuş; ancak mahkeme bu talebi cevaplamamakla birlikte, önceden tayin edilen avukatın görevini yerine getirmesi için de herhangi bir girişimde bulunmamıştır. AİHS, dava konusu olayda, yetkili devlet otoritelerinin sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanması için olumlu edimde bulunmasını gerekli kılar. Bu nedenle mahkeme, yeni bir avukatın tayin edilmesi ya da eskisinin görevini yerine getirmesinin sağlanması zorunluluğunu belirleyerek 6/3, c maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir." Çavuşoğlu (1994), s. 29-30.; Erdoğan (2011), s. 88 dn. 269.

veya sanığa avukat atanması ve üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılamada müdafii olmayan şüpheli veya sanığa müdafii tayin edilmesi ve CMK'nın 154. maddesinde yer alan vekâletname aranmaksızın, yakalanan veya tutuklanan kişiler ile avukat görüşmesi gibi hükümlerdir¹²⁷⁶.

Yukarıda verilen bilgiler doğrultusunda, ceza yargılamasında yer alan “zorunlu müdafilik” ve “zorunlu vekillik” kurumları, geniş anlamda adlî yardım kavramı içerisinde mütalaa edilebilmelidir¹²⁷⁷. Ancak medenî usûl hukukundaki adlî yardım sistemi ile ceza yargılamasında düzenlenen zorunlu müdafiliğin birbirinden ayrılan birçok yönü de vardır. Öncelikle, HMK ve AvK hükümleri gereği adlî yardımdan yararlanabilmek için haklılık ve ekonomik anlamda yetersizlik şartlarının yerine getirilmesi gerekli iken, ceza yargılaması bakımından adlî yardım hizmeti kapsamında değerlendirilen zorunlu müdafilikten yararlanabilmek için, şüpheli veya sanığın Kanun tarafından belirlenen kişilerden olması (örneğin, çocuk, sağır dilsiz gibi) veya belirli ağırlıkta cezayı içeren bir suçun söz konusu olması gerekir¹²⁷⁸.

Şüpheli veya sanığın, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi üzerine, istemi halinde bir müdafii görevlendirileceği hükmü ile ihtiyarî müdafiliğin düzenlendiği CMK'nın 150. maddesinin birinci fıkrası, genellikle ekonomik yetersizlik sebebiyle şüpheli veya sanığın bir müdafii hukukî yardımından yararlanmayı talep ettiği durumlarda uygulama alanı bulur¹²⁷⁹. Ancak bu düzenlemeyi de medenî usûl hukukundaki adlî yardım kurumundan farklı değerlendirmek gerekir. Zira ceza yargılamasında verilecek hizmetin temeli savunma hakkına dayanır. Ayrıca ekonomik anlamdaki yetersizlik şartının ispatında hâkim, medenî usûl hukukunda olduğu gibi belirli delillerle bağlı olmayıp, ceza yargılamasının niteliği gereği, delilleri serbestçe takdir edebilir¹²⁸⁰.

Yukarıda ceza yargılamasında adi yardımın avukatlık hizmetleri şeklinde verildiği; zira ceza yargılamasına ilişkin mevzuatta yargılama giderlerinden geçici veya

¹²⁷⁶ Kaşıkara (2009), s. 211.

¹²⁷⁷ Akkan (2010), s. 36.; “Adlî müzaheret ile mecburî müdafilik usûlü arasında yakın ilişki vardır.” Erem (1978), s. 440.

¹²⁷⁸ Akkan (2010), s. 36.

¹²⁷⁹ Akkan (2010), s. 37-38.; “AİHM'nin 25.9.1992 tarih ve 13611/88 sayılı Croissant-Almanya kararı uyarınca, zorunlu müdafii görevlendirilmesi durumunda, şüpheli veya sanığın mahkûm olması halinde, mali durumu müsaitse, bu kimse için devlet tarafından ödenen avukatlık ücretinin kendisinden geri alınması AİHS'nin 6/3,c hükmünü ihlâl etmez.” Tezcan vd. (2009), s. 190 dn. 41.

¹²⁸⁰ Akkan (2010), s. 37-38.

sürekli bir muafiyete ilişkin hüküm bulunmadığı belirtilmişti. Ancak 31 Mart 2011 tarihinde 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesiyle, 2 Temmuz 1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte, ceza yargılamasında da -tıpkı medenî usûl hukukunda olduğu gibi- ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı sanıklar tarafından yapılan temyiz (ve itiraz) başvurularından başvuru harcı alınmaya başlanmıştı. Dolayısıyla savunma hakkını kullanabilmesi için belirli tutarda başvuru harcını ödemesi gereken ancak ödeme gücünden yoksun olan sanıkların belirtilen yargılama gideri bakımından adlî yardım hizmetinden yararlanabilmesi sorunu gündeme gelmişti. Bu soruna ise Adalet Bakanlığı tarafından¹²⁸¹, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 4.maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi¹²⁸² ile 8. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları¹²⁸³ değiştirilmek suretiyle kısmen de olsa çözüm bulunmuştu. Buna göre, *temyiz (ve itiraz) başvuru harcının, bu tutarı ödeme gücünden yoksun olan sanığın müdafî veya müşteki/mağdur/suçtan zarar görenin vekili tarafından karşılanması halinde, temyiz (ve itiraz) harçlarının müdafî veya vekile ayrıca ödeneceği* düzenlenerek dolaylı bir adlî yardım hizmeti kabul edilmişti. Ancak Harçlar Kanunu'nda değiştirilen “IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları” kısmının “*Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL*” biçimindeki (b) fıkrasının, Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle iptali için bazı yerel mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştu¹²⁸⁴. 20 Ekim 2011 tarihinde ise Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilen hükmün, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline ve iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

¹²⁸¹ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 10.06.2011 tarih ve 27960 sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹²⁸² İlgili Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının d bendi; “*Ücret: Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince baro tarafından görevlendirilen müdafî veya vekile Tarife gereğince ödenecek meblağı... müdafî veya vekil tarafından ödenen temyiz, istinaf ve itiraz harçlarını*” şeklinde değiştirilmiştir.

¹²⁸³ Aynı Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ise;

“(2) Müdafî veya vekilin... kendisi tarafından karşılanması durumunda temyiz, istinaf ve itiraz harçları ayrıca ödenir.

(3) Müdafî veya vekile Tarife gereğince ödenen meblağ, ... ve müdafî veya vekil tarafından ödenen temyiz, istinaf ve itiraz harçları yargılama giderlerinden sayılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

¹²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda dn. 1252.

5. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmelerde Adli Yardım

Son yarım yüzyıldır hukukî korunma ihtiyacı için gereken yargılama giderlerini kendi ekonomik gücü ve kaynakları ile karşılayamayacak durumda olan kimseler bakımından adli yardımın bir insan hakkı olarak kabulü, uluslararası gelişmeler altında giderek artan bir şekilde ivme kazanmıştır¹²⁸⁵. Uluslararası alanda adli yardıma ilişkin hükümlerin bulunduğu birtakım çok taraflı uluslararası sözleşmeler bulunmakta olup, Türkiye de bu sözleşmelerin bazılarını taraf olarak kabul etmiş ve iç hukuk düzenlemelerini de buna uygun hale getirmiştir.

Bu sözleşmelerin başında şüphesiz ki, Avrupa Konseyi'ne¹²⁸⁶ üye olan devletler bakımından özel bir öneme sahip olan 20 Mart 1950 tarihinde Roma'da imzalanarak 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin 18 Mayıs 1954 tarihinde onayladığı¹²⁸⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilân ettiği Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi öncülük etmiştir¹²⁸⁸. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin özellikle 10. ve 11/I. maddelerinde adil yargılanma hakkına geniş olarak yer verilmiştir¹²⁸⁹. Ayrıca yalnızca karar ve tavsiye niteliğinde olan Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin aksine bağlayıcı nitelikte olan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilerek 23 Mart 1976 tarihinden yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi de adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak

¹²⁸⁵ Smith (2005), s. 65.

¹²⁸⁶ “5.5.1949 tarihinde on kurucu devlet tarafından kabul edilerek 3.6.1949 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü ile Avrupa Konseyi'nin kurulmasına karar verilmiş olup, Türkiye ise bu statüyü 13.4.1950 tarihinde kabul ederek Avrupa Konseyi'nin üye bir devleti haline gelmiştir.” http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_1.htm (Erişim Tarihi: 21.10.2010)

¹²⁸⁷ RG. 19.03.1957 T., 1954-8662 S.

¹²⁸⁸ “6.4.1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu ile “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayımlanması ve yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde munasip neşriyatta bulunulması” kararlaştırılmış ve belirtilen Bakanlar Kurulu Kararı 27.5.1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.” <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹²⁸⁹ Madde 10- *Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.*

Madde 11- 1. *Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.*

genel bir düzenleme getirmiştir¹²⁹⁰. Yine Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan diğer birçok sözleşmede de adli yardıma ilişkin hükümler bulmak mümkündür. Ancak doğrudan ve dolaylı olarak adli yardımla ilgisi bulunan bu düzenlemeler genelde -ve çoğunlukla- ceza yargılaması alanında geçerli olduğundan, yalnızca isimlerini belirtmenin yeterli olduğu kanısındayız. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilerek 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12, 37 ve 40. maddeleri¹²⁹¹; 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşmesi'nin 5. maddesi¹²⁹²; 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı uyarınca kabul edilerek 26 Haziran 1987'de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 4 ve 7. maddeleri¹²⁹³; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararıyla kabul edilerek 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'nin 16. maddesi¹²⁹⁴, 28 Eylül 1954'te kabul edilerek 6 Haziran 1960'da yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesi¹²⁹⁵ bu örnekler arasındadır.

¹²⁹⁰ Türkiye, "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi"ni 15.8.2000 tarihinde imzalamış ve belirtilen sözleşme 23.09.2003 tarihinde onaylanarak 24.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²⁹¹ "Türkiye, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi 14.9.1990 tarihinde imzalayıp, 9.12.1994 tarihinde ihtirazi kayıtlarla onaylamış, 4058 sayılı Onay Kanunu 11.12.1994 gün ve 22138 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir." <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹²⁹² "Türkiye, BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşmesi'ni 13.10.1972 tarihinde imzalayıp, 3.4.2002 tarihinde 4750 sayılı Onay Kanunu ile kabul etmiş ve Onay Kanunu 16.6.2002 tarih ve 24787 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir." <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹²⁹³ "Türkiye, BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'sini 25.1.1988 tarihinde imzalamış ve 21.4.1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtlarla onaylamıştır. 3441 sayılı Onay Kanunu 29.4.1988 gün ve 19799 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir." <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹²⁹⁴ "Türkiye, BM Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'yi 24.8.1951 tarihinde imzalamış ve 29.8.1961 tarihinde ihtirazi kayıtlarla onaylamıştır. 359 sayılı Onay Kanunu 5.9.1961 gün ve 10898 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir." <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹²⁹⁵ "Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı 22.9.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Tasarı ile Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından düzenlenen Tam Yetkili Temsilciler Konferansında kabul edilen 28 Eylül 1954 tarihli "Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeye" katılımının uygun bulunması öngörülmüştür.

Birleşmiş Milletler Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin metni ile önemli oranda aynı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer sözleşmeye göre üstünlüğü ve ayrıcalığı, hükümlerinin Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aracılığıyla uygulanabilir olmasıdır¹²⁹⁶. Ayrıca yalnızca ceza yargılaması alanı ile sınırlı olan Birleşmiş Milletler Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin aksine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, önemli ölçüde ceza yargılaması alanındaki adil yargılanma hakları üzerine yoğunlaşmasına rağmen 6. maddesi ile aynı zamanda medenî usûl hukukuna ilişkin yükümlülükler de getirir¹²⁹⁷. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi başta ceza yargılaması alanı olmak üzere, medenî usûl hukuku alanında da geçerli olan genel kuralı düzenler¹²⁹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda, ekonomik anlamda yetersizlik hali sebebiyle yargılama giderlerinin karşılanması durumunda, hak arama hürriyeti kullanılamayarak adalet erişim sağlanamadığı için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır¹²⁹⁹.

Tasarı	halen	TBMM	Dışişleri	Komisyonu'nda	görüşülmektedir.”
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=94424					

(Erişim Tarihi: 15.10.2011)

¹²⁹⁶ Smith (2005), s. 68.

¹²⁹⁷ Smith (2005), s. 66, 68.

¹²⁹⁸ Madde 6- 1. Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

¹²⁹⁹ AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilmiş olan Mehmet- Suna Yiğit, Ülger kararları için bkz. yukarıda 2. bölüm, 1.2.2. Hak arama hürriyeti ve adlî yardım başlıklı kısım.

Yine 25 Ocak 1996 tarihinde imzalanan ve 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin¹³⁰⁰ “Adli Yardım ve Hukukî Danışma” başlıklı 14. maddesinde; “*İç hukuk, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davalarda çocukların temsili için adli yardım ve hukukî danışmayı öngördüğünde, bu hükümler 4. ve 9. maddelerin içerdiği sorunlara uygulanır.*” hükmü yer alır.

27 Ocak 1977 tarihinde imzalanarak 4 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe giren Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹³⁰¹ ile Avrupa Konseyi'nin amacının üye devletler arasında güçlü bir birliğin sağlanması olduğu inancıyla, özel hukuk yargılama makamlarına başvurmaya önleyen ekonomik engellerin ortadan kaldırılmasının ve ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin, üye devletlerde haklarını daha iyi koruyabilmelerini sağlamak için adli yardım taleplerinin iletilmesiyle ilgili uygun bir sistemin kurulması amaçlanmıştır¹³⁰². Sözleşmenin etkinliğini artırmak ve özellikle merkezi makamlar arasında karşılıklı yardımlaşma ve adli yardım talebinde bulunanlar ile avukatlar arasında iletişim ile ilgili sorunlar olmak üzere sözleşmeyi belirli bazı yönlerden tamamlamak için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi göz önünde tutularak ek protokol imzalanmıştır. Ek protokol uyarınca sözleşmeye taraf devletler, talep edilen tarafın yetkili makamlarının yargı yetkisine giren hukukî, ticarî ve idarî konularda adli yardım talepleri bakımından birbirlerine azami ölçüde, süratle ve karşılıklı olarak yardım sağlamakla yükümlüdürler¹³⁰³.

Avrupa Konseyi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının ötesinde üye devletlerde adli yardımın geliştirilmesine yönelik olarak birtakım tavsiye ve çözüm kararları da verilmiştir. Bunlardan bazıları; 18 Şubat 1976 tarihinde kabul edilen 76/5 sayılı Medenî, Ticari ve

¹³⁰⁰ “Türkiye Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesini 9.6.1999 tarihinde imzalamış ve belirtilen sözleşme 18.1.2001 tarihinde 4620 sayılı Onay Kanunu ile onaylanarak 1.2.2001 gün ve 24305 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.” <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/375-384.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹³⁰¹ “Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve 27.1.1977 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan “Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”nin onaylanması 26.3.1982 tarih ve 2649 sayılı Kanunla uygun bulunarak 04.1.1983 tarih ve 17918 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme, Türkiye yönünden 23.4.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesine Ek Protokol ise Türkiye tarafından 4.10.2001 tarihinde imzalanmış ve onaylanması 20.10.2004 tarih ve 5242 sayılı Kanunla uygun bulunarak 9.11.2004 tarih ve 259 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Ek Protokol Türkiye yönünden 1.7.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.” <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/26769.html> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹³⁰² Esendal (2009), s. 190.

¹³⁰³ Esendal (2009), s. 190.

İdari Meselelerde Adli Yardıma İlişkin Çözüm Kararı, 2 Mart 1978 tarihinde kabul edilen 78/8 sayılı Adli Yardım ve Hukukî Danışma Hakkında Çözüm Kararı, 8 Ocak 1993 tarihinde kabul edilen 93/1 sayılı Yoksullar İçin Hukuka ve Adalete Etkili Erişim Hakkında Tavsiye Kararı ve 15 Haziran 2005 tarihinde kabul edilen 2005/12 sayılı Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Uyarınca Yurtdışı Adli Yardım Başvuru Formlarının Kullanıma İlişkin Tavsiye Kararı'dır¹³⁰⁴.

Ayrıca yukarıda avukatlık hukukundaki düzenlemelere ilişkin açıklamalar yapılırken bahsedilen adli yardım kurumu ile ilgili hükümlerin yer aldığı Havana Kuralları – Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler, Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 ve 21 Numaralı Tavsiye Kararları da uluslararası alanda önemli belgeler arasında sayılır¹³⁰⁵.

6. Özel Kanun Hükümleri Gereği Adli Yardımdan Yararlanabilme

Adli yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar yukarıda ifade edilmeye çalışıldı. Ancak bazen öyle durumlar vardır ki, bu şartlar aranmaksızın, bir kimsenin adli yardımdan yararlanabileceği özel bir kanun hükmü ile kabul edilmiştir¹³⁰⁶.

17 Temmuz 1927 tarih ve 631–635 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun¹³⁰⁷ 61. maddesinin 1. 2. ve 3. fıkralarında adli yardıma ilişkin olarak düzenlenen “*Hazarda veya seferde silâh altına çağırılan muvazzaf veya yedek erbaş ve er resmi veya hususi her türlü işlerinde kendilerini temsil etmek üzere diledikleri bir şahsı ikinci fıkra da yazılı hükümler dairesinde tanzim edilecek bir vekâletname ile de tevkil edebilirler. 3499 sayılı Avukatlık Kanununun hükümleri mahfuzdur. Şu kadar ki, alakalı mercilerce, bu erbaş ve erden avukatı bulunmayanlar hakkında kendilerinin veya mümessillerinin talebi üzerine veya re'sen ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 465. maddesinin birinci*

¹³⁰⁴ CEPEJ (2010), s. 49.

¹³⁰⁵ Bkz. yukarıda, 4. bölüm, 1.2. Avukatlık Hukukundaki Adli Yardım Düzenlemeleri Bakımından Avukatın Önemi başlıklı kısım.

¹³⁰⁶ Bu tür özel düzenlemeler için bkz. Kuru (2001a), s. 5420-5421.

¹³⁰⁷ Kanun'un tam metni için bkz. <http://www.ekanun.net/1111-sayili-kanun/> (Erişim tarihi: 20.10.2010)

fıkrasında yazılı şart aranmaksızın muzaheretî adliyeye müteallik hükümler tatbik olunur.

Birinci fıkrada yazılı vekâletnameler askerliğe daveti müteakip ve kıtaya iltihaktan önce noterler, noterlik bulunmayan yerlerde sulh hâkimleri veya vilayet veya kaza jandarma komutanları ile askerlik şubeleri reisleri ve kıtaya iltihaktan sonra da askeri adlî hâkimler, bölük komutanları veya bulundukları müessese amirleri tarafından tanzim veya tasdik olunur. Bu vekâletnameler hiç bir harca ve resme tâbi değildir. Bu maddeye tevfiқан tanzim kılınan vekâletnamelerin hükümleri erbaş ve erin terhislerinden iki ay sonrasına kadar devam eder.

Hazarda veya seferde silâh altına çağırılan muvazzaf veya yedek erbaş ve erlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunîyle Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunundaki muameleler sebebiyle ibraz edecekleri fakirlik ilmühaberleri bölük komutanları veya bulundukları müessese amirleri tarafından da verilebilir.” hüküm ile Askerlik Kanunu gereği silah altına alınan muvazzaf veya yedek erbaş ve erlerin HMK'nın 334. maddesindeki şartlar aranmaksızın adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanınmıştır.

5 Aralık 1942 tarih ve 5275 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4308 sayılı Seferberlikte veya Fevkalade Hallerde Askeri Şahıslara Ait Hukuk Davalarıyla İcra Takiplerinde Yapılacak Muameleler Hakkında Kanun'un¹³⁰⁸ 1. maddesinde düzenlenen “Seferberlikte veya fevkalade hallerde askeri hizmet sebebiyle ikâmetgâhlarından devamlı olarak ayrılmış olan muvazzaf veya ihtiyat askeri şahıslar hakkında açılmış veya açılacak hukuk davalarında ve yapılan icra takiplerinde mahkeme veya icra hâkimi, alakalının veya mümessilinin talebi üzerine veya resen ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 465 inci maddesinin birinci fıkrasında yazılı şartları aranmaksızın adlî müzaherete müteallik hükümleri tatbik edebilir. Şu kadar ki mensup olduğu kıta komutanlığından müzaherete müstahak olduğuna dair vesika ibraz edenler hakkında birinci fıkra hükümlerinin tatbiki mecburidir.” hüküm ile de seferberlik veya olağanüstü hal durumunda askeri hizmet sebebiyle ikâmetgâhından ayrılan muvazzaf veya ihtiyat askeri kişilere karşı açılmış ve açılacak her türlü hukuk davaları ve haklarında yapılan icra takiplerinde HMK'nın 334. maddesindeki şartlar aranmaksızın adlî yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanınmıştır.

¹³⁰⁸ Kanun'un tam metni için bkz. <http://www.ekanun.net/4308-sayili-kanun/> (Erişim tarihi: 20.10.2010)

Yine 3 Mart 2000 tarih ve 23982 sayı ile Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun'un¹³⁰⁹ 3. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen *“Doğal afete maruz kalanların istemleri halinde, afetten kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin her türlü dava ve işlemlerde adli müzaheret hükümleri uygulanır. Ancak, doğal afete maruz kaldığını beyan edenler bakımından 1086 sayılı Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanununun 465 ve 468 inci maddelerindeki delil gösterme ve şahadetname verme şartları aranmaz.”* hükmü ile doğal afete maruz kalan kimselerin talep etmeleri halinde afetten kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak her türlü dava ve işlemlerde HMK'nın 334. ve 336. maddelerindeki şartlar aranmaksızın adli yardımdan yararlanabilmelerine imkân tanınmıştır.

¹³⁰⁹ Kanun'un tam metni için bkz. <http://www.ekanun.net/4539-sayili-kanun/> (Erişim tarihi: 20.10.2010)

Beşinci Bölüm

Adlî Yardım ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri

1. Adlî Yardımın Hukukî Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

1.1. Genel olarak

Medenî usûl hukukumuzda adlî yardım kurumu, çeşitli kanunlarda farklı uygulamalara yol açabilecek şekilde düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardıma ilişkin hükümler, ceza yargılaması alanına ilişkin olarak esasen CMK'da ve AvK'da; medenî usûl hukukunda ise HMK'da ve AvK'da yer alır. Ayrıca İYUK'un 31. maddesindeki atıf sonucu, idarî yargılama alanında da HMK'da düzenlenen adlî yardıma ilişkin hükümler uygulanır. Adlî yardımın, medenî usûl hukukunda ve ceza yargılaması alanında farklı düzenlemelere tâbi tutulması işin niteliği gereğidir. Zira her iki yargılama hukuku alanının nihaî amacı her ne kadar uyuşmazlıkların çözülerek hukukî barışın sağlanması¹³¹⁰ ve maddî gerçeğin tespiti¹³¹¹ noktasında aynı ise de, her iki yargılama hukukunun bunu gerçekleştirirken başvurduğu yöntemler de konuları da birbirinden farklıdır¹³¹². Nitekim karşılaştırmalı hukukta da medenî usûl hukukunda ve ceza yargılaması alanında farklı adlî yardım programlarına ve farklı düzenlemelere yer verilmiştir¹³¹³.

Çalışmamızın konusu açısından değerlendirildiğinde, medenî usûl hukukunda adlî yardıma ilişkin hükümler, hem HMK'da hem de AvK'da yer alır. Adlî yardıma ilişkin hükümlerin gerek farklı kanunlarda düzenlenmesinden gerekse adlî yardıma ilişkin hukukî düzenlemelerin bazı durumlarda yetersizliğinden kaynaklanan birtakım sorunlar olduğunu ifade etmek mümkündür. Medenî usûl hukukumuzda adlî yardımın hukukî

¹³¹⁰ Yılmaz (2008), s. 248.

¹³¹¹ “Tüm yargılama hukuklarının amacı maddî gerçeğin tespitidir. Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak henüz daha yargılama yapılmadan var olan maddî gerçek, yargılama sonunda bir mahkeme kararı şeklinde ortaya çıkan adlî gerçekle örtüştüğü ölçüde adalet gerçekleşmiş olacaktır. Kural olarak, adlî gerçeğin maddî gerçeği yansıttığı kabul edilir veya en azından öyle olması gerekir. Dolayısıyla ceza yargılamasında mahkemenin re'sen araştırma yaptığı, delil serbesiyesinin geçerli olduğu; buna karşılık medenî usûl hukukunda tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkelerinin geçerli olduğundan bahisle, ceza yargılamasında maddî gerçeğin, medenî usûl hukukunda ise şekli gerçeğin arandığını ifade eden düşünce tamamen yanlış olup, kabul edilemez.” Pekcanıtez vd. (2011), s. 52.; Ayrıca bkz. Yılmaz (2008), s. 249.; Yılmaz (2010), s. 33-35.

¹³¹² “Her iki yargı çeşidinin konuları başka olduğundan, bunlar arasındaki farkı tespit etmek kolaydır.” Kuru vd. (2011), s. 68.

¹³¹³ Bu konuya ilişkin olarak bkz. yukarıda, 1. bölüm, 2. Karşılaştırmalı Hukukta Adlî Yardım başlıklı kısım.

düzenlenişi ile ilgili sorunlar çoğunlukla HMK'daki düzenlemelerden kaynaklanmakla birlikte, AvK'daki düzenlemelerin yetersizliğinden kaynaklanan sorunlar da mevcuttur. Dolayısıyla, çalışmamızda adlî yardımın hukukî düzenlemesinden kaynaklanan sorunlar ve bunlara karşı geliştirilebilecek çözüm önerilerine yer verdiğimiz bu kısımda, öncelikle adlî yardımın farklı kanunlarda düzenlenmesi ile ilgili tartışmalara yer verilecek, daha sonra ise HMK'daki ve AvK'daki düzenlemeden kaynaklanan sorunlar birkaç başlık altında incelenecektir.

1.2. Adlî Yardımın Farklı Kanunlarda Düzenlenmesi

Yukarıda ifade edildiği gibi, medenî usûl hukukunda adlî yardıma ilişkin hükümler esasen ve genel olarak HMK'nın 334-340. (HUMK m. 465-472) maddeleri arasında yer alır. AvK'da ise, HMK'daki hükümlerden bağımsız olarak getirilen adlî yardıma kurumu, HMK'daki hükümleri tamamlayıcı nitelikte ve fakat avukatlık hizmetleri ile sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir

Öncelikli olarak medenî usûl hukukunda uygulanacak adlî yardımla ilgili hukukî düzenlemelerin farklı iki kanunda yer alması, adlî yardım kurumunun dağınık bir hukukî altyapısının olduğuna ilişkin bir görüntü arz edebilir. Kanımızca, medenî usûl hukukunda adlî yardımın farklı kanunlarda düzenlenmesinin, kurumun işleyişi bakımından bir sakıncası yoktur. Zira AvK'daki adlî yardıma ilişkin hükümlerin kapsamı, yalnızca avukatlık hizmetleri ile sınırlıdır. Oysa HMK'da düzenlenen adlî yardımın asıl amacı, yardımdan yararlanan kimsenin yargılama giderlerinden geçici olarak muaf olmasını sağlamaktır¹³¹⁴. HMK uyarınca sunulan adlî yardım hizmetinin kapsamına kural olarak avukatlık hizmetleri girmez. Adlî yardımdan yararlanan kimseye avukat atanmasının gerekli olduğu durumlarda, mahkemece adlî yardım kararında ayrıca belirtmek şartıyla avukat atanır (HMK m. 335/1, ç).

Karşılaştırmalı hukukta avukatlık hizmetleri dâhil tüm yargılama giderlerinden muafiyetin aynı kurumdan aynı kurullarla sağlandığı adlî yardım sistemleri vardır. Böyle sistemlerin uygulamanın yeknesaklığı, niteliğe ilişkin kontrolü ve yaygınlaşması bakımından daha verimli olduğu ifade edilebilir¹³¹⁵. Ancak medenî usûl hukukumuzda

¹³¹⁴ Erem (1970), s. 122.

¹³¹⁵ Adlî yardıma ilişkin düzenlemelerin yer aldığı kanunlar olan AvK ve HMK arasında bir çatışmanın mevcut olduğu, bu çatışmanın uygulamada karışıklıklara neden olduğu ve bu durumun başvuru hak arama hürriyetine engel oluşturduğu ileri sürülür. Bu görüşe göre, AvK'da yapılan değişiklikler uyarınca HMK'da da değişiklikler yapılmalı ve barolar ile mahkemeler arasındaki çatışma ortadan kaldırılmalıdır.

avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmemesi sebebiyle, HMK'da düzenlenen adli yardım hizmeti kapsamında avukat atanması da sınırlı durumlar için kabul edilmiştir¹³¹⁶.

Yine Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuk sisteminde adli yardım, yargılama giderlerinden muafiyetin yanı sıra, yargılama öncesi hukukî danışma hizmetini de kapsar. Medenî usûl hukukumuzda adli yardımın esas olarak düzenlendiği HMK'da ise adli yardım kural olarak, yalnızca yargılama giderlerinden muafiyeti sağlar; kararda ayrıca belirtilmediği sürece adli yardımdan yararlanan kimse için avukat atanmasını bile öngörmez. HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının 4 bendi uyarınca gerekli hallerde avukat atanmasına karar verildiğinde ise, atanan avukatın görevi, uyuşmazlık yargılama makamları önüne çoktan taşınmış olduğundan temsil ile sınırlı kalır. Dolayısıyla yargılama öncesi hukukî danışma yardımının sunulmasına zaten gerek kalmaz. Ancak AvK hükümleri uyarınca sunulan avukatlık hizmetlerinin kapsamına hem yargılama öncesinde hukukî danışma hem de yargılama makamları önünde temsil olmak üzere her türlü avukatlık hizmetleri girer. Böylece AvK'daki adli yardımla ilgili hükümler, bir nevi HMK'da yer alan hükümleri tamamlamaktadır.

Kanımızca, medenî usûl hukukumuzda farklı iki kanunda yer alan adli yardımla ilgili hukukî düzenlemeler, adli yardım hizmetlerinden yararlanacak olan kimseler için bir seçim hakkı oluşturur. Zira yalnızca yargılama giderlerini karşılayamayacağını düşünen, bununla birlikte bir avukatın yardımına ihtiyaç duymayan bir kimse için HMK'da düzenlenen adli yardım hizmetleri yeterliyken, yargılama giderlerini karşılayabilen ancak avukatlık ücretlerinin yüksekliği sebebiyle avukat yardımından yararlanamayan kimseler içinse AvK'daki düzenlemeler yeterli gelecektir. Bunun yanında her iki kanundan birinin adli yardıma ilişkin hükümlerine göre yapılan adli yardım talebinin reddedilmesi, diğerine göre yapılacak talepleri etkilemeyeceği için, talepte bulunacak kimseler bakımından herhangi bir hak kaybı da olmayacaktır. Dolayısıyla adli yardım hizmetlerinin iki farklı kanunda düzenlenmesinin, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hukukî korunma taleplerine cevap veremediğini ifade etmek mümkün olmadığından, adli yardıma ilişkin hükümlerin aynı

Yine mahkemeler tarafından yapılan soruşturmanın yerine barolar nezdindeki adli yardım bürolarının soruşturmada yetkili olacağı hususunda kanun değişikliği yapılmalıdır. Bu görüş için bkz. Okur ve Kalay (2004), s. 62.; Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, bu görüşe katılmıyoruz. Zira AvK'daki hükümlerin, HMK'daki hükümlerle bir çatışma içerisinde olduğu değil ve fakat tamamlayıcısı olduğu kanısındayız.

¹³¹⁶ Yaşar (2006), s. 2010.

çatı altında toplanarak tek bir kanunî düzenlemeye kavuşturulmasının¹³¹⁷ ivedi bir ihtiyaç olduğu kanısında değiliz.

1.3. Yargılama Öncesi Hukukî Danışma Yardımının Düzenlenmesi

Medenî usûl hukukumuzda adlî yardımın hukukî düzenlemesinden kaynaklanan sorunlardan biri de, adlî yardımın kapsamında yargılama öncesi hukukî danışma yardımının yer almamasıdır. Oysa bugün modern hukuk sistemlerinin birçoğunda adlî yardım hizmeti kapsamında yer alan yargılama öncesi hukukî danışma yardımı ya Alman hukukunda olduğu gibi ayrı ve bağımsız bir kanunla düzenlenir ya da Fransız, Hollanda ve İngiliz hukuklarında olduğu gibi genel olarak adlî yardım hizmetinin kapsamında sunulur. Hukukumuzda ise yargılama öncesinde sunulan hukukî danışma yardımının HMK'da düzenlenen adlî yardımın kapsamında olmaması bir tarafa, adlî yardımdan yararlanan tarafa avukat ataması bile ancak gerekli olduğunda yapılır. Ancak AvK'da düzenlenen adlî yardım kapsamına genel olarak bütün avukatlık hizmetleri girer. Dolayısıyla yargılama öncesi hukukî danışma yardımı da bu anlamda adlî yardımın kapsamında olmasına rağmen, uygulamada adlî yardımdan yararlanan kimseler için bu hizmetin gerektiği gibi işlediğini ifade edemeyiz.

Hukukumuz bakımından adlî yardım hizmetlerinin hukukî bilgiye erişim üzerine yoğunlaşması halinde, daha pahalı olan dava yolu da daha az işletilebilir. Böylece, birçok hukukî uyuşmazlığın doğumu engellenir ve uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlıklarını mümkün olduğunca dava yoluna başvurmada çözebilir. Bunun içinse şüphesiz ki, yalnızca yargılama giderlerinden muafiyetten ve/veya atanmış avukatlar aracılığıyla yargılama makamları önünde temsil hizmetinden daha fazlasını içeren bir adlî yardım sisteminin varlığı gereklidir¹³¹⁸. Dolayısıyla adlî yardım kapsamında sunulan yargılama öncesi hukukî danışma yardımının uygulanabilirliğinin de olması gerekir.

Öncelikli olarak yargılama öncesi hukukî danışma yardımının, AvK'da düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir ifadeyle, yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, bir avukatlık hukuku meselesidir ve AvK'da ayrıntılı

¹³¹⁷ HUMK'taki hükümlerin ıslah edilerek AvK'daki hükümlerin de her Baro'nun değişik uygulamasına meydan vermeyecek şekilde biraz daha ayrıntılı hale getirilmesi suretiyle ve diğer bazı kanunlarda mevcut hükümlerin de genel düzenlemelere uyarlanarak adlî yardıma ilişkin hükümlerin özel bir kanunda toplanması gerektiğini ifade eden Erem için bkz. Erem (1970), s. 124. ve Erem (1978), s. 443.

¹³¹⁸ Elveriş (2006), s. 196-197.

olarak düzenlenmelidir. Nitekim AvK'nın 176. maddesinde, adli yardımın kapsamının AvK'da yazılı olan avukatlık hizmetleri olduğu belirtilmiştir. AvK'da yazılı avukatlık hizmetlerinin kapsamına baktığımızda ise, AvK'nın 35. maddesinde “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek*” olarak yargılama öncesi hukukî danışma yardımının da dolaylı olarak yer aldığını görürüz. Ayrıca belirtebiliriz ki, HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümleri arasında hukukî danışma yardımının düzenlenmesi gerekmez. Zira HMK'da düzenlenen adli yardımından yararlanabilmek için ekonomik anlamda yetersizliğin yanında, asıl dava veya takip ya da talep bakımından da haklı olmak aranır. Oysa yargılama öncesi hukukî danışma yardımına karar verecek olan hâkim, haklılık veya yeterli başarı ümidine sahip olmak gibi şartları değerlendiremez. Bu sebeple, yargılama öncesi hukukî danışma yardımından yararlanabilmek için aranacak tek şart, ekonomik anlamda yetersizlik olmalıdır. Dolayısıyla yargılama öncesi hukukî danışma yardımının, HMK'da düzenlenen adli yardımın kapsamında yer almasına gerek yoktur.

AvK'nın mevcut haliyle yargılama öncesi hukukî danışma yardımını dolaylı bir şekilde düzenlediğini ifade edebiliriz. Kanımızca, yargılama öncesi hukukî danışma yardımının AvK'nın adli yardıma ilişkin hükümlerinin yer aldığı kısımda, adli yardım hizmetlerinin bir türü olarak ayrı başlık altında ve ayrı hükümlerle düzenlenmesi daha uygun olur. Ayrıca bu düzenlemeler yapılırken, yargılama öncesi hukukî danışma yardımının adli yardım kapsamında verilebilmesinin tek şartı, ekonomik anlamda yetersizlik olarak öngörülmalıdır. Avukatlar tarafından adli yardım kapsamında bu hizmetin sunulması durumunda, avukatlara yapılacak ödemelerin de adli yardım fonundan karşılanmasına bir engel yoktur. Kaldı ki, yargılama öncesi sunulan hukukî danışma yardımı için yapılacak ödeme, diğer avukatlık hizmetlerine –örneğin, mahkemede temsil- göre daha az maliyetli olacaktır. Yine AvK'da ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiğini düşündüğümüz yargılama öncesi hukukî danışma yardımı ile ilgili tartışılacak diğer bir husus da, AvK'nın 35. maddesi ile avukatlara tanınan tekel hakkı ile ilgili düzenlemedir. Kanımızca, aşağıda ilerleyen kısımda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, avukatların tekelinden çıkarılmalı ve bu hizmet adli yardıma katkı sağlayan diğer yollarla –hukuk klinikleri- da sunulabilmelidir¹³¹⁹.

¹³¹⁹ Bkz. aşağıda 5. bölüm, 3.4. Hukuk Klinikleri başlıklı kısım.

Ancak ifade etmek gerekir ki, bir kurumun yalnızca hukukî düzenlemesinin yapılması, o kurumun beklenen ihtiyaçlara cevap vermesi için yeterli değildir. Dolayısıyla, aynı zamanda yargılama öncesi hukukî danışma yardımının tanıtılarak, halkın bu konuda bilgilendirilmesi ve hatta yargılama öncesi hukukî danışma yardımının teşvik edilmesi gerekir. Zira yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasında teşvik edici bir unsur olarak birçok uyuşmazlığın yargılama makamlarına gelmeden çözülmesine katkıda bulunabilir. Yine ekonomik anlamda yetersiz durumda olan çoğu kimsenin adlî yardım ihtiyacı yalnızca yargılama öncesi hukukî danışma yardımı ile de karşılanabileceğinden, adalete erişimin etkin bir şekilde gerçekleşmesini de hizmet eder.

1.4. Adlî Yardımdan Yararlanabilen Kimselerin Sınırlı Olması

Adlî yardıma ilişkin hukukî düzenlemelerden kaynaklanan sorunlardan biri de, HMK uyarınca sunulan adlî yardım hizmetlerinden yararlanabilen kimselere ilişkindir. Zira HMK'da düzenlenen adlî yardım hizmetlerinden kural olarak, Türk vatandaşı gerçek kişiler yararlanabilir. Tüzel kişilerden ise istisnaî olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıflar yararlanabilir. Adlî yardımının devletin bir tür yaşam mücadelesi ile ilgili yardım hizmeti olup, devletin bu yardım amaçlı hizmetinden yalnızca insanların yararlanmaya hakkı olduğu gerekçesiyle, adlî yardımdan kural olarak yalnızca gerçek kişilerin yararlanmaya hakkı olduğu iddia edilebilir. Ancak adlî yardımının yalnızca sosyal devlet ilkesi temeline dayanmadığı, aynı zamanda anayasal bir hukukî koruma güvencesinden kaynaklandığı ve bu hukukî korumanın gerçek kişiler gibi tüzel kişileri de kapsadığı gerçeği karşısında, adlî yardımdan tüzel kişilerin de tıpkı gerçek kişiler gibi yararlanabilmesi gerekir¹³²⁰.

Yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesi ise karşılıklılık şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Oysa modern hukuk sistemlerinin günümüzde geldiği noktada karşılıklılık ilkesi uluslararası birçok alanda uygulanmaz¹³²¹. Örneğin, adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı gibi haklar bir insan hakkı olarak kabul edildiği için, bu tür haklarda karşılıklılık ilkesinin uygulanması söz konusu olmaz. Adlî yardım bakımından da tartışılması gereken husus, adlî yardım hakkının niteliği ile ilgilidir.

¹³²⁰ Plischuk (2002), s. 7.; Ayrıca bkz. yukarıda 3. bölüm, 4. Adlî Yardımdan Yararlanabilen Kimseler başlıklı kısım ve dn. 777.

¹³²¹ İnanıcı (2006), s. 201.

Diğer bir ifadeyle, adlî yardımın bir vatandaşlık hakkı olduğu kabul edilirse, yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmesi için karşılıklılık şartı aranacaktır. Zira karşılıklılık ilkesi, bir hukuk politikası olup, bu ilkenin temelinde vatandaşlık hakkı yatar. Ancak karşılaştırmalı hukukta adlî yardım alanında ortaya atılan birçok görüşün ortak noktası, adlî yardımın toplumun her bireyine eşit bir hak olarak sunulması gerektiğidir¹³²². Zira adlî yardımdan yararlanabilecek dezavantajlı grupları belirlemek zor olduğundan, vatandaş- yabancı, mülteci, göçmen ayırımına tâbi tutulmaksızın adlî yardımdan herkes yararlanabilmelidir¹³²³. Kanımızca da adlî yardım, adil yargılanma hakkının mütemmim cüzidir. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımın, temel bir insan hakkı olması sebebiyle karşılıklılık şartının aranmaması gerekir. Dolayısıyla, hukukumuz bakımından da gerekli kanunî değişiklik yapılarak, yabancı gerçek kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesi için aranan karşılıklılık şartı kaldırılmalıdır.

1.5. Adlî Yardımdan Yararlanabilme Şartlarından Kaynaklanan Sorunlar

HMK'da düzenlenen adlî yardım kurumu ile ilgili tartışılması gereken en önemli husus, adlî yardımdan yararlanabilmenin şartlarına ilişkindir. HMK'nın 334. maddesi uyarınca adlî yardımdan yararlanabilmenin iki şartı bulunmaktadır. Birincisi, adlî yardım talep eden kimsenin yargılama giderlerini ödemekten kısmen veya tamamen yoksun olmasını ifade eden ekonomik anlamda yetersizlik; ikincisi ise, haklılıktır.

1.5.1. Ekonomik anlamda yetersizlik şartının düzenlenmesinden

kaynaklanan sorunlar

HMK'da adlî yardımdan yararlanabilmenin bir şartı olan ekonomik anlamda yetersizliğin hangi durumlarda gerçekleşeceğine ilişkin somut bir düzenleme yapılmamıştır. Yine karşılaştırmalı hukukta da hemen bütün hukuk sistemlerinde adlî yardımdan yararlanabilmenin bir şartı olarak ekonomik gelir kriteri öngörülmüştür. Ancak hukumuzdaki düzenlemenin aksine ekonomik anlamda yetersizliğin hangi

¹³²² İnanıcı (2006), s. 207.; J. T. Johsen ve F. Regan (2008). How To Use An International Best Policy Model In The Analysis And Improvement Of Finnish Legal Aid: *Civil Justice Between Efficiency And Quality: From Ius Commune To The CEPEJ*. (Ed. C.H. van Rhee, A. Uzelac), Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, s. 153.

¹³²³ Johsen ve Regan (2008), s. 153.

durumlarda gerçekleşeceğine ilişkin “*means test*” olarak ifade edilen, adlî yardım talep eden kimselerin ekonomik gelir ve giderleri ile ilgili ekonomik durum tespitleri de yer almaktadır¹³²⁴. Örneğin, Alman hukukunda Kanun'da belirtilen gelir eşiklerine göre, bir kimsenin adlî yardımdan yararlanıp yararlanamayacağına ve yararlanabilecekse geri ödeme yükümlülüğünün olup olmadığına karar verilir. Yine Fransız ve İngiliz hukuklarında da Kanun'da belirtilen aylık gelirin altında gelire sahip kimseler adlî yardımdan yararlanabilir¹³²⁵. Dolayısıyla hukukumuzda da, adlî yardımdan yararlanabilmenin bir şartı olarak kabul edilen ekonomik uygunluk kriterinin, diğer modern hukuk sistemlerinin adlî yardım modelleri örnek alınarak daha somut bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde olacaktır¹³²⁶. Örneğin, uygulamada evi olan kimseye adlî yardımdan yararlanma imkânı sağlanmamaktadır. Ülkemizde bir ev sahibi olmak, ekonomik anlamda yeterli sayılmaya yetmemelidir¹³²⁷. Ayrıca hukukumuzda kanun koyucunun “*haline münasip ev*” olarak tanımladığı bir ifade de vardır¹³²⁸. Yine Alman hukukunda ZPO § 115'e göre yardımdan yararlanacak kişinin gelirinin hesabında, elde ettiği her türlü parasal hak ve alacak dışında, sahip olduğu her türlü taşınır ve taşınmaz malları da dikkate alınır. Ancak bu hesaplama yapılırken kişinin sahip olduğu haline münasip evi ve geçimini sağlayacak miktardaki parası yargılama giderlerini karşılamak bakımından dikkate alınmaz¹³²⁹.

Kanımızca, hukumumuzda da ekonomik uygunluk kriteri belirlenirken yalnızca elde edilen gelir miktarının değil, kişinin gelirleri yanında, yaşamak için gerekli olan yol, kira, eğitim, sağlık gibi zorunlu yaşamsal giderlerinin de dikkate alınarak, bu giderlerden sonra kişinin elinde kalan gelir miktarının esas alınacağı bir kriter getirilmelidir¹³³⁰. Bu anlamda, İngiliz hukukunda tanımlanan ekonomik uygunluk kriteri yol gösterici olabilir. Nitekim İngiliz hukukunda adlî yardımdan yararlanabilmek için ekonomik uygunluk şartları tespit edilirken, bir kimsenin temel yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasından sonra elinde kalan geliri ifade eden “*kullanılabilir gelir- disposable income*” ve bir kimsenin bir ev gibi temel varlıklarından sonra sahip olduğu malvarlığı

¹³²⁴ Parker (1999), s. 33.

¹³²⁵ Bkz. yukarıda 1. bölüm, 2. Karşılaştırmalı Hukukta Adlî Yardım başlıklı kısım.

¹³²⁶ Okur ve Kalay (2004), s. 63.

¹³²⁷ Okur ve Kalay (2004), s. 63.

¹³²⁸ Örneğin İİK'nın "Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar" başlıklı 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendinde borçlunun haline münasip evinin haczdilemeyeceği öngörülmüştür.

¹³²⁹ Bu konuda bkz. yukarıda 1. bölüm, 2.2.1. Alman hukukunda adlî yardım başlıklı kısım.

¹³³⁰ Yaşar (2006), s. 2026.

değerlerini ifade eden “*kullanılabilir sermaye- disposable capital*” gibi temel kavramlar kullanılmıştır. Hukumuzda ise halen yürürlükteki düzenleme uyarınca hâkim, her somut uyuşmazlık bakımından talep eden kimsenin şahsi ekonomik gelir durumunu ele alarak adlî yardım talebi hakkında karar verir. Ancak kanımızca, yukarıda belirtilen hesaplama uyarınca –kişinin temel yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasından sonra- elde edilen aylık gelir miktarı, kişinin adlî yardımdan yararlanabilmesinde esas alınacak miktar olmalıdır. Ayrıca devletin sunduğu adlî yardım, yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyeti sağlayan bir hizmet olduğu için, yardımdan yararlanan kimsenin geri ödeme yükümlülüğü vardır. Bu geri ödeme yükümlülüğü düzenlenirken de, Alman hukukunda kullanılan yöntem örnek alınabilir. Kanun’da biri tavan ücreti, diğeri taban ücreti olarak iki tür ücret belirlenmelidir. Buna göre, kişinin adlî yardımdan yararlanabilmesi için, esas alınan aylık gelirinin öncelikle Kanun’da belirlenen tavan ücretini aşmaması gerekir. Eğer kişi adlî yardımdan geri ödeme yükümlülüğü olmadan yararlanacaksa, esas alınan aylık geliri, Kanun’da belirlenen taban ücretini aşmamalıdır. Taban ücretinin üstünde, ancak tavan ücretinin altındaki ücretler içinde belirli aralıklarla değişen miktarlarda ve değişen taksit sayısına göre geri ödeme yükümlülüğü getirilmelidir. Ayrıca bu taksit miktarları ve sayıları belirlenirken kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı da dikkate alınabilir. Yine adlî yardımdan yararlanan kimsenin geri ödeme yükümlülüğü, ancak asıl dava veya takip ya da talep sonunda kesin olarak haksız çıkması durumunda söz konusu olmalıdır. Zira adlî yardımdan yararlanan kimse haklı çıktığı takdirde, Devlet tarafından önceden karşılanan giderler, haksız çıkan karşı taraftan alınacaktır¹³³¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz şekilde bir ekonomik uygunluk kriteri getirilirse, Kanun’da belirlenen aylık gelir miktarını gerçekleştiremeyen kimseler, adlî yardım taleplerinin kabul edilebilme riskine girmeyerek talepte bulunmayacaklardır. Böylece, mahkemelerin de bu anlamda boşuna meşgul edimesi engellenebilir. Dolayısıyla hukukumuzda da diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizlik şartının sınırları, yapılacak kanunî bir değişiklikle somut bir biçimde belirlenerek tanımlanmalıdır. Ayrıca hukuk devleti ikesi gereği, adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartların önceden

¹³³¹ Adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan ekonomik anlamda yetersizlik –yoksulluk- şartı belirlenirken, Alman hukukundaki modelin örnek alınabileceğine ilişkin olarak bkz. Atalay (1986), s. 128-130, 132, 136.

Kanun'da somut olarak belirlenmiş olması ile en azından ekonomik uygunluk kriterinin değerlendirilmesi hâkimin takdirinde olmayacağından, adlî yardım talepleri hakkında keyfi kararlar verilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır¹³³². Yine İngiliz hukukunda, Çocuklara İlişkin Kanun (Children Act)'da düzenlenen bazı davalarla ilgili avukatla temsil, akıl sağlığı ile ilgili değerlendirmelerde temsil, adlî yardım ve hukukun genel hükümleri ile ilgili münhasıran bilgi almayı içeren hizmetler gibi bazı hizmetlerden yararlanabilmek için adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik uygunluk şartını yerine getirmesi gerekmez¹³³³. Hukukumuzda da hukukî korunma ihtiyacının bireysel yararlar kadar toplumsal yararlar da hizmet ettiği nafaka, velâyet gibi aile uyuşmazlıkları ile iş, tüketici gibi zayıf tarafın korunması düşüncesinin amaçlandığı birtakım uyuşmazlıklar için ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşmesi bakımından esnek hükümler getirilebilir. Diğer bir ifadeyle, bu gibi uyuşmazlıklarda ya İngiliz hukukunda olduğu gibi adlî yardım talep eden kimsenin ekonomik uygunluk şartını yerine getirmesi aranmayabilir ya da ekonomik anlamda yetersizlik için belirlenecek gelir eşikleri makul seviyede olabilir.

1.5.2. Haklılık şartının düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlar

HMK'nın 334. maddesi uyarınca adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken ikinci şart, adlî yardım talep eden kimsenin, talebinde haklı olmasıdır. HMK'nın 334. maddesinde, adlî yardım talebinde bulunan kimsenin talebinde haklı olduğu yolunda kanaat uyandırabilmesi gerektiği ifade edilmesine rağmen haklılık şartının herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta adlî yardım talep eden kimselerin, taleplerinin konusunu oluşturan hukukî işlemlerindeki muhtemel başarılarının nasıl belirleneceğine ilişkin olarak aranan şartı¹³³⁴ ifade etmek için kullanılan kavram genellikle “*yeterli başarı ümidinin öngörülmesi*”dir. Örneğin, Alman hukukunda ZPO § 114'e göre açılan dava veya yapılan savunma yeterli derecede başarı öngörmeli ve kötü niyetli olmamalıdır. Bu düzenlemenin amacı ise, ekonomik anlamda yetersiz olan tarafı, yargılama giderlerini mantıklı bir şekilde değerlendirip zarar riskini de hesaplayan ekonomik anlamda yeterli olan tarafla eşit tutmaktır¹³³⁵.

¹³³² Yaşar (2006), s. 2026.

¹³³³ Bkz. yukarıda 1. bölüm, 2.3.2.2. (İngiliz hukukunda) Adlî yardım sisteminin işleyişi başlıklı kısım.

¹³³⁴ Parker (1999), s. 33.

¹³³⁵ Plischuk (2002), s. 7-8.; Kalthoener vd. (2010), s. 147 Rn. 407.

Yine Avusturya hukukunda, İsviçre hukukunda ve İngiliz hukukunda bu kavrama açıkça yer verilmiş, bazı hukuk sistemlerinde ise aynı anlamı ihtiva eden farklı kavramlar kullanılmıştır.

Hukukumuzda ise bu şartı ifade etmek için kullanılan “*haklılık*” kavramı, maddî hukuk bakımından haklı olmayı çağırır. Oysaki bir kimsenin maddî hukuka göre haklı olmasına rağmen yargılama kuralları gereği -özellikle ispat kuralları; kesin delille ispat zorunluluğu gibi- yargılama sonunda haksızlığına karar verilebilir. Nitekim yargılamanın amacı her ne kadar maddî gerçeğe ulaşmak olsa da, yargılamanın sonundaki adlî gerçeklikle yetinilir¹³³⁶. Keza bir kimsenin maddî hukuk kuralları gereği gerçekte haksız olmasına rağmen yargılama sonunda haklılığına karar verilebilir. Örneğin, fiili ayrılığa dayanan boşanma davasında ilk davada davalı konumunda olan veya davacı olup davası esastan reddedilen davacı, kanunen gerekli üç yılın geçmesi ile boşanma davası açtığında, esasında boşanmaya kendi kusurlu eylemleri ile sebebiyet vermiş olsa da, davası esastan kabul edilerek “*haklılığına*” karar verilecektir (TMK m. 166/4)¹³³⁷. Anlaşmalı boşanma davası bakımından da durum farklı değildir. Zira bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması yeterlidir (TMK m. 166/3). Diğer bir ifadeyle, taraflardan herhangi birinin haklı olup olmamasının bir önemi yoktur. Yine çekişmesiz yargı işlerinde de haklılıktan değil ve fakat sübjektif hakkın yokluğundan bahsedilir¹³³⁸. Örnekleri artırmak mümkündür. Kısacası, “*haklılık*” kavramının, adlî yardım talep edebilmek için aranan şartı açıklamada yetersiz kaldığını ifade edebiliriz. Ayrıca gerek hukukumuzda kullanılan “*haklılık*” kavramının gerekse karşılaştırmalı hukukta kullanılan “*yeterli başarı ümidi*” kavramının soyut kavramlar olduğunu da belirtmeliyiz. Dolayısıyla adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan “*haklılık*” veya “*yeterli başarı ümidi*” şeklindeki soyut kavramlarla ifade edilen bir kriter yerine daha somut kriterlerin getirilmesi gerektiği kanısındayız. Hatta adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan “*haklılık*” şartının

¹³³⁶ Pekcanitez vd. (2011), s. 52.

¹³³⁷ TMK m. 166/4; “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yılın geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”

¹³³⁸ Kuru (1961), s. 32 vd.; Kuru vd. (2011), s. 70-71.; Pekcanitez vd. (2011), s. 84.

tamamen kaldırılması da bir çözüm önerisi olarak sunulabilir¹³³⁹. Bu öneri gereğince, adlî yardımdan yararlanabilmek için yalnızca ekonomik anlamda yetersizlik şartının gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Aslında de lege ferenda Devlet'in, ekonomik yetersizlikler sebebiyle hukukî korumadan yoksun kalan bireylerin bu ihtiyacını karşılaması, diğer bir ifadeyle, herhangi ek bir şart aramaksızın herkesin hak arama hürriyetinden etkin bir şekilde yararlandırılması gerekir. Ancak bu durumun Devlet'e aşırı bir maliyete sebep olması gerçeği karşısında, “*haklılık*” şartının aranmaması şeklindeki görüşün, uygulanma imkânı olmayan bir çözüm olduğunu ifade edebiliriz. Ayrıca “*haklılık*” şartının aranmaması, haksız davaların çoğalarak mahkemelerin iş yükünün artmasına ve adlî yardım kurumunun kötüye kullanılmasına da sebep olabilir¹³⁴⁰. Bu sebeple, adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan “*haklılık*” şartının kaldırılması şeklindeki çözüm önerisini uygun bulmuyoruz. Ancak adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan şartın, “*haklılık*” gibi beraberinde birçok tartışmayı getiren soyut bir kavramla ifade edilmesi yerine, Kanun'da açık bir şekilde somut olarak belirtilen bir kriterin düzenlenmesi gerektiği kanısındayız.

1.6. Adlî Yardımdan Yararlanan Kimsenin Kendi Avukatını Seçememesi

Medenî usûl hukukumuzda adlî yardım kurumunun hukukî düzenlemesi ile ilgili olarak eksik olan bir hususa daha değinmekte yarar vardır ki, o da adlî yardımdan yararlanan kimsenin, adlî yardım kararı uyarınca kendisine atanacak olan avukatı seçememesidir. Diğer bir ifadeyle, hukukumuzda gerek HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca avukat atanmasına karar verildiğinde, gerekse AvK'nın 176 vd. maddelerine göre avukat görevlendirilmesi söz konusu olduğunda, adlî yardımdan yararlanan kimse için avukat ataması baro aracılığıyla yapılır. Hâlbuki uluslararası gelişmeler, vatandaşın kendi avukatını seçme hakkının ihlâl edilmemesi ve adlî yardımın şartları mevcutsa, adlî yardım avukatlık ücretinin, adlî yardım finansmanı (Hazine veya Baro) tarafından seçilen avukata ödenmesi gerektiğini gösterir¹³⁴¹. Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuk sisteminde adlî yardımdan yararlanan kimse kendi avukatını özgürce seçebilir. Örneğin, Alman hukukunda (ZPO § 121), Avusturya hukukunda (ÖZPO § 67), İsviçre hukukunda (Schw. ZPO § 119) Fransız hukukunda ve

¹³³⁹ Haklılık şartının kaldırılmasının gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yılmaz (1984), s. 219 dn. 43.

¹³⁴⁰ Bkz. yukarıda dn. 816.

¹³⁴¹ İnanıcı (2006), s. 208.

İtalyan hukukunda açıkça adlî yardımdan yararlanan kimsenin avukatını özgürce seçebileceği düzenlemiştir. Zira bir avukat ile müvekkili arasındaki ilişki güven unsuru üzerine kurulur. Atanma usûlü ile bir avukatın, güven ilişkisi temin etmeden tanımadığı bir kimsenin avukatı olması ise, bu kurala aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla adlî yardım hizmetlerinde avukat atamanın aslî bir usûl olmaktan çıkartılıp, istisnaî bir usûle dönüştürülmesi gerekir. Adlî yardımdan yararlanan kimse kendi avukatını özgürce seçebilmeli, eğer avukatı yoksa veya bulamıyorsa, talep etmesi halinde istisnaî olarak kendisine bir avukat atanabilmelidir¹³⁴². Ancak burada tartışılması gereken husus, adlî yardımdan yararlanacak kimsenin avukatını seçebilme imkânının nasıl kullanılacağıdır. Zira herkes kendi istediği avukatı seçebilecek midir; bu konuda avukatın bu görevi reddetme hakkı olmayacak mıdır yoksa adlî yardımdan yararlanan kimsenin önceden belirlenmiş avukatlar arasından istediği bir avukatı seçebilmesi suretiyle mi bu imkândan yararlanılacaktır? Kanımızca bu soruya ikinci ihtimali esas alarak cevap vermek daha uygun olur. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımdan yararlanan kimsenin, kendi avukatını seçebilme imkânı, ancak bu görevin avukat tarafından da kabul edilmesiyle mümkün olabilmelidir. Aksi halde, avukata bu görevi reddetme hakkı tanınmadan herkesin istediği avukatı seçebilmesine izin verilmesi, avukatı serbestçe seçebilme hakkının sınırlarını zorlamak anlamına gelecektir. Bir kere her ne kadar avukatlık, AvK'da bir kamu hizmeti olarak ifade edilmiş olsa da, aynı zamanda serbest bir meslektir. Diğer bir ifadeyle, avukatın kural olarak istemediği bir işi kabul etme zorunluluğu yoktur (AvK m. 37). Dolayısıyla normal bir vekâlet ilişkisi içerisine girerken avukata bu işi kanunen reddetme hakkı tanındığına göre, adlî yardım görevini reddetme hakkının da olması gerekir. Eğer avukata adlî yardım görevini reddetme hakkı tanınmazsa, bu durum avukatın bu işi angarya gibi görmesine sebep olabilir. Böyle bir sonuç ise, adlî yardım hizmetlerinin beklenen amaca hizmet etmesine engel olur.

Adlî yardımdan yararlanan kimseye kendi avukatını seçebilme hakkı, AvK'da bu konuda yapılacak bir düzenlemeyle tanınmalıdır. AvK'da yapılacak düzenlemede ise, hem HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca avukat atanmasına karar verildiğinde, hem de AvK'nın 176 vd. maddelerine göre avukat görevlendirilmesi söz konusu olduğunda, adlî yardımdan yararlanan kimsenin avukatı seçebilme

¹³⁴² İnanıcı (2006), s. 209.

imkânından yararlandırılması gerekir. Avukat seçme hakkının kullanılması söz konusu olduğunda ise, bu kimseye iki seçenek sunulmalıdır. Buna göre ilk ihtimalde kişi, önceden bir avukat ile adlî yardım hizmeti konusunda anlaşmıştır; bu durumda yapılacak şey, resmî olarak avukat görevlendirilmesinin yapılmasını sağlamak için avukatın görevi kabul ettiğini bildiren bir yazının Baro'ya (adlî yardım bürosuna) iletilmesidir. İkinci ihtimalde ise, kişi önceden kendi imkânları ile bir avukat bulamamıştır veya bir avukatla bu konuda anlaşamamıştır. Bu durumda ise, Baro tarafından hazırlanmış olan adlî yardımda görev alacak avukatların yer aldığı listeden, kişinin istediği avukatı seçebilmesine imkân sağlanmalıdır. Bu ihtimalde görevlendirme yapılırken avukatın olurlarına ihtiyaç yoktur; zira avukat adlî yardım listesinde yer almakla zaten adlî yardım hizmetleri konusunda görev almayı kabul etmiştir. Ancak bu durumda da avukatın bu görevden hiçbir şekilde çekilme hakkı olmadığı söylenemez. Nitekim AvK'nın 179. maddesinin üçüncü fıkrası ve TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 6. maddesinin d fıkrası ile adlî yardımla görevlendirilen avukatın, bu görevden çekilebilme hakkı da tanınmıştır¹³⁴³.

1.7. Adlî Yardıma İlişkin Hukukî Düzenlemelerde Esas Alınması Gerekenler

Adlî yardımın kanun önünde eşitlik ilkesinin de bir sonucu olarak, toplumun her bireyine eşit bir hak olarak sunulması gerekir¹³⁴⁴. Zira bireylerin eğitim, sağlık gibi ihtiyaçları devlet tarafından bir kamu hizmeti olarak nasıl karşılanmakta ise, adlî yardımın da bir kamu hizmeti olarak karşılanması, ideal bir adlî yardım sistemi için zorunludur¹³⁴⁵.

Adlî yardımdan eşit olarak herkesin yararlanması fikri aslında tüm toplumun hukukî hizmetlerden bedava yararlanacağı anlamına gelmez. Zira ekonomik anlamda yeterli olan kimseler, ücretsiz hukukî hizmetlerden yararlanmaktansa, daha verimli olacağı inancıyla ücret karşılığında hukukî hizmet almayı tercih ederler. Ancak yine de

¹³⁴³ Adlî yardımla görevlendirilen avukatın, bu görevden çekilebilme hakkı ile ilgili olarak bkz. yukarıda 4. bölüm, 1.3.2. Adlî yardım talebi ve yapılış şekli (Adlî yardım usûlü) başlıklı kısım.

¹³⁴⁴ “Çocuk, kadın, yaşlı, işçi gibi bazı dezavantajlı grupların hukukî sorunlarında daha esnek ekonomik kriterlerin uygulanması birçok hukuk sisteminde mevcut olduğundan bahisle, hukukumuzda da dezavantajlı gruplar için adlî yardımdan yararlanma ilkelerinin belirlenmesinin önemli bir gelişme olacağına ilişkin olarak bkz. Yaşar (2006), s.2026; Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz gibi kanımızca adlî yardımın toplumun her bireyine eşit olarak sunulması gerekir. “Zira adlî yardımdan yararlanabilecek dezavantajlı grupları belirlemek zor olduğundan, vatandaş- yabancı, mülteci ayırımına tâbi tutulmaksızın adlî yardımdan herkes yararlanabilmelidir.” Johnsen ve Regan (2008), s. 153.

¹³⁴⁵ Johnsen ve Regan (2008), s. 153.

toplumun her kesimine yeterli bir şekilde adlî yardım hizmetinin sağlanabilmesi için yalnızca ekonomik gelire dayalı bir kriterin belirlenmesi gerekir¹³⁴⁶.

Adlî yardım politikası esasen iki temel ilkeye dayanır: Cömertlik ve kapsamlılık. Cömertlik, toplumun en az yüzde ellisinin yararlanabildiği bir adlî yardım sisteminin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, adlî yardım aslında ekonomik olarak orta sınıfın yararlanabildiği bir hizmet olmalıdır. Zira toplumun ekonomik anlamda yeterli kesimlerinin yargılama giderlerini karşılamak, devlet için külfetli olduğu gibi, bu kimseler yargılama giderlerini kendileri karşılayabilecek ekonomik yeterliliğe sahip olduğundan aynı zamanda gereksiz ve faydasızdır¹³⁴⁷.

Kapsamlılık ise, adlî yardım hizmetlerinin bütün hukukî sorunlar ve uyuşmazlıklar için sunulmasını, ayrıca adlî yardımın sağladığı imkânların yalnızca belirli yargılama giderleri ile sınırlı olmamasını ve fakat yargılamanın başından sonuna kadar tüm aşamalarında gerekli imkân ve kolaylıkları sağlamasını ifade eder. Kapsamlı adlî yardım, adlî yardıma alternatif olarak sunulan bir hizmet olmadığında, her türlü uyuşmazlığın her aşamasında profesyonel yardımı içerir¹³⁴⁸.

2. Adlî Yardım Sisteminin İşleyişinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Medenî usûl hukukumuzda HMK ve AvK olmak üzere çift yönlü bir düzenlemeye sahip olan adlî yardım sisteminin işleyişinden kaynaklanan birtakım sorunlar mevcuttur. Uygulamada çoğunlukla ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin adalete erişimlerinin sağlanmasında başvurdukları adlî yardım modeli, diğerine göre daha basit, daha aktif ve daha işlevli olması sebebiyle AvK'da düzenlenen adlî yardımdır. Zaten genellikle de önce AvK hükümleri uyarınca adlî yardım hükümleri kapsamında avukat yardımından yararlanılır; sonra gerekli görüldüğü takdirde, HMK'da düzenlenen adlî yardıma başvurulur. Dolayısıyla bu sorunlar, çoğunlukla AvK'da düzenlenen adlî yardım sisteminin uygulanmasından kaynaklanmakla birlikte HMK'da düzenlenen hükümlerin uygulanmasından kaynaklanan sorunlar da mevcuttur. Adlî yardım sisteminin işleyişinden kaynaklanan sorunlardan öne çıkanları ve bunlara ilişkin çözüm önerilerini birkaç başlık altında toplayabiliriz¹³⁴⁹.

¹³⁴⁶ Johnsen ve Regan (2008), s. 153.

¹³⁴⁷ Johnsen ve Regan (2008), s. 153.

¹³⁴⁸ Johnsen ve Regan (2008), s. 153-154.

¹³⁴⁹ Adlî yardım sisteminin işleyişinden kaynaklanan sorunlar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Okur ve Kalay (2004), s. 51-64.

2.1. Adli Yardım Sisteminin Tanıtımının Yetersiz Olması

Adli yardım başvurularının az olmasının önemli bir sebebi, birçok vatandaşın adli yardım hizmetlerinden haberdar olmamasıdır. Bu anlamda gerek Adalet Bakanlığı'nın gerekse baroların adli yardım hizmetlerinin tanıtımı konusunda yeterli çalışmaları yoktur. Yine birçok vatandaş, kanunlarda kendisine tanınan bir adli yardım hakkı olduğu konusunda bilgi sahibi değildir. Adli yardım konusunda az çok fikir sahibi olanlar ise, çoğunlukla bu hizmetin ceza yargılaması alanına ilişkin olarak ve/veya yalnızca avukat yardımı şeklinde sunulduğunu düşünürler. Özellikle HMK kapsamında yargılama giderlerinden muafiyeti içeren bir adli yardım sisteminin mevcudiyeti konusunda pek çok kişinin maalesef bilgisi yoktur. Dolayısıyla diğer modern hukuk sistemleri ile hukukumuz arasında adli yardım başvuruları bakımından büyük farklar vardır. Bu sorunun çözülebilmesi için Adalet Bakanlığı ve barolar tarafından adli yardım sistemini tanıtıcı programlar yapılabilir. Yine adli yardım sisteminin nasıl işlediği konusunda, kamuoyunun olduğu kadar, sistemin işleyişinde önemli bir görev üstlenen avukatlar için de meslek içi çalışmaların yapılması yararlı olacaktır¹³⁵⁰.

Özellikle, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 8 Ağustos 2012 tarih ve 2012/57 sayılı toplantısında kabul edilerek yürürlüğe giren Kamu Spotları Yönergesi uyarınca, Adalet Bakanlığı tarafından adli yardım hizmetlerini tanıtmak amacıyla bilgilendirici ve eğitici kamu spotları¹³⁵¹ hazırlanmasının yararlı olacağı kanısındayız. Ayrıca her yerel baro da, valilikler, kaymakamlıklar, belediyeler ve bulundukları ildeki üniversitelerin hukuk fakülteleri ile yürütecekleri ortaklaşa çalışmalarla adli yardım sisteminin tanıtılmasına katkıda bulunabilir. Örneğin, bugün ülkemizde neredeyse her büyükşehirde bir hukuk fakültesi vardır. Bu anlamda, barolar ve hukuk fakültelerinin ortaklaşa çalışmaları ile hukuk fakülteleri tarafından yürütülecek klinik programlar çerçevesinde, adli yardım konusunu tanıtıcı seminerler verilebilir.

2.2. Adli Yardıma Geç Karar Verilmesi

Uygulamada, HMK'nın 334 vd. maddelerine göre yapılan adli yardım talebinden sonra mahkeme tarafından adli yardım kararı hemen verilmez. Zira mahkemelerin zaten

¹³⁵⁰ Okur ve Kalay (2004), s. 51-52.

¹³⁵¹ Kamu Spotları Yönergesi'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, Kamu spotu/spot: "Kamu kurum ve kuruluşları ile dernek ve vakıf gibi sivil toplum kuruluşlarınca hazırlanan veya hazırlatılan ve Üst Kurul tarafından yayınlanmasında kamu yararı olduğuna karar verilen bilgilendirici ve eğitici nitelikteki film ve sesler ile alt bantları" ifade eder.

diğer dava ve işleri sebebiyle iş yükü fazladır. Bu sebeple, mahkemeler tarafından adli yardım kararı verilmesi birkaçı ayı bulabilir. Asıl dava veya talebin henüz esasına girmeden adli yardım incelemesinin zaman alması ise, hakkına daha geç kavuşabilecek olması sebebiyle adli yardım talep eden kimseyi mağdur eder¹³⁵². Dolayısıyla mahkeme tarafından adli yardım kararının geç verilmesinin önüne geçmek ve mahkemenin iş yoğunluğunu azaltmak için her Adli Yargı Adalet Komisyonu nezdinde adli yardım taleplerinin yapılacağı bir adli yardım bürosu oluşturulabilir¹³⁵³. Bir yazı işleri müdürü idaresinde yeterli sayıda personelin istihdam edileceği böyle bir büroda hâkim adaylarının çalışması da sağlanabilir. Büronun görevi, adli yardım talebi üzerine gerekli hazırlık işlemlerinin yapılarak, adli yardım dosyası hazır bir şekilde karar vermesi için görevli mahkemeye sunmak olabilir. Böylece, adli yardım kararını verecek olan mahkeme, talebin incelenmesi için vakit kaybetmeden (örneğin, yoksulluk şartının ispatı için gerekli kurumlardan bilgi ve belge istemek gibi işleri yapmadan) yalnızca adli yardım talebi hakkında karar vererek, asıl dava veya talebin yargılamasına geçecek veya devam edecektir. Yine 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yargılamanın başında gider avansı yatırılması zorunluluğunun öngörülmesi, adli yardım kurumunu güncel hale getirmiş ve mahkemelere yapılan adli yardım taleplerinin sayısı artmıştır. Son günlerde ilk derece mahkemeleri hakimlerinin sıkça şikâyet ettikleri konulardan biri de, çok sayıda yapılan adli yardım talebi sebebiyle iş yükünün artmasıdır. Bu konu ile ilgili getirilebilecek diğer bir çözüm yolu ise, her adliyede, mahkemelerden birinin yalnızca adli yardım talebi konusunda karar vermekle yetkilendirilmesidir. Elbette bu çözüm yolu için HMK'da yer alan adli yardıma ilişkin hükümlerde de gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Aslında bu çözüm yolu kanımızca da uygundur. Zira gerekli kanunî değişiklikler yapıldıktan sonra, iş yükü diğerlerine göre dah az olan bir mahkeme bu konuda yetkilendirilebilir. Ayrıca bu mahkemeye, görev alanına giren diğer dava ve işler bakımından iş dağılımı yapılırken, adli yardım incelemesi ile yetkilendirildiği hususu dikkate alınarak daha az sayıda dosya gönderilebilir.

¹³⁵² Okur ve Kalay (2004), s. 54.

¹³⁵³ Örneğin, Fransız Hukukunda her bölge mahkemesinde, kendi mahkemesindeki ve kendi bölgesindeki diğer mahkemelerdeki davalar için yapılan adli yardım taleplerini inceleyen bir adli yardım bürosu bulunmaktadır. Bu konuda bkz.yukarıda 1. bölüm, 2.2.4. Fransız hukukunda adli yardım başlıklı kısım.

Adlî yardım kararının gecikmesini önlemek için diğer bir çözüm yolu da, HMK'nın 334 vd. maddelerine göre yapılan adlî yardım talebinden önce, AvK'nın 176 vd. maddelerine göre yapılan adlî yardım talebi kabul edildiğinde, adlî yardım talebi hakkında karar verecek olan mahkemeye yargılamanın hızlı işleyebilmesi bakımından bu husus göz önünde bulundurularak, gerektiğinde yeniden inceleme yapmak yerine baroya yapılan adlî yardım başvuru dosyası dikkate alınarak karar verilebilmesidir¹³⁵⁴. Böylece, usûl ekonomisi ilkesi gereği, gereksiz zaman ve masraf da yapılmamış olacaktır.

2.3. Adlî Yardım Talebine İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yoluna Başvurulamaması

Uygulamada bazen mahkemelerin, HMK'nın 334 vd. maddelerine göre verdikleri adlî yardım kararlarında, adlî yardımdan yararlanabilmek için HMK'da aranan şartlar dışında da kendi takdir yetkileri doğrultusunda şartlar aradıkları görülür. Zira adlî yardım talebini inceleyen mahkemeye bu anlamda yol gösterici olabilecek yüksek mahkeme içtihatı yoktur. Bu durumda da, adlî yardım incelemesi bakımından yerel mahkemeler arasında uygulama farklılığı oluşmaktadır. Bunun asıl nedeni, HMK'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası gereği adlî yardım talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamamasıdır. Dolayısıyla Yargıtay, ancak esas hükmün temyiz edilmesi sonucunda, esas hükmü incelediği sırada, adlî yardım talebine ilişkin ara kararda hukuka aykırılık görürse, ancak o zaman bunun değerlendirmesini yapabilir. Ancak burada dikkat çekmeye çalıştığımız husus, adlî yardım talebinin asıl davanın yargılaması sırasında yapılmış olması durumunda, mahkemenin adlî yardım talebi hakkında vereceği (ara) kararın, esas hükmün temyizi sırasında Yargıtay tarafından değerlendirilmesi ve bu sayede adlî yardıma ilişkin içtihat oluşmasına katkıda bulunulmasının gereğidir.

Adlî yardım talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamamasının, hak arama hürriyetini ihlâl ettiği söylenemez. Zira adlî yardım talebi hakkında verilen kararlar, maddî anlamda kesinlik kazanmaya elverişli olmayan kararlardır; şartlardaki değişiklik sebebiyle tekrar aynı kimse tarafından aynı dava veya

¹³⁵⁴ Okur ve Kalay (2004), s. 54.

takip ya da talep için adlî yardım talep edilebilir (HMK M. 337/2)¹³⁵⁵. Ancak adlî yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, en azından itiraz etme hakkının tanınması kanımızca uygun olur. Hem böyle bir imkân, hak arama hürriyetinin daha etkin bir şekilde gerçekleşmesine de hizmet eder. HMK'nın 394. maddesinde ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edilebilmesine ilişkin düzenleme bu konuda yol gösterici olabilir¹³⁵⁶. Nitekim Kanun'da yapılacak bir değişiklikle, adlî yardım talebinin reddedilmesi durumunda, kararı veren mahkemeye belli bir –örneğin, bir haftalık- süre içerisinde yapılacak itirazla, kararını tekrar gözden geçirmesi sağlanabilir. Bu durumda mahkemenin itiraz üzerine vereceği kararın, yine şeklî anlamda bir kesinlik oluşturacağına ilişkin bir düzenleme yapılabilir. Böylece –itiraz talebi reddedildiğinde de- şartlar oluştuğunda yeniden adlî yardım talep edilebilmesine de bir engel oluşmaz. Yine adlî yardım talebinin kabul edilmesine ilişkin karara karşı, hukukî dinlenilme hakkı ile ilgili olarak asıl davanın karşı tarafına da aynı usûl izlenerek itiraz etme hakkının tanınması kanımızca uygun olur.

2.4. Adlî Yardım Hizmetleri Kapsamında Sunulan Avukatlık Yardımı ile İlgili Sorunlar

İster HMK'nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca isterse AvK'nın 176 vd. maddelerine göre adlî yardım hizmetleri kapsamında avukat yardımı söz konusu olsun, adlî yardım hizmetlerinde görev alan avukatların temel sorunu, şüphesiz ki adlî yardım hizmetleri karşılığında aldıkları ücretlerin azlığıdır¹³⁵⁷. Zira adlî yardımla görevlendirilen avukata, TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nin 7. maddesi uyarınca

¹³⁵⁵ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 337'nin Hükümet Gerekçesi.

¹³⁵⁶ MADDE 394- (1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz.

(2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir.

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.

(5) İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

¹³⁵⁷ Okur ve Kalay (2004), s. 55-56.

AAÜT’de gösterilen maktu ücret ödenir¹³⁵⁸. Ancak yargılama sırasında avukatın, harcayacağı emek ve mesai ile davanın önem ve özelliğini açıklayan talebi üzerine, davanın niteliği de göz önünde bulundurularak, asgari ücret tarifesinde gösterilen maktu ücretin bir katına kadarının ödenmesine baro yönetim kurulunca karar verilebilir. HMK’nın 335. maddesinin birinci fıkrasının ç bendi uyarınca atanan avukata ödenecek ücret de AAÜT’ye göre belirlenecektir¹³⁵⁹. Eğer adli yardımdan yararlanan kimse için HMK’nın 334 vd. maddeleri uyarınca adli yardım kararı da alınamamışsa, yargılama giderlerinden muafiyet söz konusu olmayacaktır. Bu gibi durumlarda avukat, bazen yargılama giderleri ve diğer masrafları adli yardımdan yararlanan kimseden alamadığı için kendisi karşılamak zorunda kalır. Belgelenemeyen harcamaların avukata ödenmemesi de avukatın mağduriyetine yol açabilir. Bütün bu durumlar, avukatın adli yardım hizmetini bir nevî angarya şekline dönüştürür¹³⁶⁰. Ayrıca TBB Meslek Kuralları’nın¹³⁶¹ 46. maddesinde, “*Adli müzaheretle görülen işler, başkaca işlere gösterilen özenle yürütülür*” düzenlemesi uyarınca, adli yardım hizmetlerinde görev alan avukatlar, bu hizmetler karşılığında aldıkları ücretin az olduğundan bahisle hizmetin niteliğini düşürürlerse, bu durum doğrudan meslek kuralı ihlâli sayılır ve disiplin cezasını gerektirir¹³⁶². Dolayısıyla adli yardım hizmetleri kapsamında görevlendirilen avukatın ücretini ve masraflarını karşılayabilecek günün ekonomik şartlarına uygun makul bir ücretin belirlenmesi yerinde olacaktır. Böylece tatmin edici

¹³⁵⁸ “Uygulamada AvK hükümlerine göre adli yardımla görevlendirilen avukatların ücretlerinin TBB Adli Yardım Yönetmeliği’nin m. 7 uyarınca hesaplanan yönteme göre mi yapılacağı yoksa AAÜT’de belirlenen maktu ücret üzerinden mi yapılacağı hususunda tereddütler yaşanmaktadır. Bu tereddütlere cevap olması açısından TBB’nin Adli Yardım Ücretleri Hakkında 2011/37 sayılı duyurusunda yapılan açıklama uyarınca; adli yardımla görevlendirilen avukata yapılacak ödemede konusunda ana kural, AAÜT’deki maktanın ödenmesidir. Ancak adli yardıma konu olan dava ve işlerin birbirinden çok farklı olabilmesi mümkün olduğundan, avukatın gerekçelendirilmiş talebi halinde, ilgili Baro Yönetim Kurulu tarafından adli yardıma konu olan dava ve/veya takiple ilgili avukatın emeği, işin nitelik ve süresi göz önünde bulundurularak, eğer iş özel bilgi ve çaba gerektiriyorsa, ana kuralın dışına çıkılarak yalnızca o dosyaya münhasır olmak üzere TBB Adli Yardım Yönetmeliği’nin m. 7’de belirtilen tutarda ödeme yapılmasına karar verilebilir.” <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=7961&Tip=Duyuru> (Erişim Tarihi: 14.10.2011).; Ancak TBB Adli Yardım Yönetmeliği’nin m. 7’de (RG. 28.11.2011 T, 28156 S), adli yardımla görevlendirilen avukata görevlendirmeye konu iş için AAÜT’de gösterilen maktu ücretin ödeneceği şeklinde kanunî değişiklik yapılmıştır.

¹³⁵⁹ “Maddeyle adli yardım kararı ile atanan avukatın, AAÜT’ye göre hak ettiği ücreti ile takip ettiği dava veya takip sırasında yapmış olduğu giderleri talep ve tahsile yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.” 6100 sayılı HMK m. 340’ın Hükümet Gerekçesi.

¹³⁶⁰ İnanıcı (2006), s. 208, 210.; Okur ve Kalay (2004), s. 56-57.

¹³⁶¹ “TBB Meslek Kuralları, TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilerek 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.” http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

¹³⁶² İnanıcı (2006), s. 210.

ücret karşılığında daha az sayıda görev üstlenen avukatların daha nitelikli hizmet sunmaları da mümkün olacaktır. Aksi halde düşük ücret uygulaması, yukarıda ifade edilen klâsik avukatlık meslek kuralının da ihlâl edilmesine sebep olacaktır¹³⁶³.

Adlî yardım hizmetleri kapsamında sunulan avukatlık yardımları ile ilgili bir diğer sorun da, adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatların herhangi bir yeterlilik şartını yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın baro tarafından adlî yardım görev listesine alınabilmeleridir¹³⁶⁴. Avukatlık mesleğine girişte bile herhangi bir –avukatlık sınavı gibi- şart aranmazken, adlî yardım hizmetinde görev alabilmek için özel bir şartın aranmaması işin doğası gereğidir. Ancak avukatlık mesleğine kabul için aranan şartlar, mesleğin işleyişine olumlu katkılar yapacak hale getirildiğinde, adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatlar için de herhangi bir ek şartın aranmasının gerekip gerekmediği hususu tartışma konusu yapılmayacaktır.

Mevcut duruma göre ise kanımızca, adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatlar belirlenirken, avukatların bu tarz uyuşmazlıklarda daha önce çalışıp çalışmadıkları ve adlî yardım hizmetleri konusunda yeterli bilgi ve donanımına sahip olup olmadıkları -örneğin, barolar tarafından düzenlenen adlî yardım hizmetleri ile ilgili meslek içi eğitim programlarına katılıp katılmadığı- gibi hususlar dikkate alınabilir.

Ayrıca avukatların sundukları adlî yardım hizmetlerinin, hizmetten yararlanan kimselerce memnuniyeti ve şikâyetlerin değerlendirilmesi için avukatların denetlenmesi bakımından baro disiplin kurulları dışında daha etkin mekanizmaların da işletilmesi gerekir¹³⁶⁵.

3. Adalet Erişimi Sağlamada Adlî Yardıma Alternatif Kurumlar ve Hukukumuzda Uygulanabilirliği

Medenî usûl hukukumuzda geçerli olan adlî yardım modelinin, diğer modern hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında mevcut olan en eski model olduğu ve genellikle de hukuk sistemlerinin adlî yardım hizmeti sunmaya başladıklarında uyguladıkları ilk adlî yardım modeli olduğu ifade edilebilir¹³⁶⁶. Zira birçok hukuk sisteminde artan adlî

¹³⁶³ İnancıcı (2006), s. 210.

¹³⁶⁴ Elveriş (2006), s. 195.

¹³⁶⁵ Elveriş (2006), s. 195.; Elveriş vd. (2005), s. 45.; İnancıcı (2006), s. 210.

¹³⁶⁶ Elveriş (2006), s. 196.

yardım taleplerine karşılık vermek amacıyla farklı adli yardım modelleri denenmiştir. Ancak yine de kamu tarafından finanse edilen adli yardım hizmetlerinin pahalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹³⁶⁷. Birçok hukuk sisteminde kamu tarafından finanse edilen adli yardım programları aracılığıyla gelir ve refah durumuna bakılmaksızın bütün vatandaşlar için eşit adalet ideali benimsenmesine rağmen ne yazık ki, eşitlik ideali inatla gerçekleşmesi zor bir amaç olmaya devam eder¹³⁶⁸. Bu nedenlerle bazı hukuk sistemlerinde adli yardım hizmetlerinin düşüşü, piyasadaki başarısızlığın etkilerini iyileştirecek mekanizmaların boşluğunu ortaya çıkarırken, artan adalet erişim talepleriyle başa çıkabilecek kurumsal cevaplar geliştirilmiştir¹³⁶⁹. Aşağıda adalet erişimin sağlanması amacıyla karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde adli yardım hizmetlerine alternatif olarak geliştirilen kurumlara ve bu kurumların hukukumuzda uygulanabilirliğine ilişkin bilgilere yer verilecektir.

3.1. Hukukî Danışma Merkezleri ve Pro Bono Hizmetleri

Hukukî danışma merkezleri, genellikle Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde mevcut bir uygulamadır. Yine Alman hukukunda da Berlin, Bremen ve Hamburg'da ücretsiz hukukî danışma hizmeti veren danışma merkezleri vardır¹³⁷⁰. Hukukî danışma merkezlerinde ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere ücretsiz danışma hizmetleri verilir. Pro bono hizmetleri- ücretsiz yardımlar da Amerikan hukukunda yaygın bir uygulamadır. İngiltere'de de nispeten yaygınlaşmaya başlayan bir uygulama haline gelmiştir¹³⁷¹. Pro bono hizmetleri- ücretsiz yardımlar, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin özel hukuka ve kamu hukukuna ilişkin belirli uyuşmazlıklarda ücretsiz veya cüzî bir ücret karşılığında adli yardım almalarını sağlamak amacıyla avukatlar tarafından sunulan hizmetlerdir¹³⁷².

Hukukumuzda yalnızca adli yardım hizmeti vermek için kurulmuş bir sivil toplum kuruluşu yoktur. İnsan Hakları Derneği, Göç Derneği, Mor Çatı Kadın Sığınma Vakfı, Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, Umut Çocukları Derneği gibi bazı sivil toplum

¹³⁶⁷ Elveriş (2006), s. 196.

¹³⁶⁸ Kilian ve Regan (2004), s. 233.

¹³⁶⁹ Elveriş (2006), s. 196.; Kilian ve Regan (2004), s. 233.; Rickman vd. (1999), s. 262.

¹³⁷⁰ Flood ve Whyte (2006), s. 93-94.

¹³⁷¹ Flood ve Whyte (2006), s. 94-95.

¹³⁷² Elveriş (2006), s.198.; Ayrıca bkz. yukarıda 1. bölüm, 2.3.1.1.2. Pro bono hizmetleri-ücretsiz yardımlar başlıklı kısım.

kuruluşları, kendi hukuk danışmanları veya hukukî yardım vermeye gönüllü diğer avukatlar aracılığıyla ücretsiz hukukî yardım hizmeti verirler. Ancak avukatların vergilendirme konusunda bağlı bulundukları baroları bilgilendirmek şartıyla gönüllü olarak avukatlık hizmetleri sunması her zaman mümkündür¹³⁷³. Zira AvK'nın 164. maddesinin dördüncü fıkrasında “...*Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir...*” hükmüne yer verilmiştir. Bir görüşe göre, avukatlık sözleşmesinin konusunu oluşturan hizmetin ücret karşılığı yapılması gerektiği ve AvK'ya göre de kural olarak ücret karşılığı iş görmenin zorunlu olmasından bahisle, ücret almadan iş görmek veya AAÜT'nin altında ücret karşılığı iş görmek yasaktır¹³⁷⁴. TBB Disiplin Kurulu tarafından 23 Eylül 2000 tarihinde verilen bir kararda ise, ücretsiz dava kabulü ile AAÜT'nin altında kalan miktarda ücret kararlaştırılarak iş ve dava kabulünün birbirinden farklı kavramlar olduğu ve kanun koyucunun ücretsiz dava kabulünü yasaklamayı isteseydi, buna ilişkin bir ibareyi Kanun’a ekleyebileceği; ancak Kanun’da böyle bir ibarenin yer almaması sebebiyle, ücretsiz dava veya iş kabulünün Kanun’a aykırılık oluşturmadığı belirtilmiştir¹³⁷⁵.

3.2. Şarta Bağlı Avukatlık Ücreti Sözleşmeleri

Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde yaygın olan şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmeleri, müvekkil ile avukatın, davanın kazanılması halinde avukatın ücrete hak kazanacağına ilişkin olarak yaptıkları avukatlık sözleşmelerdir¹³⁷⁶. Alman hukukunda Anayasa Mahkemesi tarafından 2007 yılında verilen bir kararla şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin açıkça kanuna aykırı olduğu belirtilmişti¹³⁷⁷. Ancak Ekim 2007’de Federal Hükümet tarafından istisnaî olarak özel hukuk uyuşmazlıklarında şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerine izin veren bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Halen Alman hukukunda kanun koyucu tarafından spesifik durumlara özgü olarak şarta bağlı

¹³⁷³ Elveriş vd. (2005), s. 53-54.; S. Toptaş (2007). *Davada Vekâlet Ücreti*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s. 30.; S. Karateke (2006). *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret (Avukatlık Hukuku ile ilgili Kanun, Yönetmelik, Avukatlık Meslek Kuralları ve İçtihatlar)*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 95-96.

¹³⁷⁴ Güner (2007), s. 244.

¹³⁷⁵ Elveriş (2006), s. 199.

¹³⁷⁶ Rickman vd. (1999), s. 262.

¹³⁷⁷ Hess (2008), s. 198.; Kilian ve Regan (2004), s. 239.

avukatlık ücreti sözleşmelerine izin veren düzenlemeler için çalışmalar yapılmaktadır¹³⁷⁸.

Hukukumuzda ise AvK'nın 2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikten önceki 163. maddesi¹³⁷⁹ uyarınca, dava kazanıldığı takdirde belirli bir ücretin alınacağı, davanın kaybedilmesi halinde ise ücrete hak kazanılamayacağı ile ilgili avukatlık sözleşmelerinin tümüyle geçersiz¹³⁸⁰ sayıldığına ilişkin Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları bulunmaktaydı¹³⁸¹. Yargıtay'ın, davanın kaybedilmesi halinde hiçbir ücret talep edilmeyeceğine ilişkin bir kayıt içeren ücret sözleşmesinin geçersiz sayılacağı görüşüne dayandığı en önemli gerekçe, avukatın, davanın kazanılmasını yüklenmesinin, avukatın yaptığı kamu hizmetinin niteliği ile asla bağdaşmamasıdır. Zira Yargıtay'a göre, yalnızca davayı kazandığı takdirde ücret talep eden ve davanın kaybedilmesi halinde hiçbir talepte bulunmayan avukat, kamu hizmeti yönü olan mesleğini gereği gibi yerine getiremez¹³⁸².

Öğretide ise takip edilen dava veya iş sonunda başarılı olunması halinde avukatın ücrete hak kazanacağı, aksi halde ücret alamayacağına ilişkin şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin uygulanma kabiliyetinin olup olmamasından ziyade, 2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki AvK'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasından yola çıkılarak, avukatın ücretinin takip ettiği dava (veya iş) sonundaki başarısına göre belirlenmesiyle ilgili olarak görüşler ileri sürülmüştür¹³⁸³. Birinci görüşe göre, avukatın ücretinin takip ettiği dava (veya iş) sonunda elde edeceği başarıya göre belirlenmesinin, davanın (veya işin) başarı ile tamamlanmasında maddî bir menfaati bulunan avukatın

¹³⁷⁸ Hess (2008), s. 198.

¹³⁷⁹ AvK'nın 2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikten önceki m. 163; “Ücret sözleşmesinin, kural olarak, belli bir miktarı kapsamalı gerekir. Şu kadar ki, üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi, avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. İkinci fıkraya göre yapılacak anlaşmalar, dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının, aynen avukata ait olacağını ve böylece avukatın, taraflardan biri imiş gibi dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığın kapsayamaz. Bu gibi ücret sözleşmeleri batıldır.” şeklinde idi.

¹³⁸⁰ “Davanın kaybı halinde karşı taraf için takdir edilecek ücreti vekâletin ve giderlerin ödenmesini taahhüt bir başka anlamda dava sonucunu taahhüt niteliğindedir. Bu hal dava açmaya davet edilen kişileri yanıltmaya ve bazı ahvalde olumsuz davaların açılmasına sebebiyet verme niteliğinde olup, dava sonucunu taahhüt esasen yasaca yasaklanmış bulunduğundan kanuna aykırıdır” 30.4.1976 T. , 47/33 S. TBB Disiplin Kurulu kararı için bkz. F. Erem (1992). Sosyal Ekonomi Açısından Avukatlık Ücreti. ABD, (4), s. 497.

¹³⁸¹ H. Burcuoğlu (2003). Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar. TBBD, (49), s. 52 vd.; Toptaş (2007), s. 57, 59.

¹³⁸² Burcuoğlu (2003), s. 54., Toptaş (2007), s. 60.

¹³⁸³ Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ö. Günergök (2009). Avukatlık Sözleşmesi. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 128-131.; Karateke (2006), s. 101-102 dn. 196-197.

adil bir karara ulaşılması sürecine ortak olması sıfatı ile tâbî olduğu yükümlülükleri ihlâl edebileceği, bağımsızlığını kaybedebileceği gibi sakıncaları bulunur¹³⁸⁴. Yine bu görüşe göre, ücretin başarıya göre belirlenmesi durumunda, avukatın objektiflikten uzaklaşma olasılığının olduğu, bu durumun ise meslek saygınlığına ters düşeceği, ayrıca avukatın görevinin üstlendiği davayı her ne olursa olsun kazanmak olmadığı, müvekkilin hak ve menfaatlerini kanunlar, adalet ve hakkaniyete uygun ve özenle takip etmek olduğu ve dava sonucunda avukatın kendi menfaatinin bulunması sebebiyle onu haksız dava yürütülmesine yönelteceğinden¹³⁸⁵ bahisle, avukatlık ücretinin takip edilen dava (veya iş) sonunda elde edilen başarıya göre belirlenmesine karşı çıkmıştır. İlk görüşün aksi yönündeki diğer görüşe göre ise, başarıya göre ücret belirlemenin, avukatı teşvik edici bir unsur olduğu ve böyle bir teşvikte de ahlâka aykırı bir durum olmadığı belirtilerek ücretin başarıya göre belirlenmesine olumlu yaklaşılmıştır¹³⁸⁶.

2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'la değişik AvK'nın 164. maddesinin ikinci fıkrası ile nisbî olarak ücretin belirlenmesi durumunda ücretin başarıya göre değişebileceğine ilişkin ibare kaldırılmıştır¹³⁸⁷. Ayrıca 164. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında, vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir.” şeklindeki hüküm uyarınca da avukatlık sözleşmesinin, kural olarak ücretli olacağı ve bu ücretin asgari ücret tarifesinde belirlenenin altında olamayacağı ilkesi korunmuştur¹³⁸⁸.

Bu durumda, gerek Yargtay'ın önceki tarihli kararları gerekse öğretinin doğrudan konuyla ilgili olmayan ve fakat bağlantılı olan bir konuya yaklaşımından çıkan ortak sonuç; avukatlık sözleşmesinin kural olarak, ücretli olması gerektiği ve ücretsiz iş görmenin istisnaen mümkün olmasına rağmen şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerine izin verilmediğidir¹³⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, takip edilen dava (veya iş) sonunda başarılı olunması halinde avukatın ücrete hak kazanacağı, aksi halde ücret

¹³⁸⁴ Erem (1992), s. 496.; Günergök (2009), s. 128.; H. Pekcanitez (1989). Dava Sonucuna Katılma Yasağı (Hâsılı Davaya İştirak Yasağı). *İBD*, 63 (10-11-12), s. 599-600.

¹³⁸⁵ Günergök (2009), s. 128.; Karateke (2006), s. 101-102 dn. 196.; Pekcanitez (1989), s. 600.

¹³⁸⁶ Günergök (2009), s. 128.; Karateke (2006), s. 102 dn. 197.; Sungurtekin-Özkan (2006), s. 76.

¹³⁸⁷ Ancak kanun değişikliğinin tarafların başarıya göre ücret kararlaştırabilecekleri sözleşmeler yapamayacağı anlamına gelmediği ve tarafların AAÜT'deki taban ücretinin altına inmemek ve tavan ücretini aşmamak şartıyla başarıya göre değişen ücret belirleyebileceklerine ilişkin olarak bkz. Günergök (2009), s. 130.

¹³⁸⁸ Burcuoğlu (2003), s. 68.

¹³⁸⁹ “Sonuca göre ücret kavramı ile avukatlık ücretinin hizmetin karşılığı olduğu tanımı arasında tutarsızlık vardır. Zira sonuç yalnızca vekâlet hizmetinin ürünü değildir. Adalet örgütü olmazsa hizmet de olmaz. Sonuca bağlı oranla karşılık kavramı arasında bağdaşmazlık vardır.” Erem (1992), s. 496.

alamayacağına ilişkin şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin, davanın kazanılması halinde avukatın ücrete hak kazanacağı, davanın kaybedilmesi halinde ise sözleşmenin geçersiz sayılarak avukatın doğrudan AvK'nın 163. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca AAÜT'ye göre ücrete hak kazanacağı şeklinde yorumlanması gerekir. Zira bu durumda ödemenin dayanağının artık ücret sözleşmesi değil, bizzat kanun hükmü olduğu ifade edilir¹³⁹⁰.

3.3. Hukukî Koruma Sigortası

Adlî yardım kurumunun hak arama eşitliğini sağlamada yetersiz kalması, özel hukukî koruma sigortasının doğmasına sebep olmuştur¹³⁹¹. Hukukî koruma sigortası, sigortacıya ödenen primler karşılığında, sigortalılara sunulan hukukî hizmetler olarak ifade edilebilir¹³⁹². Hukukî koruma sigortasının amacı, hukuk davalarında, tarafların uyuşmazlığın çözümü için yapmaları gereken yargılama giderlerine karşı sigortalıyı korumaktır. İngiliz hukukunda hukukî koruma sigortası, sigortalıların davayı kaybetmeleri durumunda, her türlü yargılama giderlerinin kendilerine yüklenilebilmesi riskine karşı sigorta sözleşmesi yapma ve yerine getirme olarak tanımlanmıştır¹³⁹³. Hukukî koruma sigortası, (before-the-event) dava öncesi sigorta ve (after-the event) dava sonrası sigorta olarak ikiye ayrılır. Dava öncesi sigorta, diğer sigortalarda olduğu gibi henüz meydana gelmemiş bir olayın sonuçlarını kapsar. Dava sonrası sigorta ise olay meydana geldikten sonra, bir davada oluşan yargılama giderlerini kapsar¹³⁹⁴. Tipik hukukî koruma sigortası, avukatlık hizmetleri ve davanın kaybedilmesi halinde karşı tarafa ödenmesi gereken yargılama giderleri de dâhil bütün yargılama giderlerini içerir. Adlî yardımla karşılaştırıldığında hukukî koruma sigortasının asıl avantajı, hukukî koruma sigortasının, davanın kaybedilmesi riskine karşı da sigortalıyı korumasıdır¹³⁹⁵.

Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuk sisteminde hukukî koruma sigortası yaygın olarak uygulanır. Özellikle İsveç hukukunda son yıllarda yapılan reformlar ile hukukî koruma sigortası, adlî yardım hizmetlerinin önüne geçmiştir¹³⁹⁶. Ayrıca İsveç hukukunda belli bir gelirin üstünde olan kimselerin hukukî koruma sigortası

¹³⁹⁰ Burcuoğlu (2003), s. 56.; Toptaş (2007), s. 61.

¹³⁹¹ Şenocak (1993), s. 47 vd.

¹³⁹² Şenocak (1993), s. 151 vd.

¹³⁹³ Kilian ve Regan (2004), s. 234.

¹³⁹⁴ Kilian ve Regan (2004), s. 235.

¹³⁹⁵ Hess (2008), s. 196 .

¹³⁹⁶ Bkz. yukarıda, 1. bölüm, 2.2.6. İsveç hukukunda adlî yardım başlıklı kısım.

yaptırmaları zorunlu olup, bu gibi kimselerin adli yardım talepleri reddedilir¹³⁹⁷. Almanya ise Avrupa'daki en geniş hukukî koruma sigortası pazarına sahiptir¹³⁹⁸. Hatta Almanya'da hukukî koruma sigortası, sigortanın bu çeşidinin, diğer sigorta çeşitleriyle birlikte yapılamayacağı; ayrıca yaptırılması gerektiği gerçeğine rağmen gelişmiştir. Alman hukukunda hukukî koruma sigortasından genellikle daha yüksek gelire sahip kimseler yararlanır. Ancak nispeten dar gelirli kimseler için de adli yardımdan yararlanma şartları zorlaştırılarak, hukukî koruma sigortasını teşvik edici düzenlemeler yapılmaktadır¹³⁹⁹.

Hukukumuzda ise hukukî koruma sigortasının uygulama alanı yoktur. Ülkemizde ilk defa 1992 yılında hukukî koruma sigortası uygulanmış ve fakat İstanbul Barosu'nun karşı çıkması üzerine bu uygulama kaldırılmıştır¹⁴⁰⁰. Ancak hukukî koruma sigortasının, sosyal güvenlik kuruluşlarının sağladığı mevcut sağlık ve emeklilik primlerinin yanına ufak bir ek ücret karşılığı eklenmesi ile hukukumuzda da uygulanmasının mümkün olabileceği ve böylece hukukî koruma sigortası sayesinde ilgilinin sınırı belli bir hukukî hizmetten yararlanmasının sağlanabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰¹.

Kanımızca, hukukumuzda da hukukî koruma sigortası uygulanabilmelidir. Özellikle nispeten gelir seviyesi çok düşük olmayan kimseler, devletin sunduğu daha dar kapsamlı ve yararlanabilme şartları daha zor olan adli yardım hizmetlerinden yararlanmaktansa, uygun miktarlı sigorta primleri karşılığında sunulan hukukî hizmetlerden yararlanmayı tercih ederler. Ancak hukukumuz bakımından avukat yardımını kapsamına alan hukukî koruma sigortalarının uygulanması bazı sıkıntıları da bereberinde getirebilir. Zira barolar, her sigorta şirketinin, sigortalıya kendi anlaşmalı avukatının yardımından yararlandıracağı endişesiyle hukukî koruma sigortasının uygulanmasına karşı tutum sergiler. Ancak kanımızca sigortalının kendi avukatını serbestçe seçebileceğine ilişkin bir imkân tanınarak baroların bu konudaki itirazları da engellenebilir. Bu anlamda, sigortalı istediği bir avukatla anlaşıp, geçerli bir vekâlet ilişkisi kurduktan ve buna ilişkin belgeleri sigorta şirketine ibraz ettikten sonra sigorta şirketi tarafından avukata gerekli ödeme yapılabilir. Ancak bu durumda sigorta şirketleri tarafından avukatlara yapılacak ödemeler, AAÜT altında olmamak kaydıyla, belirli bir

¹³⁹⁷ Flood ve Whyte (2006), s. 93.

¹³⁹⁸ Flood ve Whyte (2006), s. 92.; Hess (2008), s. 196.; Kilian ve Regan (2004), s. 237 .

¹³⁹⁹ Flood ve Whyte (2006), s. 93.

¹⁴⁰⁰ Şenocak (1993), s. 31-32.

¹⁴⁰¹ Elveriş (2006), s. 201.; Yılmaz (1984), s. 220-221.

tavan ücreti ile sınırlandırılabilir. Ayrıca hukukî hizmetlerden yararlanmak bakımından alternatif bir hizmet olarak sunulacak olan hukukî koruma sigortası, talep sahipleri için ihtiyarî olacaktır. Özellikle 6100 sayılı HMK ile birlikte yargılamanın başında gider avansı yatırılması zorunluluğunun getirilmesi, yargılama giderlerini karşılamak konusundaki sıkıntıları daha çok gündeme getirmiştir. Zira devletin sunduğu adli yardım hizmetlerinden herkesin yararlanabilmesi mümkün değildir. Bir kere adli yardımdan yararlanabilmek için Kanun'da aranan şartların yerine getirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, gelir seviyesi nispeten çok düşük olmayan kimseler için hukukî koruma sigortasının teşvik edilmesi uygun olur. Hukukumuzda da hemen her çeşit sigortanın uygulama alanı vardır. Dolayısıyla herhangi bir sigorta yapılırken, sigortalının yapacağı ek ödemeler ile ileride yaşayabileceği bir uyuşmazlığın muhtemel yargılama giderlerinden ve yargılama için gerekli avukat yardımından yararlandırılması mümkün olabilir. Yine diğer sigorta çeşitlerine bağlı olmadan, ayrıca –bağımsız- bir sigorta olarak da hukukî koruma sigortası poliçesi düzenlenebilir. Bu anlamda sigorta şirketi tarafından yapılacak olan özel hukukî koruma sigortası, bütün uyuşmazlıklar için genel dava risklerini içeren bir sigorta şeklinde olabileceği gibi, yalnızca belirli uyuşmazlıkların –örneğin, haksız fiil- yargılama giderlerini karşılayan bir sigorta da olabilir. Yine sigorta şirketi tarafından sigortalıya, yalnızca avukat yardımı şeklinde bir hizmet sunulabileceği gibi, avukat yardımının ve yargılama için gerekli bütün giderlerin yanı sıra yargılama dışı yollar –örneğin, arabuluculuk- için gereken hizmetlerin giderleri de sunulabilir. Dolayısıyla, sigortalı kendisine sunulan bu geniş hizmet yelpazesinden hem bütçesine uygun hem de daha çok ihtiyacı olan hizmeti seçebilme imkânına da sahip olacaktır.

Bir hukuk sisteminde şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin yokluğunun, talep sahiplerinin başvurabileceği hukukî koruma sigortası gibi seçeneklerin olduğu anlamına geldiği iddia edilir. Bu görüşün aksine göre ise, gelişmiş bir hukukî koruma sigortasının olmayışı, şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin yaygın olarak kullanımına bağlanır¹⁴⁰². Hukukumuzda ise adli yardım hizmetlerinin adalet erişimi sağlamada yetersiz kaldığı dikkate alındığında, adli yardıma alternatif hizmetlerin de olması gerekir. Şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin kanunen uygulanma

¹⁴⁰² Kilian ve Regan (2004), s. 237.

kabiliyeti yoktur. Ancak hukukî koruma sigortasının geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması mümkündür.

3.4. Hukuk Klinikleri

Hukuk klinikleri, ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmış olan alternatif bir eğitim yöntemi olarak karşımıza çıkar¹⁴⁰³. Halen dünyanın pek çok ülkesinde, her ülkenin kendi kaynak ve ihtiyaçları doğrultusunda geliştirilen çeşitli klinik eğitim yöntemleri uygulanır¹⁴⁰⁴. Ülkemizde de özellikle son yıllarda birçok hukuk fakültesi tarafından klinik eğitim yöntemine sıkça başvurulur.

Klinik eğitim yöntemi, öğrencilere yalnızca teorik bilginin kazandırılması ve somut olaya uygulanmasıyla sınırlı kalmayan, bunun yanı sıra soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulanırken nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini öğreten bir yöntemdir¹⁴⁰⁵. Diğer bir ifadeyle, klinik eğitiminin, öğrencilere meslekî formasyon ve meslekî etik değerlerin kazandırılmasını sağlayan deneysel ve uygulamalı alternatif bir eğitim yöntemi olduğunu ifade edebiliriz¹⁴⁰⁶.

Dünyada birçok ülke tarafından değişik şekillerde uygulanan hukuk kliniği eğitim yöntemini genel olarak beşe ayırarak incelemek mümkündür. Bunlar; simülasyon yöntemi (sanal mahkemeler veya kurgusal duruşma-moot court), fakülte dışı (externship) hukuk kliniği, probleme dayalı öğretim yöntemi (problem based learning), herkes için hukuk kliniği (street law) ve hukuk fakültelerine bağlı canlı müvekkil hukuk kliniği (in-house live client clinics)'dir¹⁴⁰⁷.

i. Simülasyon Yöntemi (Simulation)

Sanal mahkemeler veya kurgusal duruşma (moot court) olarak da ifade edilen bu yöntemde, öğrenciler gerçek bir dava sürecine göre bir uzman eşliğinde olayı çözmeye

¹⁴⁰³ Elveriş (2006), s.197.; M. Öztoprak-Sağır (2010). *Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi-Araştırma Raporu*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 58.

¹⁴⁰⁴ A. Başözen ve M. İyiler (2010). Türk Hukuk Eğitiminde Klinik Eğitiminin Bir Türü Olarak Yeni Bir Uygulama: "Lisans Aşamasında Öğrenci Stajı". *DEÜHFD*, 11(2009), s.1484.; Y.S. Serter (Ekim 2011). Türk Hukuk Fakültelerinde Yeni Eğilim: Hukuk Klinikleri. *Terazi Hukuk Dergisi*, (62), s. 85.

¹⁴⁰⁵ Başözen ve İyiler (2010), s. 1484.; Öztoprak-Sağır (2010), s. 58.; Serter (2011), s. 72.

¹⁴⁰⁶ Başözen ve İyiler (2010), s. 1484.; G. Maurino (2005). Hukuk Klinikleri, Pro Bono Uygulamaları ve Arjantin'de Adalet Erişimi İyileştirmeyi Hedefleyen Diğer Sivil Girişimler: *Türkiye'de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 119.

¹⁴⁰⁷ Hukuk kliniklerinin sınıflandırılmasına ilişkin olarak bkz. Öztoprak-Sağır (2010), s. 65.; Serter (2011), s. 73.

çalışırlar. Bu yöntemde öğrenciler adeta birer aktör gibi avukat, hâkim, savcı ve müvekkil gibi roller üstlenerek bir nevi tiyatro oyunu oynarlar¹⁴⁰⁸. Simülasyon yönteminde, hukuk kliniğinde karşılaşılan ve öğrencilerin çözüm üretmesi gereken olaylar, gerçektir¹⁴⁰⁹.

Simülasyon yöntemi hukukumuza yabancı bir model değildir. Bugün hemen her hukuk fakültesinde bu modelin uygulamasına rastlanır. Nitekim birçok hukuk fakültesi binasında simülasyon yöntemini uygulamak için dizayn edilen “mahkeme salonu” bulunur¹⁴¹⁰. Yine ülkemizde düzenlenen kurgusal duruşma yarışmalarını¹⁴¹¹ da simülasyon yönteminin bir örneği olarak gösterebiliriz¹⁴¹². Ülkemizde özellikle Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 2003-2004 akademik yılından itibaren, İdare Hukuku Anabilim Dalı’nın öğretim üyeleri eşliğinde, gerçek hayattan alınan idarî uyuşmazlıklara ilişkin sanal mahkeme kliniğini uygulanmaktadır¹⁴¹³.

ii. Fakülte Dışı (Externalship) Hukuk Kliniği

Bu yöntemde öğrencilerin fakülte de öğrendikleri teorik bilgileri pratikte kullanabilmelerini sağlamak amacıyla fakülte dışında bir hukuk bürosunda, hâkimlerin yanında veya devlet kurumlarında bir uzmanın denetimi altında çalışmasına izin verilir¹⁴¹⁴. Harici klinik davaları¹⁴¹⁵ olarak da ifade edilen bu yöntemde örneğin, fakülte de ticaret hukuku ile ilgili dersler almış bir öğrenci, ticaret hukuku alanında uzman ve fakülte ile anlaşmalı bir hukuk bürosunu gönderilir¹⁴¹⁶. Bir diğer örnek ise, fakülte de ceza hukuku ile ilgili dersler almış ve ceza infaz hukuku ile ilgilenen bir öğrencinin infaz kurumlarında veya savcılıklarda, savcılarının ya da diğer görevlilerinin (cezaevi müdürü gibi) denetiminde uygulamayı görmesidir.

¹⁴⁰⁸ Öztoprak-Sağır (2010), s. 65.

¹⁴⁰⁹ Öztoprak-Sağır (2010), s. 65.

¹⁴¹⁰ Serter (2011), s. 72.

¹⁴¹¹ Örneğin, “ELSA Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu Kurgusal Duruşma Yarışması” uluslararası alanda pek çok örneği bulunan bir Moot Court yarışmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.elsa-kdy.org/> (Erişim Tarihi: 12.10.2012)

¹⁴¹² “Sanal mahkeme kliniğini başarıyla uygulayan Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, uluslararası alanda düzenlenen Willem C. Vis Uluslararası Ticari Tahkim Sanal Mahkeme yarışmasından ödül alan ilk Türk ekibidir.” Serter (2011), s. 72.

¹⁴¹³ Serter (2011), s. 72.

¹⁴¹⁴ Öztoprak-Sağır (2010), s. 65.; Serter (2011), s. 73.

¹⁴¹⁵ Bu yöntemin “*harici klinik davaları*” olarak ifade edildiğine ilişkin olarak bkz. Başözen ve İyiler (2010), s. 1485, dn. 10.

¹⁴¹⁶ Başözen ve İyiler (2010), s. 1485.; Serter (2011), s. 73.

Fakülte dışı klinik eğitiminin ülkemizde uygulaması görmek mümkündür. Zira birçok hukuk fakültesi öğrencisi özellikle tatil dönemlerinde hukuk bürolarında veya kamu kurumları gibi yerlerde staj yapar. Ancak teknik anlamda –yukarıda ifade ettiğimiz şekliyle- fakülte dışı klinik eğitimi ile ülkemizde sıkça rastlanan bu uygulama arasındaki temel fark, hem bu tür stajın zorunlu olmaması hem de öğrencilerin staj yapacakları yeri kendi imkânlarıyla bulmalarıdır¹⁴¹⁷. Ülkemizde fakülte dışı klinik eğitiminin gerçek bir örneği olarak staj zorunluluğu ve uygulaması ilk kez Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 2007-2008 Eğitim ve Öğretim döneminde uygulamaya konulmuştur ve halen devam etmektedir¹⁴¹⁸. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yönetmeliği'nin 34. maddesine dayanılarak çıkarılan “*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Staj ve Bitirme Ödevi İlkeleri*” ile stajın hangi amaçla, nerede ve nasıl yapılabileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır¹⁴¹⁹.

iii. Probleme Dayalı Öğretim Yöntemi (Problem Based Learning)

Bu klinik eğitim yönteminde öğrencilere birden çok hukuk dalına ilişkin sorunu kapsayan bir olay verilir. Probleme dayalı öğretim yönteminde öğrenciler, gerçek birer avukat gibi aynı olayın farklı hukukî yönlerini görebilme şansı elde ederek pratik çalışma yapmış olurlar¹⁴²⁰. Bu tür klinik eğitime benzer bir uygulamaya örnek olarak ülkemizdeki hukuk fakültelerinde yaygın bir şekilde başvuru olan pratik çalışmaları gösterebiliriz. Ancak ülkemizdeki klasik pratik çalışmalar ile probleme dayalı öğretim yöntemi arasındaki en önemli fark, belirtilen yöntemde öğrencilere verilen olayın birden çok hukuk dalına ilişkin olmasıdır. Nitekim ülkemizde uygulanan pratik çalışmalarda, hangi ders söz konusu ise yalnızca o derse ait uyuşmazlıklar tartışılır ve çözümlenir¹⁴²¹.

Karşılaştırmalı hukukta klinik eğitiminin bu türü adlî yardım hizmetlerine sağladığı katkılar bakımından da önemlidir. Örneğin, bir hukuk bürosu gibi çalışan York Hukuk Fakültesi Kliniği'ne adlî yardıma ihtiyacı olan kimselerin başvurması üzerine yapılan inceleme sonunda, başvuruda bulunan kimselere bir hukukî mütalaa verilir. Başvurucuya verilen hukukî mütalaa için herhangi bir ücret talep edilmez; zira yapılan çalışma, bir topluma hizmet uygulamasıdır. Belirtilen hukukî mütalaanın

¹⁴¹⁷ Serter (2011), s. 73.

¹⁴¹⁸ Başözen ve İyiler (2010), s. 1485.

¹⁴¹⁹ Belirtilen düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Başözen ve İyiler (2010), s. 1485 vd.

¹⁴²⁰ Serter (2011), s. 75.

¹⁴²¹ Serter (2011), s. 75.

verilmesinin ardından başvurucunun dava açması halinde, kliniğin başvurucuyu temsil etme görevi yoktur. Verilen hizmet yalnızca hukukî danışma ile sınırlıdır¹⁴²².

iv. Herkes İçin Hukuk Kliniği (Street Law)

Bu klinik eğitiminde bir yandan öğrencilerin uygulamalı eğitim almaları sağlanırken, diğer yandan da hukukçu olmayan bireylere temel hukuk eğitimi verilir¹⁴²³. Herkes için hukuk kliniği eğitimi, lise kliniği ve halk eğitimi kliniği olarak iki şekilde uygulanır. Lise kliniğinde, hukuk öğrencileri tarafından, lise öğrencilerine hukukî konularda seminerler verilir. Halk eğitimi kliniğinde ise, engelliler, kadınlar gibi toplumun sosyal yönden ayrımcılığa uğrayan kesimleri ile dar gelirli kimselere hukukî konularda seminerler verilir¹⁴²⁴. Dolayısıyla, bu klinik eğitimi bir çeşit toplumsal hizmet uygulamasıdır¹⁴²⁵.

v. Hukuk Fakültelerine Bağlı Canlı Müvekkil Hukuk Kliniği (In-House Live Client Clinics)

“Gerçek müvekkillerle hukuk kliniği”¹⁴²⁶ olarak da ifade edilen bu klinikler, birer hukuk bürosu gibi çalışır. Bu kliniklerde adlî yardıma ihtiyaç duyan kimselere, eğitimci veya bir uzman eşliğinde çalışan öğrenciler tarafından yardım edilir. Bu tür hukuk kliniklerinde öğrenciler, adlî yardım için başvuran kimselerle görüşme yaparak bazı arka plan çalışmalarını yürütür. Ancak öğrenciler, eğitimci veya uzman konumundaki kimseye danışmadan, başvuran kimselere tavsiyede bulunmazlar¹⁴²⁷. Bu tür klinikler, ülkeden ülkeye hatta aynı ülkede farklı hukuk fakültelerinde ihtiyaçların, imkânların ve mevzuatın farklılığı sebebiyle farklı uygulamalar içerebilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde bu tür kliniklerde, başvuru sahiplerinin öğrenciler tarafından mahkemelerde temsil edilmesi mümkünken, İspanya’da bu mümkün değildir¹⁴²⁸.

¹⁴²² Serter (2011), s. 75.

¹⁴²³ Öztoprak-Sağır (2010), s. 73.

¹⁴²⁴ Öztoprak-Sağır (2010), s. 73-74.; Serter (2011), s. 75-76.

¹⁴²⁵ Serter (2011), s. 76.

¹⁴²⁶ Başözen ve İyiler (2010), s. 1485, dn. 9.

¹⁴²⁷ Başözen ve İyiler (2010), s. 1485.; Elveriş (2006), s.197.; Serter (2011), s. 77-78.

¹⁴²⁸ Serter (2011), s. 77-78.; Örneğin Arjantin hukukunda “*kamu yararı hukuk kliniği*” adı altında faaliyet gösteren hukuk klinikleri genellikle azınlıklara ve azınlık hakları ile ilgili talepleri ve ihtilafları kamusal platforma taşımak için gereken ekonomik kaynaklardan yoksun hükümet dışı kuruluşlara hizmet eder. Arjantin hukukunda kamu yararı hukuk klinikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Maurino (2005), s. 121-122.

Yukarıda genel olarak ifade edilen hukuk kliniklerinin temel işlevlerinden biri, adalete erişimdeki rolünün adli yardım vasıtasıyla giderilmesidir¹⁴²⁹. Diğer bir ifadeyle, hukuk klinikleri, adli yardım hizmetlerine katkı sağlayarak adalete erişimin gerçekleşmesine de yardımcı olurlar. Bugün dünyanın birçok ülkesinde hukuk klinikleri tarafından ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselere adli yardım hizmetleri sunulur. Adli yardım kapsamında sunulan bu hizmetler genellikle yargılama öncesi hukukî danışma ve tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, Amerikan hukukundaki hukuk kliniklerinde adli yardım hizmeti kapsamında öğrencilerin, adli yardım için başvuran kimseleri mahkemelerde temsil edebilmesi bile mümkündür.

Ülkemizde ise ilk defa Bilgi Üniversitesi tarafından uygulanmaya başlayan¹⁴³⁰ hukuk kliniği eğitimi, bugün birçok hukuk fakültesi tarafından başvurulmuş bir eğitim yöntemi haline gelmiştir. Ancak hukukumuzda hukuk kliniği uygulamalarını adli yardıma katkı sağlayan bir unsur olarak değerlendirmek bakımından birtakım sıkıntılar vardır. Şöyle ki; AvK'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında; *“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.”* şeklindeki düzenleme ile avukatlara tekel hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla hukukumuzda hukuk klinikleri tarafından adli yardım hizmeti sunulması, avukatlara tanınan tekel hakkının ihlali sayılacağı için maalesef kanunî açıdan mümkün değildir¹⁴³¹. Ayrıca avukatlık mesleğinin sahip olduğu birtakım özellikler sebebiyle de hukuk klinikleri tarafından adli yardım hizmeti vermenin mümkün olamayacağı savunulur. Bu düşünceye göre avukatlık, kamu hizmeti yönü olan, meslek sırrı gibi özel kurallara sahip ve bu kurallara aykırı hareket edildiğinde de disiplinli yaptırımları olan bir meslektir. Hukuk klinikleri tarafından adli yardım hizmeti sunulduğunda ise uyuşmazlığın sahibi olan kimselerin isimleri ifşa edilerek beyanlarının sır niteliğinin zedelenebileceği hususu dikkate alındığında, bu tür ihlâllere karşı, adli yardım hizmetini hukuk kliniğinden alan bu kimseler, hukukî korumadan yoksun kalacaktır¹⁴³². Yine bu düşünceye göre, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimseler için zaten barolar

¹⁴²⁹ Öztoprak-Sağır (2010), s. 79.

¹⁴³⁰ Elveriş (2006), s. 197.

¹⁴³¹ Öztoprak-Sağır (2010), s. 78.

¹⁴³² Öztoprak-Sağır (2010), s. 78.

aracılığıyla sunulan bir adli yardım sistemi mevcut olup, avukatlar tarafından verilen bu hizmetler karşısında, hukuk kliniklerinin profesyonel anlamda adli yardım hizmeti vermesi gereksizdir¹⁴³³.

Yukarıda belirtilen sebeplerle hukukumuzda hukuk klinikleri tarafından adli yardım hizmeti verilmesinin mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Ancak kanımızca özellikle -adli yardım kapsamında sunulan hizmetlerden- yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, hukuk klinikleri tarafından verilebilir. Bu anlamda, mevcut şekliyle AvK'nın 35. maddesinde düzenlenen tekel hakkının bir unsuru olarak bütün hukuk alanlarına ilişkin olarak görüş bildirmeyi avukatlık tekeli kapsamına alan bölümün düşüncüyü açıklama hürriyeti ile bağdaşmadığı ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir¹⁴³⁴.

Kanımızca da AvK'nın 35. maddesinde “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek*” şeklinde belirtilen yargılama öncesi hukukî danışma hizmetinin yalnızca avukatların yapabileceği işler arasından çıkarılması gerekir. Kaldı ki, basit hukukî bilgi verme eğitimi almış kimselerin yargılama öncesi hukukî danışmanlık hizmeti verebilmesi, vatandaşların ileride daha masraflı hukukî yollara başvurmalarının da önüne geçer¹⁴³⁵. Örneğin, hukukî işlere ait basit evrak düzenlemek, idarî makamlara dilekçe yazmak, adli işlemler hakkında bilgi vermek gibi işler, bir avukattan yardım almanın elzem olmadığı basit işlerdir¹⁴³⁶. Ancak bu gibi basit işlerin avukatların tekeliinden alınması, vatandaşların hiçbir şekilde hukukî bilgisi olmayan kimseler eliyle hukukî yardım alacağı anlamına gelmemelidir. Nitekim burada anlatmaya çalıştığımız husus, yargılama öncesi hukukî danışma hizmetinin avukatların yanı sıra, hukuk klinikleri aracılığıyla da verilebilmesidir. Zira hukuk kliniklerinde bu hizmeti sunacak olan öğrenciler, temel hukukî konularda bilgiye sahiptir. Ayrıca bu öğrenciler klinik eğitimlerini, belli hukuk alanında uzmanlaşmış uzmanlar veya eğitimciler eşliğinde yürütürler. Yukarıda klinik eğitiminin türlerinden bahsederken belirttiğimiz gibi, ekonomik anlamda yetersiz kimselerin adli yardım ihtiyacını karşılamak için sunulan klinik eğitiminde –örneğin, canlı müvekkil hukuk kliniğinde- öğrenciler, eğitimci veya uzman konumundaki kimseye danışmadan, başvuran kimselere tavsiyede bulunmazlar.

¹⁴³³ Öztoprak-Sağır (2010), s. 78-79.

¹⁴³⁴ Elveriş (2006), s. 185.

¹⁴³⁵ Elveriş (2006), s. 185.

¹⁴³⁶ Elveriş (2006), s. 185.

Dolayısıyla hukuk kliniğinden yargılama öncesi hukukî danışma yardımı alacak olan kimsenin hukukî korunma ihtiyacının, bu hizmetin bir avukat tarafından verilmesine göre daha az karşılandığı ifade edilemez.

Bu anlamda hukukumuz bakımından yapılacak olan şey, yargılama öncesi hukukî danışma hizmetini avukatların tekeline alan düzenlemede -AvK'nın 35. maddesi-gerekli değişikliği yapmaktır. Böylece hukuk klinikleri tarafından da yargılama öncesi hukukî danışma hizmetinin verilebilmesinin önündeki kanunî engel kalkmış olacağı için, ekonomik anlamda yetersiz durumda olan kimselerin hukuk kliniklerinden adli yardım kapsamında yargılama öncesi hukukî danışma yardımı almasının da önü açılacaktır. Ancak aynı zamanda bunun için ülkemizde hukuk kliniği eğitiminin yaygınlaşması ve kapsamının da adli yardım hizmetlerine katkı sağlayacak şekilde gelişmesi gerekir. Bu konuda hukuk fakültelerinin barolar ile işbirliği halinde çalışmalarının, klinik eğitiminin uygulanmasına yararlı olacağı kanısındayız.

Sonuç

Medenî usûl hukukunda tarafların uyuşmazlığın devletin yargılama makamları eliyle çözülebilmesi için birtakım masraflar yapmaları gerekir. Ancak bazı durumlarda, bu masrafların karşılanması, tarafların ekonomik gücü ve imkânlarını aşar. Dolayısıyla modern hukuk sistemlerinde maddî hukuktan doğan bir hakkın yargısal teminatı için gereken masraflardan ilgiliyi geçici olarak muaf tutmak amacıyla adlî yardım kurumu düzenlenmiştir.

Medenî usûl hukukunda kendine özgü bir kurum olarak adlî yardım, devletin vatandaşlarının hukukî korunma taleplerini olumlu karşılama görevini yerine getirebilmesini sağlamak bakımından diğer usûl hukuku kurumlarından farklıdır. Diğer bir ifadeyle, adlî yardımın, öncelikle hukukî koruma alanındaki sosyal yardımın bir görünümü olduğunu söyleyebiliriz.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan adlî yardım sistemleri incelendiğinde, her ülkenin kendi kaynakları ve ihtiyaçları sonucunda bir adlî yardım programına sahip olduğu sonucuna vardık. Örneğin, İtalyan hukukunda adlî yardım önemli bir işleve sahip değildir. İsveç ve Hollanda gibi önemli programlar geliştirmeyi öngören hukuk sistemlerinde adlî yardım harcamalarını sınırlandıran başka alternatif yollar bulunmuştur. İngiliz hukukunda 90'lı yılların başından itibaren günümüze kadar adlî yardım sisteminde bir dizi reform çalışması yapılmıştır. Amerikan hukukunda adlî yardım, halen bir hakkın konusu olarak genel ve sistematik bir hukukî düzenlemeye kavuşamamıştır. Alman hukukunda adlî yardım, bir buçuk yüzyılı aşkın bir süredir bir vatandaşlık hakkı olarak kabul edilmekte ve istikrarlı uygulamalarla yönetilmektedir. Bu anlamda kanımızca, Alman hukuku, adlî yardım kurumu bakımından karşılaştırmalı hukuk sistemleri içerisinde önemli bir yere sahiptir. Yine Fransız hukuku da adlî yardım kurumu bakımından köklü bir tarihe sahip olmasının yanı sıra son yirmi yılda yapılan reform çalışmaları ile de revize edilen sistemli bir adlî yardım programına sahiptir. Uluslararası düzeyde yargılama sistemine sahip Avrupa Birliği hukukunda da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki teminat, topluluk hukuku düzeninde kabul edilerek hem özel hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında adlî yardım hakkı açıkça garanti edilmiştir.

Adlî yardım kurumunun anayasal temel haklar ve ilkelerle ilişkisi incelendiğinde, adlî yardımın bir hakkın konusu olarak anayasal bir güvenceye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, her birey adalet hizmetlerini dağıtmada mutlak yetkiye sahip olan devletin bu hizmetlerinden hiçbir ayrıma tâbi tutulmaksızın yararlanma hakkına sahiptir. Yine bütün uluslararası insan hakları belgelerinde de devlete, bireylerin başvurabilecekleri etkin bir hukukî korumayı sağlaması bir ödev olarak yüklenmiştir. Dolayısıyla, adlî yardımın adil yargılanma hakkının mütemmim cüzi olup, temel bir insan hakkı olduğu sonucuna varılmıştır.

Medenî usûl hukukumuzda kural olarak geçerli olan tasarruf ilkesi gereği, yargılama giderlerini ödemede yetersizlik içerisinde bulunan tarafın adlî yardımdan yararlanabilmesi için HMK'nın 334 vd. maddelerindeki usûle uygun olarak adlî yardım talebinde bulunmalıdır. Ayrıca adlî yardım talep eden taraf, Kanun'da belirtilen şekilde iddiasını ve bu konuda aranan şekilde delillerini sunmak durumundadır; ancak mahkeme tarafından da bu hususların doğruluğunun araştırılması gerekir. Kısacası adlî yardım incelemesinin çekişmesiz bir yargı işi olması ve bu incelemede hâkime tanınan takdir yetkisi gereği kural olarak re'sen araştırma ilkesinin uygulanabilmesinin yanında HMK'nın 336. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen özel hüküm uyarınca taraflarca hazırlama ilkesinin de uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.

Yine adlî yardım kararı verilen bir yargılamada hâkim, gereksiz yargılama gideri yapılmamasına dikkat ederek usûl ekonomisi ilkesine uygun davranmalıdır. Hem adlî yardım talebi yapılırken, hem de bu talebin mahkeme tarafından incelenmesi sırasında, adlî yardım talep eden kimsenin talebini dayandırdığı vakıaları, doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun olarak mahkemeye sunması gerektiği sonucuna vardık. Ayrıca medenî usûl hukukunda da yargılama dilini bilmeyen tarafın tercümandan yararlanma hakkı mevcut olup, ceza yargılamasından farklı olarak tercüman ücreti bir yargılama gideri olması sebebiyle tercümandan yararlanmak isteyen tarafça karşılanacaktır. Dolayısıyla, kanımızca tercüman giderleri de adlî yardım hizmetlerinin içeriğine dâhil edilmelidir.

HMK'da düzenlenen adlî yardıma ilişkin hükümler; açılmış veya açılacak davalarda, çekişmesiz yargı işlerinde, icra ve iflâs takiplerinde, delil tespitinde, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizde, noterler tarafından düzenlenen her türlü işlerde ve ayrıca zorunlu tahkimde uygulanır. Ancak bu hükümlerin, ihtiyarî tahkimde, arabuluculuk

faaliyetinde ve AvK'nın 35/A maddesinde düzenlenen uzlaşma durumunda ise uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Adlî yardımdan kural olarak Türk vatandaşı olan gerçek kişiler yararlanabilir. Karşılıklılık şartını gerçekleştirerek yabancı gerçek kişilerin de adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Bunun yanında istisnaî olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların da adlî yardımdan yararlanabilecekleri açıkça düzenlenmiştir.

HMK'nın 334. maddesi uyarınca adlî yardımdan yararlanabilmek için gereken şartlar; ekonomik anlamda yetersizlik ve haklılıktır. Adlî yardımdan yararlanabilmek için genel anlamda bir ekonomik yetersizlik aranmaz. HMK'nın 334. maddesi ile kastedilen ekonomik yetersizlik, yargılamanın veya takibin gerektirdiği masrafları yapmakla adlî yardım talebinde bulunan kimsenin kendisi ve ailesini ekonomik olarak sıkıntıya düşürmesidir. Ayrıca adlî yardım talep eden kimsenin söz konusu iddiasında veya savunmasında ya da diğer taleplerinde açıkça haksız durumda olmaması ve haklı olduğu yolundaki hâkimde yaklaşık bir kanaati oluşturabilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Adlî yardımın hukukî niteliğini belirlemek bakımından adlî yardımın, bir çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak adlî yardım herşeyden önce medenî usûl hukukunda sosyal düşüncelerle ihdas edilen kendine özgü bir kurum olup, hukukumuz bakımından içeriğine en uygun olan hukukî kurumun, çekişmesiz yargı işi olduğunu ifade edebiliriz.

Adlî yardım talebinde bulunmanın asıl davanın zamanaşımı süresine nasıl bir etkisinin olacağı konusunda hukukumuzda bir açıklık yoktur. Kanımızca, eğer adlî yardım talebi asıl davanın açılmasından önce yapılmışsa, adlî yardım talebinin yapıldığı andan itibaren mahkemenin bu konuda karar vereceği ana kadar asıl dava için işleyecek olan zamanaşımı süresinin durmasının kabul edilmesi yerinde olur. Ancak adlî yardım talebi, açılmış ve görülmekte olan asıl davanın yargılamanın devamı sırasında yapılmışsa, davanın açılmasıyla zamanaşımı zaten kesilmiş olduğundan, adlî yardım talebinin, zamanaşımı süresine bir etkisinin olmayacağı sonucuna varılmıştır.

Çalışmamızda vardığımız sonuçlardan biri de, asıl davada taraflardan biri için verilen adlî yardım kararının asıl davaya karşı açılacak olan karşı davada ve yine aynı veya ayrı mahkemede görülmekte olan davaların birleştirilmesine ya da birlikte görülen

davaların ayrılmasına karar verilmesi durumunda da, birleştirilen veya ayrılan davalar için verilen adlî yardım kararlarının, mahkeme tarafından kaldırılmadığı sürece geçerli olması gerektiridir. Ayrıca adlî yardım kararı verilmiş bir davada dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verildiği takdirde, davanın Kanun'da belirtilen üç aylık süre içerisinde yenilenmesiyle birlikte, yenileme talebinden önce verilen adlî yardım kararı da geçerliliğini korumalıdır.

Mahkemenin adlî yardım incelemesi sonucunda vereceği karar kesin olup, bu karara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz. Ayrıca HMK m. 337. maddesinin ikinci fıkrası gereğince de daha önce reddedilen adlî yardım talebi, gerçekleşen yeni bir nedene dayanılarak tekrar talep edilebilir. HMK'nın 335. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, adlî yardım hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Buna göre, belirtilen hükümde açık ve kesin bir ifade kullanılması sebebiyle, adlî yardım kararının hükmün kesinleşmesiyle son bulacağı, kesinleşen hükmün icra edilmesi aşamasında geçerli olmayacağı kanısındayız.

Adlî yardım kararının kişiye özgü bir karar olup, kişinin küllî ve cüzî haleflerine, (ihtiyarî veya mecburî) dava arkadaşlarına ve müdâhillere teşmil edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Yine adlî yardım kararı, adlî yardımın verildiği dava, takip veya taleple ilgili olarak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet tanır. Adlî yardım hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Ayrıca adlî yardımın sağladığı muafiyetler, kararın verildiği tarihten sonraki yargılama giderleri için geçerli olacaktır.

Adlî yardım sona erince, adlî yardım kararı ile ertelenen yargılama giderleri ile Devlet tarafından ödenen avanslar ve temin edilen avukatlık ücreti asıl dava (takip veya talep) sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilecektir (HMK m. 339). Ayrıca adlî yardımdan yararlanan tarafa, adlî yardım kararı kapsamında avukat temin edilmesine karar verilmişse, mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazine'den ödenecektir (HMK m. 340).

Avukatlık hukukunda, AvK'da ve TBB Adlî Yardım Yönetmeliği'nde düzenlenen adlî yardıma ilişkin hükümlerin, adlî yardım kurumunu düzenlemek amacı ile değil, HMK'da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümleri tamamlamak amacı ile getirildiği sonucuna varılmıştır. Medenî usûl hukukumuzda düzenlenen adlî yardıma ilişkin hükümler, icra ve iflâs hukukunda da uygulama alanı bulur. Yine 2577 sayılı İYUK'un

31. maddesi uyarınca medenî usûl hukukunda düzenlenen adlî yardım kurumu, idarî yargılama alanında da uygulanır. Ceza yargılamasında ise adlî yardıma ilişkin hükümler, medenî usûl hukukunda geçerli olan adlî yardım kurumundan bağımsız olarak CMK'da ayrıca düzenlenmiştir.

Hukukumuz bakımından adlî yardımla ilgili gerek hukukî düzenlemelerden gerekse sistemin işleyişinden kaynaklanan birçok sorun olduğunu ifade edebiliriz. Öncelikle adlî yardım kurumu, hukukumuzda iki farklı kanunda düzenlenmiştir. HMK'da esasen yargılama giderlerinden muafiyeti tanıyan adlî yardım, AvK'da avukatlık yardımı şeklinde sunulur. Ancak kanımızca, medenî usûl hukukumuzda farklı iki kanunda yer alan adlî yardımla ilgili hukukî düzenlemeler, adlî yardım hizmetlerinden yararlanacak olan kimseler için bir seçim hakkı oluşturur. Dolayısıyla, adlî yardıma ilişkin hükümlerin aynı çatı altında toplanarak tek bir kanunî düzenlemeye kavuşturulmasına gerek yoktur. Zira AvK'daki hükümlerin, HMK'daki hükümlerle bir çatışma içerisinde olmadığı ve fakat tamamlayıcısı olduğu sonucuna varılmıştır.

Medenî usûl hukukumuzda adlî yardımın hukukî düzenlemesinden kaynaklanan sorunlardan biri, adlî yardımın kapsamında yargılama öncesi hukukî danışmanlık yardımının sunulmamasıdır. AvK'nın 35. maddesinde dolaylı bir şekilde yargılama öncesi hukukî danışma yardımı düzenlenmiştir. Ancak kanımızca, yargılama öncesi hukukî danışma yardımının AvK'nın adlî yardıma ilişkin hükümlerinin yer aldığı kısımda, adlî yardım hizmetlerinin bir türü olarak ayrı başlık altında ve ayrı hükümlerle düzenlenmesi daha uygun olur. Ayrıca bu düzenlemeler yapılırken, yargılama öncesi hukukî danışma yardımının adlî yardım kapsamında verilebilmesinin tek şartı, ekonomik anlamda yetersizlik olarak öngörülmelidir. Yine AvK'da yargılama öncesi hukukî danışma yardımı ile ilgili tartışılması gereken diğer bir husus da, AvK'nın 35. maddesi ile avukatlara tanınan tekel hakkı ile ilgili düzenlemedir. Buna göre, yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, avukatların tekelinden çıkarılmalı ve bu hizmet adlî yardıma katkı sağlayan diğer yollarla –hukuk klinikleri- da sunulabilmelidir.

Adlî yardıma ilişkin hukukî düzenlemelerden kaynaklanan sorunlardan biri de, HMK uyarınca sunulan adlî yardım hizmetlerinden yararlanabilen kimselere ilişkindir. Zira HMK'da düzenlenen adlî yardım hizmetlerinden kural olarak Türk vatandaşı gerçek kişiler yararlanabilir. Ancak adlî yardımla sağlanacak olan hukukî korumanın gerçek kişiler gibi tüzel kişileri de kapsadığı gerçeği karşısında, adlî yardımdan tüzel

kişiler de tıpkı gerçek kişiler gibi yaralanabilmelidir. Yine yabancı gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi ise karşılıklılık şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Adli yardımın bir vatandaşlık hakkı olduğu kabul edilirse, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmesi için karşılıklılık şartının aranması gerekir. Zira karşılıklılık ilkesi, bir hukuk politikası olup, bu ilkenin temelinde vatandaşlık hakkı yatar. Ancak kanımızca adli yardım, adil yargılanma hakkının mütemmim cüzi olup, temel bir insan hakkıdır. Dolayısıyla, hukukumuz bakımından yabancı gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için aranan karşılıklılık şartı kaldırılmalıdır.

HMK’da adli yardımdan yararlanabilmek için gereken ekonomik anlamda yetersizliğin hangi durumlarda gerçekleşeceğine ilişkin somut bir düzenleme yapılmamıştır. Yine hangi durumlarda ekonomik anlamda yetersizliğin gerçekleştiğine ilişkin somut veriler de yoktur. Bu anlamda Alman, Fransız ve İngiliz hukuklarında kullanılan yöntemler yol gösterici olabilir. Kanımızca, hukumuzda da ekonomik uygunluk kriteri belirlenirken yalnızca elde edilen gelir miktarının değil, kişinin gelirleri yanında, yaşamak için gerekli olan yol, kira, eğitim, sağlık gibi zorunlu yaşamsal giderlerinin de dikkate alınarak, bu giderlerden sonra kişinin elinde kalan aylık gelir miktarının esas alınacağı bir kriter getirilmelidir. Bu hesaplama uyarınca elde edilen aylık gelir miktarı, kişinin adli yardımdan yararlanabilmesinde esas alınacak miktar olmalıdır. Ayrıca devletin sunduğu adli yardım, yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyeti sağlayan bir hizmet olduğu için, yardımdan yararlanan kimsenin geri ödeme yükümlülüğü vardır. Bu geri ödeme yükümlülüğü düzenlenirken de, Kanun’da biri tavan ücreti, diğeri taban ücreti olarak iki tür ücret belirlenmelidir. Buna göre, kişinin adli yardımdan yararlanabilmesi için esas alınan aylık geliri öncelikle Kanun’da belirlenen tavan ücretini aşmamalıdır. Eğer kişi adli yardımdan geri ödeme yükümlülüğü olmadan yararlanacaksa, esas alınan aylık gelirin Kanun’da belirlenen taban ücretini aşmaması gerekecektir. Taban ücretinin üstünde, ancak tavan ücretinin altındaki ücretler içinde belirli aralıklarla değişen miktarlarda ve değişen taksit sayısına göre geri ödeme yükümlülüğü getirilmelidir. Yine adli yardımdan yararlanan kimsenin geri ödeme yükümlülüğü, ancak asıl dava veya takip ya da talep sonunda kesin olarak haksız çıkması durumunda söz konusu olmalıdır. Zira adli yardımdan yararlanan kimse haklı çıktığı takdirde, Devlet tarafından önceden karşılanan giderler, haksız çıkan karşı

tarafından alınacaktır. Ayrıca Kanun’da birtakım uyuşmazlıklar bakımından –örneğin, iş uyuşmazlıkları- belirlenecek olan gelir eşikleri daha düşük miktarlarda düzenlenebilir.

Adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan diğer bir şart, haklılıktır. Devlet’in, ekonomik yetersizlikler sebebiyle hukukî korumadan yoksun kalan bireylerin bu ihtiyacını karşılaması, diğer bir ifadeyle, herhangi ek bir şart aramaksızın herkesin hak arama hürriyetinden etkin bir şekilde yararlandırılması gerektiği, dolayısıyla haklılık şartının kaldırılması bir çözüm olarak önerilebilir. Ancak bu durumun Devlet’e aşırı bir maliyete sebep olması gerçeği karşısında, haklılık şartının aranmaması şeklindeki görüşün, uygulanma imkânı olmayan bir çözüm olduğunu ifade edebiliriz. Dolayısıyla en makul önerinin, adlî yardımdan yararlanabilmek için aranan “*haklılık*” şeklindeki soyut bir kavramla ifade edilen bir kriter yerine, daha somut kriterlerin getirilmesi olduğu kanısındayız.

Hukukumuzda adlî yardımla ilgili diğer bir sorun da, adlî yardımdan yararlanan kimsenin, adlî yardım kararı uyarınca kendisine atanacak olan avukatı seçememesidir. Kanımızca, adlî yardımdan yararlanan kimse, avukatını serbestçe seçebilmelidir. Ancak burada adlî yardımdan yararlanacak olan kimsenin avukatını seçebilme imkânının nasıl kullanılacağına da ayrıntılı olarak AvK’da düzenlenmesi gerekir. Buna göre, adlî yardımdan yararlanan kimsenin, kendi avukatını seçebilme imkânı, ancak bu görevin avukat tarafından da kabul edilmesiyle mümkün olabilmelidir. Avukat seçme hakkının kullanılması söz konusu olduğunda kişiye, iki ihtimal dikkate alınarak işlem yapılmalıdır. İlk ihtimalde kişi, önceden bir avukat ile adlî yardım hizmeti konusunda anlaşmıştır; bu durumda yapılacak şey, resmî olarak avukat görevlendirilmesinin yapılmasını sağlamak için avukatın görevi kabul ettiğini bildiren bir yazının Baro’ya (adlî yardım bürosuna) iletilmesidir. İkinci ihtimalde ise, kişi önceden kendi imkânları ile bir avukat bulamamıştır veya bir avukatla bu konuda anlaşmamıştır. Bu durumda ise, Baro tarafından hazırlanmış olan adlî yardımda görev alacak avukatların yer aldığı listeden, kişinin istediği avukatı seçebilmesine imkân sağlanmalıdır.

Uygulamada adlî yardım hizmetleri konusunda vatandaşların çok az bilgi sahibi olduğunu ifade edebiliriz. Zira gerek Adalet Bakanlığı’nın gerekse baroların adlî yardım hizmetlerinin tanıtımı konusunda yeterli çalışmaları yoktur. Kanımızca, adlî yardım hizmetlerinin tanıtılması amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından bilgilendirici ve eğitici

kamu spotlarının hazırlanması yararlı olacaktır. Ayrıca her yerel baro da, bulunduğu ilde valilikler, kaymakamlıklar, belediyeler ve bulundukları ildeki üniversitelerin hukuk fakülteleri ile yürütecekleri ortaklaşa çalışmalarla adlî yardım sisteminin tanıtılmasına katkıda bulunabilir.

Mahkemelerde iş yükünün fazla olması sebebiyle, adlî yardım taleplerinin incelenmesi zaman aldığı için, adlî yardım kararları gecikir. Dolayısıyla mahkeme tarafından adlî yardım kararının geç verilmesinin önüne geçmek için her Adlî Yargı Adalet Komisyonu nezdinde adlî yardım taleplerinin yapılacağı bir adlî yardım bürosu oluşturulabilir. Bir yazı işleri müdürü idaresinde yeterli sayıda personelin istihdam edileceği böyle bir büroda hâkim adaylarının çalışması da sağlanabilir. Büronun görevi, adlî yardım talebi üzerine gerekli hazırlık işlemlerinin yapılarak, adlî yardım dosyası hazır bir şekilde karar vermesi için görevli mahkemeye sunmak olabilir. Böylece, adlî yardım kararını verecek olan mahkeme, talebin incelenmesi için vakit kaybetmeden (örneğin, yoksulluk şartının ispatı için gerekli kurumlardan bilgi ve belge istemeden) yalnızca adlî yardım talebi hakkında karar vererek, asıl dava veya talebin yargılamasına geçecek veya devam edecektir. Bu konu ile ilgili getirilebilecek diğer bir çözüm yolu ise, her adliyede, mahkemelerden birinin yalnızca adlî yardım talebi konusunda karar vermekle yetkilendirilmesidir. Elbette bu çözüm yolu için HMK’da yer alan adlî yardıma ilişkin hükümlerde de gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Aslında bu çözüm yolu kanımızca da uygundur. Zira gerekli kanunî değişiklikler yapıldıktan sonra, iş yükü diğerlerine göre daha az olan bir mahkeme bu konuda yetkilendirilebilir. Ayrıca bu mahkemeye, görev alanına giren diğer dava ve işler bakımından iş dağılımı yapılırken, adlî yardım incelemesi ile yetkilendirildiği hususu dikkate alınabilir.

Adlî yardım talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak adlî yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, en azından itiraz etme hakkının tanınması kanımızca uygun olur. Nitekim Kanun’da yapılacak bir değişiklikle, adlî yardım talebinin reddedilmesi durumunda, kararı veren mahkemeye belirli bir –örneğin, bir haftalık- süre içerisinde yapılacak itirazla, kararını tekrar gözden geçirmesi sağlanabilir. Bu durumda mahkemenin itiraz üzerine vereceği kararın, yine şeklî anlamda bir kesinlik oluşturacağına ilişkin bir düzenleme yapılabilir. Böylece – itiraz talebi reddedildiğinde de- şartlar oluştuğunda yeniden adlî yardım talep edilebilmesine de bir engel oluşmaz. Yine adlî yardım talebinin kabul edilmesine ilişkin

karara karşı da, hukukî dinlenilme hakkı ile ilgili olarak karşı tarafa, aynı usûl izlenerek itiraz etme hakkının tanınması kanımızca uygun olur.

Adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatların herhangi bir yeterlilik şartını yerine getirmelerine gerek yoktur. Avukatlık mesleğine girişte bile herhangi bir –avukatlık sınavı gibi- şart aranmazken, adlî yardım hizmetinde görev alabilmek için özel bir şartın aranmaması işin doğası gereğidir. Ancak kanımızca, avukatlık mesleğine kabul için aranan şartlar, mesleğin işleyişine olumlu katkılar yapacak hale getirildiğinde, adlî yardım hizmetlerinde görev alacak avukatlar için de herhangi bir ek şartın aranmasının gerekip gerekmediği hususu tartışma konusu yapılmayacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta adlî yardıma alternatif olarak geliştirilen kurumlardan biri olan ve Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde yaygın olarak uygulanan şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin hukukumuzda uygulanma imkânı yoktur. Ancak adlî yardıma alternatif bir kurum olarak hukukî koruma sigortasının uygulanma imkânı vardır. Buna göre, herhangi bir sigorta yapılırken, sigortalının yapacağı ek ödemeler ile ileride yaşayabileceği bir uyuşmazlığın muhtemel yargılama giderlerinden ve yargılama için gerekli avukat yardımından yararlandırılması mümkün olabilir. Yine diğer sigorta çeşitlerine bağlı olmadan, ayrıca –bağımsız- bir sigorta olarak da hukukî koruma sigortası poliçesi düzenlenebilir. Yine sigortalının kendi avukatını serbestçe seçebileceğine ilişkin bir imkân tanınarak, baroların bu konudaki itirazları da engellenebilir. Bu anlamda, sigortalı istediği bir avukatla anlaşp, geçerli bir vekâlet ilişkisi kurduktan ve buna ilişkin belgeleri sigorta şirketine ibraz ettikten sonra sigorta şirketi tarafından avukata gerekli ödeme yapılabilir.

Adlî yardım hizmetlerine katkı sağlayacak diğer bir kurum da, dünyada birçok ülke tarafından değişik şekillerde uygulanan hukuk kliniği programlarıdır. Hukukumuzda hukuk klinikleri tarafından adlî yardım hizmeti verilmesinin mümkün olmadığını ifade edilebiliriz. Ancak kanımızca özellikle -adlî yardım kapsamında sunulan hizmetlerden- yargılama öncesi hukukî danışma yardımı, hukuk klinikleri tarafından verilebilmelidir. Dolayısıyla, AvK’nın 35. maddesinde “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek*” şeklinde ifade edilen yargılama öncesi hukukî danışma yardımının yalnızca avukatların yapabileceği işler arasından çıkarılması gerekir. Böylece AvK’nın 35. maddesinde değişiklik yapılarak, ekonomik anlamda

yetersiz durumda olan kimselerin hukuk kliniklerinden, adli yardım kapsamında yargılama öncesi hukukî danışma yardımı almasının da önü açılmış olur.

Kaynakça

- Aday, N. (1997). *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Akbal, M. (Mart-Nisan 2011). Medenî Yargılama Hukukunda Adlî Yardım. *TBBD*, (93), 147-173.
- Akbulut, İ. (2000). Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni. *AÜEHFD*, IV(1-2), 219-256.
- Akbulut, O. (2002). Adil Yargılanma Hakkı- (AİHS m. 6). *Kemal Oğuzman'a Armağan. GSÜHFD*, 1 (1), 175-207, İstanbul: Beta Yayınları.
- Akıllıoğlu, T. (1995). *İnsan Hakları I. Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Akil, C. (2008). Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi. *AÜHFD*, 57 (3), 1-32.
- Akil, C. (2010). *İstinaf Kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akkan, M. (2007). Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma. *MİHDER*, S. 6, 29-68.
- Akkan, M. (2010). *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akkaya, T. (2009). *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Alangoya, Y. (1979). *Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Alangoya, Y. (2001). *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (2. Baskı). İstanbul: Nemaş Yayınevi.
- Alangoya, Y.; Yıldırım M.K.; Deren-Yıldırım, N. (2009). *Medenî Usûl Hukuku Esasları*. (7. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları
- Aliefendioğlu, Y. (1998). Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, 147-167.
- Albers, J. (1987). Prozesskostenhilfe Als Sozialhilfe: *Gedächtnisschrift Für Wolfgang Martens*. (Ed. P. Selmer ve I. von Münch). Berlin, New York: Walter de Gruyter, ss. 283-295.

- Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure Fundamentals Of The New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press.
- Ansay, S.Ş. (1960). *Hukuk Yargılama Usûlleri* (7. Bası). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arat, N. (2011). İdarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1-2 (LXIX), 891-906.
- Arslan, R. (1989). *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları.
- Arslanalp, C. O. (Ekim 1987). Adli Yardım. *İzBD*, (4), 22-30
- Arslanalp, C. O. (Nisan 1988). Adi Yardım. *İzBD*, (2), 32-42
- Aslan, Z. ve Berk, K. (2002). *İdare Hukuku ve İdare Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar*. İstanbul: Alfa Yayınları.
- Atalay, E. (1997). Yargısal Temel Haklar. *Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 437-454.
- Atalay, O. (1986). *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Atalay, O. (Eylül 2006). Hukuk Muhakemeleri Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım. *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, S. 8, 97-100
- Atalı, M. (2005). Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı. *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*. Ankara: TBBB Yayınları, ss. 50-101.
- Barendrecht, M. ve Biggelaar, P. van den. (March 2009). *Sustainable Legal Aid And Access To Justice: A Supply Chain Approach*. Wellington: TISCO Working Paper Series On Civil Law And Conflict Resolution Systems. (No. 005/2009, March 8- 2009, Version: 1.0.)
- Başar-Centel, N. (1984). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Başözen A. ve İyiler M. (2010). Türk Hukuk Eğitiminde Klinik Eğitiminin Bir Türü Olarak Yeni Bir Uygulama: “Lisans Aşamasında Öğrenci Stajı” DEÜHFD, 11(2009), 1481-1492.
- Baumbach, A.; Lauterbach, W.; Albers, J. ve Hartman, P. (2001). *Zivilprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Anderen Nebengesetzen, Beck'sche*

- Kurzkomentare Band 1* (59. Neubearbeitete Auflage). München: Verlag C. H. Beck.
- Bayraktar, K. (1979). Adli Yardım Üzerine. *Yargı*, S: 37,12-13.
- Becker-Eberhard, E. (2003). Avukatlık Meslek Hukukunun Almanya'daki Değişimi. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *21. Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları*. (Der. N. Deren-Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 1-21.
- Becker-Eberhard, E. (2006). Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku* (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 16-37.
- Bédos, J.-L. (2009). Acil Haklar: Fransa'da Yurttaşların Hukukî Bilgilere Erişimi. (Çev. Cemil Kaya), *TBB*, S. 83, 394-401.
- Belgesay, M. R. (1944). *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku (Hukuk, Ceza ve İdare Usûlî Muhakemelerinin Sentetik İzahı) 2. C. Fasikül 1-2*. İstanbul: Marifet Basımevi.
- Berkin, N. M. (1962). *İhtiyati Haciz*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Berkin, N. M. (1981). *Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Bilge, N. ve Önen, E. (1978). *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Boer, M. B. de (1996). Italian Civil Procedure: Access To Civil Procedure Abroad. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars). München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, ss. 313-351.
- Bowles, R. (1996). Reform Of Legal Aid And The Solicitors' Profession. *Access To Justice Hume Papers On Public Policy*, 4 (4), 4-23.
- Bowles, R. ve Perry A. (October 2009). International Comparison Of Publicly Funded Legal Services & Justice Systems. York: *Ministry Of Justice Research Serises*, No: 14/9. (Bu çalışmaya ulaşmak için ayrıca bkz. www.justice.gov.uk/publications/research.htm)
- Börü, L. (2006). Hukuk Yargılamasında Zorunlu Avukatlık Müessesesi Gerekli Midir?. *Hukuk Gündemi*, S: 5, 36-38.

- Buchegger, W.; Deixler-Hübner, A. ve Holzhammer, R. (1998). *Praktisches Zivilprozessrecht I Streit Verfahren* (Sechste, Überarbeitete Auflage). Wien, NewYork: Springer.
- Buchegger W. ve Roth, M. (2011). *Zivilprozessrecht Aammlung Kommentierter Fälle* (3. Erweiterte auflage). Wien, New York: Springer.
- Budak, A.C. (2005). Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı. *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*. Ankara: TBBB Yayınları, ss. 128-187.
- Bulut, N. (2008). Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış. *EÜHFD*, 3-4 (XII), 1-12.
- Burcuoğlu, H. (Kasım-Aralık 2003). Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar. *TBBD*, (49), 49-82.
- Cahn, E. S. ve Cahn, J. C. (1964). The War On Poverty: A Civilian Perspective. *The Yale Law Journal*, 73 (8), 1317-1352.
- Cousins, M. (1999). Legal Aid Reform In France And The Republic Of Ireland In The 1990s: *The Transformation Of Legal Aid Comperative And Historical Studies*. (Ed: F.Regan vd.), Oxford: Oxford University Press, ss. 159-177.
- Çağlayan, R. (1998). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi. *AÜEHFD*, 2 (1), 41-54.
- Çalışır, E. (2006), *AB Anayasasının İlkeleri*, Adana: Çukurova Üniversitesi www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/.../anayasanin%20ilkeleri.doc (Erişim Tarihi: 20.09.2011)
- Çalışkan, B. (2008). Adalet Erişime Harç Engeli. *THD*, S. 26, 127-132
- Çavuşoğlu, N. (1994). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Çelebi, H. (1989). Hak Aramanın Maliyeti. *ABD*, (2), 257-261.
- Çırakman, E. (1982). Hukuk Yargılama Usûlünün İdari Yargıda Uygulanması. *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu* (10-11-12 Haziran 1982). Ankara: Danıştay Yayınları No: 33, ss. 102-112.
- Daniels, R. J. ve Trebilcock, M. J. (2005). *Rethinking The Welfare State The Prospects For Government By Voucher*. London, New York: Taylor & Francis Routledge.

- Deliduman, S. (Haziran 2003). Medenî Yargıda Avukatlık. *AÜEHFD*, VII (1-2), 377-385.
- Deliduman, S. (2005). Adlî Yardım İsteminin Zamanaşımı Üzerine Etkisi ve Konuya İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. *İBD*, 79(4), 1115-1128.
- Demircioğlu, Y. (2007). *Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Dinç, G. (2005), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği. *TBB*, S. 57, 283-306.
- Doğan, İ. (2005). Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş. *SÜHFD*, 13 (2), 51-59.
- Doğru, O. (Kasım 2007). Siz Hala Yargı Harcı Ödüyor Musunuz? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İki Kararı Üzerine Not. *LHD*, S. 59, 3449-3470.
- Donay, S. (2010). *Ceza Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Durhan, İ. (2004). Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihi Gelişimi. *AÜEHFD*, VIII(3-4), 215-232
- Elveriş, İ. (2006). Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalet Erişim Sorunları. *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (1. Bası). Ankara: Seçkin Yayınları, 179-202.
- Elveriş, İ.; Kutucu, S. ve Yaşar, İ. (2005). Türkiye’de Adlî Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi: *Türkiye’de Adlî Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 39-63.
- Ercan, İ. (2006). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat ile Temsil Zorunluluğu. *MİHDER*, S:3, 1275-1299.
- Erdoğan G. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erem, F. (1970), Adlî Yardım: *İmran Öktem’e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 107-124.
- Erem, F. (1978). Mecburi Müdafilik ve Adlî Yardım. *Yargıtay Dergisi*, 4 (4), 439-443.
- Erem, F. (1990). Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi. *ABD*, 47,(2), 206-214.
- Erem, F. (1995). *Meslek Kuralları (Şerh)* (4. Baskı). Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

- Eroğlu, Y. (1973). Danıştay Kanunuyla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Uygulanması. *Danıştay Dergisi*, S: 8, 24-32.
- Esendal, N. (Mart 2009). Yabancıların Adlî Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı. *THD*, 4(31), 179-194.
- Fasching, H. W. (1990). *Lehrbuch Des Österreichischen Zivilprozessrechts* (Zweite, Überarbeitete Und Ergänzte Auflage). Wien: Manz.
- Fasching, H. W. (2000). *Kommentar Zu Den Zivilprozessgesetzen 2. Band/1. Teilband* (2. Völlig Neu Bearbeitete Auflage). Wien: Manz.
- Feil, E. ve Kroisenbrunner, E. (2003). *Zivilprozessordnung: Kurzkommentar Für Die Praxis*. Wien: Linde.
- Flood, J. ve Whyte, A. (2006). What's Wrong With Legal Aid? Lessons fFom Outside The UK. *Civil Justice Quarterly*, Vol. 25, 80-98.
- Gaul, H. F. (2006). Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu. (Çev. Nevhis Deren- Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku* (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 72-103.
- Gasser, D. ve Rickli, B. (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar*. Zürich, St. Gallen: Dike Verlag AG.
- Gerlis, S. M. ve Loughlin, P. (2001). *Civil Procedure*. London, Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Goriely, T. (1995). The Goverment's Legal Aid Reforms: *Reform Of Civil Procedure Essays On "Access To Justice"*. (Ed. A.A.S. Zuckerman, R.Cranston). Oxford: Clarendon Press, ss. 347-367.
- Gottwald, P. (2002). Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz. (Çev. Sema Taşpınar), *AÜHFD*, 51 (1), 1-17.
- Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, A. Ş. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözler, K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku C. I. (İkinci baskı)*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

- Gözübüyük, A. Ş. (2003). *Yönetmelik Yargı* (Güncelleştirilmiş 17. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. (2006). *Anayasa Hukuku (Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)* (Güncelleştirilmiş 14. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gray, A.; Fenn, P. ve Rickman, N. (1996). Monitoring Legal Aid: Back To First Principals?. *Access To Justice Hume Papers On Public Policy*, 4 (4), 24-35.
- Greenidge, A. H. J. (1999). *The Legal Procedure Of Cicero's Time*. New Jersey: Lawbook Exchange.
- Grossman, J. B.; Macaulay, S. ve Kritzer, H.M. (1999). "Do the "Haves" Still Come Out Ahead". *Law and Society Review*. Vol. 33, No. 4, 803-810.
- Grunsky, W. ve Baur, F. (2006). *Zivilprozessrecht* (Zwölfte Neu Bearbeitete Auflage). München: Luchterland.
- Güner, S. (2007). *Avukatlık Hukuku* (Genişletilmiş 3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günergök, Ö. (2009). *Avukatlık Sözleşmesi* 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Güralp, A. G. (2011). *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hafizoğulları, Z. (1994). Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı. *ABD*, 51 (1), 20-40.
- Hatemi, H. (1989). *Hukuk Devleti Öğretisi*. İstanbul: İşaret Yayınları.
- Hazard, G. C. ve Taruffo, M. (1993). *American Civil Procedure An Introduction*. New Haven, London: Yale University Press.
- Hess, B. (2008). EU Trends In Access To Justice: *Civil Justice Between Efficiency And Quality: From Ius Commune To The CEPEJ*. (Ed. C.H. van Rhee ve A. Uzelac). Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, ss. 189-205.
- Heuberger, H. (1947). *Das Armenrecht Der Aargauischen Zivilprozessordnung*. Aarau: Buchdruckerei Eugen Keller.
- Hirte, H. A. (January 1991). Access To The Courts For Indigent Person: A Comparative Analysis Of The Legal Framework In The United Kingdom, United States And Germany. *The International And Comparative Law Quarterly*, 40(1), 91-123.
- Horstink, M. (2005). Hollanda'da Adli Yardım Yönetimi ve Sunumu: *Türkiye'de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 91-100.

- Houseman, A. W. (July 2009). Civil Legal Aid In The United States An Update For 2009. *Center For Law And Social Policy*.
<http://www.clasp.org/admin/site/publications/files/0527.pdf> (Erişim Tarihi: 01.06.2010)
- Huber, E. R. (1998). Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet. (Çev. Tuğrul Ansay): *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 57-81.
- Işıklar, C. (2012). İdari Yargıda Derdestlik. *GÜHFD*, 1(XVI), 63-106.
- İnanıcı, H. (Nisan 2006). Uluslararası Gelişmeler Işığında Adlî Müzaheret. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 8(2), 196-222.
- İnceoğlu, S. (2002). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- İnceoğlu, S. (2002). Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi. Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 27-28 Nisan 2001, *Anayasa Yargısı*, Cilt 18, ss. 41-70.
- Jacob, J. M. (2007). *Civil Justice In The Age Of Human Rights*. Hampshire, Burlington: Ashgate Publishing.
- Jauernig, O. (2003), *Zivilprozessrecht Ein Studienbunh* (28. Völlig Neubearbeitete Auflage). München: Verlag C.H.Beck.
- Johsen, J. T. ve Regan, F. (2008). How To Use An International Best Policy Model In The Analysis And Improvement Of Finnish Legal Aid: *Civil Justice Between Efficiency And Quality: From Ius Commune To The CEPEJ*. (Ed. C.H. van Rhee ve A. Uzelac), Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia,, ss. 151-188.
- Kabakçioğlu, H. M. (1942). Müzahereti Adliye. *Adalet Dergisi*, (4), 375-386.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1998). Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 89-116.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2010). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. (Güncellenmiş 6. bası). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kalafat, A. (2008). İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 14, 157-173.

- Kalthoener, E.; Büttner, H. ve Wrobel-Sachs, H. (2010). *Prozess-und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe* (5. Völlig Neu Bearbeitete Auflage). München: Verlag C.H. Beck.
- Kamacı, M. (2006). *Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslararası Sözleşmeler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Karafakih, İ. H. (1952). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Karakehya, H. (2008). Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik. *Uğur Alacakptan'a Armağan C. I.* (Der. M.M. İnceoğlu). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Karateke, S. (2006). *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret (Avukatlık Hukuku ile İlgili Kanun, Yönetmelik, Avukatlık Meslek Kuralları ve İçtihatlar)*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karayalçın, Y. (1998). Hukukun Üstünlüğü (Kavram-Bazı Problemler): *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 117-146.
- Karlı, A. (2011). *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*. 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. İstanbul: Alternatif Yayıncılık.
- Kaşıkar, M. S. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Kavasoğlu, A. (2008). Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Dava Takip Zorunluluğu. *THD*, S: 26, 17-26.
- Kilian, M. ve Regan, F. (November 2004). Legal Expenses Insurance And Legal Aid—Two Sides Of The Same Coin? The Experience From Germany And Sweden. *Internatioal Journal Of The Legal Profession*, 11 (3), 233-255.
- Kocaağa, K. (Haziran-Aralık 2002). Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukukî Niteliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VI (1-2), 55-82.
- Kocaağa, K. (2006). Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Konuralp, H. (1999). *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

- Konuralp, H. (2005). Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları: *HFSA 14. Kitap*. (Haz. H. Ökçesiz), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 65-79.
- Köksal, M. (Aralık 2009). Adlî Yardım (Müzaheret Adlîye) Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması. *THD*, (40), 97-112.
- Köküarı, İ. (2011). Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri. *GÜHFD*, S: 1 (XV), 163-208.
- Kritzer, H.M. ve Silbey, S. (January 2004). *In Litigation Do The "Haves" Still Come Out Ahead?*. Vol. 14 No.1, Stanford, CA: Stanford University Press. <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/Kritzer-Silbey104.htm> (Erişim Tarihi: 02.12.2012)
- Kuru, B. (1961). *Nizasız Kaza*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Kuru, B. (2001a). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. V* (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir.
- Kuru, B. (2001b). *Hukuk Muhakemeleri usûlü C. II* (6. Baskı). İstanbul: Demir Demir.
- Kuru, B. (2001c). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. IV* (6. baskı). İstanbul: Demir Demir.
- Kuru, B.; Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2006). *Medenî Usûl Hukuku* (Genişletilmiş 6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kuru, B.; Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2011). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (6100 Sayılı HMK' na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Lücke, G. ve Wax, P. (2000). *Münchener Kommentar Zur Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen Band 1, § 1-354* (2. Auflage). München: C.H. Beck.
- Lücke, W. (2006). *Grundrisse Des Rechts Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung* (9. Auflage). München: C. H. Beck.
- Maxeiner, J. R. (2011). *A Right To Legal Aid: The ABA Model Access Act In International Perspective*. **SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791209>** (Erişim Tarihi: 02.12.2012). Belirtilen makale için ayrıca bkz. (September 14, 2011), Loyola New Orleans Journal of Public Interest Law, Vol. 13, No. 1 (Fall 2011), 61-113.
- Maurino, G. (2005) Hukuk Klinikleri, Pro Bono Uygulamaları ve Arjantin'de Adalet Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss.115-131.

- Meene, I. van de ve Rooij, B. van (2008). *Access To Justice And Legal Empowerment Making The Poor Central In Legal Development Co-operation*. Amsterdam: Leiden University Press.
- Meriç, N. (2011). *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Müller, K. (Januar 1987). Zur Problematik Des Prozesskostenrisikos Im Zivilprozess. *Juristische Rundschau*, (1), 1-7.
- Nauta, R. Y. ve Meijer, G. J. (1996). *French Civil Procedure: Access To Civil Procedure Abroad*. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars), München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, ss. 131-170.
- Okur, A. ve Kalay, M. (2004). *Adlî Yardım Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (1. Baskı). (Çağrı Avukatlar Grubu Yayın No. 1) İstanbul: Yıldızlar Matbaacılık.
- Ökçesiz, H. (1998a). Hukuk Devleti Olgusu: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 44-56.
- Ökçesiz, H. (1998b). İnsan ve Hukuk Devleti: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 35-43.
- Ökçesiz, H. (1998c). Hukuk Devleti: *Hukuk Devleti*. (Haz. H. Ökçesiz), HFSA, S. 4, İstanbul: Afa Yayıncılık, ss. 17-34.
- Önder, A. (1942). Barolar Adlî Müzaheret Kararı Verebilirler Mi?. *Adalet Dergisi*, (4), 514-519.
- Önen, E. (1972). *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Önen, E. (1979). *Medenî Yargılama Hukuku*. Ankara: AÜHF Yayınları.
- Özay, İ. (2004). *Günüşğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbek, M. (2006). Adalete Erişim ve Sosyal Devlet. *MİHDER*, 4 (4), 907-927.
- Özbudun, E. (2008). *Türk Anayasa Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özekes, M. (1999). *İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Özekes, M. (2003). *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Özekes, M. (2009). *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özman, M. A. (1980). Avrupa İnsan Hakları Divanının 1979 Yılında Verdiği Kararlar. *AÜHFD*, 36 (1), 121-146.
- Öztekin, S. (1986). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medenî Usûl İlkeleri" Konulu Tavsiye Kararı. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1 (1), 9-20.
- Öztoprak-Sağır, M. (2010). *Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi-Araştırma Raporu*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Öztürk, B.; Erdem, M. R. (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yeni Yargıtay Kararları İşlenmiş ve En Son CMK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Parker, C. (1999). *Just Lawyers: Regulation And Access To Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Paulus, C. G. (2010), *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung Und Europäisches Zivilprozessrecht* (Vierte, Überarbeitete Und Aktualisierte 4. Auflage). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Pekcanıtez, H. (1989). Dava Sonucuna Katılma Yasağı (Hasılı Davaya İştirak Yasağı). *İBD*, 63 (10-11-12), 594-623.
- Pekcanıtez, H. (1995). Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti. *Anayasa Yargısı* 12. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 257-287.
- Pekcanıtez, H. (1997). Medenî Yargıda Adil Yargılama. *İzBD*, S.2, 35-55.
- Pekcanıtez, H. (2000). Hukukî Dinlenilme Hakkı. *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, ss. 753-791.
- Pekcanıtez, H. (2004). Medenî Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi. *75. Yaş Günü İçin Baki Kuru’ya Armağan*. Ankara: TBBB Yayınları, ss. 515-551
- Pekcanıtez, H. (Eylül 2006). Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı. *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Sayı: 8, 69-78.
- Pekcanıtez, H.; Atalay, O. ve Özekes, M. (2007). *Medenî Usûl Hukuku* (6. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.

- Pekcanıtez, H.; Atalay, O. ve Özekes, M. (2011). *Medenî Usûl Hukuku* (11. bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Philippi, P. (1997). *Prozesskostenhilfe Und Grundgesetz: Zivilprozess Und Praxis, Das Verfahrensrecht Als Grundlage Juristischer Tätigkeit, Festschrift Für Egon Schneider Zur Vollendung Des 70. Lebensjahres*. Berlin, Herne: Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, ss. 267-276.
- Pınar, B. (2009). *Yargı ve İcra Harçları* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Pınar, B. ve Meriç, N. (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları ilişkisi. *TBB*, S. 84, 188-212.
- Plischuk, M. (2002), *Das Verfahren Der Prozesskostenhilfe (Studienarbeit)*. (Dokument Nr. 11384). Bonn: Grin.
- Postacıoğlu, İ. E. (1968). *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (Genişletilmiş 4. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Rechberger, W. H. (2006a). Avusturya Medenî Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku* (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 59-71.
- Rechberger, W. H. (2006b). Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması. (Çev. M. Kamil Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku* (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 1-15.
- Rechberger, W. H. ve Simotta, D. A. (2003). *Grundriss Des Österreichischen Zivilprozessrecht erkenntnisverfahren* (6. Ergänzte Auflage). Wien: Manz.
- Regan, F. (1999). Why Do Legal Aid Services Vary Between Societies?, Re-examining The Impact Of Welfare States And Legal Families: *The Transformation Of Legal Aid Comparative And Historical Studies*. (Ed: F.Regan vd.), Oxford: Oxford University Press , ss. 179-201.
- Reisoğlu, K. H. (1952). Müzaheretli Şahsın Davada Haksız Çıkması. *Adalet Dergisi*, S. 1, 64-73.
- Rhode, D. L. (2004). *Access To Justice*. New York: Oxford University Press.

- Rice, S. (2007). *A Human Right To Legal Aid*. Sydney: Macquarie Law Working Paper No. 2007-14.
- Rickman, N.; Fenn, P. ve Gray, A. (1999). The Reform Of Legal Aid In England and Wales. *Fiscal Studies*, 20 (3), 261–286.
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H. ve Gottwald, P. (2004). *Zivilprozessrecht* (16. Neubearbeitete Auflage). München: C.H. Beck.
- Ruhi, A.C. (2008). *Milletlerarası Usûl Hukukunda Tebligat: (Türkiye'den Yurt Dışına, Yurt Dışından Türkiye'ye Yapılan Tebligat)*. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Schellhammer, K. (2004). *Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle* (14. Auflage). Heidelberg: C. F. Müller.
- Schilken, E. (2002). *Zivilprozessrecht* (4. Auflage). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Schilken, E. (2006). Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü. (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım): *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku* (5. Bası). (Der. M. K. Yıldırım), İstanbul: Alkım Yayınevi, ss.38-58.
- Serter, Y.S. (Ekim 2011). Türk Hukuk Fakültelerinde Yeni Eğilim: Hukuk Klinikleri. *Terazi Hukuk Dergisi*, (62),72-86.
- Slapper, G. ve Kelly, D. (2009-2010). *The English Legal System* (10. Edition). London, New York: Taylor & Francis Routledge.
- Smith, R. (2005). Uluslararası Yükümler ve Adlî Yardım: *Türkiye’de Adlî Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*. (Der. İ. Elveriş), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 65-90.
- Snijders, H. J. (1996). *Netherland Civil Procedure: Access To Civil Procedure Abroad*. (Edit. H. J. Snijders), (Trans. B. Ruijsenaars), München, Boston, Athens, Bern, London: C.H.Beck, Kluwer, Sakkoulas, Stämpfli, Sweet&Maxwell, ss 239-276.
- Sungurtekin-Özkan, M. (2000). Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü. *Yargı Reformu 2000 Sempozyumunda sunulmuş bildiri*. 5.04.2000- İzmir, s. 137-151. <http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> Erişim tarihi: 01.07.2011)
- Sungurtekin-Özkan, M. (2006). *En Son Değişikliklerle Avukatlık Hukuku* (1. Baskı). İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.

- Sungurtekin-Özkan, M ve Türkoğlu-Özdemir, G. (2008). *Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Şahin, C. (2004). Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İhas 6/3-B). *GÜHFD*, S. 1-2 (VIII), 273-292.
- Şenocak, K. (1993). *Hukukî Himaye Sigortası*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Şimşek, O. (1999). *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Tan, H. (1951). Alman Hukukunda Adlî Yardım Müessesesi. *Adalet Dergisi*, (9), 1422-1443.
- Tanör, B. (1978). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. İstanbul: May Yayınları.
- Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2006). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (8. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Tanrıver, S. (2000). Hukuk Yargılamasında Etkinliğin Sağlaması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine. *AÜHFD*, 49 (1-4), 67-83.
- Tanrıver, S. (2004). Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. *TBBD*, S.53, 191-215.
- Tanrıver, S. (2007). *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Tanrıver, S. (2008). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi. *AÜHFD*, 57 (3), 635-664.
- Taşkın, A. (1999). Adlî Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı. *TBBD*, (3), 831-854.
- Taşkın, A. (2000). Noterlik İşlemlerinde Adlî Yardım Hükümlerinin Uygulanması. *AÜHFD*, 9 (1-4), 117-136.
- Taşpınar, S. (1999). Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu. *Faruk Erem Armağanı*. Ankara: TBBD Yayınları, ss. 759-787.
- Taşpınar, S. (2001). *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tercan, E. (1996). Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü. *SÜHFD* (Prof Dr. Şakir Berki'ye Armağan), 5 (1-2), ss. 181-212.

- Tercan, E. (2001). *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tezcan, D. (Ocak-Aralık 1997), Tercümandan Yararlanma Hakkı. *Ankara Üniversitesi Siyasal Fakülteler Dergisi (Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan)*, 52 (1-4), ss. 693-700.
- Tezcan, D.; Erdem, M. H. ve Sancakdar, O. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Tezcan, D. ; Erdem, M. R.; Sancakdar, O. ve Önok, R. M. (2009). İnsan Hakları El Kitabı (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Thomas, H. ve Putzo, H. (2005). *Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz Den Einführungsgesetzen Und Europarechtlichen Vorschriften Kommentar* (27. Neubearbeitete Auflage). München: C.H. Beck.
- Toptaş, S. (2007). *Davada Vekâlet Ücreti*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Ulukapı, Ö. (1997). *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Ulusoy, E. (1999). *Rechtswörterbuch Teil Weise Mit Erläuterungen*. (1. Bası). İstanbul: Beta.
- Umar, B, ve Alangoya, Y. (1966). *Anlaşmalarımızda ve İlgili Mevzuatımızda Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Hükümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). *İsbat Yükü* (2. Baskı). İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii.
- Uslu, F. (1942). HUMK'un 472'nci Maddesine Dair Bir İnceleme. *İzBD*, S: 24–25, 349–355.
- Uygur, G. (2004). Adalet ve Hukuk Devleti. *AÜHFD*, 53 (3), 29-38.
- Ünal-Özkorkut, N. (2003). Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine girişi. *AÜHFD*, 52 (4), 147-154.
- Ünal, Ş. (2001). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2009). *Ceza Muhakemesi Hukuku C. I* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

- Üstündağ, S. (1997). *Medenî Yargılama Hukuku C. I-II* (6. Baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Üye, M. (2010). *Türk Hukuku'nda ve İsveç Hukuku'nda Kanunî Miras Hakkı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Woolf, L. (2006). Adalete Erişim- Nihai Rapor. (Çev. Mustafa Özbek), *MİHDER*, S: 2, 989- 1002.
- Yavaş, M. (2007). Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Egemen Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 283-335.
- Yaşar, İ. (2006). Adli Yardım Uygulaması. *İBD*, 80 (5), 2007-2026.
- Yıldırım, M. K. (2003). Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler. *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, ss. 467-491.
- Yılmaz, E. (1983). İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı. *ABD*, S: 3-4, 11-34.
- Yılmaz, E. (1984). Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti. *ABD*, 41 (2), 200-224.
- Yılmaz, E. (1987). Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması. *Mali Hukuk*, S:7, 12-23.
- Yılmaz, E. (1996). Medenî Yargıda İnsan Hakları. *TBBD*, 9 (2), 149-167.
- Yılmaz, E. (2001). *Hukuk Sözlüğü* (Genişletilmiş 6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, E. (2005). *İstinaf*. (Genişletilmiş 2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, E. (2008). Usûl Ekonomisi. *AÜHFD*, 57 (1), 243-274.
- Yılmaz, E. (2010). *Medenî Yargılama Hukukunda Islah* (Değiştirilmiş 2. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Zeeland, C.M.C. van ve Barendrecht, J.M. (December 2003). Gefinancierde Rechtsbijstand Vergeleken Een Rechtsvergelijkend Onderzoek Naar Drie Rechtsbijstandstelsels. *Centrum Voor Aansprakelijkheidsrecht Universiteit Van Tilburg*. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=11571> (Erişim Tarihi: 07.12.2009)
- Zeiss, W. ve Schreiber, K. (2003). *Zivilprozessrecht* (10. Neubearbeitete Auflage). Tübingen: M. Siebeck.

Zöller, R.; Geimer, R.; Hessler, H. J.; Greger, R.; Philippi, P.; Gummer, P.; Stöber, K.; Herget, K. ve Volkommer, M. (2005). *Zivilprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Den Einführungsgesetzen, Mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar*. (25. neubearbeitetenauflage). Köln: O. Schmidt.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

http://www.avrupakonsevi.org.tr/antlasma/aas_1.htm (Erişim Tarihi: 21.10.2010)

<http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2010)

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_n_o=94424 (Erişim Tarihi: 15.10.2011)

http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

http://www.proyectos.cchs.csic.es/euroconstitution/library/constitution_29.10.04/part_II_EN.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

<http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=37778&l=1> (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

<http://gandalf.aksis.uib.no/~brit/EU-CONST-EN-cc/FINALACT.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

<http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=37778&l=1> (Erişim Tarihi: 20.09.2011)

<http://www.courts.state.m.us/mdatjc/pdfs/interimreport111009.pdf> (Erişim Tarihi: 10.06.2010)

<http://www.todaie.gov.tr/ihadm/bm/mhukuk.pdf> (Erişim tarihi, 20.10.2010)

http://www.adlîsicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/icra/icra1.pdf Erişim tarihi: 01.07.2011

<http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4199> (Erişim tarihi: 01.07.2011)

http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf (Erişim Tarihi: 01.07.2011)

http://www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?DocumentIndex=adliyardim/adliyardi_mbanner.htm (Erişim tarihi: 01.07.2011)

<http://www.izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=4203> (Erişim tarihi: 01.07.2011)

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1694098&SecMode=1&DocId=1653000&Usage=2> (Erişim Tarihi: 20.6.2011)

<http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=7961&Tip=Duyuru> (Erişim Tarihi: 14.10.2011)

http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_fra_en.htm (Erişim Tarihi: 20.10.2011)

<http://www.iolta.org/grants/> (Erişim Tarihi: 25.10.2011)

<http://www.selfhelpsupport.org/> (Erişim Tarihi: 25.10.2011)

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey/turkce_lah2.pdf (Erişim Tarihi: 01.12.2012)

<http://www.french-property.com/news/money-france/legal-aid-thresholds-2011/> (Erişim Tarihi: 01.12.2012)

<http://www.hotdocs.com/> (Erişim Tarihi: 05.12.2012)

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1568> (Erişim Tarihi: 06.12.2012)

<http://www.mckenziefriend.biz/> (Erişim Tarihi: 06.12.2012.)

<http://www.elsa-kdy.org/> (Erişim Tarihi: 12.10.2012)