

T.C.
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA
ADALETE ERİŞİM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
İREM ÖZDEMİR

TEZ DANIŐMANI
Yrd. Doç. Dr. MUSTAFA SERDAR ÖZBEK

ANKARA 2010

ÖZET

Adaletle erişim, tanımlanması kolay olmayan bir kavramdır. Adaletle erişimin tanımlanmasında çoğunlukla izlenen yol, erişim kavramına odaklanarak engellerin kaldırılması ise de, erişilenin ne olduğu da büyük önem taşımaktadır. Zira, erişilenin “adalet” olmadığı durumlarda, erişmenin anlamı kalmaz. Bu nedenle adaletin anlamının ve tarihsel süreç içerisinde geçirdiği değişimin gözlenmesi gerekmektedir. Adaletin, toplumun zaman içinde değişme ve gelişmesine paralel olarak değişken bir yapıya sahip olduğu görülse de, aynı zamanda toplumda asgari müşterekler belirlenerek de ortak bir adalet anlayışının benimsenmesi mümkündür.

Adaletle erişim kaynağını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı”nda bulur, Türk Hukuku bakımından ise, Anayasamızın her şeyden önce sosyal bir hukuk devleti olduğunu vurgulayan, 2. maddesi ile 5., 9., 10., 36. ve 141/4. maddeleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinde adaletle erişimi destekleyen temel düzenlemelere yer verildiği görülmüştür. En temelde, hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi ve medeni yargılama hukukunda günümüzde yaşanan sorunlarının çözümünde göz önüne alınması büyük önem taşıyan usul ekonomisi ilkesinin uygulamada medeni yargılama hukukunda hakim ilke haline gelmesi sayesinde adaletle erişiminin hayata geçirilmesi sağlanmalıdır.

Medeni yargılama hukukunda günümüzde adaletle erişim bakımından üç ana engel karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, fiziki engeller, mahkemelerin konumu ve yapısal koşulları ile ilgili engellerdir. Engellerden bir diğeri, objektif engellerdir be bunlar da masraf, gecikme ve karmaşıklığıdır. Son olarak sübjektif engeller gelmektedir. Sübjektif engeller ile kastedilen ise, kişilerin kendilerinden kaynaklanan, psikolojik veya kültürel koşullarıdır. Adaletle erişimin önündeki engellerin sosyal devlet eliyle ortadan kaldırılması ve olumsuz koşulların düzeltilmesi gerekliliği, adaletle erişimin günümüzde bir insan hakkı olarak tanınması ve devlete pozitif görevler yükleyen sosyal bir hak olarak ortaya çıkmasının bir sonucudur. Günümüzde, adaletle erişim hakkı, en temel insan haklarından biri olarak uluslar üstü bir nitelik kazanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, usul ekonomisi ilkesi, sosyal devlet.

ABSTRACT

It is not an easy task to define access to justice in civil procedural law. Most common aim in defining access to justice, is to focus on “access”, but the importance that “justice” deserves, should be given to the concept. For, if it is not justice you’ve reached, having “access” for it would be meaningless. For this reason, meaning of justice should be studied and it should also be examined relating to its historical background and its changes that happened during history. Even if justice has a unstable and uncertain characteristic due to its close relations with society, analyzing its evolution can lead individuals to find a common point in defining justice.

Access to justice has its foundations on European Convention on Human Rights article 6 on “Fair Trial”, and in Turkish law, Article 2, 5, 9, 10, 36 and 141/4 are the most basic regulations along with Article 77 of Turkish Civil Procedure Law. In order to grant access to justice, basic human rights and procedural economy should be implemented strongly.

Barriers to access to justice can be defined under three categories, which are, physical, objective and subjective barriers. Welfare state should be responsible on taking actions to eliminate the barriers on access to justice and granting the right of access to justice, which is a fundamental human right and one of the most basic social rights.

Key Words: Human rights, right to seek remedy, right to fair trial, procedural economy, welfare state.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	1
ABSTRACT.....	2
İÇİNDEKİLER.....	3
KAYNAKÇA.....	6
KISALTMALAR.....	12
GİRİŞ.....	14

BİRİNCİ BÖLÜM ADALETE ERİŞİM KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

§ 1. ADALETE ERİŞİMİN ANLAMI, KONUSU VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	16
A) “Adalet Erişim” Kavramı.....	16
I- “Adalet Erişim” Tanımı.....	16
II- İnsan Haklarından Sayılan “Adalet Erişim Hakkı”	23
B) Adalet Erişimin Konusu ve Adalet Erişim Sorunu	26
I- Adalet Erişimin Konusu	26
II- Adalet Erişim Sorunu	28
C) Adalet Erişimin Diğer Anayasa İlkeleriyle İlişkisi	31
I- Adalet Erişim ve Hak Arama Özgürlüğü	31
II- Adalet Erişim ve Adil Yargılanma Hakkı	34
III- Adalet Erişim ve Sosyal Devlet İlkesi.....	37
D) Adalet Erişimin Tarihsel Gelişimi	41
I- Genel Olarak	41
II- Adalet Erişim Akımı	45
1) 1. Dalga: Adli Kurumlara ve Yetkililere Erişim	46
2) 2. Dalga: Dava Yolunun İyileştirilmesi.....	47
3) 3. Dalga: Adalet Giden Yolların Kolaylaştırılması	48
4) 4. Dalga: Katılım ve Uyuşmazlıkların Önlenmesi	48
§ 2. ADALETE ERİŞİMİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER.....	50
A) Genel Olarak “Engeller”.....	50
B) Fiziki Engeller	51
C) Objektif Engeller	55
I- Masraflar	59
II- Gecikme	61
III- Karmaşıklık.....	62
D) Sübjektif Engeller.....	64

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK HUKUKU’NDA ADALETE ERİŞİME KATKI SAĞLAYAN DÜZENLEMELER

§ 3. BİLGİYE ERİŞİM	66
A) Genel Olarak.....	66
A) Dilekçe Hakkı	69
I- Genel Olarak “Dilekçe Hakkı”.....	69
II- Dilekçe Hakkına İlişkin Düzenlemeler	70
B) Bilgi Edinme Hakkı	72
I- Genel Olarak “Bilgi Edinme Hakkı”	72

II- Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler	73
§ 4. ADLİ YARDIM.....	77
A) Genel Olarak.....	77
B) HUMK Kapsamında Mahkemeye Yapılacak Adli Yardım Talebi	79
I- Kapsam.....	80
I- Yararlanacak Kişiler	81
II- Giderler	82
C) Adli Yardım Bürosu'na Yapılacak Adli Yardım Talebi.....	83
I- Örgütlenme.....	83
II- Adli Yardım Talebi	83
III- Kapsam.....	84
IV- Adli Yardım Bürosunun Finansmanı	84
D) Adli Yardıma İlişkin Eleştiri ve Öneriler	85
I- Yasal Düzenlemeler	85
II- Adli Yardım Hizmet Sağlayıcıları	86
III- Bütçe ve Araştırma.....	87
§ 5. TOPLULUK DAVALARI	89
A) Genel Olarak.....	89
I- Topluluk Davası Kavramı	89
II- Topluluk Davasının Unsurları.....	91
1) Topluluğu Oluşturan Kişi Sayısı	91
2) Ortak Bir Uyuşmazlığın Bulunması.....	91
3) Topluluk Davası İle Daha Etkili Bir Çözüm Sağlanması.....	92
B) Türk Hukuku'ndaki Benzer Düzenlemeler.....	92
I- HUMK	92
II- HMK Tasarısı.....	95
III- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.....	96
IV- 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu.....	98
V- 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu.....	99
VI- 2872 Sayılı Çevre Kanunu	100
C) Topluluk Davasına İlişkin Eleştiri ve Öneriler	102
§ 6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI	105
A) Genel Olarak.....	105
B) Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Kapsamı	107
C) Türk Hukukundaki Düzenlemeler	107
I- Avukatlık Kanunu	107
II- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı	110
1) Genel Olarak	110
2) Kanunu Uygulanması.....	112
3) Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler.....	113
III- Diğer Düzenlemeler	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ADALETE ERİŞİM REFORMLARI

§ 7. ADALETE ERİŞİM REFORMLARININ KAPSAMI VE NİTELİĞİ.....	116
A) Çok Boyutlu ve Çoğulcu Yaklaşım	116
B) Gerçekçi Yaklaşımlar ve Reformlarda Düzen	118
C) Sonuç ve Etkilerin Hesaplanması	119

§ 8. ADALETE ERİŞİM REFORMLARINA İLİŞKİN	
ÖNERİLER	122
A) Sosyal Devlet Bakımından Öneriler	122
I- Adalet hizmeti Veren Kurumların Sosyalleşmesi	122
II- Hukukun Sosyalleştirilmesi	123
B) Adalet Hizmetlerine İlişkin Öneriler	124
I- Yargı Kurumları ve Hakimler	124
II- Yargı Örgütünün Yapısı ve İşleyişi.....	126
DEĞERLENDİRMELER.....	132
SONUÇ.....	136

KAYNAKÇA

- Akalın, Şükrü Haluk : Türkçe Sözlük, Ankara 2009 (TDK-Sözlük)
- Akıncı, Müslüm : İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008.
- Akkan, Mine : Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (Legal MİHDER 2007/6 s. 68) s. 29.
- Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, Kâmil/
Deren-Yıldırım,
Nevhis : Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009. (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul)
- Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, Kâmil/
Deren-Yıldırım,
Nevhis : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Değerlendirme ve Öneriler).
- Ansay, Sabri Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Armağan, Servet : Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul 1972.
- Arslan, Ramazan/
Tanrıver, Süha : Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.
- Aybay, Aydın/
Aybay, Rona : Hukuka Giriş, İstanbul 2003
- Biçkin, İnci : Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (HPD 2006/7 s. 34-45).
- Bilge, Necip : Hukuk Başlangıcı, Ankara 2003.
- Bilge, Necip/
Önen, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
- Budak, Ali Cem : Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2009. (Budak-Tasarı)
- Budak, Ali Cem : Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000. (Budak, Üçüncü Kişilerin Hakları)
- Bulut, Nihat : Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009.
- Cappelletti, Mauro : Human Rights an the Proceduralist's Role (International Perspectives On Civil Justice: Essays in Honour of Sir I.H. Jack Jacob Q.C. Ed. By I.R. Scott, London 1990, s. 1-10)
- Cappelletti, Mauro/
Garth, Bryant : Access to Justice and Welfare State,

- Netherlands, 1981.
- Çeçen, Anıl : Adalet Kavramı, Ankara 2003.
- Çelik, Adem : Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2007
- Demircioğlu, Yaşar : Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007.
- Deren-Yıldırım, Nevhis : Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukuku'nda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (YD 1997/1-2, s. 137-154). (Deren-Yıldırım-Kollektif)
- Deren-Yıldırım, Nevhis : Teksif İlkesi Açısında İstinaf, (Deren-Yıldırım-Teksif)
- Develioğlu, Ferit : Osmanlıca-Türkçe Asiklopedik Lugat, Ankara 2008.
- Diamant, Neil J./ Lubman, Stanley B./ O'Brien, Kevin J. : Law and Society in the People's Republic of China (Law in China, California 2005, s. 3-27).
- Elveriş, İdil : Türkiye'de Adalete Erişim (Adalete Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 29-35) (Elveriş-Sempozyum)
- Elveriş, İdil : Türkiye'de Adli Yardım, İstanbul 2004. (Elveriş-Adli Yardım)
- Elveriş, İdil : Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları (Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.178-202)(Elveriş-Avukatlık)
- Erdoğan, Mustafa : Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı? (Doğu Batı Dergisi 2000-2001/13, s. 47-59).
- Erol, Haydar : Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- Esener, Turhan : Hukuk Başlangıcı, İstanbul 2000.
- Galanter, Marc : Access to Justice as a Moving Frontier (Access to Justice for a New Century-The Way Forward, Toronto 2005, s.147-161).
- Gençcan, Ömer Uğur : Adli Yardım (YD 2005/1-2, s.127-138)
- Genn, Hazel : Paths to Justice, Oxford 1999.
- Gören, Zafer : Temel Hak Teorisi, İzmir 2000.
- Gözler, Kemal : Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2007
- Gramatikov, Martin/ Barendrecht, Maurits/ Laxminarayan, Malini/ Verdonschot, Jin Ho/

- Klaming, Laura/
Zeeland, Corry Van : A Handbook for Measuring the Costs And
Quality of Access to Justice, Antwerpen
2009.
- Gündüz, Okan : Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni
Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi,
Ankara 2009.
- Güneş, M. Ahmet : Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme
(GÜHFD, 2010/1, s.300-333) s.304.
- Hız, Yüksel/
Yılmaz, Zekeriya : Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara
2004.
- Hirş, Ernst : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi
Dersleri, Ankara 2001.
- İnalcık, Halil : Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin
Üstünlüğü (Adalet Kitabı, Ankara 2007, s.
139-185).
- İzgi, Ömer/
Gören, Zafer : Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu,
C.1, Ankara 2002.
- Kalabalık, Halil : İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009.
- Kalem, Seda/
Jahic, Galma/
Elveriş, İdil : Adalet Barometresi, İstanbul 2008.
(Kalem/Jahic/Elveriş- Adalet Barometresi)
- Kalem, Seda/
Jahic, Galma/
Elveriş, İdil : Adliye Gözlemleri İstanbul 2007.
(Kalem/Jahic/Elveriş- Adliye Gözlemleri)
- Karadeniz-Çelebican,
Özcan : Roma Hukuku, Ankara 2000.
- Kolcuoğlu Kazım : Adalet Erişim, (Adalet Erişim
Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul
2006, s. 9-12).
- Konuralp Haluk : 75. Yılında Yargı Düzeninin Düşünsel ve
Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler
(Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3820-3825)
(Konuralp-Yargı Düzeni).
- Konuralp, Haluk : Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları
(Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları,
Ankara 1986 , s. 65-96) (Konuralp-Çevre).
- Köksal, Mustafa : Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıdaki
Uygulaması (THD 2009/40, s. 97-112)
- Kuru, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1,2,3,4,5,6
İstanbul 2001 (Kuru-Usul C.1,2,3,4,5,6).
- Kuru, Baki: : Hukuk Davalarında Yargılamanın
Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken

Tedbirler (İstanbul Barosu Dergisi 1984/4-6, s.166-185).

- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009.
Küçük, Adnan : Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti (Hukuk Devleti, Ankara 2008, s. 351-454).
- Lhuillier, Julien/
Lhuillier-Solenik, Daria: Access to Justice In Europe, European Commission For the Efficiency of the Justice, Studies no.9, France 2009 (CEPEJ).
- Lutton, Delos : Baroların Kamuoyunu Bilgilendirmedeki Rollerini, (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 21-24)
- McDonald, Roderick : Access to Justice in Canada Today (Access to Justice for a New Century-The Way Forward, Toronto 2005, s. 19-113).
- Moorhead, Richard/
Pleasence, Pascoe : After Universalism, Re-engineering Access to Justice, Oxford 2003.
- Nicolay, Gerard : Adalet Erişimde Paris Modeli (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 39-42)
- Oğlakçioğlu, Onur : Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim, İzmir 2008.
- Onar, Sıddık Sami/
Mustafa Reşit Belgesay : Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.
- Özay, İl Han : Günışığında Yönetim, İstanbul 2002.
Özbay, İbrahim : Grup Davaları, Ankara 2009.
Özbek, Mustafa : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009. (Özbek-ADR)
- Özbek, Mustafa : Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162) (Özbek-Gelişmeler).
- Özbek, Mustafa : Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927) (Özbek-Adalet Erişim).
- Özbek, Mustafa : Türkiye’de Adalet Erişim Projesi, (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 57-64) (Özbek-Sempozyum)
- Özekes, Muhammet : Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003

- Özlem, Doğan : Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek (Doğu Batı Dergisi, 2000-201/13, s. 11-25).
- Pekcanitez, Hakan : Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, s. 69-78.) (Pekcanitez- HMKT)
- Pekcanitez, Hakan : Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992. (Pekcanitez-Fer'i Müdahale)
- Pekcanitez, Hakan : Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz.B.D. 1995/2, s. 103-113 (Pekcanitez-Yargı Reformu)
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009.
Postacıoğlu, İlhan : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Summers, Della : Longman Dictionary of Contemporary English, Essex 2008.
- Sungurtekin Özkan,
Meral : Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yekisi (MİHDER 2005/2, s. 353-369).
- Tanrıver, Süha : Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, (AÜHFD 2000/1-4, s. 67-82).
- Tezcan, Durmuş/
Sancaktar, Oğuz/
Önok, Murat Erdem/
Mustafa Ruhan : İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2009.
Tiryaki, Refik : Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008
- Topçuoğlu, Metin : Çevre Hakkı ve Yargı, Ankara 1998.
Tunc, Andre : The Quest for Justice (Welfare State, Netherlands 1981, s. 315-359).
- Turgut, Nükhet : Çevre ve Yurttaşlar, Ankara 1993.
Türk, Hikmet Sami : Daha İyi Bir Anayasa İçin..., Ankara 2003.
Umar, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları (YÜHFD 2006/1, s. 161-183).
- Üstündağ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, C.1,2, İstanbul 2000. (Üstündağ-Yargılama).
- Üstündağ, Saim : Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları (İBD 1974/5-8, s. 270-189) (Üstündağ-Çözüm Yolları).

- Woolf, Harry : Access to Justice Final Report Overview (In Pursuit of Justice, Oxford 2008, s. 311-342) (Woolf- Access to Justice)
- Woolf, Harry : Current Challenges in Judging (In Pursuit of Justice, Oxford 2008, s. 193-207) (Woolf-Challenges)
- Woolf, Harry : The Needs of a 21st Century Judge (In Pursuit of Justice, Oxford 2008, s. 175-207) (Woolf-21st Century)
- Van de Mene, Ineke/
Van Rooij, Benjamin : Access to Justice and Legal Empowerment, Leiden 2008.
- Yaşar, İmmihan : Adli Yardım Uygulaması (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 93-112).
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005 (Yılmaz-Sözlük).
- Yılmaz, Ejder : Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye 1996/10 s. 470-493) (Yılmaz-İşleyen Adalet).
- Yılmaz, Ejder : Islah, Ankara 2010 (Yılmaz-Islah).
- Yılmaz, Ejder : Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1 s. 243-274) (Yılmaz-Usul Ekonomisi).
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD Şakir Bekri'ye Armağan, 1996/1-2 s. 55-76)(Yılmaz-Hukuk).
- Yücel, Mustafa Tören : Türkiye'de Yargının Etkinliği, Ankara 2008.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>
<http://www.barobirlik.org.tr>
<http://www.escri-net.org>
<http://www.hiil.org>
<http://www.mevzuat.gov.tr>
<http://www.tilburguniversity.nl>
<http://www.tuik.gov.tr>
<https://www.turkiye.gov.tr>
<http://www.undp.org.tr>
<http://www.uyap.gov.tr>

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
Av. K. Yön.	: Avukatlık Kanunu Yönetmeliği
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
D	: Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (Tasarı)
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAKT	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı
HUMK	: Hukuk Uyuşmazlıkları Muhakemesi Kanunu
Hızl.	: Hazırlayan
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İİK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Kanun
m	: madde
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
MK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Sen. K.	: Sendikalar Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TDK	: Türk Dil Kurumu

TİSGLK : Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK : Türk Ticaret Kanunu

Y. : Yıl

y.y. : Yüzyıl

GİRİŞ

Adalet erişim, hukuki olduğu kadar sosyal, kültürel ve politik alanları da ilgilendiren pek çok kavramı ve düşünceyi içinde barındırdığından, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır. Adalet erişimi konu alan çalışmalarda, her ne kadar, çoğunlukla “erişimin” nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği üzerine odaklanılmakta ise de, erişilenin ne olduğu üzerinde de durulması büyük önem taşımaktadır. Zira adalet erişiminin gerçekleşmesi, erişilenin, amaçlanan “adalet” olmaması durumunda anlamsız ve gereksiz bir çabadan öteye geçemeyecektir.

Ne var ki, adalet erişim kavramı çerçevesinde erişilmek istenen adaletin ne olduğu ve nasıl tanımlanacağı da, insanlık tarihinin başlangıcından beri var olan ve cevaplanması neredeyse imkânsız soruları da beraberinde getirmektedir. Asırlar boyunca adalet denildiğinde, “anlaşılan” ve “anlaşılması gereken” arasında var olan fikri mücadeleler, günümüze kadar varlığını sürdürmüş ve kavramın geniş ve değişken yapısı, genel geçerli bir tanımın yapılmasına engel olmuştur. Bununla birlikte, insanlığın başlangıcından beri konuya ilişkin ortaya atılan fikirler ve tarih boyunca edinilen tecrübeler aracılığı ile asgari müştereklere ulaşılması da, kavramın bir nebze de olsa açıklığa kavuşmasında en önemli yardımcıları olarak karşımıza çıkar.

Adalet erişim kavramı hakkında genel bir bilgi verirken aynı zamanda, kavramın medeni yargılama hukuku içindeki yerini ve önemini de vurgulamayı amaçlayan bu çalışmanın birinci bölümünde adalet erişim kavramının yapısı, öncelikle erişilmek istenen “adalet” kavramının tanımlanması ile başlayacaktır. Buna göre adalet kavramının felsefi, sosyolojik ve tarihi boyutta incelenmesi ile, bu kavramın günümüze kadar gelen süreç içerisinde geçirdiği değişimler, diğer bir deyişle, adalet kavramının evrim süreci anlatılmaya çalışılacaktır. Söz konusu evrim süreci içerisinde adalet kavramı hiçbir süreçte tam anlamıyla genel geçerli bir tanıma ulaşmış değilse de, kavramın çağrıştırdığı anlamların günümüze kadar gelişimi içerisinde geldiği nokta belirlenmiştir. Bu yolla, adalet kavramına dair “asgari müşterekler” ortaya konmaya çalışılmıştır. Birinci bölümün son konusu olan “Erişim” başlığı altında ise, erişimin adalet erişiminin gerçekleştirilmesi için alması gereken anlam üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde, “Medeni Yargılama Hukukunda İçinde “Adalete Erişimin”, medeni yargılama hukukunun ilkeleri ışığında adalete erişimin oturacağı yer belirlenmiş, daha sonrasında ise adalete erişim akımı çerçevesinde dünyada meydana gelen reformist hareketler anlatılmıştır. Buna göre adalete erişimin, özellikle İkinci Dünya Savaşı’nda sonra meydana gelen ve insan hakları ihlallerine tepki olarak ortaya çıkan, insan hakları akımının bir sonucu ve tamamlayıcısı olarak karşımıza çıkmakta olduğu görülmektedir. Ayrıca adalete erişimin günümüzde, sosyal devlet tarafından giderek daha çok kabul gördüğü ve geliştirilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. İkinci bölüm içerisinde, aynı zamanda, adalete erişim akımının gelişimi bir dalga benzetmesi çerçevesinde anlatılarak, birinci dalga ile mahkemelere erişim, ikinci dalga ile usul hukukunda ortak menfaatlerin korunmasına yönelik olarak meydana gelen değişim ve üçüncü dalga da ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi anlatılmıştır.

Adalete erişimin geliştirilmesine yönelik olarak, öncelikli konu adaletin ayırım yapmaksızın, herkesin adalete erişiminin önündeki engellerin kaldırılması olarak algılanması ve bu yolla yeni usullerin sisteme entegre edilmesinden önce mevcut usullerdeki aksaklıkların giderilmesi amaçlanmaktadır. Buna paralel olarak, ikinci bölümde adalete erişimin önündeki engeller, fiziksel, objektif ve sübjektif olmak üzere üçe ayrılarak incelenmiştir. Adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılmasının yanında, 21. yüzyılda insan hakları arasındaki yerini alan adalete erişimin sınırları da ikinci bölümün son konusu olarak incelenmiştir.

Son olarak üçüncü bölümde ülkemizdeki adalete erişim reformları tüm yönleriyle ortaya konarken, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nde adalet mekanizmasının günümüzde tüm dünyada aldığı şekle uygun olarak yapılan çalışmalar ve kanunlaştırmalar çerçevesinde adli yardım, topluluk davası ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları detayları ile anlatılmaya çalışılmıştır. Adalete erişim kavramı toplumda istisnasız her bireyin adalet mekanizması ve hak arama özgürlüğünü sınırsız biçimde kullanabilmesi için uygun usullere erişiminin sağlanması için engellerin ortadan kaldırılması ile birlikte, aynı zamanda sosyal devlet politikaları çerçevesinde, çağımızın gereklerine uygun iyileştirme ve kolaylaştırıcı usulleri düzenleme çalışmalarını da içeren oldukça geniş bir kavramdır ve gelişerek büyümeye devam etmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADALETE ERİŞİM KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

§ 1. ADALETE ERİŞİMİN ANLAMI, KONUSU, ÖNEMİ

VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A) “Adalet Erişim” Kavramı

I- “Adalet Erişim” Tanımı

Adalet erişim kavramı, adalet ve erişim sözcüklerinin her ikisinin birden fazla anlamı olması ve zaman içinde değişkenlik göstermesi sebebiyle, karmaşıklaşmakta, zenginleşmektedir. Ortaya atıldığı günden itibaren, adalet erişim kavramının tanımı üzerinde, günümüze kadar hala bir fikir birliğine varılamamıştır. Buna karşın, adalet erişimin kaynağını oluşturan düşünce akımları ve temel değerler, ortak kıstaslar getirerek, kavramın tanımlanmasına katkı sağlamıştır. Çalışmamızda, adalet erişim, bu kavramı oluşturan adalet ve erişim sözcüklerine ayrı ayrı bakılarak incelenecek, daha sonra ise bir araya getirilerek, adalet erişim kavramının tanımlanması yoluna gidilecektir.

Adalet sözcüğü *adl*¹ kökünden gelmektedir ve Arapçadan dilimize katılmıştır. *Adl*, “doğruluk” anlamını taşımaktadır². Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre adalet, “*Yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılmasının sağlanması*”³, hukuk sözlüğünde ise, “*Herkesin hakkını tanıma*” şeklinde tanımlanmıştır⁴. Bu tanım çerçevesinde, adalet

¹ “*El adl-ü essas-ül mülk.*” cümlesinin Türkçe karşılığı, “Adalet mülkün temelidir.” cümlesidir. Burada kullanıldığı anlam ise adaletin tam karşılığıdır.; Yılmaz’a göre, bu sözün anlamına bakarak adaletin önemini anlarız. Zira, adaletin işleyişi ile devletin işleyişi doğru orantılıdır ve adalet olmazda devlet de varlığını sürdüremez. (Yılmaz, Ejder: Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye 1996/10, s. 470-493) s. 471).

² Sözcüğün karşısında “bkz. adalet, dada” denilmekte, *dad* sözcüğünün anlamı ise adalet, doğruluk şeklinde belirtilmektedir. (Develioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 2008, s. 10).

³ Akalın, Şükrü Haluk: Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 18.

⁴ Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 28.

kavramı, işlevsel bir biçimde ele alınmaktadır. Adalet, hak⁵ kavramı ile ilişkilendirilmiş ve hakkın tanınmasının, yani, kanunun uygulanmasının sonucu olarak karşımıza çıkmıştır. Böylece adalet, kanunlara uygunluk ile bir tutulmaktadır⁶. Bir toplumda, o sırada yürürlükteki yazılı veya yazılı olmayan hukuk kuralları ile oluşturulmuş düzene, yani, hukuk düzenine uygun davranmak veya uygunsuz davranışta bulunmamak, kişinin adaletli davranması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda hukuka uygunluk, o durumun adaletli olmasını yani ‘adil’ sıfatını kazanmasını sağlar⁷.

Adalet, bir diğer tanıma göre, “*Herkes kendine uygun düşeni, kendi hakkı olanı verme, doğruluk*”⁸ tur. Aynı şekilde, hukuk sözlüğünde yapılan tanıma göre de adalet, “*karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge, zulmetmeme, insaflı davranma*”⁹ olarak karşımıza çıkar¹⁰. Burada ise, adalet kavramı ile bağlantılı olarak “hakkaniyet” kavramının incelenmesi gerekir. Zira, devlet eliyle yürürlüğe konan ve yargıçlar eliyle uygulanan kanunların, hayatın her alanını ayrıntısıyla düzenlemesi beklenemez. Günlük hayatta, adaletin sağlanması amacıyla getirilen hukuk kuralları, eksik ya da yetersiz kaldığında, “somut olay adaleti” olarak da adlandırılan hakkaniyet, karşımıza haklılık veya doğruluk gibi isimler olarak çıkar.

Hakkaniyet kavramı, hukuk alanına Roma hukuku ile girmiştir. Roma hukukunda hakkaniyet, *Pretorlar* tarafından yaratılan hukuk aracılığıyla kullanılmış ve yaratılan bu hukuk ile de, kanunlarda bulunan eksiklikler nedeniyle somut olayda meydana gelen adaletsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır¹¹. Ayrıca, hakkaniyet (*equity*) kavramı, İngiliz hukukunda da yer almış ve yargıçlar tarafından ortak hukukun (*common law*), sert ve

⁵ Hak, hukuken korunan menfaat, adalet, insaf, hakkaniyet, kişilere tanınan yetki; davranış özgürlüğü; edinebilme sahiplik ileri sürebilme yetkesi; yasaca tanınan ayrıcalık olarak geniş bir şekilde tanımlanmıştır. (Yılmaz-Sözlük s. 441).

⁶ Hirş, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 2001, s. 168.

⁷ Hirş’e göre kanunlara uygunluk anlamında kullanılan adalet bize yeni bir şey vermez ve yerine yargıcın adil olması yani yargıcın hüküm verirken kanunları doğru uygulaması esası konulabilir. (Hirş s. 168).

⁸ Akalın s.18.

⁹ Yılmaz-Sözlük s. 28.

¹⁰ Adalet kavramını, eşitlik ve hakkaniyet temelleri üzerine oturtmuş olan John Rawls’un tanımına göre ise adalet, “*Aksi herkesin yararına olmadıkça, özgürlük ve fırsat, gelir ve varlık ile kişinin kendisine saygı duymasını sağlayan temel öğeler olmak üzere, bütün sosyal değerlerin eşit olarak dağıtılmasıdır.*” (Tunc, Andre: The Quest for Justice (Access to Justice and Welfare State, Netherlands 1981, s. 315-359). s.350.)

¹¹ “*Cumhuriyetin son iki yüz yılı olan M.Ö. 200-M.Ö. 27 yılları arasında gelişen pretor hukukunun Roma hukuku üzerinde büyük etkisi olmuştur. Özel hukuka ilişkin yargılama işlerinin yönetim ve düzenlenmesi ile görevli olan pretor’ların başlıca faaliyetleri hukuki anlaşmazlıklar içinde bulunan kişilerin davalarını yönetmekti. Mevcut hukukun biçimci ve dar kalıpları yüzünden gelişemediğini gören Pretorlar, iki yüzyıla yakın faaliyetleri sırasında, bunları karşılayacak yeni hukuki yollar yaratarak hukukun ağır bir süreç içerisinde de olsa gelişmesini sağlamışlardır.*” (Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Ankara 2000, s. 96-97).

tutucu hükümlerini yumuşatmak amacıyla kullanılmıştır¹². Böylece anlaşılmaktadır ki, hakkaniyet kavramı, adalet kavramına göre daha dar anlamı olmasına rağmen, adaletin, hukuk kurallarına uygunluk ile sağlanmasının yanında, hukukun yetişemediği alanlarda da sağlanabileceğini göstermesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Adalet kavramının değişkenliği¹³, kavramın belli bir tanıma kavuşturulmasını engellemektedir. Zira, adalet, zaman, mekan ve hatta kişiden kişiye göre bile değişen bir anlayışla, farklı görünümde kendini göstermekte ve hatta farklı isimlerle karşımıza çıkabilmektedir. Adaletli sayılan davranışlar, ahlaki görevlerin yerine getirilmesi, eşit muamele, özgürlük sağlama veya bazı hallerde ivedilikle uygulama olarak da göze çarpabilmektedir. Bu değişken yapısı nedeniyle de denilebilir ki, adalet, her şeyden önce bir değer yargısı, bir değer ölçütüdür¹⁴. Bununla birlikte, bir değer yargısı olan adaletin, değişken yapısı göz ardı edilemez ise de, ortak bir adalet anlayışının toplumda var olması ve adaletin sağlanacağına olan güvenin sarsılmaması da oldukça önemlidir. Toplumdaki her bireyin kendi değer yargısı doğrultusunda adaleti sağlamaya çalışması, toplumu bir kaos ortamın sürükleyeceği gibi, içinde yaşayan bireylerin olduğu kadar, toplumunda geleceğini tehlikeye atar.

Adalet anlayışının, ortak bir değer halini alması bakımından dikkate alınması gereken kavramlardan en önemlisi, “insan hakları” kavramıdır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne uygun olarak dünya genelinde yapılan pek çok düzenleme ile, soyut biçimdeki adaletin, somutlaştırılarak her bireye ulaştırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle, bir toplumda, insan haklarının eksiksiz biçimde uygulamaya konması, adaletli bir düzenin sağlanmasına büyük katkı sağlar. Adalet erişiminin gerçekleştirilmesi sayesinde ise, o

¹² Esener’e göre hakkaniyet, adaletin gerçekleştirilmesi için ileri sürülen ilkelerden birisidir. Kanunun öngördüğü hallerde, hakkaniyet, genel hukuk kuralının somut olaya uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek adaletsizliklerin ortadan kaldırılması için başvurulan bir iyileştirme aracıdır. (Esener, Turhan: Hukuk Başlangıcı, İstanbul 2000, s. 38). Ayrıca, adalet tanımının bulunduğu felsefe terimleri sözlüğünde dar anlamda “*Yargıcın niteliği olarak, yürürlükte olan hukuk yasalarının kesin bir uygulanması*” şeklinde işlevsel yönü vurgulanmakta ise de , ikinci cümlede hakkaniyetin de önemine vurgu yapılmaktadır. Buna göre, “*Ancak bu uygulama, insan yaşamındaki durumların ve ilişkilerin sonsuz çeşitliliği ve karmaşıklığı içinde, çok kesin ve en yüksek tüze olarak görülmek istenirse, en büyük bir tüzesizliği de dönüşebilir; bu yüzden ölçülü bir sağduyuyla tamamlanmak zorundadır.*” denilmektedir.

¹³ Hırş’e göre adalet sadece sözlük anlamı ile açıklanamaz. (Hırş s. 169); Çeçen’e göre adalet, saltık değil, değişkendir. Adaletin göreliliğinin zaman, yer, sınıf ve görüş ölçütleri ele alındığında kesinleştiğini savunun Çeçen, göreliliği ise, bir şeyin içeriğinin ve yapısının değişken olması olarak tanımlamaktadır. (Çeçen, Anıl: Adalet Kavramı, Ankara 2003, s.216 vd.)

¹⁴ Çeçen s.12; Yılmaz, Ejder: Islah, Ankara 2010, s. 31.

toplumda yaşayan her birey, adalet düşüncesini, hayatının her yönünde uygulama fırsatı elde eder¹⁵.

Medeni yargılama hukuku açısından bakıldığında, adalet, her şeyden önce yargılama hukukunun amacıdır¹⁶. Gerçekten de, adalet kavramı ve ona yüklenen farklı anlamlar, toplumların zaman içerisinde geçirdiği değişim ile paralellik gösterir. Ne var ki, adalet anlayışı ne kadar değişirse değişsin, medeni yargılama hukuku bakımından taşıdığı değer aynı kalır. Adaletin, yargılama hukuku bakımından değişmeyen yönü, izlenecek usullerin adaleti sağlama amacına uygunluğu ve verilecek kararların adaletli olma niteliği bakımından ortaya çıkar; yani, medeni yargılama hukuku, adaletli karar verilmesi için izlenecek usul kurallarıdır¹⁷. Adaletli kararlar verilmesi için izlenecek usullerin ise, usul ekonomisi ilkesi gereği, mümkün olduğunca ucuz, basit ve çabuk bir biçimde yürütülmesi gerekir¹⁸.

Medeni yargılama hukukunda, adalete erişim bakımından büyük önem arz eden usul ekonomisi ilkesi, Anayasamızın 36. maddesinde garanti altına alınan hak arama özgürlüğü ile AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına paralel bir anlayışı temsil eder ve kaynağını, Anayasamızın 141/4. maddesinde bulur. Buna göre, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." Usul ekonomisi ilkesi aynı zamanda HUMK m. 77'de de düzenlenmiştir. Madde metninde, "Hakim, tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafına meydan verilememesine dikkatle mükelleftir." denilmektedir¹⁹. Emredici nitelikte olan usul ekonomisi ilkesi, her davada uygulanmalıdır²⁰.

¹⁵ Aybay, Aydın/Aybay, Rona: Hukuka Giriş, İstanbul 2003, s. 73.

¹⁶ Doktrinde, medeni yargıda geçerli olan tasarruf ve taraflarca hazırlanma ilkesi ile deliller konusunda bazı sınırlamaların bulunmasından dolayı, bu yargı kolunda şekli gerçeğin arandığı fikri iler sürülmüştür. Buna katılmayan görüşe göre ise, "Yargılama hukuklarının tümünde temel amaç dış alemde gerçekleşen maddi gerçeği bulmak ve o doğrultuda gerekli kararı verme, adaleti sağlamaktır. Maddi gerçekle, mahkeme kararında ortaya çıkanla adli gerçek örtüştüğü ölçüde adalet de sağlanmış olacaktır." (Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 50.); (Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları s. 4.).

¹⁷ Yılmaz-Islah s.33.

¹⁸ Yılmaz, Ejder:Usul Ekonomisi, (AÜHFD 2008/1, s.243-274) s. 249.

¹⁹ Usul ekonomisinin icar iflas hukukundaki görünümü, takip ekonomisi olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte, medeni yargılama hukukunda, günümüzde yargılama hukukuna ilişkin yaşanan sıkıntılar göz önüne alındığında oldukça önemli bir yere sahip bulunan bu ilke Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Örn. HGK 10.4.1991, 15-91/202. (Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 245).

²⁰ Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 266.

Sonuç olarak, medeni yargılama hukuku, kişilerin özel hukuktan doğan haklarını nasıl gerçekleştireceklerini gösteren kurallar koyarken, bu kurallar ve yargılamaya ışık tutan ilkeler sayesinde, yargılama faaliyeti süresince meydana gelebilecek keyfilikler önlenerek, hem yargılama sürecinin hem de yargılama sonunda verilecek kararların adil olması sağlanırken, en önemlisi, toplumun yargıya olan inancı kuvvetlenir²¹.

Medeni yargılama hukukunda adalete erişim, sosyal hukuk devleti çatısı altında her bireye eşit olarak sağlanması beklenen, “hak arama özgürlüğü” ile “etkin hukuki korunma” kavramlarının ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira doktrinde, “ ... *hak arama özgürlüğü, soyut objektif bir hakkı; hukuki korunma talebi, bu hakkın somut olarak karşılanmasını; adalete erişim ise hakkın etkin kullanılmasını sağlayan mekanizmayı içeren bir bütünüün varlığını ifade eder.*” denilmektedir.²². Böylece görülmektedir ki, asıl amacı, hakkı ihlal edilen veya tanınmayan kişilerin, haklarına kavuşmaları ile adaletin sağlanmasına katkıda bulunmak olan medeni yargılama hukukunda adalete erişimin, soyut hakları somutlaştırma işlevi, büyük bir öneme sahiptir.

Adalete erişim kavramının ikinci ögesi olan erişim sözcüğü ise, Türkçe Sözlük’te “*Erişme işi, belli iki yer arasında gidip gelebilme, ulaşım, muvasala*” olarak tanımlanmıştır²³. Erişim sözcüğü erişmek kelime kökünden geldiğinden, erişmek kelimesinin anlamına da bakmamız yerinde olacaktır. Buna göre, erişmek sözcüğü “*Varılması zamana, emeğe bağlı olan veya uzakta bulunan bir amaca varmak, ulaşmak*” olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴. Böylece, bu tanımlardan yola çıkarak, erişim sözcüğünün iki ayrı anlamı olduğunu görmekteyiz. Erişim, bir amaca veya bir yere ulaşmak ve ulaşabilmek; yani ulaşımın önünde engel bulunmaması olarak da yorumlamak mümkündür. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, MK m.8, 48 ve HUMK m.38’e göre, davada taraf olabilme yeteneği olan taraf ehliyetine, hak ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin sahip olduğu, kanun

²¹ “Gerçekte bu usuller önceden kurulmuş ve tarafsız yargıçlar ile muayyen mahkemeler olmaksızın, taraflar dinlenmeksizin ve kendilerine savunma imkanı verilmeksizin, sağlam usul altında deliller aranmaksızın, davalar herkesin gözü önünde aydınlatılmaksızın verilecek bir hükmün isabetine kimse inanmaz. Böyle bir yargının hakla, adalette ilgisi, bir tesadüften ibaret olabilir. Bu da yumruk adaletinden başka bir tesir taşımaz. Bu rolünden dolayıdır ki, Ihering, usulü hürriyetin ikiz kardeşi olarak vasıflandırmıştır(Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 2-3.); Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 46-47; Hakkın müeyyidesine müteallik kaideler tayin olunmadıkça, hakkın nasıl canlandırıldığı ve yerine getirildiği tesbit edilmedikçe hukuki mevzuat tam olmaz. Bu itibarla Hukuk Usulü muhakeme kanunları evvela hukuk kültürünü tamamlamaya yarar ve binaenaleyh nazari bir kıymeti haizdir. (Onar, Sıddık Sami/Belgesay, Mustafa Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s.8.); Yılmaz-İslah s. 35.

²² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 45.

²³ TDK-Sözlük s. 644.

²⁴ TDK-Sözlük s. 645.

ile hüküm altına alınmıştır²⁵. Bununla birlikte, “*usul hukuku bakımından gerekli işlemleri bizzat veya iradi bir temsilci marifeti ile yapmak ehliyeti*²⁶” biçimde tanımlanan dava ehliyetine sahip olabilmek için ise, MK m.9 da düzenlenen fiil ehliyetine paralel olarak, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak ile kısıtlı olmamak gerekir. Bu durumda 18 yaşını doldurmuş, ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayan genç bir kişiyi ele alalım. Kanunda aranan tüm bu koşulların mevcut olması ile dava ehliyetine sahip olunması halinde bile, ülkemizde 18 yaşını doldurmuş bir kişinin, dava hakkını kullanmak için mahkemelere başvurabildiği durumlar, günlük hayat tecrübelerimize göre neredeyse yok denecek kadar azdır. Zira, ülkemizde, 18 yaşını doldurmuş vatandaşlar göz önüne alındığında, neredeyse hiçbiri, dava açabilmek ve davayı takip edebilmek için gerekli olan bilgilere sahip olarak yetişmemekte, hatta bu kişiler çoğu zaman belli bir konuda dava haklarının doğduğundan bile habersiz, haklarının ihlal edildiği durumlarda, ya susarak ya da kaba kuvvet ile tepki vermektedir. Bu ise, erişimin önündeki engellerin sadece belli bir alanda yapılacak değişikliklerle aşılamayacağını göstermektedir.

Adalet erişim kavramının İngilizce’deki anlamı, *access to justice* olduğundan, erişim kavramına karşılık gelen, *access* sözcüğünün de anlamının incelenmesi faydalı olacaktır. Buna göre, “*access*” sözcüğünün anlamları sırasıyla, 1. Bir yere girebilme, bir şeyi kullanabilme bir kişiyi görebilme vs. yetkisi. 2. İnsanların resmi bir kuruma girebilmesi ya da biriyle konuşabilmesi veya bir yere ulaşabilmesindeki zorluk derecesi 3. Bir binaya girebilme veya bir yere ulaşabilme için kullanılan yol. 3. Bir bilgisayarın çalıştırılabilmesi ya da arabanın kullanılabilmesi için iznin olması 4. Bir yere girebilme ya da bir kişiyi görebilme işinin başarılması anlamlarına gelmektedir²⁷. Anlaşılmaktadır ki, izni olmak, örneğin adli yardım alma izninin verilmesi; kullanılan yol, örneğin tarafların uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere, uzlaşma, tahkim ya da dava yolunu mu seçeceklerine karar vermeleri ve bu yolun zorluk derecesi, örneğin dava yolunun taraflar açısından yarattığı zorluklar; adalet erişimin gerçekleştirilebilir olup olmadığına dair göstergeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 238; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 191; Usul hukuku münasebetlerinde taraf olma ehliyeti, usuli haklardan istifade etme ehliyetidir, yani davada, bir kimsenin lehine veya aleyhine hukuki himayenin istenebilmesidir. (Bilge/Önen s. 225).

²⁶ Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 228.

²⁷ Summers, Della: Longman Dictionary of Contemporary English, Essex 2008, s. 8.

Adalet erişim kavramı tanımlanırken, bütün bu anlamları içeren ve aynı zamanda bütünlük arz eden bir tanımın yapılması oldukça zordur. Bununla birlikte, adalet erişim kavramının tam olarak ne anlama geldiği üzerinde bir görüş birliği sağlanamaması, aslında kavramın, zaman içinde gelişen yönetim biçimleri ve demokrasilere de ayak uydurarak, ihtiyaçlara daha çok cevap veren bir hal almasına da olanak sağlamıştır. Örnek olarak, geçmişte hakim olan görüşe göre, adalet erişim, mahkemelere erişim şeklinde anlaşılırken, günümüzde, tek yanlı bir çözüm olarak, daha çok kanun, avukat ve mahkemenin, adalet erişim sorununun çözümüne katkıda bulunacağı savına kuşku ile bakılmaktadır²⁸.

Çalışmamızda, adalet erişim kavramının ne anlama geldiğine ilişkin yapılan detaylı incelemeye ek olarak, adalet erişim kavramının, doktrinde ortaya konan tanımlarına yer verilecektir. Buna göre, Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu (European Commission for Efficiency of Justice - CEPEJ) tarafından hazırlanan Adalet Erişim Raporu'nda adalet erişim, “*Adalet hizmetlerinin, en elverişli yollardan ve en verimli şekilde sağlanabilmesine etki eden hukuki ve örgütsel faktörlerin tümü*” şeklinde tanımlanırken, adalet erişimin gerçekleşmesi için ise, “*kaliteden ödün vermeden, maliyeti asgari düzeyde tutarak, azami sayıda hukuki sorunun çözümlenmesi*” nin sağlanması gerektiği belirtilmiştir²⁹. Ayrıca, adalet erişime ilişkin bir başka saptama yapılarak, adalet erişimin, hem adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen, yani, adalet arayan bireylere yarar sağladığı hem de topluma genel olarak yarar sağladığı belirtilmiştir³⁰.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Programme – UNDP) tarafından ortaya konan bir diğer tanıma göre de, adalet erişim, “*toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları standartlarına uygun olarak, geleneksel ya da geleneksel olmayan yollardan, ihtiyaç duyduğu hukuki çözümlere ulaşabilecek durumda olması*”dır³¹. Ayrıca, UNDP, adalet erişim, demokratik devlet yönetimi ve yoksullukla mücadele arasında çok güçlü bağlar olduğuna işaret etmektedir³². Adalet erişim reformlarının hayata geçirilmesinde, birden fazla alanda, aynı anda çalışmalar yapılması

²⁸UNDP, Access to Justice Practice Note, http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf s.6; Mcdonald Roderick A.: Access to Justice In Canada Today (Access to Justice for a New Century- The Way Forward, Canada Toronto 2005, s. 19-113) s.19.

²⁹ CEPEJ s. 13.

³⁰ Ayrıca, adalet erişim ile elde edilen bireysel yarar ile toplumsal yararın, verimlilik bakımından karşılaştırılması için bkz. CEPEJ s. 22-24.

³¹ Van de Meene, Ineke/ Van Rooij, Benjamin: Access to Justice and Legal Empowerment, Leiden 2008 s. 7.

³² UNDP Access to Justice, 2004, http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf, s.3.

gerektiğine de dikkat çekilirken, ülkemizde UNDP tarafından başlatılan “ Adalete Erişim İçin Koruyucu Hukuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi” ile, vatandaşların temel hak ve hürriyetler ve bu hakların uygulamaları konusunda bilgilendirilmesinin yanında, koruyucu hukuk tedbirleri geliştirilerek, herkes için adalete erişimin sağlanması amaçlanmaktadır³³.

Sonuç olarak, yapılan tanımlar göz önüne alındığında, adalete erişim, şu şekilde tanımlanabilir:

Adalete erişim, toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları, temel hak ve özgürlükler ve adaletin kalitesinden ödün vermemek koşuluyla, en kolay, hızlı, etkili ve en az masrafla, uygun hukuki mekanizmalardan yararlanarak, ihtiyaç duydukları hukuki çözümlere ulaşmasıdır.

II- İnsan Haklarından Sayılan “Adalete Erişim Hakkı”

İnsanın adalet arayışı, varoluşundan bu yana süren, daimi bir arayıştır. Adalet arayışının doğurduğu mücadeleler, özellikle yapılan haksızlıkların durması ve mevcut hakların korunmasının yanında, yeni hakların da kazanılması için olmak üzere, iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İnsanlık tarihi boyunca, insan haklarının belirlenmesi ve yönetimde olanlar tarafından tanınmasına yönelik mücadelelerin sonunda, insan, en başta onurunu korumaya yönelik pek çok hak kazanmıştır. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, hukuk güvenliğinin sağlanması olmak üzere üç sütun üzerine inşa edilmiş olan

³³ Açılış Konferansında, Adalet Bakanlığı,İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Barolar Birliği, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Emniyet Genel Müdürlüğü, Ankara Barolar Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'nın ilgili birimlerinden üst düzeyde katılım sağlanırken, Yargı reformu alanındaki hükümet çabalarına istinaden, Adalet Bakanlığı Müsteşarı Ahmet Karaman, mevzuatın geliştirilmesine yönelik yapılan çalışmalar ve adliyelerin hakim, savcı ve yardımcı personel ihtiyacının giderilmesi ile adalete erişime yönelik tedbirlerin büyük ölçüde gerçekleştiğinin altını çizmiştir. Ancak bu alandaki çalışmaların vatandaş tarafından iyi bilinmemesi alınan tedbirlerin beklentileri karşılamayacağını da eklemiştir “vatandaşın memnuniyetini esas almayan bir adalet sisteminin başarısından söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle Bakanlık vizyonunu ‘güven veren bir adalet sistemi’ olarak belirlemiştir”. Kahraman ayrıca, Proje faaliyetlerinin gerçekleşmesi için ilgili paydaş kurum ve kuruluşlar ile ortaklık ve yakın işbirliği içinde olmanın önemine de işaret etmiştir. (Yasal Güçlendirme ve Herkese İçin Adalete Erişim, <http://www.undp.org.tr/GoZlem3.aspx?WebSayfaNo=2585>).

insan hakları, günümüzde, uluslarüstü bir konuma taşınmış ve hala yeni haklar kazanılmaya devam ettikçe genişlemektedir³⁴.

İnsan hakları, temelde insan onurunun korunmasına dayanan ve sahip olmak için insan olmaktan başka koşulun gerekmediği evrensel, mutlak, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır³⁵. Bununla birlikte, insan hakları evrensel nitelik taşımalarına rağmen, bu haklara gösterilen saygı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinin yerine getirildiği ölçüde yerine getirildiğinden, ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir³⁶.

Ülkemizde, Anayasamızın 2. maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.*” denilmektedir. Aynı zamanda Anayasamızın 90. maddesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.*” Buna uygun olarak, insan haklarının tanınması ve insan hakları ihlallerine karşı mücadele verilmesi için, anayasamızda düzenlenen temel hak ve özgürlükler yanında, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 de imzalanmış ve 18 Mayıs 1954’te onaylanarak yürürlüğe konmuş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de, dayanak oluşturmaktadır³⁷.

İnsan haklarının, tam ve eksiksiz biçimde korunması amacıyla yürürlüğe konan ulusal ve uluslarüstü nitelikteki metinler, her ne kadar amaca uygun bir başlangıç olarak görülebilirse de, içinde bulunduğumuz çağda, insan haklarının sadece yazılı metinlerde kalmaması ve bu hakların hayatın her alanında uygulamadaki yerini bulabilmesi için uygun vasıta ve yöntemlerin hayata geçirilmesi gerektiği görüşü de gittikçe ağırlık kazanmaktadır³⁸.

İnsan haklarının varlığının kabul edilmesinin yanında, en az onun kadar önemli olan, söz konusu hakların tam ve eksiksiz olarak uygulanabilmesidir. Bunun için de, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında, yoğun bir biçimde kanunlaştırma çalışmaları

³⁴ Yılmaz- İşleyen Adalet s. 474; Pekcanitez, Hakan: Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz.B.D. 1995/2, s. 103-113) s. 103.

³⁵Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000, s. 51., Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz/Önok, Murat: İnsan Hakları Elkitabı, Ankara 2009, s.30; Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 21; Demircioğlu, Yaşar: Medeni Usul Hukuku’nda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s. 35; Bulut, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2000, s. 10.

³⁶ Pekcanitez-Yargı Reformu s. 104.

³⁷ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2007, s.156.

³⁸ Cappelletti, Mauro: Human Rights an the Proceduralist’s Role (International Perspective On Civil Justice: Essays in Honour of Sir I.H. Jack Jacob Q.C. Ed. By I.R. Scott, London 1990, s. 1-10) s.1-2.

başlatılmıştır³⁹. Bu sayede, belgelerde yazılı olan ve diğer haklara göre korunması öncelikli nitelik taşıyan, insan haklarına ilişkin yapılan düzenlemelerle, aynı zamanda konuya ilişkin oluşturulan kuralların uygulanabilirliğinin de sağlanmasına yönelik adımlar atılmıştır⁴⁰. Örneğin, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin hukuki yaptırım gücü bulunmazken, daha sonra yürürlüğe giren 1953 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf ülkelerin iç hukuklarındaki mevzuatta yerini almakta ve bu sözleşmenin ihlaline karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilmektedir⁴¹.

Günümüzde, adalete erişim çalışmaları çerçevesinde de, insan haklarının hayatın her alanında korunmasının ve uygulanmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Zira, adalete erişimin gerçekleşmesi, toplumda istisnasız her bireyin, en başta temel insan hakları ve sonrasında hukuk düzeni içinde korunan diğer haklarının, tam ve eksiksiz bir biçimde korunması ve uygulanması için gereken vasıta ve yönetmelere erişiminin gerçekleşmesi anlamına gelir. Bu sebeple, adalete erişim hakkının (*right to access to justice*), temel insan haklarından biri olarak kabul edilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Gerçekten de, adalete erişim hakkı, günümüzde, temel haklarından biri olarak kabul edilmektedir⁴². Adalete erişim hakkı, dayanağını öncelikle hak arama özgürlüğünden, daha sonra ise, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen, adil yargılanma hakkından alır⁴³. İstisnasız her bireyin, haklarının yerine getirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması ve

³⁹ Yukarıda insan haklarına ilişkin olarak sayılan en önemli iki belge, İHEB ve AİHS'dir. Bununla birlikte, sırasıyla 24 Ekim 1945 tarihli BM Antlaşması; 23 Mart 1976 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin BM Sözleşmesi; 16 Aralık 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi; 5 Mayıs 1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü; 26 Şubat 1965 tarihli Avrupa Sosyal Şartı; 14 Aralık 1972 tarihli Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi; 18 Temmuz 1978 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve 21 Ekim 1986 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi de ikinci dünya savaşı sonrası insan hakları bakımından önem arz eden belgeler olarak karşımıza çıkmaktadır. (Bulut s.15).

⁴⁰ Kalabalık'a göre, bu üstünlüğün kaynağı, insan hakkının koruduğu temel değerlerin en üstün ahlaki değer olmasıdır. (Kalabalık s.25); Bir diğer görüşe göre de, insan haklarının bu önceliğini, içinde var olan doğal hukuk ögesine borçludur. (Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok s. 31). İnsan haklarının, sıradan haklara göre daha çok istikrar ve daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu savunan Capelletti'ye göre de, insan hakları doğal hukukun öğelerini barındırdığı gibi, günümüzde, bu alanda yapılan detaylı düzenlemeler sayesinde, pozitivizmin temel unsurlarını da içermektedir. Böylelikle insan hakları, doğal hukuk teorisinde eksik olan uygulamaya ilişkin vasıta ve yöntemler ile bir zırha bürünmüş olma imkanını bulur. (Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice and Welfare State, Netherlands 1981, s.2).

⁴¹ Hız, Yüksel/Yılmaz, Zekeriya: Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004 s. 32.

⁴² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 14 Mayıs 1981 tarihli oturumunda alınan, Adalete Ulaşmayı Kolaylaştırma Tedbirlerine göre, adil bir muhakemeye ve adalete erişme hakkı, AİHS'nin 6. Maddesinin teminatı altında, her demokratik toplum için gerekli, temel bir haktır. (Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği, Adalete Erişim, (Legal Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Dergisi (MİHDER) 2006/2, s. 907-927) s. 149).

⁴³ Adalete erişim hakkı da, mahkemeye erişim hakkı gibi, bu madde ile açık bir tanıma kavuşturulmuş değilse de, maddenin doğasından çıkarılan bir haktır. Mahkemeye erişim hakkı, ilk kez, Golder v. UK (1975) tarihli AİHM kararında tanımlanmıştır. (Akıncı, Müslüm: İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008, s.141).

sosyal devlet anlayışına uygun olarak, gerekli usuli araçların mevcudiyetine ilişkin düzenlemelerin yapılması anlamına da gelen adalete erişim hakkının, insan haklarından biri olarak tanınması, diğer insan haklarının da güvence altına alınmasını sağlar. Bu nedenle de, temelinde yargılama hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı adalete erişim hakkının gerçekleşmesine ilişkin reformlarının gerçekleştirilmesi, insan haklarının tam ve eksiksiz uygulandığı, sosyal bir hukuk devletinin varlığı bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

B) Adalete Erişimin Konusu ve Adalete Erişim Sorunu

I- Adalete Erişimin Konusu

Adalete erişim, daha önce de değindiğimiz üzere, oldukça karmaşık bir konudur. Adalete erişim reformlarının başarıya ulaşması, hukuki olduğu kadar, ekonomik, sosyal, kültürel ve politik alanları da ilgilendiren soruların cevaplanması ile mümkün olur. Söz konusu karmaşık yapı göz önünde alındığında, adalete erişimin konusunun belirlenmesi de, kavramın tanımlanması gibi kolay değildir. Bununla birlikte, adalete erişimin en basit şekliyle, adalet arayanların, adalete ulaşmaları olarak tanımlanabilirse, adalete erişimin konusunun belirlenmesi için, adalete erişimin öznesi olan adalet arayanlardan, yani, adalete erişim reformlarının ile ulaşılmak istenen bireylerden yola çıkılması yerinde olacaktır.

Adalete erişim kavramı tanımlanırken⁴⁴, istisnasız her birey için adalete erişimin gerçekleşmesi ile elde edilecek olan yarar, toplumsal ve bireysel olarak ikiye ayrılmıştı. Adalete erişim sayesinde ortaya çıkan bireysel yarar ile kastedilen adalet arayanlar bakımından ortaya çıkan yararadır. Adalet arayanlar, bir başka deyişle, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen bireyler, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinden, sonuncusunun doğurduğu bir görev olarak ortaya çıkan, yargı işlevi⁴⁵ çerçevesinde, bizzat hak alma yoluna başvurmak yerine, devlet eliyle kurulmuş olan adalet mekanizmasına, çoğunlukla da mahkemelere başvururlar.

Anayasamızın 9. maddesi ile, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir ve 37 madde ile “kanuni hakim güvencesi”ne yer

⁴⁴ Bkz. yuk. § 1. A, I.

⁴⁵ Yargı işlevi, “ *Objektif hukukun, bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından, yargısal usullere uyularak, somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması* ” şeklinde tanımlanmaktadır. (Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 35).

verilmiştir. Ayrıca, Anayasamızın, 137-160. maddeleri arasında yer alan, “Yargı” başlıklı üçüncü bölümünde ise, yargı mahkemelerin bağımsızlığının yanında, yargı örgütünün en önemli aktörleri olan, hakimlerin de bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte, bu bölüm içerisinde, duruşmaların aleniyeti ve kararların gerekçeli olması gerektiği belirtilirken, genel mahkemeler ile yüksek mahkemelerin kuruluş, işleyiş ve görevleri düzenlenmiştir. Ülkemizde, yargı ayrılığı rejimi esas alınarak, anayasa yargısı, genel (adli) yargı, idari yargı, askeri, askeri idari, uyuşmazlık yargısı, seçim yargısı ve hesap yargısı olmak üzere sekiz ana yargı kolu oluşturulmuştur. Medeni yargılama hukuku çerçevesinden adalet arayanlar bakımından ise, ülkemizdeki yargı kollarından biri olan adli yargı içerisinde, medeni yargı alanında faaliyet gösteren mahkemeler ile adli yargıda yüksek mahkeme olarak görev yapan, Yargıtay (AnY. m. 154) a ilişkin düzenlemeler önem taşımaktadır⁴⁶.

Adalet erişim reformları çerçevesinde ulaşılmak istenen bireyler, adalet arayanlar ya da adalet hizmetlerinden yararlananlardır. Bu kişiler, yargı örgütü içerisindeki aktörlerden⁴⁷ farklı olarak, adaletin yerini bulması talebiyle yargı organlarına başvuran, sade bireylerdir. Daha önce de belirtildiği üzere, adalet erişim amacı, istisnasız her bireyin kaliteden ve insan haklarından ödün vermeden, adalet hizmetlerinden asgari masrafla, azami ölçüde yararlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda ise, bazı bireylere ulaşmak, diğerlerinden daha zor olduğundan, tek yanlı bir adalet erişim politikası ile hedefin gerçekleşmesi olanaksızdır.

Adalet erişim çalışmaları, mevcut düzenlemelerin güçlendirilmesinin yanında, öncelikli olarak toplumda adalet erişemeyen bireylerin durumunun düzeltilmesi amacını güder. Bu kişiler ise doktrinde, farklı betimlemelere konu olmaktadır. Örneğin, yoksul ve dezavantajlı (*poor and disadvantaged*)⁴⁸, yoksul ve dışlanmış (*poor and marginalised*), ya da en geniş haliyle, bireyleri, toplulukları, yoksulları, yaşlıları, gençleri ve kadınları

⁴⁶ “ Hem bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklara hem de bireylerle idare arasında çıkan uyuşmazlıklara, bir bütün halinde ve tek bir düzen içinde örgütlenen yargı yerlerince bakılmasını öngören yargı rejimine, yargı birliği rejimi denir.” (Arslan/Tanrıver s. 45, 8. dipnottan naklen. Ayrıca, Yargı Örgütümüzde Yer Alan Yargı Yerleri’ne ilişkin tablo için bkz. s. 47- 48). Medeni Yargı Mahkemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 79 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 81 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 21 vd.

⁴⁷ Yargı örgütü içinde yer alan aktörler ile, hakimler, savcılar, avukatlar, kalem görevlileri ve mübaşirler gibi yargı alanında görev yapmakta olan kişiler kastedilmektedir.

⁴⁸ UNDP, Access to Justice 2004, http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf s. 3.

kapsayacak şekilde, adalete erişim hakkından diğer bireylerle eşit derecede yararlanamayan herkes, bu tanımın içinde sayılmaktadır⁴⁹.

Sonuç olarak, adalete erişimin öznesi, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyip de yararlanamayan ve yararlanması gereken tüm vatandaşlar iken, adalete erişim çalışmaları kapsamında, bu kişileri adalet mekanizmasına ulaştırabilecek geleneksel ve geleneksel olmayan vasıtalar ile resmi ve resmi olmayan kurumların tümü bulunur. Böylece adalete erişimin amacı, öncelikle, istisnasız herkes için adalete erişimin sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda, adalete erişimin konusu ise, adalete erişim hakkından, hiç ya da yeteri kadar yararlanamayan bireylerin, bu haklarını ileri sürmelerinin önündeki engellerin belirlenmesi ve bu engellerin ortadan kaldırılmasına ilişkin çalışmalar ve reformlar bütünüdür. Daha sonrasında ise, adalete erişim daha genel olarak, gelişen toplumlarda, değişen adalet anlayışlarına paralel olarak, sonu gelmeyen bir iyileştirmeler zinciri olarak karşımıza çıkar.

II- Adalete Erişim Sorunu

Medeni yargılama hukukunda, adalete erişimin geliştirilmesine ilişkin çalışmalar ayırım yapmaksızın, herkesin, adalet hizmetlerinden eşit şekilde yararlanabilmesine yönelik çalışmalardır. Bir başka deyişle, hakların gerçekleştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılarak, uygun hukuki mekanizmaların herkes için kullanılabilir hale getirilmesidir⁵⁰. Yani, adalete erişim çalışmaları, toplumun bütününe kapsayan reform hareketleridir. Bu nedenle sadece hukuk alanında değil, toplumu ilgilendiren diğer pek çok alanda cevaplanması zor sorular içermektedir⁵¹.

Adalete erişime ilişkin sorunlar, günümüze kadar pek çok farklı isimle gündeme gelmiş ise de, her zaman var olmuş ve bu konun üstüne gidilmesi düşünüldünce öncelikle erişimin önündeki engellerin kaldırılması uygun görülmüştür. Örneğin, adalete erişim çalışmalarının başında dezavantajlı kişi ve gruplara (az da olsa erişebiliyorlarsa tabi) daha çok mahkeme ve başvurulabilecek avukat sağlanması için çalışmalar yapılmıştır.

⁴⁹ Cappelletti s. 2.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 43.

⁵¹ Moorhead, Richard/Pleasence, Pascoe: After Universalism Re-engaging Access to Justice, Oxford 2003, s.1.

Böylelikle hukuk hayatında adli yardım⁵² adıyla yeni bir kurum oluşturulmuştur. Ne var ki, bu yöndeki çabalar da yeni sorunların ortaya çıkmasına engel olamamış ve adli yardım kurumunun daha çok kişiye ulaşması için çabalar sürerken, devletin sırtına oldukça büyük bir mali yük binmiştir. Aynı menfaatlerin korunması için, iş yükünün azaltılması ve içtihat birliğinin sağlanması amacıyla geliştirilen yeni bir dava türü olan topluluk davalarında ise, bu yolun beklenen faydayı sağlayamadığı durumlarda, “toptan adalet⁵³” dağıtılması sonucu doğmuştur. Böylece elde edilen sonuçlar, münferit olarak değerlendirildiğinde, adaletli olmaktan uzak kalmış ve adalet hizmetlerinin kalitesini büyük ölçüde düşmüştür⁵⁴.

Görülmektedir ki, adalete erişim ile korunmaya çalışılan değerler, kavramın genişliği göz önüne alındığında oldukça çok ve çeşitli olduğundan, çoğu zaman çatışmaktadır. Söz konusu değerler arasında bir dengenin kurulması, adalete erişimin yarattığı sorunların aşılmasında, en etkili yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, adalete erişimin gerçekleştirilmesine ilişkin çalışmaların başarıya ulaşması, belirli bir konuda erişimin ve adaletin ne oranda sağlanması gerektiğine bağlıdır. Örneğin, bireylerin, dava yolunu rahatlıkla tercih edebilmesi için yargılama harç ve giderlerinin azaltılması, mahkemelerin iş yükünü arttıracak, adalet hizmetlerinin kalitesi düşecektir. Bu nedenle, dava yolunda karşılaşılan mali zorlukların aşılması ile adaletin kalitesi arasındaki hassas dengenin sağlanması gerekmektedir⁵⁵. Adalete erişim çalışmaları çerçevesinde göz önüne alınması gereken hassa dengeler ise, her toplumda, o toplumun yapısına göre değişiklik göstermektedir.

Adalet düşüncesi ortaya atıldığı günden itibaren, adaletin tecellisi, adaletin yerini bulması, adaleti elde etmek için verilen uğraşlar yani, adalete erişim sorunu da var olmuştur. Günümüzde, adaletin devlet eliyle sağlanması kabul edildiğinden, sosyal devlet var oldukça, sosyal devlette adalete erişim sorunu da var olacaktır⁵⁶. Daha önce de değinildiği gibi çok yönlü ve karmaşık bir sorunun çözümünü hedefleyen adalete erişim çalışmaları, sadece mahkemelere erişimin gerçekleştirilmesi anlamına gelmez. Günümüzde, devletin yargı fonksiyonu, günümüz koşullarında tekel olmaktan çıkarılmaya

⁵² R. Abel adli yardımı, “ adaletin dağıtılması bakımından, neredeyse, vadettiklerine sürekli olarak ihanet eden ve adalet sistemini haklı çıkaracak derecede sınırlı” dır diyerek tanımlamaktadır. (Moorhead/Preasence, s.1den naklen).

⁵³ *Whole-sale justice.*

⁵⁴ Cappelletti/Garth s.1.

⁵⁵ Cappelletti/Garth s.2.

⁵⁶ Tunc s.315.

çalışılmaktadır⁵⁷. Bir ülkede hukuk düzeni var oldukça, kişiler o hukuk düzeni ile getirilen haklardan mahkemelere başvurmadan da yararlanabilmelidir. Toplumda uyuşmazlıklar sadece mahkemelerin konuyu hükme bağlaması ile değil aynı zamanda müzakere, uzlaştırma, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile de çözümlenebilir.⁵⁸

Ne var ki, adalet hizmetlerinde yapılması beklenen bütün bu iyileştirme ve yeniliklerin beklentileri karşılayacak düzeyde başarılı olması, sosyal devletin, bireyin toplum içerisindeki varlığını, özgürce ve refah içinde sürdürmesi için, diğer pek çok alanda yapacağı iyileştirmelere bağlıdır. Bu nedenle, sosyal devletin adalet erişim ile ilgili sorunlara bulacağı çözümler, sadece adalet hizmetlerine ilişkin olarak yapacağı iyileştirme ve reformlar ile sonuca ulaşmayacak, aynı zamanda hayatın diğer pek çok alanında adalet erişimin önünde engel teşkil eden sorunların da göz önüne alınması ve bütün bu sorunlara bir bütünün parçası olarak bakılması gerekecektir⁵⁹. Ne var ki, günümüzde, sosyal devlet politikaları çerçevesinde, sosyal devletin müdahale alanının genişlemesi sonucunda, eskiden “talihsizlik” olarak nitelendirilebilecek olaylara, artık, “müdahale edilse, önlenebilirdi” gözüyle bakılmaktadır. Böylece açlık, ya da toplumdaki düzensizlikler ve eşitsizlikler, değiştirilemez kader kategorisinden çıkmakta ve uygun müdahale alanına girmektedir. İnsan becerisindeki artış ve yükselen beklentiler, adaletsizlik sınırlarının yer değiştirmesine ve genişlemesine neden olmaktadır. Bunun sonucu olarak ise, anlaşılmaktadır ki, temel adalet erişim talepleri de gelişmişlik düzeyinin artmasına bağlı olarak artış gösterecektir⁶⁰.

Son olarak, adalet erişimin etkinliği, ya da bir başka deyişle, adalet erişim çalışmaları sonucunda elde edilecek yararın nasıl ölçüleceği de bilinmemektedir⁶¹. Adalet erişimin ölçülebilmesi için en basit formül, masrafların elde edilen yarar karşısında oranlanması olarak kabul edilse bile, denklemin kapsadığı veriler üstünde anlaşmaya varılması pek de mümkün gözükmemektedir. Zira, söz konusu veriler sadece matematiksel olmayıp, ölçülemeyen subjektif bilgileri de içermektedir. Buna göre verimlilik, sadece bir iş için yatırılan ya da kullanılan paranın ne kadar kar getirdiği olarak anlaşılmamalı, aynı

⁵⁷ Pekantez/Atalay/Özekes s.51.

⁵⁸ Tunc s.316.

⁵⁹ Van De Mene/Van Rooij s.23.

⁶⁰ Galanter, Marc: Access to Justice As a Moving Frontier, (Access to Justice for a New Century- The Way Forward, Canada, Toronto 2005, s. 147-161) s.156.

⁶¹ Moorhead/Pleasence, s.3.

zamanda kişinin emek verdiği konuda ortaya koyduğu performans olarak da algılanmalıdır⁶².

C) Adalete Erişimin Diğer Anayasa İlkeleriyle İlişkisi

I- Adalete Erişim ve Hak Arama Özgürlüğü

Hak arama özgürlüğü, vatandaşların devlete karşı yargı haklarının olduğu düşüncesiyle ortaya çıkmıştır. Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, devlet çatısı altında yaşayan vatandaşlar, kendiliğinden hak alma yasağına uygun davranmak zorundadır. Devletin ise ihlal edilen hakkın yerine getirilmesi talebini gerçekleştirme, yani adalet dağıtma görevini yerine getirmesi gerekir⁶³. Hak arama özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere, Anayasa'nın 36. 40. ve 125. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesi ile, herkesin, “*meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde, davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu*” belirtilirken, mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davalara bakmaktan kaçınamayacakları da hüküm altına alınmıştır⁶⁴.

Gerçekten de, bir hukuk devletinde kişilerin devletten hukuki korunma talep etme hakları bulunmaktadır. Devlet bu talebi yerine getirmekten kaçınamaz. Devletin bu yükümlülüğü en başta Anayasamızın 2. ve 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, devletten beklenen şeklen bir hukuki koruma olmayıp, etkin bir hukuki korumanın, bu doğrultuda talepte bulunan her vatandaşa sağlanmasıdır⁶⁵.

⁶² Adalet erişimin ölçülmesine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. aşağıda §7, C.; Gramatikov, Martin/ Barendrecht, Maurits/ Laxminarayan, Malini/ Verdonchot, Jin Ho/Klaming, Laura/ Zeeland, Corry Van: A Handbook for Measuring the Costs And Quality of Access to Justice, Antwerpen 2009, s. 12; Barendrecht, Maurits/Mulder, Jose/ Giesen, Ivo; How to Measure The Price and The Quality of Access to Justice?, <http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/projects/access/papers/06-11.pdf>, s.9; Böylece bu görüşe göre, ölçümler toplumsal alan açısından yapılırken, adalete erişimin topluma olan maliyeti, toplumun yararına oranlanacak, kişisel açıdan da kişilere olan maliyeti, kişilerin elde ettiği yarara oranlanacaktır. Her iki durumda da en önemli veriler maliyet ve elde edilen yarara ilişkin olacaktır. (Lhuillier, Julien/Lhuillier-Solenik, Daria: Access to Justice In Europe, European Commission For the Efficiency of the Justice (CEPEJ) Studies no.9, France 2009, s. 21. Tartışmalar için bkz. s.23-24).

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 41.

⁶⁴ Bu hüküm, Anayasa mahkemesi tarafından, hak arama özgürlüğünü “yargısal başvuru” ile sınırlı tuttuğu ve 1961 Anayasası'nın “bütün meşru vasıta ve yollardan” deyimini kullandığı halde, 1982 Anayasası'nda bütün sözcüğünün, metinden çıkarıldığı yönünde eleştirilmiştir. (AYM, E. 1991/30, 18.9.1991, R.G.: 16.9.1991, s. 29).

⁶⁵ Bugünkü hukukta ihkaki hak çok sınırlı olarak sadece kanunda öngörülen hallerde cezadan muaftır. (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 4); Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 42; Özekes, Muhammet: Hukuki

Hak arama özgürlüğü ve “etkin hukuki korunma⁶⁶” hakkına, yargılamanın her aşamasında ve hatta yargılama başlamadan önce ve kararın icrası aşamasında dahi uyulması gerekir⁶⁷. Etkin hukuki koruma, hakkı ihlal edilen vatandaşların, devlet tarafından haklarının tekrar yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, hak arama özgürlüğü çerçevesinde vatandaşlara sadece yargı yerine başvurma hakkı tanınması yeterli olmayıp, etkin hukuki korumanın sağlanması için, yetkili makamlara başvurunun yanında, başvurunun incelenmesi, karara bağlanması ve verilen kararın icra edilebilirliğinin sağlanmasına kadar bütün yargılama sürecinin etkin biçimde gerçekleştirilmesi anlamına gelir⁶⁸. Etkin hukuki koruma, medeni yargılama hukuku ilkelerinden adalete erişime en büyük katkıyı sağlayan usul ekonomisi ile de yakından ilişkilidir. Zira, etkin bir hukuki koruma sağlamanın yegane yolu, ancak usul ekonomisine uygun bir yargılama yapılması ile mümkündür⁶⁹.

Hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan ve Anayasamızın 36. maddesinde kaynağını bulan bir diğer kavram da hukuki dinlenilme hakkıdır⁷⁰. Hukuki dinlenilme hakkı, “*Yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi⁷¹ olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir.*⁷²”.

Hukuki dinlenilme hakkı, hak arama özgürlüğü ve etkin hukuki korunma hakkının ayrılmaz bir parçası olmasının yanında, bu kavramlara göre daha dar kapsamlıdır. Hukuki dinlenilme hakkı, tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında geçerlidir; fakat

Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 s. 53; Akkan, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (Legal MİHDER 2007/6 s. 68) s.30.

⁶⁶ Hak arama özgürlüğü, taraflarca talep edilen hukuki korunma sonucunda, devlet tarafından sunulan hukuki koruma şeklinde ortaya çıkar. Akkan’a göre, hak arama özgürlüğünü daha çok, hukuki korunma talebiyle bağlantılı olarak değerlendirmek gerekir. (Akkan s. 32).

⁶⁷ Özekes s. 51; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 42.

⁶⁸ Akkan s. 35.

⁶⁹ Tanrıver Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, (AÜHFD 2000/1-4, s. 67-82) s. 67.

⁷⁰ Ayrıca, HUMK m. 73, 213-221, 376,377, ve 388 hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesine yönelik maddelerden bazılarıdır. Bununla birlikte, AİHS m. 6’da düzenlenmiştir. Özekes s. 29-30; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 253.

⁷¹ Yargılamada yer alan taraflar, yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukuki dinlenilme hakkı yargılamanın süjesi olan herkese aittir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s.253).

⁷² Özekes s. 31’den naklen.

yargılama başlamadan, hukuki dinlenilme hakkının varlığından söz edilemez⁷³. “Yargısal bir temel hak” olarak nitelendirilen hukuki dinlenilme hakkı⁷⁴, adil yargılanma hakkının da ayrılmaz bir parçasıdır. Medeni yargılama hukuku açısından bakıldığında ise, ancak bu hakkın gerçekleşmesi halinde doğru ve adil bir karar verilebilir ve taraflar arasında menfaat dengesi sağlanabilir⁷⁵. Doktrindeki hakim görüşüne göre, mahkemelerin dava konusuna ilişkin açıklamaları şeklen dikkate alması yeterli değildir. Mahkemelerin her somut olaya göre tam bir değerlendirme yapması gerekir, söz konusu değerlendirmelerin yeterince detaylı olmadığını ise en basit olarak gerekçelerden anlamak mümkündür⁷⁶. Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinde ise Yargıtay, doğrudan savunma hakkı veya hukuki dinlenilme hakkının unsurlarına gönderme yaparak, kararı bozma yoluna gidebilmektedir⁷⁷. Bununla birlikte, hukuki dinlenilme hakkına ilişkin olarak yöneltilen, usul ekonomisi bakımından olumsuz etkiler yarattığı eleştirilerine karşın, uygulamadaki aksaklıklardan kaynaklanan gecikmeler öne sürülerek⁷⁸, bu aksaklıkların düzeltilmesi halinde hukuki dinlenilme hakkının, makul sürede yargılanmaya katkı sağlayacağı savunulmaktadır⁷⁹.

Hak arama özgürlüğünden doğan adalete erişim hakkı, hem etkin hukuki korunma hakkını hem de hukuki dinlenilme hakkını kapsar ve bu hakların bulunmadığı bir hukuk düzeninde adalete erişimden ve adalete erişim hakkının varlığından söz edilemez. Günümüzde en temel insan haklarından biri olan hak arama özgürlüğünün, demokratik bir hukuk devletinde, ne ölçüde yerine getirildiği, adalete erişimin o ülkede ne aşamada olduğunun da göstergesidir.

⁷³ Akkan s.40.;Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 253-254;

⁷⁴ Özekes’inde katıldığı bir görüşe göre, hukuki dinlenilme hakkı, somut norm temelini Anayasa’da bulur, ancak bu hak, bunun ötesinde doğal bir hukuk ilkesidir. Yani, hukuki dinlenilme hakkı, adalet ve hakkaniyetin gereği olarak, diğer ilkelerden farklı, dürüstlük kuralı gibi genel bir niteliğe sahiptir. (Yargısal temel haklara ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Özekes s. 60 vd.).

⁷⁵ Özekes s.65-66.

⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes’e göre, matbu, şekli, form ve görünüşte gerekçelerle genel olarak bilirkişi raporuna veya dosyadaki delillere atf yapan tam bir değerlendirmeyi içermeyen gerekçelerin hepsi mutlak anlamda hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 257).

⁷⁷ 2.HD, 15.12.1998, 11936/13656 (YKD 1999/3, s. 319) (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 254, 121. dipnottan naklen)

⁷⁸ Bkz. § 4.C.

⁷⁹ “Şüphesiz, usul ekonomisi ile hukuki dinlenilme hakkı arasında her iki ilkenin niteliklerinden kaynaklanan bir gerilim alanı bulunmaktadır. En doğru karara, en çabuk şekilde ulaşmak özlenen amaç olsa da bu çoğunlukla mümkün olmaz. Hukuki dinlenilme hakkının temel unsurları olan bilgilenme ve açıklama hakkı ne kadar iyi bir şekilde yerine getirilirse, en doğru karara ulaşma ihtimali de o kadar artar.” (Özekes s. 75); Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 258.

II- Adalete Erişim ve Adil Yargılanma Hakkı

Adalete erişim hakkının da insan haklarından biri olarak sayılması ve adalete erişim hakkının korunmasına ilişkin günümüzde iç hukuk ve uluslararası ve üstü pek çok düzenlemelere yer verilmesi, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı”na dayanmaktadır⁸⁰. Adil yargılanma hakkı, en temel insan haklarından biridir⁸¹. Bununla birlikte, bu hakkın ileri sürülmesi medeni hak ve yükümlülükler ile ceza davaları ile ilgili olarak yürütülecek yargılanmaları kapsar⁸². Adil yargılanma hakkı, sadece yargılama sürecini değil, aynı zamanda mahkemelerde yeterli hakim ve personelin bulunması ve yeterli araç-gereçle donatılması gibi organizasyona ilişkin konuları da kapsar⁸³. AİHS'nin 6. maddesince getirilen düzenlemenin temel unsurları tahdidi olmamakla birlikte, şu şekilde sıralanabilir:

1. *Kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemede dava açma hakkı*
2. *Hakkaniyete uyguna yargılanma hakkı*
3. *Makul süre içerisinde yargılanma hakkı*
4. *Aleni surette yargılanma hakkı*⁸⁴

Adil yargılanma hakkının birinci unsuru, kanunla kurulmuş, yetkili bağımsız ve tarafsız bir mahkemede dava açma hakkının mevcut olması gerektiğine işaret eder⁸⁵. Burada, adalete erişimin bir görünümü olan mahkemelere erişime vurgu yapılarak, erişilmesinin önünde hiçbir engel bulunmaması gereken mahkemelerin özellikleri de sayılmaktadır⁸⁶. Buna göre mahkemeler, yasal⁸⁷, bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Bağımsız

⁸⁰ Çeşitli Avrupa ülkeleri Anayasalarında adalete erişim hakkına katkı sağlayan düzenlemeler için bkz. Akıncı s. 132-141.; Bu hak İHEB’nde 10. maddede düzenlenmiştir.; Kaşıkara’ya göre, “adil muhakeme” teriminin kullanılması daha uygundur. (Kaşıkara s. 87 vd.).

⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 246-247.

⁸² Maddenin kapsamına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Komisyon’u tarafından oluşturulmuş yüklü bir içtihat oluşturulmuştur. Örneğin eskiden madde kapsamı dışında düşünülen sosyal güvenlik hakkı artık kapsam içerisinde yorumlanmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak da her dava kendi içinde değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. (Kapsamın belirlenmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu s.47-51).

⁸³ Pekcanitez-Yargı Reformu s. 104.

⁸⁴ Kaşıkara s. 98 ;Demircioğlu s.51.

⁸⁵ Bu düzenlemeye paralel olarak, İHEB m.10; KİSHUS m.14/1; AGİK Kopenhag Sözleşmesi m. 5/12 de benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

⁸⁶ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurma hakkı da mahkemeye başvurma hakkının uluslar arası görünümlerinden biridir. (Çelik, Adem: Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2007, s. 49).

ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, “istisna kabul etmeyen mutlak bir hak” olarak kabul edilmekle beraber, AİHM bunun istisnasını, sadece reşit olmayanlar, temyiz kudretine sahip olmayanlar, müflis kişiler ile sadece davalıya zarar verme amacı ile dava açanlar bakımından benimsemiştir⁸⁸.

Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması birbiriyle yakından ilişkili iki kavramdır. Zira, ancak bağımsız olan mahkemeler, yargı yetkisini hiçbir baskı altında kalmadan kullanabilir ve bunun sonucunda tarafsız kararlar verebilir⁸⁹. Anayasamızın 9. maddesine göre, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” Anayasamızın 138. maddesi ile yapılan düzenlemeye göre hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu ve kararlarını Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre verirken, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisini kullanırken, mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilmektedir. Ayrıca yine Anayasamızın 140/2 maddesi ile, hakimlerin görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre ifa edeceği garanti altına alınmıştır⁹⁰.

Adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin mevcudiyeti koşulu, ülkemizde halen tam anlamıyla gerçekleştirilmiş değildir ve bu nedenle doktrinde, konuya ilişkin haklı eleştiriler yapılmaktadır⁹¹. Buna göre, yargı bağımsızlığının önündeki engellerden en önemlileri, yüksek yargı organları

⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 248; Yasal mahkemeler tarafından yargılanmak, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olan doğal hakim güvencesi (Anayasa. m.37) ile açıklanmaktadır. Çelik’e göre, “Herkesin yasanın genel olarak koyduğu, görev ve yetkileri, esasları kanun ile belirlenen mahkemeler tarafından yargılanması kişi güvenliğinin baş koşuludur. Kişinin yasal hakimlerden başka mercilerce yargılanması, bu alanda özel muameleye tabi tutulması hukuk devletinin asla kabul edemeyeceği bir durumdur. Tabii hakim ilkesi, kişilerin hangi mahkemece yargılanacağını kesin olarak bilinmesini mümkün kılmak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına almak, yargıya güveni sağlamak ve yürütmenin yargı üzerindeki etkisini önlemek amacıyla taşır.” (Çelik s.56); Kaşıkara s. 126.

⁸⁸ Kaşıkara s.128; Çelik s. 51.

⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 248; Kaşıkara s.127; Çelik s. 57.

⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 248; Anayasamızda hakimin tarafsızlığına ilişkin bir düzenleme bulunamamakta ise de, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi, dürüst yargılanma hakkını da içerir ve yargılamanın tarafsız hakimlerce yürütülmesi bu şekilde garanti altına alınmıştır. (Çelik s. 59); AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını incelerken, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığını, atanma ve görevden alınma şeklini, görev süresini, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığını ve nihayet mahkemenin genel bir değerlendirme ile, “bağımsız bir görünüm” verip vermediğini araştırmaktadır. (Kaşıkara s.134).

⁹¹ Bu durumu eleştirenlerden biri olan Konuralp’e göre bu durum toplumda da yargı bağımsızlığının olmadığına ilişkin bir kanaat oluşturmakta, yasa, yürütme, yargı erklerine bir anlamda eklenerek dördüncü kuvvet haline gelen medya tarafından da bu olumsuz duruma katkıda bulunmaktadır. (Konuralp’in medyanın yargı ve toplumun yargıya bakışı üzerindeki etkisi hakkındaki görüşleri için bkz. Konuralp, Haluk: 75. Yılında Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler (Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3820-3825) s. 3821-3822).

üyelerinin Cumhurbaşkanınca seçilip atanması⁹²; Anayasamızın 159. Maddesi ile düzenlenen HSYK'nın, yapısı ve işleyişi bakımından siyasi etkilere tamamen açık olması⁹³; hakim ve savcılarının idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı'na bağlı olması (Any. m. 140/6); hakim ve savcılarının, Adalet Bakanlığı Müfettişlerince soruşturmaya tabi olması (Any. m.144); Adalet Bakanlığınca hakim ve savcılarının geçici görevle görevlendirilmesi (Any. m.159/7) olarak sayılmaktadır⁹⁴.

Adil yargılanma hakkının ikinci ve oldukça geniş kapsamlı bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı sayesinde, adil yargılanmanın zımni gerekleri saptanırken, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi ve gerekçeli karar ilkesi gibi ilkeler de bu kavrama dahil edilerek, AİHM nezdinde inceleme konusu yapılmaktadır⁹⁵.

Makul sürede içerisinde ve aleni surette yargılanma hakları ise adil yargılanma hakkının son unsurlarıdır. Makul süreden anlaşılması gereken, akla uygun olacak şekilde davanın gerektirdiği ölçüde, tarafların yargıya olan güvenini sarsmayacak şekilde ve gecikme sebebiyle hak kayıpların sebebiyet vermeyecek uzunlukta bir süredir⁹⁶. Bununla birlikte, makul süre kavramı asla yargılama sonunda verilecek kararın adil olmasından

⁹² “Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı vekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçer. Cumhurbaşkanının devletin başı olması ve bu nedenle tarafsız sayılması, esasında onun parlamenter rejim sistemi içerisinde yürütmenin de başı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu itibarla Cumhurbaşkanınca seçilen yargı organı temsilcileri, yargının üst kademelerinin yürütmeye bağımlı olduğu imajını vermektedir. Bu da yargının yürütmeye bağımlı olmasına yol açan ilk adımdır. (Çelik s. 62);Türk, Hikmet Sami: Daha İyi Bir Anayasa İçin..., Ankara 2003, s. 363.

⁹³ Selçuk'a göre, “Girişim gücü adalet Bakanı ve müsteşarına teslim edilen, oluşumu çoğu kez bu iki kişiye danışan Cumhurbaşkanının politik yeğlemelerine dayanan; yargıdan gelen üyelerini danışman durumuna düşüren; Müsteşarı onsuz olmaz bir öge yapan bir Kurul'un bağımsızlığı, tek kelimeyle elbet aldatmacadır.(Çelik s. 64 ten naklen); Türk s. 363.

⁹⁴ Çelik s. 66.

⁹⁵ Silahların eşitliği ilkesi, “ bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini esaslı bir surette kendisini dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesi” olarak tanımlanırken, çelişmeli yargılama ilkesi ise “Bir davada tarafların mahkemenin kararını etkilemek amacıyla karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması” şeklinde tanımlanmıştır. (Çelik s. 82-88); Çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ilkesinin önemli bir görünümü olmasına rağmen; çelişmeli yargılamanın ihlal edilmesi, her zaman silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelmez. (Kaşıkara s.159).

⁹⁶ “Makul süre” kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes s.249; Özekes s. 74.; Çelik s. 104.; Pekcanitez-Yargı Reformu s. 105.

feragat edilecek derecede kısa bir süre anlamına gelmemektedir. gecikmenin olmaması demek, asla yargılamanın aceleye getirilmesi demek değildir⁹⁷.

Son olarak, aleniyet ilkesi, yargılamanın halka açık olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan aleniyet ilkesi sayesinde, hem halkın yargının adaletli olduğuna güvenmesi ve önyargılarından kurtulması, hem de yargılama sırasındaki meydana gelebilecek keyfilikler önlenerek, yargının kontrol altında olması sağlanır⁹⁸. Anayasamızın 141. maddesi ile garanti altına alınan aleniyet ilkesi, medeni yargılama hukukunda da benimsenen en temel ilkelerden bir tanesidir ve HUMK m. 149'da da muhakemenin alenen yapılacağı düzenlenmiştir⁹⁹.

Görüldüğü üzere, adil yargılanma hakkı ve onu oluşturan unsurların her biri, adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılmasına yönelik en temel düzenlemelere ışık tutmaktadır. Adil yargılanma hakkını oluşturan temel unsurların eksikliği, bireylerin adalete erişimini imkansız kılar. Adalete erişimin geliştirilmesine yönelik çalışmaların amacı, her şeyden önce söz konusu unsurların, bireylerin adil yargılanma hakkını sınırsız biçimde kullanabilmesi için, eksiksiz olarak uygulamaya konması ve hayata geçirilmesidir.

III- Adalete Erişim ve Sosyal Devlet İlkesi

İHAS'nin 6. maddesinde düzenlenen ve adalete erişim hakkının dayanağını oluşturan adil yargılanma hakkını siyasal ve sosyal bir hak olması bakımından incelediğimizde bu hakkın her iki kategorinin de özelliklerini taşıdığını görmekteyiz. Aynı şekilde, adalete erişim hakkı da, kişilerin uygun mekanizmalara ulaşma haklarının bulunduğunu savunurken aynı zamanda bu mekanizmaların devlet tarafından kurulması gerektiği anlamına da gelmektedir. Bu ise adalete erişim hakkını, hem siyasal hem de sosyal haklar kategorilerine sokabilmemize olanak verir.

⁹⁷ Özekes s. 74; Çelik s. 107; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD Şakir Bekri'ye Armağan, 1996/1-2 s. 55-76) s. 57; Konuralp-Yargı Düzeni s. 3822; Yargıtay bir kararında “ davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi kuralı yanında da davada esas olan adaletin gerçeğe en uygun sağlanması amacı hiçbir zaman ihmal ve göz ardı edilmemeli ” denilmektedir. 13. HD 26.3.1992, 2432/2924 (Yılmaz- Usul Ekonomisi s. 264).

⁹⁸ “Bu ilke, özgür demokratik düzenlerde çok önemli görülmesi de politik istikrarsızlık dönemlerinde hukuk devletinin ayakta kalabilmesi açısından çok önemli bir fonksiyon ifa eder.” (Çelik s. 123); Kaşıkara s. 178.

⁹⁹ Ayrıca aleniyet ilkesi, İHEB m.11 ve KİSHUS m. 14/1'de de düzenlenmiştir.

Adaletle erişim reformları adı altında yapılan reformlar, pek çok farklı felsefe akımı ve düşünceden etkilenecek geliştirilmiş olmakla beraber, sosyal hakları tanıyan sosyal devlet kavramıyla da çok yakından ilişkilidir¹⁰⁰. 19. yüzyılda ortaya çıkan sosyal devlet kavramı¹⁰¹, devletin sosyal adaleti gerçekleştirmek üzere, özellikle ekonomik boyutta aktif bir role bürünerek, toplumda var olan, menfaatlerini korumakta yetersiz kalan bireylerin, ekonomik ve sosyal durumlarının iyileştirilmesi için, liberal piyasa ekonomisine dayanan pasif bir devlet anlayışından farklı olarak, daha müdahaleci tavır sergilemesi anlamına gelmektedir¹⁰².

Sosyal devlet, ayrıca, hukuk devleti kavramı ile birlikte var olan bir devlet anlayışdır¹⁰³. Hukuk devleti, en önemli işlevlerinden biri olan yasa çıkarma yetkisini kullanarak, kendi yetkilerini bireylerin hak ve özgürlükleri lehine sınırlandıran devlettir¹⁰⁴. Bununla birlikte, hukuk devleti, iktidarda bulunanların her türlü eylemini meşrulaştıran kanunların koruması altında, bu sözde hukuka uygun eylemlerin gerçekleştirildiği bir kanun devleti olarak algılanmamalıdır¹⁰⁵. Zira, hukuk devletinde bulunması gereken hukuk, her şeyden önce insan haklarına saygılı, hukuki güvencelerin sağlam olduğu, adaletin gerçekleşmesini amaçlayan bir hukuktur¹⁰⁶. Toplumda güçsüz durumdaki kişileri korumakla görevli olan sosyal devletin, bu işlevini, oluşturacağı hukuk düzeni ile yerine

¹⁰⁰ Özbek, Mustafa: Dünya Çapındaki Adaletle Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162) s. 121.

¹⁰¹ Sosyal devlet teriminin Fransızca karşılığı, esirgeyen devlet, İngilizce karşılığı refah devleti, Almanca karşılığı ise sosyal devlettir. (Tiryaki, Refik: Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s. 287).

¹⁰² Cappelletti/Garth s.20. Küçük, Adnan: Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, (Çoban, Ali Rıza/Canatan, Bilal/ Küçük, Adnan: Hukuk Devleti Ankara 2008, s351-454) s. 351; Bulut s. 55; Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devlete ilişkin ilk tanımına göre, " Sosyal devlet fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda, onların insan gibi yaşamaları için, zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen devlettir." AYM Kararı E.1963/173 K.1965/40 K.T. 26.9.1965 (Tiryaki s.191).

¹⁰³ Sosyal devlet ile hukuk devletinin karşılaştırılması için bkz. Özlem, Doğan: Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, (Doğu Batı D. Y. 4, S.13., Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s. 11-25) s.22-23; Bulut s. 59.

¹⁰⁴ Modern hukuk devleti tasarımının güdümlenici değerleri, bireyin özgürlüğü ve insan hakları olarak karşımıza çıkar. (Özlem s. 15).

¹⁰⁵ Doğan, s.16. Bir ülkede anayasa olabilir; kağıt üstünde anayasanın üstünlüğü ilkesi yürürlükte olabilir; alt kuralın üst kurala aykırı olmayacağı ilkesi benimsenebilir; idarenin tasarrufları bağımsız yargı organlarının denetiminde olabilir. Fakat bütün bunlar o ülkede hukuk devleti için yeterli olmayabilir. ...Mutlak monarşilerde ya da otoriter totaliter diktatörlüklerde de kanun vardır; kanun devlet ilkesi caridir; fakat bunların hiçbirisinde maddi anlamda hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Küçük, s. 353; Erdoğan, Mustafa: Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı? (Doğu Batı D. Y. 4, S.13., Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s. 47-59) s.55.

¹⁰⁶ Küçük s. 357.

getireceği göz önüne alındığında, hukuk devleti olmayan bir devletin sosyal bir devlet olması da söz konusu değildir¹⁰⁷.

Sosyal bir devlet olan Türkiye Cumhuriyetinde, adalete erişim daha öncede değinildiği üzere, Anayasamızın 2. maddesinde belirtilen, sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasamızın 5. maddesinde ise, “ *Devletin temel amaç ve görevleri Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve Demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*”

Toplumun refahı için devletin siyasal olduğu kadar, ekonomik düzenlemeler de yapması ve her alanda kişilerin haklarını korunması için aktif rol oynaması düşüncesi yeni olmamakla beraber, sosyal devlet anlayışıyla yapılması beklenen düzenlemelerin kalıcı bir biçimde mahiyeti genişlemiştir. Ayrıca, sosyal devletin görevleri, vatandaşların beklentilerinin yükselmesi ile de artış göstermiştir¹⁰⁸. Hak ihlallerinin önlenmesi ya da hakların iadesi ve zarar uğrayan kişinin durumunu eski hale getirilmesi için pek çok farklı tekniğin kullanılması gündeme gelmiştir. Bunun için mahkemeler, idari ya da özel kurumların çalışmalarından aynı anda faydalanmak gerekmektedir¹⁰⁹.

Günümüzde, sosyal devlette adalete erişim sorunu, çok karmaşık, sosyal ve idari bir mekanizmaya erişim ve ikinci aşamada da bu dev mekanizma tarafından verilen kararların adil olmasının denetlenmesi sorununa dönüşmüştür¹¹⁰. Bu ise oldukça büyük problemdir.

¹⁰⁷ Bulut s. 57.

¹⁰⁸ Sosyal devlet çatısı altında yapılan düzenlemelerin gereğinden fazla karmaşıklaştığı ve kontrolden çıktığı da savunulmakta ve eleştirilmektedir. (Bulut, s. 58); Tunc’a göre ise, bireylerin yeni sosyal haklarını talep etmeleri ve bu hakların uygulanması için yapılan baskılar, her geçen gün devleti önemli ölçüde değiştirmeye itmektedir. Bu değişim ise gereklidir. (Tunc s.336).

¹⁰⁹ Baroların kamuoyunu bilgilendirmede çok önemli bir role sahip olduğunu savunan Delos Lutton’a göre, adalete erişim hakkında pek çok konuda hem halkın bilinçlendirilmesi hem de barolar arasında bilgi paylaşımı sağlanarak uygulamanın geliştirilmesi bakımından barolara önemli görevler düşmektedir. (Lutton, Delos: Baroların Kamuoyunu Bilgilendirmedeki Roller, (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 21-24) s. 22-23). Elveriş’de barolara adalete erişim konusunda büyük görevler düştüğünü savunmakta; fakat ülkemizde, baroların avukatları korumak ve tekel olmalarını sağlamak adına hak arama hürriyetine zarar verici düzenlemeler yaptığını savunmakta ve eleştiriler getirmektedir. (Eleştirilerin detayları için bkz Elveriş, İdil: Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalet Erişim Sorunları, (Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006 s.179-202) s.191 vd.).

¹¹⁰ Elveriş’e göre, karmaşıklaşan sisteme girişiniz ancak belli yöntem ve prosedürleri bilerseniz mümkün olabiliyor. Bunun sonucunda da adalet hizmetlerinden yararlanmak ancak bir avukat yardımıyla gerçekleşebiliyor. (Elveriş, İdil: Türkiye’de Adalet Erişim (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 29-35) s.29).

Öncelikle vatandaşlar ne gibi haklara sahip olduklarını bilmemektedirler ve bu anlamda bilgi eksikliği yaşayan vatandaşların çoğu da adalete erişim bakımından içlerinde en çok yardıma muhtaç olanlardır¹¹¹. Bu kişiler aynı zamanda hangi yetkili kuruma başvuracaklarını da bilmedikleri gibi, yol gösterme konusunda idarenin yetersiz kalması da söz konusu olabilmektedir¹¹².

Anayasamızın Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi başlıklı 42. maddesi ile garanti altına alınmış olan eğitim hakkı, sosyal hakların en önemlilerindedir ve kimsenin yoksun bırakılamayacağı bir hak olarak karşımıza çıkar. Buna göre, ülkemizde eğitim, Atatürk İlkeleri ve İnkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre yapılır. Bu hakkın devlete yüklediği en önemli görev ise, eğitim olanaklarının vatandaşlara, devlet tarafından sağlanmasıdır. Ülkemizde bu görev, ilköğretim seviyesinde kadar zorunlu tutulmuş ve devlet tarafından karşılıksız olarak yürütüleceği belirlenmiştir¹¹³.

Eğitim hakkı, adalete erişimin gerçekleşmesi bakımından da büyük önem taşımaktadır. Zira, haklarını ve görevlerini bilerek yetişen vatandaşlar, adalet hizmetlerinden yararlanma ve adalet mekanizmasını verimli biçimde kullanma konusunda daha az engelle karşılaşacaktır. Anayasamızda garanti altına alınan çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre sağlanacak olan eğitim, her şeyden önce kişilerin haklarını öğrenmesine dayalı olmalıdır. Bu noktada, sosyal devletin olduğu kadar hukukçuların da güçsüz grupların haklarının sadece yazılı birer belge olarak kalmaması konusunda oynayabilecekleri müspet rol de küçümsenmemelidir¹¹⁴. Bahsi geçen, yeni hakların uygulanmasına ilişkin yasal boşlukların bulunması, var olan eski yasaların ısrarla

¹¹¹ Tunc s.337; Bu sorunun, en önemli sosyal haklardan biri olan eğitim hakkının uygulamada tam ve eksiksiz olarak gerçekleştirilmesi ile giderilebilmesi mümkündür. (Eğitim hakkı için detaylı bilgi için bkz. Bulut s. 191 vd.). Paris Barosu'nun 2004 yılında başlattığı bir çalışma ile, Baro ile Milli eğitim Bakanlığı arasında bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre, baronun görevlendirdiği avukatlar yılda iki kez okullara giderek, öğrencilerin adli sistem ile ilgili bilgi ve gelişmelerden haberdar olması sağlanmaktadır. (Nicolay, Gerard: Adalete Erişimde Paris Modeli (Adalete Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 39-42) s. 42).

¹¹² Lutton'a göre, "Adalet, hukuk konusunda eğitilmiş bir toplum için daha az masraflıdır." (Lutton, s. 23); Tunc s.338.

¹¹³ Anayasanın devlete eğitim hakkı kapsamında yüklediği görevlerden biri de, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olan çocukların eğitimine ilişkindir ve maalesef ülkemizde bu konuda mevcut olan sınırlamalar, eleştirilmektedir. (Bulut, s. 200).

¹¹⁴ Bahsedilen güçler arasında özellikle de sivil toplum kuruluşları önemli bir yer tutmaktadır.

uygulanmasına yol açmamalı ve bu konuda bilinçli hukukçuların yetiştirilmesi sağlanmalıdır¹¹⁵.

D) Adalet Erişimin Tarihsel Gelişimi

I- Genel Olarak

“Adalet erişim” sloganı 1960’lı yıllarda¹¹⁶ Avrupalı hukukçular tarafından ortaya atıldığından bu yana söz konusu kavramın tam olarak ne anlama geldiğine dair pek az anlaşmaya varılmıştır. Zira, kavramın kendisi de zaman içerisinde değişen toplum yapıları ve küreselleşmenin etkisiyle değişikliğe uğrayan insan ilişkilerinin sonucunda, dönüşüme uğramış ve onu ortaya atan hukukçular ile hükümetlerce farklı kalıplara sokularak tekrar tekrar gündeme getirilmiştir¹¹⁷.

Adalet erişim kavramı, şimdiki anlamıyla dilimize 1970’lerde katılmıştır. Daha önceleri, adli kurumlara erişim anlamında kullanılmakta iken, 1970’lerin sonlarına doğru yeni ve daha geniş bir anlam kazanan adalet erişimin, anlamı genişletilerek, talepte bulunan kişinin adaleti elde edebilmesi için, kamusal ya da kamusal olmayan, adli ya da adli olmayan pek çok değişik kurumdan faydalanabilmesi anlamında kullanılmaya başlandı¹¹⁸. Bu gelişmeler ışığında, adalet erişime, şekilci yaklaşımların reddi ile yeni boyutlar kazandırarak, uluslararası mesafeleri ve bundan doğan görüş ayrılıklarını, işbirliğine dönüştüren ve böylece, medeni yargılama hukukunda adalet erişimi usuli açıdan zenginleştiren, 1970 tarihli “Floransa Adalet Erişim Projesi” nden bahsedilmesinde

¹¹⁵ Capalletti/Garth’a göre, bazen yapılan sosyal reformlar çerçevesinde çıkarılan yasaların, amacını aşması da söz konusu olabilmektedir. Örneğin, İngiltere’deki durumda halka toprak üstünde kontrol ve kamulaştırma kararlarının sorgulanmasının katılımına ilişkin sınırsız haklar tanındığından, söz konusu alanda devletin ilerlemesi oldukça zor hale gelmiştir. Buradan da anlaşıldığı gibi, erişim konusunda uygulanacak hakların sınırının iyi belirlenmesi gerekmektedir. Zira, çok fazla hak tanınması devletin hareket alanı büyük ölçüde kısıtlayabilir. Bu konuda da yine devlete olduğu kadar hukukçulara da büyük görevler düşmektedir. (Cappelletti/Garth s.21).

¹¹⁶ İlk tohumları, 1895 tarihli Avusturya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile, hakimlere sadece usuli verilere göre hareket etmeyip, aynı zamanda tarafların davada eşit haklardan yararlanabilmelerinin sağlanmalarına ve tarafları sulhe teşvik etmelerine ilişkin yetki veren hükümler sayesinde atılmış olan adalet erişim, Avrupa’da uzun süredir egemen olan şekilci yaklaşımın reddine dayanan yeni bir görüş yaratmış ve 1960’lı yıllardan itibaren gelişen sosyal devlet anlayışına uygun biçimde, hukuk alanındaki yerini almıştır . (Özbek- Gelişmeler s.121).

¹¹⁷ Mcdonald s.19.

¹¹⁸ Özbek-Adalet Erişim, s. 910.

yarar bulunmaktadır¹¹⁹. Zira, bu proje, pek çok farklı yerde programlar ve usule ilişkin denemeler başlatılmasına ön ayak olmuştur. Ayrıca, Floransa Projesi, adalete erişimi, avukatların ve mahkemelerin yetersizliği konularının da ötesine taşımış ve adalete erişime ilişkin düşüncelerin bir araya getirildiği en önemli kaynaklardan bir hale gelmiştir¹²⁰.

1970'lerin sonlarına bakıldığında Cappelletti adalete erişim düşüncesinin gelişimini üç dalga halinde, özellikle de ABD'de meydana gelen kurumsal gelişmeler ışığında şu şekilde ifade etmekte idi: “ *Birinci dalga ile 1965'te Ekonomik Fırsatlar Ofisinin mahalli hukuk firmalar kurmasına ve yoksullara hukuki hizmet sağlayan kurumların geliştirilmesine ilişkin programla başladı. İkinci dalga temsilinin genişletilmesini amaçlayarak çevreciler ve tüketiciler gibi ortak menfaatlerin de bu kapsama alınmasını sağlamıştır. Bu ise 1970'lerde ABD'de kamu menfaatlerinin korunmasına yönelik olarak kurulan hukuk firmalarının açılması ile başladı. Son olarak üçüncü dalga ile de sadece hukuki temsil sağlayan kurumlardan uyuşmazlıkların yürütülmesine ilişkin kurumlara doğru kayılması ile mahkemelere ve mahkeme usullerine göre daha az resmi olan alternatifler yollar tercih edilmeye başlanmıştır.*”

Adalete erişim düşüncesinin ortaya çıkışına baktığımızda, uyuşmazlık bakış açısına (*dispute perspective*) ilişkin çalışmalar karşımıza çıkar. Meydana gelen hak ihlallerine karşılık, sorumluluk ve çarelerin genişletilmesine destek veren insan hakları akımının etkisiyle gelişimlerinin hızı, mahkemeler ve kanun koyucu tarafından İkinci Dünya Savaşı'nın son yıllarında doruk noktasına taşınmıştır. Çarelerin genişletilmesi, hala mevcut olan dokunulmazlıkların kaldırılması ve sıradan insanlara yeni medeni hakların tanınması ile bu hakların yeni durumlara uygun olacak şekilde mahkeme önüne getirilebilmesi ve böylece hakkını ileri süren tarafın kazanma şansının artırılması ikinci dünya savaşı sonrası ve 1970'li yıllar arası meydana gelen gelişmelerdir¹²¹.

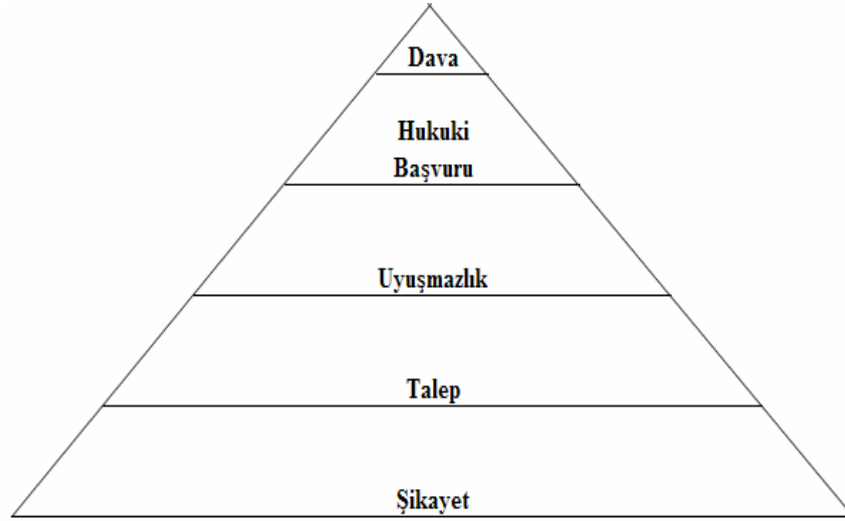
Bu üçlü arasından ilk olarak göze çarpanı, hukuki çalışmalar da uyuşmazlıklara bakış açısı olmuştur. Bununla kastedilen, hukuki çalışmaların hukuk kuralları ve mahkemelerle ilgili olduğu kadar uyuşmazlıkların oluşumu, inşası ile de ilgili olması

¹¹⁹ Mauro Cappelletti'nin başkanlık ettiği projeye Ford Kuruluşu, İtalyan Araştırma Konseyi ve İtalyan Eğitim Bakanlığı sponsor olmuştur. Bununla birlikte Floransa Projesi sonucunda 1978 ve 1979 yıllarında oldukça kapsamlı bir yayın olan dört ciltlik Adalete Erişim Serisi yayınlanmıştır.

¹²⁰Galanter s.147; Özbek'e göre, adalete ulaşma hareketi çerçevesinde, hukukun şekli unsurlarının yanında, insan, kültürel yapı ekonomik ve psikolojik etkenlerin önemi de kabul edilmektedir. (Özbek-Gelişmeler s. 122).

¹²¹Galanter s.148.

gerektiği üzerine çalışmalar yurutulmesidir. Uyuşmazlığa ilişkin olarak ortaya atılan goruşler, mahkemelerce hukum verilmesini, toplumun uyuşmazlıklarla baş etmesi yolları arasında, o sıralarda çok da sıklıkla başvurulmamakla birlikte, tek yol olarak gormektedir. Uyuşmazlık bakış açısının, fikri alandan yazılı alana taşınması ile bir uyuşmazlık piramidi oluşturulmuş ve hukuki uyuşmazlıklar yaratan herhangi bir durumun, uyuşmazlık piramidine gore planlanabileceği fikri ortaya atılmıştır.



şekil 1. Uyuşamazlık Piramidi¹²²

Uyuşmazlıklara bakış açısına ilişkin olarak ortaya atılan goruşler, erişime ilişkin yapılması gerekenlerin arttırılması ihtiyacının anlaşılması ve erişimle ilgili endişelerin teorik yapısının kapsamının genişletilmesi bakımından oldukça buyuk bir itici gu oluşmuştur. Piramit modeli ile hukum verme aşamasına kadar oluşabilecek her turlu kopukluk goruşler onune serilmektedir. Buna gore, ornek olarak zarar goren taraf zararın meydana geldiğini idrak etmekte yetersiz kalabilir ya da meydana gelen zararın kimin tarafından yapıldığını bilemediği için, zarardan kimseyi sorumlu tutamayabilir veya onemsememe, korkutulma ya da pahalılık gibi engeller yuzunden talep etme, uyuşmazlık başlatma ya da hukuki ya da adli yardım almaktan mahrum kalabilir veyahut kaynakların yetersizliği de kendinden kaynaklanmadığı halde kişinin mahkemeleri etkili biçimde kullanmasının onunu tı kayabilir. Boylece, uyuşmazlık bakış açısı ile, adalete erişime

¹²² Diamant, Neil J./Lubman, Stanley, B./O'Brien, Kevin, J.: Law and Society in the People's Republic of China, (Engaging Law in China, California 2005, s. 3-27.) s. 7.

ilişkin aksaklıklar bütün bu bağlarda oluşan kopuklukları kapsayacak şekilde ortaya konabilmektedir¹²³.

Uyuşmazlık bakış açısı ile hakkın elde edilmesi önündeki kopuklukların çözüm süreci içerisinde hangi aşamalarda oluştuğuna dair pek çok konuda bilgi sahibi olunduktan sonra adalete erişim için oldukça kapsamlı bir reform gündemi meydana gelmiştir.¹²⁴. Adalete erişimin öneminin artmasıyla, 1978 yılında Floransa Projesi hala iş başında iken, “adalete erişim” sloganı, Amerikan Barolar Birliği’nin resmi teması haline geldi. Böylece adalete erişimin önemi, hukuk dünyası tarafından yaygın biçimde kabul edilerek, eğitim ve çalışma dünyasında ortaya çıkan yayınların konularını oluşturdu. Günümüze kadar da gittikçe sık kullanılan bir kavram olarak, sivil toplum kuruluşları, barolar, kamu kurumları, uluslar arası yardım örgütleri ve diğer uluslar arası kuruluşlar gibi pek çok farklı alanda faaliyet gösteren kuruluşların programlarında yer aldı.

Adalete erişim, her alanda bu kadar hızla yaygınlaşırken, uyuşmazlık görüşü de doktrinde ve teorik alandaki yerini aldı. Ortaya çıkışından itibaren adalete erişim ile tam anlamıyla özdeşleşen ADR ise, başlangıçta adalete erişim ile o kadar yakındı ki, adalete erişimin, ADR’nin uygulanması ile sınırlı olduğu fikri azımsanamayacak ölçüde varlığını sürdürüyordu. Zira, ADR’nin temelleri de uyuşmazlık bakış açısına dayanmakta ve ADR ile de yargılamadaki kopuklukların ve aksaklıkların giderilmesi amaçlanmakta idi. Akademik alanda da pek çok çalışmaya konu olmasına rağmen, ADR’nin gerçek anlamda, güçlü bir biçimde ortaya çıkışı akademik hayat dışında, hakemler, arabulucular ve diğer uyuşmazlık çözümü alanında çalışan tarafsız mesleklerin tercih edilmesinin artış göstermesiyle söz konusu oldu. Şirketler, dava yoluna alternatif olarak ortaya çıkan bu pratik uyuşmazlık çözüm yolunu, aralarında yüksek değeri olan uyuşmazlıkların çözümü için kullanırken, ADR daha da yaygınlaştırılarak, işçiler ve tüketicilere ilişkin uyuşmazlıkların, şirket içi oturumlar ile çözümünün sağlanması bakımından da faydalı görülerek hızla benimsendi. Böylece iş dünyası ve hükümetler eliyle koyu bir biçimde

¹²³ En alt seviyede karşılaşılan sorunlar zararlardan sonra üstünde meydana gelen zararlar bulunurken, yukarı doğru çıktıkça piramidin katmanlarına şikâyetler, talepler ve uyuşmazlıklar yerleştirilmektedir. Uyuşmazlıkların bir kısmı için avukatlara ve mahkemelere başvurulmakta ve takip eden en küçük kısım da duruşmalara, temyize ve içtihat halini alan kararlara dönüşmektedir.(Galanter s.149).

¹²⁴ Galanter’e göre, “Uyuşmazlık piramidi, söz verilenlerin gerçekleştirilenlerden daha fazla olduğu sistemlerin incelenmesi açısından da yararlı olmaktadır. (Galanter s.150).

desteklenen ADR, büyüyerek uyuşmazlık bakış açısı ve adalete erişim kavramları ile iç içe biçimde gelişmekle birlikte aynı zamanda farklılaştı¹²⁵.

Bütün bu gelişmelerin etkisiyle adalete erişim, insan hakları akımı¹²⁶ ile bağdaştırılmaya başlandı. Böylece, ulusal ve uluslar arası alanda mahkemelere ilişkin reformları içeren programlar ve hukukun anlaşılır hale getirilebilmesi gibi adalete erişimin gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar da hızla çoğalırken, hâkimlerin, öncelikli nitelikteki insan haklarının korunmasına ve genişletilmesine ilişkin müdahalelerini arttırması gerektiği görüşü savunulmaya başlandı¹²⁷.

II- Adalete Erişim Akımı

Adalete erişim akımı¹²⁸, istisnasız her bireyin, yasal haklarından eksiksiz biçimde yararlanabilmesi için başlatılan bir reform hareketidir¹²⁹. Buna göre, adalete erişim akımı çerçevesinde sürdürülen reformlar ile, toplumu oluşturan bireylerin gerektiğinde birleşerek, gerektiğinde ise tek başlarına haklarını arayabilmelerinin önündeki engellerin kaldırılması yoluyla, hakların kullanılmasının sağlanmasının yanında, söz konusu reformlar, bu hakların kullanılması için devlet tarafından uygun usuli araçların da ortaya çıkarılmasına yönelik öneri ve çalışmaları içermektedir.

Adalete erişim reformları, bir dalga benzetmesiyle tanınmış ve benimsenmiştir. Bir bütünlük içinde birbirini takip eden sıralama için yapılan dalga benzetmesi, artarda gelen reformları simgelemektedir. Bununla birlikte, adalete erişimin, tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için bu sıralamanın takip edilmesinin gereği bulunmamaktadır ve birinin gerçekleşmesi de diğerine bağlı değildir.

¹²⁵ Konuralp'e göre ise, ADR özellikle küçük uyuşmazlıkların adli sorun haline gelmeden önce çözümlerine imkan sağladığı ölçüde gerekli ve yararlıdır. Önemli olan, ADR'ye ilişkin düzenlemelerin yargıdan kaçısı ifade edecek anlam ve boyuta ulaşmamasıdır. (Konuralp-Yargı Düzeni s. 3824).; Galanter s.152.

¹²⁶ İnsan hakları akımı, ikinci dünya savaşı sonrasında, vahim biçimde ihlal edilen insan haklarının, tüm dünyada korunması düşüncesi ile hayat bulmuş ve desteklenmiştir.

¹²⁷ Ortak hukuk sistemleri gereği, hakimin sadece davayı yöneten bir hakem konumunda olmasını benimseyen bir adalet sistemine sahip olan İngiltere'de bile, insan haklarının korunması amacıyla hakimlerin dava yolundaki pasif rollerinin bir kenara bırakılarak, takdir yetkilerini daha fazla kullanabilecekleri aktif bir rol oynamaya başlamaları gerektiği savunulmaktadır. (Woolf, Harry: The Needs of a 21st Century Judge, (The Pursuit of Justice, Oxford 2001, s.175-207) s.196).

¹²⁸ Özbek, "adalete ulaşma hareketi" olarak adlandırmaktadır. (Özbek-Gelişmeler s. 121).

¹²⁹ Özbek, Mustafa: Türkiye'de Adalete Erişim Projesi, (Adalete Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 57-64) s. 57)

1) 1. Dalga: Adli Kurumlara ve Yetkililere Erişim

Adalet erişim, medeni hukuka dair işleyiş ve kurumlarda reform yapılması gerektiği savıyla, ortaya atıldıktan çok kısa bir süre sonra, ceza hukukunda temel hakların zarar görmemesi ve dar gelirli kesiminde haklarının korunması için çalışan ABD’li hukukçular tarafından benimsendi. Birinci dalga olarak da kabul edilen bu gelişmeler ile adalet erişim kavramı, esas olarak bireylerin mahkemelere ve avukatlara erişiminin sağlanması olarak algılandı. Ekonomik açıdan sıkıntı yaşayan kişilerin, özellikle ceza davalarında avukat hizmetinden yararlanabilmeleri için devlet eliyle sağlanan sosyal yardımların, yani adli yardım programlarının güçlendirilmesi, bu aşamada adalet erişimin önündeki engellerin kaldırılması bakımından yegâne araç olarak görülmekte idi¹³⁰.

Özellikle ABD de meydana gelen bu gelişmeler ışığında, 1965 yılında, Ekonomik İmkanlar Ofisi tarafından yoksul kişilere hukuki hizmet sağlayan kurumlara ilişkin reformlar yapıldı ve mahalli hukuk büroları (*neighbourhood law offices*) uygulamasına başlandı¹³¹. Bu dönemde, adli yardıma ilişkin gelişmelere paralel olarak, İngiltere, Fransa ve Almanya gibi Avrupa ülkelerinde ortaya çıkan “judicare” sistemi ile ABD’de yaygınlaşan maaşlı personel olarak görev yapan avukatlar (*salaried staff attorney*) sistemi birleştirilerek her ikisinden de elde edilecek yararın toplanmasına ilişkin görüşler artarak, adli yardım konusunda karma sistemler benimsenmesine yol açtı¹³².

Adli yardıma ilişkin reformlar, adalet erişim akımında temel bir role sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adli yardıma bir hak olarak bakmakta ve adalet erişimin sağlanmasında, adli yardım hakkının anayasal güvence altına alınması gerektiğini kararlarıyla doğrulamaktadır¹³³.

¹³⁰ Burada değinilen adli yardım mekanizmaları oldukça çeşitlidir. Bunlar, hukuk klinikleri (*community clinics*) kamu savunma büroları (*public defender offices*) and ve sertifika sistemleridir (*certificate systems*). (McDonald s.20).

¹³¹ Cappelletti/Garth s.2.

¹³² Buna ilişkin düzenlemeler ilk olarak 1970’li yılların başında İsveç ve Kanada’da yapılmış ve çalışmalar başlatılmıştır. Birleştirilen karma adli yardım modelinin başarısını gören Hollanda, Norveç, İngiltere ve ABD’de konuya eğilmişlerdir. İngiltere’de çok sayıda mahalli hukuk merkezinin kurulması, “judicare” sisteminin tamamlayıcısı olarak adli yardım sistemine katkıda bulunmuştur. ABD’de ise “judicare” sistemi adli yardım hizmetlerine eklenerek, birleştirilmiş modelin kullanılmasına geçilmiştir. (Cappelletti/Garth s.8).

¹³³ Airey v. Ireland, 1979, http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=400936.

2) 2. Dalga: Dava Yolunun İyileştirilmesi

Adli yardımın, adalete erişimin gerçekleştirilmesinde, yegâne yol olduğuna ilişkin görüşlerin ortaya atılmasından yaklaşık on yıl sonra, adli yardım alanında devam eden aksaklıklar, adalete erişim kavramına daha geniş açıdan bakılması gerektiğini göstermiştir. Böylece mahkemelerin mevcut durumdaki verimliliği, uygulanan usul ve yapısal sorunlar tüm detaylarıyla incelenmeye başlandı.

İkinci dalga ile, adli hizmet sunan kurumların geliştirilmesi için yapılan reformların çoğu medeni hukuk alanında gerçekleştiyse de, gözetim ve duruşma öncesi tutukluluk halinin iyileştirilmesi, kovuşturma aşamasının hızlandırılması ve cezaların, kefalet ve şartlı salıverilme sistemlerinin insani boyutlara getirilmesi üzerinde de çalışılmıştır. Bununla birlikte, küçük talepler mahkemesi (*small claims track*), grup davalarının önünün açılması, keşif kurallarının değişikliğe uğraması, hukuk sigortası, sadece dava kazanıldığı takdirde avukatın ücretini alabilmesi gibi yenilikler de davaların hızlandırılması, dava masraflarının azaltılması ve dava açmak isteyen kişilerin daha kolay bu yola başvurabilmelerinin sağlanmasına katkıda bulunmuştur. İkinci dalga ile böylece, çoğulculuk fikri, eskiden hakim olan bireycilik fikrinin yerini almaya başlamış ve medeni yargılama hukukunun sadece subjektif hakların korunmasına değil, grup davası şeklinde bir dava türü düzenlenerek, kolektif menfaatlerin korunmasında da hizmet etmesi gerektiği görüşü yaygınlaşmıştır¹³⁴.

Kollektif menfaatlerin hukuki temsilinin, tüketiciler ve çevreciler gibi toplu çıkar gruplarına da yayılması için 1970'ten başlayarak ABD'de vakıflarca desteklenen (*public interest law firms*) kamu çıkarlarını koruyan hukuk firmaları kurulmuştur¹³⁵. Hem Kuzey Amerika'da hem de Avrupa'da tüketiciler veya çevreciler gibi ortak menfaatlerin bulunduğu; fakat temsil edilmediği ya da yeterince temsil edilemediği grupların menfaatlerinin korunmasına yönelik mekanizmalar kurulması için giderek artan bir çaba gösterilmiştir¹³⁶. Böylece, ikinci dalga dünya çapında yeni sosyal ihtiyaçlara cevap verebilecek yeni bir dava çeşidinin doğmasına yol açmıştır¹³⁷.

¹³⁴ Ortak hukuk kökenli olan grup davası, Roma hukukundaki dava türlerinden, "actiones populares" e dayanmaktadır. (Özbek-Gelişmeler s. 125); McDonald s.20.

¹³⁵ Cappelletti/Garth s.2.

¹³⁶ Bunlardan bir tanesi de yargı örgütünün başı olan ve bu nedenle kamu menfaatlerini temsil ettiğine inanılan Baş Savcıya güvenilerek açılan, müşteki davası (relator action) dir. Bir diğeri ise, Çevre Koruma

3) 3. Dalga: Adalete Giden Yolların Kolaylaştırılması

Adalete erişim reformları, mahkeme ve dava yolunda ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesine ilişkin tedbirlerin alınmasının yanında, alternatif uyuşmazlık çözümü gibi yeni usullerin ortaya çıkması ve özel hukuk alanında dava sayısını azaltılması çabalarına da katkı sağlamıştır. Ayrıca reformlar çerçevesinde, halkın, hukuki bilgilere ulaşabilmesinin kolaylaştırılması ve bilgilendirilmesi üzerine de yoğunlaşılırken, benzer olarak, hukuk dilinin sadeleştirilmesi akımı, tüketici formlarının standardizasyonu gibi pek çok girişimle, kanuni düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır¹³⁸.

Avrupa ülkeleri ve özellikle de Avrupa Konseyi de bu gelişmelere destek vermekte ve adli yardım için atılacak adımlara olduğu kadar adalete erişimin hızlandırılması için özel uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasını teşvik edici çalışmalar için de adımlar atmaktadır. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili en hevesli çalışmalar yapan ülke ise ABD olmuştur. Bunun sebebi olarak ise, ABD'deki mahkeme sisteminden farklı olarak Kıta Avrupası'ndaki mahkemelerin yapı itibarıyla daha müdahaleci ve hakimlerin takdir yetkisinin daha geniş olması sebebiyle, hakimin tarafları sulhe teşvik etmesi gibi, mahkeme dışı çözüm yollarına başvurmak isteyenlerin ihtiyaçlarını karşılayacak bazı çözüm yollarının zaten varlığını sürdürdüğü savunulmuştur¹³⁹.

4) 4. Dalga: Katılım ve Uyuşmazlıkların Önlenmesi

Günümüzde adalete erişim akımının dördüncü ve son dalgası olarak tanımlanabilecek aşaması, özgür demokrasilerde, toplumda istisnasız her bireyin hukuk kurallarının tartışıldığı, yapıldığı, yorumlandığı ve uygulandığı her alanda eşit miktarda katılım hakkına sahip olmasıdır.¹⁴⁰ Böylece, dördüncü dalga reformları çerçevesinde, usul hukuku kuralları, halkın, kanun koyma ve hukuki düzenleme yapma yetkisi olan her türlü kuruma ve bu kurumlarca düzenlenen toplantılara, oturumlara, kısacası tüm platformlara

Kurumu (Environment Protect Agency) dur. (Diğer örnekler ve deyatlı bilgi için bkz. Özbek-Gelişmeler s. 124-125).

¹³⁷ Cappelletti/Garth s.11.

¹³⁸ Mcdonald s.22.

¹³⁹ Cappelletti/Garth s.15.

¹⁴⁰ Mcdonald s.23.

katılımını sağlamak için geliştirilmeye çalışılmaktadır. Adalete erişimin, toplumu oluşturan her birey için tam anlamıyla gerçekleşmesi, bireylerin ancak kanunlar ve diğer düzenlemelerin yapılma aşamasında, bu sürece katılımının gerçekleşebilmesine bağlıdır¹⁴¹.

¹⁴¹ Mcdonald'a göre, hükümetler, bu kurumların temsilcilerinin Parlamento alt birimlerinde ve idari kararların alınmasında daha fazla katılımının gerçekleşmesi için düzenlemeler yapmalı, toplumsal politikalarının oluşumunda toplumun her kesiminin bu sürece dahil edilmesine yönelik çalışmalar yürütmelidir (Mcdonald s.22).

§ 2. ADALETE ERİŞİMİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

A) Genel Olarak “Engeller”

Adalete erişim denildiğinde ilk akla gelen, çoğunlukla adalete erişimin önünde var olan engeller ile bu engellerin ortadan kaldırılmasına yönelik reformlardır. Zira, adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılmadığı bir sistemde, bu engelleri aşamayanlar için adaletin varlığından söz edilemez. Amaç, çoğunlukla adalet hizmetlerinin sağlandığı kurumlara erişimin önündeki engellerin kaldırılması olarak anlaşılrsa da, engeller, sadece yargı örgütünün yapısı ile işleyişine ve bu örgüte ulaşımına ilişkin değildir. Adalete erişimi zorlaştıran hatta imkansız kılan engeller bazen de, ekonomik yetersizlikler, bilgisizlik ve önyargılar gibi bireylere ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır.

İstisnasız herkes için adalete erişimin mümkün olabilmesinin önündeki engeller, çalışmamızda fiziki, objektif ve sübjektif engeller şeklinde ayrılarak incelenmiştir. Bunlardan birincisi, adalet hizmetlerinin sağlandığı mekanların konumu ve bu mekanların amaca uygunluğu gibi fiziki engellerdir. İkinci başlık altında, hakkın yerine getirilmesinde karşılaşılan masraflar, gecikme ve karmaşıklık gibi objektif engeller incelenirken, son kategoride ise sosyal ve kültürel bakımdan zayıflık gibi kişilerin kendinden kaynaklanan sübjektif engeller yer almaktadır¹⁴². Yapılan bu sınıflandırma ile ortaya konan engeller sayılanlarla sınırlı olmasa da, genel olarak adalete erişim sorunları bakımından bir çerçeve görevi görmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca, yargı örgütünün yapısı ve işleyişi bakımından adalete erişime ilişkin olarak ortaya çıkan zorluklar ve çözüm önerileri daha sonra incelenecektir. Burada ise “engeller” ile ortaya konmaya çalışılan husus, yargı örgütü içindeki aktörlerden biri olmayıp, sadece adalet hizmetlerinden yararlanmak isterken, dezavantajlı oldukları konular nedeniyle, vatandaşların yüz yüze geldiği engellerdir.

¹⁴² McDonald s.27; Cappelletti ve Garth’ın raporuna göre ise, medeni yargılama hukukunda adalete erişime ilişkin ortaya çıkan engeller, ekonomik, örgütsel ve usuli olmak üzere üç çeşittir. (Özbek-Sempozyum s.58).

B) Fiziki Engeller

Adalet erişimin en basit hali, adalet hizmetlerinin sağlandığı resmi kurumlara erişimdir. Adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişilerin, mutlaka bu kurumlara gitmeleri gerekmektedir¹⁴³. Örneğin, ülkemizde adli sicil kaydına ilişkin talep, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 5 ve 6. maddeleri ile Adli Sicil Yönetmeliği'nin 12 ve 13. maddelerine göre, sadece bizzat veya özel yetki içeren vekalet ibrazı koşuluyla, vekil aracılığıyla ya da kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılabilmektedir. Adli sicil bilgilerini verebilecek kuruluşlar ise, mahalli adli sicillerde, o yer Cumhuriyet Savcılıkları; merkezi adli sicillerde, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü; asliye mahkemeleri olmayan yerlerde, kaymakamlıklar; yurt dışında ise konsolosluklardır¹⁴⁴. Görüldüğü gibi, hukukumuzda, tek bir işlem için, pek çok adli hizmet kurumuna başvuru imkanının bulunduğu düzenlemeler bulunmaktadır. Ne var ki, adalet hizmet noktalarının, şehirler ve ilçeler dışında merkezi hale getirilmemiş olduğu ve bu yerlerin erişime en elverişli yerlerde bulunmadığı durumlarda, adalet erişimin, mahkemeler ve diğer adli hizmet kurumlarına erişime ilişkin kısmı, yani günümüzde adalet erişimin en önemli kısmı, eksik kalmış olur¹⁴⁵.

Adalet erişimin ilk basamağını oluşturan, mahkemelere ve diğer adli hizmet kurumlarına erişime ilişkin engellerden bir diğeri, çalışma saatleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Düzenli gündüz işleri olan kişiler için, bu kurumlar, sadece bu kişilerin çalıştığı saatlerde erişilebilir durumdadır. Bu durum ise bu kişilerin, adalet hizmeti veren kurumlara, çalıştıkları işlerden izin alabildiği zamanlarda erişebileceklerini gösterir.

¹⁴³ “Adalet, vatandaşların ona gelmesini gerektirmektedir, tersi değil.” (McDonald s.26).

¹⁴⁴ Adli Sicil ve Bilgilerinin verilmesi, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/nasil.html>.

¹⁴⁵ Ülkemizde, Toplam nüfusun % 75,5'i (54.807.219 kişi) il ve ilçe merkezlerinde ikamet ederken, % 24,5'i (17.754.093 kişi) belde ve köylerde ikamet etmektedir. (Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Nüfus Sayım Sonuçları 2009, <http://www.tuik.gov.tr/OncekiHBArama.do?islem=postmyChoice>); Ülkedeki adalet mekanizmasının vatandaşlara yakın olması da adalet erişimin sınırları içindedir. (Elveriş, İdil: Türkiye’de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar, İstanbul 2004,s.180). McDonald s.27; Adli kurumların belli coğrafi alanlarda yoğunlaştırılmasının, yargının kamuya yüklediği masrafların makul ölçülerde tutulabilmesi için gerekli olduğu belirtilmektedir. Ne var ki, aynı zamanda söz konusu kurumların büyük şehirler gibi belli alanlara toplanmasının, özellikle kırsal kesimde yaşayan kişilerin bu kurumlara başvuramaması sonucunu da doğurduğu, bu gibi durumların aynı zamanda kullanıcılar arasında eşitsizlikler yaratarak, hareket kabiliyeti az olan kişiler ile refah düzeyi yeterli olmayan kişilerin de mevcut durumlarını daha da kötü etkilediği ortaya konmuştur. Bununla birlikte, günümüzde hızla gelişen yeni teknolojiler sayesinde adli kurumlara fiziki olarak erişimin yavaş yavaş terk edilerek, kullanılan materyallerin dijital ortamda tutulması ve aktarılması söz konusu olacağından bu şekilde adli hizmetlerin gün geçtikçe daha da erişilebilir hale geleceği tahminine yer verilmektedir. (CEPEJ, s. 27).

Günümüzde gelinen noktada, bu engelin ortadan kaldırılması, teknolojik gelişmeler ve bilişim sistemleri sayesinde, bunlardan faydalananlar ya da kullanıcılar bakımından, oldukça kolaydır. Elektronik Devlet (e-Devlet)¹⁴⁶ uygulamaları sayesinde kamu hizmetlerinin tümüne tek bir noktadan erişim imkanı sağlanmıştır.

Elektronik devlet, elektronik adli iletişim ve elektronik adaleti de içine alan bir üst kavramdır ve ABD’de Clinton/Gore döneminde ortaya çıkmıştır. Devletin hem kendi içinde, hem de vatandaşla olan iletişimini, elektronik medya aracılığı ile kurduğu bir sistem olan e- Devlet sayesinde, günümüzde, usul ekonomisine de uygun olacak şekilde, devlet işlerinin daha hızlı, hatasız ve daha ucuz biçimde yürütülmesi amaçlanmaktadır. Ne var ki, adalet hizmeti veren kurumlara yapılacak başvurulara ilişkin zaman kısıtlamasının aşılmasında en büyük yardımcılarından biri olan e-Devlet uygulamasının tercih edilmesinin sağlanması, öncelikle, yapılacak işlemlerin güvenli bir elektronik ortamda gerçekleşeceğine olan inancın mevcudiyetine bağlıdır¹⁴⁷. Ülkemizde, elektronik ortamda yapılan işlemlerin güvenliği bakımından, vazgeçilmez bir unsur olarak görülen ve elektronik adli iletişimden önce elektronik imzanın yaygınlaştırılması gerektiğini savunan görüşe¹⁴⁸ uygun olarak, 23.07.2004 tarihinde, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanun’un 5. maddesi ile, bu tür işlemlerde kullanılacak olan güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı belirtilmiştir¹⁴⁹.

Ülkemizde, e-Devlet Kapısı olarak isimlendirilen elektronik devlet uygulamasının amacı, “ *Kamu hizmetlerini, vatandaşlara, işletmelere, kamu kurumlarına bilgi ve iletişim teknolojileri ile etkin ve verimli bir şekilde sunmak*” olarak belirtilmiştir¹⁵⁰. Elektronik adalet uygulamasının bir sonucu olarak ortaya çıkan, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)¹⁵¹ içerisinde oluşturulmuş Vatandaş Portalı sayesinde ise, vatandaşların, adliyelere gitmeden

¹⁴⁶ e-Devlet Kapısı, <https://www.turkiye.gov.tr>

¹⁴⁷ Oğlakçioğlu, Onur: Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim, İzmir 2008, s. 14-15.

¹⁴⁸ Oğlakçioğlu s. 55.

¹⁴⁹ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr> ; Günümüzde dünyada kullanılan pek çok güvenli elektronik imza tekniği bulunmaktadır. Ülkemizde, yargı faaliyetlerinde, yaygın bir şekilde uygulama alanı bulan elektronik imza tekniği, asimetrik kriptografiye dayanan dijital imzadır. Bununla birlikte, “teknolojik tarafsızlık” gereği, 5070 sayılı elektronik İmza Kanunu, UNCITRAL E-İmza Model Kanunu ve AB 99/93/EC sayılı Elektronik İmza Direktifi çerçevesinde detaylı düzenlemelerden kaçınılarak, elektronik imzalara ilişkin genel kabul şartları belirlenmiştir. (Oğlakçioğlu s. 71).

¹⁵⁰ e-Devlet Kapısı’nın kurulması, işletilmesi ve yönetilmesi görev ve sorumluluğu 20/4/2006 tarihli ve 26145 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 24/3/2006 tarihli ve 2006/10316 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı yetkisine verilmiştir. (https://www.turkiye.gov.tr/portal/dt?provider=HomePageContainer&channel=bilgilendirme&bilgilendirme_bilgiTipi=siteHakkinda).

¹⁵¹ Uusal Yargı Ağı Projesi, <http://www.uyap.gov.tr>

taraf oldukları dava dosyalarına ilişkin bilgileri görebilmeleri mümkün olmaktadır¹⁵². e-Devlet uygulamaları için, sisteme giriş yapabilmek, e-Devlet şifresi, m-imza, e-imza veya T.C. Kimlik Kartı alınarak mümkün olurken,¹⁵³ UYAP Vatandaş Portalı kanalıyla sadece dava açabilmek için e- imzaya gerek bulunmaktadır. Adalete erişime ilişkin fiziki engellerin aşılması bakımından büyük önem taşıyan teknolojik yeniliklerin doğru kullanılması sonucunda, ülkemizde bilgisayar kullanıcısı olan pek çok vatandaşın, adalet hizmetlerinden evlerinden çıkmadan kolayca yararlanabilmesi mümkün olacaktır. Türkiye İstatistik Kurumu'nun yaptığı Hane Halkı Bilişim Teknolojileri Kullanım Anketi verilerine göre, ülkemizde 2009 yılında 16-74 yaşları arasındaki bireylerde internet kullanım oranı %38,1 iken¹⁵⁴, internet kullanımının ne kadarının elektronik ortamda sunulan kamu hizmetlerinden yararlanmak üzere gerçekleştirildiğine bakıldığında, bu rakamın %28,3 olduğunu görmekteyiz¹⁵⁵. Bu ise, tüm nüfusun yaklaşık, %10,78'inin elektronik ortamda sunulan kamu hizmetlerinden yararlandığını göstermektedir. Bununla birlikte, bu kişilerin ne kadarının, adalet hizmetlerinden yararlanmak üzere, UYAP kanalıyla taraf olduğu davaları takip ettiği ya da icra takiplerini yürüttüğü bilinmemektedir.

Adalet hizmetleri veren kurumların, fiziksel engelli olan kimseler için tasarlanmadığı durumlarda da adalete erişim, bu kişiler için oldukça zor ve hatta imkansız hale gelmektedir. Ek olarak, çeviri veya danışma hizmetlerinin yeterli olmadığı mahkeme veya adli kurumlarda, görsel ya da işitsel engelleri olan kimseler ya da konuşulan dili bilmeyen veya entelektüel kapasiteleri yeterli olmayan kişiler, mahkeme salonu içinde ve dışında neler olduğunu anlayamayacaklardır. Uygun yardımın sağlanamaması sonucunda, bu kişiler, entelektüel anlamda erişemedikleri karmaşık bir sistemin pasif katılımcıları olarak kalacaklardır. Sonuç olarak, adalete erişimin en basit hali olan mahkemelere ve adli hizmet ve kalem personeline dahi erişimin sağlanmadığı bir sistemde, adalet

¹⁵² UYAP Vatandaş Portalı, <https://vatandas.uyap.gov.tr/index.html>.

¹⁵³ e-Devlet şifresi, m-imza, e-imza veya T.C. Kimlik Kartı almak için ayrıntılı bilgi için bkz. <https://giris.turkiye.gov.tr/Giris2/gir>.

¹⁵⁴ Hane Halkı Bilişim Teknolojileri Kullanım Anketi, http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?tb_id=60&ust_id=2

¹⁵⁵ TÜİK tarafından yapılan araştırmada, elektronik ortamda sunulan kamu hizmetlerden memnun olan bireylerin oranı %86,6 iken, bu hizmetlerin hayatı kolaylaştırdığını düşünen bireylerin oranı ise, %90,1 dir. (Yaşam Memnuniyeti Araştırması 2009, http://www.tuik.gov.tr/IcerikGetir.do?istab_id=15).

hizmetlerinden yararlanmak isteyen bireylerin, bunun için yalvaran kimselere indirgenmesi sonucu doğar¹⁵⁶.

Adalet erişim, adalet hizmetlerinden yararlanırken, bu konuda tecrübe edinen kişilerin olumsuz deneyimlerini paylaşmaları ile olduğu kadar, mahkemeler ve adalet hizmeti veren kurumların dışarıdan görünümüleri sonucunda oluşan önyargılar nedeniyle de zarar görmektedir¹⁵⁷. Ülkemizde yapılan bir araştırmaya göre, adliyelerin dış cephelerinin temiz ve bakımlı olmadığı, binaların ise içlerinin loş ve tozlu olduğu ve amaca uygun biçimde tasarlanmadığı gözlenmiştir. Ayrıca ülkemizde, mahkemelerde bekleme salonlarının bulunmadığı ve aralarında husumet bulunanlar dahil, tarafların duruşma salonuna aynı kapıdan girdiği tespit edilmiştir. Erişebilirlik bakımından, adliyelerde vatandaşların danışabileceği bilgi bankolarının bulunmadığı, asansör ya da tuvaletlerin her zaman vatandaşların kullanımına açık olmadığı ve adliyelerde engelli vatandaşlar için gerekli ya da yeterli önlemlerin alınmadığı belirtilmektedir. Adliye personeline ilişkin olarak yapılan gözlemler ise, bu kişilerin zaman zaman vatandaşlara tepeden bakan, nelerin yapılması ve yapılmaması gerektiği ile hizmet almak için nelerin getirilmesi gerektiğine ilişkin bir “eğitim-öğretim” tavrı sergilediğini ortaya koymaktadır¹⁵⁸.

Sonuç olarak, adalet erişimin ilk basamağı ve en basit hali olan mahkemelere ve adalet hizmeti sağlayan diğer kurumlara erişimin sağlanmasına ilişkin engellerin ortadan kaldırılması büyük önem taşımaktadır. Zira, adalet kavramının akıllarda somutlaşmış hali olarak beliren¹⁵⁹, mahkeme ve adli hizmet kurumları ile bu kurumlar içinde görev yapan bütün aktörlere tam anlamıyla erişim sağlanamadan, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişiler, bu hizmetlerden yararlanamayacağı gibi, adalet mekanizmasının işlediğine şahit olamayacaklardır. Bu ise, toplumda adalet olan inancı kuvvetlendirecek en önemli araçlardan bir tanesinin, gerektiği gibi kullanılmadığına işaret eder.

¹⁵⁶ McDonald s.27. Mahkeme personeli ve özellikle kelem çalışanları ve mübaşirlerin vatandaşların mahkemelerde karşılaştıkları ilk kişiler olması sebebiyle, bu kişilerin davranışları, vatandaşların yargılama süreci boyunca neler yaşayacaklarına dair oluşacak fikirleri bakımından önem taşımaktadır. Böylece denilebilir ki, “*Vatandaşların mahkemeler konusundaki düşünceleri mahkeme personelinin tavırları üzerinden şekillenebilir.*” (Kalem, Seda/Galma, Jahic /Elveriş, İdil: Adalet Barometresi İstanbul 2008, s. 10).

¹⁵⁷ Mahkemelerin her şeyden önce fiziki durumunun ve işleyişinin vatandaşların adalet güvenlerini sarstığı ve mutlaka iyileştirilmesinin gerekliliği, en çarpıcı şekilde, bir araştırmada mahkeme deneyimi olan vatandaşların, mahkeme deneyimi olmayan vatandaşlara göre mahkemeye olan güvenlerinin düşük olduğunun tespit edilmesinden anlaşılabilir. (Kalem/Jahic/Elveriş-Adalet Barometresi s. 13).

¹⁵⁸ Kalem, Seda/Jahic, Galma/Elveriş, İdil: Adliye Gözlemleri İstanbul 2007. s. 7-8.

¹⁵⁹ Adalet sözcüğünün Türkçe Sözlük'teki anlamlarından bir tanesi de, “*Bu işi uygulayan yerine getiren devlet kuruluşları*”dır. (Türkçe Sözlük TDK s. 18).

C) Objektif Engeller

Adalet erişime ilişkin objektif engeller, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen bireylerin karşılaştıkları bir diğer “engel” sınıfı olarak karşımıza çıkar. Objektif engeller, çalışmamızda, birbirini yakından ilgilendiren ve birbirine bağlı olarak gelişen, masraflar, gecikme ve karmaşıklık olmak üzere üçe ayrılarak incelenmiştir¹⁶⁰.

Adalet hizmetlerinden yararlanmak, vatandaşlar için karşılanamayacak derecede pahalı olduğunda, adalet erişimin mevcut olmadığı açıktır ve masraflarla ilgili engeller de bu hallerde ortaya çıkar. Davaların yürütülmesi ve sonuçlanması için yapılan tüm masrafların, davanın taraflarınca karşılanması kuralı, her şeyden önce, usul ekonomisine katkı sağlar. Zira, adalet hizmetlerinin yürütülmesinde ortaya çıkan masrafların hepsinin devlete yükletilmesi, hem ekonomik bakımdan devletin, hem de iş yükü bakımından mahkemelerin sırtına büyük bir yük binmesine sebep olurdu¹⁶¹. Ne var ki, “erişilebilir” olan adalet hizmetlerinin de, vatandaşların ekonomik imkanları çerçevesinde, karşılayabilecekleri ölçüde masraflı olması beklenir. Yeterli ekonomik imkanlara sahip olmayanların ise, uygun usuli araçlarla adalet erişiminin sağlanması gerekir.

Masraflar ve gecikme, karmaşıklık konularıyla da derinden ilişkilidir. Çoğu zaman karmaşık usullere tabi olan davalar, taraflar sulh feragat ve kabul gibi davayı sona erdiren işlemler yapmadıkça veya uzlaşmaya karar vermedikleri sürece, yargılama devam ederek, daha da masraflı hale gelmekte ve uzun sürmektedir¹⁶². Usul açısından incelendiğinde, ülkemizde dava süreci karmaşık ve hantal bir yapıya sahiptir. Bu ise, aşağıda detaylı biçimde incelediğimiz, adalet hizmetlerinde masraflar ve gecikmenin artmasına ve adalet hizmeti verilen sürecin de giderek karmaşılaşmasına yol açmaktadır.

Objektif engellerin aşılmasında, bir başka deyişle, dava yolunun etkin kullanımının sağlanması için başvuru medeni yargılama hukuku kurallarının, daha az giderle, daha

¹⁶⁰ Lord Woolf’a göre, İngiliz yargılama hukukunda, yargılamanın pahalı olması, uzun sürmesi ve karmaşık yapıda olması biçiminde üç temel soruna işaret etmiştir. (Woolf, Harry: Access to Justice Final Report Overview, In Pursuit of Justice, Oxford 2008, s. 311-342) s. 312).

¹⁶¹ Aldemir, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2009, s.21; Hak arama özgürlüğünü temin etmek için, dava açmak için yargılama giderlerinin alınmaması görüşü ise, dava sayısını çok hızlı biçimde arttıracığından, tercih edilmemektedir. Bu sorunun aşılabilmesi için Yılmaz, mevcut adli yardım sistemimizdeki geçici bağışıklığın, davanın kaybı halinde kesin bağışıklığa dönüştürülmesidir. (Yılmaz-Hukuk s. 59); Yılmaz- İşleyen Adalet s. 475.

¹⁶² Woolf-Access to Justice s. 311.

hızlı ve basit bir yargılama yürütülmesi için uygulanmasında, hakimlere büyük görev düşmektedir. Günümüzde, hakimlerin dava sürecinde daha aktif rol oynaması gerektiği görüşü, hem Kıta Avrupası Hukuku, hem de Ortak Hukukun uygulandığı ülkelerde, genel olarak kabul görmektedir¹⁶³. Bu ise, hakimlerce davaları yönetmekte kullanılacak olan, dava yönetimi teorisinin ve medeni yargılama hukukunda yer almasının önemini göstermektedir¹⁶⁴. Dava yönetimi ile, yargılama süresince, kaynakların ve zamanın en verimli biçimde kullanılarak, adalete erişimin, amaca en uygun yollardan sağlanması hedeflenmektedir. Hakimlerce, etkin biçimde uygulanan dava yönetimi sayesinde, adalete erişimin önündeki objektif engeller olan, masraflar, gecikme ve karmaşıklığın aşılması için başvurulacak medeni yargılama hukuku kurallarına örnek olarak, davanın özelliklerine göre farklı yargılama usullerinin uygulanması; dava malzemesi ve dava malzemesinin ileri sürülmesine ilişkin süre; mahkemelerin duruşma tarihlerini belirlemesi ile ilgili kurallar verilebilir¹⁶⁵.

Dava yönetiminin gelişim çizgisi bakımından yol gösterici olarak kabul edilebilecek yegane kaynaklardan biri, Lord Harry Woolf tarafından hazırlanan ara ve nihai raporlar esas alınarak yapılan, 26 Nisan 1999'da yürürlüğe giren, İngiliz Medeni Yargılama Kanunu'dur (Civil Procedure Rules-CPR). Ortak hukukun uygulandığı ülkelerden biri olan İngiltere'de, bu yeni yargılama kuralları çerçevesinde, geçmişten günümüze kadar yapılan köklü değişikliklerden biri olarak kabul edilen, hakimin, dava süreci üzerindeki kontrolünün artırılması benimsenmiştir¹⁶⁶. Lord Woolf'a göre, mevcut sistemdeki adalete erişim sorunlarının aşılması, yargılamanın hızlandırılması; toplumun bütün sınıfları için yargıya erişim olanağı sağlanması; medeni yargılama dilinin sadeleştirilmesi; sulh ile uyuşmazlığın sona ermesinin teşvik edilmesi; ölçsüz ve uygunsuz usuli araçların kullanımının engellenmesi hedeflerinin gerçekleştirilmesine bağlıdır¹⁶⁷. Farklı özellikler gösteren davaların, farklı yargılama usullerine tabi olması gerektiği görüşüne uygun olarak, CPR çerçevesinde davalar, önem ve uyuşmazlık miktarına göre, mahkemece verilecek karar doğrultusunda, küçük talepler (*small claims*

¹⁶³ Woolf, Harry: Current Challenges in Judging (In Pursuit of Justice, Oxford 2008, s. 193-207) s. 195.

¹⁶⁴ Gündüz, Okan: Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009, s. 27.

¹⁶⁵ Gündüz s. 25.

¹⁶⁶ Gündüz s. 28.

¹⁶⁷ Gündüz s. 30.

track), hızlı yargılama (*fast track*) ve çoklu yargılama (*multi-track*) usullerinde görülürler¹⁶⁸.

Ülkemizde, medeni yargılama hukuku kurallarına bakıldığında, HUMK’nda yer alan “Muamelelerin Şekli” başlıklı Onuncu Fasil’da, dava yönetimine ilişkin önemli maddelere yer verilmiştir. Buna göre, “*Mahkemenin idare ve zabıta işleri Reise aittir.*” (HUMK m. 150). denilmek suretiyle, davanın açılmasından itibaren, hakimin yargılama sürecindeki egemen konumu vurgulanmıştır¹⁶⁹. Bununla birlikte, hakimin sevk yetkisi HUMK m. 75 ile sınırlı olup, dava yönetiminin hakimin sevk yetkisinden daha geniş bir kavram olduğu savunulmaktadır¹⁷⁰. HUMK’nda, usul ekonomisi bakımından en belirgin düzenleme olan, m. 77 ile de, hakime, tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğunca hızlı, etkili ve az masrafla yürütmesi konusunda görev yüklenmiştir.

Dava usullerine¹⁷¹ ilişkin olarak ise, medeni yargılama hukukumuzda, dört tür yargılama usulü düzenlenmiştir. Bunlar, yazılı (HUMK m.178 vd.); sözlü (HUMK m.473 vd.); basit (HUMK m. 507-511) ve seri (HUMK m. 501-506) yargılama usulleridir. Türk medeni yargılama hukukunda, dava yolunda, genel olarak kabul edilen yargılama usulü yazılı yargılama usulüdür. Bu nedenle, yukarda sayılan diğer usuller ise, özel yargılama usulleridir ve yalnız kanunlarda belirtilen dava ve işlerde uygulanır¹⁷².

HMK Tasarısı ile de, dava yönetimine büyük katkı sağlaması beklenen ve ayrı bir yargılama kesiti olarak düzenlenen ön-inceleme safhasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, Tasarı’nın “Ön İnceleme” başlıklı, dördüncü bölümünün, 142-147. maddeleri arasında, ön incelemenin kapsamı ve ön inceleme safhasında incelenecek hususlar ile, ön inceleme oturumuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, ön inceleme safhası, dilekçelerin karşılıklı verilmesi ile başlar ve “*Mahkeme ön incelemede, dava şartlarını ve ilk*

¹⁶⁸ Lord Woolf tarafından adalete erişimin güçlendirilmesi için önerilen yargılama usullerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Woolf- Access to Justice s. 312 vd.

¹⁶⁹ HUMK m.72 ile, hakimin iki taraftan birinin talebi olmaksızın re’sen davayı tetkik ve halledemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁷⁰ Gündüz s. 211.

¹⁷¹ Mahkemenin yargılama yöntemlerine ilişkin olarak yasa koyucunun takdir yetkisinin “*kişinin özgürlük alanını kamu gücü karşısında koruma amaç edinen hukuk devleti ilkesi ile sınırlı olduğunu*” belirten Anayasa Mahkemesi, “*yargılama yöntemleri, yargı yerine ve uyumsuzluğun tür ve niteliğine göre daha açık bir anlatıma konuları olan davaların nitelik ve amaçlarına göre saptanır. Hukuk davalarında tarafların istenci, ceza davalarında mahkemenin serbestçe yürütülmesi iken, kamu yararı amacıyla yürütme yönetimin yasalara uygun davranarak hukuka bağlılığını sağlayan idari davalarda yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargı yeri yöntemi söz konusudur.*” (AYM, 1.10.1991, 1990/40, K: 1991/33, T:, AMKD., S. 27, C.2, s. 566-567).

¹⁷² Özel yargılama usullerinin uygulama alanına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.5, İstanbul 2001, s. 5575-5587 ve C. 3 s. 3177-3198).

itirazları inceler; uyuşmazlık konularını tam olarak belirler; hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe yahut arabulucuya gitmeye teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.” (m.142)¹⁷³.

Tasarı ile, medeni yargılama hukukunun düzenleme alanına giren ön inceleme safhası, teksif ilkesini katı biçimde benimsemesi bakımından eleştirilmektedir. Teksif ilkesine göre, taraflar, vakıaların ve delillerin tamamını belli bir usul kesiti içinde ileri sürmek hakkına sahiptirler ve bu aşamadan sonra vakıa ve deliller ileri sürülemez. Teksif ilkesi, yazılı bir yargılama usulünü öngörür ve Türk medeni yargılama hukukunda, asliye mahkemelerinde kabul edilen usul, yazılı yargılama usulü olduğundan, hukukumuzda, teksif ilkesi kesin ve istisnasız biçimde uygulanmaktadır. Dava malzemesinin sunulmasında, teksif ilkesinin katı biçimde uygulanmasının, yargılama sonunda verilecek kararın, gerçekler yerine varsayımlara dayanması tehlikesi doğurduğu ileri sürülmektedir¹⁷⁴. Ön inceleme safhasında elde edilecek dava malzemesinin teksif ilkesi çerçevesinde sınırlandırılması ise, tarafların, yargılamanın bu aşamasından sonra yeni vakıa ve delil ileri süremeyecekleri düşüncesiyle, davanın çözümü için gerekli olan ve olmayan her türlü dava malzemesini, mahkemeye sunarak, ön inceleme safhasının karmaşıklaşmasına neden olabilecekleri ileri sürülmüştür¹⁷⁵.

Son olarak, ön inceleme safhasında, hakim tarafları bir defaya mahsus olmak üzere ön inceleme oturumuna davet eder (m. 144) ve oturumun sonunda taraflarca imzalanan tutanak ile tarafların sulh olup olmadığı, sulh olmadıkları takdirde, anlaşamadıkları konuların neler olduğu tespit edilir. Tahkikata esas teşkil edecek olan ön inceleme tutanağı, tarafları bağlayıcı olması sebebiyle özel bir öneme sahiptir¹⁷⁶.

¹⁷³ Gündüz'e göre, ön inceleme safhasını sadece uyuşmazlık konularının tespiti ve sulh teşebbüsü ile sınırlı tutmak yeterli değildir; çünkü, günümüzde yargılamayı uzatan konuların başında uyuşmazlık konularının tespiti değil, delillerin toplanmasındaki zorluk gelmektedir. Bu nedenle bu aşamada aynı zamanda tahkikat işlemlerinin de planlanması büyük önem taşımaktadır. (Detaylı açıklamalar için bkz. Gündüz s.173).

¹⁷⁴ Gündüz s. 172; Ayrıca, teksif ilkesinin uygulanmasından doğan sakıncaları gidermede kullanılan yöntemler için detaylı bilgi için bkz. Deren-Yıldırım, Nevhis: Teksif İlkesi Açısında İstinaf, s. 4-7. www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/nevhisderenyildirim.doc.

¹⁷⁵ Gündüz s. 173.

¹⁷⁶ Gündüz s. 170.

I- Masraflar

Adalet hizmetlerine ilişkin masraflarının tümü, çoğunlukla bu hizmetleri talep edenler tarafından karşılanmaktadır. Adalet erişim bakımından, özellikle de ülkemizde aşılması en zor engellerden biri, adalet hizmetlerine ilişkin masraflar, yani yargılama harç ve giderleridir.

Yargılama harçları, mahkemelerin gördükleri hizmet karşılığında, harç pulu yapıştırma yoluyla aldığı paradır ve söz konusu miktarın adalet hizmetlerinden faydalananlara yükletilmesi, vatandaşların, devletin bu hizmetleri yürütmek için yaptığı masraflara ortak olması düşüncesinden doğar. Bununla birlikte, yargılama harçlarının hak arama özgürlüğünü ve dolayısıyla da adalet erişim hakkını kısıtlayacak şekilde yüksek olmaması gerekir. Bu nedenle, kanun koyucu, ancak yasada belirtilen hallerde harç alınacağı belirtilmiştir¹⁷⁷. Yargılama harçlarından en önemlileri, başvurma harcı; karar ve ilam harcı; nispi karar ve ilam harcı, maktu karar ve ilam harcıdır¹⁷⁸.

Adalet hizmetlerine ilişkin ortaya çıkan masraflardan diğeri de, yargılama giderleridir. Yargılama giderleri, davanın görülmesi ve sonuçlanması için tümü taraflarca ödenen masraflardır. HUMK m. 423'te sayılan yargılama giderleri¹⁷⁹, HUMK m.414'te belirtildiği üzere, taraflarca peşin ödenir¹⁸⁰. Davanın sonucunda ise, yargılama harç ve giderleri, kural olarak, davada haksız çıkan tarafa yükletilir (HUMK m. 417/1). Davanın sonucunda taraflar, kısmen haklı çıkarlarsa, harçlar dışında kalan yargılama giderleri, haklı çıkma oranında, mahkemece, taraflar arasında paylaşılır (HUMK m.417/2), paylaşırma

¹⁷⁷ Kuru-Usul 5 s. 5305.

¹⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Kuru-Usul 5 s.5306-5315.

¹⁷⁹ **Madde 423 - Masarifi muhakeme aşığıda beyan olunan şeylerdir:**

1 - Tarife mucibince mahkeme kalemi vasıtasıyla yapılan masraflarla celsei muhakeme, keşif ve haciz masrafları,

2 - Şahidin seyahat ve ikamet masrafiyle yevmiyesi ve ehlihibre ücret ve masrafları,

3 - İlam harçları,

4 - Resmi dairelerden talep olunan evrakın asıl ve suret tasdik ve pul harçları,

5 - Mahkemede bizzat hazır bulunanların buldukları günlere ait seyahat ve ikamet masrafları,

6 - Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri.

Vekili bulunduğu halde mahkeme de bizzat ispatı vücut eden taraf yalnız seyahat masrafiyle bir güne mahsus olmak üzere yevmiye alabilir. Ancak hakim bizzat isticvap veya yemin etmesine karar vermiş ise bu günler için yevmiye alabilir.

¹⁸⁰ Taraflarca peşin ödenmesi gereken masraflar, tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi ile keşif ve sair işlemlere ilişkindir. Bu işlemlere ilişkin masrafları peşin olarak mahkeme veznesine yatırmayan taraf, talebinden vazgeçmiş sayılır. (HUMK m.414).

sonucunda taraflara ne kadar masraf yükletildiği ise, hüküm fıkrasında açıkça gösterilir (HUMK m.426). Yargılama sonucunda haksız çıkan tarafa, yargılama giderlerinin yükletilmesine ilişkin istisnalarda mevcuttur. Bunlardan en önemlileri ise, HUMK m. 418 de düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, davada haklı çıkmış olsa bile, davayı bilerek ve isteyerek uzatan, gereksiz masraf yapan ve hükme etkisi olacak belgeleri zamanında karşı tarafa bildirmeyen tarafın, yargılama harç ve giderlerinin bir kısmını veya tamamını ödemesine hükmedebilir¹⁸¹.

Yargılama giderleri içinde, çoğunlukla en önemli miktarı oluşturan vekalet ücreti¹⁸², tarafların, davayı bir vekil (avukat)¹⁸³ aracılığı ile takip ettiği durumlarda, avukata, verdiği hizmet karşılığında, ödemek zorunda olduğu paradır. Bununla birlikte, yargılama giderleri arasında sayılan vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerine göre hesaplanır, yani, davada haklı çıkan taraf ile avukatı arasında kararlaştırılan vekalet ücreti ile yargılama giderleri arasında haksız çıkan tarafa yükletilecek vekalet ücreti her zaman aynı miktar olmayabilir.

Uyuşmazlığın tarafı olan kişiler, adli yardımın mevcut olduğu durumlar haricinde, bazı hallerde direkt olarak avukatlarına toplam ödemeyi yapmakta, bazı durumlarda ise işlemlerin yürütülebilmesi için, kendileri gerekli harç ve masrafları yatırmaktadırlar. Hukuki hizmetler pahalı olduğunda, bu durum yoksul kişiler için olduğu kadar, ekonomik açıdan yeterli imkanlara sahip kişiler için de zorluk yaratmaktadır¹⁸⁴. Adalet hizmetlerine ilişkin masrafların yüksek olması, her kesimden insan için sorun teşkil etse de, adalet erişiminin sağlanmasında göz önünde bulundurulacak öncelikli konulardan bir tanesi, ekonomik imkanı bulunmayanların¹⁸⁵ hukuki hizmetlere erişiminin sağlanmasıdır. Adli

¹⁸¹ Diğer istisnalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuru-Usul 5 s. 5336-5340).

¹⁸² Avukatlık Kanunu'nda bu ücrete "avukatlık ücreti" denilmektedir. (Av.K. m.163 vd.)

¹⁸³ Türk hukukunda, kural olarak, davanın takibi için, dava ehliyetinin olması yeterlidir ve davayı takip etmek için vekil tutma zorunluluğu bulunmamaktadır (HUMK m. 59). Bununla birlikte, vekil tutulacağı hallerde, bu vekilin, avukatlık tekeli çerçevesinde, sadece baroda yazılı avukatlardan seçilebileceği Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesinde düzenlenmiştir.; "Avukatlık tekeli eleştirenler, bunun sadece avukatları korumak için getirildiğini söyler ve avukatlık mesleğinden, adaleti en yüksek bedeli verene satan açgözlü avukatlık karteli olarak bahseder. Toplum tarafından bu şekilde algılanmak biz hukukçular için gerçekten de üzücüdür." (Elveriş- Avukatlık s. 184-185).

¹⁸⁴ Tunc s.318; Ülkemizde yapılan bir araştırmaya göre, avukattan yararlanmayanların %73.53'ü kendini tek başına savunabileceğini düşünmekte, %47.06'sı avukatlık hizmetini pahalı bulmakta, %18. 63'ü da avukatın davayı uzatacağını düşünmekte, %10.78'i avukatlara güvenmeme gerekçesiyle, % 9.8', ücretsiz avukatlıktan haberdar olmadığından, avukat tutmamaktadır. (Kalem/Galma/Elveriş-Adalet Barometresi, s. 21).

¹⁸⁵ Yargılama harç ve giderlerini ödeyemeyenler için genel anlamda kullanılan yoksul terimi, zamanla ekonomik elverişsizlik kavramına dönüşerek, belli bir ölçüde hafifletilmiştir. (Yaşar, İmmihan: Adli Yardım Uygulaması (Adalet Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 93-112) s. 93).

yardıma ilişkin yürütülen çabalara rağmen yoksul ya da daha mütevazı yaşamlar yaşayan bireylerin, çoğu zaman haklarının uygulanmasını akıllarından bile geçirmedikleri ya da geçirseler bile hukuki yöntemleri ve usulleri uygulamada oldukça yetersiz oldukları gözlenmektedir¹⁸⁶. Ayrıca, adalete erişim için ekonomik açıdan yeterli imkanlara sahip olmayan kişiler, sadece finansal açıdan eksikliği bulunan kişiler değildir. Bu kişilerin adalete erişime ilişkin sorunları, diğer sosyal hizmetlere erişimleri ile iç içe geçmiş haldedir ve ekonomik durumları ile çok yakından ilişkilidir¹⁸⁷.

Adalete erişimin, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyenler bakımından masraflı olduğu durumlarda, vatandaşlar açısından ortaya çıkan bu engelin giderilmesi ve devlet eliyle yürütülen adalet hizmetlerinin iyileştirilmesi, devlet için ayrı bir masraf teşkil etmektedir¹⁸⁸. Bu gibi durumlarda Adalet Bakanlığı veya adalet hizmeti veren diğer yetkili kurumların konuya ilişkin yeterli para ve zaman ayırması gerekmektedir¹⁸⁹.

II- Gecikme

Adalete erişim, yavaş işleyen adalet mekanizmasından doğan gecikmelerden dolayı da önemli zararlar görmektedir. Dünyada pek çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de adalet mekanizmasının yavaş işlemesi sonucunda ulaşılan adalet, adalet olmaktan çıkmaktadır¹⁹⁰. Bu duruma çoğu zaman, mahkemelerdeki ve mahkemelerce yönetilen duruşmalardaki gecikmelerde de rastlamaktayız. Ülkemizde yapılan bir araştırmaya göre, mahkemelerin zamanında başlamadığı, duruşmalar için belirlenen zaman aralıklarının fazla olduğu

¹⁸⁶ Araştırmalar, düşük gelir grubundaki kesimin, her 5 hukuki ihtiyacının 2'sinde hiçbir şey yapmadığını ve bu grupta hukuki ihtiyacı bulunanların üçte birinden azının hukuk/yargı sistemine dahil olabildiğini göstermiştir. (Araştırmalara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Elveriş-Avukatlık s. 191-192).; Yapılan bir ankette, Adalet Sisteminin fakirlerden çok zenginler yararına sonuç doğurduğuna katılanların oranı toplamda %72 iken, avukatlık ücretlerinin makul seviyelerde olduğuna inananların oranında yine, %72 dir. (Genn, Hazel: Paths to Justice, Oxford, s. 234-237)

¹⁸⁷ Tunc s.317.

¹⁸⁸ Adalete erişim, toplumsal bir masrafta yaratmakta ve uyuşmazlığın meydana geldiği ülke bu masrafın altından kalkmak durumunda kalmaktadır. Devlet eliyle sağlanması beklenen adaletin masraflarını karşılamamanın tek yolu vergilerden geçmekte ve vergi yükümlüsü olan vatandaşların söz konusu masrafları ödemesi gerekmektedir. Sonuç olarak adalete erişimin meydana getirdiği masraflar kişisel ve toplumsal olmak üzere ikiye ayrılmakta ama bu ikisi aynı anda var olmaktadır. (CEPEJ, s.22).

¹⁸⁹ Tunc s.319.

¹⁹⁰ "Bir yargılama hukukçusu ve onunda öncesinde bir insan olarak düşüncem, bir haksızlık, haksızlığın yapıldığını müteakip derhal, aradan neredeyse bir saniye bile geçmeksizin ortadan kaldırılmalıdır. İnancım o'dur ki, "kamil" olmayı hedeflemiş/hedeflendirilmiş bulunan "insan" bugün için ütopya gibi gelen o olgunluğa (tekamüle) ulaşacaktır; ki, o zaman, zaten "haksızlık" eyleminin olamayacağı zamandır." Yılmaz-Hukuk s. 63.

durumlarda bile sarkmalar olduğu ve bu sarkmaların bazen iki saate kadar çıkabildiği gözlenmiştir. Bununla birlikte araştırmalar sonucunda, mahkemelerin yoğun duruşma yüklerine rağmen, standart, test edilip etkisi sabitlenmiş bir zaman kullanımı yöntemine sahip olmadığı, her mahkemenin “yerel kültüre” göre duruşma saatlerini ve zaman aralıklarını kendisinin belirlediği gözlemlenmiştir¹⁹¹. Ayrıca, doktrindeki bir görüşe göre, ülkemizde, adalete erişimin önündeki en büyük engel, mahkemelerdeki tıkanıklıktır¹⁹².

Ülkemizde davaların uzamasının sebeplerinden bazıları, dava sayısının çokluğu; hakimlerin gereğinden fazla sayıda davaya bakmak zorunda olması¹⁹³ ve bunun sonucunda bazı hakimlerin duruşmalara hazırlıksız çıkmaları¹⁹⁴; hakimlerin eğitimlerinin yetersiz olması; taraflarca delillerin zamanında sunulmaması; tarafların davayı haklarını kötüye kullanarak uzatmaya çalışmaları; davaların avukatla takibinin zorunlu olmamasından kaynaklanan usulsüz yapılan taraf işlemlerinden doğan aksaklıklar; resmi bilirkişi kurumlarının ve resmi makamların inceleme ve cevaplarını mahkemeye çok geç sunmaları; tanıkların ifade vermektan kaçınması; tebligattaki usulsüzlükler ve yargı birliği olmamasından dolayı yargı yeri görev ve yetki uyuşmazlıklarından doğan gecikmelerdir¹⁹⁵.

III- Karmaşıklık

Adalete erişim, adalet hizmetlerinin yürütülmesinde izlenen karmaşık yollar ve usuller nedeniyle de büyük zararlar görmektedir. Örneğın zararının tazmini için hangi mahkemeye başvuracağı açık olmayan bir kişinin hakkını araması söz konusu olamayacaktır¹⁹⁶. Bir kişinin dava açabilmesi için, görevli mahkemeyi bilmesi gerekir. Ne var ki, mevcut düzenlemeler içerisinde görev kuralları oldukça karmaşıktır ve sade

¹⁹¹ Kalem/Jahic/Elveriş-Adliye Gözlemleri s. 16.

¹⁹² Özbek-Sempozyum s.61; Yücel, Mustafa Tören: Türkiye’de Yargının Etkinliği, Ankara 2008, s185.

¹⁹³ Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişı isimli İstişari Ziyaret Raporuna göre, 2003 yılında hakimlerin yıl boyunca, ortalama, 423 davayı sonuçlandırması gerekmektedir ve bu aşırı bir rakama tekabül etmektedir.

¹⁹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz’a göre, yargılama hukukunda çoğunlukla şikayet konusu olan, davaların gereğinden fazla uzun sürmesidir. Eleştirilerin genellikle HUMK’na yöneltilmesi de bir ölçüde haklıdır. Ne var ki, mevcut usul kanunu ile de davaların çabuk ve düzenli bir biçimde yürütülmesi mümkündür. Buna için ise, en başta hakimlerin dava dosyasını tamamen okumadan ve taraflar arasında çekişmeli olan hususları tam olarak belirlemeden duruşma tarihi vermemesi gerekir. (Öneriler için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s. 365-366).

¹⁹⁵ Çelik’e göre yargılamanın uzamasına ilişkin olarak sayılan aksaklıklar, bir hukuk devletinde olmaması gereken problemler ve AİHM kararlarında da kabul gören mazeretler değildir. (Çelik s. 111).

¹⁹⁶ Tunc s.323.

vatandaşların bu düzenlemelere göre dava açmaları, oldukça zordur¹⁹⁷. Bununla birlikte, kişinin yoksul ya da zengin olmasından bağımsız olarak çoğu zaman eğer bir kişinin menfaatlerine verilen zarar küçük ise, kişi durumun düzeltilmesine ilişkin bir başvuruda bulunmamaktadır¹⁹⁸.

Tarafların avukat ile temsil edildiği bazı durumlarda ise bu karmaşıklık, boşa çaba harcama ve masrafların katlanarak artması yüzünden daha da çok mağduriyet yaşanmasına yol açmaktadır. Adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşların, kendi kendini temsil etmesi sonucunda da söz konusu karmaşıklığın üstesinden gelinememesi nedeniyle, yine diğer taraf karşısında zayıf kalmak ve silahların eşitliği ilkesine ilişkin adaletsizlikler meydana gelmektedir^{199,200}.

Son olarak karşımıza karmaşıklığın sonucu olarak hukukun belirsiz, değişken ve yetersiz olduğu durumlar çıkmaktadır. Adalete erişim, hukukun belirsiz olduğu durumlarda bir yanılısamadan öteye geçemez. Özellikle ülkemizde, hızlı ve seri bir biçimde yapılan kanunlar nedeniyle uygulamanın belirsizleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşlarda, onları temsil eden avukatlar da hangi sonucu alacağını kestirememekte ve var olmayan bir sonuca yönelebilmektedir.²⁰¹ Adalete erişim hukukun belirli olması gerektiği gibi, mahkemelerin ve yargılama takviminin de belirliliği anlamına gelir. Zira şikayetleri veya talepleri için mahkemeye başvurmak isteyen kişilerin yetkili mahkemeyi ve yetkili daireler ile yapacağı başvuru neticesinde ne kadar sürede sonuç alacağını rahatça öğrenmesi gerekmekte, bunun için ise hukukun belirli olması sağlanmalıdır²⁰². Hukukun belirsizliği neticesinde, yanlış mercilere başvuru nedeniyle, kişilerin oyalanarak zaman ve para kaybetmesi, bazı durumlarda ise hak kayıpları dahi söz konusu olabilmektedir. Aynı durum hukukun yetersiz olduğu durumlarda da geçerlidir. Kanunlara erişim ve adalete erişim, kanunların

¹⁹⁷ Yılmaz-Hukuk s. 61.

¹⁹⁸ Tunc s.320.

¹⁹⁹ Mcdonald s.28.

²⁰⁰Yapılan araştırmalarda ayıplı mal veya hizmet alımı ile karşı karşıya kalan tüketiciler bakımından en çok başvuru yolu, %76 ile diğer tarafa yazı ile şikayetlerin bildirilmesidir. Bunun dışında sorunun nasıl giderileceğine ilişkin tavsiye alma yoluna başvuranlar %30'luk bir kesimi oluştururken, konuya ilişkin hiçbir şey yapmayan kesim ise %13 tür. (Genn, s. 40).

²⁰¹ Tunc s.325.

²⁰² Tunc s.329; Özbek-Sempozyum s. 62.

geliştirilmesi gerektiği hususundan ayrı bir konuymuş gibi düşünülemez, çünkü erişilen kanunların aslında yetersiz olması da onlara erişmeyi anlamsız kılar²⁰³.

D) Sübjektif Engeller

Adalete erişim için gerekli olan en önemli husus, öncelikle, zarara uğrayan tarafın haklarının ihlal edildiği ve bundan dolayı harekete geçme sebebinin doğduğunu bilmesidir. Fakat kişinin hakkının ihlal edildiğini anlayamadığı, hatta belirli bir konuya ilişkin olarak haklarının var olduğunu bilmediği durumlarda, erişimin gerçekleşmesi imkansız hale gelir. Bu nedenle daha önce de değinildiği üzere kişilerin hakları konusunda eğitilmesi veya bilgilendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Ülkemizde yapılan bir ankette vatandaşlara hukuk sistemine ilişkin bazı sorular sorularak, verecekleri cevaplar neticesinde bilgileri ölçülmüştür. Buna göre, ankete katılanların %30.5'i Türkiye'de bazı mahkemelerde jüri sistemi uygulandığını; %56.6'sı taraf veya yakınları dışındaki kişilerin duruşmaları izlemesinin yasak olduğunu; % 54.3'ü ülkemizde, kanunen, bir avukat olmadan dava açılmayacağını düşünmektedir²⁰⁴. Katılımcıların hukuk sistemi konusunda gösterdiği bilgi kaynaklarına bakıldığında ise, en yüksek oran %50.7 ile haberler iken, sıralama %15.1 ile diğer TV programları ve %14.1 ile gazete ve dergilerdir. Böylece anlaşılmaktadır ki, hukuk sistemine ilişkin bilgilerin %79.9'u medya aracılığı ile edinilirken, hukuk sistemine ilişkin okuldan bilgi edindiğini söyleyen katılımcıların oranı, %1.5 iken, bilgi kaynağı olarak mahkemeleri gösterenlerin oranı %1.1 ve avukatları gösterenlerin oranı ise 0.6'dır²⁰⁵.

Ortaya çıkan bilgiler ışığında bazı vatandaşlar ve sosyal grupların, diğerlerine kıyasla daha kırılgan olduğu teyit edilmektedir. Genellikle bu kişiler arasında daha az oy kullananlar çıkmakta veya bu kişilerin, sağlık hizmetlerinden gerektiği gibi yararlanamadığı gözlemlenmektedir. Kısacası adalete erişim onlar için diğer yararlanamadıkları diğer sosyal imkanlardan farklı bir durum arz etmemektedir²⁰⁶.

²⁰³ Tunc s.326.

²⁰⁴ Kalem/Galma/Elveriş-Adalet Barometresi s. 23.

²⁰⁵ Kalem/Galma/Elveriş-Adalet Barometresi s. 26. Genn'e göre, adalet tüketicilere sunulmuş ve alınması beklenen bir ürün değildir. Çoğunlukla adalete erişime ilişkin sorunlar, idrak ve formüle etme sorunudur. Bu nedenle önemli olan öncelikle adalete erişim sorunu yaşayan pek çok kişi için, meydana gelen uyumsuzluğun hukuki bir sorun olarak belirlenebilmesi konusundaki engellerin aşılabilesidir. Bu konuda ise avukat ve hakimlere büyük sorumluluk düşmektedir. Buna karşın ne yazık ki bu kişilerin halkın sorunlarına bakış açıları oldukça mesafeli olduğu kanısı yaygındır(Genn s.240).

²⁰⁶ Mcdonald s.28.;

Adalet e rişimin en geniş anlamda gerçekleştirilebilmesi, sadece hukuk ve adalet sistemlerini yeniden tasarlamak, mevcut durumu sonuna kadar tamir etmek anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda, psikolojik ve sosyolojik engellerin üstesinden gelebilmek için, öncelikle toplumun hangi kesimlerinin çoğunlukla sistemin dışında kaldığının bulunması ve bunun nedenlerinin ortaya konması gerekmektedir. Bunlara örnek olarak, ekonomik yetersizlikler, sosyo-demografik faktörler, damgalanmak, engelli ve sağlık problemleri ve psikolojik faktörler verilebilir.²⁰⁷.

²⁰⁷ Mcdonald s.29; Örneğin psikolojik faktörlerin adalet e rişimi engellemesine örnek olarak Japonya daki durum verilebilir. Buna göre , Japonya'da geleneksel değerlerin bir getirisi olarak kişinin üstlerine, altlarına ya da eşit konumda olduğu kişilere karşı sahip olduğu kabul edilen sosyal görevler nedeniyle bu kişilere karşı dava yoluna başvurulması çok edici olarak nitelendirilmektedir. Bu davranış biçimi ülke bir endüstri toplumuna dönüştükten sonra da devam etmiş ve kişilerin trafik kazaları ya da çevre kirliliği gibi daha pek çok konuda zararlarının uygun biçimde giderilmesinden mahrum kalmışlardır. Ne var ki bu durum gün geçtikçe değişmektedir. (Tunc s.327).

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKU'NDA ADALETE ERİŞİME KATKI SAĞLAYAN
DÜZENLEMELER

§ 3. BİLGİYE ERİŞİM

A) Genel Olarak

Adalete erişim kavramı aynı zamanda bilgiye erişimi (*access to information*) de kapsayan oldukça geniş bir kavramdır. Günümüzde, demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan açıklık ve şeffaflık ilkelerinin gerçekleşmesinde, yararlanılacak en önemli araçlarından biri, bilgiye erişim hakkının (*right to access to information*) kullanılmasında oluşturulacak uygun mekanizmalardır. Adalete erişim bakımından büyük önem taşıyan bilgiye erişim çalışmaları, vatandaşların, idarenin işlem ve eylemlerine ilişkin bilgi ve belgeleri elde edebilmelerinin önünü açarken, adalete erişim akımının son dalgası olan, vatandaşların yönetime katılımının sağlanmasına katkıda bulunur. Adalete erişimin tamamlayıcısı ve en önemli aşamalarından biri olan, vatandaşların, yönetim gücüne sahip olan bütün platformlarda bulunabilmesi ve aktif rol oynamalarına ilişkin düzenlemelerin yapılmasına olanak veren bilgiye erişim, daha demokratik ve güvenilir bir yönetimin de oluşmasında önemli bir role sahiptir.

Bilgiye erişimin gerçekleşmesi için, bilgiye erişimin temel unsurlarından olan dilekçe hakkı ile bilgi edinme hakkının kullanılabilir durumda olması gerekir. Dilekçe hakkı, vatandaşların yazılı başvuru ile yetkili idari makamlara dilek ve şikayetlerini bildirmesi iken, bilgi edinme hakkı ise, vatandaşların kendileri ya da faaliyet alanlarına ilişkin bilgi veya belgeleri elde edebilmeleridir. Bu iki hakkı da kapsayan bilgiye erişim hakkı ise, adalete erişim hakkının unsurlarındandır. Hukuk devletinin ve demokrasinin, vazgeçilmez öğelerinden olan şeffaflık ve halkın yönetime katılımının gerçekleşmesi amacıyla hizmet eden bilgiye erişim, genel olarak, vatandaşların, yönetimde olan kurum

veya kişilerden, kendilerine gereken bilgileri, doğru ve eksiksiz biçimde elde edebilmeleridir.

Bilgiye erişim hakkı, kaynağını düşünce ve ifade özgürlüğünde bulmakla birlikte, bu kavram, bilgiye erişime ilişkin detaylı bir düzenleme yapmak yerine, teorik bakımdan yol gösterici rol oynar. Zira, ifade özgürlüğü, vatandaşların sadece düşüncelerini açıklamasının değil, aynı zamanda fikir alış-verişini de güvence altına alan bir özgürlüktür¹. İHEB m.19 ve AİHS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 25. maddesinde, düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında düzenlenirken, düşünceyi yayma ve açıklama hürriyeti başlıklı 26. madde de, bu hürriyetin, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber ya da fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı belirtilmiştir.

Bilgiye erişime ilişkin en önemli düzenlemelerden biri, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 28 Eylül 1977 tarihli, "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" hakkında (77)31 sayılı Bakanlar Kurulu kararıdır. Karar çerçevesinde, idari işlemlerden hakları etkilenen kişilere, hukuki dinlenilme hakkının tanınması; idari işlemlerle ilgili bilgilere ulaşma hakkının tanınması; idari süreçte temsil ve ücretsiz hukuki yardım olanağı sağlanması; işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğunun sağlanması; işlemlerde, işleme karşı başvuru yolunun gösterilmesi tavsiye edilmektedir. 25 Haziran 1998 tarihinde, Danimarka'nın Aarhus Kentinde imzalanan, Çevresel Sorunlarda Bilgiye Erişim, Karar Almaya Katılma ve Yargıya Erişim Aarhus Konvansiyonu ile (Aarhus Sözleşmesi) bilgiye erişime katkı sağlarken, katılım hakkı ve adalete erişime ilişkin de düzenlemelere yer vermektedir. Aarhus Sözleşmesi'nin dayandığı üç temel sütun olarak nitelendirilen, bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya erişim kavramları, sözleşme çerçevesinde, çevrenin korunmasında uygun mekanizmalar olarak karşımıza çıkmaktadır². Son olarak, 2002 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 11. maddesi ile, "düşünceleri açıklama

¹ AİHS'nin 10. maddesinde, herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu belirtilirken, bu hakkın aynı zamanda "kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir" denilmektedir.

²Hız/Yılmaz s. 40; Aarhus Sözleşmesi'nin ikinci bölümünde, sözleşmenin üç sütununa ilişkin asgari standartlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin 4. ve 5. maddelerinde çevresel bilgilere erişim hakkı güvence altına alınırken, halkın çevresel kararların alınması sürecine katılımı 6. ve 8. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Sözleşmenin son sütunu olan çevresel konularda yargısal başvuru ise, 9. maddede yer almaktadır. (Güneş, M. Ahmet: Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme (GÜHFD, 2010/1, s.300-333) s.304).

ve bilgi alış-verişi özgürlüğü” düzenlenirken, 41. maddede, “iyi yönetilme hakkı” ve 42. maddede, “belgelere erişme hakkı” düzenlenmiştir³.

Bilgiye erişim, kaynağını, ifade özgürlüğünde bulmakla birlikte, ülkemizde, Anayasa'nın 40. maddesi ile de düzenleme alanına girmiştir. “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı maddede anayasal hakları ihlal edilen herkesin, yetkili makama başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa’da aynı zamanda dilekçe hakkı da (m.74) düzenlenirken, bilgi edinme hakkını düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hukukumuzda, hem dilekçe hakkına, hem de bilgi edinme hakkına ilişkin özel kanunlar sevk edilerek, bilgiye erişimin kanun hükümleri ile güçlendirilmesi sağlanmıştır.

Son olarak, idarede açıklık ve bilgi edinme imkanının tanınması bakımından önem taşıyan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı da, bilgiye erişime ilişkin düzenlemelere yer vermekte ve hem dilekçe hakkı hem de bilgi edinme hakkının uygulamadaki yerini almasına katkı sağlamaktadır. Tasarının genel gerekçesinde, idari usul, “...*idarenin, kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin birtakım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini korumalarına imkan sağlayan çağdaş bir müessese*” olarak tanımlanırken, Anayasa'nın 5. maddesi gereği, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nde, devletin amaç ve görevleri arasında, “*kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin önündeki siyasal ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması*” olduğu hatırlatılmıştır. Kamu hizmetlerinden yararlananların hak ve menfaatlerinin korunmasını amaç edinen kanunun, bu amacı ancak, “*idarenin, kamu hizmetinden yararlananların, bu faaliyete aktif olarak katılmaları, görüş beyan etmek ve yönetimi bazı hususlarda aydınlatmak suretiyle ona yardımcı olmaları, hak ve menfaatlerini savunmaları ve nihayet idarenin kendi içerisinde kurulmuş olan denetim sistemleriyle kademe kademe kontrol edilmesi ve hareketlerinin hesabını vermeye mecbur tutulması sayesinde*” ulaşabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Genel İdari Usul Kanun’da yer verilen düzenlemeler sayesinde, idari işlemin hazırlanması ve kesinleşmesi aşamalarında, vatandaşlar ile idare arasında çıkan

³ ABTHŞ'nın 41/2. maddesinde iyi yönetilme hakkının kapsamına, kendisi ile ilgili olarak olumsuz bir etki yaratacak herhangi bir önlem gerçekleştirilmeden herkesin ifadesinin alınması hakkı; herkesin, gizlilik konusundaki yasal çıkarlarına ve meslek ve işi ile ilgili gizlilik hususlarına saygı duyularak kendisine ilişkin bilgilere erişebilme hakkı; ilgili idarelerin de verdiği kararların nedenlerini açıklama yükümlülüğü de dahil edilmiştir. (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, www.dpt.gov.tr/DocObjects/Download/2962/temelhak.pdf)

uyuşmazlıkların, idari yargıya başvurulmadan, karşılıklı anlaşma yolu ile çözümlenmesinin sağlanması da hedeflenmektedir.

Çalışmamızda, bilgiye erişim, dilekçe hakkı ve bilgi edinme hakkı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir. Her iki hakkında, vatandaşların, idarenin eylem ve işlemlerine ilişkin bilgilere erişimine hizmet etmesinin yanında, farklı düzenlemelere tabi olmaları bakımından, pratik bir ayırım yapılmıştır.

A) Dilekçe Hakkı

I- Genel Olarak “Dilekçe Hakkı”

İnsan haklarının korunması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi için uygun başvuru yollarının geliştirilmesine bağlı olarak şekillenir⁴. Vatandaşların, kamu ile ilgili dilek ve şikayetlerini, yetkili idari makamlara bildirmek üzere başvuruda bulunmalarına ve bu yolla bilgi edinme haklarını kullanmalarına olanak veren dilekçe hakkı, demokratik hukuk devletinde, eşitlik, şeffaflık ve açıklık ilkelerinin gereğidir. Böylece, subjektif bir kamusal hak⁵ olan dilekçe hakkı çerçevesinde, soru sormak, şikayette bulunmak ve dilek ve önerilerini sunmak suretiyle, vatandaşların, bilgiye erişimlerinin sağlanmasının yanında, idarenin işlemlerini denetlemesi ve yönetime katılması da sağlanır⁶.

Adalete erişim bakımından da büyük önem taşıyan dilekçe hakkı, etkili başvuru hakkının bir görünümü olarak karşımıza çıkar⁷. AİHS'nin 13. maddesinde, hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ihlalin resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapıldığı durumlarda bile, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hem idari, hem de siyasi bir başvuru yolu olan dilekçe hakkı, Anayasa'nın madde gerekçesinde, “vatandaşın en tabii

⁴ Hız/Yılmaz s. 22.

⁵ Erol, Haydar: Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 634.

⁶ Hız/Yılmaz s. 25.

⁷ Hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkına ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların, ön koşulu ve hukuki güvencesi olarak anlaşılır. Bu özgürlük başvuru hakkı ve başvuru yollarının tanınmasıyla kullanılır. İdare makamlarına, yasama meclisine ve yargı makamlarına başvuru, yönetsel, siyasal ve yargısal başvuru olarak hak arama özgürlüğünün görünümüdür. ...Etkili başvuru hakkı, Divan'a göre, “teorik ve hayali” değil, fiilen ve gerçekten mevcut olan, yani sonuç doğurabilir cinsten bir başvurudur. Başka bir anlatımla, ihlal iddiasının götürüleceği merci, işin esasını inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde de, ihlali düzeltici ve uygulama niteliği olan karar alma yetkisine sahip bulunmalıdır.*” (AYM, E. 1991/30, 18.9.1991, R.G.: 16.9.1991, s. 29).

hakkı” olarak yorumlanmıştır⁸. İnsanın sosyal bir varlık olması nedeniyle, dilek ve şikayetlerini çevresi ile paylaşması onun doğasından kaynaklanmakta, bu ise, dilekçe hakkının doğal bir hak olduğunu göstermektedir⁹. İnsanın, doğal haklarından biri olan dilekçe hakkını kullanması sonucunda elde edeceği netice ise, başvuru yaptığı devletin demokratik, hukuk devleti olma idealine ne kadar yaklaştığı ile doğru orantılı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰.

II- Dilekçe Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Dilekçe hakkına ilişkin düzenlemelere, ülkemizden önce, uluslar üstü metinlerde yer verilmiştir. Dilekçe hakkının yer aldığı metinler, oldukça eskiye gitmekte ve ilk olarak, 1215 tarihli Magna Carta ile hukuki düzenlemeye kavuştuğu kabul edilmektedir. Her ne kadar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde dilekçe hakkında ilişkin bir hükme yer verilme de, dilekçe hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 25. maddesi ile Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı’nın 44. maddesinde düzenlenmiştir.

Ülkemizde ise, ilk olarak 1876 tarihli Kanuni Esasi ile yapılan düzenlemede, devlet ve vatandaşlar arasındaki iletişim araçlarından biri olarak yer alsa da, kanunlaştırmadan çok önce de devlet geleneğinde oldukça önemli bir yeri olan dilekçe hakkı¹¹, günümüzde, Anayasa’nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde, m.74’te düzenlenmiştir. Buna göre, “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de yaşayan yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*”

⁸ İzgi, Ömer/Gören, Zafer: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Ankara 2002, C.1. s. 754.

⁹ Armağan, Servet: Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul 1972, s. 1-2.

¹⁰ Armağan s.3.

¹¹ İslamiyet’in kabulünden önce var olan ve Müslüman Türk devletlerinde de devam eden şikâyet geleneği sayesinde hükümdarların, halkın şikâyetlerini bizzat dinleyerek hükme bağlaması görevi, hükümdarın halka adalet dağıtmasında en önemli rolü haline gelmiştir. Zira halkın adaletin sağlanması için başvurabileceği en son makam hükümdardır ve bir hükümdar şikâyetleri ne kadar çok dinlerse o kadar adil sayılırdı.(Detaylı bilgi için bkz. İnalçık, Halil: Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü (Arı, Bülent, Aslantaş, Selim: Adalet Kitabı, Ankara 2007, s. 139-185) s. 139-141).

Dilekçe hakkının kullanılmasında en önemli kanunlaştırma çalışması, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun (DHKDK) dur¹². Ayrıca, 2004/12 sayılı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması konulu Başbakanlık Genelgesi de, dilekçe hakkına ilişkin bir diğer yol gösterici metindir. Tasarı halinde olmasına rağmen, dilekçe hakkına ilişkin düzenlemelere yer veren bir diğer metin de, Genel İdari Usul Kanunu Tasarısıdır.

TBMM ile idari makamlara yapılacak olan dilek ve şikayetler hakkındaki başvurulara (m.2) ilişkin düzenlemeleri içeren DHKDK'nun, "dilekçe hakkı" başlıklı 3. maddesinde, Türk vatandaşlarına, yetkili idari makamlara yazı ile başvuru hakkı¹³ tanınırken, yabancılar için bu hakkın kullanılması karşılıklılık esasına tabi kılınmıştır. DHKDK'nun 4. maddesi ile, gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgah adresinin bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve incelenemeyecek hususlar sayılarak, belli bir konuyu içermeyen, yargı mercilerinin görev alanına giren ve 4. maddede sayılan unsurları içermeyen dilekçelerin incelenmeyeceği belirtilmiştir (m.6). Bununla birlikte, dilekçelerin yanlış idari makama gönderilmesi durumunda ise, dilekçe sahibine bilgi verilerek, dilekçenin yetkili idari makama gönderileceği düzenlenmiştir.

DHKDK çevresinde, yapılan başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin ne aşamada olduğuna ilişkin, dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir (m. 7). TBMM'ne gönderilen dilekçelerin incelenmesi ve karara bağlanması ise, en geç altmış gün içinde sonuçlandırılır (m. 8). Bu görevi, Dilekçe Komisyonu il İnsan Hakları Komisyonu üstlenmiştir. Dilekçe Komisyonu'nun, dilekçeleri incelemesine ve karara bağlamasına ilişkin esas ve usuller ise, TBMM İçtüzüğü'nün 7. Kısımında, 115- 120. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, TBMM Başkanlığı'na gönderilen dilekçeleri incelemeye yetkili olan Dilekçe Komisyonu tarafından, incelenmesi uygun

¹² 10.11.1984 tarih ve 18571 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1.11.1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun çıkarılmıştır. Anayasa'da 4709 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırmak amacıyla, 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı Kanunla Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da önemli değişiklikler yapılmıştır. (Hız/Yılmaz s. 24).

¹³ Dilekçe hakkının kullanılmasında, şikayet ve dilekleri içeren başvuruların yazılı olması gerektiği belirtilirken, ispata ilişkin sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Yetkili idari makamlara yapılan başvuruların sözlü olarak yapılması da mümkündür, fakat; tutanağa geçirilmeyen sözlü başvuruların, hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi durumunda, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluştuğunun ispatlanmasında zorluk yaşanacaktır. (Erol s. 635).

bulunmayan¹⁴ dilekçeler hakkında, Komisyon Başkanlık Divanı tarafından, dilekçelerin görüşülemeyeceği karara bağlanırken, bu karar 15 gün içinde itiraz edilip, komisyonca, Komisyon Genel Kurulu'na sevk edilmeyen kararlar, kesinleşmiş sayılır (m. 116).

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesine ilişkin ise, Türk Ceza Kanunu'nun 121. maddesinde "*Kişinin beli bir hakkı kullanmak için, yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin, hukuki bir neden olmaksızın, kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.*" denilmektedir. Dilekçe hakkının kullanılmasının güvence altına alınmasını amaçlayan düzenleme ile, DHKDK hükümleri çerçevesinde, usulüne uygun olarak verilen bir dilekçenin, hukuki neden dayanmaksızın kabul edilmemesi ya da kabulünün geciktirilmesi halinde, bu suç oluşur¹⁵.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda da, dilekçe hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, tasarının ikinci bölümü "Başvuru Hakkının Kullanılması" başlığını taşımaktadır. Tasarı'nın, 6 ila 11. maddeleri arasında düzenlenmiş olan başvuru hakkı, ilgililerin, bir işlemin yapılması veya bir eylemde bulunulması isteği ile idareye başvurma hakkı olarak tanımlanırken (m.6/1), başvurunun Türkçe bir dilekçe ile yapılacağı belirtilirken (7/1), başvurunun, yönetmelikte belirlenecek şartlara uyulmak kaydıyla, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabileceği öngörülmüştür (m. 7/2).

B) Bilgi Edinme Hakkı

I- Genel Olarak "Bilgi Edinme Hakkı"

21. yüzyılda ortaya çıkan devlet anlayışı çerçevesinde, verimsiz ve hantal olan şekilci bürokrasi bir kenara bırakılarak, demokratik hukuk devletinin en önemli özelliklerinden, şeffaflık ve halkın katılımını esas alan bir yönetim anlayışı benimsenmiştir. Buna göre, yönetimde demokrasinin başlıca üç unsurunun, idarenin karar alma mekanizmasının, yargı alanındaki benzer bir biçimde, önceden belirlenmiş usullere

¹⁴ TBMM İç Tüzüğü'nün 116. maddesi ile, incelenemeyecek dilekçelere ilişkin daha geniş bir düzenleme getirilerek, DHKDK'nda yer verilen düzenlemeye ek olarak, "...yeni bir kanunu veya bir kanun değişikliğini gerektiren; yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan ve haklarında bu merciler tarafından verilmiş bir karar bulunan; yetkili idari makamlarca verilen kesin cevap suretini ihtiva etmeyen..." dilekçelerin görüşülemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁵ Erol s. 165.

bağlanması; bilgi edinme hakkının güvence altına alınması; idarenin karar aldığı platformlara vatandaşların da katılımının sağlanmasıdır¹⁶.

Günümüzde temel hak ve özgürlükler arasındaki yerini alan bilgi edinme hakkı¹⁷ dilekçe hakkına kıyasla daha geniş bir haktır. Herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınması¹⁸ ile üçüncü kuşak insan haklarından biri olarak karşımıza çıkan bilgi edinme hakkı, aynı zamanda kamusal bir haktır ve idarenin denetlenmesi yöntemlerinden biri olan “kamuoyu denetimi” nin somut görünümüdür¹⁹.

II- Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Bilgi edinme hakkı, Anayasamızda açıkça düzenlenmiş bir hak olmadığından, anayasal güvence altında da değildir. Bununla birlikte, Anayasamızın bilgi edinme hakkına dolaylı olarak katkı sağlayabilecek maddeleri de bulunmaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin düzenlemeye yer verilirken, ikinci fıkra da bu özgürlüğün sınırları “*milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması ile kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması*” biçiminde, yoruma açık ifadelerle çizilmiştir. Bu ise, yönetimin gizliliğinin sınırlarını çoğunlukla geniş yorumlamasına neden olmuştur²⁰. Bilgi edinme hakkına katkı sağlayan bir diğer düzenleme ise, yukarıda değinilen, dilekçe hakkına ilişkin Anayasa'nın 74. maddesidir. Ne var ki, söz konusu düzenlemeler, bilgiye erişimin veya bilgi edinme hakkının bir anayasa maddesi ile düzenlenerek, anayasal güvenceye kavuşturulmasının yerini tutmamaktadır.

Bilgi Edinme Hakkına İlişkin en önemli düzenleme, 24.4.2004 tarihinde yürürlüğe giren, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur (BEHK) ve aynı tarihte, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik de yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ “ Sonuç olarak, “İdare”nin karar alma sürecinin gözlem ve katılma açık olduğu, kamu yönetiminin elindeki bütün bilgi ve belgelere ulaşma olanağının bulunduğu ve en önemlisi, ilgililer ya da kendisini ilgilendirenlerin karar alma sürecine “yetki ile donatılmış biçimde katılma” ları bir yana, o mekanizmanın ilk adımından son aşamasına kadar izleyeceği yol ve yöntemin önceden yasalarla belirlenmiş bulunduğu bir düzen “Günüşiğında yönetim” değildir de nedir?” (Özay, İl Han: Günüşiğında Yönetim, İstanbul 2002, s. 2-5).

¹⁷ Hız/Yılmaz'a göre, bilgi edinme bir hak ve aynı zamanda da bir özgürlüktür. (Hız/Yılmaz s.39).

¹⁸ BEHK m. 4.

¹⁹ Hız/Yılmaz s. 62.

²⁰ Ülkemizde, vatandaş ile yönetim arasındaki ilişkilerin anayasal bir zorunluluk haline gelecek şekilde düzenlenmesinin, açıklık ilkesine daha büyük destek vereceğine ve bilgi edinme hak ve özgürlüğünü daha ileri bir seviyeye taşıyacağını savunulmaktadır. (Hız/Yılmaz s. 49).

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde, bilgi edinme başvurusu, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yapılabilir (m. 2). Bilgi edinme hakkının ileri sürülebileceği merciler, kamu gücünü kullanan veya kamu hizmeti veren tüm kurum ve kuruluşlardır²¹. Zira, gerekçede de belirtildiği üzere, kamu ile bağlantısı olan bütün kurum ve kuruluşların kapsam dahilinde olması amaçlanmış ve şeffaflık ve halkın yönetime katılması esaslarının mümkün olduğunca yaygın biçimde benimsenerek, gereksiz yere bilgiye erişimin kısıtlanmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

BEHK'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "bilgi ve belgeye erişim" kavramına yer verilerek, bilgi ve belgeye erişim kavramı, "*İstenen bilgi veya belgenin niteliğine göre, kurum ve kuruluşlarca, başvuru sahibine söz konusu bilgi veya belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, başvuru sahibinin bilgi veya belgenin aslini inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesi*" biçiminde tanımlanmıştır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarınca, bilgi edinme başvurusunun konusunu oluşturacak bilgi veya belgelerin, ya da her ikisinin aynı anda, özelliklerine bağlı olarak, erişimine elverişli yolların bulunması ve bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir²². Kamu kurum ve kuruluşları bakımından mevcut olan bilgi verme yükümlülüğü, başvurular neticesinde bilgilerin başvuru sahibine sunulması ile birlikte, bilgi ve belgelere erişime olanak verecek şekilde, başvuru öncesinde de kamuya sunulmasını kapsar. Buna göre, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik ile, bilgi verme yükümlülüğü kapsamında alınacak tedbirler (m. 6) düzenlenirken, bilgi iletişim teknolojileri kullanılmak suretiyle, önceden kamuoyunun bilgisine sunulacak bilgiler gösterilmiştir.

BEHK, m. 5'te bilgi edinme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, kanunun dördüncü bölümünde, 15- 28. maddeleri arasında sayılan bilgi edinme hakkına ilişkin sınırlar dışında ve m. 7'de gösterilen nitelikte olması kaydıyla²³, başvuru halinde, her türlü bilgi ve belgeyi, etkin, süratli ve doğru olacak şekilde sunmak için gerekli idari ve teknik tedbirleri almak, yukarıda bahsi geçen kamu kurum ve kuruluşlarının yükümlülüğü

²¹ Bu kapsama dahil olan kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hız/Yılmaz s. 63.

²² Bu yükümlülüğe ilişkin detaylı düzenlemeler, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 6,7 ve 8. maddeleri ile, 2004/12 sayılı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasına İlişkin Genelge'de yer verilmiştir.

²³ BEHK'un 7. maddesi ile, bilgi edinme başvurusunun, başvuru alan kurum veya kuruluşların elinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi ve belgelere ilişkin olması gerektiği düzenlenmiştir.

altındadır. Bu madde çerçevesinde, özellikle önem taşıyan düzenleme, BEHK kapsamında sayılan sınırlar dışında her türlü bilginin, vatandaşlara sunulmasının ve böylece, gizlilik kültürüne son verilmesinin önünün açılmasıdır. Zira, BEHK m. 5/2 ile, diğer kanunlarda, bu kanuna aykırı olan hükümlerin bilgi edinme hakkı bakımından uygulanamayacağı düzenlenmiş olup, bu madde, doktrinde, diğer kanunlardaki sınırlamaların, bilgi edinme hakkını sınırlayıcı şekilde yorumlanamayacağı ileri sürülmüştür²⁴.

Adalet erişimin önündeki fiziki engellerin anlatıldığı bölümde değinilen e-Devlet uygulamaları da, bilgiye erişime ve bilgi edinme hakkının kullanılmasına büyük katkı sağlamaktadır. Bu ise, BEHK kapsamında, bilgi edinmeye ilişkin başvuru usulü düzenlenirken, başvurunun dilekçe ile yapılmasına ait kurallar hüküm altına alınmış²⁵ ve başvurunun, *“kişinin kimliğinin ve imzasının ve yazısının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları ile de yapılabileceği”* belirtilmiştir (m.6, cümle 2). Elektronik yolla yapılan başvuru bakımından, başvuruda bulunan kişinin kimliğinin belirli olabilmesi için ise, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu çerçevesinde düzenlenen elektronik imza kullanılması veya Yönetmeliğin 10. maddesi çerçevesinde, T.C. kimlik numarasının yazılması mümkündür. Ayrıca, Yönetmeliğin 11. maddesinde, özürsüzler tarafından yapılacak başvurular bakımından bir düzenlemeye yer verilerek, başvuruda bulunacak kimsenin kimliğini tespit etmeye yarayacak başka bilgi veya özel işaretlerin bulunması halinde, özürsüzler bakımından bu bilgi veya özel işaretlerin imza yerine geçmek üzere kullanılacağı belirtilmiştir. Bilgiye erişime ve bilgi edinme hakkına katkı sağlayan bu düzenleme ile yukarıda değinilen, adalet erişimin önündeki subjektif engellerden biri olan özürsüzlük halinin de aşılmasına da katkı sağlanmış olur.

Başvurular bakımından maliyetin ne olacağı da önem taşımaktadır ve BEHK ile başvuru ücretleri düzenlenmiştir. Buna göre, başvuruda bulunana, erişimin gerektirdiği maliyet tutarında bir ücret yüklenir ve bu miktar, bütçeye kaydedilmek üzere başvuru sahibinden tahsil edilebilir (m. 10/3). Kanun ile yapılan düzenleme ile, sadece bilgiye erişimin sağlanması sırasında, ilgili kamu kurum veya kuruluşu bakımından maliyet oluşması halinde başvuru sahibinden ücret talep edilebileceği gösterilmiş olup, bu durumun zorunlu değil, ihtiyari olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bilgi edinme

²⁴ Hız/Yılmaz s. 69.

²⁵ Başvuruların geçerlilik koşulları ve başvuruda bulunması gereken unsurlar, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 4. maddesinde gösterilmiştir.

başvurularına ilişkin ücretlerin makul seviyede olması gerekmektedir. Aksi halde, kanuna aykırı davranılmış olur²⁶.

Son olarak, BEHK kapsamında sayılan bilgi edinme hakkının sınırlarından, “devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler” ile “ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler” olduğu ileri sürülerek reddedilen bilgi edinme başvuruları hakkında, BEHK’nun 14. maddesinde düzenlenen Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’na itirazda bulunulabilir. Başvuru sahibinin, genel hükümler çerçevesinde idari yargıda dava açma hakkı saklı iken, kurula itiraz ile başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresi durur (m. 13).

²⁶ Hız/Yılmaz s. 37.

§ 4. ADLİ YARDIM

A) Genel Olarak

Adalete erişimin geliştirilmesine ilişkin reformların başında, hak arama özgürlüğünün en önemli sonuçlarından biri olan dava gereği, istisnasız her bireyin, ihtiyaç duyduğu hallerde, mahkeme önünde temsilinin sağlanması için yapılan düzenlemeler ile bu düzenlemelerin amaca uygun olacak biçimde iyileştirilmesine yönelik çalışmalar gelmektedir. Bu konuya, dalga benzetmesi ile de yer verilmiş ve adalete erişimin kavramının, öncelikle, tarafların mahkemelere erişimi şeklinde anlaşıldığından bahsedilmiştir. Tarafları, mahkeme önünde temsil edilme ihtiyacından mahrum bırakan ve dolayısıyla da adalete erişimin önünde duran en önemli engellerden biri maliyetlerdir²⁷. Büyük kısmını avukatlık ücreti kapsamakta ise de, yargılama harç ve masraflarından²⁸ meydana gelen maliyetler, sadece yoksul kesim için değil, toplumun her kesimi için bir engel teşkil etmektedir; fakat, özellikle mahkemeye taşınmış bir uyuşmazlığın tarafı olan, yoksul ve eğitimsiz kişiler için bu durum, tam anlamıyla adalet hizmetlerinden yoksunluk anlamına gelmektedir.

Ülkemizde, adalet hizmetlerine ilişkin masrafları karşılayamayacak durumda olan kişiler için, Anayasamızda benimsenen sosyal devlet esası çerçevesinde, yardım mekanizmaları geliştirilmiştir²⁹. Bu mekanizmaların başında ise, adli yardım gelmektedir. Adli yardım, aslında haklı olan bir kimsenin, ekonomik gücü olmaması nedeniyle, bir davanın gerektirdiği mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır. Söz konusu mali külfetler ise sadece dava ile sınırlı olmayıp, icra ve iflas takipleri ile ihtiyati tedbirler,

²⁷Elveriş-Adli Yardım s.11; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 778; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 633; Sırf mali imkansızlık veya mali zorluk yüzünden bir hakkın kaybolması sosyal adalete uygun düşmez. (Bilge/Önen, s.344); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 420; Köksal Mustafa: Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması (Terazi Hukuk Dergisi 2009/40, s. 97-112) s. 111; Kuru-Usul C.5, s. 5418.

²⁸ Bkz. yuk. § 2. C, I.

²⁹ “Sosyal Devlet” Anayasa’ya yazılmakla gerçekleşebilen bir olgu değildir. Bu yüzden devlet bu kavramı Anayasasına almışsa bunun getirdiklerini de yerine getirmelidir. Adalet hizmeti sunulmasının gereği, yalnızca adliyelerin kurulması ve buralara personel yerleştirilmesi değildir. Adalet hizmetlerinin sunulmasının önemli bir yönü ise, bireylerin bu hizmetten faydalanabileceği sistemleri kurabilmektir. (Köksal s. 98).

müdahale, çekişmesiz dava işleri, delil tespiti ve noterlerce yapılacak işler gibi masrafları da kapsar³⁰.

Adli yardım müessesesinin temeli, Anayasamıza dayanmaktadır. Adli yardım, bu dayanaktan yola çıkılarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği ile düzenlenmektedir. Anayasamızın demokratik, laik ve sosyal bir devlet olduğunu belirten 2. maddesinin yanında kanun önünde eşitlik ilkesinden bahseden 10. maddesi ile hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını gösteren 36. maddeleri adalet hizmetlerinden doğan masrafları karşılayamayan yoksul vatandaşların devlet eliyle adalete erişiminin sağlanması gerektiğini gösteren en temel kurallardır, Ayrıca, Anayasa m.5'deki devletin görevlerine ilişkin düzenleme ile, yoksul yurttaşların, ekonomik engellerden dolayı haklarını arayamamalarının kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır³¹.

Adli yardım hakkına önem taşıyan bir diğer düzenleme de, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesidir. Bu sözleşmeye taraf olan Türkiye, karşılıklılık esasına dayalı olarak, adli yardımını, uluslararası alanda da kabul ettiğini göstermiştir. Sözleşmenin 17 ile 26 maddeleri yerine geçen 25.10.1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Lahey Sözleşmesi ise 07.07.2004 tarihinde imzalanmış fakat henüz yürürlüğe girmemiştir³².

³⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 778. Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 485-486; Bilge/Önen s. 344; Gençcan, Ömer Uğur: Adli Yardım (YD 2005/1-2, s.127-138), s. 128; Kuru-Usul 5 s.5426; Üstündağ-Yargılama s. 776.

³¹ (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 633).

³² Dışişleri Bakanlığı'nca hazırlanan ve TBMM Başkanlığı'na arzı 21.10.2004 tarihinde kararlaştırılan Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı'nın gerekçesinde, sözleşme ile adli yardım taleplerinin iletilmesi ve yerine getirilmesinde daha uygulanabilir, basit ve seri kurallar getirildiği belirtilmiştir. Bununla birlikte gerekçede “*Bu Sözleşmeyi, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeden ayıran başlıca özelliği adli yardım taleplerini ilgili devlete göndermek ve kabul etmek üzere merkezi makamlar tayin edilmesidir. Sözleşme uyarınca yapılacak adli yardım taleplerinin zaman kaybını önlemek için diplomatik kanallardan iletilmesi zorunluluğu kaldırılmakta, talep eden Devletin merkezi makamı doğrudan doğruya diğer Akit Devlet Merkezi makamından aldığı talebi kendi yetkili makamına intikal ettirerek yerine getirilmesini sağlamaktır. 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesinde bir Akit Devletin Mahkemelerinde açılacak davalarda teminat muafiyetini sadece bu Akit Devletin vatandaşı veya ikametgahı bulunan gerçek kişilere tanımaktadır. Bu uygulama uluslararası sosyo-ekonomik ve ticari gelişmeler karşısında, eksik ve yetersiz kalmıştır. Bu sebeple, 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşmede, teminat muafiyetinin kapsamı genişletilmiş ve tüzel kişiler ile birlikte, bir Akit Devlette mutak meskeni bulunan kişilerin de teminat muafiyetinden yararlanmaları imkanı getirilmiştir.*” denilmektedir. 36 maddeden oluşan sözleşme, ek olarak adli yardım talep formu örneği de içermektedir; Türkiye ayrıca uluslararası alanda adli işbirliğini düzenleyen 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Mahkemelerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesine, 1970 tarihli Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkındaki Sözleşmesine de taraftır. (Kolcuoğlu Kazım: Adaletle Erişim, (Adaletle Erişim Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul 2006, s. 9-12) s.10).

Adli yardıma ilişkin hükümlere, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Birinci Bölümü'nün Beşinci Babı'nda 465 ve 472. maddeleri arasında, "Müzaheret Adliye" başlığı altında yer verilmiştir. HUMK'nda, adli yardıma ilişkin hükümlerin, idari yargılama usulünde de uygulanacağı belirtilerek, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği'ne de atıfta bulunulmuştur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176 ile 181. maddelerini kapsayan on ikinci kısmının başlığı, yine HUMK'da olduğu gibi, Adli Müzaheret³³ olarak belirlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nda, hukuk, ceza ve idari davalar bakımından, her vatandaşın ücretsiz avukat hakkı bulunduğu, açıkça düzenleme altına alınmıştır.

Son olarak 30.03.2004 tarihli 25418 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan TBB Adli Yardım Yönetmeliği, adli yardıma ilişkin daha detaylı düzenlemelere yer vermektedir. Yönetmeliğin 2. maddesinde de belirtildiği üzere, söz konusu düzenlemeler, adli yardım bürolarının, kuruluş, görev ve esasları ile, TBB'ne aktarılan paraların barolar arasında dağılımı ve avukat ücretlerinin belirlenmesi gibi konuları kapsamaktadır.

B) HUMK Kapsamında Mahkemeye Yapılacak Adli Yardım Talebi

Adli yardım, adli yardım talebinde bulunan tarafların, bu talebin kabulü sonucunda, bir mahkeme kararı ile hükme bağlanır ve hükmün kesinleşmesine kadar sürer³⁴. Adli yardım talebi, HUMK'nun 468. maddesine göre "*davanın ikama edileceği mahkemede tahriren veya şifahen talep olunur.*" Tasarımın gerekçesinde de belirtildiği üzere, adli yardım hakkında karar vermek için görevli ve yetkili mahkeme, asıl dava veya işin karara bağlanacağı mahkemedir. Adli yardım talebinin gerçekleşebilmesi ise, mutlaka bu konuda görevli ve yetkili mahkemenin, bu yönde olumlu bir karar vermesine bağlıdır³⁵. Mahkeme,

³³19.03.1969 tarihli Avukatlık Kanunu'nu 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir fakat bölüm başlığına dokunulmamış ve metne aynı şekilde işlenmiştir. Bununla birlikte aynı kanun çerçevesinde 176, 177, 178, 179, 180 ve 181. maddeler, kenar başlıkları ile birlikte değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikler adli yardımın yapısını değiştirerek, örgütlenmesine ilişkin düzenlemeler getirmiştir. (Elveriş-Adli Yardım s.41).

³⁴ Pekcantez/Atalay/Özekes s. 639; Kesinleşme sürecine temyiz aşaması da dahildir. Bununla birlikte yaşlı veya çocukların gerekli kurumlara yerleştirilmesi işleminin tamamlanması ve hukuki mütalaa verilmesi gibi mahkeme dışı işlemler de sürecin kapsamı içindedir. (Elveriş-Adli Yardım s.56).

³⁵ Budak, Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, İstanbul 2009, s. 303; Bilge/Önen s.347; Hangi dava ve işe ilişkin olduğu belirtilmeyen adli yardım talepleri inceleme konusu yapılamaz. (Pekcantez/Atalay/Özekes s. 637); Adli yardım incelemesinde kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli

vereceği karar ile talepte bulunanın, aşağıda sayılacak olan hususların hepsinden veya bir kısmından yararlanması konusunda takdir yetkisine sahiptir³⁶. Mahkemenin, adli yardıma ilişkin kararlarına karşı kanun yollarına başvurulamamakla birlikte, talebi reddedilen kişi sonradan meydana gelen sebeplerden dolayı, mahkemeye tekrar başvurabilir. Bu durumda, talebi kabul edilen kişinin önceki yargılama giderleri, adli yardım kapsamına girmez³⁷.

I- Kapsam

Adli yardım talebinde bulunan kişinin yararlanabileceği hususlar, bir başka deyişle, adli yardımın kapsamı, HUMK’nda 466. maddede sayılırken, değişikliğe uğramayan bu sayıma, HMK tasarısında Türkçeleştirilerek ve gereksiz detaylar atılarak yer verilmiştir. Bu nedenle, çalışmamızda, yeni sıralamanın kullanılması daha yararlı olacaktır³⁸. Tasarıda yer alan, “Adli Yardımın Kapsamı” başlıklı 339. maddeye göre, adli yardım kararı, yapılacak tüm yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten ve bu giderlerden geçici olarak muafiyet sağlar. Ayrıca, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderler, Devlet tarafından avans olarak ödenir. Davanın, avukat ile takibinin gerektiği hallerde³⁹, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temin edilir⁴⁰.

olduğu, Pekcanitez tarafından belirtildiği halde, adli yardıma ilişkin net bilgilerin sunulmaması nedeniyle talebin inceleme konusu yapılmayacağı sonucuna varılması, Gençcan tarafından eleştirilmektedir. Gençcan’a göre, hangi dava ve işe ilişkin olduğu belirtilmeyen adli yardım taleplerine ilişkin daha esnek bir tavır benimsenerek, talep edenden konuya ilişkin bilgilerin sorularak istenmesi gerekmektedir. (Gençcan s. 132-133); Köksal s. 105; Üstündağ-Yargılama s. 778.

³⁶ Tasarı m. 339/2 ve 3.

³⁷ HUMK m. 469; Tasarı m.341.

³⁸ “Adi yardımın kapsamının düzenlendiği bu maddede, 1086 sayılı Kanundaki düzenlemeye kural olarak bağlı kalınmış olmakla beraber, birinci bentteki genel düzenlemeden sonra bazı yargılama giderlerinin tek tek belirtilmesine gerek olmadığından ve yargılama giderleri ile nelerin kastedildiği bu düzenlemeyle belirlenmiş bulunduğundan 1086 sayılı Kanununun 466 uncu maddesindeki bazı bentler metne alınmamıştır.” (Budak-Tasarı s. 302).

³⁹ Mevcut düzenlemelere göre, ülkemizde, medeni yargı içinde tarafların avukat tutmadan davada kendi kendilerini savunabilirler. Bununla birlikte, Pekcanitez/Atalay/Özekes’e göre avukat tutma zorunluluğu bulunan durumlar kişilerin korunması amacıyla konulmuş olup, bu durumlarda avukat tutmak için yeterli ekonomik güce sahip olmayan kişiler için devletin avukat sağlama zorunluluğu bulunmaktadır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 251); Tasarı ile getirilen yeniliklerden biri de avukat ile temsil zorunluluğudur. Ancak bu zorunluluk elli bin liranın üzerindeki uyuşmazlıklar için getirilmiştir. Çünkü adli yardım konusundaki hükümlerin yeterli olmayışı, bu konuda daha düşük miktar ve değerdeki uyuşmazlıklar için bu zorunluluğun getirilmesini engellemiştir. Ancak bu durum siyasi iktidarın daha fazla kaynak ayırabilmesi ve destek olması halinde, bu miktarın daha aşağı çekilmesi mümkün olabilir. (Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, s. 69-78) s. 74); Bununla birlikte hakimin taraflara vekil tutmasını emrettiği durumlar da mevcuttur. Bkz. 8. HD 18.2.1960, 3188/1414, Kuru-Usul 2 s. 1226.

⁴⁰ Budak-Tasarı s. 302.

I- Yararlanacak Kişiler

HUMK'nun 465. maddesi ve Tasarının 338. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, adli yardıma hak kazanabilecek kişiler, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kişilerdir. Bunun için ise HUMK m. 468'de belirtildiği üzere, “İşbu talepte davanın hulasasıyla istinat edilecek esbabı sübutiyenin neden ibarat olduğu beyan edilmek lazımdır.”⁴¹ Tasarının gerekçesinde de belirtildiği üzere, adli yardım koşulları, yoksulluk ve haklılıktır. Yoksulluğun derecesi, kişinin söz konusu giderleri ödemesi durumunda önemli ölçüde maddi sıkıntı içine düşmesidir. Adli yardım talebinde bulunan kişinin yoksulluk durumu, her durumun kendi koşulları içinde değerlendirilecek ve gereğinden fazla vahim koşullar aranmaksızın, talep sahibinin adli yardımdan yararlanabilmesi için mahkemece yeterli görülebilecektir⁴². İkinci koşul olan haklılığın ispatı için ise, hakimde bu yönde kuvvetli bir kanı oluşması yeterlidir⁴³.

HUMK'na göre adli yardım talebinde bulunabilecek kişiler gerçek kişiler⁴⁴ ve hayır kurumlarıdır. Tasarıda ise, hayır kurumları yerine, “kamuya yararlı dernek ve vakıflar” ibaresi kullanılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi olarak, hukukumuzda, hayır kurumu adı altında bir tüzel kişilik kategorisinin bulunmadığı belirtilmekle beraber, tüzel kişiliği haiz bu tür dernek ve vakıfların gerçekleştirebilecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin, tehlikeye girmesinden kaçınılması adına adli yardımdan yararlanmalarının uygun bulunduğu ifade

⁴¹ Tasarının 340. Maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sadeleştirilmiş diliyle ise, “talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte iddiasını dayandıracağı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren, mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır.” (Budak-Tasarı s.302-303); Yurdumuzda, fakirlik belgesini sağlamak oldukça kolay bulunduğundan, mahkemelerin özellikle ikinci şart olan haklılık üzerinde titizlikle durması ve adli yardım isteyenini dava veya savunmasında haklı görmüyorsa adli yardım talebini reddetmesi gerekir. (Kuru/Arslan/Yılmaz s. 779); Fakirliğe ilişkin belgelerin ülkemizde fazlasıyla kolay bir biçimde alındığına katılan Köksal'a göre, tüm safahatlar bitmeden davanın henüz başında bir adli yardım kabul kararı, “evet ben seni bu aşamada haklı görüyorum” demek anlamına gelir ki, ihsası rey kurumuyla da çelişmektedir. Köksal'a göre adli yardım kurumunun söz konusu olumsuz sonuçları doğurmaması için sadece fakirlikle ilgili araştırmanın yapılması ve sonuçta haksız olan tarafa yargılama giderlerinin hükmedilmesi daha doğrudur. (Köksal s. 103).

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 635; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 778; Postacıoğlu s.486-487; Yoksulluk kriteri yasada belirtilmiş olmakla birlikte, içeriği hakkında ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakirliğin ispatına yönelik olarak istenen bilgi ve belgeler olmakla birlikte kişinin ekonomik durumunu, bulunduğu yörenin ekonomik şartlarına göre belirlemek gerekmektedir. (Köksal s. 100).

⁴³ Budak-Tasarı s. 301; Elveriş-Adli Yardım s. 57; Fakirlik durumunun mahkemenin sert davranmaması gerektiği söylenebilir ise de, memleketimizde özellikle ihtiyar heyeti gibi makamlardan bu tür belgeleri almanın gayet kolay olduğu da düşünülerek, mahkemenin bu gibi belgelerle kendisini bağlı saymaması önerilmektedir. (Bilge/Önen s. 346); Ansay s. 178-179; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 779; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 635-636; Kuru-USul 5, s. 5419

⁴⁴ Zira, ailenin geçiminin önemli ölçüde sıkıntıya düşmesi, ancak gerçek kişiler için söz konusu olabilir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 634); Ansay s. 178.

edilmiştir⁴⁵. Son olarak, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmesi için getirilen ek bir koşul, karşılıklılık koşuludur⁴⁶.

II- Giderler

Adli yardım talebinde bulunan taraf lehine yapılacak yardıma ilişkin giderler, HUMK'nun 465. maddesinde, “*masarafi lazimiye*” olarak belirtilirken, Tasarı'nın 338. maddesinde bu husus, “*gereken yargılama ve takip giderleri*” olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, bu giderler her türlü yargılama harç ve masrafları ile dava, takip veya diğer işlerin avukatla yürütülmesinin söz konusu olduğu durumlarda, avukatlık ücretleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷. Adli yardıma konu olan giderler, mahkeme kararıyla, geçici olarak devlet tarafından karşılanır, bir başka deyişle mahkemenin sona ermesine kadar, adli yardım talebi olumlu karşılanan taraf lehine ertelenir⁴⁸.

HUMK'nun 471., HMK Tasarısının 343. maddesine göre, adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar, dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur⁴⁹. Ayrıca, adli yardım talebinde bulunan kişi için atanan avukata da, kendi ücret ve giderlerini haksız taraftan kendi adına talep etme yetkisi de verilmiştir⁵⁰.

⁴⁵ Bilge/Önen s. 345; Buradaki hayır sözcüğünü, ihtiyacı olanlara karşılıksız yardım şeklinde anlamak gerektir. Hukukumuzda “hayır kurumu” şeklinde bir tüzel kişi kategorisi olmadığından, bunu “kamu yararına çalışan dernekler” ve “kamuya yararlı vakıflar” olarak mevcut düzenlemelere uyarlayabiliriz. Bununla birlikte, kamuya yararlı kurumlar hayır kurumlarından daha geniş bir çerçeveyi kapsadığından, somut olayda adli yardım talebinde bulunan kurumun hayır kurumu sayılıp sayılmayacağı, bu tür kurumların kuruluş amacına göre hakim tarafından belirlenmelidir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 634).

⁴⁶ Budak-Tasarı s. 301; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 634; Ansay 178; Bige /Önen s. 345.

⁴⁷ Adli yardım talebi kabul edilen kişilere sağlanacak hususlar, HUMK m. 466 ve 467 de düzenlenmiştir.

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 640-641.

⁴⁹ Ne var ki, gerekçe de belirtildiği üzere, adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması durumunda, söz konusu giderleri ödemesi ile önemli ölçüde maddi sıkıntıya düşeceğinden, giderlerin bu kişiden derhal tahsil edilmesi sosyal devlet anlayışı ile ters düşecektir. Bu nedenle tasarının 343. Maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, “*Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması halinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler halinde ödenmesine karar verilebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte mahkemece verilen bu imkanın yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. (Budak-Tasarı s. 305); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 421; Bilge/Önen s.348; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 781; Gençcan s. 135.

⁵⁰ HUMK m.472., Tasarı m.344.

C) Adli Yardım Bürosu'na Yapılacak Adli Yardım Talebi

Ülkemizde adli yardım talebi ile başvurulabilecek bir diğer merci de Adli Yardım Bürolarıdır. Adli Yardım Bürolarına ilişkin düzenlemelere, Avukatlık Kanunu ile TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nde yer verilmiştir.

I- Örgütlenme

Adli yardım hizmeti, her baro merkezi bünyesinde kurulacak Adli Yardım Büroları eliyle yürütülür. Bununla birlikte, Baro yönetim kurulu tarafından baro merkezi dışında, avukat sayısı beşten çok olan her yargı çevresinde de bir avukat, Adli Yardım Bürosu temsilcisi olarak görevlendirilebilir⁵¹.

II- Adli Yardım Talebi⁵²

Adli Yardım Bürosu bünyesinde sunulan adli yardım hizmeti, talepte bulunan tarafın, talebini bildirmesi ile başlayan ve büronun söz konusu talep doğrultusunda çalışması ile şekillenen bir süreçtir⁵³. Adli yardım talebi, Avukatlık Kanunu'nun 178. maddesi ile TBB Yönetmeliği'nin 5. maddesi gereğince, hizmetin görüleceği yer barosuna bağlı Adli Yardım Bürosu ya da temsilcisine yapılır⁵⁴. Söz konusu talep, adli yardım başvuru formu doldurularak yapılır ve yapılan bu talepler adli yardım esas defterine kaydedilir⁵⁵.

⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 641;Ülkemizde adli yardımı idare etmekle görevli bir genel ve üst bir makam bulunmadığından, her baronun yönetim kurullarınca yeterli avukat sayısına sahip bir Adli Yardım Bürosu kurulması Avukatlık Kanunu'nun 177. Maddesi ve TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin 4. Maddesi ile düzenlenmiştir. (Elveriş-Adli Yardım s.43).

⁵² Bu başlık altında mahkemeye yapılan adli yardım talebinden farklı olarak Av. K. hükümleri çerçevesinde, Baro bünyesinde kurulan adli yardım bürolarına yapılan ve sadece ücretsiz avukatlık hizmetini kapsayan adli yardım hizmetine yönelik talepler incelenecektir.

⁵³ Adli yardım kurumu Avukatlık Kanunu'nda avukatlar açısından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan hükümleri tamamlayıcı nitelikte olmak üzere ayrıca düzenlenmiştir. (Gençcan s. 137);Gözden kaçırılan HUMK ve Av. K.'nin ayrı ayrı adli yardım konusunu düzenlemiş olmalarıdır. Barolar mahkemelerin kararı olmadan Av. K. hükümlerine göre adli yardım yapabilir. Mahkemeye müracaat üzerine adli yardım talebi reddedilmiş olsa da Baro'nun adli yardıma karar vermesi mümkündür. Buna karşın mahkeme adli yardıma karar vermiş ve 466/5 uyarınca vekil temin olunmasına karar vererek Baro'dan talepte bulunmuşsa Baro'nun Av. K. hükümlerine dayanarak bu talebi reddetmesi mümkün olmayacaktır. (Av. K. m.178/3 HUMK'un adli yardıma ilişkin düzenlemelerini mahfuz tutmuştur), HUMK ve Av. K. hükümlerinin bu şekilde değerlendirilmesi doğru çözümdür görüşündeyim. İstanbul Barosu'ndan edindiğim bilgilere göre bugün adli yardımın yüzde doksanına yakın bölümü Baro'ya müracaatla sağlanmaktadır. (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 421, 11.dipnottan naklen); Üstündağ-Yargılama 779.

⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 641; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 781.

⁵⁵Formlar, okuma-yazma bilmeyenlerin de olduğu hesaba katıldığında çoğunlukla talep sahibinin verdiği bilgiler çerçevesinde büro yetkilileri tarafından doldurulmaktadır.(Elveriş-Adli Yardım s. 44).

Adli Yardım Büroları'na yapılan adli yardım talebi, HUMK'nda genel olarak belirlenmiş kurala uygun olarak yine yoksulluk ve haklılık koşuluna bağlıdır ve talepte bulunan kişi, yardıma hak kazanabilmek için gerekli bilgi ve belgeleri büro ve temsilciliklerine sunmak zorundadır⁵⁶. Adli yardım talebi reddedilen kişi, konuyla ilgili mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmamasından farklı olarak, 10 gün içinde yazı veya sözle, Baro Başkanı'na başvurabilir. Bu karar ise kesindir⁵⁷.

III- Kapsam

Adli yardıma talebinin, Adli Yardım Bürosu tarafından kabulü edilmesi sonucunda, talep eden taraf, sadece avukatlık ücretinden muaf tutulmaktadır, bu nedenle Adli Yardım Bürosu tarafından söz konusu istemin kabul edilmesi halinde dahi vekaletname ve yargılama giderlerine ilişkin masraflar istem sahibi tarafından karşılanacaktır⁵⁸.

IV- Adli Yardım Bürosunun Finansmanı

Avukatlık Kanunu'nun 180. maddesine göre, adli yardım hizmetlerine ilişkin finansmanın büyük bir bölümünün, Maliye Bakanlığı tarafından karşılanacağı belirtilmiş, TBB Yönetmeliği'nin Adli Yardım Bürosunun Gelirleri başlıklı 8. maddesinin ilk bendinde de "*Türkiye Barolar Birliğinden baroya gönderilecek adli yardım ödeneği*" sayılmıştır.⁵⁹

⁵⁶ Aynı zamanda TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin 5. Maddesinin 2. Paragrafına göre adli yardım bürosu ve temsilcilikleri, istem sahibinin haklılığına ilişkin gerekli araştırmayı yapar ve söz konusu araştırmada, kamu ve özel kurum ve kuruluşları, adli yardım bürosuna ve temsilciliklerine yardımcı olmakla yükümlüdür.

⁵⁷ Gençcan s.137.

⁵⁸ TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6. Bununla birlikte, TBB Yönetmeliği'nin 6. Maddesinin 3. Paragrafı gereğince, yargılama giderlerini karşılayamayacak kişiler için HUMK çerçevesinde adli müzaheret talebinde bulunulması ile 4. Paragraftan olarak, haklılığı konusunda kuvvetli bir kanı oluşması sonucunda Adli Yardım Bürosu ya da temsilcisinin önerisiyle Baro Yönetim Kurulu kararıyla bu kişinin masraflarının Adli Yardım Fonundan karşılanmasına yönelik düzenlemelerle bu duruma çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Fakat TBB Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere her halde kendisinden beklenen masrafları karşılayamayan kişinin adli yardım istemi reddedilebilir

⁵⁹ Gelirlerin kaynaklarına ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmakla birlikte adli yardım fonu %90 oranında Maliye bakanlığı tarafından TBB'nin hesabına ödeme yapılması suretiyle karşılanmaktadır. (Elveriş-Adli Yardım s.51).

Büronun Gelir ve Giderleri

Madde 180. (Değişik: 2/5/2001-4667/88 m.)

Adli yardım bürosunun gelirleri şunlardır:

a. (Değişik: 28/3/2007-5615/26 m.) 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 göre alınan harçların yüzde ikisi ile idarî nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının yüzde ikisi,

... Birinci fıkranın (a) bendine göre hesaplanacak ödenek, Maliye Bakanlığınca her yıl Mart ayının sonuna kadar Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılır. Bu paralar, münhasıran adli yardım için kullanılır ve yılı içinde harcanmayan paralar, ertesi yıla aynen aktarılır.

D) Adli Yardıma İlişkin Eleştiri ve Öneriler

I- Yasal Düzenlemeler

İstisnasız her bireyin adalete erişiminin sağlanması bakımından büyük önem taşıyan adli yardımın, özellikle yüksek oranda yoksul vatandaş göz önüne alındığında, ülkemiz açısından daha büyük önem taşıdığı açıktır. Adli yardımın temeli, Anayasamızda değinilen, sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır ve bu temelden yola çıkarak, yürürlükte olan çeşitli kanunlar, yönetmelikler ve ülkemizin de taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ile adli yardıma ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, adli yardıma ilişkin düzenlemeler, HUMK, Avukatlık Kanunu ve bu Kanunu detaylandırarak Adli Yardım Bürolarına ilişkin düzenlemelere yer veren, TBB Adli Yardım Yönetmeliği arasında dağınık biçimde bulunmaktadır. Uygulama ise, barolara bırakılmakta ve mevzuattaki karmaşıklık, uygulamaya da yansımaktadır. Adli yardıma ilişkin politikalar geliştirme ve bu yönde düzenlemeler yapma ödevi, her şeyden önce, yasama gücünü elinde bulunduran, TBMM'ne düşmektedir. Yapılacak genel nitelikli, sağlam temelli ve uygulamada kaliteyi ve yeknesaklığı sağlayamaya yönelik düzenlemeler sayesinde, yargılama giderleri ile avukatlık ücretlerini karşılayamayacak kişilerin, hak arama özgürlüğü, dava ve adalete erişim haklarından yararlanmaları, daha sağlıklı ve işleyen bir mekanizma çerçevesinde yürütülecektir⁶⁰.

Detaylı ve sağlam temelli bir düzenlemenin eksikliği sonucunda, adli yardım taleplerinin değerlendirilmesine ilişkin güvenilir bir ekonomik kıstasın bulunmamaktadır. Ülkemizde, adli yardım talebinin kabulü için gerekli şartların sağlandığında ilişkin kontrol mekanizmaları, fakirlik belgesinin alınmasındaki kolaylık ve haklılık şartının incelenmesine ilişkin yargılama hukuku bakımından doğan sakıncalar göz önüne alındığında, düzeltilmesi gereken düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. Bununla birlikte, ödeneklerin yetersiz olduğu, kurumlar arasında koordinasyonun bulunmadığı⁶² ve

⁶⁰ Başlıca eleştiriler, hükümet tarafından işleyen talep ve hesap verme mekanizmalarının kurulmadan adli yardım hizmetlerinin Barolara delege edilmesidir. (Elveriş-Adli Yardım s. 33).

⁶¹ Köksal s. 112.

⁶² Adli yardım politikasını uygulamakla sorumlu olacak ve bu politikanın ihtiyaçlara uygun olarak gelişimini ve ilgili tüm taraflar arasında denetim ve koordinasyonunu sağlayacak bir kuruma ihtiyaç duyulduğu, bu tür

adli yardımın ne kullanıcılar ne de sağlayıcılar tarafından yeterli derecede bilinmediği gözlemlenmektedir⁶³.

Sonuç olarak, kanun koyucunun, adli yardımın daha verimli kullanılmasına ilişkin, öncelikli politikalar belirleme ve söz konusu politikaları temel alan geniş kapsamlı, tek bir adli yardım kanunu çıkarma konusunda daha aktif olması gerekmektedir⁶⁴. Ülke çapında belirlenecek politikalar çerçevesinde, halkın konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesi de sağlanmalıdır. Medyada yer alacak kampanya ve reklamlar, tüm ülkede geçerli olacak telefon hatları sayesinde, halkın adli yardım konusunda bilinçlendirilme çalışmalarının, devlet eliyle, tüm ülke genelinde hayata geçirilmesi sağlanmalıdır⁶⁵.

II- Adli Yardım Hizmet Sağlayıcıları

Adli yardım hizmeti, yukarıda da belirtildiği üzere, barolara yapılan başvurunun kabul edilmesinden sonra, görevlendirilen avukatlarca verilmektedir. TBB Yönetmeliğinin 5. maddesinin 4. paragrafı gereği, “*Adli yardım görevi, serbest çalışan avukatlara, eşitlik ilkesi esaslarına göre verilir.*” Adli yardım avukatlığı görevinin eşit dağılımı, Adli Yardım Bürosu sorumlusu ve bu bürodan sorumlu baro yönetim üyesi tarafından denetlenir⁶⁶. Bu konuda çalışmak isteyen avukatlar ilgili baroya başvurarak, gerekli bilgileri sunarlar. Böylece başvuruda bulunan avukatlar, sınav ya da mülakat gibi başkaca koşullar aranmaksızın, Adli Yardım Bürosu tarafından hazırlanan listelere eklenirler. Görüldüğü üzere, adli yardım hizmeti vermek isteyen avukatlar bakımından, belli bir seçim usulü bulunmamaktadır.

Adli yardım hizmeti sunan avukatların, müvekkillerinin zor durumu göz önüne alındığında işin doğası gereği, gerekli özel bilgi ve donanımlara sahip olmaları

yarı bağımsız bir kurumun ise çıkarılacak geniş kapsamlı bir adli yardım kanunu ile sağlanabileceği savunulmaktadır. Buna karşın, özerk yapıya müdahale ile sistemin hantallaşacağını ve kurum kurum üstüne konulmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. (Elveriş-Adli Yardım s. 33-34); Elveriş-Sempozyum s. 33.

⁶³ Kanunda bir ekonomik kıstasın bulunmaması sonucunda mahkemeler adli yardım taleplerine ilişkin değişken kararlar vermekte, bu da uygulamada konuyla ilgili tam olarak ne yapılacağını bilinememesine yol açmaktadır. Bununla birlikte mahkemelerin adli yardım taleplerine ilişkin verdiği ret kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması, söz konusu kararların denetlenmesi yolunu da tıkamaktadır. (Elveriş-Adli Yardım s.30).

⁶⁴ Elveriş-Adli Yardım s.34.

⁶⁵ Elveriş-Sempozyum s. 32.

⁶⁶ Elveriş-Adli Yardım s. 45.

gerekmektedir. Söz konusu donanımlar, kadın ve çocuklar veya işkence mağdurları gibi hassas durumda olan kişilere adli yardım hizmeti sunmadan önce belirli eğitimlerden geçmeleri ile elde edilebilir. Fakat bu eğitimlerin katılımın yeterli olduğu kısa süreli programların yerine meslek içi eğitim programları ile sağlanması ve söz konusu programların bitirilmesinin daha sıkı koşullara bağlanması ile mümkün görülmektedir⁶⁷. Ayrıca, hukuk klinikleri veya *pro bono* yani, kamu yararına avukatlık hizmetlerinin, ülkemizde mevcut olan adli yardıma ilişkin sorunlar bakımından yeni çözümler olarak daha da yaygınlaştırılması gerekmektedir⁶⁸.

III- Bütçe ve Araştırma

Ülkemizde adli yardım hizmetlerine ayrılan bütçe, diğer pek çok ülkenin altındadır. Bununla birlikte, ülkemizde her yıl hazırlanan bütçe kanunu ile bakanlıklara dağıtılan bütçeler arasında Adalet Bakanlığı'na ayrılan payın diğer bakanlıklar ile kıyaslandığında da en az olanlardan biri olduğu görülmektedir⁶⁹. Gerçekten de, mahkemelere yapılan adli yardım taleplerine karşı mahkemenin olumlu karar vermesi durumunda bile, uygulamada talep sahibinden yargı harcının alınmaması söz konusu olsa da, tebligat veya bilirkişi ücreti gibi yargılama giderlerinin, ödenek yetersizliği nedeniyle istenmesi gerekmektedir⁷⁰. Bu ise adalet hizmetlerine ve onun bir parçası olan adli yardıma ayrılan bütçenin özellikle de mahkemeler açısından oldukça yetersiz olduğunu göstermektedir⁷¹.

⁶⁷ Yine önceden belirlenecek politikalar ve yapılacak düzenlemeler ile adli yardım hizmeti sunan avukatların seçilme ve kalite usullerine tabi olması gerektiği savunulmaktadır. Gerekçe olarak ise, “Devlet adli yardım için para ödediğine göre, bu paranın karşılığını talep etme hakkına sahiptir.” denilmektedir. Kanımızca bu yerinde bir düşüncedir. Elveriş-Adli Yardım s.34; Yılmaz-Hukuk s.74.

⁶⁸ Hukuk klinikleri, 4. sınıftaki hukuk öğrencilerinin, hocaları, avukatlar ve öğretim görevlilerinin gözetim ve denetimi altında avukat tutma imkanı olmayan kişilere ücretsiz hukuki yardım sunmasıdır. Bu yöntemin yararları arasında ise, topluma fayda sağlaması ve öğrencilerin uygulama hakkında bilgi sahibi olması sayılmaktadır. (Elveriş-Sempozyum s. 34); Ayrıca hukuk klinikleri ve *pro bono* avukatlık hizmetleri hakkında detaylı bilgi için bkz Elveriş-Avukatlık s. 197 vd.

⁶⁹ Yılmaz-Hukuk, s. 69; Bu durumun ise devletin adalet bakımının göstergesi olduğu savunulmaktadır. (Elveriş-Adli Yardım s.22); Raporla ve daha önceki raporlarda Türkiye’de adalet sisteminin bütçe sıkıntılarına işaret edilmiş ve “Türkiye’nin bu alandaki düşük düzeydeki harcamaları Avrupa Konseyi’nin Adaletin Verimliliği Avrupa Komisyonu’nun Aralık 2004 tarihli raporunda tespit edilmiştir. Elbette ki bu rakamlar çok genel bir kılavuzdur; çünkü mahkemelere farklı ülkelerde farklı fonksiyonlar ifa etmektedirler. Herşeyin üstünde, mahkemeler ve adli yardıma yapılan kamu harcamaları, ulusal bütçe bağlamında kişi başına düşen pay ve ortalama maaş yüzdeleri bakımından Türkiye’de diğer AB üyesi ülkelere düşüktür.

⁷⁰ Elveriş-Adli Yardım s.30.

⁷¹ Ayrıca konuya ilişkin bir başka öneri, hukuki temsil verilen kişilere bu yönde bir mahkeme kararı olmaksızın otomatik olarak harçlardan muafiyet sağlanmasıdır.(Elveriş-Adli Yardım s.35).

Son olarak, adli yardım için ayrılan bütçenin, bir kısmının adli yardımın geliştirilmesine yönelik araştırmalar ve konuya ilişkin elde edilmesi gereken istatistikî bilgilerin toplanması için ayrılmasının da, ülkemizdeki uygulamaların geliştirilmesine katkı sağlayacağı açıktır. Araştırmalar, adli yardım hizmetlerinden en yüksek düzeyde yararlanan ülkelerdeki uygulamalar örnek alınarak yapılmalı, yeni yöntem ve sistemlerden (hukuk klinikleri, pro bono ve hukuki masraf sigortası vb.) verimli olacağı ölçüde, ülkemizde de faydalanılmaya çalıřılmalıdır⁷².

⁷² Örnek olarak, adli yardımın evrelere ayrılması, kamu savunma avukatlığının uygulanma alanı bulması ya da adli yardım hizmetlerinde karma sistemlerin benimsenmesi verilebilir. Elveriş-Adli Yardım s.34.

§ 5. TOPLULUK DAVALARI

A) Genel Olarak

I- Topluluk Davası⁷³ Kavramı

Günümüzde sanayileşmenin dev boyutlara ulaşması ve kitle üretim araçlarının yaygınlaşması sonucunda, özellikle tüketim, çevre ve iletişim konularında, tek bir fiil ile çok sayıda kişinin, toplu olarak haklarının ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu gelişmelere bağlı olarak, adalet hizmetlerinden azami yararın elde edilmesine ve adalete erişimin gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar çerçevesinde, kişilerin haklarının etkin biçimde korunmasını sağlayacak daha gelişmiş uygun usuli mekanizmaların kurulması gerekmektedir⁷⁴.

Toplu hak ihlallerinin gerçekleştiği hallerde, menfaatlerin de toplu olarak korunmasına yönelik, uygun mekanizmalardan biri olan topluluk davası ile, medeni yargılama hukukunda alışılmış olan, yalnızca bireyin haklarının korunmasına (bireysel hukuki himayeye) yönelik düzenlemelere bir istisna getirilmiş olur ve kollektif hukuki himayenin sağlanması amaçlanır⁷⁵. Topluluk davaları, daha önce de belirtildiği gibi, adalete erişim akımının destekleyici unsurlarındadır. Topluluk davaları ile amaçlanan, taraflar arasında hem maddi ve hem de hukuki bakımdan güç dengesinin sağlanmasıdır. Böylece, tek başınayken dava yoluna başvurmalarının, yani adalete erişiminin önünde engeller bulunan kişilerin, bir araya gelerek bir topluluk oluşturmalarıyla, söz konusu engelleri aşabilecek hale getirilmesi hedeflenir⁷⁶.

⁷³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında bu şekilde bir nitelendirme yapıldığından, topluluk davası teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

⁷⁴ Hukuk sosyolojisi, hakların kullanılmasındaki en büyük zorluğun kişilerin haklarını münferiden kullanmalarında ve ekonomik bakımdan zayıf durumda bulunanların, güçlü kuruluşlarla bürokrasiye karşı sahip oldukları haklarını elde etmelerinde görüldüğünü ortaya koymuştur. 1960 ve 70'li yıllarda büründüğü şekliyle sosyal devlet, hakların bu modele uygun olarak daha etkin kullanılmasını amaçlamıştır. (Özbek-Adalet Erişim s. 907).

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 290. Deren-Yıldırım, Nevhis: Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukuku'nda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (YD 1997/1-2, s. 137-154) s. 137-138); Özbek'e göre zamanla yargılama hukukuna egemen olan bireycilik yerini çoğulculuk fikrine bırakmaya başlamıştır. (Özbek- Gelişmeler s. 124).

⁷⁶ Özbek- Gelişmeler s. 124; Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009, s.69; Örnek olarak, hukukumuzda tüketici örgütlerinin tüketicilerin yararına olacak şekilde dava açmalarına imkan tanınmıştır. Açılan bu davadan doğrudan tüketiciler de yararlanacak, ayrı bir dava açmaları gerekmeyecektir . Ancak bu

Topluluk davaları, ortak menfaatlere sahip olan kişilerin oluşturduğu bir topluluğun bir veya birden fazla temsilci aracılığıyla, aynı davada temsil edilebilmelerini, yani menfaatlerin kolektif⁷⁷ biçimde korunmasını sağlayan, usuli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, davaya sadece söz konusu topluluğu temsil eden, “temsilci davacı” taraf olurken, topluluğu oluşturan kişiler taraf olmasalar dahi, verilen karar ile bağlıdırlar⁷⁸.

Topluluk davası, daha önce de bahsedildiği gibi, Anglo-Amerikan hukuku içerisinde doğmuştur. Bununla birlikte, dünya genelinde meydana gelen ekonomik gelişmeler çerçevesinde, çoğu modern devlet tarafından, sosyal hakların ileri sürülmesine verilen önemin artması ve bu hakların toplu halde savunulmasının daha etkin sonuçlar doğurduğunun görülmesi sonucunda, Kıta Avrupası (continental law) hukuk sistemlerinin de uygulama sahasında yerini alması öngörülmüştür⁷⁹.

Topluluk davasının, dilimizdeki kullanımının nasıl olacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır⁸⁰. İngilizcede “*class action*” olarak isimlendirilen davaların, dilimize nasıl çevrileceği hakkında belirleyici olanın, bu konuya, ilgili bir kanun maddesine yer veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı olduğu görüşümdüm⁸¹. Tasarının 118. maddesinin başlığı, “Topluluk Davası” olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, maddenin gerekçesinde topluluk davası teriminin yanında, grup ve sınıf davası terimlerine de yer verilmiştir⁸².

davaların açılması, münferit hak sahiplerinin, ayrıca dava açmaları gereken durumlarda ayrı dava açmalarına da engel olmayacaktır. 4.HD, 10.05.2006, 6260/5579 (Legal MİHDER 2008/1, s.197)

⁷⁷Kollektif menfaat, topluluk üyelerinin kişisel menfaatlerinin toplamı biçiminde tanımlanmaktadır. (Özbay s.30)

⁷⁸Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 290; Özbay s. 34; Özbek ise grup davasına ilişkin, “ Bir davada davalının yapacağı savunma mahiyeti itibariyle çok sayıda kişiyi ortak bir yolla etkiliyorsa, etkilenen kişilerin oluşturduğu sınıf temsilcisi olan bir kişi, temsil ettiği kişilerin açık rızalarını almadan, ilgili sınıfın menfaatlerini korumak amacıyla dava açması” şeklinde bir tanıma yer vermiştir. (Özbek-Gelişmeler s. 125).

⁷⁹ Özbay s.32; Bu dava, bazı yönlerden kendine has özellikleri olan, farklı hukuk sistemlerinde değişik görünümlere sahip bir davadır. Özellikle, taraf, temsil, hukuki yarar, hukuki dinlenilme hakkı yargılamada üçüncü kişinin durumu, hükmün etkisi gibi hususlarla doğrudan ilgili yönü bulunmaktadır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 290) .

⁸⁰ Deren Yıldırım-Kollektif s. 142; Özbay s.35-39.

⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes ve Özbay ise grup davası terimini tercih etmektedirler.

⁸² Budak-Tasarı s.121.

II- Topluluk Davasının Unsurları

1) *Topluluğu Oluşturan Kişi Sayısı*

Topluluk davalarının açılabilmesi için bilinmesi gereken koşullardan biri, her şeyden önce, kaç kişinin bir topluluk davasına konu olacak şekilde bir araya gelebileceği, bir başka deyişle, topluluk davasının kabul edilmesi için, davanın öznesini oluşturabilecek topluluğun, kaç kişiden meydana gelmesi gerektiğidir. Buna göre, karşılaştırmalı hukukta, konuya ilişkin yapılan bazı düzenlemelerde, sayı belirtilmesi söz konusu olurken⁸³, topluluk davasının kaynağı olarak görebileğimiz Amerikan Hukuku'na göre, topluluk, somut olayda hakim tarafından belirlenmelidir. Amerikan hukukundaki bu düzenleme, topluluk davasının kabulü için yeterli olacak kişi sayısına ilişkin, pek çok değişik kararın çıkmasına ve istikrarsız uygulamalara sebebiyet verdiği öne sürülerek doktrinde eleştirilmektedir⁸⁴.

Sonuç olarak, topluluğu oluşturabilecek alt sınırın belirlenmesi, her ülke hukukunun kendi düzenlemesine konu olurken, doktrinde, “*topluluk davasını etkisiz bırakacak kadar kalabalık olmama*” koşulu da kabul edilebilecek üst sınır olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵.

2) *Ortak Bir Uyuşmazlığın Bulunması*

Topluluk davalarında, topluluğu oluşturan kişilerce paylaşılan, ortak bir uyuşmazlığın bulunmasından anlaşılması gereken, her birinin ayrı ayrı, aynı hukuki ya da fiili problemle karşı karşıya kalması değil, problemin bu kişiler bakımından yaygın bir uyuşmazlık konusu oluşturmasıdır. Bu konu da topluluk davalarında, topluluğa ilişkin sayının net bir biçimde belirlenememesi gibi, çok kesin çizgilerle açıklığa kavuşturulamamıştır. Dava açılabilmesi için ortak bir uyuşmazlığın bulunması, birebir aynı olayın meydana gelmesi değil, meydana gelen olayın topluluk üyelerinin hepsini

⁸³ Özbay s.91-92.

⁸⁴ Birleşik Devletler Federal Hukuk Usulü Kanunu'nun 23. Maddesinin (a) bendine göre, mensup olunan sınıf o kadar kalabalık olmalıdır ki, sınıfın bütün üyelerinin davaya katılımı imkansız olmalıdır. (Özbek-Gelişmeler s. 126); “*Grubun boyutu küçük ise yargısal verimlilik, grup üyelerinin coğrafi konumları, bireysel davaların açılması konusunda grup üyelerinin mali yetenekleri, bireysel taleplerin miktarı, grup üyelerinin özellikleri ve bireysel olarak dava açıp açamadıkları gibi diğer faktörler önem kazanabilir.*” Özbay s. 93.

⁸⁵ Deren Yıldırım-Kollektif s. 146-147; Özbay s.93.

ilgilendiren bir uyuşmazlığa sebebiyet vermesi anlamına gelmektedir⁸⁶. Sonuç olarak, davalının, talep sahiplerine karşı *ortak bir sorumluluk nedeninin* bulunması topluluk davalarının kabulündeki en önemli şartlardan biridir⁸⁷.

3) Topluluk Davası İle Daha Etkili Bir Çözüm Sağlanması

Topluluk davalarının kabulünde, diğer kriterlerden bağımsız olarak, göz önünde bulundurulması gereken bir diğer koşul, bu tür bir çözüm yolunun mevcut çözüm yollarına kıyasla adaletin sağlanması ve verimlilik açısından daha üstün görülmesinin gerekliliğidir⁸⁸. “Üstünlüğün belirlenmesinde göz önüne alınması gereken hususlar, şu şekilde sıralanmıştır: a) Kişilerin bireysel dava açmaktaki menfaatinin üstün olup olmadığı b) Maliyetin bireysel davada daha düşük olup olmadığı c) Kişilerin özelliklerinin uygunluğu d) Daha iyi ve ucuz bir yolun bulunup bulunmadığı e) Davanın kabulünün taleplerin yöneltildiği taraf üzerinde caydırıcı etkisi olup olmadığı. f) Davanın yönetilebilirliği⁸⁹.” Bununla birlikte, üstünlüğün sadece mahkeme usulleri arasında yapılacak kıyaslama ile belirlenmesi gerekmekte, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının, topluluk davalarına göre daha verimli olup olmadığı göz önüne alınmamaktadır⁹⁰.

B) Türk Hukuku’ndaki Benzer Düzenlemeler

I- HUMK

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda, topluluk davalarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, hukukumuzda böyle bir dava usulü uygulama alanına sahip değildir. Anglo- Amerikan Hukukunda, uzun bir süredir uygulanan topluluk davaları, Kıta Avrupası’nda kabul gören medeni hukuk sistemlerinde, geçişindeki zorluk ve sakıncalar nedeniyle, halen tam olarak yerini alamamış ve detaylı olarak düzenlenememiştir. Dolayısıyla, bizim hukukumuzda da, topluluk davaları vasıtasıyla, ortak menfaatlere sahip,

⁸⁶ Deren Yıldırım-Kollektif s 147; Özbay s.96.

⁸⁷ Özbay s.100.

⁸⁸ Bununla birlikte, üstünlük, davanın kabulüne ilişkin hakimın takdir yetkisini en geniş anlamda kullandığı kriter olması bakımından eleştirilmektedir (Özbay s.101); Deren Yıldırım-Kollektif s. 148.

⁸⁹ Özbay s. 104-119.

⁹⁰ Özbay s.103.

belirsiz kişi topluluklarına yönelik, kolektif hukuki himayenin sağlanması, mevcut düzenlemeler çerçevesinde mümkün gözükmemektedir⁹¹. Medeni yargılama hukuku çerçevesinde, dava ehliyeti, sadece gerçek ve tüzel kişilere tanınmıştır (MK m.8, m.46, HUMK m.38).

Topluluk davalarının, Kıta Avrupası'nda kabul edilen medeni hukuk sistemlerinde tam olarak yerini alamamış olmasının bir diğer sebebi, bu tür bir usuli araca ihtiyaç duyulmamasıdır. Zira, mevcut düzenlemelerle de, toplu halde davada taraf olabilme mekanizmalarının var olduğu savunulmaktadır. Türk Hukuku'nda konuya ilişkin düzenleme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 43. maddesine bulunmaktadır. HUMK m.43'de, davanın taraflarından herhangi birinin bir kişiden fazla olması ile meydana gelen "dava arkadaşlığı" kurumu düzenlenmiştir. Dava arkadaşlığı, diğer deyişle, sübjektif dava birleşmesi, iki taraf sistemine göre kurulan davanın, aynı şekilde kalmasının yanında, sadece bir tarafın birden fazla kişiden oluşması ve bu kişilerin dava boyunca birlikte hareket etmeleridir. Dava arkadaşlığına ilişkin bir üst sınır bulunmamaktadır. Dava arkadaşlığı, medeni yargılama hukuku ilkelerinden, adalete erişime en çok katkı sağlayan ilke olan usul ekonomisi ilkesine de uygundur. Dava arkadaşlığında, dava arkadaşı kadar dava sayısı olmasına rağmen, davalar birleştirilir ve böylece, zaman, emek ve masraftan tasarruf edilir. Ayrıca, topluluk davalarındaki benzer biçimde, davaların bileştirilmesi, yargılamayı kolaylaştırır ve aynı konu hakkında farklı kararlar verilmesini önler⁹².

Dava arkadaşlığı, mevcut usul hukuku bakımından, topluluk davalarına en yakın düzenleme olmakla birlikte, önemli farklar da içermektedir. Buna göre, dava arkadaşlığında, bir tarafı oluşturan kişiler davayı birlikte takip edebilirken, topluluk davalarında topluluğu oluşturan kişi sayısı çok fazla olduğundan, davayı ancak bir temsilci takip edebilir. Dava arkadaşlığında tek bir dilekçe ile birden çok dava açılması söz konusu iken, topluluk davalarında ise, bir tek dava açılmaktadır. Bu nedenle dava arkadaşlığı durumunda hakim, her bir dava arkadaşı için ayrı karar verirken, topluluk davasında verilen karar, bir tarafı oluşturan topluluğun tamamı için geçerlidir⁹³. Ayrıca, dava arkadaşlığının mümkün olduğu durumlarda, topluluk davasının açılması, daha üstün bir yol

⁹¹ Özbay s. 280.

⁹² Kuru-Usul 3 s. 3285; Üstündağ-Yargılama s. 352.

⁹³ Konuralp, Haluk: Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları (Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayınları, Ankara 1986 , s. 65-96). s.68-69

bulunması nedeniyle kabul edilemeyecek ve zaten böyle bir durumda topluluk davası açmaya gerek de kalmayacaktır⁹⁴.

Dava arkadaşlığının yanında, fer'i müdahale de topluluk davalarından elde edilecek yarar bakımından benzer bir kurumdur. HUMK 54-56. maddeleri arasında, “Üçüncü Şahsın Müdahalesi” başlığı altında düzenlenen fer'i müdahale ile, “*Hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs iki taraftan birine iltihak için davaya müdahale edebilir*” denilmektedir. Fer'i müdahalenin koşulu olan, üçüncü kişi bakımından hukuki yararın bulunması, bir dava şartı değildir. Dava şartı davanın tarafları yönünden aranır, fer'i müdahil ise, davanın tarafı olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, topluluk davaları ve dava arkadaşlığı kurumundaki dava şartı olan hukuki yarar şartı, fer'i müdahil bakımdan daha esnek biçimde uygulanır⁹⁵.

Hukumumuzda düzenleme alanı bulunmamakla birlikte⁹⁶, topluluk davalarına nazaran, uygulama alanına daha kolay katılabilecek bir usul olan, dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahillik, davada verilen hükmün, fer'i müdahil ile karşı taraf arasındaki hukuki ilişkiye kesin hüküm etkisi sağladığı, yani doğrudan etki ettiği durumlarda mümkündür⁹⁷. Karşılaştırmalı hukukta, üçüncü kişinin dinlenilme hakkının, fer'i müdahilden daha geniş yetkilerle korunmasının gerektiği durumlarda, dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahillik düzenlenmiştir⁹⁸. Dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil, adi fer'i müdahil gibi, koruduğu taraf için sadece usul işlemleri yapabilirken, bu işlemlerin geçerliliği için, koruduğu tarafın icazetine gerek yoktur. Bunun yanında dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahil, koruduğu tarafın ikrar, kabul ve feragatine karşı koyabilirken, davada taraf olmadığından, davada kendisi için talepte bulunamaz ya da kendisine karşı talepte bulunulamaz ve sulh, feragat ve kabul gibi davaya son veren işlemler yapamaz. Dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil, verilen hükme karşı tek başına itiraz edebilir ve hükmü temyiz yoluna gidebilir⁹⁹.

⁹⁴ Özbay s. 78.

⁹⁵ Açıklamalar için bkz. Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 82-85.

⁹⁶ Dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahale, Alman ve Avusturya Usul Kanunları ile, İsviçre'nin Bazı Kantonlarında düzenlenmiştir. (Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 51).

⁹⁷ Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 53.

⁹⁸ Budak, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 50.

⁹⁹ Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 54; Budak-Üçüncü Kişilerin Hakları s. 54-55.

Dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahil, davada taraf olan dava arkadaşından daha dar, adi fer'i müdahilden ise daha geniş yetkilere sahiptir. Yargılama hukukumuzda yerini alması gereken bu usulün, üçüncü kişilerin dinlenilmesi bakımından olumlu etkisi olacağı gibi, üçüncü kişilerin farklı durumları göz önüne alınarak¹⁰⁰, fer'i müdahilin koruduğu tarafın karşısında bulunan taraf ile arasındaki hukuki ilişkinin etkisine göre farklı düzenlemeler yapılması da, adalete erişim mekanizmalarının çeşitlendirilmesi bakımından yarar sağlar.

II- HMK Tasarısı

HMK Tasarısı'nın, topluluk davalarına ilişkin düzenleme getiren 118. maddesinde, *“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler.”* . Maddenin gerekçesinde ise, *“...esas itibarıyla Anglo-Sakson meşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası Hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan topluluk davası, (grup, sınıf davası) kurumunun, kavramsal çerçevede mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır.”¹⁰¹* denilmektedir. Tasarı'da yer verilen bu madde ile, gerekçede belirtildiği üzere, Türk Hukuku'nda da, diğer Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri'nde olduğu gibi, topluluk davası kurumuna yer verilmesi amaçlanmış ise de, düzenlemenin aslında, birlik davasının unsurlarını taşıdığı görülmektedir.

HMK Tasarısı'nın 118. maddesi ile yapılan düzenlemede, topluluk davası adı altında dava açma yetkisi, dernekler ve diğer tüzel kişilere verilmiştir. Bahsi geçen dernek ve tüzel kişiler ise, yalnızca üyelerinin, mensuplarının ya da temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak üzere, kendi adlarına dava açabilmektedirler. Bu nedenle, HMK Tasarısı ile yapılan düzenleme çerçevesinde, belirsiz toplulukların birleşerek, bir temsilci seçmeleri ve söz konusu temsilcinin, temsil ettiği topluluğun ortak menfaatlerini konu alan bir dava açması söz konusu değildir. Ayrıca, birlik davası ile topluluk davası arasındaki en

¹⁰⁰ Budak'a göre, hak arama hürriyetini korumak yükümlülüğü bulunan kanun koyucu, üçüncü kişiye tanınan dinlenilme hakkı ile, tarafların davayı fer'i müdahale olmaksızın takip etmek konusundaki menfaatleri arasında adaletli bir denge kurmalıdır. Bu nedenle de, farklı durumdaki üçüncü kişileri, farklı hükümlere tabi tutmak gerekir. (Budak-Üçüncü Kişilerin Hakları s.55).

¹⁰¹ Budak-Tasarı s.121.

temel farklardan biri olan, dava sonunda verilen kesin hükmün etkisi bakımından da madde ile birlik davasının tanımlandığını göstermektedir. Buna göre, kesin hüküm, birlik davasında, sadece birliğin üyeleri için geçerli olup, üçüncü kişilere sirayet etmez. Topluluk davasında ise, davaya katılıp katılmadıklarına bakılmaksızın, ortak menfaatlere sahip olduğu kabul edilen ve bu nedenle gruba dahil olduğu varsayılan grup üyelerinin tümü, kesin hüküm ile bağlıdır.

Sayılan bu nedenlerle, Tasarı'daki düzenleme topluluk davası başlığını taşıdığı halde ve ayrıca gerekçesinde grup ve sınıf davaları kavramı ile desteklense de, aslında birlik davalarına ilişkin bir düzenleme getirmektedir¹⁰².

III- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Ülkemizde, tüketicilerin korunması ile ilgili olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkına Kanun (TKHK) ile getirilen düzenlemeler arasında, topluluk davalarına benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, TKHK'nun 23. maddesinin 4. fıkrasında "*Bakanlık¹⁰³ ve tüketici örgütleri, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde, bu Kanunun ihlali nedeniyle, kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla, tüketici mahkemelerinde dava açabilirler*" denilmektedir. Kanunun 24. maddesinin 1. fıkrasında ise, "*Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplanması için dava açabilir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir.

TKHK'nun içerdiği düzenlemeler çerçevesinde, tüketicileri genel olarak ilgilendiren konularda ve ayıplı malın mevcudiyeti durumunda, dava açma yetkisi,

¹⁰² Alangoya/Yıldırım/ Deren-Yıldırım'a göre de topluluk davası teriminin, halk davasını çağrıştırması yerinde bir düzenleme olmamıştır ve aslında Tasarı'nın 118. maddesinde yer verilen düzenleme dernek davasına ilişkindir. (Alangoya/Yıldırım/ Deren-Yıldırım-Usul s. 19);İkinci Kısımda düzenlenen dava çeşitleri ve dava şartları ile ilgili hükümler yenidir. Eda, tespit ve inşai davalar dışında kısmi dava, objektif dava birleşmesi, terditli dava, seçimlik dava ve grup(birlik) davası yeni olarak düzenlenmiştir. Birlik davası ile derneklerin üyeleri adına tespit davası açabilmesi ya da müdahalenin önlenmesini isteyebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Örneğin bir tüketici derneği, tüketicilerle ilgili bir dava açabilecektir. (Pekcanitez-Genel Olarak HMKT s.74); Özbay s.280; Doktrinde dernek davalarının Medeni Yargılama Hukuku'na uyarlanmasının oldukça karmaşık bir sorun olduğu savunulmaktadır.(Deren Yıldırım- Kollektif s. 139); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım' göre de bu bir dernek davasıdır ve dernek davalarının da tazminat davası olarak da açılmasına ilişkin tartışmalara yer vermiştir. (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 62).

¹⁰³ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı.

tüketiciler, Bakanlık ve tüketici örgütlerine tanınmıştır¹⁰⁴. Ayrıca, tüketici örgütleri ve Bakanlık tarafından, ayıplı malın üretiminin durdurulması, satışın durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan ayıplı malın toplatılması istemlerinden, biri veya birden fazlası talep edilerek, dava açılabilir; fakat, bunlardan dolayı meydana gelen zarara ilişkin tazminat davası açılmaz¹⁰⁵.

Bakanlık ve tüketici örgütleri tarafından açılacak davanın niteliği ile ilgili olarak, davaların, topluluk davalarına benzer özellikler taşımakla birlikte, HMK Tasarısına benzer biçimde, yine birlik davası olarak düzenlendiği görülmektedir. Zira, TKHK çerçevesinde tüketici örgütleri tarafından açılan davalar, kolektif menfaatleri korumak amacıyla açılmakta iken, topluluk davalarında aynı nitelikteki bireysel menfaatlerin birleştirilerek, onlar adına temsilci eliyle dava açılması söz konusudur¹⁰⁶. Bununla birlikte, mahkemece verilen hüküm, tüketiciler hakkında bireysel olarak sonuç doğurmamaktadır.

TKHK Türk Hukuku bakımından hukuki yarar kıstasının mutlaklığını kaybettiğini gösteren en temel düzenlemedir. Zira, kanun ile hukuki yararı olmayan tüketici örgütleri ve Sanayi Bakanlığı'na da dava hakkı tanınmıştır¹⁰⁷.

Sonuç olarak, TKHK m. 23/4 ve 24/1 ile, üyeleri adına tüketici örgütlerine dava açma yetkisi tanınması, hem usul ekonomisi, hem de büyük üretici firmaların hak ihlalleri ve ayıplı mal üretimi durumunda, karşısında Bakanlık ya da tüketici örgütlerinin olması sonucunda silahların eşitliği bakımından, olumlu bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, tüketici mahkemelerinde, Bakanlık, tüketici örgütleri ve tüketiciler tarafından açılacak davaların, her türlü resim ve harçtan muaf tutulması da sağlanan diğer bir kolaylıktır.

¹⁰⁴ TKHK ile Bakanlığa kanuna aykırılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin genel bir yetki tanınırken, üyelerini koruma amacıyla üyeleri adına dava açma yetkisi de tüketici örgütlerine tanınmıştır. Bunun sonucu olarak, tüketicilerin bireysel menfaatlerine dayalı dava açılması söz konusu olamamaktadır. Bununla birlikte iki ayrı tüketici benzer vakıa ve hukuki sebebe dayanarak da birlikte dava açamazlar. (Özbay s. 220); Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 291.

¹⁰⁵ Özbay s.223.

¹⁰⁶ Özbay s.226.

¹⁰⁷ Özbek'e göre bir kimsenin hakkının mahkemece himayesi hususunda korunmaya değer yararının bulunması anlamına gelen hukuki yarar, hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır. (Özbek-Gelişmeler s.130-131).

IV- 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu'nun 56-64. maddeleri arasında bulunan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, ticari hayatta, rakip durumunda olan işletmelerin korunması açısından olduğu kadar, tüketicilerin ve daha da genel olarak toplumun korunması açısından, oldukça önemli bir işleve sahiptir. Buna göre, TTK m. 57'de haksız rekabet halleri sayılırken, m. 58 ile haksız rekabete karşı açılacak davalar gösterilmektedir. TTK'nun 58. maddesinin 3. fıkrasında, “ *Ticaret ve Sanayi Odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler.*¹⁰⁸” denilerek, toplu bir koruma getirilmekte¹⁰⁹ ve topluluk davalarına benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ile mesleki ve ekonomik birliklere dava açma yetkisi verilmesi, bu birliklerin üyelerinin, ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş olmasına bağlıdır ve Ticaret ve Sanayi Odaları, esnaf dernekleri ve borsalar bakımından bu şartın varlığı, kendiliğinden kabul edilmektedir. TTK m.58/III'te sayılan kuruluşlardan olmayan mesleki ve ekonomik birliklerin dava açabilmesi ise, kuruluş sözleşmelerinde kendilerine üyelerinin ekonomik menfaatlerini koruma görevinin verilmiş olmasına bağlı tutulmaktadır¹¹⁰.

TTK m.58/I ve II de yapılan düzenlemeye göre, tazminat davası açılabilmesi için, karşı tarafın kusurlu olması koşulu aranmaktadır. Tazminat davası, ancak zarar gören kişilerce açılabilir. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57 ve 58. maddeleri ile de bu husus düzenlenmiş ve zarar görenlerin zararlarının tazmin edileceği belirtilmiştir. TTK m.58/son hükmü ile mahkemece verilen kesin hükmün medeni usul hukukundaki kurala istisna olarak, sadece davanın taraflarını değil, üçüncü kişileri de etkilemesi de topluluk davalarına benzerlik göstermektedir. Buna göre, “ *...bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm, haksız rekabete mevzu olan malları, doğrudan doğruya veya*

¹⁰⁸ Bahsedilen davalar, tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davasıdır. (TTK m. 58, III).

¹⁰⁹ Zarar gören ve görme tehlikesine maruz kalanların topluca korunması amaçlanmıştır. (Özbay s. 233).

¹¹⁰ Özbay s.236.

dolayısıyla ondan elde etmiş olan şahıslar hakkında da icra olunur.” denilmekte ve hükmün koruyucu etkisinin genişletilmesi amaçlanmaktadır¹¹¹.

V- 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Sendikalar Kanunu çerçevesinde, sendikalara, ilişkin olarak yapılan düzenlemelere bakıldığında, Sen. K.’nun 32. maddesinde, işçi ve işveren sendikalarının, üyelerinin menfaatlerini hem kollektif olarak, hem de bireysel olarak koruyabilmesini sağlayan ikili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Sen. K.’nun 32. maddesinin 3. bendinde “*Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarından üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak*” sendikaların faaliyetlerinden biri olarak sayılmıştır. Böylece, söz konusu düzenleme ile sendikalara, kolektif menfaatlerin korunması amacıyla açılan davalarda taraf olabilme, kişisel menfaatlerin korunmasında ise, davayı takip yetkisi tanınmıştır¹¹².

Sendikalar Kanunu çerçevesinde yapılan düzenleme ile, işçi ve işveren sendikaları tarafından kollektif menfaatlerin korunmasına yönelik açılacak davalar, iş ilişkisi çerçevesinde uyuşmazlığın kaynağı, çalışma hayatı, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve örf ve adet ile sınırlı tutulmuştur. Bireysel menfaatlerin korunmasına yönelik olarak ise, sendikalar, üyelerini veya onların mirasçılarını nakliye, neşir, adi şirket sözleşmeleri ile hizmet akdinden doğan haklar ve sigorta hakları bakımından davada temsil edebilirler¹¹³. Birinci durumda yine birlik davaları, ikinci durumda ise işçi tarafından sendikaya devredilen davayı takip yetkisi düzenlenmektedir¹¹⁴.

¹¹¹ Özbay s.243-244.

¹¹² Özbay s.256; Özbek-Gelişmeler s. 132.

¹¹³ Sendikaların topluluk davasının özelliklerine uygun olarak, temsil ettikleri işçilerin ortak menfaatlerini doğrudan ilgilendiren bir hakkı himaye etmek, yasada belirtilen hususlarla sınırlı olmak kaydıyla, dava haklarının olduğuna ilişkin olarak, DİDDK 22.4.1994. 668/217, örnek teşkil etmektedir.(Özbek-Gelişmeler s. 132); Özbay s.256-257.

¹¹⁴ Özbay s.264.

VI- 2872 Sayılı Çevre Kanunu

Çevrenin korunmasına ilişkin mevcut mevzuat¹¹⁵ içerisinde, topluluk davalarına dair bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, Anayasamızın 56. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” düzenlemesi ile başlayarak, Çevre Kanunu hükümleri, bu alanda meydana gelecek gelişmelerin yönünü belirlemek açısından önem taşımaktadır¹¹⁶.

Çevre Kanunu’nun “Bilgi Edinme ve Başvuru Hakkı” başlıklı 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes, ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir¹¹⁷.” Burada, ilgili mercilere başvurabilecek kişiler, zarar gören veya haberdar olan kişilerdir. Madde metninde yer verilen, zarar gören veya haberdar olan herkesin, “ilgili mercilere başvurusu” deyimini, idari makamlara başvurma anlamında kullanılmış olup, genel hükümlere göre adli yargıda dava açma olanağı kastedilmemektedir. Zira, böyle bir durumda, zarar gören veya zarardan haberdar olan herkesin, kirletene, çevreye verdiği zararı gidermesi için tazminat davası açmakta aktüel ve kişisel bir hukuki yararı bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Çevre Kanunu’nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, herkesin, ortak varlığı olan çevrenin korunmasında menfaatinin bulunduğu hareketle, kirlenmeden zarar gören kişiler gibi, haberdar olanlarında idareye başvurabilmeleri ise, doktrinde, iş yükünü arttıracak gibi eleştirilere konu edilmekte ise de, katıldığımız görüşe göre, çevrenin korunması söz konusu olduğunda, hukuki yarar kavramının, geniş yorumlanması, kanunun amacına uygun

¹¹⁵ Ülkemizde, 1982 Anayasası’ndaki çevre hakkına ilişkin hükümden önce, çevreye ilişkin hukuki düzenlemeler bulunmamakta idi. Anayasal hak olarak düzenlendikten sonra ise, çevre hakkı, Çevre Kanunu ile Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve konuya ilişkin diğer yasa ve yönetmelikler ile koruma altına alınmıştır. Ne var ki, Turgut’a göre bu düzenlemeler önemli bir yenilik getirmemekte ve çevre hakkının güçlendirilmesi için asıl yapılması gereken yurttaşlara, “çevrenin korunması için bir hak” tanımak ve bu hakkı yurttaşlara ve devlete yüklenecek görevlere ilişkin bir fıkra ile bütünleştirmektir. (Turgut, Nükhet: Çevre ve Yurttaşlar, Ankara 1993, s. 222).

¹¹⁶ Mevcut durumda kişilere topluluk davası açma olanağı vermeyen bu eksikliğin uygulamada, aynı nitelikte çok sayıda dava açarak veya HUMK’daki dava arkadaşlığı kurumundan yararlanarak, iki şekilde giderilmeye çalışılabileceği öngörülmüştür. Ne var ki, zarar görenlerin çok fazla olması dolayısıyla, iş yükünün artması ve verimsizlik gibi sorunların baş göstereceği ileri sürülmüştür. (Özbay s. 271-272).

¹¹⁷ Ayrıca, maddenin 2. fıkrası ile Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde, herkesin çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkının olduğu belirtilirken, bu hak, çevresel değerlere zarar verecek bilgiler bakımından sınırlandırılmıştır. (2872 Sayılı Çevre Kanunu, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/631.html>)

düşmektedir¹¹⁸. Bununla birlikte, mevcut düzenlemelerin, çevreyi kirleten faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınması veya faaliyetin durdurulması bakımından, çevre dernekleri tarafından açılacak birlik davalarına olanak verdiği şeklinde yorumlanması gerektiği de savunulmaktadır¹¹⁹.

Çevre Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde, ilgili mercilere yapılan başvurular, idare hukuku çerçevesinde, idari makamlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinde, ilgililerin, idari davalara konu olabilecek işlem ve eylemler hakkında idareye başvurabilecekleri düzenlenirken, başvurunun yapılmasından altmış gün içinde cevap gelmemesi halinde, isteğin reddedilmiş sayılacağı ve bu süre sonunda da, ilgililerin idari mahkemelerde dava açabilecekleri belirtilmiştir.

Çevre hukukundan doğan adli davalar ile ilgili olarak ise, yargılama hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde, kirlenmeden zarar gören gerçek ve tüzel kişilerin, bir dava şartı olan hukuki yararının bulunduğu kabul edilmekte ve tazminat davalarında taraf olabilmektedirler¹²⁰. Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında, kirletenin medeni yargılama hukukunun genel hükümlerine göre tazminat sorumluluğu saklı tutulmuştur. İkinci fıkra ile sorumluluğun kapsamı bakımından kirletene karşı ileri sürülmesi mümkün olan taleplerin, daha açık bir şekilde belirtilmesi, örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 58. maddesinin 3. fıkrasında, tazminat davasından başka öngörülen menî tespit ve ref davaları gibi davaların da açıkça hüküm altına alınması gerektiği savunulmaktadır¹²¹.

Sonuç olarak, çevre hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından, öncelikle, çevrenin kirlenmesinden doğan sorumluluk göz önüne alınarak, bu alanda mutlaka, topluluk

¹¹⁸ Topçuoğlu'na göre, menfaat ilişkisini haberdar olanlara kadar yayan düzenlemeler sayesinde, etkin bir silah oluşturulmuştur ve "Pratik olarak düşünüldüğünde, dava ehliyetini belli bir menfaat bağlamaksızın "herkesi" içine alacak şekilde genişletmek, açılan dava sayısında bir artışa yol açabilir; fakat menfaatleri ihlal olan kişileri bile dava açmaya zorlayan bir kural bulunmadığı, özellikle de ülkemizde mevcut dava ve mahkemelere karşı çekingenlik bu endişeyi şüpheli kılmaktadır." (Tartışmalar için bkz. Topçuoğlu, Metin: Çevre Hakkı ve Yargı, Ankara 1998, s.152-156).

¹¹⁹ Özbay s. 272; Turgut s.225.

¹²⁰ Konuralp'e göre, çevreye müdahale nedeniyle, adli yargıya başvurma konusunda hukuki yararı, Anayasa'nın 56. maddesi ile Çevre K.'nın 1. maddesi göz önüne alındığında, belirginleşen Devlet ve yerine göre il, belediye, köy tüzel kişileri bakımından mevcut olmalıdır. Ayrıca, 11. HD. 25.12.1985, 7339/7351 sayılı kararında, Yargıtay, belediyenin davaya taraf olabilmesini, kirlenmenin önlenmesine ilişkin idari yollara başvurma olanağının bulunmasına rağmen, "davalı fabrikanın eyleminden zarar gören herhangi bir kişiden farklı olmadığı" gerekçesiyle, kabul etmiştir. (Konuralp-Çevre s. 72).

¹²¹ Özbay s. 273.

davalarına yer verilmesi; fakat önce, yargılama hukukunun genel ilkelerinden oldukça uzak olan bu dava çeşidinin, yargılama hukukumuzda girmesiyle ortaya çıkacak olan sonuçlarının, dikkatle hesaplanması gerekmektedir¹²². Kirleten üzerinde bir baskı oluşturabilmenin yegâne yolu olarak, bir tüzel kişiliğin varlığı zorunlu kılınmaksızın, zarar gören pek çok bireyin birleşerek, daha etkili bir dava yoluyla, haklarını arayabilmelerinin, yani adalete erişim haklarını kullanabilmelerinin, önü açılacaktır.

Çevre hukukundan doğan adli davalarda, özel olarak belirlenen kurallar bulunmadığından, görev ve yetki kuralları ile ispat kuralları, yargılama hukukunun genel hükümlerine uygun olarak belirlenecektir¹²³. Çevre hukukundan doğan adli davaların özel durumu ise, bu davaların oldukça teknik bilgi gerektiren davalar olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, çevrenin kirlenmesi ve bu kirlenmenin etkilerinin tam olarak belirlenebilmesi hususunda, bilirkişilere başvurulması gerekmektedir ve çevre hukukundan doğan adli davalar söz konusu olduğunda, bilirkişi raporlarında ortaya konan görüşler büyük önem taşımaktadır. Taşıdığı önem ve bu alan da verilecek kararların, çevrenin insanlığın ortak mirası olarak toplumun genelini etkilediği göz önüne alındığında, çevre hukuku alanında, resmi bilirkişi kurumunun oluşturulması gerektiği belirtilmektedir¹²⁴.

C) Topluluk Davasına İlişkin Eleştiri ve Öneriler

Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı olan topluluk davasının, aynen naklinin doğurabileceği sakıncalar bulunmakla beraber, böyle bir geçişe ihtiyaç olup olmadığı hususu da tartışmalıdır¹²⁵. Kollektif hukuki himayenin medeni yargılama hukuku içerisinde

¹²² Konuralp'e göre, mevcut düzenlemelerin amaca uygun olarak yorumlanması ve en etkili şekilde kullanılması da çevre sorunlarının çözülmesinde büyük önem taşımaktadır. (Konuralp-Çevre s. 70).

¹²³ Detaylı açıklamalar için bkz. Konuralp-Çevre s. 73-76.

¹²⁴ Konuralp-Çevre s. 78.

¹²⁵ Gelişen dünyada kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik davalardan birisi olan grup davaları, hukuk sistemleri için gerekli olan davalardır. ... Tartışmalı olan husus bu tür davaların gerekli olup olmadığı değil, bu davaların şekli ve kapsamının ne olacağıdır. (Özbay s.57); Batı ülkeleri yargılama hukuklarının çoğunda kabul gören bu dava türü, Türk İdare Hukuku'nda İdare Mahkemelerimizin içtihatları ile, hayli zamandır yerleşmiş bulunmaktadır. (Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları (YÜHFD 2006/1, s. 161-183) s. 169).

ne oranda yer bulacağı ise, iki unsurun amaçlarının ne oranda bağdaştığı ile ilgili bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶.

Topluluk davalarının açılması ile sağlanacak yararlar kısaca sayılacak olursa, bu tür davalar ile küçük iddiaların bile dava edilebilir hale gelmesi ve toplu halde sunulan bu küçük iddialar hakkında tek bir hakimin hüküm vermesiyle hem kırtasiyeciliğin azalması hem de yargılamada kolaylık ve rahatlık sağlanması söz konusudur. Zira, topluluk davaları sayesinde oldukça karmaşık olan uyuşmazlıkların tek bir dava ile çözümlenmesi olanağı bulunur. Buna karşın yine tek bir dava ile ortaya çıkan taleplerin fazlalığı ve çeşitliliği nedeniyle görevli hakimin birden fazla maddi hukuk kuralını uygulamak durumunda kalmasının zorluğu, yine aynı nedenle yargılamada karmaşıklığın artması ve dava sürelerinin uzaması yüzünden topluluk davalarının mahkemelerin yükünü büyük ölçüde arttırdığı da öne sürülen sakıncalar arasındadır¹²⁷.

Topluluk davaları, dava sahiplerine maddi anlamda kolaylıklar sağlaması açısından da yararlı görülmektedir. Zira, dava sahiplerinin çokluğu, kendilerini temsil etmeleri için başvurabilecekleri deneyimli ve girişimci avukatlara ulaşmalarının önündeki maddi engelleri ortadan kaldırdığı gibi, yargılama giderleri bakımından da tasarruf olanağı yaratır¹²⁸. Bunun sonucu olarak, bu tür davaların artması ve avukatlar için alternatif bir piyasa oluşması da söz konusu olur. Ne var ki, topluluk davalarında başvurulabilecek deneyimli avukatların, iddia sahiplerinin çokluğu nedeniyle her biriyle teker teker ilgilenmesi mümkün olmadığından, avukat-müvekkil ilişkisinin zayıfladığı, böylelikle her bir iddia sahibinin direkt olarak şikayetlerini öne sürmesinin imkansızlaştığı da savunulmaktadır. Bununla birlikte bu alanda çalışan avukatların, nispeten az bir emekle ciddi miktarda ücret aldıkları, bu durumun ise avukatların hırslı davranarak, gereksiz olsa da bu tür davaların açılması konusunda iddia sahiplerini cesaretlendirerek, avukat imajını zedelediği de ileri sürülmüştür¹²⁹.

Son olarak, ortak menfaatlerin farklı kişilerce öne sürülen iddiaların bir araya getirilerek savunulmasını sağlayan topluluk davaları ile aynı konuya ilişkin tek bir karar oluşması ve birden çok kararın birbiriyle çelişerek karmaşıklığına neden olması da

¹²⁶ Deren Yıldırım-Kollektif s. 140

¹²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 290; Özbay s.40-41; Deren Yıldırım-Kollektif s. 144.

¹²⁸ Tıpkı yoksulların menfaatlerinde olduğu gibi, tüketiciler, çevreciler ve diğer grupların piyasa ekonomisi sisteminde kendi avukatlarını tutmaları çok güçtür. (Özbek- Adalet Erişim s. 910).

¹²⁹ Özbay s. 41-42.

engellenmiş olur¹³⁰. Ayrıca, bu tür davların uygulanması hukuki yarar kavramının daraltılması anlamına geldiğinden, hak arama özgürlüğünün de genişlemesi söz konusu olmaktadır¹³¹.

¹³⁰ Özbek-Gelişmeler s. 134; Özbay'ın görüşü, sakıncaları da bulunmasına rağmen, topluluk davalarının hukuk sistemleri için gerekli olduğu yönündedir. Zira, Özbay'a göre topluluk davaları, yararları sakıncalarından fazla olan bir kurumdur (Özbay s.43); Birbirine benzer davalara ayrı ayrı bakılmasının uzun zaman aldığını savunan Kuru'ya göre, birlikte dava açılması imkanının genişletilmesi gerekmektedir. (Kuru, Baki: Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler (İBD 1984/4-6, s. 166-185) s.180.

¹³¹ Özbek- Gelişmeler s. 134.

§ 6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A) Genel Olarak

Günümüzde, gittikçe karmaşıklaşan ekonomik ve sosyal hayat içerisinde, bireyler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar da katlanarak artmakta; fakat, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin başvurulabilecek geleneksel yollar, istenen sonuca hizmet etmekte yetersiz kalmaktadır¹³². Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (alternative dispute resolution-ADR), daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, geleneksel dava yolunun aşırı kullanımı sonucunda, meydana gelen adaletsizliklerin azaltılması düşüncesiyle ortaya çıkan, alternatif¹³³ usullerin geneline verilen addır. Devletin yargı fonksiyonunun tekel olmaktan çıkarılmaya çalışılmakta¹³⁴ olduğu günümüzde, müzakere, arabuluculuk (uzlaştırma)¹³⁵, tahkim gibi yollar, geleneksel yol olan mahkeme yolunun yerine, daha hızlı, basit, etkin ve daha az masraflı yollar olması amaçlanarak ortaya çıkmıştır. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, resmi olmayan yollardan çözmeye yöneldikleri bu usuller, “yargılama dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak tanımlanabilir¹³⁶.

Uyuşmazlık çözüm yolları, mahkeme aracılığı ile de yürütülür. Buna göre, HUMK m. 213’te hakime, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülebilmesi için yetki verilmiştir. Bundan başka, hukukumuzda, İİK m. 309/m-ü fıkralarında, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması; TİŞGLK m.58’de toplu hak uyuşmazlıklarının her aşamasında, tarafların anlaşarak uyuşmazlık konusunu özel hakeme

¹³² Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 701.

¹³³ Burada kullanılan “alternatif” sözcüğü, ADR çatısı altında ortaya çıkan barışçı çözüm yollarının geleneksel dava yoluna alternatif olduğu anlamına gelmemekte, fakat dava yolları ile birlikte, onların tamamlayıcısı olarak var olduğunu göstermek üzere kullanılmaktadır. “Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mevcut yargı sistemi ile rekabet içinde değildir; tam tersine, uyuşmazlık çözümü için öngörülen bütün yöntemler içine ilave edilmiş bir dizi yöntemler topluluğudur. Yargı sisteminin mutlak egemenliğine hiçbir şey “alternatif” olamaz.” “ADR yollarının kabulüyle devlet yargısına “alternatif” bir yargı düzeninin oluşturulması değil, yargıya başvurma yolunu kapatmayan çeşitli hukuki çözüm arayışlarının ve ikna yöntemlerinin önünün açılması amaçlanır.” (Tartışmalar için bkz. Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Ankara 2009, s. 134-144); Biçkin İnci: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (HPD 2006/7, s. 34-45) s. 35.

¹³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.51.

¹³⁵ Doktrinde ve uluslar arası metinlerde aynı anlamda ve birbiri yerine kullanılabilen iki sözcük olan “arabuluculuk” ve “uzlaştırma”, uygulamada da farksız hale gelmiştir. (Özbek-ADR s.153).

¹³⁶ Özbek-ADR s. 128; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 701.

götürebilecekleri; TKHK m. 22’de tüketici sorunları hakem heyetinin oluşturulacağı şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir¹³⁷.

Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en iyi bilineni tahkimdir ve HUMK m. 516-536 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkim, bir uyuşmazlığın, özel kişiler olan hakemler eliyle çözülmesidir ve bir diğer adı da hakem mahkemesidir. Tahkim ihtiyari ve zorunlu olmak üzere ikiye ayrılır. HUMK çerçevesinde düzenlenmiş olan tahkim ihtiyari olup, tarafların anlaşmaları sonucu başvuru olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Zorunlu tahkim ise, tarafların, genel yetkili mahkemelerde dava açmalarına engel teşkil eder ve özel kanun hükümleri ile düzenleme altına alınmıştır¹³⁸. Sözleşmeye dayanan ihtiyari tahkim, tahkim ve hakem sözleşmesi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari tahkime ise, TİSGLK m. 58/1; Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu m.34; Odalar Birliği Kanunu m.5; Kooperatifler Kanunu m. 95 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.22/4’te yer verilmiştir¹³⁹.

Günümüzde, özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde, şirketler veya kamu kurum ve kuruluşları tarafından daha sıkça faydalanılan tahkim yolu, adalete erişimin öznesi olan adalet hizmetlerinden faydalanmak isteyen vatandaşlarca, uyuşmazlıkların çözümünde daha az sıklıkla tercih edilmektedir. Kanımca bunun nedeni, tahkimin geleneksel dava yoluna olan benzerliği nedeniyle, adalete erişim bakımından, adalet hizmetlerinden faydalanmak isteyenlerin önündeki engellerin hemen hemen aynı olmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk (uzlaştırma) yoluna daha fazla ağırlık verilmiştir. Uyuşmazlıkların, daha hızlı, basit ve daha az masrafla çözümünü amaçlayan bir diğer alternatif uyuşmazlık çözümü uzlaştırmadır¹⁴⁰. Çalışmamızın bu bölümünden itibaren, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kastedilen uzlaştırmadır.

¹³⁷ Biçkin s. 35; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 709.

¹³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 701; Biçkin s. 34; Kuru-Usul 6 s. 5875-5876. Ayrıca mecburi tahkim hallerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. s. 5876 vd.; Üstündağ-Yargılama 933 vd.

¹³⁹ Kuru-Usul 6 s. 5920-5928.

¹⁴⁰ Uyuşmazlıkların hızlı, kolay ve en az masrafla çözümünü öngören alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, bir bakıma yaygın olarak kullanılan tahkim yargılamasına da alternatif olarak görülmektedir. (Biçkin s. 35).

B) Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Kapsamı

ADR'nin kullanımının mümkün olduğu her durumda, geleneksel dava yolunun tercih edilmesinin de mümkün olmasına karşın, bunun tersi kabul edilmemiş ve ADR, dava yoluna göre daha sınırlı olacak şekilde düzenlenmiştir¹⁴¹. Buna göre, HUMK'nun tahkimi düzenleyen sekizinci babının, 518. maddesinde, “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.*” denilmekte ve ADR için genel bir kurala yer verilmektedir¹⁴². Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde de, ancak “ *tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla*” uzlaşmaya başvurabilecekleri belirtilmiştir¹⁴³. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda ise, “*yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında*” arabuluculuğun uygulanabileceğini belirtmekte ve hem iç hem de yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar üzerinde benzer bir düzenlemeye yer vermektedir¹⁴⁴.

C) Türk Hukukundaki Düzenlemeler

I- Avukatlık Kanunu

Avukatlık Kanunu, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir düzenleme getirerek, avukatlara müzakere usulünü kullanma ve uygun hallerde arabuluculuğa başvurma imkanı sağlamıştır¹⁴⁵. Böylece, “uzlaştırıcı avukatlık” kurumu, ya da bir başka deyişle, “avukatın uzlaşma yetkisi” güçlendirilmeye çalışılmıştır¹⁴⁶. Avukatlık Kanunu'nda ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde, müzakere usulü düzenlenmiş ve avukatlara

¹⁴¹ Özbek-ADR s. 638.

¹⁴² Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER 2005/2, s. 353-369) s.362; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 676.

¹⁴³ Ayrıca HMK Tasarısı'nın on birinci kısmında düzenlenen tahkimin, “Tahkime Elverişlilik” başlıklı 412. Maddesinde iki tarafında iradesine bağlı olmayan işlere taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar da eklenerek bunların tahkim yoluyla çözülemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu eklemenin ise gerekçede “Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. Maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel olarak” yapıldığı ifade edilmiştir.; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 677.

¹⁴⁴ Bununla birlikte Özbek'e göre arabuluculuğa başvurulabilecek uyuşmazlıklar belirlenirken tahkime kıyasla daha geniş bir yorum yapılmalıdır. Zira arabuluculuk tahkim gibi dava yolunu kapatmaz ve tahkimden oldukça farklı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. (Özbek-ADR s. 805).

¹⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 708.

¹⁴⁶ Sungurtekin s. 353; Özbek-ADR s. 736.

müzakere süreci boyunca aktif bir rol sağlanarak, arabulucu gibi davranma imkânı tanınmıştır¹⁴⁷.

Av. K.'nin 35/A maddesinde, “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.” denilmektedir. Uzlaşmanın sağlanması halinde ise, uzlaşma sağlanan hususları, uzlaşmanın sağlandığı yer ve zaman ile, uzlaşma ile taraflara yüklenen edimleri içeren bir tutanağın, hem avukatlar hem de müvekkilleri tarafından imzalanması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁸. Taraflarca hazırlanan bu tutanaklar, ilam niteliğindedir¹⁴⁹. Bununla birlikte, uzlaşma tutanağı kesin hüküm teşkil etmediğinden, tutanağa karşı kanun yollarına başvurulması mümkün değildir.

Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış ise, henüz duruşma başlamadan önce, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Bu nedenle, uyuşmazlık üzerinde duruşma başladıktan sonra uzlaşılması, mahkeme içi sulh¹⁵⁰ olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵¹. Böylece, getirilen düzenlemeler ile uyuşmazlıkların yargının inceleme alanına girmeden çözümlenmesi, çözümlenemez ise de bu noktadan sonra işin yargıya bırakılması hedeflenmektedir. Uzlaşmaya başvurulmasına ilişkin getirilen bu zaman kısıtlaması doktrinde eleştirilmekte ve davanın her aşamasında tarafların uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmelerinin gerekliliği vurgulanmaktadır¹⁵².

Av. K.'nda yer verilen düzenlemeler çerçevesinde, uzlaşma teklifi, avukatlar tarafından müvekkillerinin muvafakati alınarak yapılır¹⁵³ ve uzlaşma teklifi, şekil şartına

¹⁴⁷ Özbek-ADR s. 735; Sungurtekin s. 357.

¹⁴⁸ Özbek'e göre bu düzenlemenin eksik olan kısmı, müvekkil ve avukatların müzakerelere birlikte katılmalarının değil, sadece tutanağı birlikte imzalamalarının şart olduğunun belirtilmesidir. (Özbek-ADR s. 744).

¹⁴⁹ *Bu tutanaklar 09.09.1932 tarihli ve 2004 sayılı icra ve iflas Kanunu'nun 38. maddesinin ikinci fıkrası anlamında ilam niteliğindedir.* Av. K. m. 35/A.

¹⁵⁰ Mahkeme içi sulh HUMK m. 151/5'te (HMK Tasarısı m. 158'de) düzenlenmiştir ve HMK Tasarısının “Sulh” başlıklı 317. Maddesinde HUMK'nda bulunmayan sulh sözleşmesi tanımına yer verilmiştir. Buna göre “ Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” Gereğede de mahkeme dışı sulh sözleşmesinin kural olarak bir maddi hukuk işlemi olduğu ve borçlar hukukunun konusu içine girdiği belirtilerek, söz konusu madde kapsamında sadece mahkeme içi sulhün düzenlendiği ifade edilmiştir.

¹⁵¹ Sungurtekin s. 362.

¹⁵² Özbek-ADR s. 737.

¹⁵³ Avukatın vekaletnamesinde sulh yapılabilmesi için gerekli olan özel yetkinin bulunması gerekirken, uzlaşma için buna gerek yoktur. Zira uzlaşma sonrasında imzalanacak tutanak hem avukatlar hem de müvekkilleri tarafından imzalanır. (Özbek-ADR s. 738).

bağlı kılınmamıştır. Uzlaşma teklifine karşı taraftan olumlu yanıt vermesi halinde, Av. K. Yön.'nin 16. maddesi çerçevesinde, uzlaşma teklifinde bulunan avukatın, müzakerelerin gerçekleşeceği yeri ve zamanı diğer tarafa bildirmesi gerekir. Yönetmelik ile getirilen gizlilik şartına göre, uzlaşma müzakerelerine sadece avukatlar ve müvekkilleri katılabilirken¹⁵⁴, müzakereler boyunca taraflarca ortaya konan beyanlar, uzlaşma konusuyla ilgili olarak, açılmış veya açılacak olan davalarda delil olarak kullanılamaz ve bu beyanlar taraflarca ya da avukatlarınca açıklanamaz. (Av. K. Yön. m.16/4 ve 5.)

Müzakereler sona erdikten sonra anlaşmaya varılması halinde, daha öncede belirtildiği üzere, Av. K.'na göre uzlaşma konusunu, yerini, tarihini ve tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken edimleri içeren bir uzlaşma tutanağı hazırlanır¹⁵⁵. Hazırlanan bu belge, İİK'nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğindedir¹⁵⁶ ve tutanağın ilamlı icra takibine konulabilmesi için, HUMK m. 338 esas alınarak hazırlanması ve Av. K. Yön.'nin 17. maddesinde sayılan bütün bilgileri içermesi gerekmektedir¹⁵⁷. Uzlaşma tutanağının hem taraflar hem de avukatlarınca imzalanması gerektiğine ilişkin düzenleme, yargılama hukukumuzda, avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu istisnai düzenlemelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, HUMK m. 59'da belirtildiği üzere, “ *Dava ikamesine ehil olan her şahıs, davasını bizzat veyahut intihap edeceği vekil vasıtasıyla ikame ve takip*

¹⁵⁴ Bu durum aksi kararlaştırılırsa değişebilir, müzakerelere tanık, bilirkişi veya izleyicinin katılması üzerinde ortak karar alınabilir. (Özbek-ADR s. 738).

¹⁵⁵ Özbek'e göre uzlaşma tutanağının, özünü tarafların iradeleri oluşturur ve bu belge yargı yolunu kapatmaz, sadece dava açılmasını gereksiz kılar. Bu nedenle, uzlaşma tutanağının Borçlar Hukuku'na göre bir özel hukuk akdi olarak görülmesi gerekir. Tartışmalar için bkz.(Özbek-ADR s. 739-741).

¹⁵⁶ İcra İflas Kanunu'nun İlam Mahiyetini Haiz Belgeler başlıklı 38. maddesine göre, “ *Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir.*” Bununla birlikte uzlaşma tutanakları sadece icra edilebilirlik yönünden aynı hukuki rejime tabi tutulmuş olduğundan, bu belgelerin içerik itibarıyla cebri icraya elverişli olması gerekir.(Özbek-ADR s.738).

¹⁵⁷ **a.** Müzakerelere katılan avukatların adı, soyadı, adres ve bağlı oldukları baro sicil numaraları,

b. Tutanağın düzenlendiği yer ve tarih,

c. Tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin, tercüman, tanık ve bilirkişilerin kimlik ve ikametgahları; alacaklı taraf yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye'de göstereceği ikametgahı,

d. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa ve öz bir şekilde anlatılması ve uzlaşmanın konusu,

e. Uzlaşma sonunda varılan anlaşma,

f. Uzlaşma müzakerelerine katılan tarafların ve avukatların imzaları.

Uzlaşma sonucu kısmında, uyuşmazlığın ne şekilde çözüldüğünün, uzlaşma giderlerinin, uzlaşma dava açıldıktan sonra yapılmışsa, yargılama harç ve giderlerinin paylaşılma şeklinin, tarafların talep sonuçlarından her biri hakkında verilen karar ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Av. K. Yön.'nin 27. Maddesinde düzenlenen bu unsurların iki nüsha halinde hazırlanıp imzalanacak olan uzlaşma tutanağında eksik kalması halinde ise icra talebi reddedilme ya da İİK m. 16'da düzenlenen süresiz şikayet yoluyla iptal edilebilir. (Özbek-ADR s. 741).

edebilir.” Görülmektedir ki, yargılama hukukumuzda, davada avukatla temsil, tarafların iradelerine bırakılmıştır¹⁵⁸.

Sonuç olarak, Avukatlık Kanunu ile, hukukumuzda ilk defa açıkça düzenlenen uzlaştırıcı avukatlığın, hukukumuzda dahil edilmesi, hakların yerine getirilmesinde, geleneksel usullere göre kolaylık sağlaması ve usul ekonomisine katkıda bulunması bakımından oldukça olumlu bir gelişmedir. Buna karşın, mevcut sistemde, hem Kanun ve Yönetmelikler ile uzlaşmaya ilişkin yapılan düzenlemeler, hem de bu yeni düzenlemeleri uygulamaya geçirecek avukatlar bakımından eksiklikler bulunmaktadır. Bu eksikliklerin giderilmesi bakımından sunulabilecek önerilerden bazıları şunlardır: Adi senet hükmünde olan uzlaşma tutanağının ispat gücünün artırılması bakımından resmi senet hükmünde olması yönünde değişiklik yapılması; Av. K. Yön.’nin 16/4. maddesinde düzenlenen gizlilik şartına Kanun’da yer verilerek, konuyla ilgili şüphe ve çekingenliğin ortadan kaldırılmasının sağlanmasına katkıda bulunulması; tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurması ile uyuşmazlık konusu hak ve alacaklara ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durmasına ilişkin düzenlemenin yapılmasıdır¹⁵⁹. Ayrıca son olarak, uzlaşma kurumundan azami yararın sağlanabilmesi için avukatların bu süreci başarıyla ve tarafsızlık içinde, çözüme yönelik yaklaşımlarla sürdürmeleri büyük önem taşımaktadır¹⁶⁰

II- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı

1) Genel Olarak

Ülkemizde, arabuluculuğun yerleşmesine yönelik diğer bir çalışma, arabuluculuk faaliyetlerini bir kanun çatısı altında, detaylı biçimde düzenleme atlına alınmasıdır. Henüz tasarı biçiminde bulunan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı (HUAKT) çerçevesinde, uyuşmazlığın taraflarının alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sevk edilmesi, adalete erişimin güçlendirilmesi ve mahkemelerin yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Tasarının ikinci maddesinde, arabulucu ve arabuluculuk kavramlarının tanımlarına yer verilmiştir. Buna göre arabulucu, “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi*”,

¹⁵⁸ Sungurtekin s. 360; Ayrıca Av. K.’nin 35/3. maddesinde de “*Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.*” denilmiştir.

¹⁵⁹ Sungurtekin s.358; Özbek-ADR s. 750.

¹⁶⁰ Sungurtekin s. 363.

arabuluculuk ise “ *Sistematik 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 yöntemini*” ifade etmektedir. (HUAKT, m.2/a ve b)

Yukarıda belirtilen tanımlardan yola çıkıldığında, arabulucunun en önemli özellikleri, gerekli eğitimi almış ve Arabulucular Siciline kayıtlı, tarafsız, bağımsız ve çözümlerini kendilerinin üretmesi için tarafları bir araya getiren bir üçüncü kişi olmasıdır. Arabuluculuk ise, temelde bu kişi tarafından yürütülen, taraflar için ihtiyari olan uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Kanun çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti sonucunda, her ne kadar tarafların kendi kararlarını kendilerinin vermesi amaçlanmakta ise de, arabulucunun bu süreç içerisinde çok önemli bir rolü bulunmaktadır. Zira, sürecin başarılı bir biçimde sonuçlanması ve tarafların uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceği konusunda anlaşarak masadan kalkabilmesi, büyük ölçüde tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun, her ne kadar taraflar yerine karar veremeyecek, taraflara çözümleri dayatamayacak ya da onları çözüm bulma konusunda zorlayamayacak da olsa, iki tarafın da menfaati doğrultusunda gönüllü bir çözüm yolu üzerinde uzlaşmaya varmalarını sağlamak üzere yapacağı yönlendirmelerdeki başarısı ile doğru orantılı olacaktır¹⁶¹. Bu nedenle, arabulucu hakkında yapılan düzenlemelere, Av K.’nda da geniş ve detaylı bir biçimde yer verilmiştir.

HUAKT’nın ikinci bölümünde arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler düzenlenmiştir. Bunlar, iradi olma ve eşitlik (HUAKT m.3), gizlilik (HUAKT m.4) ve beyan ve belgelerin kullanılmaması (HUAKT m.5) dır. Kanımca bu düzenlemeler arasında en önemli yeri iradi olma ve eşitlik ilkesi tutmaktadır. Tasarının 3. maddesinin gerekçesinde, her şeyden önce arabuluculuk vasıtasıyla anlaşmaya varılması için tarafların herhangi bir aşamada zorlanmasının, kullanılacak alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun niteliğine tamamen aykırı olduğu ve bu şekilde hem sürecin başarısız olacağı hem de süreç sonunda varılan

¹⁶¹Özbek-ADR s.803.; Ayrıca HUAKT’nın 2. Maddesinin gerekçesinde “*Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur.*” demek suretiyle arabulucunun süreç içerisindeki rolü netleştirilmiştir.

anlaşmanın kalıcı nitelikte olmayacağına dikkat çekilerek, “*Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi*”nin gerekliliği üzerine vurgu yapılmıştır. Gerekçenin devamında ise, eşitliğin anayasal temellerine değinilerek, arabuluculuğa ilişkin olarak, “*Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir.*” denilmektedir.

Tasarı ile düzenlenen bir diğer ilke olan gizlilik ise genel kural olup, tasarıda beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkesine, bu genel kural ile bağlantılı olarak ve daha özel bir durumda taraflar arasında önceden kararlaştırılmamış olsa dahi söz konusu ilkenin nasıl uygulanacağını açıklığa kavuşturulması için yer verilmiştir¹⁶².

2) *Kanunu Uygulanması*

HUAKT'nın 13. maddesine göre, Av. K.'nda düzenlenen uzlaşmadan farklı olarak taraflar dava başlamadan önce ve sonra¹⁶³ kendi iradeleri ile arabulucuya başvurmak üzere anlaşabilirler. Mahkemenin tarafları konuyla ilgili bilgilendirip, teşvik etmesinin¹⁶⁴ yanında mahkemenin de bu yönde bir takdir yetkisi de bulunmaktadır¹⁶⁵. Arabulucu ise, başkaca bir usul belirlenmemişse, taraflarca seçilir (HUAKT m.14). Arabuluculuk sürecinin başlamasına ilişkin süreler, Tasarı'nın 16. maddesinin birinci paragrafında düzenlenirken, ikinci paragrafta, sürecin sona ermesine kadar geçen sürenin, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Arabulucu seçildikten sonra tarafları en kısa zamanda ilk toplantıya davet etmelidir. (HUAKT m.15/1.) Arabuluculuk faaliyeti, tarafların serbestçe kararlaştıracığı konular üzerinde kararlaştırdıkları şekilde, kararlaştırmadıkları konular üzerinde ise, arabulucunun takdir yetkisi dahilinde yürütülür. Bununla birlikte, arabulucu, sadece hakim tarafından

¹⁶² Nitekim, HUAKT'nın 4/(b) maddesinde, “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresine yer verilmiş ve taraflara gizlilik ve sunulabilecek beyan ve belgeler konusunda da anlaşma imkanı tanınmıştır.

¹⁶³ HMKT bu konuda yeni bir düzenlemeye yer vererek, “ön inceleme” adıyla daha önce olmayan bir yargılama aşaması daha getirmektedir (HMKT m.142-147). Buna göre, dava şartları ve ilk itirazların karar bağlaması için düzenlenen söz konusu aşamada, bu bilgilere ilişkin inceleme sona erip, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra mahkemenin tahkikata başlamadan önce, taraflar arasındaki uyuşmazlık konularının açıklığa kavuşması için bir “ön inceleme duruşması” yapılır. HMTK m.145/2'ye göre, “*Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hakim tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder.*” denilmektedir. (Detaylı bilgi için bkz. Özbek-ADR s.806-808).

¹⁶⁴ Özbek, bu aşamada tarafların hakim tarafından teşvik edilmesinin, onların öncelikle “arabuluculuğun amaçları, faydaları, sunduğu güvenceler ve sonuçları konusunda bilgilendirilmesi” anlamına gelmesi gerektiğini ve böylece hem bu noktada hem de sonrasında oluşacak “aydınlatılmış irade” ile verilen kararların arabuluculuğun başarısının temelini oluşturacağını belirtmektedir. (Özbek-ADR s. 806).

¹⁶⁵ Özbek-ADR s.807.

yapılabilecek işlemleri bizzat yapamaz (HUAKT m.15/4.). Arabuluculuk seanslarına tarafların bizzat katılması ise, tasarı ile zorunlu tutulmuştur (HUAKT m.15/6).

Arabuluculuğun sona ermesi, Tasarı'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk faaliyetinin sonunda, arabulucu, taraflar ve avukatlarınca imzalanan tutanak veya anlaşma sağlanması halinde 'anlaşma belgesi', genel olarak taraflarca üzerinde anlaşmaya varılan ya da varılmayan hususlar ile sürecin sonucunu içerir. Bununla beraber, hazırlanan belgede tarafların menfaatlerine göre, nelerin yazılacağı da yine taraflarca belirlenir (HUAKT m.17/3). Tasarı'da sayılan dört sona erme hali, tarafların anlaşmaya varması; taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi; taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesidir (HUAKT m.17/1).

Taraflar, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varırlarsa¹⁶⁶, anlaşma belgesini yetkili icra mahkemesine sunarak, icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep ederler. Böylece anlaşma belgesi, ilam niteliği kazanır. (HUAKT m.18/2).

3) Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki en önemli düzenlemelerden bazıları, bütün süreci yönetmekle görevlendirilen arabulucuya ilişkin olanlardır. Buna göre, Tasarı'nın üçüncü bölümünde, arabulucunun hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir (HUAKT m.6-12). Arabulucunun hakları, unvanın kullanılması ile ücret ve masrafların istenmesi iken, yükümlülükleri ise taraflarla görüşme ve iletişim kurma, görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi, reklam yasağı, tarafların aydınlatılması ve aidat ödenmesi olarak sayılmıştır. Bununla birlikte, Tasarı'nın beşinci bölümünde, arabulucular sicili ile ilgili düzenlemelere yer verilirken, arabuluculuk yetkilerini haiz olabilmek için, bir kişinin arabulucular siciline kayıtlı olması gerektiği belirtilmiş ve bunun için gerekli şartlar sayılmıştır¹⁶⁷. Son olarak altıncı bölümde, Eğitim ve Eğitim Kuruluşları başlığı altında arabuluculuk eğitimine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Bu anlaşma taraflar ve avukatları tarafından imzalanmış ise, belge, Av. K. m. 35/A çerçevesinde zaten ilam niteliğindedir ve icra mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin verilmesine talep edilmesine gerek kalmaz. (Özbek-ADR s. 819).

¹⁶⁷ Düzenleme şu şekildedir:

Arabulucular siciline kayıt şartları

III- Diğer Düzenlemeler

Ülkemizde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanıldığı diğer başlıca alanlar, aile hukuku, iş hukuku, tüketici hukukudur. Aile mahkemesi hakimi gerektiğinde bizzat ya da atayacağı uzmanlar eliyle tarafları uzlaştırabilir¹⁶⁹. Benzer bir düzenleme Medeni Kanun'un 195. maddesinde de bulunmaktadır. Söz konusu madde ile de hakim, eşlerden birinin veya her ikisinin de başvurusu üzerine evlilik birliğinin korunması için alınacak tedbirlerden biri olarak, tarafları uzlaştırmaya çalışabilir (MK m.195/2).

İş uyuşmazlıklarında kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına bakıldığında, bu alanın işçi-işveren ilişkilerinin doğası gereği, ADR'ye en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri olduğu görülmektedir. Bireysel menfaat uyuşmazlıklarında ise, konuya ilişkin bir düzenleme bulunmama ile beraber, istek halinde arabuluculuğa başvurulması söz konusu olabilir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda düzenlenen toplu hak uyuşmazlıklarında da bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen taraflar isterlerse arabuluculuk yoluna başvurabilirler¹⁷⁰.

Son olarak toplu menfaat uyuşmazlıklarında öncelikle arabuluculuk yoluna gidilmesi zorunlu tutulmuş, daha sonrasında ise grev ve lokavt hakkı ile zorunlu hakeme başvurma hakkı arasında seçim yapılması düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinde Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve tüketici mahkemelerinin yanında

MADDE 20-(2) Arabuluculuk siciline kaydedilebilmek için;

- a) Türk vatandaşı olmak,
- b) Dört yıllık lisans eğitimi almış olmak,
- c) Tam ehliyetli olmak,
- ç) Taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak,
- d) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir.

¹⁶⁸ Tasarının genel gerekçesinde arabulucu ile ilgili düzenlemelerin önemi belirtilirken, “Süreç içerisinde üstlenmiş olduğu görevin özel önemi ve ağırlığı gözetilerek arabulucunun seçimi, nitelikleri, hak ve yükümlülükleri ile ilgili olarak özel hükümler sevk edilmiştir. Aynı amaçla, arabulucuların bir sicile kaydedilmesi, denetlenmesi ve gerektiğinde sicilden silinmesine yer verilmiştir.”denilmiştir.

¹⁶⁹ Burada yargısal arabuluculuk düzenlenmektedir. (Özbek-ADR s. 656).

¹⁷⁰ Özbek'e göre, TİSGLK'nun toplu hak uyuşmazlıklarının özel hakem yoluyla çözümüne izin vermesi, bu uyuşmazlıkların gönüllülük esasına dayanan diğer ADR yollarıyla ve özellikle de arabuluculukla çözülmesi evleviyetle mümkündür. (Özbek-ADR s. 676).

yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan “zorunlu tahkim yolu” şeklinde düzenlenmiştir¹⁷¹.

¹⁷¹ Her ne kadar, TKHK'nun 22/5. maddesinde “ *Değeri beşyüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur.*”denilerek gönüllülük ilkesine aykırılık teşkil etse de uygulamada yararlı olduğu savunulmaktadır. (Özbek-ADR s. 711).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADALETE ERİŞİM REFORMLARI

§ 7. ADALETE ERİŞİM REFORMLARININ KAPSAMI VE NİTELİĞİ

Adalete erişime ilişkin atılacak adımlar ve yapılacak reformların¹ gerekliliği, tartışılmayacak bir husustur. Konuya dair araştırma, çalışma ve reform hareketlerinin başlamasının yanında, zamana yayılarak, kararlılıkla sürdürülmesi de çok büyük önem taşımaktadır².

Kapsamlı bir adalete erişim stratejisi belirlenirken, iki konunun dikkate alınması gerekmektedir. Adalet erişimin geliştirilmesine ilişkin çalışmalar ve yapılacak reformlar, adalete erişimin öznesi, diğer bir deyişle hedef aldığı kitle ve konusunu oluşturan diğer kurumlara yönelik³, çok boyutlu ve çoğunlukçu bir yaklaşımla düzenlenmelidir⁴. Ayrıca, reformların toplumsal gerçeklerden yola çıkılarak yapılması hayati bir önem taşımaktadır. Bu noktada, diğer ülkelerden alınacak usul ve yöntemlerin, birebir hukukumuzda katılması beklenen yararı sağlamayacağı gibi, zaman kaybına neden olacaktır. Reformların zaman

A) Çok Boyutlu ve Çoğunlukçu Yaklaşım

Adalete erişim, çok boyutlu ve pek çok yüzü olan bir kavramdır. Bütün vatandaşların durumu aynı olmadığı gibi, uyumsuzluğun tarafı olan her vatandaşın hukuki gereksinimleri de farklılık göstermektedir. Bu nedenle, adalete erişim sorunları, tek boyutlu yaklaşımlarla giderilemez. Bu noktada, adalete erişim reformlarının, adalete erişimin öznesine ilişkin çok boyutlu çözümlerle desteklenmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

¹ Yılmaz'a göre, adalet reformu yerine adaletin iyileştirilmesi deyiminin kullanılması daha yerinde olacaktır. (Yılmaz-İşleyen Adalet s. 479).

² Cappelletti/Garth s.23.

³ Bkz. yuk. § 1. B, I.

⁴ McDonald s.24.

İstisnasız her bireyin adalete erişiminin sağlanmasına yönelik çok boyutlu çözümler sunulması, öncelikle, toplumda adalet hizmetlerinden yararlanan vatandaşların, ne gibi sorunlarla karşılaştığının belirlenmesini gerektirmektedir. Zira, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşların, aynı anda pek çok sorunlar karşılaşmaları mümkündür. Örnek olarak, belli bir konuda haksızlığa uğradığını düşünen ve hukuki çareler arayan; fakat, bu konuda bilgi eksikliği yaşamasına ek olarak, ekonomik bakımdan da yeterli imkanlara sahip olmayan bir kişinin, aynı zamanda zaten sağlık durumunun adalet hizmeti veren kurumlara gidip gelmek için yeteri kadar iyi olmamasının yanında, dava açtığında karşı tarafın kendisine zarar verebileceğinden korkması nedeniyle, adalete erişiminin gerçekleşmemesi söz konusu olabilir. Böylece, adalete erişiminin önünde engeller bulunan bireylerin, bu engellerinin ortadan kaldırılması için gereksinim duyulan usul ve yöntemler ortaya konulmalı ve yargılama hukukumuzdaki yerini almalıdır.

Adalete erişim stratejisinin çok boyutlu olması gerektiği savı, ortaya çıkan her türlü problemin ayrı bir çözümü olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Zira, herkesin kendine özgü yollardan adalete erişimine ilişkin en uygun çözümün bulunması için, önceden belirlenebilecek bir formülün tespiti imkânsızdır. Bu nedenle, adalete erişimin gelişmesini sağlayacak çok boyutlu bir stratejinin, mevcut uyuşmazlıklarının çözümü için adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşlara, içinden kendisine en uygun olana kendisinin karar vererek seçebileceği bir menü sunulması daha ulaşılabilir bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır⁵.

Adalete erişimin güçlendirilmesine ilişkin çalışmalardan çıkarılan bir diğer ders ise çalışmaların öznesinin belirlenmesinde yaşanan zorluktur⁶. Adalete erişim reformları, her şeyden önce, adalet hizmetinden yararlananlar açısından sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte, adalete erişime yönelik reform hareketlerinin kanun koyucu, uygulayıcı ve öğretici kurumların hepsine birden hitap etmesinin önemi de giderek daha iyi anlaşılmaktadır. Zira, yapılan reformlar, adalet mekanizmasının içinde bulunan herkes için geçerli olan iyileştirmelerdir ve herkes için kolaylık sağlanması anlamına gelir. Bununla birlikte, adalete erişim reformlarının, sadece yürürlükteki hukuk ile kanun koyucu, mahkemeler,

⁵ Adalete erişim sorunları, şehirde yaşayan kişiler ve kırsal kesimde yaşayan kişiler arasında farklılık gösterebildiği gibi (coğrafi alan bakımından), cinsiyet, yaş, iş durumu ve eğitim gibi sosyo-demografik verilere göre de değişmektedir. (McDonald s.25).

⁶ Elveriş'e göre, adalete erişimin odağında, öznesinde vatandaş vardır. Yani, adalete erişim sorunlarından bahsederken , avukattan, yargıçtan, savcıdan önce vatandaşın erişiminden, vatandaşın sorunlarından bahsedilmektedir. (Elveriş-Sempozyum s. 29).

kamu kurumları ve hukuk eğitimi veren kurumlar ile sınırlandırılması da yeterli görünmemektedir. Şüphesiz, devlet tarafından kanun koyucu, uygulayıcı ve yorumlayıcı kurumlara erişimi sağlayacak vasıtaların sağlanmasının önemi göz ardı edilemez. Fakat modern toplumlarda devlet kurumları dışında hukukun diğer pek çok alanlarda etkisi bulunmaktadır. Sivil Toplum Kuruluşları (STK) gibi devlete bağlı olmayan pek çok kurum tarafından hukuk kurallarının yapılması ve uygulanması söz konusudur⁷.

Adalet erişim çalışmaları ve reformlarına çoğunlukçu bir anlayışıyla yaklaşılması, toplumun sadece kamu kuruluşları ile uyguladıkları temel hukuka itibar etmek ve bu kuruluşlara eşit erişimin sağlanması anlamına gelmemekte, aynı zamanda hâlihazırda kamusal alan içine düşmeyen fakat toplum “baskı grupları” oluşturarak adalet erişime katkı sağlayabilecek diğer aktörlerin de hesaba katılmasını gerektirmektedir⁸.

B) Gerçekçi Yaklaşımlar ve Reformlarda Düzen

Adalet erişim reformları bakımından önem taşıyan bir diğer konu da, belli bir ülkenin adalet hizmetleri ve vatandaşların adalet erişim sorunlarının çözümünde, o ülkenin ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde gerçekçi yaklaşımlar sergilemektir. Zira, adalet erişim reformlarının başarısı, hangi hedeflerin gerçekçi olduğu ve hangilerinin öncelikli olacağı belirlenmesi ile söz konusu hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için hangi problemlere odaklanılması gerektiği ve adalet erişimin önündeki engellerin kaldırılmasına katkı sağlayabilecek yolların saptanmasına bağlıdır⁹.

Adalet erişim çalışmalarına nereden başlanacağı ve atılabilecek adımlar bakımından karar verebilmek için göz önüne alınması gereken en önemli konular, bu iş için sağlanabilecek kaynaklar ve zaman sınıridir. Bazı engeller diğerlerinden daha kolay aşılabilir; fakat oldukça yüksek meblağlarda parasal kaynak gerekebilir, adli yardımda

⁷ Mcdonald s.25.

⁸ Özay’a göre, gerçek demokrasiye “çoğulcu” sıfatını eklediğimiz zaman, “milli irade”nin sadece sandığa giderek Yasama Meclisinde oluştuğundan bahsetmek yetersiz bir nitelemedir. Çoğulcu demokrasilerde, “*çağdaş toplum içinde yer alan meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kurumları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıflar*” da en az siyasi partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. (Özay s.10); Mcdonald s.26; Van De Mene/ Van Rooij s.19.

⁹ Van De Mene/ Van Rooij s.21; Örneğin Yılmaz, adalet hizmetlerinin iyileştirilmesine ilişkin önerilerinde, kısa, orta ve uzun vadede yapılması gerekenleri sıralamış ve bir plana oturtmuştur. (Ayrıntılar için bkz. Yılmaz-Hukuk s.76); Pekcanitez’e göre, mahkemelerin iş yükünün aşırı artmasına neden olan sebepler iyi araştırılmalı ve hepsi ortaya konmaya çalışılmalıdır. (Pekcanitez’in konuya ilişkin sıralamaları için bkz. Pekcanitez- Yargı Reformu s. 108-109).

olduğu gibi. Mahkemelerin taraflılığı ya da kültürden doğan dava yolu ile adalet arayışı seçildiğinde lekelenme korkusu gibi bazı konular ise ancak daha karmaşık ve farklılaşmış, uzun soluklu yaklaşımlar ile çözülebilmektedir. Reform programlarının başarıya ulaşması, konuların içeriklerine sıkı bir biçimde bağlı olarak değişiklik göstereceğinden, bulunabilecek tek yönlü bir çözümün, bütün sorunlara uygulanmasının istenen sonucu doğurabileceği şphelidir¹⁰.

C) Sonuç ve Etkilerin Hesaplanması

Adalet e rişim reformları sonucunda meydana gelecek sonuçların ve etkilerin hesaplanması büyük önem taşıtmaktadır. Zira, yapılanların ve harcanan emeğin karşılığında elde edilen yararın ölçülmesi, doğru yolda olup olunmadığını gösterir ve atılacak adımlara ışık tutar¹¹. Bununla birlikte, para, zaman veya ruhi bakımından adaletin maliyetini ve kalitesini hesaplamaya çalışan hukuk ve ekonomi alanındaki ğretim yeleri, pek çok zorlukla karşılaşmaktadır. Adalet e rişimin sonuç ve etkilerinin ölçülmesi için kullanılan ölçüm araçları, genellikle tam ve somut bilgiye ulaşılmasını sağlayamamakta ve belirtiler dışında çok fazla somut veri elde edilememektedir. Dahası söz konusu ölçümlerin yapılabilmesi büyük miktarda para ve zaman harcanması gereken bir konuya dnşmektedir¹². Ülkemizde adalet alanında tutulan istatistiki bilgiler, 1937 yılından itibaren, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından, “Adalet İstatistikleri” adıyla, kitap halinde yayımlanmaya başlanmıştır. Buna göre söz konusu yayınlar, adalet teşkilatı ve çalışmaları, hukuk mahkemeleri alışmaları, Yargıtay alışmaları ve mahkemelere gelen ve karara bağlanan davalar gibi sayısal bilgiler iermektedir¹³.

Sayısal verilerin (rneğin kaç kişinin mahkemelere müracaat ettiği) elde edilmesi zor olmamakla beraber, sonuçlara ilişkin olarak, kişilerin endişelerinin giderilip

¹⁰ Van De Mene/ Van Rooij s.22.

¹¹ Ne var ki, Yılmaz’a göre, ülkemizde yapılması gereken adalet iyileştirmelerini de gösteren, Devlet Planlama Teşkilatı tarafından hazırlanan, Beş Yıllık Kalkınma Planları, yıllar içinde aynı Őeyleri tekrarlar hale gelmiş ve bunları dikkate almayan yetkililer yüzünden işlevini yitirmiştir. (Yılmaz-İşleyen Adalet s. 481).

¹² Van De Mene/ Van Rooij s.22.

¹³ Ayrıca, son yıllarda yayımlanmamakla beraber, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün “Adalet İstatistikleri” kitabı, Cumhuriyetimizin 50. Yılında ıkarılan , “Adalet Bakanlığı, 50. Yıl” ve Devlet Planlama Teşkilatının yayımladığı eserler ile adalet hizmetleri hakkında çok değerli bilgiler içeren, her adli yılın başında Yargıtay Birinci Başkanlarını yaptıkları konuşma metinleri de göz önünde bulundurulmalıdır. (Yılmaz- İşleyen Adalet s. 479).

giderilemediğini veya eşitsizliklerin dengelenip dengelenemediğini aydınlatıcı verilere erişilememektedir. Bu durum ise yapılan çalışma, değişiklik ya da reformların, adalete erişim ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılması gereken en iyi yollar olup olmadığı konusunun belirlenememesi sonucunu doğurmaktadır¹⁴.

Adalet erişimin sonuçlarının ve etkilerinin hesaplanması bakımından büyük önem taşıyan çalışmalardan biri olan, Adalet Erişimin Ölçülmesi Projesi (*Measuring Access to Justice Project*)¹⁵,nin tamamlanması ile Lahey’de, 26-27 Nisan 2010 tarihinde gerçekleştirilen konferansta, adalete erişim ve hukuki güçlendirmenin ölçülmesine ilişkin yeni yöntemler sunulmuştur¹⁶. Adalet Erişimin Ölçülmesi Projesi’ne ilişkin çalışmaların sonucunda takdim edilen, Adalet Erişimin Maliyeti ve Kalitesinin Ölçülmesine İlişkin Rehber (*Handbook for Measuring the Cost and Quality of Access to Justice*)¹⁷ ile adalete giden yolların (*paths to justice*), pek çok çeşidi olmasının yanında, vatandaşların bu yollardan hangilerini, ne sebeple tercih ettiğini ve tercih edilen bu yolların tüketilmesi ile vatandaşların adalete erişiminin ne ölçüde başarılı olduğu ile adalet duygusu bakımından bıraktığı etkilerin hesaplanmasına ilişkin objektif yöntemler ortaya konulmuştur¹⁸. Rehber ile ileri sürülen yöntemler sayesinde, mevcut adalet mekanizmaları bakımından, vatandaşlarca ihtiyaç duyulan adaleti ne ölçüde sağlayabildiği ölçülebilmektedir¹⁹.

Adalet erişimin ölçülmesine ilişkin çalışmalar, öncelikle vatandaşların adalete erişim bakımından önem taşıyan sorular içeren bir ankete cevap vermesi ile başlamaktadır. Buna göre, ankette yer alan sorular, katılımcının adalete giden yollardan hangisini tercih

¹⁴ Van De Mene/ Van Rooij s.23.

¹⁵ Tilburg Üniversitesi, Utrecht Üniversitesi ve Hague Institute For the Internationalization of Law (HIIL) katkılarıyla gerçekleştirilen adalete erişimin ölçülmesi projesi kapsamında, adalete giden yolda, adalete erişimin maliyeti ve kalitesine ilişkin standart ölçüm yöntemlerinin bulunması amaçlanmaktadır. (Measuring Access to Justice in a Globalizing World. The Hague Model of Access to Justice, Interim Report, October 2008,

<http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/tisco/research/projects/access/documents/statusreport-07-10-23.pdf>); Measuring Access to Justice,

<http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/tisco/research/projects/access/>.

¹⁶ Lahey’de gerçekleştirilen uluslararası konferans, Hague Institute For the Internationalization of Law (HIIL) ve Tilburg Univeristy for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems (TISCO) tarafından birlikte düzenlenirken, United Nations Development Programme (UNDP), International Development Law Organization (IDLO) ve Open Society Justice Initiative ortaklığında gerçekleştirilmiştir. (New Methodology to Measure Access to Justice and Legal Empowerment,

<http://www.hiil.org/highlights/new-methodology-to-measure-access-to-justice-and-legal-empowerment/>)

¹⁷ Handbook for Measuring the Cost and Quality of Access to Justice, Antwerpen 2009,

http://www.measuringaccesstojustice.com/images/d/d2/Handbook_v1.pdf.

¹⁸ Handbook for Measuring the Cost and Quality of Access to Justice, s.12-13.

¹⁹ Handbook for Measuring the Cost and Quality of Access to Justice, s.15.

ederse etsin, hepsini kapsayacak şekilde, Şu üç konuyu temel almaktadır: Katılımcılar tarafından seçilen usul sonucunda katılan ortalama masraf nedir; Seçilen usulün kalitesine ilişkin katılımcının değerlendirmesi nedir; seçilen usul sonucunda elde edilen yarar katılımcı tarafından nasıl değerlendirilmektedir. Böylece, anket sonucunda elde edilmek istenen bilgiler, temelde, adalete giden yollar bakımından, masraflar ile seçilen usuller ve elde edilen sonucun kalitesidir²⁰.

Adalete erişimin ölçülmesinin, adalete giden yollara ilişkin bilgilerin toplanmasına bağlı olduğu gözlenmekle birlikte, bu bilgilerin sübjektif bilgiler olması ve katılımcıların her birinin farklı bakış açılarına sahip olması nedeniyle, güvenilirliğinin sorgulamaya açık olduğu görölmektedir. Elbette, adalete erişim gibi çok yönlü ve değişken yapılı bir değerin ölçülmesi, kolay değildir. Yapılan çalışmalar ve anketlerin, mümkün olduğunca fazla kişiye ulaşması ve toplumda var olan genel kanıyı yansıtacak biçimde, geniş kitlelerin düşüncelerine yer verebilmesi gerekir. Bu düşünceye paralel olarak, günümüzde, hem ölkemizde, hem de dünya genelinde, adalete erişimin etki ve sonuçlarının hesaplanmasına katkı sağlayacak bilgilerin toplanması ve anketlerin yapılmasına ilişkin çabalar, hızlanarak artmakta ve yapılan çalışmalar giderek daha geniş kitleleri kapsamaktadır.

²⁰ Handbook for Measuring the Cost and Quality of Access to Justice, s.17.

§ 8. ADALETE ERİŞİM REFORMLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER

A) Sosyal Devlet Bakımından Öneriler

Özgürlükler, ekonomik düzenlemeler ve sosyal alanda yapılan düzenlemeleri, adalete erişim sorunları açısından birbirinden ayırmak imkânsızdır. Zira adalete erişim bakımından var olan zorlukların çoğunun bu üç alan içinde ortak olduğu gibi, adalete erişim sorunları bu alanlardan bir tanesine özel ve diğer alanlarla ilgisiz olamaz²¹. Bu nedenle en başta sosyal devlet bakımından getirilen öneriler sonraki önerilerin çatısını oluşturmaktadır.

I- Adalet hizmeti Veren Kurumların Sosyalleşmesi

Sosyal devlette adalete erişim öncelikle adalet hizmetleri veren kurumların sosyalleşmesi anlamına gelir. Bu nedenle adalet hizmeti kurumlara başvurularda muhatap olunan çalışanların “insani bir yüzle” (*administration with a human face*) çalışması anlamına gelmektedir. Bu ise oldukça büyük bir sorundur. Adalet hizmeti veren kurumlar, sadece mahkemeler olarak anlaşılmamalı, vatandaşların adalete erişimleri için başvuracakları her kurum ve kişi bu başlık altında sayılmalıdır. Buna göre, vatandaşların bir yargılama süreci içerisinde karşılaştıkları ve bu sürece etkisi olabilecek kurum ve kişiler arasında, en başta hakimler ve adliye çalışanları ve avukatlar da bulunmaktadır. Sosyal devletin adalete erişim imkanlarını güçlendirmesi, söz konusu kurum ve kişilerin eğitiminin, adalet hizmetlerinin eksiksiz yürütülmesine ilişkin tam ve kusursuz hale getirilmesini de kapsamaktadır. Devletin ise bu yönde adım atması ve buna ilişkin çalışmalara destek vermesi gerekir²².

²¹ Tunc s.338.

²² Örneğin, ülkemizde 1972 yılında, TBB tarafından düzenlenen “Birinci Türk Hukuk Kongresi” nde, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın tarafından sunulan “Türkiye Adalet Akademisi Niçin ve Nasıl Kurulmalıdır” başlıklı tebliğ, bu bakımdan büyük önem taşımaktadır. Ne var ki, Adalet Bakanlığı’na da sunulan tebliğin içerdiği kanun taslağına ilişkin, Bakanlık nezdinde kurulan komisyonun etkin biçimde çalışmasının sağlanamamış ve devletin adalet hizmetlerinin iyileştirilmesine ilişkin olarak kararlılık gösteremediği gözlenmiştir. Bu ise adalete erişimde devlete ne kadar büyük görev düştüğünü göstermektedir. Zira, komisyonun konuya ilişkin çalışmaları tamamlansa ve taslak kanunlaşsa idi, Yılmaz’ın katıldığı görüşüne göre bugün belki de adalet reformu yapılmasına gerek dahi kalmayabilir veya hiç değilse sorunlar çok daha zahmetsizce giderilebilirdi. (Yılmaz-Hukuk s. 75).

Adalet erişiminin geliştirilmesi, adalet hizmeti veren kurumların sosyalleştirilmesi ve eğitilmesinin yanında, devlet eliyle düzenli olarak, halkın adalet hizmetleri veren kurumlar içerisinde yollarını bulabilmesinin için yardım edilmesi, dolduracakları formların sadeleştirilmesi ve anlaşılabilir kılınması, alınan kararları bilmeleri ve anlamaları için yardım edilmesi ve memurlar arasında nezaketin artırılması için çalışmalar yapılmasını da kapsamaktadır²³.

II- Hukukun Sosyalleştirilmesi

Hukuk kurallarının sıradan bireyler için daha açık ve anlaşılabilir hale getirilerek, daha erişilebilir kılınması gerekmektedir. Buna karşın hukuk ciltlerin miktarının azalmasını beklenmemelidir. Zira, kalın ciltler halinde yapılan bu düzenlemeler toplumda adaletin sağlanmasında karşılaşılan zorlukların büyümesi ve adaletin sağlanmasına yönelik beklentilerin artmasına karşılık olarak oluşmaktadır. Ne var ki, ülkemizde yasama faaliyetinin kalitesi eleştirilmekte ve yasaların titizlikle, konuyla ilgili herkesin görüşü alınarak yapılmadığı, bu nedenle de çıkarılan yasalardaki pek çok maddenin de sonradan düzeltilme yapılmak zorunda kaldığı gözlemlenmiştir²⁴.

Sosyal devlet bünyesinde hazırlanan hukuk kuralları genellikle genel ilkeler koymak yerine ihtiyaç gereği oldukça detaylı bir içeriğe sahiptirler. Bu ise kesinlikle hukuk sistemine erişim açısından büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle devlet tarafından sıradan vatandaşlara olabildiğince açık ve akıcı bir dille belirli hukuk alanlarında açıklamalar içeren kitapçıklar dağıtması son zamanlarda benimsenen çözümler arasında yer almaktadır. Bu kitapçıklar aynı zamanda kişilerin adaleti elde edebilmeleri için pratik çözümler de sunmaktadır. Her ne kadar söz konusu kitapçıklar hızla eskime ve kullanılamama tehlikesiyle karşı karşıya kalsa da, bu yaklaşımın desteklenmesi gerekir.

²³ Tunc'a göre "Ne yazık ki çoğu zaman idari işlemler genel olarak insanda bir kriz hissi uyandırmaktadır." (Tunc s.341).

²⁴ Yılmaz bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir. "Bir yargılama ve icar-iflas hukukçusu olarak, altını çizmek isterim ki, sözünü ettiğim her iki kanundaki (HUMK ve İİK) değişiklikler de, konu yeterince tartışılmadan ve adeta "yasak savıyormuşcasına" hareket edilerek yasalaştırma yolu tercih edilmiştir. Hatta bazı yasa değişiklikleri bakımından, her nedense, üniversitelerin görüşlerinin alınmasına gerek görülmemiş ve değişikliklerin bazıları büyük "gizlilik" içerisinde yürütülmüştür. Bu tutumu anlayabilmek mümkün değildir. (Yılmaz-Hukuk s. 73).

Sonuç olarak sosyal devletin toplumda imkanları az olan kişiler yararına önlem alınmasına ilişkin sorumluluğunun olması, aynı zamanda bu önlemlerin kitapçıklar ya da broşürler aracılığı ile bilinmesinin sağlanması konusunda da sorumluluğu bulunmaktadır. Daha kişiselleştirilmiş vasıtalarından biri de sosyal hizmetler çalışanlarını ve mahalli hukuk merkezlerini herkesçe erişilebilir kılarak sosyal yasalarca sağlanan menfaatleri en çok ihtiyacı olan kesimin ayağına getirmektir. Bu görev oldukça önemlidir. Bu yolla sorunlar ters çevrilerek çözülmeye çalışılmakta yani toplumda en çok ihtiyacı olan kişiler için hukuk kurallarına ve hukuki kurumlara erişim imkanı sağlayarak, onların adalete gitmeleri değil, adaletin onlara getirilmesi söz konusu olmaktadır²⁵.

B) Adalet Hizmetlerine İlişkin Öneriler

I- Yargı Kurumları ve Hakimler

Adalete erişim adı altında yapılacak reformlar her şeyden önce yargı kurumlarını ve bu kurumların kapasitesinin artırılması yönündeki önlemleri kapsamaktadır²⁶. Buna göre genel olarak, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının mutlak olarak sağlanması, yargı kurumlarının en önemli aktörü olan hakimlerin durumlarının iyileştirilmesi ve adalet hizmeti veren kurumlardaki mevcut şartların iyileştirilmesi gerekmektedir.

Adalete erişimin önündeki en büyük engel, her şeyden önce, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının mutlak olarak sağlanamadığı bir adalet mekanizmasına başvurmak zorunda bırakılmaktır²⁷. Zira, daha önce de belirtildiği üzere, bir mahkemenin yargılama sonunda vereceği kararın adaletli olması medeni yargılama hukukunun en temel amacıdır ve bu amaca ulaşılması, mahkemenin her şeyden önce, bağımsız, tarafsız ve her türlü etkiden uzak olmasına bağlıdır. Anayasamızda ve AİHS’nde de büyük önem verilen bu husus, ülkemizde tam olarak uygulanamamaktadır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin olarak ortaya konan öneriler çoğunlukla yargının yürütmenin etkisinden kurtarılmasına

²⁵ Tunc s.340.

²⁶ Konuralp’e göre, önem ve öncelik sırasında ilk sırayı yargı bağımsızlığı almalıdır. (Konuralp’in sıralamay ilişkin görüşleri için bkz. Konuralp-Yargı Düzeni s. 3820).

²⁷ Lutton’a göre adalete erişimin beş koşulu vardır, bunlar: 1. Bağımsız bir baro ve bağımsız avukatlar, 2.Baskı ve yolsuzluktan bağımsız bir yargı, 3. Halkın karşılayabileceği ücretler alan avukatlar, 4. Saydam hukuki düzenlemeler, 5. Günlük yaşamlarında karşılaştıkları sorunlarla, adalet sistemi içerisinde çözüm arayabilecek, temel kuralları bilen bilgili bir toplum. (Lutton s. 24).

yöneliktir²⁸. Buna göre, “Adalet Bakanı’nın ve müsteşarının HSYK’nda görev almasını mümkün kılan” mevzuatın kesin olarak değiştirilmesi gerektiği savunulurken, hakimler ve savcılarının seçimi, atanması ve denetlenmesi konusunda bugün en yerinde olan sistemin, hakim ve savcılarının, kendi aralarından oluşturulacak organların yetkili olması olduğu belirtilmektedir²⁹.

Yargı kurumlarına ilişkin olarak yapılması gereken bir diğer iyileştirme de hakimlerin ve mahkeme kaleminde görevli olan memurların durumu ve sayısına yöneliktir. Ülkemizde görev yapmakta olan hakimlerin sayısal azlığı nedeniyle, çok büyük iş yükü altında ezildiği gözlemlenmekte ve hakimlerin sayısının en az iki katına çıkarılması gerektiği savunulmaktadır³⁰.

Hakimlerin maddi olanaklarının artırılması, hem mesleğe girecek olanların seçimlerinde, hem de atamaların yapılmasında³¹ daha titiz davranılması ve hatta mesleğe girişlerin sınav ile gerçekleşmesi sonucunda hem mesleğin kalitesinin yükseleceği hem de mesleğe olan tercihin artacağı ifade edilmektedir³².

Adliye memurlarının seçimlerinde Adalet yüksekokulu mezunlarına öncelik verilmesi, memurluğa kabul edilen bu kişilerin yasal olarak bir statüye kavuşturulması ve mali açıdan durumlarının iyileştirilmesi gerektiği belirtilmektedir³³. Ayrıca, adalet hizmetlerindeki tüm görevlilerin, özellikle adalet ve yargıya ilişkin değişen koşul ve ihtiyaçlardan haberdar olabilmesi için periyodik olarak meslek içi eğitimlerin verilmesi gerekmektedir. Son olarak, hakimlerin ağır iş yükü nedeniyle meslek içi eğitimin de imkansızlaştığı görülmektedir. Zira, meslek içi eğitim sırasında boşalacak yerlerini dolduracak ikame hakimler mevcut olmadığından, hakimler, söz konusu eğitimlere katılamamaktadır³⁴.

²⁸ Ayrıca Konuralp’e göre yargının yasama yürütme ve yargı erklerinin yanında günümüzde çok büyük etki alanına sahip olan ve dördüncü güç olarak da anılan medyanın etkisinden kurtarılması da gerekmektedir. (Konuralp-Yargı Düzeni s. 3825).

²⁹ Yılmaz-Hukuk s. 68’den naklen.

³⁰ Yılmaz-Hukuk s. 67; Tanrıver s.74; Kuru- Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 171.

³¹ Uygulamada, bütün meslek hayatında ceza hakimi ya da savcı olarak çalışmış bir kişinin hukuk hakimliğine atandığına rastlanmakta olduğu ve bu durumun hakimin verimliliğini azaltırken, verdiği kararların adaletsiz bulunması olasılığını arttığı belirtilmektedir. (Tanrıver s. 73).

³² Üstündağ-Yolları s. 277.

³³ Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 170.

³⁴ Yılmaz’a göre iş yükü o kadar yoğundur ki, hakimler meslek içi eğitime katılmak bir yana, işçokluğu nedeniyle, Yargıtay kararlarını ve hatta Resmi Gazete’yi bile takip edememekten yakını hale gelmişlerdir. (Yılmaz-Hukuk s. 68); Tanrıver s. 72-74; Üstündağ-Çözüm Yolları s.279.

Avukatlara ilişkin olarak getirilen öneriler ise, her şeyden önce avukatlık mesleğinin, avukatlık sınavının başarıyla geçilmesinden sonra başlamasına yöneliktir. Avukatlık mesleğine başlamak için ön koşula olarak getirilecek bir avukatlık sınavının, avukatların bilgisini ve kalitesini arttıracak savunulmaktadır. Ayrıca, bir kamu hizmeti gören avukatların, adalet hizmetlerinin en önemli aktörlerinden biri olarak, dürüst davranmaları ve mesleğin kutsallığına yakışır biçimde özenli biçimde dava takibinde bulunmaları gerekmektedir³⁵. Hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu bulunan avukatlar ve hakimlerin, meslek hayatları boyunca dürüst ve özenli davranmaları ise her şeyden önce eğitimlerini eksiksiz biçimde tamamlamalarına bağlıdır. Bu noktada, ülkemizdeki hukuk fakülteleri açısından da öneriler sunulmakta ve günümüzde katlanarak artan “hukuk fakültesi açma” eğiliminin, mevcut hukuk fakültelerine zarar verdiği ve zaten yetersiz olan öğretim kadrosunun dağılmasına yol açarak, eğitim kalitesinin düştüğüne dikkat çekilmektedir³⁶.

II- Yargı Örgütünün Yapısı ve İşleyişi

Yargı örgütünün yapısına ilişkin eleştiriler, öncelikli olarak, yargı birliğinin sağlanması gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre, ülkemizde, adli, idari, anayasal, askeri, askeri idari, seçim, uyuşmazlık ve mali hesap yargı düzeni olmak üzere, sekiz ayrı yargı düzeni mevcuttur. Bu oldukça karmaşık yapıda ise, hem adalete erişimin, hem de adalete erişime ilişkin olarak yapılacak reformların başarıya ulaşması neredeyse imkansızlaşmaktadır. Bu karmaşık yapının sadeleştirilerek, yargı birliğinin kurulması için getirilen öneri, Yargıtay dışındaki yüksek mahkemelerin kaldırılması ve tek bir yargı düzenine kabul edilmesidir³⁷. Bu noktada “sade vatandaş”ın adalet hizmetlerinde

³⁵ Kuru-Yargılamanın Çbuklaştırılması s. 173; Pekcanitez-Yargı Reformu s. 111.

³⁶ Pekcanitez’e göre, günümüzde üniversitelerde hukuk fakültesi açmak bir moda haline gelmiştir. Bu ise, yeterli öğretim üyesi bulunmayan mevcut fakültelerin durumunu daha da kötü etkilemektedir. Bu yüzden bir an önce, yeni açılan fakülteler kapatılarak, mevcut hukuk fakültelerinin durumu iyileştirilmeli ve dolayısıyla mevcut hukuk eğitiminin kalitesi artırılmalıdır. (Pekcanitez-Yargı Reformu s. 111).

³⁷ Bunun için ise, Sayıştay’ın yargı organı niteliği kaldırılarak, TBMM’ne bağlı, idari bir organa dönüştürülmesi, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemeleri’nin kaldırılması, yargı organı olarak düzenlenmiş Yüksek Seçim Kurulu’nun da ilga edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Yargıtay’ın adının da Türkiye Temyiz Mahkemesi olarak değiştirilmesi önerilmektedir. (Dursun, Hasan: Nasıl Bir Yargı Reformu, Ankara 2009, s. 10). Konuralp ise, yargının işleyişinin iyileştirilmesi için önerilen bu “köklü değişikliklerin” yapılması önerilerini, kişilerin ve hükümetlerin çıkarları doğrultusunda değişik amaçlarla mevcut yapıyı reddetmesi ve yapısal sorunları da olsa, yargının kurumsallaşmış yapısını inkar etmesi şeklinde yorumlamaktadır. Halbuki Konuralp’e göre “Türkiye’de hukuk düzeninden ve yargı sisteminden kaynaklanan sıkıntıların temel nedenlerinden biri, hukuk

yolunu bulabilmesi ve dava açmak için başvuru yapacağı durumlarda, mevcut düzenlemelerdeki karmaşıklıktan dolayı adalete erişimin önlenmemesi için, dilekçesini yalnızca “mahkemeye” ibaresiyle vererek, dilekçesinin, bu iş için görevlendirilen makamlarca görevli mahkemeye iletilmesi önerilmektedir³⁸. Ayrıca, adli yargı alanındaki ilk derece mahkemeleri bakımından, hem hukuk hem de ceza mahkemelerini kapsayacak biçimde, yeni bir mahkemeler teşkilatı kanunun çıkarılmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Buna göre hukuk mahkemeleri, iş hacmi ve coğrafi durumları göz önüne alındığında belirlilik kazanan ilçelerde kurulmalıdır³⁹.

Medeni yargılama hukukunda, hukuk mahkemeleri bakımından gözetilen sulh ve asliye mahkemelerinin birleştirilmesi veya mevcut düzenin korunması konusunda ise, doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Sulh ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ayrımın ortadan kaldırılmasını savunan görüşe göre, bu iki mahkeme arasındaki tarihsel farklılık tamamen ortadan kalkmıştır. Ayrıca sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri bakımından benimsenen farklı yargılama yöntemlerine rağmen, uygulamada hemen hemen aynı yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu nedenlerden dolayı, sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ayrım ortadan kaldırılarak, diğer ülkelere benzer biçimde, Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun çıkarılması ve çekişmesiz yargı işlerinin, adli memur ya da noter gibi görevlilerce işleme konulmasının faydalı olacağı savunulmuştur⁴⁰. Buna karşın, mevcut düzenin korunmasını destekleyen görüş, söz konusu ayrımın köklü tarihsel temellerine işaret ederken, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinin misyonlarının farklılığına değinmektedir. Buna göre, sulh hukuk mahkemelerinin asli görevinin, asliye hukuk mahkemelerinden farklı olarak, yargılama yapmak değil, tarafların uzlaştırılması olduğu savunulmakta ve günümüzde ortadan kalkan bu tarihsel farklılığın, mahkemeler arasındaki ayrıma işlerlik kazandırmak için gerekçe teşkil etmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, mevcut ayrımı destekleyen görüşe göre, yargılama usulleri bakımından farklılıkların ortadan kaldırılması, bu usullerin getirilme amacına uygun olmadığından, daha da fazla karmaşıklığa sebep olacaktır. Böylece, mevcut düzenin korunmasıyla birlikte, sulh mahkemelerinin tüm çekişmesiz yargı işlerinde yargı yeri haline getirilmesi ve asliye hukuk mahkemelerine de, çekişmesiz yargı işlerine ilişkin

düzeninin ve buna bağlı olarak yargı sistemi ile uygulanmasının moral ve felsefi arka planlarının çok zayıf olmasıdır.” (Konuralp-Yargı Düzeni s. 3820).

³⁸ Yılmaz-Hukuk s. 61.

³⁹ Tanrıver s. 68.

⁴⁰ Yılmaz-Hukuk s. 67; Tanrıver s.77; Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 177.

itirazları inceleyerek kesin biçimde karara bağlama yetkisi verilmesi önerilmektedir. Zira bu şekilde mevcut ayırmadan en rasyonel biçimde yararlanılmış olur⁴¹.

Ülkemizde medeni yargı bakımından ise mahkeme teşkilatının iki dereceliden, üç dereceli hale çıkarılmasının olumlu sonuçlarına vurgu yapılmaktadır. Bununla birlikte, güvenceli adaletin sağlanması bakımından, ikinci derece mahkemesi, diğer bir deyişle, kontrol mahkemesi olan istinaf mahkemelerinin, davayı, taleplerle sınırlı olmak üzere daha dar bir açıdan incelenmesi sağlanırken, bu mahkemelerin ikinci bir temyiz mahkemesi olmasının da önlenmesi gerekmektedir. Son olarak da, her halükarda, bu mahkemelerden, ilke derece mahkemelerine ilişkin düzenlemelerin tam anlamıyla gerçekleştirilmeden, usul ekonomisi bakımından pek fazla yarar sağlanamayacağı da vurgulanmaktadır⁴².

Çalışmamızda, yargı örgütünün yapısına ilişkin, son olarak değinilecek öneriler, mahkeme ve adalet hizmeti veren kurumların fiziki yapısına ilişkindir. Ülke genelindeki tüm mahkemelerde, vatandaşların ve adalet mekanizması içinde yer alan diğer tüm aktörlerin, zaman ve emek kaybının önlenmesine yönelik iyileştirmeler yapılması gerekmektedir⁴³.

Yargının işleyişinin iyileştirilmesine ilişkin alınması gereken önlemler için, öncelikle yol göstermesi bakımından, öncelikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 81/2 sayılı Tavsiye Kararı önem taşımaktadır. Buna göre, adalete erişimin kolaylaştırılması için öncelikli olarak halkın bilgilendirilmesi konusu üzerinde durulmuştur. Buna göre, halkın mahkemelerin işleyişi, davaların açılması ile yürütülmesi, karar karşı başvurulabilecek kanun yolları, kararın icrası ve yargılama giderleri gibi konularda halkın bilgilendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Ayrıca yargılama hukuku bakımından sunulan tavsiyeler, kuralların basitleştirilmesi; tarafların uzlaşmaya sevk edilmesi yargılamanın mümkün olduğunca hızlandırılması; yargılama harç ve giderlerinin makul seviyelerde tutulmasıdır⁴⁴.

Medeni yargılama hukukundaki en önemli ilkelerden biri olan usul ekonomisi ilkesi, hem adalete erişim hem de yargı örgütünün işleyişi bakımından, büyük önem

⁴¹ Tanrıver, s.68-70; Yılmaz-Hukuk s. 60-61.

⁴² Tanrıver s.70.

⁴³ Tanrıver s.71.

⁴⁴ Özbek-Sempozyum s. 61; Yılmaz-Hukuk s. 58; Tanrıver'e göre ise, harçların fahiş olmamak kaydıyla artırımı, dava sayısının azaltılmasına katkı sağlayabilir. (Tanrıver s. 76).

taşımaktadır. Buna göre, yargılama, mümkün olduğunca “*adil, hızlı, etkin ve ekonomik*”⁴⁵ bir biçimde sonuçlandırılmalıdır. Fakat ülkemizde ne yazık ki, adalet hizmetlerinin bu vasıfları yeterince taşıdığından bahsedememekteyiz.

Ülkemizde yargının işleyişinden daha çok verim alınması ve adalet hizmetlerinin kalitesinin artırılması için ise pek çok öneri sunulmaktadır. Yargının işleyişindeki gecikmelerin asgari düzeylere indirilebilmesi için, öncelikli olarak iş yükünün yani dava sayısının azaltılması önerilmektedir. Dava sayısının azaltılması için mevcut olan; fakat yeterince işlerlik kazandırılmayan önemli düzenlemelerden biri, Medeni Kanun’un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralının uygulamadaki hali ise, hakkın kötüye kullanılma yasağıdır ve her ikisi de genel olarak medeni hukukta olduğu gibi, medeni yargılama hukuku bakımından da hakların kullanımında keyfiliği önleme işlevini görür. Ne var ki, uygulamada yeterince katı biri biçimde uygulanmadığından, dava sayısının azaltılmasında tarafların kötü niyetli davranması sonucunda iş yükünü arttırması engellenememektedir. Dava ve icra-iflas takiplerinin uzamasının nedenlerinden biri olarak gösterilen kötü niyetli borçluların dava ve takipleri uzatma gayreti için getirilen çözüm önerileri ise, icra inkar tazminatının veya vekalet ücretinin üç misline kadar hükmedilmesi ve HUMK m. 418 ve 421. maddelerinin değiştirilerek, hakkın kötüye kullanılması yasağının daha katı bir biçimde uygulanmasının sağlanmasıdır⁴⁶.

Dava sayısının ve iş yükünün azaltılmasına yönelik önerilerden bir diğeri de, mahkemelerde görülen pek çok işin dava olmaktan çıkarılması ve bu işlerin hakim tarafından incelenmesinin zorunluluğunun ortadan kaldırılmasıdır⁴⁷.

İşleyişteki bir diğer gecikme sebebi olan davaları uzun sürmesi de, öncelikle hakimlerin tutumları bakımından eleştirilmekle beraber, iş yükünün haddinden fazla oluşu,

⁴⁵ Yılmaz-Hukuk s. 66; Tanrıver s. 67; Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 244.

⁴⁶ Tanrıver s. 75; Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 174.

⁴⁷ Buna örnek olarak verilen kira tespit davalarının komisyonlarca çözümlenecek işlerden sayılması önerilmektedir. Ayrıca, Yılmaz’a göre, devletin de bazı durumlarda hassas davranması sonucunda, davaların sayısının azaltılması mümkündür. Örneğin, bile bile düşük bedellerden yapılan kamulaştırmalar yüzünden, çok miktarda kamulaştırma bedelinin artırılması davası açılmaktadır. (Yılmaz-Hukuk s. 66); Yılmaz’ın görüşüne katılan Tanrıver ise, buna örnek olarak kamu kuruluşlarının haksız olduklarını bile bile işçilerin haklarını vermemekte direnerek, işçileri dava açmaya zorlaması sonucunda işçilerin bu şekilde açmış oldukları seri davaları göstermektedir. (Tanrıver s. 76); Konuralp’e göre ise, temel bir hizmet olan yargı hizmeti, kriz anlarında ihtiyaç duyulan bir hizmettir ve nasıl ulusal güvenli niteliği itibarıyla iş yükünün azaltılması anlayışını kaldıramazsa, yargı hizmeti de bu hizmeti azaltacak veya daraltacak biçimde iş yükünün azaltılmasını kaldıramaz. (Konuralp-Yargı Düzeni s. 3824).

söz konusu eleştirileri bir nebze de olsa yumuşatmaktadır⁴⁸. Buna göre, hakimlerin çözümü karmaşık olmayan uyuşmazlıklarda tarafları sulhe teşvik etmesi ve şahsen mahkemeye çağırıldığı tarafları bir hakem ya da arabulucu gibi hareket etmesi, hem davaların uzamaması hem de iş yükünün hafifletilmesi için getirilen öneriler arasındadır. Böylece, iş yükünün hafiflemesine ilişkin getirilen öneriler, alternatif uyuşmazlık çözümüne işlerlik kazandırılması, tahkim kurumunun daha cazip hale getirilmesi ve dava açılmadan önce veya sonra tarafların sulh olabilmesi için uygun koşulların hazırlanması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁹. Ayrıca, hakimlerin, kendilerine ulaşan dilekçeleri öncelikle okuyup, değerlendirmelerinin gerekliliği savunulurken, tarafların bu değerlendirme sonrasında duruşmaya çağırılmalarının davanın hızlandırılmasına büyük katkı sağlayacağı ifade edilmiştir⁵⁰.

Davaların hızlandırılmasına yönelik önerilerden bir diğeri de, mahkemelerce yazılan müzekkerelerin kısa sürede sonuçlandırılmasına ilişkindir. Buna göre, bu bakımdan da mahkemelerdeki teknolojik donanımların günümüz koşullarına uygun hale getirilerek, emek ve zaman kaybının önlenmesi gerekmektedir⁵¹.

HUMK'na ilişkin yapılması gereken iyileştirmeler ise, dava şartları, bunları inceleme usulü ve sırası hakkında daha açık bir düzenleme yapılması; derdestlik itirazının dava şartına ilişkin usuli bir itiraz dönüştürülmesi, görevsizlik ve yetkisizlik kararlarında davacının yargılama giderlerine mahkum edilmemesinin açık bir hükümlerle kabulü; dava açılmasından önce yargı yeri belirtilmesine imkan verecek bir mekanizmanın oluşturulması, sulh, davayı kabul ve feragat hakkında daha açık düzenlemelere yer verilmesi; ıslah yoluyla tarafların da değiştirilmesinin düzenlenmesi; birlikte dava açılmasının koşullarında “aynı sebepten” yerine “birbirine benzer sebeplerden” ibaresinin konulması; mahkeme içi ikrar ve taraf yeminin takdiri delil haline getirilmesi, hatta serbest delil sistemine geçilmesi, hak arama özgürlüğü çerçevesinde adli yardım hükümlerinin

⁴⁸ “Günde 40-50 dosya ile duruşmaya başlayan bir yargıcın bazı dosyaların arasında sıyrılabilmek için bilirkişi taleplerine kolaylıkla karşı koyması beklenemez. Yine aynı yargıcın kötü niyetle, sürenin uzatılması, ek süre verilmesi, duruşmanın ertelenmesinin gereksiz olarak sağlanmasına karşı koyması zor olabilecektir.” (Pekcanitez-Yargı Reformu s. 107).

⁴⁹ Tanrıver s. 76; Pekcanitez-Yargı Reformu s. 111.

⁵⁰ Yılmaz'a göre, mevcut HUMK hükümleri bunların yapılmasında yeterlidir, yasayla ön inceleme safhasının düzenlenmesi ise ek olarak alınacak önlemlerden sayılabilir. Ne var ki, böyle bir önlemden daha gerekli ve faydalı olacak olan, hakimlerin sayısını arttırmaktır. Yoksa sadece yasalarda yapılacak değişiklikler, insan unsuru göz önüne alındığında kendisinden beklenen yararı sağlamakta yetersiz kalır. (Yılmaz-Hukuk s. 69); Tanrıver s. 81; Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 267.

⁵¹ Yılmaz-Hukuk s. 69; Pekcanitez-Yargı Reformu s. 112.

geliştirilmesi; bilirkişi kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi ve bu kurumun bir disipline oturtulmasının sağlanması; sözlü ve seri yargılama usullerinin kaldırılarak sadece yazılı ve basit yargılama usullerinin uygulanmasının sağlanması; süreler bakımından yeknesaklığın sağlanmasıdır⁵².

⁵² Tanrıver s. 78-80, Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 249; Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 178-184.

DEĞERLENDİRMELER

Adalet erişim kavramı, genel olarak, adalete erişimin önündeki engellerin saptanması ve bu engellerin ortadan kaldırılması biçiminde açıklansa da, kavramın tam anlamıyla anlaşılmasında, içinde barındırdığı “adalet” sözcüğünün de önemi oldukça büyüktür. Zira, adalete erişimin gerçekleşmesine ilişkin çalışma ve reformlar, erişilen adaletin, ihtiyaç duyulan, ya da bir başka deyişle, “erişilmek istenen adalet” olmaması yüzünden, işlevini yitirebilir ve anlamsızlaşabilir. Burada erişilmek istenen adalet ile kastedilen, yer, zaman ve hatta kişiden kişiye değişiklik gösteren adalet anlayışını yansıtan bir adalet değil, adalet kavramına ilişkin “asgari müşterekler” bulunarak yaratılabilecek ortak bir adalet anlayışı, bir adalet kültürüdür. Söz konusu asgari müştereklerin başında, evrensel bir kıstas olan, insan hakları kavramı gelmektedir. Böylece insan hakları ve hakkaniyet kavramları esas alınarak, toplum genelinde oluşturulacak ortak bir adalet anlayışının, ülkenin birlik ve bütünlüğü ile toplumun huzur ve refahına da katkıda bulunacağı açıktır. Ayrıca, toplumda ortak bir adalet anlayışının kabul edilmesinin, insan haklarından sayılan, adalete erişim hakkının da benimsenmesine ve hukuk alanında olduğu gibi sosyal ve kültürel alanda da eksiksiz uygulanmasına büyük bir katkı sağlayacağı kanısındayım.

Adalet erişimin önündeki engellerin varlığı, adalete erişimin öznesi olan vatandaşların, hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını kısıtlamaktadır. Yargı erki çerçevesinde, devlete yüklenen adalet dağıtma görevi, hem siyasi hem de sosyal bir hak olan adalete erişim hakkının, korunmasının yanında, hakkın gerçekleşmesine ilişkin pozitif ödevler de içermektedir. Ülkemizde, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşların ilk olarak müracaat ettikleri yerler mahkemelerdir. Bir başka deyişle, mahkemeler vatandaşların gözünde, adaletin somutlaştığı mekanlardır. Devlet tarafından kanunla kurulan ve adalet dağıtmakla görevlendirilen mahkemelere erişim, fiziki, objektif ve sübjektif engellerin varlığı dolayısıyla sınırlı hale gelirken, vatandaşların, mahkemelerin işleyişindeki aksaklıklara ve tıkanıklıklara tanık olması da, toplumu oluşturan bireylerde, adaletin sağlandığına dair güvenin azalmasına neden olmaktadır. Bu sebeple, devletin, öncelikle, adalet mekanizmasının işlediğinin en büyük göstergesi olan mahkemelerin durumunu iyileştirmesi gerekmekte ve içinde yaşadığımız çağın gereklerine göre inşa edilmiş ve donatılmış mekanlarda adalet hizmetlerinin yürütülmesi sağlanmalıdır. Adalet

erişimin sağlanmasında diğer önemli rol ise, adalet sistemi içinde yer alan aktörlere (hakimler, savcılar, kalem memurları, avukatlar vb.) düşmektedir. Vatandaşların, adalete erişimin bir diğer unsuru olan bilgiye erişiminin sağlanması ve söz konusu aktörlerin, adalet hizmetlerini, dürüstlük, dikkat ve özenle yerine getirmesi, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişiler bakımından oldukça fazla önem taşır. Zira, adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılmasında, vatandaşlara en büyük yardımın, adalet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bilgi sahibi olan bu kişilerden gelmesi beklenir. Ne var ki, ülkemizde, başta hakimler olmak üzere, adalet hizmetlerinde görev yapan kişiler, iş yükünün fazlalığı altında ezilmektedirler. Bu ise, adalet hizmetlerinin kalitesini düşürmekte ve yukarıda bahsi geçen, “erişilmek istenen adalet” ten uzak, yani, gecikmiş, pahalılaşmış ve değerini yitirmiş bir adalet elde edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple, adalete erişimin gerçekleştirilmesi bakımından, sadece yasaların değiştirilmesi yeterli gözükmemekte, adalet sistemi içerisinde yer alan aktörlerin durumunun da iyileştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu iyileştirmelerin başında hakim ve kalem memurlarının sayısının arttırılmasına ilişkin öneriler gelmektedir. Bununla birlikte, bahsi geçen sayı azlığı, her ne kadar adaletin kalitesinin düşmesinin en önemli sebeplerinden biri olarak görülmekte ise de, bu kişilerin, adalet hizmetlerindeki yerlerini almadan önce ve sonra aldıkları eğitimin de, bu konuda en az sayı azlığı kadar büyük etkisi olduğu kanısındayım. Bu cümleden olarak, ülkemizde, hem hukuk fakültelerindeki eğitimin iyileştirilmesi, hem avukatlık sınavının yürürlüğe konması, hem de meslek içi eğitimin faydalı hale getirilmesi, adaletin kalitesinin arttırılması bakımından hayati önem taşımaktadır. Ayrıca, etkin bir mahkeme yönetimi sisteminin kurulması ve mahkeme yönetimine ilişkin kuralların eksiksiz uygulanması da, adalet sistemi içinde yer alan aktörlerin durumlarının iyileştirmesi bakımından büyük öneme sahiptir.

Adalete erişim reformları bakımından önem taşıyan yasal iyileştirmelere baktığımızda ise, bilgiye erişim, adli yardım, topluluk davaları ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adalete erişime katkı sağlayan en önemli düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilgiye erişim hakkı çerçevesinde, ülkemizdeki düzenlemelere baktığımızda, Anayasa’da yer alan dilekçe hakkı ile Bilgi Edinme Kanunu ile hüküm altına alınan bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, adalete erişimin unsurlarından biri olan bilgiye erişim hakkının, anayasal bir hak olarak düzenleme altına alınması ve anayasal

güvenceye kavuşturulması, şeffaf, hesap veren ve vatandaşların yönetime katılımını esas alan bir devlet yapısına katkı sağlar.

Adalet erişimin unsurlarından bir diğeri olan mahkemelere erişimin gerçekleşmesini sağlayan adli yardım kurumu ise, ülkemizde HUMK ve Avukatlık Kanunu olmak üzere ikili bir düzenleme alanına sahiptir. Ayrıca, mahkemeden talep edilen adli yardıma ilişkin haklılık ve fakirlik kıstaslarının, objektif değerlendirme ölçütleri olduğu konusunda olumsuz görüşler ileri sürülmektedir. Bu nedenle mevcut ikili yapının ve adli yardıma ilişkin belirsiz kıstasların giderilerek, uygulamada yeknesaklığın sağlanması için, adli yardımın tek ve genel bir kanun ile düzenlenmesine ilişkin görüşlere katılmakla beraber, bu kanun bünyesinde, kamu yararına avukatlığa ilişkin teşvik edici hükümlere de yer verilmesi gerektiği kanısındayım. Ayrıca, ülkemizde, tek bir üniversitede bulunan hukuk kliniklerinin de yaygınlaştırılmasının, hem hukuk öğrencilerinin uygulamaya dönük eğitimleri, hem de üniversitelerce sunulan bu adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen vatandaşlar bakımından çok büyük yarar sağlayacağı görüşündeyim. Son olarak mahkemelere erişim bakımından önem sağlayabilecek bir düzenleme de hukuk sigortasıdır. Hukuk sigortasına ilişkin düzenlemelere, sigorta kanunu içerisinde yer verilmesinin ve bu sigorta çeşidi başta olmak üzere, vatandaşların adli yardım olanakları, kamu yararına avukatlık ve hukuk klinikleri ile ilgili olarak bilgilendirilmelerinin faydalı olacağı kanısındayım.

Adalet erişime katkı sağlayan bir diğeri yasal düzenleme de, kitle üretim araçlarının artması ve sanayileşmenin oldukça büyük boyutlara ulaşması sonucunda, bir tek fiil ile yüzlerce hatta binlerce kişinin hakkının ihlal edilebilir hale gelmesi nedeniyle, tüm bu etkilerden korunmaya uygun bir usuli araç olduğu düşünülerek, yargılama hukukundaki yerini alan topluluk davalarıdır. Ülkemizde, her ne kadar, HMKT m.118 ile yer vermeye çalışılsa da, aslında, hukukumuzda mevcut bir usul olan birlik davalarının düzenlenmesi sonucunda, halen düzenleme altına alınmamış olan topluluk davaları, Ortak Hukuk kaynaklı bir usul olup, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde yaygınlaşmış bir usul değildir. Kanımca, ihtiyaç da yoktur. Bu noktada önerim, dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahillik kurumunun, mevcut usuller arasına katılması ve bu şekilde, hukumuza tamamen yabancı usullerin girmesi sonucunda uygulamada meydana gelebilecek karmaşıklığın önlenmesidir. Zira, dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahillik usulü, mevcut hukukumuz bakımından benimsenmiş olan iki usulün birleştirilmesi olup, hukuki

yarar şartının dava şartı olmaması bakımından da amaca uygun gözükmektedir. Ayrıca, dava arkadaşı ve fer'i müdahilin en fazla kaç kişi olabileceği bakımından kanunda bir üst sınır bulunmaması da, tüketicilerin ve çevrenin korunmasına ilişkin davalar gibi çok kişinin hakkının ihlal edildiği davalarda, tarafların kalabalık gruplardan oluşmasına da olanak verir.

Son olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, arabuluculuk başta olmak üzere, ADR yöntemlerinin, dava yoluna gösterilen aşırı talep sonucunda meydana iş yükünün azaltılmasına büyük katkı sağlaması beklenmektedir. Arabuluculuğun, uyuşmazlığın taraflarına faydalı olabilmesi ve arabuluculuk oturumları sonucunda elde edilen çözümün her iki tarafı da memnun edebilmesi, ancak tarafların eşit durumda olduğu hallerde mümkündür. Tarafların birbirine baskı yapmadan karşılıklı saygı ile uyuşmazlığı çözüme amacına yönelik bir tutum benimsemesi gerekir. Bu ise, ülkemizde uzlaşma kültürünün oluşmasına ve yine ortak bir adalet anlayışının bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle, kanımca, mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünü benimsemeden önce, mahkeme içi sulh uygulamasının güçlendirilmesi ve ön değerlendirme aşamasının yürürlüğe girmesinden itibaren eksiksiz uygulanması gerekmektedir.

Temel insan hakları, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına katkı sağlayan yargı reformu çalışmaları, bu hakların gerçekleştirilmesi için engellerin ortadan kaldırılması ve uygun usuli araçların geliştirilmesi anlamına gelen adalete erişim hakkına da katkı sağlamaktadır. Bu nedenle yargı reformu, aynı zamanda adalete erişim reformlarıdır. Bununla birlikte, adalete erişim reformları, sadece yargı alanında değil, sosyal, kültürel ve politik alanlar gibi pek çok alanı da kapsayan reformlar içermektedir. Günümüzde en önemli usuli haklardan olan ve temel hakların gerçekleşmesinin garantisi durumundaki adalete erişim hakkının, önemi göz önüne alınarak, kanımca, anayasal güvenceye kavuşturulması ve vatandaşların ilk öğretim çağından itibaren, adalete erişim hakkı da dahil olacak şekilde, hak ve ödevleri konusunda bilgilendirilmeleri ve bilinçlendirilmeleri gerekmektedir.

SONUÇ

Medeni yargılama hukukunda adalete erişim, günümüzde kabul edilen temel insan haklarından biri olup, devletin tanıma yükümlülüğü yanında, pozitif yükümlülüklerini de yerine getirmesini gerektirdiğinden, aynı zamanda sosyal bir haktır. Adalete erişim hakkı, kaynağını AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan "adil yargılanma hakkı" nda bulur, Anayasamızın 2., 5., 9., 10., 36., 125., ve 141/4. maddeleri ile HUMK m.77'de bu hakkı destekleyen düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Medeni yargılama hukuku açısından adalete erişime destek sağlayan en önemli ilke, usul ekonomisi ilkesidir ve günümüz koşullarında mahkeme ve diğer adalet hizmetlerinin geldiği noktada, kanun uygulayıcılarının göz önüne almasında en büyük yarar bulunan ilkelerden biri haline gelmiştir.

Adalete erişim hakkının, sosyal bir hak olduğundan bahsedilmiş ve sosyal devletin adalete erişimin hayata geçirilebilmesi için yapacağı en büyük katkının, yine sosyal bir hak olan eğitim hakkının daha da etkinleştirilerek, vatandaşların hak ve yükümlülükleri konusunda, küçük yaşlardan itibaren eğitilmelerinin sağlanması olduğu vurgulanmıştır. Zira devletin gerçekleştireceği bu uzun süreli, insana yapılan yatırım sayesinde, bilinçli, özgüveni tam ve adalete erişim konusunda, en azından kendilerinden kaynaklanan (sübjektif engeller) engelleri aşmış bireyler olarak yetişecek olan bireyler, bu vasıflarıyla, adalete erişimin önündeki fiziksel ve objektif engelleri aşmanın yolunu da bulacaklardır. Bununla beraber, sosyal devlet eliyle gerçekleştirilecek reformların nihai amacının, adalete erişim akımının son dalgası olarak açıklanmaya çalışılan, toplumun, düzenleme yapan ve karar veren pek çok kuruma katılımının sağlanması olmalıdır.

Son olarak, ülkemizde yapılması gerekenler, yargı örgütü ve işleyişi bakımından ikiye ayrılarak açıklanmıştır. Bunlardan en önemlileri, adaletli kararlar verileceği konusunda şüphelerin giderilmesi bakımından, yapılacak düzenlemelerle yasama bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bundan başka, mahkemelerin ve hakim ve mahkeme çalışanlarının durumlarının iyileştirilmesi, meslek içi eğitime de özel önem verilmesi, iş yükünün çekişmesiz yargıya girecek işler bakımından yapılacak düzenlemeler çerçevesinde azaltılması ve gereksiz davaların, özellikle MK m.2'ye aykırı olarak açılmak istenenlerin, açılmasına izin verilmemesi gerekmektedir. Ek olarak, mevcut olan adli

yardım mevzuatının dağınık yapısının, tek bir kanun çatısı altında toplanarak düzenlenmesinin yanında, halkımızın mevcut ekonomik sıkıntıları da göz önüne alınarak, adli yardım konusunda bilinçlendirilmeleri ve bu yola başvurmaları için teşvik edilmeleri gerektiği açıktır.

Son olarak, ülkemizde adalete erişim bakımından olumlu gelişmeler olarak görülebilecek iki yeni kanundan birincisi HMK Tasarısı, diğer de HUAKT'dır. HMK Tasarısı ile hukukumuza girecek olan topluluk davaları, konuluş amacını tam anlamıyla gerçekleştiremeyecekse de, medeni yargılama hukukunda, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan ve olumlu dava şartı olan hukuki yarar kavramının daraltılmasına yönelik bir adım olarak görülebilir. Ayrıca, HUAKT'ndaki düzenlemeler çerçevesinde hukuk uyumsuzluklarında arabuluculuk kurumunun medeni yargılama hukukumuza dahil edilmesi ile usul ekonomisine büyük katkı sağlaması beklenmektedir.