

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA AVUKATLA TEMSİL ZORUNLULUĞU

Ar. Gör. Nazlı GÖREN ÜLKÜ*

I. Genel Olarak

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlığını taşıyan ve "Temel Haklar ve Ödevler" kısmında yer alan 36'ncı maddesi uyarınca, *herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*. Ancak, bu hakkın kullanılması yönünden medeni yargılama hukukumuzda tarafın kendisini bir avukatla temsil ettirmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Bununla birlikte, mukayeseli hukukta kanun koyucunun avukatla temsil zorunluluğunu düzenlediği görülmektedir. Bunun temelinde, yargılamanın etkinliğinin temin edilmesi amacının güdüldüğu söylenebilir. Bu kapsamda, işin uzmanı olan avukatın, yargılama faaliyetini daha nitelikli kılmak yönünde bir baskı unsuru şeklinde görev yaptığı, öyle ki, bir anlamda hakimin yargılama faaliyetinin hukuka uygunluğu bakımından bir kontrol işlevi yerine getirdiği, bunun da bir yandan kamu menfaatine, diğer yandan ise tarafın bireysel menfaatine hizmet ettiği ifade edilebilir¹. Hatta tarafın avukatla temsili, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da ifade bulan adil yargılanma hakkının temini yönünden de etkin bir güvence teşkil etmektedir. Her ne kadar, davayı en iyi bilen kişi tarafın kendisi olsa da, karmaşık yargılama esaslarının üstesinden ancak uzman kişi olan avukatın gelebileceği açıktır. Hakimin değil de, tarafın güçlü konumda olduğu ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu yargılama düzenlerinde, bu husus daha da önem kazanmaktadır. Taraf, hayat olayını tam ve eksiksiz şekilde mahkemeye

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

¹ **Fabienke**, Petra Christina, Grundprinzipien des Anwaltszwangs und ihre Verwirklichung im Zivilprozeß, Baden-Baden 1997, s.77, 143 ve 144.

getirmekle yükümlüdür. Bu noktada, taraflar arasında eşitliğin sağlanması açısından da temsil zorunluluğu önemli bir rol üstlenmektedir. Zira davanın her iki tarafı da bir avukat ile temsil edildiğinde, yargılama sırasında taraflar arasında eşitlik sağlanmış olacak, kendisini bizzat savunabilecek yeterlilikte olmayan tarafın karşı karşıya kalabileceği olası olumsuzlukların önüne geçilecektir².

Genel olarak bu mülahazalar ile temel bulan avukatla temsil zorunluluğu kurumu, çalışmamızda başta Alman Hukuku olmak üzere, öncelikle mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, ardından da hukuk sistemimizde geçerli olan esaslar dahilinde ele alınacaktır.

II. Mukayeseli Hukuk Bakımından Avukatla Temsil Zorunluluğu

A. Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda avukatla temsil zorunluluğu, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78'inci maddesinde düzenlenmiştir³. Bu hüküm, bir yandan hangi mahkemeler önünde, diğer yandan ise hangi kişiler bakımından avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu hakkındadır⁴. Buna göre, Asliye Hukuk Mahkemesi (Landgericht) ve Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht) nezdinde görülen davalarda, tarafların bir avukat ile temsil edilmeleri zorunludur⁵. Ayrıca,

² Fabienke, s.97, 144 ve 145; avukatla temsil zorunluluğunun gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Ercan**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu, MİHDER, 2006, C.2, S.5, s. 1275-1299, s.1278 vd..

³ Doktrinde avukatla temsil zorunluluğu, basit avukatla temsil zorunluluğu ve nitelikli avukatla temsil zorunluluğu olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Sulh mahkemeleri, asliye hukuk mahkemeleri ve eyalet yüksek mahkemelerinde geçerli olan temsil zorunluluğu basit; federal mahkemede geçerli olan temsil zorunluluğu ise, nitelikli avukatla temsil zorunluluğu olarak ifade edilmektedir (**Zöller- Vollkommer**, § 78, Nr.1a, **Vollkommer**, Max, in **Zöller**, Richard, Zivilprozessordnung, 26. Auflage, Köln 2007).

⁴ **Prütting/Gehrlein- Burgermeister**, Udo, §78, Nr.1, in **Prütting**, Hanns/**Gehrlein**, Markus, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010.

⁵ Belirtmek gerekir ki, 78/I'inci maddenin 17.12.2007 tarihli değişiklikten önceki halinde, asliye hukuk mahkemesinde, sulh mahkemesi (Amtsgericht) ya da asliye hukuk mahkemesi için kabul edilen bir avukatın; eyalet yüksek mahkemesinde, eyalet yüksek mahkemesi için kabul edilen bir avukatın; federal mahkemede ise, federal mahkeme için kabul edilen bir avukatın avukatlık yapabileceği öngörülmekteydi. Bir başka ifade ile, hukuk sistemimizden farklı olarak, Alman Hukuku'nda avukatlık yapma yetkisi yargılama derecelerine göre belirlenmekte; bir avukat bütün yargılama derecelerinde

Mahkeme Teşkilatı Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca, bir eyalette en yüksek asliye hukuk mahkemesi (oberstes Landesgericht) kurulmuş ise⁶, bu halde de aynı esas geçerlidir. Bundan başka taraflar, Federal Mahkeme'de (Bundesgerichtshof) görülen davalarda da⁷, kendilerini Federal Mahkeme nezdinde avukatlık yapma yetkisine sahip bir avukat ile temsil ettirmek zorundadırlar (§ 78/I dZPO)⁸.

Avukatla temsil zorunluluğu, sadece yukarıda sayılan mahkemelere şamil olmak ile birlikte, § 114/I FamFG uyarınca, aile hukuku davaları⁹ yönünden de ilgililer bakımından avukatla temsil zorunluluğu öngörüldüğünden, sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalar için temsil zorunluluğu bulunmasa da¹⁰, sulh

avukatlık yapamamaktaydı. Söz konusu maddenin yeni halinde ise, sadece Asliye Hukuk Mahkemesi ve Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde görülen davalar yönünden avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu bahsedilmektedir. Buna karşılık, Federal Mahkeme önünde görülen davalarda ise, avukatın bu mahkeme bakımından yetkisinin olması aranmaktadır. (Federal Mahkeme için yetkili bir avukat diğer mahkemelerde görev yapamaz, bkz. **Akkan**, Mine, Alman Medeni Usul Kanununda Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s.1-14, s.9); ayrıca bkz. **Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter, Zivilprozessordnung, 66. Auflage, München 2008, § 78, Nr.5.

⁶ Almanya'da bu mahkeme sadece Bayern Eyaleti'nde görev yapmaktadır (**Thomas**, Heinz/**Putzo**, Hans, Zivilprozessordnung, 26. Auflage, München 2004, § 78, Nr.8; ayrıca bkz. § 8 EGGVG).

⁷ Federal Mahkeme'de görülen disiplin davalarında ise, istisnai olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.7).

⁸ Alman Hukuku'nda yakın bir zamana kadar, avukatlık yapma yetkisi coğrafi yönden sınırlandırılmıştı. Buna göre avukatlar, avukatlık yapmak için kabul edilmiş oldukları mahkemenin yargı çevresi ile sınırlı olarak avukatlık yapma yetkisine sahiptiler (Lokalisationszwang). Bu kural, 1.1.2000 tarihinde Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemeleri bakımından, 1.8.2002 tarihinde ise, Eyalet Yüksek Mahkemesi bakımından kaldırılmıştır. Buna karşılık, söz konusu kural Federal Mahkeme yönünden halen geçerliğini korumaktadır (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.2; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004, § 53, Nr.10; **Schilken**, Eberhard, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2006, s.51, Nr.96; Thomas/Putzo, § 78, Nr.1; Zöllner-Vollkommer, § 78, Nr.1). Bu sınırlamanın kaldırılması, taraflara avukat seçimlerinde serbesti sağlanması ve avukat değiştirme külfetinden ve masraflardan kurtulması açısından olumlu karşılanmaktadır (Zöllner-Vollkommer, § 78, Nr.1).

⁹ Medeni Usul Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkındaki yargılama usulünü düzenleyen §§ 606-687 hükümleri 01.09.2009 tarihi itibarı ile yürürlükten kalkmış ve bu hususlar FamFG kapsamında hükme bağlanmıştır (bkz. Prütting/Gehrlein-Bürgermeister, §§ 606-687, Nr.1).

¹⁰ Kural olarak sulh mahkemeleri nezdinde görülen davaların avukatla temsil zorunluluğundan müstesna tutulması, mahkemelerin iş yükünün avukat tarafından

hukuk mahkemeleri bünyesinde görev yapan aile mahkemeleri¹¹ nezdinde avukatla temsil zorunluluğu söz konusu olmaktadır¹². Şu kadar ki, evlilik ile ilgili ve bunun devamı niteliğini taşıyan davalarda ve ayrıca aile hukukuna ait uyuşmazlıklarda avukatla temsil zorunluluğu vardır¹³. Medeni Usul Kanunu'nun 78. maddesinin kanun değişikliğinden önceki 2. fıkrasında, birlikte yaşamadan¹⁴ doğan uyuşmazlıklara (§ 103 FamFG) ilişkin davalarda da avukatla temsil zorunluluğunun cari olduğu hükme bağlanmıştır¹⁵. Yapılan değişiklik ile bu husus da FamFG kapsamına alınmıştır¹⁶.

İş hukukuna ilişkin davalarda, ilk derece yargılaması yönünden avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık, Eyalet İş Mahkemeleri ve Federal İş Mahkemeleri nezdinde, bir avukat ile ya da İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11/II, 1 hükmü kapsamında olan bir kişi ile temsil edilme zorunluluğu vardır¹⁷.

azaltılacağı argümanı yönünden eleştirilmektedir. Öyle ki, asliye hukuk mahkemesi hakimi avukatla temsil zorunluluğunun bu olumlu yönünden istifade ederken, sulh hukuk mahkemesi hakimi bunun dışında kalacaktır (bkz. Fabienke, s.77).

¹¹ § 23 b/I GVG; ayrıca bkz. Ercan, s.1284.

¹² Aile hukukuna ait davalarda avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ile ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları kaldırılmış; bu hususlar 17.12.2008 tarihli Reform Kanunu'nun (Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG-Reformgesetz) birinci maddesi ile getirilen "Aile Hukukuna İlişkin Davalara ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Yargılama Usulü Hakkında Kanun"un (Gesetz über das Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG) 114. maddesi ile düzenlenmiştir (ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein- Burgermeister, § 78, Nr.1.).

¹³ Ayrıca bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.35; Zöllner- Vollkommer, § 78, Nr.4 ve 46.

¹⁴ Almanya'da, evli olmayan, fakat birlikte yaşayan çiftler, bu durumu resmi kayıt altına aldıkları imkanı sahiptirler. "Lebenspartnerschaft" olarak ifade edilen medeni birliktelik kurumu, evlilik kurumuna bağlanan benzer hukuki sonuçlara sahiptir. Almanya'da eşcinsel evliliklerine izin verilmemekle birlikte, bu gibi çiftler de söz konusu kurum kapsamında değerlendirilmektedir.

¹⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.8-11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.331, Nr.11-12; **Stein/Jonas- Bork**, Reinhard, § 78, Nr.7-13, in **Stein/Jonas**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 22. Auflage, 2004 Tübingen; Zöllner-Vollkommer, § 78, Nr.27 vd.

¹⁶ Hangi hususların aile hukukuna ilişkin olduğu FamFG'nin 111. maddesinde sayılmış olup, birlikte yaşamadan doğan uyuşmazlıklar 11. bentte düzenlenmiştir.

¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.13-14; Zöllner- Vollkommer, § 78, Nr.53.

Esas davanın görüldüğü mahkemenin cebri icra prosedürü bakımından da yetkili olması halinde, bu prosedürde de avukatla temsil zorunluluğu vardır. Buna karşılık, ilamsız icra prosedüründe (Mahnverfahren)¹⁸ avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁹.

Avukatla temsil zorunluluğunu düzenleyen 78. maddenin 2. fıkrası ile, üst derece mahkemelerine başvurularda (Nichtzulassungsbeschwerde)²⁰, resmi makamlar ve kamu tüzel kişileri ile bunlar tarafından kamu görevlerini yerine getirmek amacı ile oluşturulmuş komisyonların, hakimlik vasfını haiz olan²¹ kendi çalışanları ile temsil edilebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Naip hakim veya istinabe olunan hakim ile yazı işleri müdürünün önünde yapılan usuli işlemlerde avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır (§ 78/III dZPO).

Bir avukatın kendi davasında bir başka avukat ile temsil edilmesine ihtiyaç yoktur. O dava yönünden avukatlık yapma yetkisine sahip olan avukat, kendi davasında avukatla temsil zorunluluğundan müstesna tutulmuştur (§ 78/IV dZPO). Avukatın bir davada kanuni temsilci sıfatı ile yer alması veya iflas komiseri olarak görev yapması halinde de avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır²².

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78'inci maddesi, esas hakkındaki talebin kabule şayanlığı noktasında, bir yönü ile, davanın taraf davası mı, yoksa avukat davası mı²³ olduğunun tespitine ilişkindir, ki bu mesele, o davada avukatla tem-

¹⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gören Ülkü**, Nazlı, İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008, s.147 vd.; aynı yazar, İlamsız İcra İlişkin Uygulamalar, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.571-58.

¹⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.16; Stein/Jonas- Bork, § 78, Nr.24; Zöllner- Vollkommer, § 78, Nr.17.

²⁰ Akkan, s.8.

²¹ Almanya'da avukatlık yapabilmek, hakim olabilme kriterlerine sahip olmayı gerektirmektedir (bkz. § 4 BRAO); bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkaya-Ferendeci**, Özden, Avukatlık Mesleğinin Tarihsel Gelişimine Genel Bir Bakış, MİHDER, 2010, C.6, S.16, s.285-304, özellikle s.292 vd..

²² Zöllner- Vollkommer, § 78, Nr.55.

²³ Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78'inci maddesi "avukat davası" (Anwaltsprozess) başlığını taşımaktadır. Avukat davası, avukatla temsil zorunluluğunun geçerli olduğu davaları ifade etmektedir; "Taraf davası" (Parteiprozess) başlıklı 79'uncu madde ise, avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmediği, tarafın kendi başına yürütebileceği

sil zorunluluğunun geçerli olup olmaması ile açıklığa kavuşur. Diğer yandan ise hüküm, avukatın o mahkeme nezdinde avukatlık yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı (Postulationsfähigkeit) meselesi hakkındadır²⁴.

Avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı davalarda taraf, kendisini bir avukat ile temsil ettirse dahi, bu dava taraf davasıdır. Avukat davasında ise, tarafın davayı yürütme ehliyeti (Postulationsfähigkeit) bulunmamaktadır²⁵. Avukatla temsil zorunluluğunu düzenleyen hükümler emredici niteliktedir ve avukat davasında, tarafın o mahkeme yönünden yetkili bir avukat ile temsil edilip edilmediği hakim tarafından resen dikkate alınır²⁶. Tarafın, bundan feragat etmesi mümkün değildir. Bu husus, usuli işlemlerin geçerli şekilde yapılabilme şartı olup, bir dava şartı değildir. Avukatla temsil zorunluluğunun öngörüldüğü bir davada, tarafın avukatı olmaksızın yapmış olduğu usul işlemleri geçersizdir²⁷. Üstelik bu işlemlerin sonradan icazet verilerek geçerli kılınabilmesi mümkün değildir. Mahkemenin, avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu hususunda genel anlamda bir işaret etme ödevi mevcut değildir²⁸.

Avukatla temsil zorunluluğu kural olarak mahkeme önündeki tüm usul işlemlerini (örneğin, dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi, vakıaların dermeyanı, delillerin ikamesi, acele şikayet, mahkeme içi sulh, davanın geri alınması, davanın kabulü, davadan feragat, istinaf başvurusu, kanun yoluna başvurunun geri alınması, kanun yolundan feragat gibi) kapsamaktadır²⁹.

Pasif temsilde, bir başka ifade ile sözlü yargılamanın dışında, avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraf, dava dilekçesini, karşı tarafın beyanla-

davalar hakkındadır (bkz. Stein/Jonas- Bork, § 78, Nr.1; Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.1a).

²⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.1.

²⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.331, Nr.14; Schilken, s.49, Nr.95; Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.1a.

²⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.4; Prütting/Gehrlein- Burgermeister, § 78, Nr.1; Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.3, 20.

²⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.17; Prütting/Gehrlein- Burgermeister, § 78, Nr.2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.332, Nr.16, 20; Schilken, s.49, Nr.95 ve özellikle s.153, Nr.277; Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.3, 9.

²⁸ Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.3.

²⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.332, Nr.16; Schilken, s.49, Nr.95, Stein/Jonas- Bork, s.293, Nr.23; Zöller- Vollkommer, § 78, Nr.9.

rını, tebligatları kabul etmeye yetkilidir³⁰. Sözlü yargılamada ise, beyanların karşı tarafın avukatına yapılması gerekmektedir³¹. Bununla birlikte, tarafa talep üzerine avukatının yanında söz verilebilir; taraf, avukatın beyanını geçersiz kılabilir veya düzeltebilir, vakia dermeyeranda veya ikrarda³² bulunabilir, ifadesini geri alabilir. Tarafın bu beyanları hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi kapsamında esas alınabilir³³.

B. Avusturya Hukuku

Avusturya Hukuku'nda hakim etkin bir konuma sahiptir. Hakime esas bakımından davayı sevk yetkisi tanınmış ve tarafların ve mahkemenin birlikte hareket etme yükümlülüğü düzenlenmiştir³⁴. Buna rağmen Avusturya kanun koyucusu, taraf hakimiyetinin ön planda olduğu Alman Hukuku'nda olduğu gibi avukatla temsil zorunluluğunu düzenlemiştir (§ 27 öZPO). Bu düzenlemenin amacı, zayıf, hukuki bilgidен yoksun tarafı hukuki dezavantajlardan korumak ve yargılamayı, hukuk bilgisine sahip vekilin işbirliği ile basitleştirmek ve hızlandırmaktır³⁵.

Avusturya Hukuku'nda avukatla temsil zorunluluğu ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur: Kesin avukatla temsil zorunluluğunun (absolute Anwaltspflicht) bulunduğu hallerde durum Alman Hukuku'ndaki ile benzerdir. Taraflar böyle hallerde kendilerini bir avukat vasıtası ile temsil ettirmek zorundadırlar³⁶. Nispi avukatla temsil zorunluluğunun (relative Anwaltspflicht) bulunduğu haller ise, Türk Hukuku'ndaki avukatlık tekeline³⁷ karşılık gelmektedir. Şöyle ki, bu gibi hallerde tarafların kendilerini bir avukat ile temsil ettirmeleri ihtiyaridir. Taraflar

³⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.332, Nr.18; ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein- Burgermeister, § 78, Nr.14.

³¹ Zöllner- Vollkommer, § 78, Nr.10.

³² Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ercan, s.1285-1286.

³³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 78, Nr.17; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.332, Nr.21; ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein- Burgermeister, § 78, Nr.2; § 137/IV dZPO.

³⁴ **Rechberger**, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Der. Yıldırım, M. Kamil, 5. Bası, İstanbul 2006, s.1-15, s.2 ve 5 vd..

³⁵ **Rechberger**, Walter H./**Simotta**, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Wien 2009, s.185, Nr. 374.

³⁶ Kesin avukatla temsil zorunluluğunun objektif istisnaları için bkz. Rechberger/Simotta, s.185, Nr.377.

³⁷ Bkz. aşağıda dn.48 civarı.

davalarını kendileri yürütebilirler. Ancak bir üçüncü kişi ile temsil edilmek isterlerse, bu kişinin bir avukat olması zorunludur³⁸.

Sulh mahkemelerinde (Bezirksgericht) görülen ve dava konusunun miktarı 4000 Avro'yu geçen uyuşmazlıklar ile üst derece mahkemesi olarak görev yapan, Asliye Hukuk Mahkemeleri (Landesgericht), Eyalet Yüksek Mahkemeleri (Oberlandesgericht) ve Yüksek Mahkeme (oberste Gerichtshof) nezdinde görülen davalarda kesin avukatla temsil zorunluluğu söz konusudur (§ 27/I öZPO)³⁹.

C. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku'nda da, tarafların yargılamada bir avukat ile temsil edilmeleri⁴⁰ kural, şahsen icabet istisnadır. Bu durum, yargılama usullerinin çetrefil oluşu ile açıklanmakta ve avukat ile temsil zorunluluğunun taraf menfaatine hizmet ettiği kabul edilmektedir⁴¹.

Öncelikle, büyük dava mahkemesi olarak adlandırılan Asliye Hukuk Mahkemeleri nezdinde görülen davalarda avukatla temsil mecburiyeti öngörülmüştür. Bununla birlikte, avukatın nezaretinde olmak kaydıyla tarafın kendi müşahedelerini takdim etmesi yasaklanmamış; fakat bu imkan hakimın iznine tabi kılınmıştır.

Taraf, dava dilekçesinde tayin etmiş olduğu avukatın ismine yer vermemiş ise dilekçe hükümsüzdür (NCPC m.752). Davalı yönünden de avukatla temsil zorunluluğu caridir (NCPC m.755). Aynı esas davaya müdahalede de geçerlidir (NCPC m.814). Kural olarak, çekişmesiz yargı işlerinde de temsil zorunluluğu vardır. İstinaf derecesinde de taraflar bir avukat vasıtası ile temsil edilmek durumundadırlar⁴² (NCPC m.899). Temyiz mahkemesi nezdinde de, özel bir kanun hükmü ile aksi öngörülmemiş ise, temsil zorunluluğu söz konusudur⁴³.

³⁸ **Rechberger**, Walter H., Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien 2006, § 27, Nr.2 vd.; Rechberger/Simotta, s.185, Nr.375.

³⁹ Rechberger, § 27, Nr.2; Rechberger/Simotta, s.185, Nr.376.

⁴⁰ Fransız Hukuku'nda, avukattan hukuki yardım (danışmanlık hizmeti) almak veya yargılamada bir avukat vasıtası ile temsil edilmek (Mandat ad litem) şeklinde ikili bir ayırım söz konusudur (NCPC m.931).

⁴¹ **Julien**, Pierre/**Fricéro**, Natalie, Représantation en Justice, Juris Classeur Procédure Civile, Fasc. 106, Nr. 56.

⁴² Fransız Hukuku'nda da, Alman Hukuku'na benzer bir durum söz konusudur. Öyle ki, yargılama derecelerine göre avukatların yetki sınırları farklılık arz etmektedir. İstinaf

D. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku'nda, gerek kantonal medeni usul kanunlarında⁴⁴, gerekse 01.01.2011'de yürürlüğe giren federal düzeydeki İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda⁴⁵ avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁶. Taraflar davalarını bizzat ya da bir avukat vasıtası ile yürütebilirler. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmamakla birlikte, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 69'uncu maddesinde, HUMK m.71'e⁴⁷ (HMK m.80)⁴⁸ karşılık gelen bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁹. Söz konusu maddeye göre, mahkeme, açıkça tek başına davasını yürütemeyecek durumda olan kimsenin kendisine bir temsilci atmasını isteyebilir. Şayet taraf, verilen süre içinde kendisine bir temsilci tayin etmez ise, mahkeme bir avukat atar. Görüldüğü üzere, tarafın hareketsiz kalması karşısında öngörülen sonuç, HUMK m.71'deki düzenlemeden farklıdır. İsviçre düzenlemesinde hakime bu durum karşısında bir avukat atama yetkisi tanınmışken, 71'inci madde, bu halde, yargılamanın tarafın yokluğunda yapılacağını öngörmüştür. Hukuk Muhakeme-

derecesinde sadece "avoués" sıfatını haiz avukatlar görev yapabilmektedir. Bir avukatın bu vasfa kavuşabilmesi Fransız vatandaşı olmak, yüksek lisans yapmış olmak, öngörülmüş olan sınavda başarılı olmak, istinaf mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve avoués stajı görmüş olmak gibi şartlara tabi kılınmıştır. İstinaf yargılamasında, çekişmesiz yargı işleri de dahil olmak üzere taraf, kendisini bir avoués ile temsil ettirmek zorundadır, Julien/Fricéro, Nr. 56 vd..

⁴³ Julien/Fricéro, Nr. 56 vd..

⁴⁴ Bkz. 1976 t. Zürih Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 27; 1966 t. Solothurn Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 33/I; 1918 t. Bern Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 35/I; 1994 t. Lozan Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 44/I; 1990 t. St. Gallen Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 39/I; 1984 t. Aargau Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 48/I; 1988 t. Thurgau Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 17; 1951 t. Schaffhausen Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 81; 1949 t. Appenzell Inner Rhoden Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 54; 1961 t. Basel-Land Kantonu Medeni Usul Kanunu Art. 50/I.

⁴⁵ 19.12.2008 tarihli İsviçre Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung) metni için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/21.pdf>; İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısı'nın çevirisi için bkz. **Atalı**, Murat, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı, MİHDER, 2005, C.1, S.1, s.123-188.

⁴⁶ İsviçre Medeni Usul Kanunu'ndan önceki dönem için bkz. **Guldener**, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, s.132; **Walder-Richli**, Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, s.139, Nr.1.

⁴⁷ HUMK m.71 ile ilgili olarak bkz. aşağıda dn.59 civarı.

⁴⁸ Ayrıca bkz. aşağıda dn.61 civarı.

⁴⁹ Ayrıca bkz. Walder-Richli, s.139, Nr.1.

leri Kanunu⁵⁰ da, HUMK düzenlemesini muhafaza etmiştir. Mahkemenin tarafın vekil ile temsiline ilişkin kararına uymayan tarafın karşılaşacağı sonuçlar dikkate alındığında, İsviçre düzenlemesinin isabetli olduğunu düşünmekteyiz⁵¹. Zira bu hüküm, davasını bizzat yürütmek konusunda yetersiz olan tarafın hukuken korunmasına yöneliktir. Bu nedenle, mahkeme emrine riayet etmeyen tarafa mahkemenin avukat ataması maddenin düzenlenme amacına daha uygun görünmektedir.

III. Türk Hukuku’nda Kabul Edilen Sistem

Medeni yargılama hukukumuzda, avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile, taraf, davasını açmak ve yürütmek için kendisine bir avukat atamak zorunda değildir. Dava ikamesine ehil olan; yani taraf ve dava ehliyetine sahip (1086 sayılı HUMK m.38; 6100 sayılı HMK m.50-51) her kimse, davasını bizzat takip etmeye de ehildir. Tarafın davasını bir vekil ile yürütmesi ihtiyaridir (HUMK m.59/I; HMK m.71; Av.K m.35/III). Ancak taraf, davasını bir vekil vasıtası ile takip etmek ister ise, bu kişinin kural olarak baroya kayıtlı bir avukat olması gerekmektedir⁵². Bu kural, “avukatlık tekeli” olarak ifade bulmaktadır⁵³ (Av.K m.35/I). Bu durumda kural olarak, baroya kayıtlı avukatların dışındaki kimselerin davaya vekalet ehliyetlerinden de bahsedilemeyecektir. Halbuki davaya geçerli vekaletname, bir dava

⁵⁰ **01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (RG 04.02.2011 t. ve 278 S.) 450. maddesi uyarınca 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kalkacaktır.**

⁵¹ Bkz. **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s.49 (kıs.: Tasarı); Ercan, s.1290, dn.100 ve 1295.

⁵² Bu kurala istisna olarak bkz. Kadastro K. m.31/I; TTK m.58 (6102 S. TTK m.56), 119/II (6102 S. TTK m.105/II), m.955/II (6102 S. TTK m.1070/III); Av. K. Geçici m.12/I, m.13, m.17.

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, Mehmet Şirin**, Avukatlık Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.138-155; **İyimaya, Ahmet**, Avukatlık Tekel Hakkı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s.157-170; **Sungurtekin Özkan, Meral**, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s.19 vd..

şarttır⁵⁴ (HMK m.114/I, b.f) ve bu şartın yokluğu, davanın usulden reddini gerektirmektedir. Davaya vekalet ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususu, davanın esas bakımından incelenmesine geçilmeden evvel, hakim tarafından resen dikkate alınması gereken bir meseledir.

Medeni yargılama hukukumuzda, her ne kadar avukatla temsil zorunluluğu öngörülmemiş olsa da, mevcut bazı düzenlemelerin bu esas yönünden ele alınmasında fayda vardır. Bu bağlamda, Av.K m.35/III⁵⁵ hükmü dikkat çekmektedir. Bu düzenleme ile, Türk Ticaret Kanunu'nun 272'nci (6102 sayılı TTK m.332) maddesinde öngörülen esas sermayesinin beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca bu zorunluluğun yerine getirilmemesi para cezası ile müeyyidelendirilmiştir. Ancak söz konusu hükmü, avukatla temsil zorunluluğunu öngören bir düzenleme olarak ele almak doğru değildir. Zira buradaki zorunluluk, sözleşmeli bir avukat bulundurmaya ilişkindir. Halbuki belirtilen şirket ve kooperatifler, açtıkları ya da kendilerine karşı açılan davaları kendileri yürütebilirler; kendilerini bir avukatla temsil ettirmek zorunda değildirler⁵⁶.

Avukatlık Kanunu'nda öngörülen bu düzenleme dışında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 70 ve 71'inci maddelerinde yer verilen düzenlemelere de değinmek gerekir. HUMK m.70 hükmündeki ifade şu şekildedir:

“Davasını bizzat takip eden kimse huzuru mahkemede münasip olmayan hal ve tavırdaki bulunur ise hakim kendisine ihtar eyler. Buna da riayet etmezse hakim derhal dışarıya çıkarılmasını emir ve icabı halinde kendisini vekil

⁵⁴ **Kuru, Baki**, Dava Şartları, Makaleler, İstanbul 2006, s.174 vd.; aynı yazar, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler, Makaleler, İstanbul 2006, s.145.

⁵⁵ 5728 s. Kanun (RG 08.02.2008 t. ve 26781 S.) m.329 ile değişik III. fıkra: “Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmaya zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgari ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.”.

⁵⁶ **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s.145, dn.1 (kis.: Medeni Usul Hukuku); Ercan, s.1290, dn.101.

tainine icbar eder. Vekil tayin etmediği surette gıyaben muhakeme icra ve hükmolunur.

Vekil, münasip olmayan hal ve tavırda bulunursa⁵⁷ yukarki fıkralar mucibince mahkemeden çıkarılır ve mahkemece kat'i lüzum görülürse bu bapta esbabı mucibenin zikriyle tayin edeceği müddet zarfında başka bir vekil göndermesinin asile tebliğine karar verilir.

Müvekkil mahkemece tayin olunan müddet zarfında diğer bir vekil göndermezse mahkemeye gıyaben⁵⁸ bakılır.⁵⁹

Kanun'un 71'inci maddesinde ise şu düzenleme yer almaktadır:

“Tahkikat hakimi iki taraftan birinin layıkıyla davasını takip edecek ehliyetinde olmadığı⁶⁰ görürse bir vekili refakatine almasını emredebilir. O kimse emre riayet etmezse muhakeme gıyaben icra olunur.”⁶¹

⁵⁷ Yargıtay, “türbanlı olarak duruşmaya katılan ve türbanını çıkarması konusunda yargıç tarafından uyarılan yakıncı vekilinin temel özgürlük ve haklarını kullandığı gerekçesiyle olumsuz tutumunda direnmesi”ni, HUMK m.70 hükmü kapsamında değerlendirmiştir (Bkz. 8.CD, 05.11.1997 t., E.13604/K.15032, YKD 1998, S.1, s.138).

⁵⁸ Madde metinlerinde yer alan, “muhakemenin gıyaben icra olunacağı” hakkındaki ifadeyi, gıyap kurumunun kaldırılmış olmasından dolayı, 3156 sayılı Kanun ile tadil olunan HUMK m.213 hükmü doğrultusunda, yargılamaya tarafın yokluğunda bakılacağı şeklinde değerlendirmek gerekmektedir (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku, s.145, dn.3; Yıldırım M. Kamil/Gören-Ülkü, Nazlı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2008, s.46, m.70). Nitekim 6100 sayılı HMK'nın konuya ilişkin 79. maddesinde “tarafın yokluğu halinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır” şeklinde açık bir ifade kullanılmıştır.

⁵⁹ 6100 sayılı HMK'nın konuya ilişkin 79. maddesi ile, HUMK. m.70, f.1, benzer bir düzenleme ile korunurken, üçüncü fıkra hükmü kaldırılmıştır. İkinci fıkra hükmü ise, tamamen değişikliğe uğramıştır. Buna ilişkin HMK. m.79, f.1 hükmü, hakim uyarısına riayet etmeyen vekil için, fiilin disiplin veya adli suç teşkil etmesi durumunda, duruşmanın ertelenerek yasal işlem yapılmak üzere mahkemece vekilin kayıtlı olduğu baroya ya da Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunulacağı yönünde bir müeyyide getirmiştir.

⁶⁰ **Kuru**, sağır ve dilsizlerin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Hakim, sağır ve dilsiz olan tarafa HUMK m.71 hükmü uyarınca kendisini vekil ile temsil ettirmesini emretmelidir (**Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Bası, İstanbul 2001, s.1277). Yargıtay ise, bu halde HUMK m.71 hükmünün değil, m.270 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmektedir (Bkz. Ercan, s.1291, dn.104'te anılan Yarg. 7. HD, 13.12.1953 t., E.5099/K.4742).

⁶¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, “Tarafın davasını takip edebilecek ehliyetinde olmaması” başlıklı 80'inci maddesi de, HUMK m.71 ile benzer bir düzenleme içermektedir: “Hâkim, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etme-

Kanun'da öngörülmüş olan bu düzenlemeler, tarafların davalarını açıp takip etmek veya bu konuda bir avukata vekalet vermek bakımından kendilerine tanınmış olan özgürlüğün sınırlandırıldığı tahdidi hallerdir. Ancak sözü edilen düzenlemeleri, avukatla temsil zorunluluğu ile birbirinden ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Zira, 70 ve 71'inci maddeler ile getirilen sınırlama, davanın sıhhati bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır. Öyle ki, bu maddelerin uygulama alanı bulması, ancak davanın ikamesinden sonra mümkün olabilmektedir. Halbuki, avukatla temsil zorunluluğunun öngörüldüğü bir durumda, davanın sıhhati artık, bu şartın yerine getirilmiş olmasına tabi kılınmaktadır. Bir başka ifade ile, avukat ile temsil zorunluluğuna uyulması, usuli işlemlerin geçerliği bakımından önem taşımaktadır.

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda avukatla temsil zorunluluğu düzenlenmemiştir. Buna karşılık, 27.01.2004 tarihli Bakan Olur'u ile oluşturulan Komisyon tarafından hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile avukatla temsil zorunluluğu getirilmişti. Ancak, "Dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemeleri ile, değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere, davasını ancak bir avukat aracılığı ile açıp yürütebilir ve kendisi aleyhine açılan davayı takip edebilir. Birinci fıkra hükmü, kanun yolu aşamasında da geçerlidir.

Şahıs varlığına ilişkin dava ve işlerde avukat aracılığıyla temsil zorunluluğu yoktur."⁶² şeklinde bir düzenlemeyi içeren 77'inci madde hükmü⁶³, Tasa-

sine karar verebilir. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılır."

⁶² Avukatla temsil zorunluluğunun tüm davalara inhisar ettirilmesi halinde doğabilecek adli yardım ihtiyacının karşılanmasında meydana gelebilecek kaynak sıkıntısı nedeniyle, ilk aşamada düzenleme sınırlı bir alana yönelik hazırlanmıştır (Bu konuda bkz. **Atalay**, Oğuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S.8, s.9; **Pekcanitez**, Hakan, Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Tasarısı, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S.8, s.74).

⁶³ Hükmün madde gerekçesi şöyledir: "Hukuk davalarında sağlıklı olarak hakkın korunabilmesi ve elde edilebilmesi maddi hukuk bilgisi yanında, usul hukuku bilgisi sahibi olmayı gerektirmektedir. Bu bilgilere sahip olabilmek ve edindiği bilgileri gerektiği gibi ihtiyaç halinde kullanabilmek ise, hukuk eğitimi alarak, avukatlık veya hakimlik stajı yapılarak elde edilebilmekte, hatta bunların dahi yeterli olamadığı hukuki uyumsuzluklar olabilmektedir. Dava ve cevap dilekçesinin yazılması, hakkın ispatına yarayan delillerin belirlenip mahkemeye bildirilmesi, süreler, itirazlar, kanun yollarına başvuru gibi her biri kendi içinde haklı sonuca ulaşabilmede özel bir önem taşıyan

işlemler, hakkı savunmak ve elde edebilmek yönünden büyük önem taşımaktadır. Çoğu hukuk davasında hakimin re'sen araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Hakimin tarafsız davranması, yargılamanın gereğidir. Bu çerçevede hakim re'sen araştırma yetkisi bulunmayan hususlarda, tarafların iddia ve savunmalarını etkileyici bireysel davranışta bulunmaktan yasaklıdır. Kişilerin dava ehliyetine sahip olma yanında, kendi davalarını kendilerinin takip etmesi söz konusu olduğunda, kişiler esasa ve usule ilişkin gerekli usul bilgisi ve deneyim yoksunluğu, haklı olanın haksız çıkmasına, haksızın haklı çıkabilmesine sebep olabilmektedir. Bu Tasarı ile hukuk davalarında hakkın aranması, savunulması ve yargılamada en adaletli sonuca ulaşabilmek için, yeterli alt yapının oluşumuna paralel şekilde, uygulamanın zamana yayılarak uzamanlar aracılığı ile sağlanması hedeflenmiştir.

Tarafların avukatla temsil zorunluluğu mali gücü yeterli olmayanlar yönünden hak kaybına sebep olmamalıdır. Bu zorluğun da adli yardım sistemi ile çözülmesi mümkündür. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 176 ve devamı maddeleri ile 1086 sayılı Kanunun 465 ve devamı ve bu Tasarının 338 ve devamı maddelerinde düzenlenen adli yardım sistemi, ekonomik durumu uygun olmayan taraflara gerekli hukuki yardımı sağlayabilecek mali yapıya ve güce kavuştuğunda, ekonomik gücü olmayanların hakkının korunması ve sağlanması sıkıntısı da önlenecek daha gerçekçi bir şekilde hak arama ve hakkın savunulması ve adil bir yargılama hedefine ulaşılmış olacaktır.

Adaletin, adil, etkin ve hızlı gerçekleştirilmesi ilkelerinin hayata geçirilmesi, çağdaş sistemlerin benzer yollara yönelmiş olması, Avrupa Birliği uygulamasına uyumlu bir hukuk yargılaması vatandaşlarımız için de ulaşılması gereken bir haktır. Avukatla takip zorunluluğu, yargılamada, bilgisizlikten ve hatalı bilgilere dayalı talepler, itirazlar ve işlemlerden kaynaklanan olumsuzlukları asgariye indirecek, davaların daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlayabilecek, gecikmeden kaynaklanan olumsuzlukları da önemli ölçüde giderecektir.

İlk aşamada tüm davaların avukatlar aracılığı ile açılması ve takip zorunluluğu, adli yardıma ihtiyacı olan tarafların kaynak ihtiyacının karşılanmasında sıkıntılar doğurabileceğinden, sistemin geçiş döneminde, uygulamanın dar bir alanda başlatılmasında yarar görülmüş, geçiş dönemi sonrası uygun şartlar oluştuğunda, sadece bu maddede yapılacak düzenlemelerle uygulamanın yaygınlaştırılması hedeflenmiştir.

Bu çerçevede, madde düzenlemesinde 1086 sayılı Kanunun 59 uncu maddesindeki dava açmağa ehil herkesin davasını kendisi açabilme ve takip edebilme düzenlemesinden farklı bir düzenleme benimsenerek başlangıçta dar bir alanda da olsa, avukatla temsil zorunluluğu kabul edilip, uygulamanın ihtiyaçlar çerçevesinde zaman içerisinde genişletilebilmesi öngörülerek, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemelerinde görülen davaların tamamı, şahıs varlığına ilişkin davalar ve belirtilenlerin dışında kalan değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalarda ve bu davaların kanun yolu aşamalarında, avukatla temsil zorunluluğu olmaksızın, taraflar dava açabilecek veya kendileri aleyhine açılmış olan davaları bizzat takip edebileceklerdir. Avukatların kendilerinin davada taraf olması halinde, bu kişilerin amacı sağlayacak nitelikleri bulunduğundan şahısları ile ilgili dava ve takipleri bizzat takip edebilecekleri kabul edilmiştir. Belirtilen kapsam dışında kalan ve dava konusunun değeri ellibin Türk Lirasını aşan davaların açılması, savunulması ve takibi, avukatlar aracılığı ile yapılabilecek ve avukat aracılığı ile dava açmak, savunmak ve takip edebilmek için yeterli ekonomik gücü olmayanlar 1136 sayılı Kanunun 176 ve Tasarının 338 ve devamı maddelerindeki düzenlemelere göre adli

rı'nın 16.4.2008 tarihinde TBMM Başkanlığına sevki sırasında metinden çıkarılmış ve onun yerine HUMK sistemini muhafaza eden 76'ncı (HMK m.71) madde getirilmiştir⁶⁴.

IV. Değerlendirme

Avukatla temsil zorunluluğunun kabul edildiği sistemlerde, kanun koyucunun bu zorunluluğu kural olarak yargılama faaliyetinin hükme etkili olacak unsurlarına inhisar ettirdiği görülmektedir. Tarafın irade serbestisi genel olarak mahkeme dışı işlemler yönünden dikkate alınmış ve taraf, bu anlamda yetkili kılınmış; fakat yargılama faaliyeti bakımından avukatın işlemi geçerli kabul edilmiştir. Bu esaslar, temsil zorunluluğu ile sağlanmak istenen amaç ile uyum içinde görünmektedir. Nihai amaç, etkin ve adil bir yargılamanın teminidir.

Kurumun olumlu yönleri dikkat çekse de, elbette ki konuyu bütünü içinde ele almak doğru olanıdır. Avukatla temsil zorunluluğunun kendisinden beklenen amaca hizmet etmesi, bunun kendisinin bir külfet olmamasını gerektirir. Eğer temsil zorunluluğu, bir yandan tarafın bireysel menfaatlerine hizmet etsin istenirken, diğer yandan bazı durumlarda ağır bir maddi veya sosyal yük oluşturuyorsa, kurum amacından uzaklaşacaktır. Bu husus, devlet cephesi için de geçer-

yardım imkanlarından yararlanmak suretiyle, dava ve takiplerde kendilerini temsil ettirebileceklerdir.”.

Hükmün gerekçesi incelendiğinde, mukayeseli hukukta ileri sürülen benzer mülhazalar ile hareket edildiği anlaşılmaktadır. Ancak hükmün düzenlemesine bakıldığında, Alman Medeni Usul Kanunu'ndan farklı olarak, vekalet veren tarafın, Tasarı'nın 80'inci maddesindeki özel yetki gerektiren hallere ilişkin yetkisinin saklı tutulduğu görülmektedir. Halbuki Alman Hukuku'nda, avukat her türlü usuli işlemi yapabilmektedir. Bir diğer fark ise, avukat olan kişinin kendi davasını takip etmek konusunda yetkili olduğuna ilişkin bir ifadenin, gerekçede belirtilmiş olmasına karşın, madde metninde yer almamış olmasıdır. Alman Hukuku'nda ise, bu konuya ilişkin açık düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. (Bkz. yukarıda dn. 22 civarı; ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Tasarı, s.49-50).

⁶⁴ Adalet Komisyonu çalışmaları esnasında 76. maddenin, “Dava ehliyetine sahip olan herkes, davasını ancak bir avukat aracılığıyla açıp yürütebilir. Birinci fıkra hükmü, kanun yolunda da uygulanır. Şahıs varlığına ilişkin dava ve işler ile değeri ellibin Türk Lirasının altında olan davalarda yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanmaz.” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiş, ancak avukatla temsil zorunluluğunun çeşitli kanunlarda değişiklik yapmayı gerektirmesi ve asıl olarak Avukatlık Kanununda düzenlenmesinin daha uygun olacağı gerekçesi ile önerge reddedilmiştir (bkz. Adalet Komisyonu Raporu- 1/574). Halbuki yukarıda açıklanmış olduğu üzere, mukayeseli hukukta konuya ilişkin düzenlemeler usul kanunlarında yer almıştır.

lidir. Avukat ile temsile maddi gücü yetmeyen vatandaşa adli yardım kapsamında bu hizmet sağlanırken kabul edilecek esaslar dikkatle belirlenmelidir. Ancak, güçlü bir adli yardım sistemi ve bunun yanında sistem döngüsünün sağlanmasını yapacak işlevsel bir hukuksal koruma sigortası ile avukatla temsil zorunluluğu adalete büyük katkı sağlayacak niteliğe bürünecektir. Bu yapılanma, kurumun anayasal boyutuna da zemin teşkil edecektir.

Konuyu Türk Hukuku açısından mevcut koşullar dahilinde ele aldığımızda, en başta adli yardım mekanizmasında halihazırda yaşanan aksamaların aşılması gerekliliği ortadadır. Buna karşılık, yargılama prensiplerimiz göz önünde tutulduğunda, özellikle tarafın yargılamadaki güçlü konumu ve yargılamaya yazılı yargılama usulünün hakim oluşu karşısında avukatla temsil zorunluluğu, adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi ve etkin bir hukuki himayenin temini bakımından tarafımızca olumlu değerlendirilmektedir. Öte yandan avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılması durumunda, konunun Hukuk Muhakemeleri Tasarısı'nın ilk halinde öngörülüş düzenlemeden daha etraflı bir düzenlemeye kavuşturulmasının; mukayeseli hukukta olduğu üzere, avukatla temsil zorunluluğunun istisnalarına yer verilmesinin ve konunun Avukatlık Kanunu'nda değil de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Kısaltmalar Cetveli

Art.	Artikel
Av.K	Avukatlık Kanunu
Bkz.	Bakınız
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
Der.	Derleyen
dn.	dipnot
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E.	Esas
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz

FamFG	Gesetz über das Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fasc.	Fascicule
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HD	Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
kıs.:	kısaltma
m.	madde
MİHDER	Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
NCPC	Nouveau Code De Procedure Civile
Nr.	Numara
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
t.	tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	ve devamı
öZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
Yarg.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	Zivilprozessordnung