

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU REFORMU VE ELEŞTİRİSİ BAKIMINDAN EKONOMİK ANALİZ*

*Prof. Dr. Peter GOTTWALD***

*Çev. Dr. Sema TAŞPINAR****

I.

1. Hukukun ekonomik analizi, savaş sonrası dönemin en ilginç, metodik çıkış noktası oluşturan konularındandır. Hukukun ekonomik analizi kurumu, Almanya'da özel hukukta -özellikle sözleşme, sorumluluk ve rekabet hukuku alanlarında- belirli bir kabul görmektedir¹. Son yıllarda bu konuda Almanca olarak yazılmış iki dikkat çekici çalışmadan söz etmek gerekir. *Adams*, 1981 yılında tarafların hangi ekonomik nedenlerle uzlaşmak (sulh olmak) yerine dava yoluna gittiklerini; tarafların davaya ilişkin beklentilerinin, uyuşmazlık konusunun değerinin, dava süresinin, olası yargılama giderleri yükünün (herşeyden önce hukukî himaye sigortasının) ve sübjektif olarak tarafların davalı veya davacı olma eğilimlerinin, taraf davranışları üzerine hangi etkileri olduğunu ve alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin veya sulhün ekonomik olarak nasıl değerlendirilmesi gerektiğini araştırmıştır². *Baudenbacher*, 1985 yılında ekonomik açıdan Zürih mahkemelerinin yükü konusu ile ilgilenmiştir³. Hukukun ekonomik analizi *Richard Posners*'in bu kurama (doktrine) adını veren eserinde⁴ usulî

* "Die ökonomische Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozeßrechts" isimli bu makale, Festschrift für Hans W. FASCHING zum 65. Geburtstag, Wien 1988, s. 181-194'de yayınlanmıştır. Makale, Prof. Dr. Peter GOTTWALD'in 14.2.2001 tarihli yazılı izni ile Türkçe'ye çevrilmiştir. Konunun Türk doktrinine tanıtılması konusunda gösterdiği duyarlılık nedeniyle kendisine çok teşekkür ederim.

** Regensburg/Almanya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

*** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹ Krş. *Assman-Kircher-Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts* (1980); *Köhler*, *Vertragsrecht und "Property Rights"-Theorie*, ZHR 144 (1980) 589.

² *Adams*, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, in *Justiz und Gesellschaft* Bd 15 (1981).

³ *Baudenbacher*, *Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem? Zur Überlastung der Zivilgerichte*, in *Zürcher Studien zum Verfahrensrecht* Bd. 61 (1985).

⁴ *Posner*, *Economic analyse of law* (1972).

bir bölüm (kısım) bulmasına rağmen, medenî yargılama hukuku bakımından genel olarak çok az dikkate alınmış ve incelenmiştir.

Ekonomik analizin konusu nedir? Ekonomik analiz, toplumun hukukunu ekonomik akılcılığa göre araştırmak, açıklamak ve düzenlemek; mevcut kaynak ve maddi olanakları mümkün oldukça mantıklı bir biçimde paylaşmak; mal değişiminden (mübadelesi) doğan işlem giderlerini en azda tutmak ve bu şekilde amaca yönelik davranış biçimlerini destekleyerek kamu yararına hizmet etmek amacını taşır. Çekişmenin ortadan kaldırılmasının bir aracı olarak medenî yargı, sonuçta, bu amacı yerine getirecek taraf davranışına uygun kuralları içerecek biçimde düzenlenmelidir. Eğer bütün giderler mümkün olduğu ölçüde aynı biçimde cüzi tutulur ve oluşacak giderler doğru tarafa yüklenir ise, bu durumda medenî yargılama hukuku ve icra hukukunun ekonomik anlamda akılcı (rasyonel) düzenlendiği sonucuna varılabilir. Bu amaçla, bizatihi usul yasalarının, dava sayısına ve yargılama usullerine ne gibi etkilerinin olduğu araştırılmalıdır. Böylece yargılama hukuku, analitik bir model incelemesine tâbi tutularak, bu eleştirilerden hukuk politikası ve stratejisi bakımından bir kısım normlar elde etmek mümkün olabilecektir.

2. Geleneksel yargılama hukuku karşısında bu görüş, tamamen yeni bir çıkış noktası sunmaktadır. Şimdiye kadar bireylere sübjektif hukukî himayenin (korunmanın) hangi koşullar altında sağlanacağı, usul hukuku ilişkisi ve işlem temelinden geliştirilen dava gibi normatif bir kısım temel kavramlarla incelenmişti⁵. Ekonomik analiz, liberal usul (yargılama) hukuku kuramıyla -sadece her ikisinin de görünüşte apolitik çıkış noktası sunması açısından- örtüşür. Çünkü bu apolitik çıkış noktası, temel bir model kabulü olmaksızın da tanımlanabilir. Böylece her iki kuram, biçimsel olarak ideolojiden arınmış bir görünüm taşır⁶. Buna karşılık usulün ekonomik analizinin sosyal usul (yargılama) hukuku doktrini ve hukukî himaye alanında da devletin, vatandaşın sosyal refahını sağlama konusundaki sorumluluğu ile herhangi bir ortak noktası bulunmamaktadır. Gerçi ekonomik analiz savunucuları, usulün sosyal refah açısından incelenmesinden söz etmekle beraber, bundan sadece işlevsel analizi anlamaktadırlar. Bu ise, davada yalnızca ekonomik akılcılığın (rasyonelitenin) tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilidir. Ancak söz konusu işlevsel analiz, mevcut kuralları eleştirmeye ve ekonomik akılcı (rasyonel) alternatifleri tasarlamaya, biçimlendirmeye yardım eder.

⁵ Krş. *Jauernig*, Materielles Recht und Prozessrecht, JuS 1971, 329.

⁶ Buna karşılık devlet ideolojileriyle olan bağlılığı, ilişkiyi haklı olarak vurgulayan *Fasching*, Lehrbuch Rz. 45.

Pek çok kişi, -pozitivist bakış açısıyla- bu tür soruları, bilimsel olmadığı veya sırf hukuk politikasını ilgilendirdiği gerekçesiyle dikkate almama eğilimindedir. Ancak bu doğru değildir. Yargılama hukuku, sadece hukukun bir parçası olarak anlaşılabilir. Yargılama hukuku, aynı zamanda yürürlükteki kanunların yorumu ve anlaşılması sanatı olarak da görülmelidir. Yargılama hukuku bilimi, dogmatik (normatif hukuk) ile sınırlandırılmamalıdır. Çünkü yargılama hukuku bilimi, yalnızca yazılı hukuku değil, yargılama hukukunun bütün boyutlarını da dikkate almak zorundadır⁷. Buna uygun olarak yargılama hukuku bilimi, gelenekler ve temel değerlerden kaynaklanan ve uygulamada kabul edilen uzlaşmaları gerekçelendirmek yanında, mevcut kurumların işlevlerini yerine getirip getirmediğini ve ideal bir yargılama hukuku düzeninin nasıl olması gerektiğini de araştırmalıdır. Bu anlamda kanun koyucu bilimsel verilerden, hukuk kültürüne ilişkin eleştirel düşüncelerden hareket ederek, kuralları zamanın ihtiyaçlarına uydurmak ve yenilemek zorundadır. İdeal bir usul kanununda gerçekçi ilkeler tasarlayabilmek için bilim, hukuk kuramının⁸, karşılaştırmalı hukukun⁹, hukukî olgu araştırmasının¹⁰, yargılama sosyolojisinin¹¹ ve idarî doktrinin¹² verdiği sonuçların yargısal sürece etkisini dikkate almalıdır. Fakat bununla yargılama hukukunun¹³ bir işlev değişimine uğradığı veya yürürlükteki kanunun değerinin, yorumunun yadsındığı gibi bir sonuç çıkarılamaz. Burada araştırma metotları ve bilgi kaynaklarının genişletilmesi söz konusu olmaktadır.

3. Medenî yargının amacı aynı zamanda uyumsuzluğun çözümü olarak görülürse yalnız usul dogmatizminin genişletildiği söylenebilir¹⁴. Bununla birlikte ideale ulaşmak yolunda halen sorunlar mevcuttur. Bu yolda münferit düzenlemelerin uyumsuzlukları çözmek için gerçekten uygun olup

⁷ Haklı olarak bu konuda *Bruns*, *Zivilprozeßrecht* (1979) Rz 3.

⁸ Krş. Örneğin, *Stahlmann*, *Zur Theorie des Zivilprozeßrechts* (1979); *Blankenburg-Rogowski*, *Zur Theorie von Gerichtsverfahren*, *ZfRSoz* 5 (1983) 133.

⁹ Bu konuda sadece bilgi olarak krş. *Schlosser*, *Zivilprozeßrecht I* (1983) ve aynı şekilde *Bruns*, *Zivilprozeßrecht Rz. 3*.

¹⁰ Krş. *Stempel*, *Recht und Politik* 1981, 180; *M. Wolf*, *Gerichtliches Verfahrensrecht* (1978) 21 vd.; *Baudenbacher*, *Der Zivilprozeß als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik*, *ZfSchweizRecht nF* (1983) 161.

¹¹ Örneğin, *Kininger*, *Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens* (1980); *Friedman-Rehbinder* (yayımlayan), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie IV* (1976).

¹² Krş. *Pukall*, *Der Zivilprozeß in der gerichtlichen Praxis* (1986); *Blankenburg*, *Die Justiz als Arbeitsorganisation*, *ZfRSoz* 3 (1986) 158; *Weihermüller*, *Zielsetzungen und Folgen eines DV-gestützten Geschäftsbetriebs im Zivilprozeß*, in *Automation in Gerichts- und Verwaltungsverfahren* (1980) 125 vd.

¹³ *Gilles*, *Zum Bedeutungszuwachs und Funktionswandel des Prozeßrechts*, *JuS* 1981, 402.

¹⁴ Krş. *E. Schmidt*, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie* (1973) 38; *M. Wolf*, *Verfahrensrechts* 21 vd.; sınırlı olarak *P. Gottwald*, *Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren*, *ZfP* 95 (1982) 245.

olmadığını araştırmak ve bunların somut biçimleriyle uyumsuzlukların çözümüne bir katkı sağlayıp sağlamadığını sormak gerekir. Yargılamanın (davanın) hızlandırılması ve basitleştirilmesi konuları, şimdiye kadar çoğunlukla "usul ekonomisi" kavramı adı altında tartışılmıştır¹⁵. Oysa bu konular, usulün ekonomik analizinin sadece bir alanını oluşturur. Usulün (hukukun) ekonomik analizi, bundan daha fazla olarak (bunun dışında), yargılamanın etkin bir biçimde sürdürülüp sürdürülmediğini; usul hukukunun, amaçlarına mümkün olabildiği ölçüde az bir giderle ulaşım ulaşılamadığı ve uyumsuzlukları çözme konusunda davadan önce veya dava dışında yeterli bir kısım araçlar veya olanaklar sunup sunmadığını araştırır¹⁶.

4. Bu biçimde yargılama hukukunun işlevselliği araştırılınca veya incelenince, hak aramanın etkinliğine ilişkin sosyal düzenleme¹⁷ yönü gözden uzak tutulmuş olmaktadır¹⁸. Genel olarak bütün ülkelerde şikâyet konusu olan, adli kaynakların sınırlılığı nedeniyle bu konular güncel bir öneme sahiptir¹⁹. Yıllar önce *Rudolf Bruns*, usulün amacının hukuk düzeninin sağlanması olduğunu görüşünün bir yanığı olduğunu ifade etmişti. Yazara göre, hukuk düzeni dava olmadan da varlığını gösterebilmelidir. O nedenle kanun koyucunun görevi, yargısal konularda düzenleme ihtiyacının artırılması değil; tersine azaltılmasıdır²⁰. Bu amaca yaklaşıp yaklaşmadığı ise, yargılama hukukunun münferit düzenlemelerinin ekonomik analizi ile kolayca belirlenebilir. Usulî kurumlar, malî (ekonomik) etkileri bakımından incelendiğinde, bu kurumların uyumsuzluk eğilimlerini körükleyip körüklediği veya uyumsuzluk eğilimini destekleyip desteklemediği; mevcut uyumsuzlukları çözüp çözemediği veya uyumsuzluk çıkarmayı ödüllendirip ödüllendirmediği açıkça ortaya çıkacaktır. Dava takibinin riskleri hakkında yapılacak bu tür bir işlevsel analizle, yargılama hukukunun sosyal bakımdan etkililiği veya etkisizliği aydınlığa kavuşabileceği gibi, yargılama hukukunun iyileştirilmesi (ıslahı) için de olanaklar bulunabilecektir²¹.

¹⁵ Krş. *E. Schmidt*, Zweck 7 vd.

¹⁶ Krş. *Blankenburg-W. Gottwald-Sirempel*, Alternativen in der Ziviljustiz (1982); *H. Koch*, Prozeßführung im öffentlichen Interesse (1983) 99.

¹⁷ Krş. *Storrie-Casman*, Towards a justice with a human face (1978); *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß (1978); *Capaletti*, Access to justice and the welfare state (1981).

¹⁸ 1987'de Utrecht'te yapılan 8. Dünya Usul Hukuku Kongresi'nin genel konusu, "Efficiency in the pursuit of justice"; 1983'de Würzburg'da yapılan 7. uluslararası Kongre'nin genel konusu, "Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung" başlığını taşımaktaydı; ayrıca krş. *Dorndorf*, Prozeßrecht, in *Görlitz*, Handlexion zur Rechtswissenschaft (1972) 301; *Nevali*, Probleme der Effektivität des Zivilprozesses, ZJP 94 (1981) 165.

¹⁹ *Hendel*, Ressourcenknappheit und Rechtsgewährung, DRiZ 1980, 376; *Grenzen der Rechtsgewährung*, yayınlayan Deutschen Richterbund (1983).

²⁰ *Bruns*, Zivilprozeßrecht Rz 7 aE.

²¹ Krş. *Noll*, Gründe für die Unwirksamkeit von Gesetzen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie III (1972) 259.

5. Usul ekonomisi ve yargılamanın etkililiği, elbette normatif ölçütlerle belirlenebilir. Hükmün (kararın) elde edilmesini davanın en önemli amacı olarak görenlerin²² veya dereceli adalet* sistemini olumlu değerlendirenlerin etkililik sorununu; mahkeme dışı uyuşmazlık çözmeyi normal; buna karşılık davayı patolojik ve istisnâî durum olarak kabul edenlere göre farklı değerlendirmeleri gerekir. Öte yandan dava, önceden (davadan önce) çözülemeyen uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak değil de, toplumsal politika açısından önemli konular hakkında karar verilen bir platform olarak görülürse farklı sonuçlara varılacaktır²³.

Bu açıklamalarla, şimdiye kadar hangi usulî kurumların gerçekten ekonomik etkileri bakımından incelendiği ve hangi bilgilere ekonomik analiz yardımıyla ulaşıldığı ortaya çıkmıştır.

II.

Ekonomik çıkış noktası bakımından da, hukukun koruduğu hakların gerçekleştirilmesi için dava kaçınılmazdır. Ancak ekonomik analizin amacı, genel olarak tüm yargı giderlerinin ve eksik veya hatalı mahkeme kararlarının neden olduğu giderlerin mümkün olduğu ölçüde minimumda tutulmasıdır.

1. En hızlı sonuçlanan dava bile belli bir zamanı gerektirdiği için hem maddî hukuk hem de yargılama hukuku bakımından bir kısım önlemler alınmalıdır. Böylece hiçbir davalı, ifayı geciktiremeyecek ve her tür kanun yoluna başvurarak usulî kazanç elde edemeyecek veya haksız ve kötüniyetle dava açan davacı, davayı sırf bir tehdit aracı olarak kullanamayacaktır. Söz konusu kötü etkiler tamamen engellenemese de hukuk, tarafları, hukuka uygun davranılsaydı hangi durumda olacak idiler ise hukuka uygun davranışta bulunacakları konuma getirmelidir. Bu nedenle davalının sorumluluğu, davanın derdest kaldığı süreye ilişkin faiz ve davacının gecikmeden doğan diğer zararları için belirlenecek miktarla saptanmalıdır. O halde davalı, üçüncü kişiden alınan kredi ve bu kredinin ödenmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar kadar sorumlu olmalı ve bu zararı tazmin etmelidir²⁴. Uzun süren davalarda tacir olmayanlar için geçerli olan mürekkep faiz yasağı (BGB § 248, 298) adil bir düzenleme değildir (diğer

²² Krş. *Kissel*, Über die Zukunft der Justiz (1974) 197; buna karşılık *Dorndorf*, Prozeßrecht 304.

* Hak aramak için yargıya başvuranlara, ilk derece mahkemesinden sonra üst yargı mercilerine de başvurmaya olanak tanınması; yani kararın olağan kanun yollarına (istisnâî, temyiz gibi) tâbi olmasını ifade eden bir terimdir (çevirenin notu).

²³ *Stahlmann*, Theorie 75 vd.

²⁴ Krş. *Kissel*, Zukunft 195 vd.; *Adams*, Analyse 57 vd.; *Phillipps-Hawkinsk*, Some economic aspects of the settlement process, Mod. L. Rev. 39 (1976) 497, 501.

bir ifadeyle uzun süren davalarda tacir olmayanlar bakımından da faize faiz yürütülebilmelidir)²⁵.

2. Mahkemenin hatalı kararlar vermesi konusundaki risk, taraflar arasında objektif ispat yükü kurallarıyla paylaştırılmıştır²⁶. Bu, ekonomik analize göre yapılabilir. Örneğin, *cheapest cost avoider* ilkesinin uygulanması veya en azından bazı özel durumlarda hâkimin riski taşıyan tarafı belirleyerek bu dağılımı yapması gibi²⁷. Bu tür kararlarda riskin maddi olarak paylaştırılması söz konusudur. Ancak ispat yükü konusunda karar verilebilmesi, hâkimin bir kanaat oluşturamamasına bağlıdır. Amerikan Hukuku'nda, ekonomik analiz bakımından tarafların taşıyacağı hata-yanılma riskinin eşit ağırlıkta olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle yargısal kanaatin oluşmasında *ağırlık* ilkesi ölçü olarak kabul edilmiştir. Buna göre, ne davalı ne de davacı aleyhine daha yüksek bir ispat ölçüsü talep edilebilir²⁸.

Bu görüş Alman Hukuku'nda genellikle reddedilmektedir. Babalığın tespiti örneğinde olduğu gibi, ekstrem (uç) durumlar dikkate alınarak benzer hata sonuçlarına ilişkin Amerikan görüşünün tutarsız olduğunu savunmak kolaycılık olur²⁹. Sınır sorunu oluşturan konulardaki eşitsizlikten hareket edilerek, yargısal kanaatin normal durumda da sadece yüksek bir ispat ölçüsüyle oluşturulması gerektiği ileri sürülemez. İspat ölçüsü nitelemesinin ağırlıklı olarak, gereken durumlarda ortaya çıkması da baskın görüşün doğruluğunu kuşkulu kılmaktadır³⁰. Bu birbirinden farklı ispat ölçüsü taleplerinin karşılaştırmalı hukuk açısından ekonomik analizi ise henüz yapılmamıştır.

²⁵ Krş. *Bowles*, Law and economic (1982) 196.

²⁶ Krş. *Prütting*, Gegenwartprobleme der Beweislast (1983).

²⁷ Bu ilke, ekonomik analizin merkezi ve üç temel argümanından birisidir. Söz konusu ilke, *Guido Calabresi* tarafından geliştirilmiştir (*Guido Calabresi*, The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis, 3. Aufl., New Haven, 1972, s. 136 vd.). Buna göre, sözleşmeden doğan ve aslında az bir masraf ile giderilebilecek zararları ve ihlalleri, bu gideri yapsa idi zararın doğmasını önleyebilecek olan taraf üstlenmelidir (çevirenin notu).

²⁷ Krş. *Weimar*, Ökonomisch-ökologische Jurisprudenz-Der nächste Schritt? Rechtstheorie 1984, 313, 323 vd.

²⁸ Aynı şekilde *Posner*, An economic approach to legal procedure and judicial administration, Journal of legal Studies 1973, 399, 408; *James-Hazard*, Civil procedure, 3 rd ed (1985) 316; Alman Hukuku'nda *Mösch*, Vom rechtsgenügenden Beweis (1983) 154 vd., 247 vd.; *Keigel*, Festgabe für *Kronstein* (1967) 321.

²⁹ Aynı şekilde *Prütting*, Gegenwartprobleme 78; *M. Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß (1983) 124 vd.; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß (1985); *Schwab*, Dike 1985, 481.

³⁰ Krş. *Walter*, Freie Beweiswürdigung (1979) 198, 205 vd.; Amerika Birleşik Devletleri için *Posner*, Journal of legal Studies 1973, 409.

3. Davada ispat ve yanılma riski, esasen tarafların karşılıklı var olan bilgilendirme yükümlülüğü tarafından da etkilenmektedir. Taraflardan biri, davaya ilişkin bir konudaki bilgisini teknik anlamda delil ikamesine kadar saklayıp davayı bir baskı aracı olarak kullanarak, karşı tarafın içinde bulunduğu belirsizlikten yararlanıp davayı kazanabilir. Buna karşılık taraflar, davadan önce veya davanın başında bir açıklama, bilgilendirme yükümlülüğüne tâbi olsa durum farklı olurdu. Böylece davanın seyri ile ilgili karşılıklı beklentiler gerçekçi bir biçimde anlaşıldığı gibi, pek çok uyuşmazlık mutabakata dayalı olarak çözülmüş olurdu. Son olarak, Amerikan veya İngiliz Hukuku'ndaki "discovery" usulünün³¹ veya Alman Hukuku'ndaki³² maddi hukuka ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün ekonomik bakımdan bir aydınlatma, açıklama metodu olarak katkı sağlayıp sağlayamayacağı da araştırılmalıdır.

III.

1. İctihat oluşturmak devletin kültürel bir görevidir. O nedenle, devletin yargılama giderlerini büyük ölçüde taşıması, genellikle yasal olarak kabul edilmiştir. Federal Almanya'da 1981 yılında genel görevli ilk derece mahkemelerinin harçları, 1, 3 milyar DM'lik giderler içinde yaklaşık 210 milyon DM tutmaktadır. Yaklaşık 1,1 milyar DM'lik fark tamamen vergilerden karşılanmıştır³³.

Harçların cüzi tutulması ekonomik analiz bakımından, dar gelirli kişilerin dava açarken karşı karşıya buldukları risklerin azaltılması ve bu yolla hakka ulaşmanın, hak aramanın kolaylaştırılması anlamına gelir³⁴. Fakat genel olarak sübvansiyon edilmiş yargılama harçları, hukuka ve sözleşmeye sadakat ile ve mahkeme dışı uzlaşmanın cazibesini azaltmakta, dava sayısını artırmaktadır.

Hükümlerin üçüncü kişiler hakkında emsal ve örnek olma özelliği ve etkisi nedeniyle harçların sübvansiyon edilmesi haklılık kazanır. Hükümlerin aleniyet kazanması (yayımlanması) kamuoyu için son derece önemlidir ve vatandaşları yönlendirici etkiye sahiptir. Bu da devletin önemli bir görevi olduğuna göre, yargılama giderlerinin büyük bir kısmının devlet tarafından

³¹ Genel olarak usulî aydınlatma (açıklama) yükümlülüğü için *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976).

³² Krş. *P. Gottwald*, BB 1979, 1780; daha ayrıntılı olarak *Winkler von Mohrenfels*, Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilrecht (1986) 95 vd., 211 vd.

³³ *Kotzorek*, Mehr Markt im Bereich der Ziviljustiz, Institut für Weltwirtschaft, Kieler Diskussionsbeiträge 107, April 1985, 6 vd. (krş. DRiZ 1985, 448); mahkeme dışı hukukî danışmanın sübvansiyonu hakkında krş. *Blankerung*, ZRP 1986, 108.

³⁴ Krş. *Kotzorek*, Diskussionsbeiträge 10 vd.

vergi gelirleriyle karşılanmasının makûl olduğu belirtilmektedir³⁵. Ancak yine de bu kadar yüksek bir sübvansiyonun gerekli olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Çünkü yayımlanan verilerin üçüncü kişiler için yönlendirici işlevi her pazarda vardır ve bütün durumlarda devlet, üretken bir piyasayı sağlamak zorundadır.

Ancak yine de hiçbir temizlik maddesi üreticisi, reklam yoluyla pazarın şeffaflaşmasına hizmet ettiği gerekçesiyle devletten sübvansiyon almaz. Aksine bireyler, gerçekte reklam ve bilgilendirme giderlerini de malın satışıyla birlikte öderler. Bir davayı yürütmenin esasen tarafların menfaatine olması nedeni ile ve böyle olduğu sürece -yalnızca benzer hukukî sorunların aydınlanmasında kamusal yararın varlığı gerekçesiyle- yargılama giderlerinin tamamının devlet tarafından üstlenilmesi düşüncesi haklı görünmemektedir³⁶. Buna karşılık, sadece kamu yararının söz konusu olduğu davalarda devletin yargılama giderlerini üstlenmesi yerindedir³⁷. Yargılama giderlerinin gerçekte ne kadarlık bir kısmının devlet tarafından sübvansiyonla edileceği ise politik bir karardır.

2. İdeal bir hukuk devletinde hak aramanın parasız (karşılıksız)³⁸ olması gerektiği görüşü ekonomik gerçekliklerle bağdaşmaz. Gerçi hak aramanın parasız olması, gider engelini ortadan kaldırır; ancak hak aramanın akılcılığı da yok edilmiş olurdu. Bu durumda herkes -âdeta parasız bir oyunda olduğu gibi- dava takibi vasıtasıyla bir kısım taktiklerle karşı taraf aleyhine avantajlar elde etme yolunu deneyecekti³⁹. O nedenle bir ayırım yapılmalıdır: Tacirlerin davalarının sübvansiyonuna büyük bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşılık; yargılama giderleri, hak aramaya engel olabilecek, hak aramanın önüne geçebilecek ise, ihtiyacı olan vatandaşlara büyük ölçüde yargılama giderleri konusunda yardım sağlanmalıdır. Alman uygulaması, devletin bir yılda yüz milyonlarca Markı aşan yargılama giderleri için yaptığı yardımların büyük bir kısmının, her iki tarafın avukat giderlerinin de üstlenildiği boşanma davalarının finansmanına hizmet ettiğini göstermektedir⁴⁰. Hemen hemen bütün davalarda arzulanan boşanma sonucu gerçekleştiğinden, bu denli yüksek miktarda gider yapmanın anlamı kuşkuludur. Doğrusu bu noktada ekonomik yaklaşımın sınırları ile

³⁵ Posner, *Journal of Legal Studies* 1973, 430; Adams, *Analyse* 79; Baudenbacher, *Rechtsverwirklichung* 40; Kotzorek, *Markt* 30 vd.; Dorndorf, *Prozeßrecht* 306.

³⁶ Aynı şekilde fakat H. Koch, *Prozeßführung* 167; benzer biçimde Grunsky, *Gutachten für den 51. DJT*, A 52 vd.

³⁷ H. Koch, *Prozeßführung*.

³⁸ Baudenbacher, *Rechtsverwirklichung* 33.

³⁹ Krş. Grunsky, *Gutachten A 41* vd.; ayrıca Recktenwald, *Effizienz und innere Sicherheit*, *Kylos* 1967, 607, 618 vd., 637.

⁴⁰ Putzier-Derleder, *Die Inadaequanz des Prozeßkostenhilfegesetzes für das Scheidungskostenrecht*, *ZPR* 1982, 9; Müller-Alten, *Reform der Prozeßkostenhilfe in Familiensachen*, *ZPR* 1984, 306.

karşılaşmaktadır. Çünkü kanun koyucu, boşanma için yargısal kararı (davayı) ve avukat zorunluluğunu açıkça öngörmüştür. Sırf ekonomik açıdan bakıldığında yargılama giderleri yardımı, her şeyden önce bu alanda çalışan avukatların sübvansiyonu anlamına gelir⁴¹.

3. Boşanma davaları bir yana bırakılacak olursa, mahkemelerin sübvansiyon giderleri, davaların iç işleyişine ilişkin tedbirlerin alınması ile de azaltılabilir. En azından serbest (bağımsız) işgücü, iş kalitesinin artırılması yolunda kullanılabilir. Hâkimlerin ve mahkemelerin fiziki mekânlarının modern bir biçime dönüştürülmesi öncelikle düşünülebilir. Böylece davanın seyri kendiliğinden kontrol edilebilecektir. Alman Hukuku'na göre işlemlerin yürütülmesi, mahkeme başkanı olan hâkimin yetkisindedir. Fakat bu gerçekten haklı bir düzenleme midir? Hangi doktor görüşme saatleri için bütün randevuları bizzat düzenlemektedir? Buna karşılık usul kanununa göre, davanın tebliği ve diğer bazı mutad işlemlerin de bizzat mahkeme başkanı hâkim tarafından şahsen yapılması gerekmektedir. Medenî yargılama alanında da *Rechtspfleger** ve adli personelin daha fazla kullanılması konusunda olanakların varlığı kuşkusuzdur⁴².

4. Hükümlerin yazılması konusunda yapılacak bazı değişiklikler de iş etkinliğinin artırılmasına yardım edebilecektir. Yürürlükteki mevzuata göre hâkim, daima dosyanın başlığı olarak kısa bilgileri tam olarak oluşturmak; yargılama giderlerini paylaşmak ve ihtiyati tedbirlerin uygulanması için gereken teminatın miktarına şahsen hükmetmek zorundadır. Bu tür teknik sorunların içerik olarak esas kararlar (hükümle) çözüleceği ve o nedenle başka bir şeye gerek kalmadan bu konunun *Rechtspfleger*'lere bırakılabileceği iddia edilebilir. Aynı biçimde 1976 tarihli Zürih Mahkemeler Teşkilâtı Kanununu § 158'e uygun olarak tarafların hükmün gerekçesini, ancak açıkça talep etmeleri durumunda alabilecekleri yolunda bir hüküm getirilebilir⁴³. Tarafların gerekçeden yoksun bırakılması söz konusu olamaz; zira taraflar, mahkemenin gerekçelerini bilmek isteyeceklerinden daha ileri giden ve gerekçeyi ortadan kaldıran bir

⁴¹ Krş. *Schröder*, *Anwaltskosten im Zivilrechtsstreit*, *Kritische Justiz* 1986, 140, 160-161. Bu konuda izin verilen avukatların sadece bir kısmı boşanma konularına bakabildiği için bu sübvansiyon dikkat çekmektedir.

* *Rechtspfleger*, Alman yargı sisteminde yer alan bir tür adli personeli niteleyen terim olup, Türkçe karşılığı bulunmamaktadır. Bu kişiler, özel bir öğrenim sonucu görev almakta ve mahkeme ilâmlarının icrasında, miras ve tereke işlerinde, velâyet-vesayet-hacir işlemleri gibi işlerde, ticaret ve tapu sicili işlemlerinde, iflâs ve infaz işlerinde, âdeta hâkimin yetkilerine benzer yetkilerle çalışmaktadırlar (çevirenin notu).

⁴² Krş. *Bender*, *Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung*, in *Wassermann-FS* (1985) 630 vd.; *Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Berufungsrichters*, in *Gilles-Röhl-Schuster-Stempel*, *Rechtsmittel im Zivilprozeß* (1985) 41 vd.

⁴³ Buna ilişkin eleştiri için *Baudenbacher*, *Rechtsverwirklichung* 31, 45.

düzenleme yapılamaz. Ancak elbette yine de kısa karar ve kanun yollarına başvurmaya elverişli karar arasında bir ayırım yapılmalıdır.

5. Alman Hukuku'na göre yargılama giderleri ve avukatlık ücreti - büyük ölçüde dava konusunun değerine göre hazırlanan- tarifelerle belirlenmektedir. Küçük davalarda (uyuşmazlıklarda) harcanan emek ve bu uyuşmazlığın çözümündeki zorluk, her zaman dava konusunun değeriyle paralellik göstermez. O nedenle bu tür bir tarife belirlemek, küçük davaların daha güçlü bir biçimde sübvansede edilmesi anlamına gelir. Küçük alacak veya taleplerin söz konusu olduğu davalarda böylece hak arama, daha kolaylaştırılmış ve gerçek giderlerin ödenmesini gerektiren sisteme karşı daha yumuşatılmış olmaktadır⁴⁴. Bu mülahâza, Amerika'da küçük uyuşmazlıklar için davaya hazırlık giderlerinin neden hak aramaya gittikçe daha fazla engel oluşturduğunu açıkça ortaya koymaktadır. O nedenle Amerika'da daha ucuz bir özel usulün çare olarak getirilmesi, Alman veya Avusturya yargılama gider sistemlerine göre daha öncelikli ve müstaceldir.

1977'de ZPO § 510 c'deki tahkim hükmünün kaldırılmış olmasına rağmen Almanya'da da küçük iddialar (uyuşmazlık, davalar) için gerçekte özel bir usulün olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁴⁵. Taraflara bakılmaksızın 500 DM'ye kadar olan uyuşmazlıklarda duruşma yapılmadan da karar verilebilir (ZPO § 128, 3 d). Aşında bundan daha önemli olan husus, 5000 DM'ye kadar olan dava konularında ilke olarak, sulh mahkemelerinin görevli olmasıdır (GVG § 23 Nr. 1) ve 700 DM'nin üzerindeki şikâyetlere karşı istinaf yoluna gidilebilir (ZPO § 511 a, I d). Normatif olarak sulh mahkemeleri ile asliye mahkemelerinde uygulanan usul arasında fark yoktur. Ancak burada ayırıcı olan nokta, sulh mahkemelerinin aşırı iş yüküdür. Yılda⁴⁶ yaklaşık 600 işten bir hâkime münferit olaylar için çalışma ve duruşma için sadece dakikalar kalmaktadır⁴⁷. Kısa süren bir duruşma sonucunda hükmün gerekçesi de genellikle kısa olmaktadır. Normatif olarak aynı düzenlemeye rağmen, gerçekte küçük davalar için özel bir usul ortaya çıkmaktadır. Meslekî yük (iş yükü) nedeniyle yeterli zamana sahip olamayan; önlerindeki olayları ayrıntılı inceleyemeyen ve özenli bir biçimde karar veremeyen hâkimleri bu nedenle kınamak mümkün değildir.

⁴⁴ Krş. *Adams*, Analyse 49; *Posner*, Journal of Legal Studies 1973, 439; *Kotzorek*, Markt 19 vd.

⁴⁵ Krş. *Leipold*, Gerichte und Verfahren für geringfügige Streitigkeiten, in *Gilles*, Human Justiz (1977) 91 vd.

⁴⁶ Krş. *Schaffer*, Die Berechnung des Personalbedarfs in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, DRiZ 1984, 81, 83; *Gillespie*, The production of court services, Journal of Legal Studies V (1976) 243.

⁴⁷ Krş. *Röhl*, Der Vergleich im Zivilprozess-Untersuchungen an einem grossstaedtschen Amtsgericht (1983) 89, 212-213.

IV.

Yargılama giderlerine ilişkin düzenleme, genel olarak sadece dava sayısını etkilememekte, daha çok bireysel taleplerin gerçek değerini ve bununla -bilinçli veya bilinçsiz- münferit olaylarda tarafların usuli davranışlarını belirlemektedir⁴⁸.

1. Yargılama giderlerinin karşılanma biçimi konusundaki temel tercihler (örneğin, bu konuda Avrupa’da daha çok devletçi yaklaşım veya devletin sübvansiyonunun kabul edilmesi, buna karşılık Amerika’da tarafların yargılama giderlerini gerçek anlamda üstlenmeleri gibi) davaların sayısını etkilemektedir. Amerikan sistemi, küçük uyuşmazlıklar (alacaklar) için hak arama engeli olarak görülürken: Alman Hukuku, yargılama giderlerinin sübvansiyonuna bağlı olarak, küçük uyuşmazlıkların (alacakların) dava edilmesini teşvik etmektedir. Böylece Amerikan sisteminin tersine Alman Hukuku’nda dava riski sınırlanmakta ve çok az başarı şansına rağmen⁴⁹ dava açılması teşvik edilmiş olmaktadır. Oysa yargılama giderlerinin devlet tarafından karşılandığı (tazmin edildiği) veya sübvansiyon edildiği sistemde, potansiyel önemsiz veya sırf rahatsız etme amaçlı (Nadelstich-Klage-“nuisance claims”) davalar ve pilot (model) davaların yol açabileceği sorunlar engellenmiş olmaktadır.

2. Yargılama giderleri düzenlemesi, davanın ekonomik olarak yürütülmesine ilişkin olarak bir kısım özellikler taşımaktadır. Burada davayı kazanan taraf, kaçınabileceği halde neden olduğu giderlere şahsen katlanmak zorundadır⁵⁰: Bu giderler ise genel olarak, davalının dava açılmasına kendi davranışıyla neden olmaması halinde (ZPO § 93, 94), özellikle gıyap ve duruşmanın ertelenmesi giderleri (ZPO § 95, 344); yetkili mahkemeye gönderme giderleri (ZPO § 281, 3 b. 2); zorunlu olmayan iddia ve savunma giderleri (ZPO § 96); Alman Hukuku’na göre istinaf derecesinde yeni iddialara izin verildiğinden kanun yolu giderleri, zorunlu olan giderlerdir. Ancak bunun için tarafın, ilk derece mahkemesinde bu iddia veya olguyu ileri sürebilecekken ileri sürmemiş olması gerekir (ZPO § 97, 2). Son olarak, tazmin edilmesi (karşılanması) gereken giderler sadece zorunlu giderler olup, fiilen yapılan bütün masraf değildir (ZPO § 91, I b. 1)⁵¹.

⁴⁸ Krş. *Dorndorf*, *Prozessrecht* 304-305; *Shavell*, *Suit, settlement and trial: A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs*, *Journal of Legal Studies* XI (1982) 55.

⁴⁹ Krş. *Shavell*, *Journal of Legal Studies* XI (1982) 58.

⁵⁰ Krş. *Hendel*, *Der Prozessvergleich als Instrument der Ressourcenökonomie*, in *W. Gottwald-Huettner-Röhl-Strempel*, *Der Prozessvergleich* (1983) 125, 135.

⁵¹ Krş. *Lappe*, *Justizkostenrecht* (1982) 143 vd.; eleştirisi için *Adams*, *Analyse* 49.

3. Tarafların ilişkisinde bu kurallar büyük ölçüde adildir. Buna karşılık mahkemenin yanlış tahkikatı veya doğru olmayan olay incelemesi sonucu, devletin giderleri üstlenmek zorunda kalması büyük bir zarar oluşturur. Gerçi GKG^{*} § 8 bunu emredici olarak öngörmektedir. Eğer bir dava ağır usul hataları, eksiklikleri nedeniyle bozulmuş ve tekrar incelenmek üzere alt derece mahkemesine gönderilmişse, çoğunlukla burada hatalı işlemler söz konusudur ve bunlar da yeni yargılama giderlerine yol açabilecektir⁵². Emredici olan bu kural, pratikte hemen hemen hiç uygulanmamaktadır. Bu yeni giderler mahkemenin hatası nedeniyle ortaya çıkmasına rağmen taraflar, ortaya çıkan avukat giderini kendileri ödemektedir.

4. Buna karşılık, uyuşmazlığın anlaşmaya dayalı olarak sona erdirilmesi durumunda kanunun yargılama giderleri hakkında getirdiği düzenleme doğrudur. İlk derece mahkemesinde dava geri alınrsa, ilke olarak yargılama harçları kalkar. Dikkatli bir biçimde bakılacak olursa, gider tarifeleriyle ilgili GKG § 11 ve Gider Listesi Nr. 1012'ye göre davanın geri alınması beyanı, sadece hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde karar vermesinden veya ispata ilişkin kararı imzalamadan önceki gün veya duruşmadan önceki gün yapılmışsa bu kural (giderlerin ortadan kalkması) söz konusu olacaktır. Bu hüküm tarihli bir düzenleme olmamıştır. Örneğin hâkim, ZPO § 139'a göre davacının davasını geri almasını istemiş ve aynı zamanda iddialarını tamamlamak üzere süre vermişse (ZPO § 273/2, 1), bu düzenlemeye göre nihai olarak bütün yargılama giderlerinin ödenmesi gerekecektir. Davacı, davasını geri aldığı halde yargısal direktif nedeniyle yargılama giderlerine ilişkin bir avantajdan artık yararlanamayacaktır. O nedenle taraflar için uyuşmazlığı sulh ile sona erdirmek daha mantıklıdır. Zira bu durumda genel yargılama giderleri yanında başka bir mahkeme harcı söz konusu değildir.

5. Uyuşmazlık çözümüne özel önem atfeden bir düzenlemenin, tarafların uyuşmazlığı uzlaşmaya dayalı çözmesi konusunda, -uyuşmazlığın hâkim tarafından çözümlenmesine göre- daima daha elverişli hükümler getirmeye dikkat etmesi gerekir. Almanya'da toplam giderler içinde avukatlık giderlerine bakıldığında bunun gerçekleşmediği görülür. Çünkü çoğunlukla mahkeme tarafından önerilen ve sonuçta avukatın da katıldığı sulhten dolayı avukatlar, sulh ücreti (BRAGO^{*} § 23) almaktadırlar. Bu ücret ise, nihai olarak sulhle sonuçlanan karar harcından önemli ölçüde yüksektir. Sulh kararı, sadece eğer delil ikamesi yapılmamışsa, avukat lehine oluşacak delil (ispat) ücretinin (BRAGO § 31/1, Nr. 3) ortaya çıkmaması veya en azından ispat konusunda ortaya çıkabilecek diğer giderlerin oluşmaması

* Gerichtskostengesetz -Yargılama Giderleri Kanunu- (çevirenin notu).

⁵² Krş. Zoller-Schneider, ZPO (1987) § 539 Rdnr 31; E. Schmidt, Zweck 42; Grunsky, Gutachten A 52.

* BRAGO-Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte- Federal Avukatlık Ücret Tarifesi- (çevirenin notu).

bakımından ekonomik bir anlam taşır. Kaçınılan veya tasarruf edilen delil ikamesi giderlerinin, sulh ücreti ve karar harcı arasındaki farkı aştığı halde sulh, ekonomik açıdan mantıklıdır. Fakat bu her zaman gerçekleşmez. Uyuşmazlık belli bir noktaya gelmiş ve kanun yoluna başvurmak artık mümkün değilse veya o noktada kanun yoluna başvurmanın anlamlı olmayacağı açıksa, taraflar kararın gerekçesinden feragat edebilirler (ZPO § 313 a); böylece karar harcı indirilebilir (Gider listesi Nr. 1017). Bu durumda taraflar için davanın hükümle sonuçlanması, sulhle sonuçlanmasına göre giderler açısından daha avantajlıdır⁵³.

6. Gider (masraf, harç) kuralları, ekonomik bakış açısı bakımından yalnızca sulh kararını engelleyemez. Aynı biçimde bu kuralların, bir tarafın aleyhine, uygun olmayan sulh baskısıyla düzenleme getirmesi de doğru değildir. Amerika Birleşik Devletleri Federal Usul Kanunu'nun 68. maddesine göre davalı, davadan on gün öncesine kadar davacıya sulh teklif edebilir. Davacı teklifi reddeder; ancak verilen karar bu sulh önerisini aşmazsa, davacı kural olarak davaya ilişkin yüksek giderleri ödemek zorundadır. Bu düzenleme sulhü teşvik edici olabilir. Ancak söz konusu kural, gerçekte davalıyı borçlu olduğundan daha azını önermeye ve böylece davacı üzerinde büyük ölçüde ekonomik baskı uygulamaya cesaretlendirebilir⁵⁴. Bu kural, ekonomik açıdan zayıf davacıya gözdağı vermekte, onu korkutmakta ve davacının başarılı olmak için kıyasıya mücadele etmek zorunda kalacağı davaların artmasına neden olmaktadır. İngiliz yargılama hukukunda bulunan, mahkemeye ödeme kurumuna (*payment into court*) da bu itirazların yöneltmesi mümkündür⁵⁵.

V.

Tarafların büyük bir bölümü -avukat tutma zorunluluğundan bağımsız olarak- kendilerini temsil ettirmek üzere avukatlara başvurduğundan, davada taraf davranışları esasen avukatlarca yönlendirilmektedir.

1. Avukat, her ne kadar müvekkilinin talimatları ile bağlı ise de, müvekkilinin hukukî bilgisinin olmaması durumunda, somut talimatların eksikliği halinde, hakkından az olanı elde etmeyecek ve kendi menfaatlerine

⁵³ Krş. Röhl, Vergleich 221 vd.; Hendel, Prozessvergleich 125; Herbst, Der Prozessvergleich aus der Sicht der Justizverwaltung, in W. Gottwald-Hutmacher-Röhl-Strempel, Der Prozessvergleich 39.

⁵⁴ G. Miller, An economic analysis of rule 68, Journal of Legal Studies 15 (1986) 93; Priest, Regulating the content and volume of litigation: an economic analysis, 1 Supreme Court Economic Rev. 163 (1982).

⁵⁵ Krş. Bowles, Law 199-200; aynı yazar, Economic aspects of legal procedure, in Burrows-Veljanovski, the economic approach of law (1981) 191; Phillips-Hawkins, aspects 507.

aykırı olmayacak biçimde davranmayı deneyecektir⁵⁶. Gerçi avukatlar kanun gücüyle (BRAGO § 2/2) zorunlu bir meslek, sanat icra etmemektedirler; ancak gerçekte hizmet sektöründe⁵⁷ çalışan kişiler olarak, yasal sınırlar içerisinde gelirlerini artırmaya çalışmaktadırlar. Federal Almanya'da avukatlık ücreti, gerçekte harcanan emeğe ve çabaya göre değil; dava konusuna ve giderlere göre normatif ölçütlerle belirlendiğinden, avukat için en akılcı olan, ücretini en az zaman harcayarak almasıdır. Bir avukat yeterli müvekkile sahip olduğu sürece, her durumda, Alman Hukuku'na göre ilk derece mahkemelerinde var olan dört ücret tarifesinden en yüksek ücreti almayı amaçlamaz⁵⁸. Zira küçük uyuşmazlıklarda (müddeabihin değerinin az olduğu davalarda) eğer avukatlık ücreti kararlaştırılmamışsa (BRAGO § 3/1), devletin tarifesi ortalama olarak giderleri karşılamaz. Avukat bu tür davaları takip ederken eğer müvekkili ile uzun süreli bir ilişkiye sahipse veya reklam olarak bu işi yapması kendi lehine ise uzun vadeli olarak bir yatırım yapar; aksi halde bu tür davaları hızlı bir biçimde çözmesi⁵⁹ kendi lehinedir. Kanunun bu düzenlemesi varlığını, avukatın alacağı ücretin, bu işi yapmasının tek nedeni olmaması ve bu durumun davanın seyrine sınırlı olarak etki etmesi nedeniyle sürdürülebilmektedir. Kanun, münferit somut uyuşmazlıkların olaya uygun çözümünü, avukatlara ücret rekabetini yasaklamak suretiyle sağlamaya çalışmıştır. Böylece avukatların ucuz iş teklifleri de engellenmiş olur. Öte yandan yasal olarak tespit edilmiş tarife, tarafların hareket alanını da yönlendirir.

Ücrete ilişkin rekabet, yalnızca büyük ücretlerin söz konusu olduğu danışmanlık işlerinde söz konusudur. BRAGO § 177/2, Nr. 2'ye göre resmî yönergeler, avukatların dolaylı olarak ücret rekabetini aşmalarını da yasakladığı için, danışmanlık işlerinde de bu konuya ilişkin sınırlar bulunmaktadır. Uzun süreli danışmanlık hizmetinde genel güven ilişkisi ve özel bilgi, davayı kazanma konusunda sınırlı bir şanstı daha büyük rol oynar.

Pazar (serbest piyasa) ekonomisi mülâhazası, aile hukuku davalarında özellikle sınırlı bir öneme sahiptir. Boşanmanın yalnızca mahkeme kararıyla gerçekleşmesi (BGB § 1564, EGBGB § 17/2 Nr. 2); davanın avukatla yürütülmesi zorunluluğu (ZPO § 78/2, Nr 1) ve avukat ücretinin BRAGO § 9, GK § 12/2, 2'ye göre eşlerin üç aylık net gelirlerine göre belirlenmesi nedeniyle, burada avukatların devlet tarafından büyük oranda sübvansede edildiği ortaya çıkmaktadır.

⁵⁶ *Kininger*, *Theorie* 37; *Commichau*, *Die anwaltliche Praxis in Zivilsachen* (1985).

⁵⁷ Krş. *Paul*, *Anwaltsberuf im Wandel-Rechtspflegeorgan oder Dienstleistungsgewerbe?* in *Kötz-Paul-Pedamon-Zander*, *Anwaltsberuf im Wandel* (1982)11.

⁵⁸ Krş. *C. Schumann*, *Anwalte und ihre Klienten in Prozess der juristischen Transformation privater Konflikte*, *ZfRSoz* 4 (1982) 272, 275-276; *Schröder*, *Anwaltskosten* 149.

⁵⁹ Krş. *Schröder*, *Anwaltskosten* 146 vd.; *Kötzorek*, *Markt* 24; *Adams*, *Analyse* 30-31.

2. Vekâlet ücretinin belirlenmesinde genel olarak sadece dava türü ve sayısı değil; avukatın hızlı dava ikame etmesinin de bir unsur olduğuna dikkat çekilmelidir. Mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözümü için avukat, yalnızca iki temel ücret alır. Bu ise 10/10'dan 5/10'a kadar avukatın takdirine bağlıdır (BRAGO § 12/1). Buna karşılık avukat, dava konusunun süresi ve uyuşmazlığın zorluğu dikkate alınmaksızın, dava ve duruşma için iki tam ücret alır (BRAGO § 31/1 Nr. 1, 2)⁶⁰. Duruşmada dava sulh ile sonuçlanırsa, avukat duruşma ücretinin yarısını alır (BRAGO § 33/1, Nr. 1); yani toplam bir buçuk oranında ücret alır. Avukatın kazancı ve harcadığı emek bakımından davanın erken bir dönemde bitmesi, avukat için dezavantajlı bir durum oluşturmaz.

Bununla birlikte, çalışkan avukatlar hakkında şikâyet etmek de doğru değildir. Çünkü kanun gereği, zamanaşımı sadece dava açılmasıyla kesilir (BGB § 209). Sadece haksız fiilden kaynaklanan taleplere ilişkin sulh görüşmelerinde zamanaşımı durur (BGB § 852/2). Ayrıca istisna sözleşmelerinde, iş sahibinin ayıbın varlığı ve onun giderilmesi olanaklarını gözden geçirmesi süresince zamanaşımı durur (BGB § 639/2). Bunlar dışında zamanaşımının avukatların sulh görüşmeleri sırasında işlemeyeceğine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Belirsiz veya güvensiz bir hukukî durumda avukat, süreyi korumak için dava açmışsa, avukatı suçlamak (kınamak) doğru değildir; içtihatlar bu durumda hile def'ine⁶¹ başvurmaya olanak tanımaktadır.

3. Pek çok hızlı dava çekişmesiz (uzlaşmayla) sona erer; bunu avukatlar da bilmektedir. O nedenle daha ilk dilekçede yoğun mesai harcamak avukatın menfaatine değildir. Hâkimin en erken ilk duruşmada (ZPO § 275, 296) bir kısım hakların düşmesine karar vermesi, avukatın stratejisiyle bağdaşmaz. Zira avukat, esasa ilişkin incelemeyi önce karşı tarafın bir hareketiyle konunun çekişmesiz bir hale gelip gelmeyeceğini veya çok fazla bir çaba göstermesinin gerekip gerekmediğini; yani konunun alacağı yönü bekler⁶². Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararına göre, duruşmaların seyri esnasında verilen düşme kararı Anayasa'ya aykırı ise de, ilk duruşmada bir hak düşmesi kararı, daha sonraki aşamalarda davada gerçeğin bulunmasını olumsuz etkilemektedir⁶³.

⁶⁰ Uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözülmesinde harçların artırılması görüşünde *Megele*, Entlastung der Gerichte in Zivilsachen durch Rechtsanwalte?in *Wassermann-FS* (1985) 765, 767.

⁶¹ Krş. *Palandt-Heinrichs*, BGB (1987) Überblick vor § 194 Anm 5a.

⁶² Krş. *Schröder*, Anwaltskosten 153 vd.; İngiliz Pleading sistemi ile karşılaştırma için bkz. *Harwig*, Die Arbeitsteilung zwischen Anwaltern und Richtern, ZZZ 96 (1983) 37.

⁶³ Krş. BvFG in BvFGE 69, 126=NJW 1985, 1149.

Ülkenin bazı bölgelerinde duruşmaların “kartel” avukatlarca değil; gerçekten konunun uzmanı kişiler tarafından yürütülmesi durumunda, avukatların gerçek menfaatlerinin uyuşmazlığın sadece çabuk çözülmesinde değil, aynı zamanda basit bir biçimde çözülmesinde olduğu görülür. Müvekkilin hukukî himaye sigortasının olması veya dava açmaya veya yürütmeye eğilimli olması da esasen bu menfaatleri değiştirmez⁶⁴.

VI.

Şimdiye kadar belirtilen mülâhazalar, dogmatik amaçların (hedeflerin), ekonomik faktörler dikkate alınmadan, zaman zaman ücret mentalitesine güvenilerek veya bazen de sırf güncel kuramları takip etmek adına izlenmesinin, medenî yargılama hukukunda da ne denli tehlikeli olduğunu göstermeye yeterlidir. Gerçekte pek çok yasal düzenleme, ekonomik ölçütlere göre gözden geçirilmelidir. Bunlar içinde yetki ve gönderme kuralları⁶⁵ ve ispat hukukunun bir çok sorunu ve tasarruf ilkesi de bulunmaktadır. Verilen örnekler, ekonomik analizin, usulî sürecin işlevsel bağlantılarını anlamayı kolaylaştırdığını ve buradan elde edilen bilgilerin usulî sorunların⁶⁶ olaya uygun çözümünü kolaylaştırdığını göstermektedir. Elbette medenî yargılama hukukunun tamamını saf (sırf) serbest pazar (piyasa) anlayışıyla biçimlendirmek sakıncalı olacaktır. Eğer bütün usul kuralları, münhasıran bireysel yararı en fazla gerçekleştirmeye yönelik olarak düzenlenirse usulün sosyal işlevi, özgürlükleri güvence altına alıcı etkisi zarar görecektir. Bu nedenle ekonomik analizin koşulları ve sınırları vardır; ekonomik analizin sonuçları, mutlak, genel bir geçerlilik iddiasında bulunamaz. Tarafların davranışlarının pazar ekonomisine uygunluğunun denetlenmesi, sosyal usul hukuku kurallarının ortadan kaldırılmasına neden olmamalıdır.

Sırf ekonomik bir hukuk kuramının⁶⁷ hatalı olabileceği yönündeki uyarılar, bunun tam tersine de yol açmamalıdır. Zira bu durumda ekonomik gerçekliklerden (işlevsel nedensellik bilgilerinden) feragat edilmiş olur. Ekonomik analiz sonuçları, menfaatler içtihadı ve fayda-maliyet karşılaştırılmasından hemen hemen hiç ayrılmamaktadır. Ancak her iki kavram eş değildir. Çünkü ekonomik analizin mikro ekonomi görüşü, genel menfaatler içtihadı kuramına göre daha sıkı (sert) olduğu için, menfaatler

⁶⁴ Krş. *Mezger*, *Ökonomische Aspekte der Rechtsschutzversicherung*, ZPR 1977, 252; *Blankenburg-Fiedler*, *Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte* (1981); *Adams*, *Analyse* 64, 111 vd. ve *ZfSchweizRecht* 1983, 199 vd.; *Kotzorek*, *Markt* 17 vd.; *Blankenburg*, *ZverW* 1987, 25, 28 vd. da sosyal giderleri vurgulamaktadır.

⁶⁵ İcra hukuku bakımından da ZPO § 696, I c. 1; 692, I Nr. 1; 690, I Nr. 5 hükümleri isabetli değildir.

⁶⁶ Krş. *Koch-Rüssmann*, *Juristische Begründungslehre* (1982) 219.

⁶⁷ *Fezer*, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law*, JZ 1986, 817.

ıçtihadı görüşüne göre daha açık (net) bilgiler ortaya koymaktadır. Bu sonuç her şeyden önce devlet sübvansiyonunun gerçek işlevi ve yargılamanın seyrinde menfaatlerin davaya doğrudan veya dolaylı etkisi açısından geçerlidir. Bu bağlamda medenî yargılama hukukunda daha sonraki araştırmalarda sağlıklı bir yöntem çoğulculuğu ortaya çıkabilir. Eğer bilim ve uygulama, geleneksel yargılama hukuku ilkelerine ek olarak ampirik (deneysel) yargı araştırmalarının, yargılama sosyolojisinin ve ekonomik sistem analizinin sonuçlarını dikkate alırsa yargılama hukuku genel olarak adaleti sağlayabilir.