

AMERİKAN KURALI: ASLAN PAYINI ALIR*

*Assoc. Prof. Dr. James R. MAXEINER***

*(Çev.) Arş. Gör. Nefise Gökçen GÜRÇAN****

*(Çev.) Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL*****

1. Kurallar, Uygulamalar ve Sebepler

1.1. Temel Özellikler

Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatlık ücreti sisteminin iki tipik özelliği vardır: (1) ücretin kaybeden tarafa yükletilmesi kuralının olmaması (*Amerikan Kuralı*) ve (2) kanunî bir kısıtlama olmaksızın avukat ve müvekkil arasındaki anlaşma ile belirlenen ücret (*resmî düzenlemeye tabi kılınmamış ücret anlaşmaları*).

Amerikan tazmin etmeme uygulaması: Amerika'daki uygulama her bir tarafın kendi avukatının ücretini kendisinin ödemesidir. Sonuç olarak kaybeden tarafların kazananların da avukatlık ücretini ödeyerek tam bir tazmin sağlamaları söz konusu değildir. Kazanan taraflar avukatlık ücretini ödedikten sonra davada talep ettiklerinin tamamından daha azını tazmin ettirmiş

* Bu çalışma 2010 yılında Washington D.C.'de düzenlenen XVIII. Dünya Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nde sunulmuş ulusal raporlardan Amerika Birleşik Devletleri'ne ilişkin olan rapordur. Çalışmanın asıl metni için bkz. **James R. Maxeiner** (2012). "The American Rule": Assuring the Lion His Share. In Mathias Reimann (Ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, s. 287-303, Springer

** Associate Professor of Law and Associate Director, Center for International and Comparative Law, University of Baltimore School of Law

*** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

**** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

olurlar. *Amerikan Kuralı* denilse de bunu Amerikan uygulaması olarak adlandırmak daha doğrudur, zira bu nadiren kanunla yahut içtihatla zorunlu kılınmıştır. Bu kural, Amerika’da dahi kural olarak kaybeden taraflara yüklenen mahkeme masrafları bakımından uygulanmaz.

Resmî düzenlemeye tabi kılınmamış ücret anlaşmaları: Avukatlık ücretleri avukatlarla müvekkillerin aralarındaki sözleşmelerle belirlenir. Bunlar genellikle ücret tarifesi veya yargı kararlarıyla düzenlenmemiştir. Birleşik Devletler’de en yaygın uygulamalar saatlik ücret, şarta bağlı ücret¹ ve belli işler için alınan sabit ücrettir. Ancak, avukatlar ve müvekkiller, ücreti bu üç uygulamayı diledikleri gibi birleştirerek de belirleyebilirler.

1.2. Amerikan İstisnacılığı

Genel Rapor²’a göre “*kaybeden-öder kuralını açıkça reddeden ve davaların büyük çoğunluğunda yargılama giderlerindeki aslan payını kaybeden tarafa yüklemeyi kabul etmeyen*” Amerikan uygulaması “*Birleşik Devletler’i diğer sistemlerden ayırmaktadır*”. [1.2.1.3] Sistemlerin büyük çoğunluğunun *kaybeden-öder kuralını* benimsemesi ... temel bir hakkaniyet fikrini yansıtır: Kaybedenin, kazananın zararını tazmin etmesi haklı görünmektedir. [1.2.3.1] Genel Rapor ücret kurallarına ilişkin öne sürülen gerekçede Birleşik Devletler’in ayrı durmasını öğütlemektedir: Amerika “*yargılama giderlerine ilişkin ana kuralı yalnızca araçsalcı temellere dayandıran tek ülkedir.*” [1.2.3.3]³ Ücret sözleşmeleri söz konusu olduğunda ise Genel Rapor’a göre

¹ Ç.N. *contingent / contingency fee*. Şarta bağlı ücret olarak çevirdiğimiz bu ücret türünde avukatlar ancak davayı kazandıklarında veya müvekkillerinin lehine olacak şekilde anlaşma ile sonlandırdıklarında ücret almaya hak kazanırlar. Şarta bağlı ücretler genellikle müvekkilin dava sonunda almaya hak kazandığı net miktarın yüzdesi olarak hesaplanır. *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009) at Westlaw BLACKS.

² Ç.N. Genel Rapor için bkz. **Mathias Reimann** (2012). Cost an Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis. In Mathias Reimann (Ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, s. 3-56, Springer.

³ Genel Rapor, Amerikan tazmin etmeme kuralını savunmak adına hakkaniyet savlarının ortaya atılabileceğini gözlemlemekte ve yargı kararlarının öngörülemezliğini dile getirmek bakımından ayrı tutmaktadır. [1.2.3.3, Not 71] Bu sav ücret geçişinin, hukukun etkin biçimde belirli olduğuna ilişkin bir temel varsayımı reddetmektedir. Bu tartışmanın Birleşik Devletler’de gördüğü ilgi Amerikan hukukundaki belirsizliğe atfedilebilir. Bu anlayışa göre, hukukî süreç, hukukun somut olaylara uygulanmasından çok, bağlayıcı

Birleşik Devletler yalnız değildir. Diğer sistemler avukatlar ve müvekkillerin kaybedene yükletilen ücretten daha fazla bir miktar üzerinde anlaşmalarına izin vermektedir. Zorunlu ücret tarifeleri “düşüşte”dir. [1.3.2.2] Genel Rapor “dünyanın pek çok yerinde yeni bir hukuk ‘Amerikalılaşması’”ndan bahsetmektedir. [1.3.2.2] Genel Rapor ücretleri herhangi bir düzenlemeden muaf tutmanın üç bedeli olduğunu gözlemlemektedir: Bu, tam ücret geçişiyle bağdaşmamakta; öngörülebilirlik ve hakkaniyetle ilgili sorunlar yaratmakta ve makul ücretin ne olması gerektiği konusunda yeni bir yargılamaya davetiye çıkarmaktadır. [1.3.2.2]

Birleşik Devletler Ulusal Raporuna göre, bir zamanlar New York’un da dâhil olduğu pek çok eyalet bugün dünya genelinde yaygın olan kurallara tabiydi. Ücret geçişi ve ücret tarifeleri Amerikan hukukunun birer parçasıydı⁴. Büyük bir reformcu ve hukukçu olan David Dudley Field Jr.’a göre, 1842’de kaybeden tarafın davada diğer tarafın zararlarını gücü yettiğince tazmin etmesi gerekliliği, neredeyse hiç kimsenin itiraz etmeyeceği bir öneriydi⁵. Tazmin etmeme, ancak on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında ulusal bir kaide hâline gelmiştir ve ücret düzenlemeleri ve ücret geçişi ortadan kalkmıştır.

bir kararı tahmin etmek için bir yöntemdir. Belirlilik ve belirsizlik üzerine bkz. **James R. Maxeiner**, *Legal Certainty and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, 15 TULANE J. INT’L & COMP. L. 541 (2007); **James R. Maxeiner**, *Legal Indeterminacy Made in America: American Legal Methods and the Rule of Law*, 41 VALPARAISO U. L. REV. 517 (2006).

⁴ **James R. Maxeiner**, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 58 AM J. COMP. L. SUPP. 195, 216-219 (2010). Bknz. **John Leubsdorf**, *Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery*, 47 LAW & CONTEMP. PROBLEMS 9 (1984). Profesör Leubsdorf’un makalesi hâlen Birleşik Devletler’deki ücret ve masraf geçişine ilişkin en bilgilendirici incelemelerden biridir. Özellikle Amerika’nın ilk dönemlerinde ücret tarifeleri bulunması ile ilgili, bkz. **Anton-Hermann Chroust**, THE RISE OF THE LEGAL PROFESSION IN AMERICA 85-89, 129-132, 159-160, 317-319 (1965). Düşüş ve ara sıra görülen yükseliş için, bkz. **William G. Ross**, THE HONEST HOUR: THE ETHICS OF TIME-BASED BILLING BY ATTORNEYS 9-17 (1996).

⁵ **David Dudley Field**, *Letter, printed as Appendix to the report of the Committee on the Judiciary, in relation to the more simple and speedy administration of justice*, STATE OF NEW-YORK, REPORT IN PART OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, IN RELATION TO THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, DOCUMENT NO. 81 (1942), s. 55 collected in 5 DOCUMENTS OF THE ASSEMBLY OF THE STATE OF NEW-YORK SIXTY-FOURTH [SIC, 65TH] SESSION (1842).

Genel Raportör, Ulusal Raportörü Birleşik Devletler'in *kaybeden-öder kuralını* ve bunun altında yatan yalın adaleti neden reddettiğini açıklamaya davet etmektedir. Ben bu daveti kabul ediyorum. Açıklamam öznel ve deneme amaçlı olacaktır.

1.3. Hukuk Yargılamasını Avukatlar Yönetir

Adaletin işlendiği düzenek her zaman mesleğin yaradılışı olmuştur ve sonsuza dek böyle kalmalıdır. ... Kimse, Baro'nun hayatın en temel meselelerini etkileyen çözüm yollarına hâkim olacak yöntemleri belirleme hakkına karşı çıkmayı düşünemez.

Charles M. Wilds

Vermont Eyalet Barosu Önündeki Konuşmadan (1894)⁶

Avukatların hukuk yargılamasının arkasındaki yönlendirici güç olmaları Amerikan tazmin etmeme uygulamasını ve ücret sözleşmelerinin düzenlenmemesini açıklamaktadır. Avukatların kendi düzenlemelerini kendilerinin yapması bu uygulamaların neden devam ettiğini açıklamaktadır. Avukatların yargılamanın gidişatını kontrol etmeleri bu uygulamanın Birleşik Devletler'de sahip olduğu büyük etkiyi açıklamaktadır.

Ücret düzenlemelerine tabi olmama: Birleşik Devletler'deki avukatlar ücret düzenlemelerine tabi değildir. Ücretler bakımından, denetleyici kanunlar veya otoriteler tarafından, hatta kendi oluşturdukları tarafından bile, çok az kısıtlanmış durumdadır⁷. Ayrıca, hukuk yargılamasından genel olarak sorumlu olan bir hükümet organı da bulunmamaktadır⁸.

⁶ AN ADDRESS ON COMMON LAW PLEADINGS, BEFORE THE VERMONT BAR ASSOCIATION, OCTOBER 9, 1894 (1894).

⁷ Bknz. **Lester Brickman**, LAWYER BARONS: WHAT THEIR CONTINGENCY FEES REALLY COST AMERICA 468-469 (2011) ("hiçbir meslek toplumsal denetimden hukuk mesleği kadar muaf değildir. ...Avukatların ücretlerini hiçbir düzenlemeye tabi olmadan belirleme yetkileri çoğunlukla... kanun koyucuyu avukatlık ücretlerini düzenleme konusundaki tarihi yetkisinden alıkoyan... hâkimlerin hukuk uygulamasına ilişkin kontrolü elde tutmalarından kaynaklanmaktadır. ...").

⁸ Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı ve birçok eyaletteki başsavcılığın, Alman yahut diğer adalet bakanlıklarıyla kıyaslanınca herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Tam aksine bu kişiler devletin avukatıymışçasına hareket etmektedir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ve birçok eyaletin yüksek mahkemesinin medeni yargılamanın

Avukatlar yargılamayı kontrol etmektedir. Birleşik Devletler’de hukuk yargılamasının gidişatını avukatlar kontrol etmektedirler. Hâkimler genellikle pasif gözlemci konumundadırlar. Davalarda hukuki sorunları hâkimler değil, avukatlar tanımlamaktadırlar. Hangi delillerin toplanacağına onlar karar vermektedirler. Tanıkları onlar çağırmakta ve sorgulamaktadırlar. Hatta hâkimlerin jüriye verdiği talimatların ve jürisiz görülen davalarda karar vermek için gerekli olan maddi gerçeklerin ve hukuk düzeninin bunlara bağladığı sonuçların bulunduğu ilk taslakları dahi avukatlar kaleme almaktadırlar⁹.

Amerikan Kuralı hiçbir zaman kanunlaştırılmamış, uygulama ile gelişmiştir. Ortada bir kural değil, bir kural boşluğu vardır. Kuralların yokluğunda uygulamalar zorunlu olan istikamete doğru yönlendirilmezler. Birleşik Devletler’in *kaybeden-öder kuralını* reddettiğini söylemek tam olarak doğru değildir; zira reddetme bilinçli bir seçim yapmayı gerektirir. Amerika mahkemelerinin bu kuralı uygulamadığını söylemek daha doğrudur¹⁰.

Uygulamaların gerekçelendirilmesi gerekmez. Profesör Leubsdorf’un göstermiş olduğu gibi, Amerikan tazmin etmeme uygulaması da gerekçesiz şekilde ortaya çıkmıştır. Ona göre, “on dokuzuncu yüzyılda *Amerikan Kuralı*’nın en çok merak uyandıran yönlerinden biri, onun temelden neredeyse tamamen yoksun oluşudur.”¹¹. Bugünkü gerekçeler, uygulamaların

gidişatı ve avukatlığa ilişkin düzenlemeler üzerinde sadece sınırlı bir gözetim rolü bulunmaktadır. Bunlar, Kore Yüksek Mahkemesi’nde örneği görülen idari role sahip bir yüksek mahkemenin taşıyacağı karakterde sorumluluklara sahip değillerdir. Bunlar esasen eski avukatlardan oluşmaktadırlar. Bu bakımdan Amerika’daki hâkimlerin, hâkim gömleği giymiş avukatlar olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. *Genel Olarak Bknz, Benjamin H. Barton, THE LAWYER-JUDGE BIAS IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* (2010).

⁹ Genel olarak bknz. **James R. Maxeiner**, GYOHOO LEE & ARMIN WEBER, *FAILURES OF AMERICAN CIVIL JUSTICE IN INTERNATIONAL PERSPECTIVE* (2011).

¹⁰ Karş. *Acrambel v. Wiseman*, 3 U.S. (Dall.) 306 (1796) (“Birleşik Devletler’deki yaygın uygulama [avukatlık ücretlerine izin verilmesi]nin aksinedir ve bu uygulama kural olarak tam anlamıyla doğru olmasa bile bir kanunla kaldırılmadığı yahut değiştirilmediği müddetçe mahkeme bunu göz önünde bulundurmamak durumundadır.”)

¹¹ **Leubsdorf**, s. 28.

ortaya çıkmasından sonraki döneme aittir. Bunlar aslında mazeretlerdir. Uygulamalar devamlılığını sürdürmektedir, çünkü bunlar avukatların ihtiyaçlarına uygundur ve henüz aksine kanun çıkarılmamıştır. Avukatlar kendi dünyalarında çalışmaktadırlar ve onların dünyasında ücretlerini kendi müvekkillerinden almak “doğal”dır¹². Ücretlerinin kaybeden tarafından ödendiği bir sistem yaratmak için kendi dünyalarının dışına çıkmaları gerekir. Elbette avukatların kendi dünyalarında kalmaya devam etmeleri onları habis kılmaz, yalnızca sıradan kılar.

Aksini ima eden nüktelere rağmen, avukatlar da insandır. Tarih boyunca ve bugün de hâlâ avukatlar bağımsız ve küçük çaplı iş adamları olmuşlardır. Varoluşları her yerde işlerine bağlı olan küçük çaplı iş adamları gibi, iki ilgi alanına sahiplerdir: (1) yeterince müşteriye sahip olmak ve (2) bu müşterilerin zamanında ve iyi ödeme yapmaları. Bu gözlemden küçümseyici hiçbir yan yoktur: Kişisel varoluş söz konusu olduğunda fedakârlığın da sınırları vardır. Diğer seçenek aç kalmaksa kim ekmek çalmaz ki?¹³

Amerikan tazmin etmeme uygulaması avukatların iş adamları olarak ilk endişelerine cevap vermektedir: müşteri bulmak. Bu uygulama onların müvekkil bulmalarına yardım etmektedir. Avukatların müvekkilleri için de dava açmanın getirdiği riskleri neredeyse yarıya indirir. Kaybetmeleri durumunda yalnızca kendi avukatlarına ödeme yapmak durumundadırlar ve karşı tarafın avukatlarına ödeme yapmazlar. Avukatlar için ücretlerini kendi müvekkillerinden veya şarta bağlı ücrete tabi hükümlerde dava konusu üzerinden tahsil etmek, isteksiz ve muhtemelen âciz durumda olan yenik taraflardan koparmaktan daha kolaydır. Kaybettikleri zaman da müvekkil-

¹² Leubsdorf, s. 28.

¹³ 12 Maaşlı çalışan avukatlar da serbest çalışan avukatlardan farklı değildir; sadece içinde buldukları farklı durum sebebiyle farklı endişeler taşırlar. Bu bakımdan maaşlı çalışan avukatlar iki şeyi önemserler: (1) İşverenlerinin sağlıklı olup olmadığını ve (2) İşverenlerinin yanında çalıştıkları pozisyonda çalışmaya devam edip etmeyeceklerini. Aynı şekilde politikacılar için de geçerlidir. Politikacıların da iki şeyi önemsedikleri söylenebilir: (1) Hükümetlerinin gücü elinde bulundurup bulundurmadığını ve (2) Kendilerinin o hükümetin bir parçası olarak kalmaya devam edip etmediklerini. Unutmamalıyız ki aynı durum hukuk profesörleri için de geçerlidir. Onların endişeleri de maaşlı çalışan avukatlardan farklı değildir.

lerine bir başka avukatın daha ücretini ödemek zorunda olduklarını açıklamak durumunda kalmazlar¹⁴.

Düzenlenmemiş ücret anlaşmaları avukatların finansal geleceklerini kontrol etmelerine imkân sağlamaktadır. Avukatlar sadece müvekkil seçiminin doğasında bulunan müvekkilin ödeme gücüne ilişkin riskleri değil, aynı zamanda bu risklerin güvenilirlik, zamanlama ve ödeme miktarı olarak adlandırılacak unsurlarının sorumluluğunu da taşımaktadırlar. Yargılama giderlerine ilişkin mahkeme kararları ya da yenik tarafların ödeme konusundaki isteklilikleri veya güçleri gibi dış kısıtlamalarla karşı karşıya gelmezler. Dava sürecinin başlangıcında yatırımlarını müvekkilleriyle anlaşarak güvence altına alabilmektedirler.

Baro'nun bu uygulamaları hoş karşılaması 1938 tarihli Federal Medeni Usûl Kuralları'nda ve bu kurallara ilişkin görüşmelerde bu uygulamalardan söz edilmemiş olmasına dayandırılmaktadır¹⁵. Baro'nun planlı şekilde sessiz kalması ne 1938 öncesinde ne de bu tarihten sonra bozulmuştur. Başlıca üç ulusal hukuk reformu kuruluşlarının hiçbiri, ne Amerikan Hukuk Enstitüsü, ne Birleştirilmiş Hukuk Komisyonu, ne de Amerikan Yargıçlar Topluluğu tazmin etmeme kuralının üzerine esaslı şekilde gitmemiştir. Bu tarz öneriler Baro dışındaki hukuk reformcularından gelmiştir.

1938 tarihli Federal Kurallar'da Baro uzun zamandır ulaşılmak istenen bir amacı gerçekleştirmiştir: hukuk yargılamasında sorumluluğun yasa koyuculardan yargıçlara aktarılması. Bu, uygulamada sorumluluğun avukatlara aktarılması anlamına gelmiştir. Yine de kurallar yargılama giderleri veya avukatlık ücreti hakkında pek az şey söylerken, ücret düzenlemeleri veya ücret yükletilmesi hakkında hiçbir şey söylememekteydi. Eğer Baro uygula-

¹⁴ **Leubsdorf**, s. 17.

¹⁵ Her iki husus da 1938 Kuralları'nın hazırlanması safhasında esaslı bir şekilde gündeme gelmiş gözükmemektedir. Yapılması gereken bir teklif bulunmaktaydı: **Philip M. Payne**, *Costs in Common Law Actions in the Federal Courts*, 21 VA. L. REV. 397, 430 (1934). Hukuk reformu süreci başlatılırken bu uygulamaların ciddi bir şekilde tartışıldığı hiçbir örnekten haberdar değilim. Konuya ilişkin ciddiye alınabilecek önerilerin tümü Baro dışından gelmiştir. Örnek için bkz. **Marie Gryphon**, MANHATTAN INSTITUTE FOR POLICY RESEARCH, GREATER JUSTICE, LOWER COST: HOW A "LOSER PAYS" RULE WOULD IMPROVE THE AMERICAN LEGAL SYSTEM, CIVIL JUSTICE REPORT NO. 11 (December 2008).

malardan memnun olmasaydı bunlar görüşmelerde de dile getirilmiş olurdu. New York 1848'de Amerikan yargılama hukuku tarihinin bir diğer simgesini, 1848 tarihli New York Medenî Usul Kanunu'nu kabul ettiğinde ise bunları dikkate almıştır.

1848 tarihli New York Medenî Usul Kanunu hem ücretlerin düzenlenmesi hem de ücret yükletilmesine doğrudan değinmiştir. Kanun ücret düzenlemelerinin tamamını ilga etmiş ancak ücret yükletilmesi kuralını muhafaza etmiştir. Field'a göre o dönemde herkes ücret yükletilmesi kuralının yerindeliğine inanırken Baro ücret düzenlemelerinin ilgasını uzun zaman gerçekleştirmeye çalışmıştır. Field'ın önderliğinde 1848 Kanununu hazırlayanlar özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme serbestisini korumak için ücret düzenlemelerinin kaldırılmasının gerekli olduğunu savunmuşlardır. Kanunu hazırlayanlar avukatların kamu görevlisi olduğu, kamu görevi icra etmek için seçildikleri ve bu nedenle ücretlerinin düzenlenebilir olduğu fikrini reddetmişlerdir¹⁶. Kanunu hazırlayanlar ücret yükletilmesi kuralını adalet adına savunmuşlardır. Fakat 40'lı yıllarda Field'ın daha önce yapmış olduğu teklife kıyasla, 1848 tarihli kanunun ücret yükletilmesine ilişkin hükümlerinin etkisi hem üç üyeden oluşan hazırlama komitesince sunulmuş hâlinde, hem de ve daha da fazla yasama tarafından kabul edilmiş hâlinde azaltılmıştır¹⁷. Leubsdorf bir taviz verildiğini sezmektedir ancak nasıl ve kim

¹⁶ FIRST REPORT OF THE COMMISSIONERS ON PRACTICE AND PLEADING, CODE OF PROCEDURE 205 (1848). *Accord*, **Field**, Letter, s. 55. Field'ın bu konudaki tavrı kışkırtıcı bulunabilecekse de avukatların mahkeme memuru olarak konumlandırılmasının reddedilmesi Birleşik Devletler açısından yanlış değildir. Bknz. **Eugene R. Gaetke**, *Lawyers as Officers of the Court*, 42 VANDERBILT L. REV. 39 (1989) (“Söz konusu konumlandırma anlamsız ve gereğinden fazla övünme içermekte. Bu durum avukatların kafasını karıştırır ve toplumu yanlış yönlendirir.”)

¹⁷ Field'ın 1842 tarihli teklifi zorunlu ücret yükletilmesini hüküm altına alınan miktara uygulanacak sabit bir oran olarak belirlemekteydi. Komisyon'un hazırladığı 1848 tarihli taslak kanun “-meli, -malı” yerine “-abilir, -ebilir” ekini kullanarak ücret yükletilmesini keyfi bir uygulama haline getirmiş ve uygulanacak oran kısmını da yasa koyucunun doldurması için boş bırakmıştır. Yasa koyucu tarafından kanunlaştırılan metin mahkemenin takdir hakkını görünür hale getirmiş ve kendi uygulamasını “zor ve pek sık görülmeyecek davalarla” sınırlamıştır. Field'ın 1842 tarihli teklifi için bknz. **Field**, Letter. The Commission's 1848 Report on costs is FIRST REPORT, s. 204-12 (1848). Kanunlaşan metin için Bknz: An act to Simplify And Abridge the Practice, Pleadings and

tarafından verildiği bilinmemektedir¹⁸. Ücret yükletilmesine ilişkin hüküm çok geçmeden amacını gerçekleştirmekte “açıkça başarısız olduğu” gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁹. Sonraki gelişmeler her ne kadar anlatılmış olsa da bu, ücret yükletilmesinin ihmâl edildiği hâllerden biridir.

1.4. Amerikan Uygulamalarının Zararlı Sonuçları

Yargılamanın avukat kontrolünde oluşu tazmin etmeme uygulamasının etkisini artırmakta ve geçerli taleplerin değerindeki azalmanın da ötesine geçirmektedir. Haklı talepleri yok etmekte, asılsız olanları ise teşvik etmektedir. Avukatlar yargılamayı kontrol etmeleri sayesinde karşı tarafları, kaynaklarını yargılama için harcamaya zorlayabilmektedirler; tazmin etmeme uygulaması nedeniyle de o kaynaklar sonsuza dek kaybedilmiş olur. Çoğu durumda avukatların böyle büyük bir hasara yol açmalarının önündeki tek önemli dış engel karşı tarafların misilleme yapma ihtimalidir. Taraflar attıkları her adımda işlem masraflarını göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Masraf çıkarma kastının olmadığı durumlarda dahi “davada büyük bir miktar para söz konusu değilse avukat[ın] faturasının, eğer elde edilmişse, hükmedilen miktarı tamamen tüketmesi” öteden beri var olan bir gerçektir²⁰. Her avukat bilir ki, çoğu durumda diğer taraf, eğer böyle bir amacı varsa, kaza-

Proceedings of the Courts of this State, ch. 379, 1848 N.Y. LAWS 544, § 258. [Bibliyografik notlar: 1842 tarihli *Letter*: Bu belge bazı zamanlar tüm komite raporundan ve dokümanların sayılarından ayrı olarak dağıtılmıştır. Komite raporu ek bölümleriyle birlikte bir seri halinde toplu ve yazılı şekilde Google kitap formatında ulaşılabilir haldedir. 1848 tarihli İlk Rapor: Uygulama ve Dava Komisyonlarının İlk Raporu'nun bazı elektronik ve istek üzerine çıktısı alınabilecek nüshaları günümüz kullanıcılarından birinin kanunlaşan metnin burada bahsedilen bölümlerinden §§ 262-263 kısımlarını birbirine yapıştırdığı New York Halk Kütüphanesi'nde çıktı halinde bulunmaktadır.]

¹⁸ **Leubsdorf**, s. 20.

¹⁹ **Henry Whitaker**, PRACTICE AND PLEADING UNDER THE CODES, ORIGINAL AND AMENDED WITH AN APPENDIX OF FORMS 600 (1852).

²⁰ D.C., Letter to the Editor, The Constitutional Convention, the Judiciary and the Bar, NEW YORK TIMES, June 5, 1867. Genel Rapor, Amerikan sisteminin uyuşmazlık konusu miktarın 100.000 doları aşığı durumlarda, bu miktarın yarısından fazlasını tükettiğini söyleyerek yanlış bir yönlendirmede bulunmaktadır. Şahsen benim de içinde bulunduğum 10.000 dolarlık ikinci aşamasındaki bir davada avukatlık ücretinin tutarı 100.000 doları aşmaktaydı!

nılan bir davayı bir Pirus zaferine dönüştürebilir. Para harcamaya hazır durumdaki bir taraf zaferi satın alamayabilir, ancak karşı tarafı da bundan mahrum bırakabilir²¹. Elbette, taraflar her zaman kitle imha silahlarına başvuramazlar. Uygulamadaki durum, iki tarafın da birbirine nihâî bir misilleme korkusuyla saldırmaktan çekindiği Soğuk Savaş günlerinin “Karşılıklı Kesin İmha doktrinini”ni (MAD)²² hatırlatmaktadır. Silahlara başvurma konusundaki bu çekingenlik içeridekilerce fazlaca iyi bilinen bir gerçeği dışarıdan gözlemleyenlerin görüşünü bulandırmaktadır.

Kamu, haklı taleplerin yok edilmesini kabullenmiş görünmektedir; yargılama masraflarının kaçınılmaz olduğu kabul görmektedir. Ancak, tazmin etmeme kuralı ve avukatların yargılama üzerindeki kontrolü ile imkân tanıyan asılsız talepler kamunun dikkatini çok daha fazla çekmektedir²³. Bu kombinasyon zayıf taleplere sahip zayıf tarafların güçlü savunmaları olan güçlü taraflardan bile bir anlaşma koparabilmelerine olanak sağlamaktadır²⁴. Yine bu kombinasyon zayıf taleplere sahip güçlü tarafların güçlü savunmaları olan zayıf tarafları taleplerine tamamen razı olmaya zorlamalarına imkân tanımaktadır²⁵. Doktrinde ortaya çıkan bu çarpıklıkların kapsamı, etkilerinin toplam büyüklüğü veya ortada telâfi edici faydaların olup olmadığı üzerine

²¹ Karş. 21. dipnot. “Kolunun altında koca bir tomar kâğıtla ve çıplak bir şekilde resmedilen bir adam şöyle demektedir, ‘Davayı kazanan bendim ve şimdi dımdızlak ortada kaldım. Siz şimdi bir de kaybedenin halini düşünün!’ Bu habisi ile ilgili konuyu daha da derinleştirmenin bir gereği yok özellikle de hukuk yargılamasıyla uğraşan herkes tarafından konunun unutulması bu kadar tutkulu bir şekilde istenirken.”)

²² Ç.N. *Massive Assured Destruction doctrine*.

²³ Konuyla ilgili kötü üne sahip bir örnek için bkz: Pearson v. Chung, 961 A.2d 1067 (D.C. Ct. App. 2008) (Kaybolan bir pantolon dolayısıyla 67 milyon dolar zarara uğrandığı iddiasıyla bir kuru temizlemeciye karşı açılan davadır) Yeni bir belgesel film, *Hot Coffee (Sıcak Kahve)*, bir diğer kötü üne sahip davaya meydan okumaktadır, Liebeck v. McDonald’s Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo Country, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994), Söz konusu dava sistemin açıklarından faydalanan temelsiz bir davadır.

²⁴ Genel Rapor’a göre, “Birleşik Devletler’i dünyanın geri kalanının neredeyse tamamından ayıran kuralı getiren, zayıf davaların üstü kapalı şekilde teşvik edilmesidir (genellikle salt davalıyı anlaşmaya zorlayabilmek amacıyla).” [1.2.3.3]

²⁵ 2010 Kongresinde Patent ve Marka Ofisi marka hakkının kötüye kullanılması sorununu ele almaya karar vermiştir. 2010 tarihli Marka Tekniği ve Uygunluğu Hakkında Değişiklik Yapan Kanun, Pub. L. No. 111-146, 124 Stat. 66 (2010).

tartışma yapılabilirken, dava uygulaması üzerinde az da olsa zaman harcamış olan hiç kimse bu çarpıklıkların Amerikan hukuk yargılamasının rutin birer parçası olduğunu makûl gerekçelerle inkâr edemeyecektir.

2. İstisnalar ve Çeşitler: Ortak Payda

Genel Rapor Amerikan tazmin etmeme uygulamasındaki istisnalara ve çeşitliliklere işaret etmektedir. Ortada bunları destekleyen hiçbir müşterek kuram yoktur²⁶. Ancak, bir ortak payda vardır: avukatların iyi kazanç getiren müvekkiller edinmelerine yardımcı olmak. Üç çeşit -şarta bağlı ücret, tek yönlü ücret yükletilmesi ve grup davası yargılaması- avukatların, hizmetlerini başka türlü karşılayamayacak müşterileri kazanmalarına yardım etmektedir. İki çeşit -davada kendini temsil etme ve adli yardım- avukatların istenmeyen müvekkilleri, örneğin başkasının üstünden geçinen, tam ya da hiç ödeme yapmayacak kişileri, kabul etmelerine yönelik baskılardan kurtulmalarına yardım etmektedir. Son olarak, ücret yükletilmesinin istisnası -masrafların tazmin edilmesi- masrafları cüz'i hâle getirerek müvekkilleri caydırabilecek bir unsur olarak etkisiz hâle getirilmiştir. Burada masrafların istisnaî durumu ile başlayıp (2.1), daha sonra arzu edilen tarzda müvekkilleri cesaretlendiren çeşitlere, örneğin meslekî gelişime geçeceğiz (2.2) ve avukatlara istenmeyen müvekkilleri başka alternatiflere yönlendirme konusunda, örneğin başkasının sırtından geçinenlerden uzak durma konusunda yardımcı olan diğer çeşitlerle konuyu tamamlayacağız (2.3).

2.1. Yargılama Giderleri: Kaybeden-Öder (Teorik Olarak)

Diğer yerlerde olduğu gibi Birleşik Devletler'de de mahkeme masraflarını kural olarak (istisnaî bir uygulama olarak değil) kaybeden taraf üstlenir. Bu kural avukatların çok az olduğu ve ücret düzenlemelerine tâbi oldukları sömürge zamanlarına kadar dayanmaktadır. Maliyetler müvekkilleri caydırıcı niteliktedir. Hiç yürürlükten kaldırılmamış olmalarına rağmen avukatlar bu maliyetleri düşük tutmaktadırlar²⁷.

²⁶ Leubsdorf, "prensip analizinin tamamen keyfi ve yönlendirmelere açık olduğu görüşünü savunmaya kadar giden garip bir görüş çeşitliliği"nin olduğunu gözlemlemektedir. **Leubsdorf**, s. 28.

²⁷ Bknz. **Leubsdorf**, s. 14.

Birleşik Devletler’de yargılama giderleri, diğer birçok ülkenin aksine, dava konusunun değeri göz önüne alınmaksızın kararlaştırılmaktadır. Örneğin, dava konusunun 100.000\$ olduğu bir davanın Federal Mahkeme’de açılması için, davacının 350\$ ödemesi gerekmektedir²⁸. Diğer yandan Almanya’da, hemen aynı durumda, dava konusu 75.000€ ise davacı 1968€ (yaklaşık 2.500\$) ödemek zorundadır²⁹. Dava konusu on katına çıkartıldığında dosya masrafı, Almanya’da 11.118€ (yaklaşık 15.000\$) tutarına yükselmekte iken Birleşik Devletler’de hâlen 350\$ tutmaktadır. Dahası enflasyonun etkisiyle bir zamanlar çok yüksek olan bu masraflar şu an önemsiz denilebilecek düzeye gelmiştir³⁰. Dava masraflarının düşük olmasına rağmen bazen mahkemece atanmış bilirkişi masrafı gibi (nadiren kullanılmaktadır), davaya bağlı fer’i masraflar yüksek olabilmektedir.

Dava sonrası kaybeden tarafın masrafları üstleneceği kuralının uygulanması nadiren görülmektedir. Nitekim çok az uyuşmazlık dava ile neticelenmektedir. Uyuşmazlıkların yalnızca %2’si dava konusu olmaktadır. Daha yaygın olarak bu kural davaya hazırlık safhası sonrasında ortaya çıkmaktadır. Diğer yerlerden farklı olarak, hâkim masrafları kendiliğinden hesaplayıp kararında belirtmez. Bunun yerine kazanan taraf masraflar ve tüm sıralanmış talepleri için başvuruda bulunmalıdır. Toplam masraf düşük olduğu için sıkça uygulanması davacı için bir külfet oluşturmaktadır. Gönüllü ödemeye teşvik etmek maksadıyla, masrafların kabaca hesaplanıp bir indirim yapılması daha basit bir yoldur.

Masrafların yükletilmesinin dayandığı meşruiyet temeli avukatlık ücreti konusunda da aynen geçerliliğini korumaktaydı. Bu meşruiyet haklı olan tarafın dava nedeniyle yapmış olduğu masrafların tam anlamıyla tazmin edilmesi düşüncesiyle temellenmektedir. Avukatlık ücretlerinin de dava masraflarına dâhil olduğu düşünülmekteydi. Bugün tüm bu masraflar değerlendirildiğinde, bu masrafların kaybeden tarafa yükletilmesinin meşruiyetini aynı zamanda özel hukuk uyuşmazlıklarının mahkemeye taşınması husu-

²⁸ 28 U.S.C. § 1914(a).

²⁹ <http://www.prozesskostenrechner.de/>.

³⁰ Örneğin, 1853 yılında Federal Mahkeme’de dava harcı 20\$ tutarındaydı. Bu miktar o zamanlar avukatlık ücretine tekabül etmekteydi. Bugün hâlâ Federal Mahkeme’de dava harcı 20\$ tutarındadır.

sunda bir caydırma yaklaşımından aldığı söylenebilir. Diğer yandan bu masrafların düşük tutulmasının meşruiyeti de bu uyuşmazlıkların mahkeme yolu ile çözümlenmesini teşvik eden bir yaklaşım ile kurulmaktadır.

2.2. Mesleki Gelişim

Amerikan tazmin etmeme uygulaması, dava açma konusundaki isteksizliği ortadan kaldırmak için yeterli bir çözüm değildir. Amerika'da davalar maliyetlidir. Genel Rapor araştırma sonuçları, Birleşik Devletler'deki delil toplama maliyetinin dünyadaki diğer her yerden daha fazla olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırma sonuçlarına göre; *“Kanit toplama maliyeti olarak (Bilirkişi ücreti de dâhil), aslan payının kaybeden tarafa yükletilmemesinin uygulamadaki etkileri muazzamdır. Bu durum davayı kazanan tarafa büyük bir yük getirmekle birlikte, davayı kaybeden taraf içinse aynı derecede bir rahatlama sebep olmaktadır. Esasen delil toplama maliyetinin kaybeden tarafa yükletilmemesi, belki de Birleşik Devletler sistemini burada bahsedilen diğer tüm yargılama sistemlerinden ayıran karakteristik bir özellik olarak tanımlanabilir”*. Mutat gelir düzeyindeki insanlar böylesi büyük bir yükü karşılayamazlar³¹. Nitekim bu insanlar davanın henüz başında avukatlarına ücretlerinin azımsanmayacak bir bölümünü, davanın sonuna geldiğimizde ise lehlerine hükmedilen miktarın önemli bir kısmını ödemek zorundadırlar.

Avukatlar müvekkileri ile anlaşmak konusunda serbestiye kavuştuklarında, sözleşme ile ya da başka çözüm yolları bularak mutat gelir düzeyinde olan insanların üzerlerindeki yükü kaldırıp, bu insanları iyi kazanç getiren birer müvekkil hâline getirebilmişlerdir. Avukat tarafından düzenlenen ve bu insanları iyi kazanç getiren birer müvekkil hâline getiren yenilikçi anlaşmalar bakımından kapı her zaman açık olmuştur. İlk olarak alacağı belirsiz olan müvekkiller için şarta bağlı ücretlendirme sistemi oluşturulmuştur. Akabinde bu insanlar için tek yönlü yükletilme sistemi kabul edilmiştir. Son olarak ise bu insanların açtığı olağan davalar tek başına kâr getirmeyecek kadar küçük olduğu için grup davası sistemi getirilmiştir.

³¹ Bknz. Leubsdorf, s. 31.

2.2.1. Şarta Bağlı Ücretlendirme

Genel Rapor, şarta bağlı ücretlendirme sisteminin, “*Birleşik Devletler hukuk sisteminin karakteristik bir özelliği*” olduğunu ortaya koymaktadır. Şarta bağlı ücret anlaşmasının esas özelliği, avukatlık ücretinin yalnızca avukatın davayı kazanması durumunda söz konusu olmasıdır. Bu ücret dava sonunda hükmedilen miktarın belirli bir yüzdelik dilimini oluşturmaktadır. Genellikle bu oran %33 olarak belirlenmektedir³². Şarta bağlı ücret anlaşması avukatın, mahkeme masrafları ve diğer giderleri, müvekkili ile aralarındaki anlaşmaya bağlı olarak daha sonra ödenmek veya ödenmemek üzere, temin etmesini sağlayabilmektedir.

Mutat gelir düzeyinde olan insanlar bu şekilde açılacak bir davadan her durumda yarar sağlamaktadırlar. Başlangıçta zaten karşılayamayacakları ücretleri ödemek durumunda kalmayacaklardır. Hüküm verildikten sonra ise eğer davayı kaybetmişlerse yine de bir ücret ödemek durumunda değillerdir. Eğer davayı kazanırlar ise bu kez de lehe hükmedilen miktarın üzerinde bir ödeme yapmak durumunda olmayacaklardır. Burada yükün fazlasını ve riski taşıyanlar ise avukatlardır. Müvekkiller için işin olumsuz olan tarafı ise avukatın yüzdesinin çok yüksek olması durumudur. Bu durum özellikle de yüksek yargılama giderlerine maruz kalınmayan davalarda belirginleşmektedir.

Avukatlar da şarta bağlı ücret anlaşmalarından, başka türlü sahip olamayacakları müvekkilleri edinerek yarar sağlamaktadırlar. Lehe hükmedilen miktardan paylarını alarak, dava ile üzerlerinde taşıdıkları riskleri de telafi edebilmektedirler. İyi tahlil edilerek seçilmiş davalarda bu telafinin miktarı, sağlanan hizmete ayrılan bütçenin oldukça üzerine çıkabilmektedir. Diğer yandan daha kesin ve kolay bir şekilde ücretlerini, kazanan ya da kaybeden taraftan ziyade hükmedilen miktar üzerinden tahsil edebilmektedirler.

Avukatların müvekkilleri ile anlaşma yapma serbestisine sahip olduğu 19.yüzyıl ikinci yarısından sonra, şarta bağlı ücretlendirme yaygın bir

³² **Jeffrey D. Swett**, *Determining a Reasonable Percentage in Establishing a Contingency Fee: A New Tool to Remedy and Old Problem*, 77 TENN. L. REV. 653, 655 (2010); Genel olarak bkz. **Herbert M. Kritzer**, RISKS, REPUTATIONS, AND REWARDS: CONTINGENCY FEE LEGAL PRACTICE IN THE UNITED STATES 9-10 (2004).

kullanım alanına sahip olmuştur. Şarta bağlı ücretlendirme uygulaması şu an olduğu gibi o zamanlarda da tartışma konusudur. Nitekim bu sistem avukatların gördükleri davalarda maddi bir çıkar taşımalarına neden olmuştur³³. Bu durum tarafların haklarını tespit ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak amacını taşıyan hukuk yargılamasını kâr-zarar risk analizine dayalı bir sisteme dönüştürdüğü için olumsuz karşılanmaktadır³⁴. Diğer yandan dava konusunun yüksek olduğu durumlarda, harcanan zaman ve risk edilen paranın oranına bakılmaksızın muazzam ücretlere neden olabileceği için sorunlu görülmektedir (40.000.000\$'a kadar ulaştığı görülmüştür)³⁵. Şarta bağlı ücretlendirme sistemindeki bu tatminsizlik gelişigüzel uygulamalara ve rastlantısal düzenlemelere neden olmuştur³⁶.

Şarta bağlı ücretlendirmenin meşruiyeti mutlak gelir düzeyinde olan insanların medenî yargılama bakımından adalet sistemine erişimini sağlamakla kurulmaktadır. Ancak şarta bağlı ücretlendirme adalete erişim bakımından yalnızca kısmi bir çözüm olabilir. Bu sistem müvekkillerin tamamını kapsayıcı nitelikte değildir. Bu sistemden faydalanabilen müvekkiller, yalnızca finansal bir rahatlama amacını taşıyan davacılar ile yüksek yahut belirsiz bir alacağa sahip olanlar olabilmektedir³⁷. Şarta bağlı sözleşmenin maliyetini öngörülebilir ve şeffaf kılmaları nedeniyle miktarı belirli olan alacaklar, avukatlar için daha az aranılır niteliktedir. Dava konusunun belirsiz bir alacak olması durumu ise anlaşmayı kayda değer bir servetin payla-

³³ Karş. **Edwin Countryman**, THE ETHICS OF COMPENSATION FOR PROFESSIONAL SERVICES: AN ADDRESS BEFORE THE ALBANY LAW SCHOOL AND AN ANSWER TO HOSTILE CRITIQUES (1882) with **LESTER BRICKMAN**, LAWYER BARONS: WHAT THEIR CONTINGENCY FEES REALLY COST AMERICA (2011). Genel olarak bkz. **Peter Karsten**, *Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, A History to 1940*, 47 DEPAUL L. REV. 231 (1997). Şarta bağlı ücretlendirmenin kabulü, avukatların baktıkları davalarda maddi çıkar taşımamalarına yönelik tarihsel sınırlandırmaların çözümlenmesini ya da sona ermesini gerektirmektedir.

³⁴ **John A. Day**, *Should you risk taking the case?*, TRIAL, January 2008, s. 20.

³⁵ Bknz. e.g., *Lawrence v. Miller*, 48 A.D.3d 1, 853 N.Y.S.2d 1(2007) (40.000.000\$'lık miktar üzerinden, %40 oranında hesaplanan şarta bağlı ücret, neredeyse ihtilafli meblağın tamamına tekabül etmektedir).

³⁶ Bknz. **Swett**, 659 vd.

³⁷ Bknz. **Maxeiner**, s. 207-209.

şımına dönüştürmektedir. Bu durum şarta bağlı ücret anlaşmalarının neredeyse tamamının dayanağını oluşturan hukukî sebebin neden sözleşme değil de haksız fiil olduğunu ortaya koymaktadır.

Dava konusunun yeterli gelir elde edilemeyecek kadar düşük olduğu durumlarda şarta bağlı ücretlendirme, avukatla temsil edilmeye olanak tanımamaktadır. Ancak Amerika'nın yenilikçi avukatları bu davalarda da avukatla temsil edilebilmenin ve aynı zamanda da kâr elde edebilmenin çözümünü bulmuşlardır. Bu bağlamda aşağıda ilk olarak tek yönlü yükletilme düzenlemesini, sonrasında ise grup davalarını inceleme konusu yapacağız.

2.2.2. Sadece Amerika'da: Tek Yönlü Yükletilme³⁸

Avukatların maddi anlamda geri kazanım sağlamayan ya da ücretlerini karşılamaya yetmeyecek kadar az kazanım sağlayan davalarla ne işleri olur? Bu durumda tek yol Amerikan tazmin etmeme uygulamasını bir kenara bırakmak ve *kaybeden-öder* yönündeki küresel yaklaşımı benimsemek olacaktır. Ancak bu şekilde de ortaya çıkan riski kabul edemeyecek olan müvekkiller uzaklaştırılmış olacaktır.

Amerikan hukuk sistemi böylesi durumlar için zekice bir çözüm önermektedir: Tek yönlü yükletilme. Buna göre eğer avukatlar müvekkilleri adına açtıkları davayı kazanırlarsa, karşı taraf onların avukatlık ücretlerini ödemek durumunda kalacaktır. Diğer yandan eğer davayı kaybederlerse, kendilerine bir şey ödenmemesine rağmen, en azından müvekkilleri karşı tarafın avukatının ücretini ödemek zorunda kalmayacaktır. İlk olarak 19. yüzyıl son çeyreğinde rekabet hukukuna özgü kuralların uygulanmasını kolaylaştırmak için kullanılan fikir³⁹ başarı sağlamıştır. Yüzlerce kanun, kazanan davalının kendi avukatının ücretini ödemesini bir kenara bırakarak, kaybeden davalının, kazanan davacının avukatının ücretini ödemesini emretmektedir⁴⁰. Tek yönlü yükletilme kamu hukuku kurallarına özgü özel cibrî

³⁸ Aslında yalnızca Amerika'da değildir; Genel Rapor Japonya'da ferdi kaza davalarında da tek yönlü yükletilmenin uygulandığını belirtmektedir. [1.2.2.1]

³⁹ Bknz. **Leubsdorf**, s. 25.

⁴⁰ Bknz. **Harold J. Krent**, *Explaining One-Way Fee Shifting*, 79 VA. L. REV. 2039, 2051.

icraya odaklanmayı sürdürmekle birlikte özel hukuk uygulamalarına kadar uzanmamaktadır.

Tek yönlü yükletilmenin özel hukuk taraflarını, kamu hukuku kurallarının cebrî icrasında “özel hukuk savcıları⁴¹” gibi davranmaya gönüllü kıldığı söylenmektedir⁴². Kendisine eşit muamele ilkesine adanmış bir toplumda ve silahların eşitliği ilkesini teşvik eden bir meslekte “yazı gelirse kaybedersin tura gelirsen kazanırım” benzeri kuralların getirdiği zorlukların hakkaniyetsizliği ortaya çıkaracağı açıktır. Bu zorluklar yadsınmamakta aksine doğrulanmakta ve yardımcı gerekçelendirmeler ile önüne geçilmektedir. Bu noktadaki eleştiriler ise tutarlılığı ve yardımcı gerekçelendirmenin sağlayacağı adaleti sorgulamaktadırlar.

2.2.3. Grup Davaları: Uzlaşma Noktası

Çoğu dava tek yönlü yükletilme sisteminin uygulanması bakımından elverişli değildir. Birçok alacak yalnız başına Amerikan yargılama sisteminin yüksek masraflarını karşılayamayacak kadar yetersiz kalmaktadır. Amerikan avukatların elbette buna da getirdikleri bir çözüm bulunmaktadır: Grup davaları. Burada avukat onlarca, yüzlerce ve hatta binlerce kişiden oluşan tarafın alacağını temsil etmektedir. Bazen alacaklar büyüktür ancak bu alacakların teker teker dava konusu olması çok yüksek yargılama giderlerine neden olabilir. Bazense alacaklar öyle küçüktür ki her biri sadece birkaç dolar tutarında bile olabilir. Her bir davanın somut olaya göre kendi içerisinde değerlendirilmesini yücelten bir hukuk sisteminde grup davaları alışılmadık şekilde yadırganabilir görünmektedir. Düzenlenmemiş ücret anlaşmalarının söz konusu olduğu bir ücretlendirme sisteminde, bir avukat ve her birinin alacağı birkaç dolar olan yüzlerce ya da binlerce müvekkil arasında yapılan geçerli bir anlaşma bulmak son derece zordur. 2003 yılından bu yana Federal Medenî Usûl Kuralları, mahkemelerin grup davası

⁴¹ Ç.N. *private-attorney-general doctrine*. Bu kavram Amerikan hukukunda önemli sayıda kişinin yararına olan, cebrî icra gerektiren ve toplumun geneli için önemli olan bir özel hukuk davası açan tarafın avukatlık ücretinin karşılanmasını sağlayan bir hakkaniyet ilkesidir. *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009) at Westlaw BLACKS.

⁴² *Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 261-263 (1975).

anlaşmalarını onaylamasının bir uzantısı mahiyetinde, makûl bir avukatlık ücretine karar verebileceklerini düzenleme konusu yapmış bulunmaktadır⁴³.

2.3. İstenilmeyen Müvekkile Yönelik Alternatifler

2.3.1. Davada Kendini Temsil Etme

Federal Mahkemelerin var olduğu günden bu yana davada kendini temsil edebilme imkânı mevcuttur. İlk olarak 1789 yılında kabul edilen⁴⁴ Federal Kanun, tarafların Federal Mahkeme önünde “*kendi davalarını açmalarına ve yürütmelerine*” izin vermektedir⁴⁵. Gerçekte ise davaların en basitinde bile çok az insan bunu tatmin edici şekilde gerçekleştirebilmiştir. Mahkemede temsil edilebilme imkânı bulunmayan insanlara bir alternatif oluşturabilmenin ötesinde bu hakkın neredeyse hiçbir anlamı bulunmamaktadır⁴⁶. Kendini temsil etme durumu bazı küçük uyuşmazlıklara bakan mahkemelerde söz konusu olabilmektedir. Bu mahkemeler önündeki bir uyuşmazlığa yönelik ihtilafı meblağın üst sınıra yükseltilmesi yönünde bir teklif yapıldığında, avukatlar genellikle bu duruma itiraz etmektedirler.

Buna karşın davada kendini temsil edebilme imkânı, bugünkü sistemin sürdürülebilmesi açısından gerekli bulunmaktadır. Eğer avukatla temsil zorunluluğu bulunuyor olsa idi, avukatlık ücretini karşılayamayacak olan kişiler bakımından mahkemenin davaya bakmaktan imtina etmesi hususu açıkça ve aksi iddia edilemez şekilde söz konusu olurdu. Bu durumda Amerikan hukuk sistemi adli yardımı bir hak olarak sunmak mecburiyetinde

⁴³ Rule 23(h). Genel olarak bkz. **Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller**, *Judicial Settlement of Class Actions*, 1. J. LEGAL ANALYSIS 167 (2009).

⁴⁴ § 35 of the Judiciary Act of 1789.

⁴⁵ 28 U.S.C. §1654.

⁴⁶ Genel olarak bkz. THE FUTURE OF SELF-REPRESENTED LITIGATION: REPORT FROM THE MARCH 2005 SUMMIT (National Center for State Courts, 2005), www.ncsc.org; **Tiffany Buxton**, *Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon*, 34 CASE W. RES. J. INT’L L. 103 (2002); **Drew Swank**, *Note and Comment: The Pro Se Phenomenon*, 19 BYU J. PUB. L. 373 (2005); **Nina Ingwer Van Wormer**, *Note: Help at Your Fingertips: A Twenty-First Century Response to the Pro Se Phenomenon*, 60 VAND. L. REV. 983 (2007).

kalırdı. Almanya’da avukatlık ücretini karşılayamayan kişiler için ücretsiz olarak bir vekil temin edilmesi sağlanmaktadır⁴⁷.

2.3.2. Adli Yardım

Karşı tarafın avukatla temsil edildiği bir davada kendi kendini temsil edebilmek için az sayıda insanın sahip olduğu niteliklere sahip olmak gerekmektedir. Şarta bağlı ücretlendirme yahut tek yönlü yükletilme sistemleri için uygun olmayan bir davada bu denli niteliklere sahip olmayan birisi ne yapmalıdır? Hak taleplerinin büyük bir çoğunluğunu bu tür davalar oluşturmaktadır. Davalı olarak kendini savunma durumunda kalınan durumlar, dava konusunun maddi olarak nitelendirilemediği davalar ve yine dava konusunun 100.000\$ altında olduğu davalar, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Birleşik Devletler’de böyle bir dava açmak isteyen kişiler yardım için yalvarmalıdırlar. Diğer hukuk sistemlerinin aksine bu kişiler adli yardımdan yararlanamamaktadırlar⁴⁸. Birçok kişi maddi imkânları yetersiz olduğu için basit bir şekilde yasal haklarından feragat etmektedir.

Birleşik Devletler’de adli yardım, ya da daha ziyade adli yardımın yokluğu, Amerikan yargılama giderleri sisteminin avukatların tahakkümünde olduğunu ispatlar niteliktedir. Avukatları kim suçlayabilir? Neden küçük bir iş adamının ürünlerinin bedelini karşılayamayan bir müşteriyi istemesi gerekli olsun? Modern ekonomilerde mal ya da hizmetlerini başkasına ücretsiz olarak sağlayan birisi var mıdır?

19. yüzyıl başlarında Birleşik Devletler ve Almanya’nın her ikisinde de avukatlar ücretsiz olarak fakir insanları temsil etmekteydiler (Birleşik Devletler’de, *in forma pauperis*). Birleşik Devletler’de meslektaşlarının ücretsiz çalışma zorunluluğuna direnen avukatlar ve hâkimler sistemi ele geçirdiler. Hukukî olarak temsil edilme talebinin yükselişini Baro görmezden geldi. Hukuk sisteminin dışarısında bulunan özel kişiler yoksullara

⁴⁷ Bknz. **Heinrich Dittenberger**, *Fünfzig Jahre Deutscher Anwaltverein 1871/1921*, aus *JW 1921*, reprinted in 125 JAHRE DEUTSCHER ANWALTVEREIN: EIN ÜBERBLICK (Deutscher Anwaltverein, ca. 1996); **James R. Maxeiner**, *A Right to Legal Aid: The ABA Model Access Act in International Perspective* (March 17, 2011), <http://ssrn.com/abstract=1791209>.

⁴⁸ *Lassiter v. Dept. of Social Services*, 452 U.S. 18 (1981).

avukatlık hizmeti sunmak zorunda kaldılar. Almanya’da ise sistemi ele geçiren hükümet yetkilileri, avukatları, çalışmalarına izin verilmesinin karşılığı olarak, ücretsiz hukukî temsil sağlamak için görevlendirmişlerdir. Hukukî olarak temsil edilme talebi yükselişe geçtiğinde ise Baro’nun talep ettiği destek hükümet tarafından karşılık bulmuştur⁴⁹.

3. Shakespeareyen Şüphe: Field, Nast ve Shakespeare Yaklaşımları

Genel Rapor ilk bağımsız bölümüne “*Shakespeareyen şüphe*” olarak adlandırılan sorunla başlar: “*Yükletilmek ya da yükletilmemek*” [1.2.1] ve politik bir cevapla sonlandırır: “*İçtihat hukukları arasında her şeye karşın Birleşik Devletler’in başarılı olduğu söylenebilir. Eğer avukatlık ücretleri düzenlenmemiş, tahmin edilemez ve oldukça yüksek düzeyde ise, bu ücretlerin davayı kaybeden tarafa yükletilmesi oldukça endişe verici düzeyde sorunludur ve bu durumda hiç yükletilmemesi daha iyidir*”. [1.5.2] Bu cevap avukatlık ücretlerinin düzenlenmemiş, tahmin edilemez ve oldukça yüksek düzeyde olduğunu varsaymakta haklıdır ancak bu durum zaten sorunun kendisini oluşturmaktadır.

Birleşik Devletler’in başarılı olduğu söylenemez. Tazmin etmeme, düzenlenmemiş ücret anlaşmaları ve avukatların dava üzerindeki hâkimiyetleri, Amerikan hukuk yargılamasını zehirleyen ölümcül bir kokteyl misali bütünleşmişlerdir. Hukuk yargılaması, “*her davada adil, hızlı ve masrafsız hüküm*”⁵⁰ olarak belirtilen amacına ulaşmakta başarısız olmuştur. Kanunu somut olaya uygulamak ve uyuşmazlıkları adilâne bir şekilde çözüme kavuşturmak bakımından güvenilir bir araç görevi görmemektedir. Birçok davada hukuk ve adalet kavramlarından ziyade, tarafların maddi durumları ve dava açma koşulları belirleyici olmaktadır.

David Dudley Field, Jr. bu durumu öngörerek 1842 yılında avukatlık ücretinin yükletilmesi konusundaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“Kaybeden taraf, karşı tarafın dava yüzünden malvarlığında oluşan kayıpları olabildiğince tazmin etmelidir. Bir taraf haklı diğer taraf ise haksızdır. Bir kişi başka bir kişinin haksızlığı yüzünden kayba uğrama-

⁴⁹ Bknz. James R. Maxeiner, *A Right to Legal Aid*.

⁵⁰ FED. R. CIV. P. 1. Genel olarak bknz. Maxeiner ET AL.

*malıdır. Hepimiz eşit haklara olduğumuz inancını paylaşıyoruz. İnsanların, davalarını kendi malvarlıkları kadar yürütme imkânına sahip olmaları eşitlikçi değildir. Haksız olan tarafa, karşı tarafın yapmış olduğu masraflar ödetilmediği takdirde, aynı oranda zengin olan fakir olan üzerinde üstünlük kurmuş olur ve fakir olanın hakları, hakkaniyete aykırı bir şekilde korunmamış olur. Haksız davalardan insanları alıkoy-mak istiyorsanız, haksız olan davacıya karşı tarafın masraflarını yüklemek zorundasınız”.*⁵¹

Taraflardan birisinin maddi imkânları ile üstünlük kurmasına izin verilmesinin ne kadar tehlikeli olduğunu Nast de anlamıştı. Shakespeare’de bulunduğu yaklaşımla Field’ın anısını canlandırmaktaydı:

“Günahını altın kaplat, adaletin kudretli kılıcı bir şey yapamadan kırılır; paçavralara sar, bir cücenin saman çöpü bile onu deler geçer”.

4. Sonuç

Amerikan tecrübesi, avukatlık ücretinin kaybeden tarafa yükletilmesi ve düzenlenmemiş ücret anlaşmalarını içeren Amerikan modelini düşünen ülkeler bakımından hem bir ders hem de bir uyarı niteliğindedir.

Cevaplandırılması gereken nihâî soru “yükletilmek ya da yükletilmek” değildir. Asıl soru, avukatlık ücretinin yükletilmesinin ve avukatlık ücreti düzenlemesinin ne şekilde uzlaştırılabileceğidir.

Genel Rapor’da belirtildiği gibi, avukatlık ücretlerine ilişkin düzenlemelerin kaldırılması, bu ücretlerin yükletilmesi ile çok yakından ilgilidir. Tazmin edilebilen avukatlık ücretlerine yönelik bazı düzenlemeler, *kaybeden-öder kuralı* için bir gerekliliktir. Aksi takdirde, daha zengin olan taraflar, fakir olan karşı taraftan daha fazla harcama yaparak davayı kazanabilirler ve avukatlık ücretini zayıf ve yenik olan tarafa ödeterek, kazanmalarındaki haksızlıkları katlayabilirler. 1840 yılında, New York’ta, Field’ın ortağı olan Theodore Secgwick, kendi *kaybeden-öder* sisteminde, ücret yükletilmesini her türlü imkâna sahip varlıklı kimselerin avukatlarına ödenen ücretler için değil, fakat haklı olan tarafı temsil eden avukatlara ödenen ücretler için

⁵¹ Field, *Letter*, s. 56.

tasarlamıştır⁵². Field ise lehe hükmedilen miktardan yüzdelik bir pay almayı tercih etmekteydi⁵³.

Bununla birlikte eğer avukatlık ücreti davayı kaybeden tarafa yükletilirse, müvekkiller bu ücretlerin tamamının yükletilmesini ve kazandıkları zaman tam bir tazmin temin etmiş olmayı beklemektedirler. Virginia Yasama Meclisi bu durumu 1778 tarihli bir kanunla güvence altına almış durumdadır: “*Kazanan tarafın kaybeden taraf aleyhine hükmedilen tazminat miktarından daha yüksek bir avukatlık ücreti ödemek durumunda kalması makûl görülemez*”⁵⁴. Bu anlayış, yüksek nitelikli veya daha açık söylemek gerekirse daha varlıklı müvekkillere hitap eden bir avukat için doğrudan bir tehdittir. Amerika’da Baro kendi çalışma standartlarını kendi belirler ve Baro’yu yöneten avukatlar, varlıklı müvekkillere sahip olan yüksek nitelikli kişilerdir. Bu nedenle de bu avukatların ücretlerinin kaybeden tarafa yükletilmesi sistemi yerine, ücretler konusunda pazar yaklaşımını savunmaları hiç de şaşırlacak bir şey değildir.

Amerikan tecrübesi dünya için bir uyarı niteliğinde olsa da, diğer devletlerdeki avukatlık masrafları bu denli tahmin edilemez ve aynı zamanda yüksek miktarda olmadığından bu devletler, Birleşik Devletler kadar tehlike altında değildir. Amerika’daki avukatlık ücretlerinin bu denli yüksek olması, kısmen avukatların ücret düzenlemelerine tabi olmamalarından kaynaklanmaktadır. Daha da önemli olan ise bu ücretlerin avukatların davalar üzerindeki tahakkümlerine göre belirleniyor olmasıdır. Hukuk sistemi avukatlar tarafından kontrol edildiği sürece avukatlık ücretlerinin böylesine yüksek kalması muhtemeldir.

⁵² **Theodore Sedgwick**, HOW SHALL THE LAWYERS BE PAID? OR SOME REMARKS UPON TWO ACTS RECENTLY PASSED ON THE SUBJECT OF THE COSTS OF LEGAL PROCEEDINGS IN A LETTER TO JOHN ANTHON (1840).

⁵³ **Field**, *Letter*, s. 57.

⁵⁴ 1778 Va. Acts, ch. 14, § 5, Bu şekildeki tüm genel kanunların derlemesinde... bugün yürürlükte olduğu şekilde 84 (Richmond 1785), reprinted in THE FIRST LAWS OF THE STATE OF VIRGINIA 84.