

# AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ VE AVUKATLIK ÜCRETİ İLE İLGİLİ ÖNEMLİ BAZI SORUNLAR

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU\*

## I. GİRİŞ

1136 sayılı, 19.03.1969'da kabul edilen ve 07.04.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Kanunu'na, hepimizin çok iyi bildiği üzere, 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli değişiklikler getirilmiştir. 4667 sayılı bu yasa, 10.05.2001 tarihli ve 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu çalışmanın ana konusu, Avukatlık Kanunu'nun 11. kısmıdır. Bu kısım, tüm avukatlar için can alıcı olarak nitelendirilebilecek "avukatlık ücreti"ni de kapsamaktadır. Bu kısımda, 4667 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler, özellikle bu perspektifle ele alınacaktır. Bu değişikliklerin gereği gibi anlaşılabilmesi, nereden nereye gelindiğinin iyi anlaşılabilmesi için, 4667 sayılı Kanun öncesindeki düzenlemeye ve bu düzenlemeye uygulamada getirilen yorumlar üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Konu, avukatlık sözleşmesi olduğuna göre, öncelikle bu sözleşmenin, Avukatlık Kanunu ile getirilen çok önemli özellikler nedeniyle "sui generis" bir sözleşme niteliğinde olmasına karşılık, bilinen vekâlet sözleşmesi öğeleriyle büyük ölçüde örtüştüğünü belirtmekte yarar vardır. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesine, öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanacak, bu hükümlerle çatışmadığı takdirde, Borçlar Kanunu'nun başta vekâlet sözleşmesi düzenlemesi olmak üzere, eser ve hizmet sözleşmesi düzenlemeleri de uygulanabilecektir (bkz. Özcan Günerkök, *Avukatlık Sözleşmesi*, Ankara 2003, s. 22. "Türk-İsviçre hukukunda, avukat ve müvekkili arasındaki hukuki ilişki, hâkim görüş ve uygulama tarafından vekâlet

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul Barosu avukatlarından.

ilişkisi olarak nitelendirilmelidir." bkz. Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 1997, s. 89. "Avukat ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişki, genellikle vekâlet sözleşmesine dayanır. Gerçi bazı istisnai durumlarda, bu ilişkinin hizmet veya eser sözleşmesinden doğduğu söylenebilir. Ancak genellikle, avukatın iş sahibi karşısındaki bağımsızlığı, bu ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandırılmasını engellediği gibi, belli bir sonucun taahhüt edilememesi de eser sözleşmesi lehine yapılacak bir yorumu engellemektedir. Zaten vekâlet sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiye damgasını öyle güçlü vurmuştur ki, çoğu kez avukat yerine vekil, iş sahibi yerine müvekkil deyimleri kullanılmaktadır. Avukatlara verilen temsil belgesinin de uygulamada vekâletname biçiminde adlandırıldığı bilinmektedir. Bununla birlikte, avukatlık sözleşmesi biçiminde adlandırılması uygun olan avukat ile iş sahibi arasındaki hukuksal ilişkinin, vekâlet sözleşmesi karşısındaki kendine özgü niteliği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, herhangi bir yasa hükmü ile açıkça düzenlenmeyen, bir diğer deyişle, tipik olmayan sözleşmeler için kullanılan kendine özgü sözleşme, isimsiz akit, atipik sözleşme gibi nitelermelerin, avukatlık sözleşmesi bakımından da kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Bu sözleşmeye, özel yasa niteliğindeki Avukatlık Kanunu hükümleri öncelikle uygulanacağından, kuşku duyulmamalıdır. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden, sırasıyla vekâlet, eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin olanları da işin niteliğine uygun düşmek şartı ile avukatlık sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulabilecektir." 4667 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde ise, avukatlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin sınırlarını aştığı ve tamamen "sui generis" bir sözleşme tipi sayılması gerektiği şöyle ifade edilmiştir: "... Bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet, artık Borçlar Yasası'ndaki klasik vekâlet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi, tamamen "sui generis" (kendine özgü) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü ihdas edilmiştir." Ahmet İyimaya da Ankara Barosu 2000 Yılı Hukuk Kurultayı'na [Bu bildiriler Ankara'da 4 cilt olarak yayımlanmıştır; İyimaya'nın bildirisi 4. ciltte 381-385. sayfalarda yer almaktadır.] sunduğu Avukatlık Sözleşmesi adlı bildirisinde, vekâlet sözleşmesi düzenlemesinin yetersizliği konusunda şu açıklamayı yapmıştır: "Hukuki yardım borcu altına giren avukat ile, yardım alan müvekkil arasındaki ilişki için, avukatlık tasarısı öncesinde herhangi bir ad önerilmiş değildir. Gerek literatürde, gerekse yasada vekâlet ücreti sözleşmesi ve benzeri terimler kullanılmıştır. ... Yardım alanın ücret borcu esas alınarak üretilen bir terimin, savunma hakkına ve görevine hiç vurgu yapamaması bir yana, ilişkiyi kapsayacak genelliği de

yoktur. Savunmanın beşiği olan, hukuku gereğince eleştirerek gelişimini sağlayan meslek alanının, anlam içerikleri yetersiz kavramların terimleşmesini önlemek gibi bir yükümlülüğü vardır. Türkiye Barolar Birliği'nde, Avukatlık Yasa Taslağı'nın oluşumu aşamasında tarafımdan önerilen Avukatlık Sözleşmesi terimi, öğretilerde de berimsenmiştir. Belirtelim ki, isimsiz sözleşmelere özel ad verme, hem bu tiplerin gelişimi, ayırt edilmesi, hem de uygulamadaki duraksamaları önleme bakımından yerindedir. ... Anlaşmazlığı çözecek olan uygulama organı ...işin niteliğine göre vekâlet, hizmet, eser sözleşmeleriyle ilgili kuralları uygulayacaktır." bkz. Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2002, s. 147. "Avukatlık sözleşmesi, baro levhasına yazılı olup, mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında bağtlanan hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.")

Öğretiden verdiğimiz avukatlık sözleşmesini tanımlama çabalarının, 4667 sayılı Kanun'la da sonuç vermediği belirtilmelidir. Gerçekten, 4667 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede, avukatlık sözleşmesinin tanımına rastlanmamaktadır. Bir görüşe göre, bu sözleşmenin tanımı, yeni düzenleme ile getirilen Hakem Kurulları'nın uygulamasıyla oluşacaktır (bkz. İyimaya, *agb*, s. 382). Bir diğer görüş ise, yeni düzenlemede avukatlık sözleşmesinin tanımına yer verilmemiş olmasını eksiklik saymaktadır (bkz. Güner, *age*, s. 146. "... tanım yapılmasının yararlı olduğunu düşünüyoruz. Tanımın sağlıklı büyümenin ön koşulu olduğuna inanıyoruz. Yasalar, soyut hukuk kuralları olmaları nedeniyle, somut olaylara uygulanırken yorumlanacaklar, biçim kazanacaklardır. Yorumu hakem kurulunun yapacak olması, önemli değildir. Yasada temel niteliklerden bazılarının yer almasına rağmen, tanımının yapılmamış olması nedeniyle birbirinden çok farklı yorumlar yapılacak ve farklı anlamlar ortaya çıkacaktır. Bu farklılıkların hakem yargısına zarar verebileceği, bu yüzden sistemin dahi sorgulanabileceği kuşkusuz duyulmaktadır.")

Yine ifade edeyim ki, 4667 sayılı Kanun'dan önce de avukat ile iş sahibi arasında, adı konulmamış dahi olsa, bir sözleşme ilişkisi, hem de 4667 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemedeki içeriğiyle, hiç kuşkusuz vardı. 4667 sayılı Kanun, bu sözleşmenin adını koydu ve önceki düzenlemedeki tuhafıkları büyük ölçüde ortadan kaldırdı.

Bu çalışmanın ana konusuna geçmeden önce, özellikle herkesin bildiği şu noktanın bir kez daha vurgulanmasında yarar görmekteyim. 4667 sayılı Kanun'dan önce, Avukatlık Kanunu'nda "Avukatlık Sözleşmesi" ibaresine yer verilmemiş ve sanki avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki, yalnızca

veya esas itibariyle, avukata ödenecek ücretten ibaretmişçesine, Kanun'un 11. Kısım'ına Avukatlık Ücreti başlığı konulmuş ve bu kısımda sözleşme olarak, yalnızca ücret sözleşmesinden söz edilmişti.

## II. 4667 SAYILI KANUN ÖNCESİ, AVUKATLIK KANUNU'NUN 11. KISMINDA, AVUKATLIK ÜCRETİ DÜZENLEMESİ

4667 sayılı Kanun öncesi düzenleme ile ilgili olarak, ilk plânda, avukatlar açısından baş ağrıtıcı, hatta can sıkıcı olarak nitelendirilen hükümler, esas itibariyle 163. maddenin 3. fıkrası ve 164. maddenin ilk üç fıkrası idi. Daha doğru bir ifadeyle, aslında can sıkıcı ya da baş ağrıtıcı, bu hükümlerden çok, bu hükümlere uygulamanın getirdiği yorumdu.

163. maddenin 3. fıkrası şöyleydi: "Şu kadar ki, tarifedeki asgari miktar altında kalan avukatlık ücreti karşılığında, iş ve dava kabulü yasak olup, aksine hareket, disiplin cezasını gerektirir."

164. maddenin ilk üç fıkrası ise şöyleydi:

1. fıkra: Ücret sözleşmesinin, kural olarak, belli bir miktarı kapsaması gerekir.

2. fıkra: Şu kadar ki, üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi, avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

3. fıkra: İkinci fıkraya göre yapılacak anlaşmalar, dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının, aynen avukata ait olacağını ve böylece avukatın, taraflardan biri imiş gibi dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığını kapsayamaz. Bu gibi ücret sözleşmeli batıldır.

### 1. Avukatlık Kanunu'nun, 4667 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikten Önceki, 163. Maddesinin 3. Fıkrasının Değerlendirilmesi

a. 163. maddenin 3. fıkrası ile ilgili uygulamaya, yani Yargıtay kararlarına bakıldığında, bir yandan dava kazanıldığı takdirde ücret alınacağını içeren, ancak, davanın kaybedilme olasılığı için herhangi bir kayıt içermeyen sözleşmelerin; öte yandan da dava kazanıldığı takdirde belli bir ücretin alınacağı; ancak, kaybedildiği takdirde ücret alınmayacağı kaydını içeren sözleşmelerin tümüyle geçersiz sayıldığı görülmektedir (Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması için bkz. YHGK'nin 22.05.1991 t. ve E. 13-183, K.

282 sayılı kararı için Eraslan Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Ankara 1997, s. 49-50; Y. 13. HD'nin 14.09.1983 t. ve E. 1983/4618, K. 1983/6154 sayılı kararı için, YKD, 1984, Sayı 4. s. 604-607; 27.10.1987 t. ve E. 1987/4620, K. 1987/5186 sayılı kararı ve bu kararı benimseyen YHGK'nin 26.10.1988 t. ve E. 13/547, K. 851 sayılı kararı ile *Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi*, 1989/2, s. 70-71; Y. 13. HD'nin 20.09.1988 t. ve E. 1988/2391, K. 1988/4067 sayılı kararı için *İstanbul Barosu Dergisi*, 1989, Sayı 1-3, s. 112-114; 09.11.1983 t. ve E. 1983/6279, K. 1983/7796 sayılı kararı için YKD, 1984, Sayı 6, s. 911-912; 07.05.1981 t. ve E. 1981/1265, K. 1981/3495 sayılı kararı için YKD, 1982, Sayı 3, s. 376-377).

Bir diğer deyişle, Yargıtay'a göre bu iki tür sözleşme eşittir. Çünkü, yalnızca dava kazanıldığında alınacak ücretin belirlenmiş olması ve davanın kaybedilmesi hali için herhangi bir kaydın bulunmaması, dava kaybedildiğinde ücret alınmayacak demektir. Yargıtay, her iki halde, tarifedeki ücret miktarı altında kalan ücret karşılığında iş ve dava kabul edildiğini benimsemiştir. Bu açıklamalar, eski düzenleme çerçevesinde, geçerli bir ücret sözleşmesi yapmanın birinci koşulunun, belli bir meblağın avukatlık ücretinin peşin alınan kısmı olarak gösterilmesi olduğunu ortaya koymaktadır (Y. 13. HD'nin 31.03.1997 t. ve E. 1216, K. 2764 sayılı kararı örnek olarak verilebilir. "Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 02.03.1993 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinde, 3.000 Amerikan doları tutarında bulunan ücretin 1.000 dolarını peşin ve geri kalan 2.000 doların da davanın lehe sonuçlanması halinde ödeneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede, peşin bir ödemenin varlığı ücretin münhasıran kazanma koşuluna bağlanmadığını açıkça göstermektedir." Bu karar için bkz. Nazif Kaçak, *Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Ankara 2001, s. 84).

Yargıtay'ın bu uygulamasının, davanın kazanılmış olup olmadığından tamamen soyut biçimde sürdüğü anımsandığında, durumun vehameti büsbütün ortaya çıkmaktadır.

b. 163. maddenin 3. fıkrası ile ilgili Yargıtay uygulaması şöyle eleştirilmekteydi (bkz. Halûk Burcuoğlu, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi Hakkında Yargıtay Kararlarına Bir Bakış", *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1991-1994, Sayı 1-4, İstanbul 1994, s. 275-281).

1. Dava kazanılırsa şu kadar ücret alınacaktır, kaydını içeren, ancak, davanın kaybedilmesi olasılığı için herhangi bir düzenleme öngörmeyen sözleşmeler, dava kazanıldığında şu kadar ücret ödenecektir, dava kaybedildiğinde ücret ödenmeyecektir, içerikli sözleşmelerden ayırt edilmelidir. Zira, ilk sözleşme tipi için, zaten 163. maddenin 3. fıkrası uygulama

olanağı bulacak, yani kaybedilme olasılığında, tarifeye göre asgari miktar kabul edilmiş sayılacaktır. Taraflar açıkça düzenlemedikleri davanın kaybedilme olasılığında, yasa gereği, örtülü olarak asgari ücretten anlaşmaya varmış sayılacaklardır.

2. Sözleşmede, açıkça, dava kaybedildiğinde ücret alınmayacaktır, düzenlemesine yer verilmiş olduğunda da Yargıtay'ın sözleşmeyi tümüyle geçersiz sayması görüşü hatalıdır. Bu uygulamayı hatalı sayan görüş şu gerekçelere dayandırılıyordu:

a. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasının ratio legis'i, avukatlar arasında çok düşük ücret istenmesi nedeniyle doğabilecek olumsuz rekabet ortamının engellenmesidir. Buna bir de her dava için asgari ücret alınmış sayılacağından, avukatların ödeyecekleri vergilerin hiç olmazsa bu matrah dikkate alınarak belirlenebilir olması eklenebilir. Avukatlar için yıllık asgari kazanç ölçütü getirildiğinden, bu son düşünce kolayca terk edilecektir. Şu halde Yargıtay, avukatları koruyup kollamak amacıyla getirilmiş bir hükmü (bkz. Nejat Aday, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Üzerine", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1993, Sayı 1-3'ten ayrı bası, s. 15-16.), amacından saptırması ve avukatlar aleyhine uygular olmuştur.

b. Yargıtay'ın, dava kaybedildiğinde hiçbir ücret talep edilmeyeceğine ilişkin bir kayıt içeren ücret sözleşmesinin geçersizliğini dayandırdığı en önemli gerekçe; avukatın, davanın kazanılmasını yüklenmesinin, avukatın yaptığının kamu hizmeti niteliği ile asla bağdaşmaz, şeklinde ifade edilmiştir (bkz. Y. 13. HD'nin 07.05.1981 t. ve E. 1981/1265, K. 1981/3495 sayılı kararı için YKD, 1982, Sayı 3, s. 376-377). Yargıtay'a göre, yalnızca davayı kazandığı takdirde ücret isteyebilecek ve davanın kaybedilmesi halinde hiçbir talepte bulunmayacak olan avukat, kamu hizmeti yönü olan mesleğini gereği gibi yerine getiremez.

Bir an için akla şu düşünce gelebilir ve Yargıtay'ın bu görüşünün haklı olduğu izlenimi edinilebilir: Yalnızca kazanma halinde ücrete hak kazanacak olan avukat, davayı kazanmak ve ücretini alabilmek için hukuka aykırı yollara başvurabilir; bu tür sözleşmelerin geçersiz olarak nitelendirilmesi suretiyle, avukatın bu yollara başvurmasının engellenebileceği düşünülebilir. Ancak, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2. fıkrası hükmü anımsandığında, bu düşüncenin hiçbir geçerliliği olmadığı ortaya çıkar. Gerçekten de bu hükme göre, avukatlık ücreti başarıya göre değişebilmekte, hatta başarıya göre değişik ücret âdeta sözleşmenin geçerlilik koşulu kabul edilmektedir. Paragöz ama başarıya göre değişen ücret öngördüğü için sözleşmesi geçerli sayılan avukat, daha fazla ücrete hak

kazanmak için, maksimum başarıyı sağlamak için de pekâlâ hukuka aykırı yollara başvurabilecektir.

c. Yargıtay'ca geçersizlik görüşünün bir diğer dayanağı olarak gösterilen 163. maddenin 2. fıkrasındaki, "aksine hareket, disiplin cezasını gerektirir" ibaresi de bir anlam taşımamaktadır. Sorun, zaten dava kazanılmış olmasına rağmen, vekil edenin ücret ödemekten kaçınması halinde ortaya çıkacaktır. Dava kazanıldığı takdirde ücret alınacak, ancak kaybedilmesi halinde ücret alınmayacaktır, içerikli bir sözleşme düzenleyen avukat açısından, davayı kazandığı takdirde, disiplin suçunun "asgari ücretin altında bir ücret karşılığında iş veya dava takip etmiş olma" şeklinde tanımlanacak olan unsuru zaten gerçekleştirmemiş olacaktır. Kaldı ki, Türkiye'de herhangi bir baronun veya Barolar Birliği'nin, davayı kazanan avukat hakkında, ücret sözleşmesinde davayı kaybederse ücret almayacağını kabul etmiş olduğu için bir disiplin cezası verildiğini duymuş değilim.

d. Bir an için, 163. maddenin 3. fıkrasının, davanın kazanılmaması halinde ücret alınmayacağı kaydını içeren sözleşmeyi mutlak surette olumsuz etkileyeceği kabul edildiğinde bile akla şu soru gelmektedir: Acaba, sözleşme bütünüyle geçersiz mi sayılacaktır, yoksa sözleşmenin yalnızca davanın kaybedilmesi halinde ücret ödenmeyeceğine ilişkin kaydı mı hükümsüz sayılacaktır?

Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrası unutulmamalıdır. Bu hüküm aynen şöyledir: "Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı mecmu bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl olurlar." Davanın kazanılması halinde, vekil edenin çıkıp da "Ben, davanın kaybedilmesi ihtimalinde ücret ödememe kaydı olmasaydı, bu sözleşmeyi imzalamazdım." iddiası kabul edilemez. Zira, vekil eden için aslanan, davanın kazanılmasıdır. Kaldı ki, Avukatlık Kanunu'nun buyurucu hükümlerine aykırılık halinde, sözleşmenin mutlaka geçersiz addedilmeyeceği, onu geçerli kılacak yoruma öncelik verileceğine dair örneklerle de rastlanmaktadır (bkz. Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 372. "Nispi olarak karşılaştırılan avukatlık ücretinin, dava olunan veya hükümlenilecek değer % 25'ini aşmaması gerekir; aşma halinde, kanunumuzca, TK mad. 1466'da yer alan ilke kıyas yoluyla uygulanarak, tespit edilen oran % 25'e indirilmelidir.")

e. Nihayet, Yargıtay'ın geçersizlik görüşünün MK mad. 2 ile de bağdaştırılamayacağı kabul edilmelidir (bkz. Aday, *agm*, s. 20). Gerçekten, davanın kaybedilmesi halinde ücret ödenmeyeceği kaydını içeren bir söz-

leşmeyi imzalamış olan vekil edenin, davayı yürütüp sonuçlandıran avukata karşı, bu safhaya kadar hiçbir itirazda bulunmamasına rağmen, sonucun elde edilmesinden sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, tipik bir, hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Sonuç olarak, davanın kazanılması halinde ücret ödeneceğini, kaybedildiğinde ücret ödenmeyeceğini öngören sözleşme şöyle yorumlanmalıdır: Dava kazanıldığı takdirde, avukat, sözleşmede öngörülen ücrete hak kazanır. Davanın kaybedilmesi halinde ise, bu ücret sözleşmesi hüküm ifade etmemelidir. Bu son halde avukat, artık sözleşmeye dayanmamalı, doğrudan Avukatlık Kanunu'nun 163/III. maddesi uygulanarak, asgari tarifeye göre avukata ücret ödenmelidir. Bu ödemenin dayanağı, artık ücret sözleşmesi değil, bizzat yasa kuralı olmalıdır.

## 2. Avukatlık Kanunu'nun 4667 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliklerden Önceki 164. Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi

a. Önceki 164. madde, öğretide şöyle yorumlanmaktaydı: "Avukatlık ücret sözleşmesinin, kural olarak belli miktarı kapsamaması gereklidir (Avukatlık Kanunu mad. 164, f. 1); bu miktar belli bir sayı olarak (örneğin 10.000 lira) gösterilebileceği gibi; davada gösterilen başarıya göre değişmek üzere, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi (örneğin % 20'si) olarak da kararlaştırılabilir (mad. 164, f. 2). Hükmolunacak değer önceden bilinmeyeceğinden, onun bir yüzdesinin ücret olarak gösterilmesine olanak tanınması, belli miktar ilkesiyle çelişme halinde bulunmaktadır. Bundan başka, bu olanak, davanın kaybı halinde, avukatın hiç ücret alamaması sakıncasını da taşımaktadır. Bütün bunlara rağmen, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, açıkça böyle bir olanağı tanıdığı için, hüküm altına alınacak para üzerinden nispi ücreti kapsayan sözleşmelerin geçerli olmayacağı hakkında eski Avukatlık Kanunu zamanında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, artık yürürlükten kalkmıştır" (bkz. Tandoğan, *age*, s. 370; bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, 5. Bası, Ankara 1991, s. 3705 vd.).

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi hükümleri ve özellikle dava sonucuna katılma yasağı hakkındaki Yargıtay uygulaması, 163/III. maddeye ilişkin uygulaması kadar katıdır. Yargıtay, bir yandan ücretin başarıya göre değişmesini geçerlilik koşulu haline getirmiş (örnek olarak bkz. Y. 13. HD'nin 24.06.1997 t. ve E. 5498, K. 5715 sayılı kararı için Özkaya, *age*, s. 67; YHGK'nin 22.05.1991 t. ve E. 13-183, K. 282 sayılı kararı için Özkaya,



age, s. 49-50; YHGK'nin 03.03.1993 t. ve E. 13-26, K. 95 sayılı kararı için Özkaya, age, s. 47-48), öte yandan, dava sonucuna katılma yasağını alabil-diğine genişletmiştir (Avukatın, davanın sonucuna katılma yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Hakan Pekcanitez, *Davanın Sonucuna Katılma Yasağı [Hasılı Davayı İştirak Yasağı]*, İstanbul Barosu Dergisi, 1989, Sayı 10/12, s. 594 vd.). Özellikle konusu para alacağı olan uyuşmazlıklarda geçerli sözleşme yapabilmek, hemen hemen olanaksız hale getirilmiştir. Örneğin, "Ortaklığın giderilmesi davası sonuçlanıp, arazi satıldıktan sonra satış bedelinden hisseme düşecek paranın en az 250.000 lirası avukatların vekâlet ücreti olacak ve bu para, alınacak paradan ödenecektir." ve yine bir ortaklığın giderilmesi davası ile ilgili olarak "Avukat ücreti, davalı şeyin değerinin % 10'u (hissesi 25.000.000 TL'dir)." içerikle, sözleşmeler geçersiz sayılmıştır (bkz. Birinci örnek için Y. 4. HD'nin 03.11.1980 t. ve E. 10793, K. 12087 sayılı kararı ve bu kararı benimseyen YHGK'nin 02.12.1983 t. ve E. 4/432, K. 1255 sayılı kararı için *İstanbul Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 7-9, s. 550-552; ikinci örnek için, YHGK'nin 03.03.1993 t. ve E. 1993/13-26, K. 1993/95 sayılı kararı için YKD, 1993, Sayı 4, s. 503-505).

b. Yargıtay'ın, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi hükümlerine ilişkin bu katı uygulaması, öğretide şöyle eleştirilmiştir (bkz. Burcuoğlu, *agm*, s. 281-287):

1. Avukatın, davanın sonucuna ortak olmaması düşüncesi, kuşkusuz yerindedir. Gerçekten, avukat, görevini objektif olarak yerine getirmelidir. "Davanın sonucuna ortak olan avukat, her türlü objektiflikten uzaklaşarak davayı takip edecektir. Oysa, avukatın objektif olarak görevini yerine getirmesinde kamu yararı vardır. Davanın sonucuna katılma yasağı ile, avukatın uyuşmazlıkla kişisel yararı ve bununla birlikte objektifliğini kaybetmesi önlenmek istenmiştir" (bkz. Pekcanitez, *agm*, s. 600). Vekil edenin çıkarlarını gözetme yükümü altında olan avukatın, vekil edeninin her türlü talimatına uymak zorunda olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

2. Ancak, Yargıtay'ın dört elle sarıldığı "ücretin başarıya göre değişmesi" görüşü, kabul edilemez. Avukatın, davanın sonucunda elde edilecek olanın değerinin belli bir yüzdesinden söz edilmesi, zaten ister istemez başarıya göre değişen ücret anlamındadır. Örneğin, taşınmazla ilgili bir davada, dava sonucunda vekil eden adına tesciline karar verilecek arazinin rayiç değerinin % 20'si ücret olarak ödenecektir denildiğinde; ücret, on dönüm arazi tescil edilirse başka, on beş dönüm arazi tescil edilirse başka olacaktır. Yani, ister istemez başarıya göre değişecektir. Şu halde, 164. maddenin 2. fıkrasındaki "davada başarıya göre değişmek" ibaresinin pek fazla anlamı yoktur.

3. Yargıtay uygulamasına göre, konusu para olan bir davada, geçerli bir sözleşme yapılması neredeyse olanaksızdır. Acaba, dava sonucunda elde edilecek paranın belli bir yüzdesi ücret olarak kararlaştırılmaz mı? Şayet, böyle bir sözleşme geçersiz sayılacaksa, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2. fıkrası neredeyse uygulanamaz hale gelecektir. Zira, davaların büyük kısmı, belli miktarda paranın tahsiline yönelik olmaktadır (Osman Kuntman, "Avukatlık Ücreti ile İlgili Hasılı Davaya İştirâk, Başarıya Göre Değişen Nisbî Ücret ve Dava Edilen Şeyin Aynen Avukata Ait Olacağı Konularında Bir İnceleme ve Yargıtay Uygulamalarının Eleştirisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 7-9, s. 475'te, bu yasağın konusu para olan davalarda uygulanmayacağı görüşünü savunmakta ve görüşünü hükümün metninde yer alan "aynen" sözcüğüne dayandırmaktadır). Ayrıca, asgari ücret tarifesi, zaten davanın konusu paranın belli yüzdesini asgari ücret diye kabul etmektedir. Avukatlık Kanunu gereği uygulanacak olan asgari ücret tarifesi, avukata dava konusu paranın belli bir yüzdesini tarurken, avukatlık sözleşmesi ile dava konusu paranın belli bir yüzdesinin ücret olarak öngörülemeyeceğini söylemek mümkün değildir.

Bunun yanında, Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinde düzenlenen avukatın hapis hakkı düzenlemesinin, dolaylı yoldan da olsa, avukatın, davanın sonucunda elde edilen mal, para ve kıymetler üzerinde, ücret ve giderlerinin tahsilini sağlamak için hapis hakkı ve (dava sonucunda elde edilen para üzerinde bile) rüçhan hakkı yoluyla dava sonucundan ücretini tahsil edebilme olanağına sahip bulunduğunu belirtmekte de yarar görmekteyim. Şu halde, davanın sonucuna katılma yasağının, uygulamadaki gibi abartılı biçimde yaygınlaştırılmasının doğru olmayacağı, olamayacağı kanısındayım.

4. Burada da vekil eden yönünden hakkın kötüye kullanımı olgusu gündeme gelecektir. Gerçekten, bir davanın kazanılması için yıllarca çaba sarfeden avukata karşı, bu çabaları sırasında hiçbir şekilde ses çıkarmamış olan vekil edenin, davanın kazanılmasından sonra, ücret ödemekten kaçınmak için Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2. veya 3. fıkrasına dayanmasının, MK'nin 2. maddesi çerçevesinde kolaylıkla kabul edilebilir bir davranış sayılması düşünülemezdi (bkz. Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, s. 142). Burada Pekcanitez'in, MK'nin 2. maddesinin bu konu ile ilgili uygulamasını fazlaca sınırlandırdığını belirteyim (*agm*, s. 620-621). "Batıl olan bir işlem, kural olarak, butlandan zarar görecektir olan tarafın iyi niyetli olması nedeniyle geçerli sayılamaz. Özellikle davanın sonucuna katılma yasağına aykırı ücret sözleşmesini yapan avukatın, bu yasağı bilmediğini veya iyi niyetli olduğunun ileri sürülmesi mümkün de-

ğildir. Ancak bazı istisnai hallerde, butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Davanın sonucuna aykırı ücret sözleşmesine rağmen, davanın sonuçlanmasından sonra ücret olarak öngörülen dava konusunun, bir kısmının mülkiyetini avukata devreden iş sahibinin, daha sonra sözleşmenin butlanını ileri sürerek devrettiği şeyi geri istemesi, bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir." Pekcanitez'in açıklamalarından, iş sahibinin hakkını kötüye kullanmasının, davaya katılma yasağına aykırı olarak kararlaştırılan ücretin ödenmiş (ifa edilmiş) olmasına bağlandığı izlenimi edinilmektedir. Bu görüşe katılmıyorum. Yüksek Yargıtay'ın oldukça eski bir kararında bile, hakkın kötüye kullanmasının gündeme gelmesi için bu denli titizlik gösterilmediğini belirtmek isterim (bkz. YHGK'nin 24.05.1978 t. ve E. 4-260/389 sayılı kararı için YKD, 1978, Sayı 12, s. 1940).

5. Nihayet, burada da ücretin 164. maddenin izin verdiği oranı aştığı sözleşmelerin BK'nin 20. maddesinin 2. fıkrası bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ve aşan oranı yasanın kabul ettiği orana indirmekle yetinilebileceği kabul edilmelidir (bkz. Tandoğan, *age*, s. 372; Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, s. 143-144).

### 3. 4667 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliklerden Önce, Ücret Sözleşmesi'nin Tabi Olduğu Geçerlilik Şekli ve İspat ile İlgili Düzenleme

a. Önceki yasal düzenlemede, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi ücret ilişkisinden ibaret sayan anlayış doğrultusunda, 11. Kısım'da düzenlenen ücret sözleşmesi, geçerlilik açısından yazılı şekle tabi kılınmıştı. Bu konuda, önceki 163. maddenin son fıkralarını oluşturan 4.-6. fıkra hükümleri aynen şöyleydi:

1. fıkra: Dava, takip ve her türlü danışma ücretleri hakkındaki anlaşmaların yazılı şekilde olması şarttır.

2. fıkra: Ücretten doğan davalarda, yazılı sözleşmeden başka delil getirilemez ve dinlenemez.

3. fıkra: Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hallerde, asgari ücret tarifesi uygulanır.

b. Dikkatli her göz, 4. ve 5. fıkraların birbiri ardına sıralanmasındaki ilginçliği kolayca saptamaktaydı. 4. fıkrada, ücret sözleşmesi yazılı geçerlilik şekline tabi kılındığına göre, 5. fıkranın hiçbir anlamı yoktu ve olamazdı. Geçerlilik şekline uyulmadan yapılmış sözleşme geçersiz olacağına

göre, ücret sözleşmesinin sözlü olarak akdedilmiş olması, avukat ve iş sahibince açıkça ikrar edilse bile, bu ikrarın ücret sözleşmesini geçerli hale getiremeyeceği tartışmasızdır (Uygulamada benimsenen görüş de bu yöndeydi. Yargıtay 4. HD'nin 23.10.1973 t. ve E. 6635, K. 8924 sayılı kararında, iş sahibinin ücrete ilişkin ikrarının geçerlilik şeklinin yerini tutmayacağı; YHGK'nin 10.11.1982 t. ve E. 1981/4-68; K. 1982/878 sayılı kararında, avukata verilmiş çekin ücret sözleşmesinin yerini tutmayacağı ve orada yazılı meblağın avukatlık ücreti gibi değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu kararlar için bkz. Tandoğan, *age*, s. 369, 58 no'lu dipnotu). 5. maddenin anlamsızlığı (bkz. Tandoğan, *age*, s. 370. "Aslında, yazılı olmayan sözleşme geçersiz olacağından, ücret hakkında yazılı sözleşmeden başka delil getirilemeyeceğine dair mad. 163, f. VI, geçersiz sözleşmenin başka delillerle geçerli kılınmayacağını ifade etmek isteyen ve gereksiz olan bir hüküm gibi görünmektedir.") bir yana; ortalığı bulan-dırıcı bir rolü olduğu da gün gibi ortadadır. Zira, geçerlilik şekli ile ispat için gerekli olan yazılı belge kavramları birbiriyle harman edilmiştir (Geçerlilik-sağlık şekli ile ispat şekli arasındaki ayırım için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 100-102). Nihayet, Avukatlık Kanunu adlı ve dolayısıyla hukuk uygulayıcılarını doğrudan ilgilendiren bir yasada, geçerlilik şekli ile ispat şeklinin bu şekilde çorbaya dönüştürülmesine herhalde yer olmasa gerektir. Bu düzenleme en azından yakışsızdı.

Aşağıda görüleceği üzere, bu garabet, 4667 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle ortadan kaldırılmıştır.

c. Nihayet, önceki düzenlemede de avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisinin tüm olarak yazılı geçerlilik şekline tabi sayılmayacağını belirtmekte yarar görmekteyim. Aksi halde, yani yazılı yapılmadığı için, avukat ile iş sahibi arasında herhangi bir sözleşmenin var olmadığına benimsenmesi halinde, avukatın da "Madem ki aramızda geçerli bir sözleşme yok, o halde ben de iş sahibi için herhangi bir edimle yükümlü sayılmam." diyebileceği gibi akıl dışı bir sonuca varılacaktır.

Bu doğrultuda, şu konunun da altının çizilmesinde yarar vardır. 4667 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki 171. maddenin 1. fıkrası "Avukat, üzerine aldığı işi, kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder." hükmünü içermekteydi. Bu hüküm, ilk bakışta, hemen yukarıda değinilen akıl dışı sonucu destekler, izlenimini yaratmaktadır. Zira, bu hükümdeki yazılı sözleşmenin, yalnızca ücret ile ilgili olduğunu söylemek mümkün değildir. Buradaki yazılı sözleşme,

avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkinin tümünü ifade etmektedir. Memnuniyetle belirteyim ki, öğreti ve uygulamada, bu izlenimden etkilenildiğine rastlanılmamıştır.

### III. 4667 SAYILI, 1136 SAYILI AVUKATLIK KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN İLE AVUKATLIK KANUNU'NUN 11. KISIM'INA GETİRİLEN ÖNEMLİ YENİLİKLER

#### 1. Yeni Düzenleme Bağlamında Avukatlık Kanunu'nun 11. Kısım'ına Genel Bir Bakış

a. Yeni düzenlemenin ilk göze çarpan değişikliği, 11. Kısım'ın ana başlığı olan Avukatlık Ücreti ibaresinin yerine Avukatlık Sözleşmesi'ni getirmiş olmasıdır. Bunun olumlu bir yenilik olarak nitelendirilmesi gerekir. Gerçekten, avukatlık sözleşmesinde ücret her ne kadar olmazsa olmaz unsurlardan biri ise de avukatlık sözleşmesi yalnızca ücretten ibaret değildir (bkz. Halûk Burcuoğlu, *Avukatlık Sözleşmesi*, Giriş, Haziran 2003, s. 38).

b. Yeni yasa ile, yalnızca 11. Kısım'ın başlığı değil, içeriği de değişmiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere, avukatlık ücreti ile ilgili oldukça ayrıntılı bir düzenleme muhafaza edilmişse de avukatlık sözleşmesinin işleyişine de yeterli yer ayrılmıştır.

c. Yeni düzenleme, uygulamanın ücretle ilgili çok katı olan anlayışını dikkate almış ve değişiklikten önce sözleşmenin geçersizliği yaptırım ile karşılanan birçok halde, bu yaptırım gündem dışına itilmiştir.

d. Nihayet, ücretle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, avukatlık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için yeni bir başvuru mercii (Hakem Kurulları) yaratılmıştır.

#### 2. Önceki Düzenleme Çerçevesinde Çok Yoğun ve Genel Biçimde Uygulanan Geçersizlik Yaptırımının Engellenmesine İlişkin Yenilikler

##### a. Sözleşmenin, Geçerlilik Bakımından Şekle Tabi Olmaktan Çıkarılması

1. İlk planda vurgulanması gereken, önceki düzenlemede yazılı geçerlilik şeklinin yalnızca avukatlık ücreti ile ilgili olduğudur. Zaten, önceki düzenlemede avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkinin yalnızca ücret kısmı

dikkate alınmıştı. Avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye dayanan ilişkinin tüm olarak geçerliliğinin yazılı şekle bağlanmasının akıl dışı sonuçlar doğuracağına yukarıda II, 3, c' de değinilmişti.

2. Yeni 163. maddede, herhangi bir geçerlilik şeklinden söz edilmemektedir. Buna karşılık, yeni 1. fıkradaki, "Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır." hükmünden, avukatlık sözleşmesinin bir geçerlilik şekline tabi olmaktan çıkarıldığı sonucuna varılmaktadır (bkz. Günergök, *age*, s. 37. "Avukatlık sözleşmesinin geçerliliği, hiçbir şekle tabi değildir. Av. K. mad. 163, bu hususu 'Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir.' demek suretiyle belirtmiştir. Ayrıca yine aynı madde, yazılı olmayan anlaşmaların genel hükümlere göre ispatlanacağını düzenlemiştir. Şekle tabi bir hukuki işlemin yapılmasını içermesi halinde dahi avukatlık sözleşmesi bir şekle tabi değildir").

3. Yeni 171. maddenin 1. fıkrasının "Avukat, üzerine aldığı işi, kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." hükmünden de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Bu bağlamda, 171. maddenin 2. fıkrasının, "Avukata verilen vekâletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir." hükmündeki -yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça- cümlesiçığinin, yazılı sözleşmenin hiç yapılmamış olduğu hali de kapsayacağı kabul edilmelidir.

4. Avukatlık sözleşmesinin ispatlanması: Önceki düzenlemenin -yalnızca avukatlık ücreti için de olsa- ispat konusunda bir karmaşa yarattığı, ücret bakımından aranan yazılı geçerlilik şekline rağmen, sanki gerekli imiş gibi, bir de ücretin ancak yazılı sözleşme ile kanıtlanabileceğine yer verilmişti. Yeni düzenlemede, ispat konusunda yazılı olmayan anlaşmaların genel hükümlere göre ispatlanacağı öngörülmüştür (yeni 163/II. madde). Genel hükümlere yapılan bu yollamanın, kural olarak, avukatlık ilişkisinin (sözleşmesinin) varlığını değil, içeriğini ilgilendirebileceği kanısındayım. Avukatın asıl işi, olarak nitelendirilmesi gereken dava ve icra takipleri için, iş sahibinden alınmış bir vekâletname ibrazı zorunlu olduğuna ve yine avukatı vekil gibi görmeyen bir kimse tarafından, temsil yetkisi anlamındaki vekâletnamenin verilmeyeceğine göre, avukat ile iş sahibi arasında sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğu konusunda, başkaca bir şeyin aranmasına gerek olmadığı kabul edilmelidir.

Avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi yönü ağırlıklı olan "sui generis" bir sözleşme olarak tanımlandığına göre, ispat için yollamada bulun-

lan genel hükümlerden, hiç kuşkusuz HUMK'nin 287. vd. maddeleri anlaşılmalıdır. Özellikle, HUMK'nin 288. maddesi, belli değeri aşan hukuki işlemler yönünden getirdiği yazılı belge ile ispat zorunluluğu, geçerlilik şekline tabi olmasa da, avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının son derece yararlı olacağını yeterince ortaya koymaktadır.

Avukatın, dava ve icra takibi dışında ve yine avukatlık sözleşmesi kapsamında yapacağı diğer işler (örneğin görüşmeler) bakımından, Avukatlık Kanunu'nun 53. maddesinin "Avukat, iş için yaptığı görüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit eder. Tutanağın altı, görüşmede bulununlar tarafından imzalanır." hükmü de avukat açısından, yazılı sözleşmenin önemini ortaya koymaktadır.

### b. Yeni Düzenlemede, Geçersizlik Sayılmayan Haller

Eski düzenlemede, avukatlık sözleşmesinden değil, ücret sözleşmesinden söz edilmekteydi ve uygulamada ücret sözleşmesi, yukarıda II'de açıklandığı üzere, davanın kaybı halinde dahi bir ücretin alınacağını (veya peşin olarak ödeneceğini); başarıya göre değişen ücret esasını içermediğinde geçersiz sayılıyordu ve dava sonucuna katılma yasağının çok katı ve yaygın biçimde uygulanması nedeniyle, özellikle konusu para olan davalarda geçerli bir ücret sözleşmesinin yapılması neredeyse olanaksız kılınyordu. Yeni düzenleme, aşağıda açıklanacağı gibi, hukukun temel ilkeleriyle ve zaman zaman mantık ölçütleriyle bağdaştırılması pek kolay olmayan bu uygulamayı büyük ölçüde devre dışı bırakmıştır.

### 3. Yeni Düzenlemede, Avukatlık Sözleşmesinin Kapsamı

a. 4667 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin en önemlilerinden birinin, Avukatlık Kanunu'nun 11. Kısım'ının, başlık ve içerik itibariyle değiştirilmiş olmasıdır. Artık ücret sözleşmesinden değil, avukatlık sözleşmesinden söz edilecektir. Bu yenilik, son derece olumludur. Ücretin, avukat-iş sahibi ilişkisinde çok önemli bir öğe olduğu kuşkusuzdur. Ancak, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki, yalnızca ücretten ibaret değildir. 4667 sayılı Kanun ile doğru anlayış getirilmiştir.

b. Yeni 163. maddenin 1. fıkrasındaki, "Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir." hükmü, avukatlık sözleşmesinin yanları arasındaki dengeyi daha iyi sağlamış görünmektedir. Böylece, avukatlık sözleşmesinin olmazsa olmaz iki öğesi

belirlenmiştir: Belli bir hukuki yardım ve belli bir meblağ ya da değer. Yeni 164. maddenin 1. fıkrasındaki, "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." hükmü, avukatlık sözleşmesinin taraflarına yüklediği edimler arasındaki karşılıklık (sinnallagma) ilişkisini vurgulamaktadır.

#### 4. Yeni Düzenlemede, Avukatlık Ücreti

a. Yeni düzenleme, 164. maddeyi doğrudan ve yalnızca avukatlık ücretine hasretmiştir. Bu madde yanında, avukatlık sözleşmesi ile ilgili genel ilkeleri getirmeyi amaçlayan 163. maddenin 2. fıkrasında, sözleşmedeki ücret düzenlemesinin avukatlık sözleşmesine olan etkisi belirlenmiştir.

b. Yeni 163. maddenin 2. fıkrasındaki ücretle ilgili hüküm aynen şöyledir: "Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir." Bu hüküm ile, avukatlık ücretinin yüksekliğinin geçersizlik sonucu doğurmayacağı ve ancak tavan ücret düzeyine indirgenme yolunu açabileceği açıkça belirlenmiş olmaktadır. Burada sözü edilen tavan ücretin, yalnızca avukatlık ücretinin dava olunanın veya hükümlenilecek şeyin değerine göre nispi olarak belirlendiği veya dava ile istenilen paranın bir bölümü olarak kararlaştırıldığı hallerde gündeme gelebileceği; maktu olarak belirlenen avukatlık ücretinde ise yalnızca tavan ücretin (alt sınırın) söz konusu olacağı belirtilmelidir (bkz. Güner, *age*, s. 190. Önceki düzenlemeye ilişkin uygulama da bu yöndeydi. Örnek olarak, bkz. Yargıtay 4. HD'nin 06.12.1976 t. ve E. 1976/1604, K. 1976/10590 sayılı kararı için YKD, 1978, Sayı 6, s. 902. Buna karşılık Günergök, *age*, s. 130-131, 466 no'lu dipnotunda, aksi yönde şu görüş açıklanmıştır: "Av. K. mad. 164/II'nin Av. K. mad. 163/II ile birlikte değerlendirilmesi sonucu, Av. K. mad. 163/II'de tavan ücretten açıkça bahsedilmesi karşısında, kanunun maktu veya nispi ayrımı yapmaksızın, avukatlık ücreti miktarını dava değerinin belli bir yüzdesi ile sınırlandığı kanaatindeyiz").

Bu hüküm hemen izleyen aynı fıkradaki, "İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez." hükmünün amacı güçlülükte anlaşılmaktadır. Bu hükmün, yalnızca tavan ücretin aşıldığı avukatlık sözleşmelerinde, öngörülen ücretin iş sahibi tarafından ödenmiş olduğu hallerle ilgili olduğu kabul edilmelidir. Bir diğer söyleyişle, sözleşmede öngörülen tavan ücreti aşan ücreti, avukata ödeyen iş sahibi, "Artık ben fazla ödeme yapmışım; tavan ücreti aşan kısmın bana iadesi gerekir." diyemeyecektir. Hükümde yer verilen geçersizlik kavramı, hatalı bir kullanımdır. Zira, tavan ücreti aşan bir bedelin kararlaştırılmış olması halinde, ücretin öden-



mesinden önceki aşamada, nasıl olsa sözleşmenin tavan ücret üzerinden geçerli olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, fıkranın, "Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz." içerikli son hükmü, avukatlık sözleşmesinin herhangi bir kaydının geçersizliğinin sözleşmenin tümünü geçersiz hale getiremeyeceğini açıkça öngörmektedir. Şu halde, ifa ile gündeme getirilemeyecek olan geçersizlik, olsa olsa tavan ücretin aşılmış ve fiilen ödenmiş olduğu hallerle ilgilendirilebilir kanısındayım.

Yeni 163. maddenin 2. fıkrasının, aktarılan son hükmündeki "yokluk halleri" ibaresinin de yerinde olmadığı kabul edilmelidir. Borçlar Hukuku'nda "yokluk" şöyle tanımlanmaktadır: "Akdin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde, akit varlık kazanamaz, akdi ilişki kurulmaz; akit yoktur." (bkz. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 130; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıparmak, *age*, s. 378). Bu tanım çerçevesinde, mevcut olmayan bir sözleşmenin bir hükmünün geçersizliğinin etkisinin kanunda düzenlenmesinin anlamı yoktur. Şu halde, hükümdeki "yokluk halleri hariç" ibaresine hiç yer verilmemesi çok daha yerinde olacaktır. Hükmün bu ibare dışındaki kısmı ise, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasındaki, kısmi geçersizlik ile ilgili, "Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur." düzenlemeden esinlenmiştir. Ancak, yeni 163. maddedeki hüküm ile, kısmi geçersizliğin kural haline getirildiği izlenimi edinilmektedir.

c. Yeni düzenlemenin bütünüyle avukatlık ücretine odakladığı 164. maddenin 1. fıkrasında, avukatlık ücretinin tanımı şöyle yapılmıştır: "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." Eski düzenlemede ise, bir yandan 163. maddenin 1. fıkrası, vekâlet hizmetine karşılık bir meblağdan söz ederken; öte yandan 164. maddenin 1. fıkrası da kural olarak belli bir miktar ibaresini içermekteydi. Görüleceği üzere, yeni düzenleme de eskisinden farklı olarak, "meblağ yanında değer" ifadesine yer verilmiştir.

Yeni düzenlemedeki değer kavramının niçin konulduğunu anlamak güçtür. Bu kavramın, meblağın yanında ve ondan ayrı olarak yer alması, ilk bakışta değer in paradan başka bir şeyi ifade ettiği izlenimini uyandırmaktadır. Bu izlenimin doğru ve yerinde olamayacağı kanısındayım. Örneğin, bir avukatlık sözleşmesinde, ücret olarak, iş sahibinin davanın ko-

nusu dışında kalan bir taşınmazı veya bir antika eşyasının avukata verilmesinin, avukatın, ücret olarak kararlaştırılmış bu şeyin mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilmesi, yani, mülkiyetin devrine yönelik bir alacak hakkı elde ettiği anlamına gelemez. Bu, her şeyden önce etik değildir (bkz. Murat Aydın, *Avukatlık Ücreti*, Ankara 1997, s. 14). Örnekteki gibi bir sözleşmeden hareketle, olsa olsa, avukatın ücret olarak kararlaştırılan şeyin parasal değerine yönelik bir alacak hakkı elde edeceği söylenebilir. Bu yorum çerçevesinde bile, bir yandan ücret olarak kararlaştırılan şeyin parasal değerinin belirlenmesi, öte yandan tavan ve taban ücret ilkelerine uygunluğu sorunlarıyla karşılaşılabacaktır.

Ancak, zorlama yoluyla, meblağ kavramının memleket parasını (Memleket parası hakkında bkz. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, *age*, s. 771 vd.; Oğuzman Öz, *age*, s. 223 vd.), değer kavramını ise yabancı para (Avukatlık ücretinin yabancı para olarak belirlenebileceği yönünde bkz. Aydın, *age*, s. 14. Ücretin yabancı para olarak belirlenmesi konusundaki tartışmalar için bkz. Günerkök, *age*, s. 129-130.) olarak yorumlamak suretiyle inceleme konusu hükme belli bir anlam kazandırılabilir.

Bu zorlama yorum da bir yana bırakılırsa, yeni 164. maddenin 1. fıkrasının en doğru yorumu şöyle olmalıdır: Fıkradaki meblağ kavramı, sözleşmede belirlenmiş para miktarını; değer kavramı ise, dava sonunda elde edilecek olan şeyin belli bir oranını ifade eder (bkz. Güner, *age*, s. 197). Keşke, 164. maddenin 1. fıkrasında değer sözcüğüne hiç yer verilmeseydi.

d. Yeni 164. maddenin, "Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri, yahut paranın belli bir yüzdesi, avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir." içerikli 2. fıkrası hakkında şu gözlemler yapılmalıdır:

1. İlk planda vurgulanması gereken, yeni 163. maddenin 2. fıkrası nedeniyle, bu oranı aşan ücret, kararlaştırılan sözleşmelerdeki ücret düzenlemesinin geçersiz olmayacağı, aşan oranın % 25'e indirgeneceği ve bu oranı aşan ücretin fiilen ödenmiş olması halinde, artık aşan kısmın iadesinin istenemeyeceğidir.

2. 164. maddenin 2. fıkrasında, önceki 164. maddenin 2. fıkrasındaki, davada gösterilen başarıya göre değişmek, ibaresinin terk edildiği görülmektedir. Buna göre, avukatlık sözleşmesinde, ücretin dava sonucunda tümüyle soyutlanması mümkün olabilecektir. Örneğin, dava değerinin 10.000.000 TL olduğu bir durumda, avukatlık sözleşmesinde, bu değer % 25'ine kadar, yani 2.500.000.000 TL'ye kadar ücretin kararlaştırılması

bileceği söylenebilir. Bununla birlikte, avukatlık sözleşmesinden bu tür bir ücret belirlemesinin, davanın sonunda elde edilecek olanı aşması da pekâlâ mümkün olabilecektir. Bir diğer söyleyişle, örnekteki dava sonucunda, lehine yalnızca 1.500.000.000 TL'ye hükmedilen iş sahibi, avukatına bu meblağı 1.000.000.000 TL'yi aşan bir ücret ödeme yükü altına girmiş olacaktır. İlk bakışta rahatsız edici olduğu izlenimini yaratan bu düzenlemenin, aslında sineye çekilmesi gerekecektir. Gerçekten, aşağıda görüleceği gibi, ücretsiz iş ve dava görme yasağı düşünüldüğünde, bir davanın bütünüyle reddedilmesi halinde de davasından hiçbir şey elde edemeyen iş sahibi de avukatına ücret ödemek durumunda kalmaktadır. Avukatın verdiği hizmetlerin, değeri belli bir mal ya da hizmet sayılamayacağı düşüncesi de benimsendiğinde, bu izlenime gerçekte yer kalmayacağı sonucuna varılacaktır.

Burada belirtelim ki, ücretin hükmolunacak şeyin, yahut paranın belli bir yüzdesi olarak kararlaştırıldığı hallerde, ister istemez davada gösterilen başarıya göre değişen ücret sistemi benimsenmiş olmaktadır (Eski düzenleme açısından durumun aynı olduğu hakkında bkz. yukarıda II, 2, b, 2).

Nihayet, yeni düzenlemede, "davada gösterilen başarıya göre değişen ücret" ibaresine yer verilmemiş olmasından, avukatlık sözleşmesinde ücretin bu şekilde belirlenmesinin yasaklanmış olduğu sonucuna varılmamalıdır (Bu konu hakkındaki tartışmalarla ilgili olarak bkz. Günerkök, *age*, s. 133-135; Güner, *age*, s. 198-199). Zaten, yukarıda da vurgulandığı gibi, sözleşmede ücretin hükmolunacak şeyin, yahut paranın belli bir yüzdesi olarak kararlaştırıldığı hallerde, ister istemez başarıya göre değişen ücret sistemi benimsenmiş olmaktadır. Ayrıca, iş sahibinin, bu şekilde belirlenmiş bir ücretin ödenmesinde daha gazla gönül rahatlığı ile hareket edeceği de gözden kaçırılmamalıdır.

3. 164. maddenin 2. fıkrasının yeni içeriği, önceki düzenlemede, davanın konusu para olduğu zaman karşılaşılan geçerli ücret sözleşmesi yapabilme sıkıntılarını (bkz. yukarıda II, 2, a) ortadan kaldırmıştır. Yeni hüküm, davanın sonunda iş sahibi lehine hükmolunacak paranın % 25'ini aşmayan bir oranının avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceğini öngörmüştür. Aynı maddenin 3. fıkrasında muhafaza edilen, dava konusuna katılma yasağı ile ilgili olarak da açıkça davanın konusunun para olduğu halinin bu yasak dışında bırakıldığı dikkate alındığında, bu sonuç perçinleşmektedir.

e. Yeni 164. maddenin 3. fıkrasında, önceki düzenlemede mevcut olan, dava konusuna katılma yasağı, davanın konusunun para olduğu haller

dışında muhafaza edilmiştir: "İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz."

f. Yeni 164. maddenin 4. fıkrası da avukatlık sözleşmesinin, kural olarak ücretli olacağı ve bu ücretin asgari ücret tarifesinde belirlenenin altında olamayacağı ilkesini korumuştur: "Avukatlık asgari ücret tarifesi altında, vekâlet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir." Bu ilkeye aykırılık halinde, yani sözleşmede kararlaştırılan ücretin asgari ücret tarifesi altında kaldığı halde, avukatın isteyebileceği ücretin, tarifeye göre yükseltilmesini isteyip isteyemeyeceği konusunda Günerkök (*age*, s. 131.) olumsuz tavır takınmıştır: "Acaba, asgari tarifenin altında ücret kararlaştırılması halinde durum ne olacaktır? Tavan ücretin üzerinde bir ücret kararlaştırıldığında, tavanı aşan kısmın geçersiz olması ve anlaşmanın tavan miktarında geçerli olacağına ilişkin hükme kıyasla, en az ücretin altındaki anlaşmanın da tarifede belirli en az ücret miktarına yükseltilerek geçerli olacağı söylenebilecek midir? Kanaatimizce, avukatlık sözleşmesi kurulurken, meslek kurallarını çiğneyerek en az ücret tarifesinin altında ücret kararlaştıran avukatın bir artırım isteyememesi gerekir. Çünkü, avukat en az ücret tarifesinin altında ücreti kabul etmekle, müvekkiline bu ücret karşılığında iş görme konusunda bir güven uyandırmıştır. En az ücret tarifesinden daha düşük bir bedelle iş görmekten yasaklı olduğunu bilen veya bilmesi gereken avukatın, daha sonra ücretin artırılmasını istemesi, avukatlık mesleğine duyulan güveni de sarsabilecektir. Ücretin, ileride artırılması imkânı mevcut olacağı düşüncesiyle, meslek onurunu zedeleyici şekilde iş kabul eden düşünceye prim verilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz." Günerkök'ün bu düşüncesi, ilk bakışta haklı gerekçelere dayanmış görünmekle birlikte, bu düşünceye katılmadığımı belirtmek isterim. Öncelikle, asgari ücretin altında kalan ücretin bu düzeye yükseltilmesiyle, tavan ücretin aşılması halinde tavan ücrete indirmeye, koşutluk ve dolayısıyla avukatlık sözleşmesinin tarafları arasında eşitlik daha iyi sağlanmış olacaktır. Öte yandan, bu düşüncenin yaygınlaşması halinde, avukatlık sözleşmesinde asgari ücretin altındaki ücretle yetinilebileceği kanısı da yaygınlaşacak ve asgari ücretin getiriliş amacının kolayca dışına çıkılabilecektir. Bununla birlikte, avukatın, sözleşme ile kararlaştırılmış asgari ücretten daha düşük meblağı, herhangi bir itirazda bulunmadan tahsil ettiği hallerde, artık, asgari ücrete ulaşabilmek için iş sahibinden bir talepte bulunmasının kabul edilmemesi yerinde olacaktır. Böylece, tavan ücretin üzerindeki meblağı fiilen ödemiş iş sahibi ile örnekteki avukat arasında koşutluk sağlanacaktır.

Sözleşmede avukatlık ücretine yer verilmemişse, 4. fıkra değeri para ile ölçülebilen ve ölçülemeyen dava ve işler arasında bir ayırım yapmaktadır (Bu konuda bkz. Burcuoğlu, *Avukatlık Sözleşmesi*, s. 39. bkz. Günerkök, *age*, s. 131-132). Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde, avukatlık sözleşmesinde ücret belirlenmemişse, avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı öngörülmüş iken; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde, sözleşmede ücretin belirlenmemiş olması halinde, iş sahibi ile uyuşma sağlayamayan avukatın, emeğine göre değişmek üzere ve yine asgari ücret tarifesinde belirlenenin altında olmamak koşuluyla, ücret anlaşmazlığının ortaya çıktığı tarihteki dava değerinin % 5-% 15'i arasında bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirlenmesi için, ücret itirazlarını incelemeye yetkili mercie başvurabileceği öngörülmüştür.

g. Yeni 164. maddenin 5. fıkrası, eski hükümdeki, mahkemece takdir olunacak vekâlet ücretinin avukata ait olacağı kuralını muhafaza etmiştir: "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak, karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti, avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." Eski hükümde, yazılı bir sözleşme ile bu kuralın aksinin kararlaştırılması mümkün kılınmıştı. Yeni hüküm, "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ibaresine yer vermemiştir. Burada şu soru akla gelmektedir: Yeni düzenlemeye göre, avukatlık sözleşmesinde, mahkemece hükmolunacak vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacağı geçerli olarak kararlaştırılabilir mi? 4. fıkranın, bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceğini, haczedilemeyeceğini öngören son cümlesi dikkate alındığında, bu soruya olumsuz yanıt verilmesi daha doğru olur kanısındayım. Bir kimsenin başkasına yönelik bir alacağının, bir üçüncü kişinin o başkasına veya diğer bir kişiye olan borcu ile ilgilendirilemeyeceği, borçlar hukukunun temel ilkelerindedir. Vekâlet ücreti avukata ait bir alacak olduğuna göre, iş sahibinin borcu ile takas veya mahsup edilemezdi ve bu borç için haczedilemezdi. Yeni 4. fıkranın son cümlesi olmasaydı da aynı sonuca varılacaktı. Yasa koyucu, zaten genel ilkeler çerçevesinde mevcut olan bir durumu, bu hükümde, açıkça yeniden düzenlemekle, iş sahibinin, mahkemece hükmolunacak vekâlet ücreti ile her türlü ilgisini açık biçimde koparmayı düşünmüş olsa gerektir kanısındayım. Şu halde, avukatlık sözleşmesinde "Mahkemece takdir edilecek vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacaktır." hükmüne yer verilmiş olması halinde, bu hüküm sonuç doğurmayacak ve yeni 163. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi nedeniyle, avukatlık sözleşmesinin kalan kısmı bu geçersizlikten etkilenmeyecektir.

Burada son olarak belirtiyim ki, mahkeme kararı ile birlikte vekâlet ücreti alacağı doğan avukat, bu alacağını hiç kuşkusuz başkasına, bu arada iş sahibine de temlik edebilmelidir. Bu temlik açısından, genel olarak avukatlık ücretinin temlik edilemeyeceği konusundaki tartışmalara da (bkz. Günerkök, *age*, s. 140-141) yer olmayacaktır. Çünkü, vekâlet ücreti alacağı mahkemenin kararı ile belirlenmiş olacağından, avukatın temlik için, temlik sözleşmesi yanında, alacağı kanıtlayıcı belge ve delil olarak yalnızca mahkemenin kararını temellük edene vermesi yeterli olacak; böylece, avukatın dava sırasında öğrendiklerini saklama yükümlülüğünün ihlâli konusu da gündeme gelmeyecektir.

h. Yeni 165. madde, eskisinde olduğu gibi, avukatlık ücreti bakımından müteselsil sorumluluk esasını korumuş ve genişletmiştir. Eski düzenlemede olduğu gibi, yenisinde de, iş sahibinin birden fazla olduğu hallerde, iş sahipleri, avukatlık ücretinden müteselsilen sorumlu olacaktır. Yine eski düzenlemede olduğu gibi, sulh ile sonuçlanan işlerde her iki tarafın avukatlık ücretinden müteselsilen sorumlu olmaları ilkesine yer verilmiştir. Bu benzerlikler dışında, yeni 165. madde, dava ya da işin taraflarının müteselsil sorumluluğunu "her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işler" için de öngörmüştür. Sulh'e öğretilen tanımlar dikkate alındığında, sulh'ün yanında, zikrolunan davaya son veren diğer anlaşmaların neler olabileceğini anlayabilmek pek kolay görünmemektedir. Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (Ders Kitabı, 11. Bası, Ankara 1999.) adlı eserlerinin 499. sayfasında sulh'ü şöyle tanımlamışlardır: "Sulh, görülmemekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma (fedakârlık-özveri) ile (yani bir sözleşme ile), dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. Genellikle, davacı talep sonucunun bir kısmından feragat eder ve davalı da, davacının talep sonucunun diğer (kalan) kısmını kabul eder ve böylece (yani kısmi feragat ve kısmi kabul ile) sulh anlaşması (sözleşmesi) meydana gelir." Bu nedenle, yeni hükümdeki "her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ...işler" cümleciğindeki işler, avukatın dava dışındaki hizmetleriyle ilgilendirilmeli; anlaşma ise bu hizmetlerin konusunu oluşturan işi sona erdiren anlaşma olarak yorumlanmalıdır kanısındayım.

Yeni hükümde yer verilen takipsizlik ise, hiç kuşkusuz yine tarafların her ikisinin birlikte verdikleri karara dayanmalıdır ki, her iki tarafın müteselsil sorumluluğu söz konusu olsun.

i. Sözleşmede, avukatlık ücretinin vadesinde ödenmemesi hali için, kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olacağı belirtilmelidir. Yeni 163.

maddenin 1. fıkrasının son cümlesindeki, "Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir." hükmü, bu konuda akla gelebilecek duraksamaları ortadan kaldırmaktadır. Önceki düzenlemede, benzer bir hüküm bulunmamasına rağmen, uygulamada, ceza koşulunun geçerli olacağı kabul edilmekteydi (bkz. Yargıtay 4. HD'nin 11.05.1972 t. ve E. 1972/ 6256, K. 1972/ 4484 sayılı kararı için Kaçak, *age*, s. 444). Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, hiç kuşkusuz gündeme getirilebilir. Bir diğer söyleyişle, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi, avukatlık sözleşmesi çerçevesinde de uygulanacaktır (bkz. Güner, *age*, s. 201- 202).

### 5. Avukatlık Sözleşmesi ve Vekâletname Verilmesi

Avukatlık sözleşmesinin, ağırlıklı olarak vekâlet sözleşmesi öğelerini içeren bir "sui generis" sözleşme niteliğinde olduğuna, yukarıda değinilmişti. Vekâlet sözleşmelerinin çoğunda olduğu gibi, avukatlık sözleşmeleri de kural olarak, iş sahibi tarafından avukata temsil yetkisinin verilmesini gerektirecektir. Özellikle dava ve icra takibi işlerinin yürütülmesi için gerek Avukatlık Kanunu (örneğin, mad. 56), gerekse Avukatlık Kanunu Yönetmeliği (mad. 18, 19) belli bir biçimde hazırlanması gereken vekâletnamenin verilmesini zorunlu kılmaktadır. Avukata verilen vekâletname, temsil yetkisi içeren belge olarak algılanmalıdır. Vekâletnamenin varlığı, hiç kuşkusuz avukatlık sözleşmesinin varlığına da karinedir. Bununla birlikte, avukatın yapabileceği tüm işler için vekâletname gerekmediği gibi, iş sahibi ile avukat arasında avukatlık sözleşmesinin yapılmış olmasına rağmen, vekâletnamenin verilmemiş olması da pekâlâ mümkündür. Bu durumda, akla şu soru gelmektedir: Avukatlık sözleşmesinin varlığına rağmen, iş sahibi, avukata vekâletname vermemişse, vermekten kaçınmışsa ne olacaktır?

Borçlar Kanunu'nun 34. ve 396. maddeleri uyarınca, vekâlet verenin vekilini (temsilcisini) dilediği zaman azletme hakkına sahip olduğu açıktır. Ancak, aynı 396. maddenin 2. fıkrası, "Şu kadar ki münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse, diğerinin zararına zâmin olur." hükmünü içermektedir. Bir diğer söyleyişle, uygun olmayan bir zamandaki, yani haksız azil, vekâlet vereni, giderim yükümlüsü kılabilir. Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi, aynı anlayışı çok daha açık biçimde ifade etmektedir: "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez." Vekilin (avukatın) haksız azli için öngörülen bu düzenlemenin, avukatlık sözleşmesinin yapılmasına rağmen, iş sahibinin

vekâletname vermektan kaçınması halinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Uygulamanın da bu yönde olduğu söylenebilir. Örnek olarak, Yargıtay 13. HD'nin 04.05.1988 t. ve E. 783, K. 2567 sayılı kararı verilebilir: "... Davacı, davalılarla yaptığı 18.07.1986 tarihli vekâlet ücret sözleşmesi uyarınca, kendisine 20.09.1986 tarihinde 1.000.000 TL ödemeyi kabul ettikleri halde, bu yükümlülüklerini yerine getirmediklerini; sözleşmeyi yapmadan önce ve yaptıktan sonra defalarca tapu idaresine gittiğini, yazışmalar yapıp durumu belirlediğini, buna rağmen davalıların ücretini ödemedikleri gibi, vekâletname de vermediklerini ileri sürerek 1.000.000 TL'nin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalılar, şufanın giderilmesi davasını takip etmek üzere, davacı avukat ile vekâlet ücreti sözleşmesi yaptıklarını, ancak sonradan durumu incelediklerinde paylarına 3000 m<sup>2</sup>'lik bir bölümün düşeceğini tespit ettiklerini; bu durumda tahsil edecekleri paranın yapacakları gideri karşılamayacağını anlayınca dava açmaktan vazgeçerek, davacıya da vekâletname vermediklerini, davacının yaptığı hizmetlerin karşılığı 50.000 TL ödemeyi kabul ettiklerini savunmuş; mahkemece 80.000 TL'nin ödetilmesine ve davanın fazlaya ilişkin isteğinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafca temyiz edilmiştir. Taraflar arasında düzenlenmiş 18.07.1986 tarihli vekâlet ücreti sözleşmesi uyarınca; davacı avukatın, davalılara ait on dokuz adet taşınmaz için şuyunun giderilmesi davası açıp sonuçlandırmayı, davalıların buna karşılık 20.09.1986 tarihinde 1.000.000 TL, satış kararı alındığı günde de 1.500.000 TL ödemeyi kabul ve taahhüt ettikleri anlaşılmaktadır. Ne var ki, davalılar vekâletname vermemek suretiyle, davacının vekillik görevini yapmasını engellemiştir. Gerek Borçlar Kanunu, gerekse Avukatlık Kanunu hükümlerine göre, taraflar arasında işin görülmesine ilişkin birleşen iradeler ile vekâlet sözleşmesi oluşur. Temyize konu olan olayda, işin takibini yüklenen avukat ile iş sahibi davalılar arasında yazılı ve hukuken geçerli bir vekâlet ücret sözleşmesi akdedilmiş olmakla, yasanın öngördüğü şekilde bir davayı vekâlet sözleşmesi meydana gelmiştir. Davalıların, bir süre sonra vekillerine, mahkemelerde işin takibine imkân veren temsil yetkisi vermeleri gerektiği halde, vekâletname vermemek suretiyle, avukatın yüklendiği vekâlet görevini engellemeleri gerçekleşmiş; vekâlet sözleşmesinden vazgeçme olup, Avukatlık Kanununun 174. maddesinde ifade edilen azil sonucunu doğurur. Bu durumda, iş sahibi davalıların Avukatlık Kanunu'nun 174. maddeleri hükmünce kararlaştırılan ücretin tamamını ödemeleri sorunludur..." (Bu karar için bkz. Kaçak, *age*, s. 80-81).



Doğal olarak, yukarıda verilen örnekteki vekâlet ücreti sözleşmesini, yeni düzenleme çerçevesinde, avukatlık sözleşmesi olarak anlamak yerinde olacaktır.

### 6. Avukatlık Sözleşmesinden Doğan Tazminat ve Ücret Alacağına Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Birçok kez yinelenmişti gibi, 4667 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler sonucunda, Avukatlık Kanunu, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiye artık yalnızca avukatın ücret alacağı olarak yaklaşmayı bırakmış ve ilişkinin tümünü, avukatlık sözleşmesi başlığı altında ele almaya yönelmiştir. Bu bağlamda, karşılıklı edimler içeren sözleşme niteliğindeki avukatlık sözleşmesinden doğan hakları ayrı ayrı ele alındığında, zamanaşımı bakımından şu gözlemler yapılmaktadır:

a. Avukatlık sözleşmesi uyarınca, belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlenen avukat, bu edimini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği takdirde, iş sahibinin (sözleşmeye aykırılık nedeniyle) giderim istemine maruz kalabilir. İş sahibinin, avukata yönelik giderim istemleri için Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen yeni 40. maddesi şu hükmü içermektedir: "İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşer." Maddenin sonundaki "düşer" sözcüğünün, yanlış bir kullanım olduğunu belirtmek gerekir. Düşer sözcüğü, hak düşümünü çağırıyor olsa da maddenin kenar başlığı olan "Tazminat isteklerinde zaman aşımı" ibaresi bile bir başına, maddede düzenlenen hak düşümü süresi değil, zamanaşımı süresi olduğunu ortaya koymaya yetmektedir. Doğrusu, bu tür bir yanlış kullanım, Avukatlık Kanunu gibi doğrudan hukuk uygulayıcılarını ilgilendiren bir yasaya yakışmamaktadır.

b. 4667 sayılı Kanun'dan önceki 40. madde ise, "... avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumundan sonra beş yıl ve her halde o işin sona ermesinden başlayarak bir yıl sonra zamanaşımına uğrar." şeklindeydi. Önceki düzenlemenin zamanaşımı sözcüğüne yer vermesi, hiç kuşkusuz daha isabetliydi. Buna karşılık, beş yıllık süreyi hakkın doğumundan başlatmak, bir yıllık, yani daha kısa olan süreyi ise işin sona ermesinden itibaren işletmek pek isabetli bir düzenleme sayılamazdı. Yeni düzenlemenin bir ve beş yıllık süreleri daha anlaşılır ve Borçlar Hukuku sistematığına daha uygundur. Örneğin, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki söylem ile benzerlik kurulmuştur.

Yeni düzenlemeye yöneltilebilecek eleştiri ise, Yargıtay'da -özellikle deprem nedeniyle açılan giderim davalarında- Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine getirilen yeni yorumdan hareketle yapılabilir. Bilindiği üzere, Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, öğretide hemen hiç kimse tarafından savunulmamış biçimde, 60. maddedeki on yıllık zamanaşımını fiilen ortadan kaldırmıştır. Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde yer verilen zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren, ibaresine Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, "Zarar doğmadan, zamanaşımı işlemeye başlamaz." anlamını yüklemiş ve böylece, depremde yıkılan binanın inşa ve tesliminden itibaren yirmi yedi yıl sonra vukubulan deprem nedeniyle oluşan zararı, binayı inşa edene yükleme yolunu açmıştır (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bu kararlarına örnek olarak, 11.12.2001 t. ve E. 2001/8406, K. 2001/12825 sayılı kararı için bkz. Halil Yılmaz-Ahmet Kütük, *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Emsal Kararları*, 1998-2002, Ankara 2002, s. 82-85).

Avukatlık Kanunu'nun yeni 40. maddesindeki, azami süreyi başlatacak olan zararı doğuran olay ibaresine, Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin doğru ve yerinde olmadığına inandığım bu yorumu doğrultusunda bir anlam yüklenebilir. Bu nedenle, zararı doğuran olay yerine, sözleşmeye aykırı davranış, ibaresine yer verilmesi daha isabetli olurdu. Böylece, avukata yöneltilebilecek giderim istemlerinin, zararın doğması ve öğrenilmesine bakılmaksızın, avukatın sözleşmeye aykırı davranışının gerçekleştiği andan itibaren, beş yıllık azami süreye tabi olduğu, duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ifade edilmiş olurdu.

c. Avukatlık Kanunu, iş sahibinin, avukata yönelik giderim istemleri için özel bir düzenleme getirmiş ise de avukatın, sözleşmeden kaynaklanan talepleri için herhangi bir zamanaşımı süresine yer vermemiştir. Bu talepler avukatlık ücreti alacağı veya sözleşmeye aykırılık, örneğin vekâlet vermeme ya da haksız azil (Av. K. mad. 174) veya iş sahibinin avukatın onayı olmadan başka bir avukatı vekil tayin etmesi (Av. K. mad. 172) halindeki istemler olabilir.

Bu durumda, avukatlık sözleşmesinden avukat lehine doğabilecek istemlerin, bu sözleşme "sui generis" bir sözleşme olduğu kabul edilse bile, en fazla özdeşleştiği vekâlet sözleşmesinden doğan istemlerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerine tabi olduğunu söylemek doğru olacaktır kanısındayım. Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 4. bendinde, vekâlet sözleşmesinden doğan istemler için öngörülmüş beş yıllık zamanaşımı süresi, avukatlık sözleşmesinden avukat lehine doğan istemler için de uygulama olanağı bulacaktır (bkz. Güner, *age*, s. 246).

### 7. Üçüncü Kişi Yararına, Avukatlık Sözleşmesinin Yapılabilmesi Sorunu

Öğretide, üçüncü kişi yararına sözleşmeler şöyle tanımlanmaktadır: "Bir sözleşme ilişkisinde, borçlu bizzat alacaklıya değil de üçüncü bir şahsa ifade bulunmakla yükümlü olursa, üçüncü şahıs lehine akitten söz açılır." (Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, *age*, s. 218). "Hukukumuzda, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü bir üçüncü kişiye etkili borç ilişkisi hali vardır ki, burada, borç ilişkisi doğduğu anda üçüncü kişiyi kapsamına almakta, fakat bu üçüncü kişi, borç ilişkisinin bir tarafını taraf olmaktan çıkarak onun yerine geçmemektedir. Bu kurum, BK mad. 111 hükümlerinde düzenlenmiş olan 'üçüncü kişi yararına sözleşme' (Vetrag zugunsten Dritter) kurumudur." (Oğuzman-Öz, *age*, s. 790). "Üçüncü şahıs yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edim kararlaştırılmasıdır." (Şener Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul 1976, s. 10).

Yine, hukukumuzda üçüncü kişi yararına tam sözleşme ve üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişinin, tarafı olmadığı sözleşmenin borçlusundan ifayı talep edip edememesine göre yapılır. Üçüncü kişi, ifayı talep edebilecekse, üçüncü kişi yararına tam sözleşme; ifayı talep edemeyecekse, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme vardır (bkz. Oğuzman-Öz, *age*, s. 792; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, *age*, s. 219-220; Akyol, *age*, s. 11).

Bu bilgiler ışığında, avukatlık sözleşmesine dönüldüğünde, şu sorular gündeme gelmektedir: Üçüncü kişi yararına avukatlık sözleşmesi yapılabilir mi? Üçüncü kişi yararına avukatlık sözleşmesi yapılabilirse, bu sözleşme, üçüncü kişi yararına tam sözleşme mi, yoksa eksik sözleşme mi olacaktır?

Avukatlık sözleşmesinin kapsamına, dava ve icra takipleri ile birlikte, hukuki görüş verme, anlaşmalar yapma, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümlerinde yardımcı olma gibi işler de girmektedir. Dava ve icra takibi dışındaki işler bakımından, üçüncü kişi lehine avukatlık sözleşmesinin yapılmasında pek fazla sorun çıkmayacaktır. Bir kimse, üçüncü kişinin, güvendiği avukatın bu tür hizmetlerinden yararlanmasını, bu üçüncü kişi yakını olduğu için ya da üçüncü kişinin doğrudan tarafı olduğu sorunun hallinden çıkarı olduğu için istemiş olabilir. Bu gibi örneklerde, avukatın hizmetinden yararlanacak olan üçüncü kişinin, belli bir şekle uyulması gereken temsil yetkisi vermesi gerekli olmadığı gibi; belki de üçüncü kişi adına hukuki bir işlemin yapılması gündeme gelmeyeceğinden, temsil

yetkisi hiç gerekli olmayabilir. Aynı bağlamda, bu tür işler bakımından, üçüncü kişi yararına tam ya da eksik sözleşme yapılması pekâlâ düşünülebilir.

Buna karşılık, avukat, dava ve icra takiplerinde mahkemeye veya icra dairesine vekâletname ibraz etmek durumundadır. Avukatın, bu işlerde ibraz etmek durumunda olduğu vekâletnamenin şekli ve içeriği ile ilgili olarak, Avukatlık Kanunu'nda (mad. 56) ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde (mad. 18 ve 19) ayrıntılı düzenlemeler vardır. Bir diğer söyleyişle, dava ve takiplerde, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi, vekâletname, yani temsil yetkisini içeren belgeyi düzenleyip avukata vermedikçe, avukatın sözleşme ile üstlendiği işi yürütmesi mümkün olmayacaktır.

Avukatlık sözleşmesine yalnızca, olmazsa olmaz öğelerinden birini oluşturan ücret açısından yaklaşıldığında, bir kimsenin, avukatın başkasına vereceği bir hizmetin karşılığı olan bedeli üstlenmesinde, herhangi bir sorun görülmemektedir. Buna karşılık, avukatın, sözleşme ile üstlendiği dava ve takip işlerini yürütebilmesi için, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişinin buna evet demesi gerekli olacaktır. Hatta, üçüncü kişinin bu hizmetleri kabul ettim, demesi de yeterli değildir. Üçüncü kişi, bu hizmetlerin görülmesi için zorunlu olan vekâletnameyi (temsil yetkisini içeren belgeyi) de avukata vermelidir. Bu veriler dikkate alındığında, üçüncü kişi yararına (dava veya icra takibi amaçlı) avukatlık sözleşmesinin ancak ve ancak üçüncü kişi yararına tam sözleşme olabileceği sonucuna varılır.

4667 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemede, yani kanunda esas itibarıyla, vekâlet ücreti sözleşmesinin dikkate alınmış olduğu evrede; uygulamada, üçüncü kişi yararına avukatlık ücret sözleşmesi yapılabileceği duraksamasız kabul ediliyordu. Uygulamada rastlanılan örneklerde uyumsuzluk, genel olarak sözleşme ile üstlendiği işi gören veya görmesi üçüncü kişi tarafından azil nedeniyle engellenen avukatın ücret alacağını, kimden isteyebileceği ile ilgiliydi. Uyuşmazlığın kapsamı bu olmakla birlikte, Yargıtay, üçüncü kişi yararına avukatlık sözleşmesinin bir bütün olarak geçerliliğini ve bu sözleşmenin ancak üçüncü kişi yararına tam sözleşme şeklinde olabileceğini kabul etmişti.

Örnek olarak, bkz. Yargıtay 13. HD'nin 05.03.1991 t. ve E. 7910, K. 2429 sayılı kararı: "Davacı, oğul hakkında ikame edilen ceza davasının takibi için, davalı baba ile avukatlık ücret sözleşmesi yapıldığını; görevini ifa etmesinden sonra oğul tarafından avukatlıktan azledildiğini öne sürerek, sözleşmede kararlaştırılan 2.000.000 TL ücretin tahsilini istemiştir. ... Mahkeme, avukatlık ücret sözleşmesini, davalı babanın düzenlediğini,

azil işlemini ise dava dışı oğlunun gerçekleştirmesi nedeni ile davalıya husumetin düşmeyeceğini kabul etmiş ve davanın reddine karar vermiştir. Davacı avukat ile davalı Ş. T.'nin arasında düzenlenen avukatlık ücret sözleşmesiyle davacının, davalının oğlu Y. T.'nin ceza davasını takip etmeyi, davalının da 2.000.000 TL avukatlık ücretini davacı avukata ödemeyi şahsen yükümlendiği anlaşılmaktadır. Yine sözleşme içeriğinden, davalının dava dışı iş sahibi oğlu Y. T.'nin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini kabule olanak sağlayan hiçbir irade bildirimine de rastlanmamıştır. Uyuşmazlık konusu yapılmayan maddi olguların yukarıda açıklanmasından sonra, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesine sıra gelmiştir. Taraflar arasındaki bu sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nun 111. ve 112. maddelerinde düzenlenmiş olan 'tam üçüncü şahsın yararına sözleşme' olduğunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. ... Olayımızda, 'üçüncü şahıs yararına avukatlık ücret sözleşmesi' ile, davacı avukat, üçüncü şahıs durumundaki Y. T.'ye edim ifasını, diğer bir ifade ile onun davasının takip edilmesini yüklenmekte; davalı Ş. T. oğlu Y.'ye yapılacak edimin karşılığını davacıya ödemeyi borçlanmaktadır. Şu halde, davacı avukat, takibini üstlendiği işi özenle yürütme açısından hem akdi davalı Ş.'ye karşı ve hem de bu sözleşme ile davanın takibi konusunda alacaklı durumunda bulunan iş sahibi Y.'ye karşı sorumludur. Diğer bir anlatımla, hukuki yardımın özenle yürütülmesini Ş. ile Y. davacı avukattan talep edebilecek, ancak davacı, hukuki yardımın karşılığını sözleşme uyarınca sadece davalı Ş.'den isteyebilecektir..." (Bu karar için bkz. Kaçak, *age*, s. 79-80. Kaçak, *age*, s. 75'te, aynı kararın esas sayısının 7510 olarak yazılmış olduğunu belirteyim.)

Yargıtay 13. HD'nin 09.01.1979 t. ve E. 2736, K. 68 sayılı kararında aynı görüşe yer verilmiştir: "... avukat, iş parasını yalnız sözleşeninden (akidinden); buna karşı hem sözleşme yapan hem de üçüncü kişi, işini özenle yürütülmesini avukattan isteyebilir. Somut olayda, davacı avukatla sözleşme yapan Akif, trafik kazasına uğrayan kardeşinin (Hasan'ın) davasının gördürmek üzere anlaşmış ve ücret sözleşmesini de Akif imzalamış ve kardeşi olan Hasan'dan alınan vekâletle dava bitirilmiş olup, burada Akif, kardeşinin temsilcisi olmayıp BK 111. ve 112. maddelerine göre, üçüncü kişi yararına sözleşme yapan durumunda olup, ücretin Akif'ten alınması doğru görülmüştür." (Bu karar için bkz. Kaçak, *age*, s. 81-82.)

Başkası yararına yaptığı avukatlık sözleşmesi uyarınca, avukattan işi gereği gibi yapmasını isteyebilecek konumda olan sözleşenin, yararına sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişinin bu kabulü, hatta avukata vekâletname vermesi halinde, avukatı azletmesi halinde durumun ne olacağı üzerinde

de durmakta yarar vardır. Üçüncü kişinin, bu durumda dahi, sözleşmenin tarafı olmayacağı açıktır. Bu kişi yararına sözleşmeyi akdeden ise, vekâlet veren sıfatını korumaya devam edecektir. Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bu sözleşen avukatı vekillikten azil hakkını kullandığında, üçüncü kişi yararına yaptığı avukatlık sözleşmesine aykırılık etmiş ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle giderimle yükümlü olur. Bununla birlikte, avukata vekâletnameyi veren, sözleşmeyi akdeden iş sahibi değil, yararına avukatlık sözleşmesi yapılan üçüncü kişi olduğundan; vekâlet verenin avukatı azletmesi, avukatın üçüncü kişiyi temsil yetkisinden yoksun kalması anlamına gelmemeli; avukat, üçüncü kişi adına işlemleri yürütmelidir kanısındayım. Doğal olarak, avukat, avukatlık ücretini ve varsa diğer zararlarını sözleşmeyi akdeden ve sonradan haksız azil yoluna başvurandan isteyebilmelidir.

Yararına avukatlık sözleşmesi yapılan üçüncü kişi, avukata vekâletname vermekten kaçındığında, avukatın yine sözleşmede öngörülen ücreti isteyebilmesi mümkün olmalıdır. Zira, bu hal için, sözleşmenin tarafı olan vekâlet veren, yararına avukatlık sözleşmesinin yapıldığı üçüncü kişinin vekâletname verecek olmasını da taahhüt etmiş, üstlenmiş olmalıdır. Bununla birlikte, avukatlık sözleşmesinin taraflarının, sözleşmenin geçerliliğini, üçüncü kişinin avukata vekâletname vermesi koşuluna bağlamaları da mümkün olmalıdır. Üçüncü kişinin, avukatı azletmesi halinde, yukarıdaki uygulamadan verdiğimiz örneklerde de kabul edildiği üzere, avukat, üçüncü kişi yararına yapılmış olan avukatlık sözleşmesi uyarınca, ücretini sözleşmenin diğer tarafından isteyebilecektir.

### 8. Avukatlık Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklar İçin

#### Yeni Çözüm Yolu: Baro Hakem Kurulları

(Bu konuda bkz. Halûk Burcuoğlu, "Yeni Avukatlık Kanunu, Hakem Kurulu, Görevi ve İşleyişi", *Günüşiği*, Temmuz-Ağustos 2003, s. 38-39)

a. 4667 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişikliklerin en önemlilerinden biri, belki de en önemlisi, yeni 167. maddedeki düzenleme olmuştur. Bu maddenin 1. fıkrası şu hükümleri içermektedir: "Avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir. Hakem Kurulu, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hâkimi ile, baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterliliğini taşıyan iki avuktardan oluşur. Kurula, asliye hukuk

hâkimi başkanlık eder. Seçilen kurul üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi sona eren üye, kurula yeniden seçilebilir.”

b. İlk plânda dikkati çeken husus şudur: Baro Hakem Kurulları'nca çözümlenecek olan uyuşmazlıklar, yalnızca avukatlık ücreti ile ilgili değildir. Maddenin söyleminde açıkça ve hatta vekâlet ücretinden doğan anlaşmazlıklardan ayrı ve bundan daha önce avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ibaresine yer verilmiş olması, avukatlık sözleşmesine bir bütün olarak bakılmasını zorunlu kılmaktadır. Şu halde, iş sahibinin avukatlık sözleşmesine aykırılık nedeniyle avukata yönelteceği istemler (örneğin, ücretinin tamamını almış olsa bile, avukatın iş sahibi tarafından haksız azledildiğinin tespitine ilişkin istemi) de Baro Hakem Kurulu'nca çözüme kavuşturulacaktır (bkz. Burcuoğlu, *Hakem Kurulu...*, s. 38; Baro Hakem Kurulu'nun görev alanına giren işler için ayrıca bkz. Güner, *age*, s. 230). Burada, yeni düzenlemenin içeriğinden de kolayca anlaşılacağı gibi, Baro Hakem Kurulu'nun görev alanına giren işlerde tekel yetkisine sahip olduğu da vurgulanmalıdır.

c. Yeni düzenleme çerçevesinde, Baro Hakem Kurulu, zorunlu bir tahkim kurulu, hatta, yasa ile kurulmuş, yargısal erkle donatılmış, adli fonksiyonu olan bir yargı kurumu mahiyetindedir (bkz. Burcuoğlu, *Hakem Kurulu...*, s. 38; Güner, *age*, s. 231; Mustafa Sencer Kara, Mustafa Yaşar Demircioğlu, “Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2001, Cilt V, Sayı 1-2, s. 38, 44 vd.).

d. Yeni düzenleme ile getirilen Baro Hakem Kurulu'nun, isteğe bağlı bir tahkim kurulu olmadığı dikkate alındığında, taraflarca seçilmiş hakemlerin kendi yargılama yöntemlerini belirleme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, yeni 167. maddenin son fıkrasında, HUMK'nin hakemlikle ilgili bazı maddelerinin dışlandığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu fıkranın ilk cümlesi aynen şöyledir: “Hakem işlerinde, 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhâkemeleri Kanunu'nun 527., 529., 532., 533/1. ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır.”

HUMK'nin 527. maddesinin dışlanması, Baro Hakem Kurulu'na yemin icrası, tanıklıktan kaçınanların dinlenmesi, bir yabancı mahkemeyi istinabe, belgelerin getirilmesi yolunu açmıştır. 529. maddenin uygulama dışında bırakılması nedeniyle, Baro Hakem Kurulu, önüne gelen uyuşmazlığı altı ay içinde çözüme kavuşturma zorunluluğundan kurtulmuştur. Zorunlu bir tahkim kurumu, hatta yargısal erkle donatılmış adli fonksiyo-

nu olan bir yargı kurumu niteliğindeki Baro Hakem Kurulu'nun, kararlarını bir mahkemeye tevdi zorunluluğu olmadan, doğrudan taraflara iletmesi mümkün olmalıydı. Bu olanak, HUMK'nin 532. maddesinin dışlanması suretiyle sağlanmıştır. Baro Hakem Kurulu'nun altı ay içinde karar verme zorunluluğu kalmadığına, yani kararın verilmesi için bir süre sınırlanması olmadığına göre, HUMK'nin 533. maddesinin 1. bendinde, "Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması" şeklinde ifade edilen temyiz nedeninin anlamı da kalmamıştır. Bu nedenle, 167. maddenin son fıkrasındaki hükümlerle bu madde de gündem dışı bırakılmıştır. HUMK'nin 536. maddesinin dışlanması da yerinde ve Baro Hakem Kurulu'nun mahiyeti ile bağdaşan bir düzenleme olmuştur. Böylece, Baro Hakem Kurulu'nun kararlarının, herhangi bir mahkemenin onayına gerek kalmaksızın icra edilebileceği vurgulanmıştır.

Yeni 167. maddenin son fıkrası ile dışlanmış olan tahkim süresini altı ayla sınırlayan HUMK'nin 529. maddesinin, Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği ile, ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için yeniden getirildiği görülmektedir. Gerçekten, Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği'nin 16. maddesinin son fıkrası, "Kurul, ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları, davanın açıldığı tarihten itibaren altı ay içinde sonuçlandırır." hükmünü içermektedir.

Bu hükmün hem anlaşılmaz, (bkz. aynı yönde Kara-Demircioğlu, *agm*, s. 42, 19 No'lu dipnotu) hem de sakıncalı bulunduğunu belirtmekte yarar görüyorum. Öncelikle, yönetmelikteki bu düzenleme, Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin son fıkrası hükmü ile açıkça çelişmektedir. Hukuk uygulamacıları ile bir yönetmelikte, normlar hiyerarşisine ters düşen böyle bir düzenlemeye asla yer olmamalıydı. İkinci olarak, 4667 sayılı ile getirilen avukat-ış sahibi arasındaki ilişkiye bir bütün olarak yaklaşma ilkesi terk edilmiş olmaktadır. Nihayet, ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların altı ay içinde çözüme kavuşturulamamış olması halinde, tahkim süresine uyulmamış olunacağından; hakem kurulunca bu süre geçtikten sonra verilen kararın, salt bu nedenle temyiz edilebilip edilemeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Böyle bir sorunun gündeme gelmesi ise, gerek Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin HUMK'nin 533. maddesini dışlayan son fıkrası hükmü; gerekse, Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği'nin kurulca verilen kararların bozulması nedenlerini düzenleyen 22. maddesi hükmü karşısında, büsbütün kaos yaratacaktır. 22. maddenin içeriğine göre, tahkim süresine uyulmamış olması, bir bozma nedeni olarak sayılmadığına göre, 16. maddenin son fıkrası ile ücret sözleşmesinden



doğın uyuşmazlıklar için getirilen tahkim süresini yorumlamak hiç mi hiç mümkün olmayacaktır kanısındayım.

e. Yeni 167. maddenin son fıkrasının son cümlesinde, "Hakem işleriyle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliği'nce çıkarılacak, Baro Hakem Yönetmeliği'yle düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bu hükmeye dayanarak, 14.11.2001 tarihli ve 24583 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Hakem Kurulu Yönetmeliği yapılmıştır. Bu yönetmeliğin bazı maddeleri üzerinde durmakta yarar görmekteyim:

1. Yönetmeliğin, Hakem Kurulu'nun Kuruluşu, başlıklı 3. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, Baro Hakem Kurulu üyeliği ile bağdaşmayacak görevler yer almaktadır. 3. fıkrada sözü edilen kurullardan (Türkiye Barolar Birliği veya Baro Başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetim kurulları) birine seçilen avukata, seçimden itibaren on gün içinde bu iki görevden birini seçme zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, Baro Hakem Kurulu, Türkiye Barolar Birliği ve bağlı bulunduğu barodan mümkün olduğunca bağımsız kılınmak istenmiştir.

2. Yönetmeliğin 3. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında, Baro Hakem Kurulu'nun, avukat üyeliklerinden birinin boşalması halinde, on gün içinde Baro Yönetim Kurulu tarafından yeni üye ya da üyelerin seçileceği; üyenin ret, çekinme, sağlık ve benzeri nedenlerle görevini fiilen veya hukuken yerine getirememesi veya görevin gereği gibi zamanında yapılmaması halinde de iki ya da daha çok yedek üye seçileceği öngörülmüştür. Hükmünde sözü edilen, benzeri nedenler arasında, iş yoğunluğunun da yer alması gerektiği kanısındayım. Özellikle, büyük barolarda da bir ve tek Hakem Kurulu olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemenin isabeti kendiliğinden anlaşılmaktadır.,

Baro Hakem Kurulu'nun avukat üyeliklerinin boşluğunun doldurulma biçiminin, kurulun başkanı konumundaki en kıdemli Asliye Hukuk Hâkimi'nin reddi, çekinmesi gibi hallerde uygulanamayacağı açıktır. Bu hâkimin reddi ya da çekinmesi sonucunda boşalan yerin, bir avukat üye ile doldurulamayacağı da tartışmasız kabul edilmelidir. Zira, Baro Hakem Kurulu'nun temelinde, başkanlık görevinin bir hâkim tarafından yapılması düşüncesi yatmaktadır. Aksine bir yorum, yargılamayı yapacak olan kurulun tüm üyelerinin yargılamanın taraflarından biri olan avukat ile aynı meslekten olması gibi, savunulması güç bir sonuç doğuracaktır. Yönetmeliğin "Ret veya çekinme sonucu hakem kurulunun yedek üyelerle de oluşturulamaması durumunda, uyuşmazlığı incelemeye yetkili olan kurul, en yakın

yer baro bölgesinde görevli hakem kuruludur." içerikli 9. maddesinin de bu duruma yardımcı olamayacağı kanasındayım. Gerçekten, boşlukların yedek üyelerle doldurulması, ancak, avukat üyeler için söz konusu olabilir. Hakem Kurulu Başkanı konumundaki en kıdemli asliye hukuk hâkiminin, ret, çekinme veya emeklilik ve benzeri bir nedenle kurula katılamaması halinde, onun yerinin, kendisinden sonraki en kıdemli hâkim tarafından doldurulması doğru ve yerinde olacaktır kanasındayım.

f. Son olarak, Baro Hakem Kurulu'nun oluşumu, yetki ve görevleri açısından, anayasa ve uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığına da tartışmalara yol açtığını belirtiyim. Kara-Demircioğlu'nun daha önce de anılan makalelerinde, bu konu ayrıntılı olarak ele alınmış ve özellikle kanuni (doğal) hâkimlerce yargılanma ilkesinin ihlal edildiği vurgulanmıştır (bkz. *agm*, s. 47 vd.).

## SONUÇ

4667 sayılı Kanun ile, Avukatlık Kanunu'nun 11. Kısım'ında yapılan değişikliklerin, genelde ve büyük ölçüde doğru ve yerinde düzenlemeler olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiye, yalnızca avukatlık ücreti açısından değil, bir bütün olarak yaklaşılması; avukatlık sözleşmesinin geçerlilik şekline tabi olmaktan çıkarılması; önceki düzenlemelere ilişkin uygulamada, geçerli avukatlık sözleşmesinin yapılması, engellerin büyük ölçüde ortadan kaldırılması ve avukatlık sözleşmesi ile tüm uyumsuzlukların, yeni, kendisine yargı yetkisi ve adli fonksiyon da tanınmış olan Hakem Kurulları'nca çözülmesi zorunluluğu (anayasa ile bağdaşma sorunu dikkate alınmadığında) hep olumlu karşılanması gereken yeniliklerdir.

Bununla birlikte, 4667 sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümlerde, zaman zaman rastlanılan borçlar hukukunun temel ilkeleri ile güçlükle bağdaştırılabilecek formüllere ve özellikle Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği'nde, Avukatlık Kanunu'na ters düşen ve bu nedenle de normlar hiyerarşisiyle bağdaşması mümkün olmayan düzenlemelere yer verilmesinin, doğrudan hukuk uygulamacılarını ilgilendiren bir kanuna ve yönetmeliğe yakışmamakta olduğu da söylenmelidir.