

AVUKATIN ÖZEN BORCU

Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR*

ÖZET

Avukatın özen borcu, BK. m. 390 ve AK. m. 34’de düzenlenmiştir. Bu sebeple özen borcunu ihlâl eden avukat, BK. m. 98’e göre, borcunu gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Böyle bir hâlde Kanun’da borçlu (avukat) aleyhine bazı sonuçlar öngörülmüştür. Avukatın özen borcu objektif bir sorumluluktur. Hatta bir görüşe göre, avukatın özen borcu ağırlaştırılmış objektif sorumluluktur. Bu sebeple avukat, ancak illiyet bağıni kesen sebeplerin somut olayda mevcut olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

ANAHTAR KELİMELEK

Objektif özen, meslekî özen, özenle ifa, özensiz avukat, avukatlık mesleğinin kutsallığı, amaca en uygun yol.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts wurde in Art. 390 Obligationengesetz und Art. 34 Rechtsanwaltsgesetz geregelt. Der Rechtsanwalt, der die Sorgfaltspflicht entgegen handelt, wird gemäß Art. 98 Obligationengesetz als seine Schuld nicht erfüllt genannt. In diesem Fall es befinden sich gegen den Schuldner (Rechtsanwalt) einige Folgerungen. Die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts führt zu objektiver Haftung. Nach einer Meinung ist diese Sorgfaltspflicht sogar eine erschwerte Haftung. Deswegen kann der Rechtsanwalt nur dann von der Haftung befreit werden, falls er nachweisen kann, dass es sich in dem Fall die Gründe befinden, die den Kausalzusammenhang abbricht.

SCHLÜSSEL WÖRTER

Objektive Sorgfalt, Berufliche Sorgfalt, sorgfältige Erfüllung, Sorgfaltloser Rechtsanwalt, Heiligkeit des Berufs der Anwaltschaft, Zweckmäßigkeit Weg.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Avukatın vekâlet (avukatlık) sözleşmesi¹ ile üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için, özen borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Özen borcu, bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinin yapısından doğmaktadır. Bu sebeple avukat vekâletinin içinde ayrıca özenli davranmayı taahhüt etmese bile, bu borcu sözkonusudur². Çünkü, avukatın özen borcunun, diğer borçlarına göre, özel bir yeri ve önemi vardır. Gerçekten de, özen borcu, vekilin bütün diğer borçlarının ifasında da yer almaktadır³. Öyle ki, özen borcu, niteliği itibarıyla vekilin diğer borçlarını da belirleyici durumdadır. Gerçekten de, özen borcunu ihlâl eden vekilin, diğer borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmesi hiçbir anlam taşınmaz⁴. Çünkü, bu borç, asıl edimin ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yürütülmesine yöneliktir. Sözkonusu borcun ihlâli halinde, sözleşmeden doğan aslî edim yükümlerinin gereği gibi ifa edilmesi asla mümkün değildir. Görüldüğü gibi avukatı diğer borçlarının gereği gibi ifası için dahi, özen yükümlülüğüne uygun davranmak gerekir. O halde özen borcu avukatın diğer borçlarının ifasında da önemli rol oynar. Bu sebeple önemi dolayısıyla çalışmamızda avukatın özen borcu değişik açılardan ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II. Özen Kavramı

Avukatın, avukatlık sözleşmesiyle üstlendiği işin görülmesinde veya hizmetin ifasında davranış şekli ile ilgili olarak kanunlarda, doktrinde veya uygulamada “*hüsnü suretle ifa*”, “*ihdimam ile ifa*”, “*özenle ifa*”, “*özenle hareket etme*”, “*özenli davranış yükümlülüğü*” veya benzeri kavram ve deyimler kullanılmaktadır. Sözkonusu kavram veya deyimlerin tamamının temelinde, vekilden (avukattan), belirli bir şekilde hareket etmesinin istenmesi vardır. Bu hareket tarzı ise, kısaca “*vekilin edimini özenle ifa etmesi*” ifadesi altında toplanabilir⁵.

¹ Avukatlık sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günergök, Özcan; Avukatlık Sözleşmesi, İstanbul 2003, sh. 31 vd.

² Geniş bilgi için bkz. Başpınar, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, sh. 75.

³ Başpınar, sh. 143 vd.

⁴ Özen borcunun, vekilin diğer borçlarıyla ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 144 vd.

⁵ Başpınar, sh. 121 vd.

Özen kavramının Latineden gelen karşılığı olan “*diligence*” kelimesi, kavram olarak “*bir işi özene bezene yapma*”⁶, “*dikkat*”, “*basiret*”, “*ihitimam ve takayyüd*” faaliyet ve fiillerini ifade etmektedir.

Türkçe’de de özen, günlük kullanımda, birden fazla anlama gelen bir kelimedir. Gerçekten de, sözlüklerde, “*özen*” kavramı ile ilgili olarak, “*itina*”, “*fazla dikkat etme*”, “*ehemmiyetle çalışma*”⁷; “*dikkat*”, “*ihitimam*”, “*bir işi yaparken gösterilen hususî dikkat*”⁸; “*bir şeyi yapmada ve sürdürmede gösterilen titizlik*”⁹; “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına dikkat etme*”, “*dikkatli ve özenli davranma*”¹⁰ gibi ifadeler yer almaktadır.

Kanunkoyucu, özenin tarifini yapmamış; fakat bu kavramı Borçlar Kanunu’nun değişik yerlerinde farklı tabirler ile ifade etmiştir. Meselâ, “*dikkat ve itina* (BK. m. 55/I, 56/I)”, “*ihitimam dairesinde* (BK. m. 256/I)”, “*takayyüd ve ihitimam* (BK. m. 297/I, 391/II)”, “*ihitimam ile* (BK. m. 321/I)”, “*bütün ihitimam ile* (BK. m. 357/I)” ve “*icap eden ihitimam* (BK. m. 413/II)” ifadeleri özeni anlatmak için kullanılmıştır¹¹. Görüldüğü gibi Kanunkoyucu özen müessesesini düzenlerken gerekli özeni göstermemiştir.

Kanunkoyucunun avukatın (vekilin) sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerde, bu kavramın tanımını vermeden kullanmıştır. Bu sebeple, özen kavramının tanımı, unsurları, muhtevası ve kapsamı, yorum yapmak suretiyle belirlenmelidir¹². Söz konusu yorumu yapacak olan doktrin ve uygulamadır.

Özenli, dilbilgisi açısından sıfat niteliğindedir. Gerçekten de, sıfat olarak “*özenli*” sözcüğü, “*dikkatli*”, “*koruyan*”, “*sakınan*”, “*titiz, itimad edilir*” “*itinalı*”, “*ihitimamlı*” anlamlarına gelen bir kavramdır¹³. Bu sebeple, sözkö-

⁶ Saraç, Tahsin; Fransızca-Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara 1976, sh. 399; Ergül, Ergin; Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, sh. 92; Dayınlarlı, Kemal; Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1997, sh. 381; Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Ankara 1991, sh. 441.

⁷ Bkz. Hayat Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul (Basım yılı yok), sh. 617.

⁸ Doğan, Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara 1992, sh. 888.

⁹ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 17, İstanbul 1992, sh. 9075.

¹⁰ Milli Eğitim Bakanlığı, Örnekleriyle Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1996, sh. 1353, C. 3, Ankara 1996, sh. 2241.

¹¹ İsviçre hukukunda, yukarıdaki ifadelerin yer aldığı maddeler dışında ayrıca, OR Art. 447/I, 448/I, 495/I, 503/II’de özen kavramı yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 122.

¹² Fellmann, Walter; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VIU, 2, 4 Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 394, Nr. 250.

¹³ Derendinger, Peter; Die Nicht –und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auf.

nusu kavram, cümle içerisinde bağımsız ve başlı başına kullanılmayıp, ancak yanına bir isim eklenmesiyle açıklayıcı bir değer kazanmaktadır. O halde, özen kavramı mutlaka, önünde yer aldığı başka bir kelimeyi nitelendirme görevini üstlenmiştir¹⁴. Meselâ, “özenle çalışma”, “özenle meydana getirilen eser”, “özenle görülen iş”, “özenli davranış”, “özenle seçilmiş sözler” ifadelerinin tamamında, görülen işin niteliği belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen niteliklerin yokluğu, borçlunun (vekilin) ifasını üstlendiği edim için gerekli özenin gösterilmemesi demektir. Bu açıdan özeni, “*asıl borcun (vekâletin) ifası için, zarurî dikkat, itina, fikrî ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı*” olarak tanımlamak mümkündür¹⁵.

Özen, kavram olarak, daima bir davranışı ifade eder. Ayrıca özen, özellikle bir insan davranışını ifade etmek için kullanılır. Çünkü özen, genellikle olumlu özellikleri bünyesinde bulunduran bir kavramdır. Bu sebeple özen, bir insan davranışının (belirli bir davranışın) özellikle beşerî bir fiilin ölçüsüdür. Sözkonusu ölçü, belirli bir neticeye ulaşmak için, akıl ve iradenin birlikte kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü, özenden bahsedebilmek için, sözkonusu unsurların bir arada bulunması şarttır¹⁶.

Özen kavramı, hangi alanda ve anlamda kullanılırsa kullanılsın, bu kelimenin bütün anlamlarında, bir işin yapılmasında, bir kimsenin normalden yani olağandan daha üstün bir dikkat ve çaba göstermesi gereği yatmaktadır. Böyle bir sonuç, üstlenilen işin görülmesinde veya hizmetin ifasında veya davranışın sergilenmesinde belirli bir dereceyi ifade etmektedir.

III. Özen Borcunun Konusu

Avukatlık sözleşmesinde özen borcunun konusu; avukatın vekilin, sözleşme ile üstlendiği sonuca ulaşılması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunmasıdır. Özen borcu, geniş anlamda dürüstlük kuralının (TMK. m. 2/I) vekâlet veya daha geniş anlamıyla hizmet sözleşmeleri alanında uygulanmasıdır. Başka bir deyişle, özen borcu, dürüstlük kuralının iş görme sözleşmelerindeki görünümüdür. Gerçekten de, Kanunkoyucunun herkesten beklediği, dürüstlük kuralına göre hareket etmeleridir. Bu şekilde davranma mecburiyeti,

Freiburg/Schweiz, 1990, Nr. 251.

¹⁴ Başpınar, sh. 123.

¹⁵ Başpınar, sh. 124.

¹⁶ Başpınar, 124.

iş görme sözleşmelerinde özen borcu olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay da bir kararında aynı sonucu kabul etmiştir¹⁷.

Vekilin özen borcunun kapsamına, sonucun elde edilmesini engelleyecek davranışlardan kaçınması dâhildir. Bu konudaki ölçü, hayat deneylerine ve olayların normal akışına göre belirlenir¹⁸.

Avukatlık sözleşmesinde avukatın, aksine bir anlaşma olsa bile, sonucun elde edilememesinden sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁹. Gerçekten de, vekâlette önemli olan üstlenilen işin icrasında gösterilen özenin gösterilmesidir. Çünkü, özen gösterme borçlarının yer aldığı iş görme sözleşmelerinde, borçlunun alacaklıya garanti ettiği husus sonucun elde edilmesi için belirli bir yönde faaliyet gösterme, sonucun gerçekleşmesinin gerektirdiği şekilde özenli davranmadır. Bu sebeple, avukat taahhüd ettiği edimi yerine getirirken, müvekkilin sözkonusu ilişki sebebiyle amaçladığı sonucun gerçekleşmemesinden değil, onun bu sonuca kavuşmasını sağlayacak hareketlerin özenle yapılmasından sorumludur. Zira avukatlık sözleşmesinde, sonucun elde edilmesi yalnız avukatın inisiyatifinde değildir. Gerçekten de, vekâlette müvekkilin arzuladığı sonucun gerçekleşmesi, avukat dışında pek çok başka unsurlara, faktörlere ve olaylara bağlıdır. Meselâ, bir avukatın da, ne kadar özenle takip ederse etsin, üstlendiği davanın müvekkilinin aleyhine sonuçlanması daima mümkündür. Çünkü, bir davanın sonuçlanması avukat dışında olay, deliller, tarafların tutumu, hâkimin delilleri değerlendirmesi ve nihayet kanun yollarına gidilirse, Yargıtay veya Danıştay kararı gibi, pek çok dış faktöre de bağlıdır. Bu sebeple, sonucun elde edilmesinin vekilin dışında pek çok sebebe bağlı olduğu avukatlık mesleğinde, sonucun garanti edilmesi mümkün değildir²⁰.

Vekil, kendisine düşen özen ödevini gereği gibi yerine getirdiği takdirde, müvekkil, somut ilişkide hedeflediği sonucu elde edemeyebilir. Yargıtay da aynı sonucu kabûl etmektedir²¹.

¹⁷ HGK 5.5.1993, E. 1-79, K. 195 (Uygur, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 7, Ankara 2003, sh. 8549-8550)

¹⁸ Donay, Süheyl; Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATIDER, C. V, S. 4, sh. 736.

¹⁹ Gümüş, Mustafa Alper; Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, sh. 151.

²⁰ Geniş bilgi için bkz. Başpınar, sh. 92.

²¹ Misal için bkz. 13. HD. T. 5.2.1991, E. 7902, K. 1070 (Uygur, sh. 8553-8554).

Vekâlet sözleşmesinde sonucun gerçekleşmesi tesadüfidir. Gerçekten de, vekil özen borcuna uygun davranmаса bile, sonuç gerçekleşebilir veya gerçekleşmeyebilir. Burada önemli olan, vekilin özen borcuna uygun davranmasıdır²². Vekilin görevi, üstlendiği işin veya hizmetin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması için azamî çabayı göstermesidir. Hatta Fransız hukukunda, vekilin bu durumunu anlatmak amacıyla “vekilin borcu bir vasıta borcu (*obligation de moyens*) olup, sonuç borcu (*obligation de résultat*) değildir” ifadesi kullanılmaktadır.²³ Gerçekten de, vekilin vekâlet sözleşmesindeki görevi üstlendiği iş ve işlemleri bitirebilmek için gereken her türlü özeni göstermekten ibaretir. Bu anlamda vekil, sonuç için değil, işin yürütülmesi için özen göstermek zorundadır²⁴. Çünkü, taraflar arasında imzalanmış olan vekâlet sözleşmesi ile vekil, somut olayda müvekkilinin haklarının ve menfaatlerinin korunması için gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüd etmiştir²⁵. Bu ise, her şeyden önce, vekilin somut olayda gerekli tedbir veya tedbirleri en hızlı şekilde almasını gerekli kılar. Gerçekten de özenli bir vekil, müvekkilinin vekâlet sözleşmesi imzalaması ile beklediği sonucun gerçekleşmesi için, en hızlı şekilde hareket etmeye hazır olan vekildir. Bunun için, vekil, müvekkili için zararlı olabilecek her türlü gecikmeden kaçınmak zorundadır²⁶.

Avukat, vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği iş görmenin gereği gibi gerçekleşmesi için özenli davranmak zorundadır. Bunun için vekil, iş görme ile ilgili her faaliyetinde özen borcuna uygun hareket etmelidir. Çünkü, sonucun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi, başka unsurların yanında, vekilin özenli davranmasına bağlıdır. Bu sebeple vekil, sonucun gerçekleşmesi için, iki olumlu ve bir de olumsuz davranış yükümlülüğü altındadır. Bunlardan olumlu davranışlar; vekilin, sonucun gerçekleşmesine yönelik olarak, hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre, gerekli girişimde, faaliyette bulunması davranışı sergilemesidir. Buna karşılık, vekilin, sonucun gerçekleşmesini engelleyecek her türlü davranıştan ve girişimden kaçınması, onun olumsuz davranış yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Gerek olumlu davranış gerek olumsuz davranış yükümlülüğüne aykırı bütün hareketler, vekilin sorumluluğu sonucunu doğurur. Buradaki sorumluluk sebebi; vekâlet sözleşmesi ile taahhüd edilen özen borcuna aykırılık, yani özensizliktir. Buna karşılık vekil, üstlendiği edi-

²² Pétel, Philippe; Les obligations du mandataire, Paris 1988, sh. 85.

²³ Pétel, sh. 86.

²⁴ Pétel, sh. 86.

²⁵ Pétel, sh. 90.

²⁶ HGK., T. 27.10.199, E. 1999/1-886, K. 883 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (KBİBB), 818/m. 386).

mi sadakat ve özenle ifa etmişse, sonuç gerçekleşmese bile sorumlu değildir²⁷. Çünkü, böyle bir halde vekil, sözleşme ile üstlendiği edimi, müvekkil ile karşılaştırdıkları gibi ve dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirmiştir.

Avukatın gerekli özeni göstermesine rağmen, sonucun elde edilememesi-ne müvekkil katlanır. Çünkü, daha önce de ifade edildiği gibi, avukatlık sözleşmesinde avukatın, “sonuç sorumluluğu” bulunmamaktadır. Yargıtay da, bir kararında aynı sonucu benzer kavramlarla ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin kararına göre, vekil işi görürken sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatle ve özenle görülmüş ise, yönelinen sonuca erişilememiş olsa bile, vekil edimini gereği gibi ifa etmiştir. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesi rizikosu müvekkil üzerindedir²⁸.

Avukatlık mesleği bir kamu hizmetidir. Bu sebeple avukat, üstlendiği vekâleti, basiretli bir avukat gibi takip etmek zorundadır. Yargıtay bir kararında vekilin, özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumlu olduğunu, vekilin meslek alanı içinde olan hafif de olsa bütün kusurlarından sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, müvekkilinin zarar görmemesi için yalnız meslekî değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğunu, bu sebeple hekim, avukat gibi mesleğini profesyonel olarak yürüten vekillerin, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduklarını çeşitli ihtimaller arasında seçim yaparken, olayın özelliklerini gözönünde tutmak, onu gereksiz risk altına sokmamak ve en emin yolu tercih etmek zorunda olduklarını belirtmiştir²⁹. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da, vekilin işin başarılı olması için genel hayat tecrübelerine ve işlerin olağan (normal) oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması, basiretli hareket etmesi özen borcunun konusunu teşkil eder. Bir avukatın dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip, ihtiyatsızca hareket ederek süreyi kaçırmaması, özen borcunun gereği gibi ifa edilmediği şeklinde yorumlanmıştır³⁰. Kararda ayrıca avukatın görevinin olayları mantıki şekilde değerlendirerek işin türü ve ağırlığına göre öngörülmesi gerekli bütün yönleri dikkate almak, davalının ihtiyatlı ve temkinli ha-

²⁷ Pétel, sh. 85.

²⁸ Bkz. 13. HD. T. 5.2.1991, E. 7902, K. 1070 (Uygur, sh. 8553-8554).

²⁹ 13. HD., T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁰ 13. HD. T. 26.12.1995, E. 1995/10929, K. 1995/11812 (KBİBB., 818/m. 390).

reket etmek meslekî bilgilerini de değerlendirmek zorunda olduğu, bu sebeple başkalarının sözüne güvenerek, araştırmaya başvurmaksızın ihtiyatsız bir şekilde vakit geçirmesi ve daha sonra sükütu hak süresini kaçırarak dava açması özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olarak nitelendirilmiştir. Özenli ve işini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukukî bilgilerle donanmış olmalıdır³¹. Bu sebeple avukat, üzerine aldığı işin uzmanı gibi davranmak, en güvenli ve amaca en uygun yolu seçmekle yükümlüdür. Gerçekten de avukat, söz konusu olan birçok önlemden, kural olarak muhtemel sakıncaları mümkün mertebe en iyi şekilde önleyen tedbirleri almakla yükümlüdür; eğer elde edilmeye çalışılan sonucu gerçekleştirmeye yönelik birden çok yol mümkünse, en güvenilir ve en tehlikesiz yolu seçmekle yükümlüdür³². Bunun için alınması gereken bütün önlemleri almak mecburiyetindedir³³.

Avukatın fazlaya ilişkin hakları saklı tutmadan dava açması ve bilirkişi raporu ile zararın, talep edilenden çok daha yüksek hesaplanması halinde, kalan kısmın, ikinci bir dava açılarak talep etmesine engel olmaktadır. Yargıtay bir kararında avukatın, müvekkilinin gerçek zararını ve talep edebileceği tazminatı bir uzmana hesaplattırıp ona göre dava açması gerektiği, aksine davranışın özen borcuna aykırı olduğu açıkça vurgulanmıştır. Kararda davalı avukatın öncelikle idareye başvurması gerektiği halde bunu yapmadığı, manevî tazminat istemediği, maddî tazminat miktarını tespit ettirmediği, konu ile ilgili mevzuatı araştırmadığı, zamanaşımı sürelerine dikkat etmediği, ek davayı belli bir tarihe kadar açmadığı, sonuçta görevini yerine getirmekte özensiz davrandığı, böylelikle kendi kusuruyla davacının zarara uğramasına sebep olduğu kabul edilmiştir³⁴.

Avukat, müvekkilinin talimatına aykırı hareket edemez (BK. m. 389/I). Yargıtay bir kararında vekilin, iş görürken kasten, ihmal veya dikkatsizlikle müvekkiline verdiği zarardan kusursuzluğunu ispat etmediği sürece, özen borcunu yerine getirmiş sayılamayacağını ve meydana gelen zararı tazminle yükümlü olduğunu açıkça kabul etmiştir³⁵.

Yargıtay avukatın vekâlet sözleşmesi gereği kendisine düşen dava açma görevi çerçevesinde öncelikle idareye başvurması gereken hallerde idareye

³¹ Geniş bilgi için bkz. Güner, Semih; Avukatlık Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, 316.

³² Güner, sh. 325.

³³ Güner, sh. 325-326.

³⁴ HGK., T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁵ 13. HD., T. 14.5.2002, E. 2002/4738, K. 2002/5566 (KBİBB., 818/m. 390).

başvurmaması, sonuçta talebin zamanaşımına uğramasına sebep olmasını özensiz davranış olarak kabul etmektedir³⁶. Bir avukatın cirantalar arasında yer almayan bir kimseye icra takibi göndermesi ağır kusur olarak nitelendirilmekte ve özen borcuna aykırı davranış olarak kabul edilmektedir³⁷. Yargıtay'ın başka bir kararında da, müvekkilin ölümünden sonra davayı yürütebilmek amacı ile mirasçılardan vekâletname almayan, bu konuda gayret sarfetmeyen ve mirasçıların davayı takip etmeme arzularına karşı davanın müracaata bırakılmasını sağlamak yerine, davanın reddine sebep olan talepte bulunmaları red kararını temyiz etmemeleri; özen yükümlüğüne aykırı ağır bir davranış olarak nitelendirilmiştir³⁸.

Yargıtay, avukatın zamanından önce dava açmasını müvekkilin güvenini sarsacak davranışlar arasında kabul etmektedir. Böyle bir davranış karşısında müvekkilin avukatı azletmesi haklı sebep olarak nitelendirilmekte ve avukatın tazminat talebi reddedilmektedir. Karara göre, avukat tüm mevzuatı bilmek mecburiyetinde olup, zamansız dava açmış olması, müvekkilin güvenini sarsacak hareketlerdendir³⁹. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, avukatın dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olup olmadığını kestiremeyip, ihtiyatsızca hareket etmesi suretiyle süreyi kaçırması özen borcunun gereği gibi ifa edilmediğini gösterir sonucunu kabul etmektedir⁴⁰.

IV. Özen Ölçüsünü Belirleyen Hükümler ve Faktörler

Özen borcunun konusu ve kapsamında, öncelikle vekilin nasıl davranması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de, vekilin sözkonusu borcunda temel mesele, özen sözcüğünde toplanmaktadır. Kanunda ve doktrinde buna “*özen yükümlülüğü*” adı verilmektedir. Bu sebeple, vekilin özen borcunun belirlenebilmesi için, önce özen kavramının incelenmesi gerekmektedir.

Vekilin özen borcunun belirlenmesinde, somut vekâlet sözleşmesinin muhtevasının büyük önemi vardır. Çünkü taraflar, vekâlet sözleşmesini, sözleşme serbestisi çerçevesinde imzalamışlardır. Bu bakımdan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, vekâlet (avukatlık) sözleşmesinin muhtevasının önemi büyüktür. Gerçekten de sözleşme, vekilin özen

³⁶ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 389).

³⁷ 13. HD. T. 5.7.2005, E. 2005/7154, K. 2005/11567 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁸ 13. HD. T. 27.4.1992, E. 1992/3412, K. 1992/3899 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁹ HGK. T. 14.2.2007, E. 2007/13-43, K. 2007/73 (KBİBB., 818/m. 390/1).

⁴⁰ 13. HD. T. 26.12.1995, E. 1995/10929, K. 1995/11812 “ (KBİBB., 818/m. 390).

ölçüsü açısından temel alınan ilk metindir. Çünkü, vekilin göstereceği özenin derecesi, sözleşme ile artırılmış veya azaltılmış olabilir. Meselâ taraflar, sözleşme ile somut olayda vekilin özen ölçüsünü artırarak, onun kusursuz imkânsızlıktan dahî sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Sözleşmede özen konusunda kanundaki ölçüden daha yüksek bir ölçü öngörülmüş ise, buna göre hareket etmek gerekir. Yargıtay da bir kararında, vekilin edimini özenle ifa borcunun sınırının sözleşme ile belirlenebileceğini kabûl etmektedir. Karara göre, taraflar arasındaki sözleşmede ölçü olarak normalin altında veya üstünde bir özen kararlaştırmak mümkündür. Sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer aldığı takdirde, hâkim, sözkonusu hüküm ile bağlıdır⁴¹.

Yukarıda ifade edildiği gibi, vekilin özen borcunun derecesi, taraflarca somut sözleşmede tayin edilmiş olabilir. Çünkü BK. m. 388/I’de, “*vekâletin kapsamı sözleşme ile açıkça belirlenmemişse, taallûk ettiği işin mahiyetine göre tayin edilir*” hükmü yer aldığından, özenin ölçüsünün belirlenmesinde; vekilin üstlendiği işin niteliğinin önemi büyüktür. Bu sebeple, özenin ölçüsünün tesbitinde önce sözleşmeye bakmak gerekir. Gerçekten de, vekâletin kapsamı, onun gereği gibi ifa edilip edilmediğinin tespitinde büyük önem taşır. Bununla birlikte, vekâletin kapsamı belirlenirken, sözleşmedeki kayıtlar tek başlarına ele alınmamalı, sözleşmenin tamamı göz önünde bulundurularak, yorumlanacak kaydın diğer hükümler ile ilişkisi ve bağlantısı da dikkate alınmalıdır. Buna göre, bir ihtilâfın çözümünde doğru bir sonuca varabilmek için, olaya uygulanması gereken hükmün yorumu ile ilgili kurallara da bakmak gerekir. Çünkü, bir hukukî işlemin yorumlanmasında her şeyden önce yorum kurallarına uygun davranmak gerekir. Gerçekten de, bir hukukî işlem yorumlanırken, onun sadece bir hükmü veya cümlesi tek başına ele alınıp yorumlanmaz. Tam aksine, işlem bir bütün olarak ele alınır, hükümler arasındaki irtibata ve söz konusu işlemin tüm olarak amacı dikkate alınarak bir yorum yapılır. Buna doktrinde “*tümsel yorum kuralı*” adı verilir⁴².

Yargıtay’ın bir kararına göre, avukatın özen borcu, alelâde vekilin özen borcundan çok daha farklıdır⁴³. Bu karara göre, avukat, normal bir vekilin gösterdiği özene uygun hareket ederek sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme’ye göre, mesleğini profesyonelce icra eden vekiller, meselâ

⁴¹ Bkz Güner, sh. 569.

⁴² Bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, sh. 429; Kaplan, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007, sh. 71 vd. Aynı sonuç için bkz. 3. HD. T. 18.12.2003, E. 14004, K. 14485 (YKD. C. 30, S. 2, sh. 188-190).

⁴³ 13. HD. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555).

avukatlar, genellikle bilinen ve kabûl edilen kural ve usûlleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Buna göre“...*Avukatın görevi, olayları mantıkî şekilde değerlendiren, bütün öngörülmesi gereken şeyleri dikkate almaktır...*”⁴⁴. Aynı şekilde Yüksek Mahkemenin başka kararlarında :“...*Avukatın özen borcu, alelâde vekilin özen borcundan çok daha farklıdır...*”⁴⁵, “...*avukat, mesleğinin gerektirdiği uzmanlığının bütün gereklerini kullanmalıdır... Avukatın görevi, olayları mantıkî şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gereken şeyleri dikkate almaktır... avukatlar genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar...*”⁴⁶ ifadeleri yer almaktadır. Meselâ, kazaya uğrayan müvekkilinin işgöremez raporunu önceden bilen avukat, sadece karşı tarafın kusurlu olduğuna dair raporu mahkemeye sunarak sorumluluktan kurtulamaz. Aynı zamanda müvekkilinin uzuv zaafı olduğunda, bu yönden de dava açması gerekir. Bu sebeple avukat, sadece tedavi giderlerini talep edip, uzuv zaafından dolayı maddî ve manevî tazminat davası açmamak suretiyle, bu konudaki taleplerin zamanaşımına uğramasına sebep olduğu takdirde sorumlu olur. Çünkü, böyle bir halde vekil (avukat), gerekli özen görevini yerine getirmemiş ve sonuçta müvekkilinin zarara uğramasına sebep olmuştur⁴⁷.

V. BK. m. 390 ve AK. m. 34 Anlamında Özen Kavramı

Vekil; üstlendiği iş veya işlemi ifa için, kanun ve sözleşme ile kendisine yüklenen yükümlülükler uymak, gerekli her türlü dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Bu yönü dikkate alan bir görüşe göre, vekilin özen borcu, TTK m. 20/II’de tacir için öngörülen “*basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü*” ile aynı niteliktedir⁴⁸.

A. BK. m. 390 Anlamında Özen Kavramı

Özen kavramının günlük kullanım dışında, bir de gerçek ve teknik anlamı vardır. Bu anlamda özen kavramı ve dolayısıyla özen borcu deyimi; “*vekilin üstlendiği borcun ifası için zorunlu olan ve kendisinden beklenen dikkat, basi-*

⁴⁴ 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052 K. 825: (Uygur, sh. 8555-8556).

⁴⁵ 13. HD. T. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555).

⁴⁶ 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052, K. 825 (Uygur, sh. 8555-8556).

⁴⁷ Karar için bkz. Uygur, sh. 8555-8556.

⁴⁸ Bununla birlikte, TTK m. 20/II ve 320’de, BK m. 390 ile aynı kavramlar kullanılmamış olsa da, sözkonusu yerlerde de, genel olarak “dikkat ve basiret” deyimlerine yer verilmiştir. Hernekadar Kanun-koyucu, özen borcu ile ilgili metinlerde, bu kurumu ifade için kavram seçiminde dikkatli (özenli) davranmamış ise de, ilgili yerlerde anlatılmak istenenler aynı şey, yani özen borcudur.

ret, itina, fikrî ve bedenî beceriler toplamı”dır⁴⁹. Bu tanıma göre vekil, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği edimi iyi bir surette ifa etmek zorundadır.

Doktrinde, BK. m. 390/II’de yeralan “iyi bir surette ifa” ifadesinin, OR Art. 398/II’de yeralan “sadakat ve özenle ifa” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple vekil, BK. m. 390/II’ye göre, üstlendiği işin ifası için, gerekli olan fikrî ve bedenî kabiliyete sahip değil ise, sorumluluğu sözkonusu olur. Çünkü böyle bir halde, vekilin üstlendiği işin ifası konusunda müvekkilini hataya düşürdüğü kabul edilmektedir. Meselâ avukatın, mevzuatını hiç bilmediği bir ülkenin hukukuna göre görülecek bir davada, bir kimsenin savunmasını üstlenmesinde durum böyledir. Gerçekten de bahsedilen halde avukat müvekkiline karşı dürüst davranmamış; onun, kendisinden beklediği vasıflar ile ilgili olarak hataya düşmesine sebep olmuştur. Böyle bir davranış, özen borcuna aykırı olduğu gibi, aynı zamanda TMK. m. 2’de yeralan dürüstlük kuralına da aykırı olup, şartları var ise, avukatın güven sorumluluğuna sebep olabilir⁵⁰. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir⁵¹. Türkiye Barolar Birliği de disiplin kurulu kararlarında avukatın özen borcunu aynen benimsemiş bulunmaktadır⁵².

B. AK. m. 34 Anlamında Özen Kavramı

1) Avukatın özen borcunun hukukî niteliği

Özen borcu kavramı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 4667 sayılı Kanunla⁵³ değişik 34/I maddesinde bulunmaktadır. Gerçekten de, sözkonusu maddede şu hüküm yeralmaktadır: “*Avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek⁵⁴ ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır⁵⁵ bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler*”.

Avukatlar için AK. m. 34’de öngörülen özen borcu, BK. m. 390’da vekilin özen borcuna göre, özel bir hüküm, yani özel düzenleme niteliğindedir. Bu

⁴⁹ Tanım için bkz. Başpınar, sh. 127-128.

⁵⁰ HGK T. 5.5.1993, E. 1-179, K. 195 (Uygur, sh. 8549-8550).

⁵¹ 1. HD. T. 18.10.1991, E. 2317, K. 11703 (Uygur, sh. 426-428).

⁵² TBBDK. T. 7.11.2003, E. 320, K. 433 (ABD. 2004, sh. 183-184)

⁵³ Bkz. RG T. 07.04.1969, S. 13168.

⁵⁴ TBBDK T. 16.12.2000, E. 2000/156, K. 2000/197: (ABD 2001, S. 3, sh. 185-187).

⁵⁵ TBBDK T. 16.12.2000, E. 2000/183, K. 2000/209: (ABD 2001, S. 3, sh. 188-189).

sebeple sözkonusu hüküm, avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde, sorumluluğu bakımından öncelikle uygulama imkânına sahiptir⁵⁶.

Doktrinde avukatın özen borcunda özen ölçüsünün tespitinde, subjektif kriterler kabûl edilmemektedir. Özellikle avukat (vekil) ile müvekkil arasındaki hukukî ilişki dikkate alındığında, vekilin, işveren-işçi ilişkisinde işçiye göre, özen ve dolayısıyla sorumluluk ölçüsünün daha ağır olması kabûl edilmektedir. Çünkü, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği özen, vekil olarak üstlendiği işlem veya faaliyetin ifasında her zaman yeterli ölçü değildir⁵⁷. Yargıtay da daha önce bahsedilen kararlarında avukatın özen borcunun ölçüsünün, işçinin özen borcu ile aynı derecede olamayacağını, avukatın özen borcunun işçinin özen borcundan daha ağır olması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, avukatın özen borcunun objektifleştirilmiş olduğu sonucuna, Avukatlık Kanunu'nda yeralan bazı kavramlardan hareket ederek de varmak mümkündür. Gerçekten de, AK. m. 34'de "*mesleğin kutsallığı, doğruluk, onur, saygı*"⁵⁹ gibi kavram, deyim ve ifadeler, avukatın özen borcu açısından subjektif ölçünün kullanılamayacağını göstermektedir. Çünkü, yüksek özen borcunun sözkonusu olduğu bazı hizmetlerden birisi de avukatlık hizmetidir. Gerçekten de bu meslekler, Devlet garantisinin bulunduğu, yani Devlet garantili hizmetler olarak kabûl edilmektedir. Böyle bir garanti sebebiyle, vekâletin meslek olarak bir ücret karşılığında icra edildiği, mühendislik, mimarlık, avukatlık, noterlik gibi iş görme sözleşmelerinde, özen ölçüsü olarak, subjektif özenin kabûlü mümkün değildir⁶⁰. Çünkü, avukatlık mesleği, savunma hizmetinin vazgeçilmez ve tek unsurudur⁶¹.

Yargıtay bir kararında, "*...Avukat herkesin isteğine göre üzerine aldığı işten sonuç almaya çalışan bir kişi olmaktan önce, hukukî bilgi ve denemelerini adalet yararına kullanma zorunluluğunda olan kişidir...*"⁶² ifadesi ile, bu hususu vurgulamıştır. Danıştay da bir istişarî kararında, avukatlık hizmetinin

⁵⁶ Başpınar, sh. 129.

⁵⁷ Müderrisoğlu, sh. 54.

⁵⁸ 13. HD. T. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555); 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052, K. 825 (Uygur, sh. 8555-8556).

⁵⁹ TBBDK., T. 7.11.2003, E. 320, K. 433: (ABD., 2004, S. 1, sh. 183-184).

⁶⁰ İyimaya, Ahmet; Avukatlık Yasası Tasarısında Öngörülen Avukatlık İlişkisi Modeli Yada Avukatlık Sözleşmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C. II, Ankara 1995, sh. 408 vd.

⁶¹ İyimaya, sh. 407.

⁶² 4. HD. T. 23.11.1970, E. 2497, K. 8629 (Müderrisoğlu, sh. 322)

kamu hizmetinden sayıldığını kabul etmiştir⁶³. Görüldüğü gibi, içtihatlar da, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olduğu yönündedir⁶⁴.

Avukatlık Kanunu'nda özen borcuna aykırılık, hukukî sorumluluğa ve disiplin sorumluluğuna bağlanmıştır. Söz konusu hükümler dikkate alındığında görülmektedir ki; özen borcu avukatlar için sadece objektif hale getirilmekle kalmamış, bunun yanında, avukatın özen borcu ağırlaştırılmış özen borcu haline dönüştürülmüştür⁶⁵.

2) Avukatın özen borcunun çeşitli görünüşleri

Avukatlık Kanunu'na göre avukatın, özen borcunun çeşitli alt görünüşleri bulunmaktadır. Bunlardan birisi, avukatın mesleği ile ilgili mevzuatı bilmesi, bu konudaki değişiklikleri takip etmesi, üstlendiği dava ile ilgili işlemleri zamanında yapmasıdır. Gerçekten de, avukatın danışma ve temsil faaliyetini gereği gibi yerine getirebilmesi, her şeyden önce iyi bir meslekî bilgiyi ve bu konudaki değişiklikleri sürekli takip etmeyi gerekli kılmaktadır. Çünkü avukat, ancak bu sayede sürekli gelişen meslekî bilgisini yenileyebilir ve gelişen mevzuatı takip edebilir.

Avukat, kanunları bilmek zorundadır. Ancak, avukatın bilmesi gereken mevzuat sadece kanunlar değildir. O, kanunlar yanında tüzükleri, yönetmelikleri ve diğer yazılı hukuk normlarını bilmek zorundadır. Hatta, avukat, bunları yalnız bilmekle yetinemez; aynı zamanda, mevzuattaki değişiklikleri sürekli olarak takip etmek zorundadır⁶⁶. Bununla birlikte avukat, savunmasını üstlendiği olayda müvekkilinin arzu ettiği amaçta uygulanması mümkün olmayan bir kanunu bilmemesi sebebiyle sorumlu tutulmaz⁶⁷. Çünkü, üstlendiği dava ile ilgisi olmayan bir kanunu bilmemek, avukat için bir sorumluluk sebebi değildir.

Avukat, bilmediği veya bilgisinin çok az olduğu bir alan ile ilgili davayı üstlenmemelidir. Avukat, üstlendiği davanın takibi, yabancı bir hukukun bilinmesini gerekli kıldığı takdirde, sözkonusu ülke hukuk sistemi hakkında

⁶³ D. 1. Daire E. 1987/236, K. 1987/250, (Karar için bkz. Güner, sh. 69).

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, sh. 69 vd.; TBMMTD. Bi. 94, 1.5.2001, sh. 140.

⁶⁵ Tandoğan, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 50, 419; Aynı yazar, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, sh. 411; Güner, sh. 211.

⁶⁶ Sungurtekin, Meral; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, sh. 235 vd.; Graf, Anwaltshaftung Wien 1991, sh. 46 vd.

⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. Arık, Kemal, F.; Avukatın Müvekkiline Karşı Mesuliyeti (Avukat Yeni İctihatları Takip Etmekten Mesul müdür), AD 1944, sh. 570.

önce bilgi sahibi olmalı, gerekirse bu konuda yabancı ülkedeki meslektaşısı ile irtibat kurarak davayı birlikte yürütmelidir. Hatta, Alman içtihatları, avukatın yabancı ülkedeki meslektaşının ön araştırması ile yetinmemesini, bu konuda gerekli bilgiyi bir uzmandan alması gerektiğini, aksi halde doğacak zarardan sorumlu olacağını vurgulamaktadırlar. Fransız hukukunda da, vekilin dava konusu olaya uygulanacak olan yabancı hukuk sistemi hakkında uzman bir hukukçuya başvurması gerektiği kabul edilmektedir. Bu ilkeye aykırı hareket, her şeyden önce meslek kurallarının ihlâlidir. Gerçekten de, Meslek Kuralları m. 38/II’de, “*avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmeyeceği*” hükmü yer almaktadır⁶⁸. Bu sebeple avukat, tavsiye niteliğinde de olsa, sözkonusu kurala uymalı ve bilgi sahibi olmadığı bir konudaki davanın takibi talebini kabul etmemelidir.

Müvekkil, avukatın yabancı hukuk alanındaki bilgisizliğinden haberdar olduğu halde, yine de savunmasını yapmasını ondan talep etmiş ise, davanın kaybedilmesi halinde vekilin sorumluluğu sözkonusu olmaz. Böyle bir sonuca, davanın zamanaşımı sebebiyle kaybedilmesi de dâhildir. Çünkü, böyle bir olayda taraflar, vekilin özen borcunun ölçüsünü kanunî ölçüden daha hafif olmasını kabul etmiş olmaktadır.

Avukat, dava açmadan önce yapılması gereken usûlî işlemleri (satılan mal ayıplı ise ayıp ihbarı, borçlunun temerrüdünde ihtar gibi) tamamlamalıdır. Ayrıca usûlî işlemlerden sonra kanunda öngörülen süre içerisinde dava açılmalıdır. Bu sebeple, babalık davasını açma süresini kaçıran avukatın somut olayda özenli davrandığını ileri sürmek mümkün değildir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konuda pek çok kararı bulunmaktadır⁶⁹. Avukat, davanın başarıyla sonuçlandırılabilmesi için önceden olayı ve dosyayı çok iyi incelemeli, bu incelemeyi sonra savunmayı kabul etmeli veya reddetmelidir. Keza yukarıda da ifade edildiği gibi, avukat, kısmî dava açarken, fazlaya ilişkin hakları dava dilekçesinde saklı tutmalıdır. Bu tür işlemler de, özen borcunun bir sonucudur. Diğer taraftan, avukat, sahip olduğu hukukî bilgisini somut olayın özelliklerine uygun bir şekilde kullanmalıdır.

Avukatın özen borcuna aykırı hareket etmemesi için, mevzuatın yanında, aynı zamanda meslekî içtihat dergilerinde çıkan yargı kararlarını da bilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda avukatların, resmî veya meslekî dergilerde yayınlanan içtihadları, birkaç hafta veya en çok birkaç ay gibi, kısa bir süre

⁶⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güner, sh. 270.

⁶⁹ Misal olarak bkz. BGE 87 II 364; 63 II 422; 106 II 235.

içerisinde öğrenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bir içtihadında, dava konusu olay ile ilgili yargı kararının bir ay içinde öğrenilmemesini avukatın kusuru olarak değerlendiren talepteki bir aylık süreyi fazla kısa olarak nitelendirmiştir⁷⁰. Bununla birlikte, her meslek dergisinde çıkan içtihadı bulmak ve incelemek, avukatın hem çok fazla zamanını alır ve hem de onun sathî (yüzeysel) kalmasına sebep olabilir. Çünkü, avukatın yargı kararları yanında, aynı zamanda yeni meslek kitaplarını ve doktrindeki gelişmeleri takip etmek mecburiyeti de bulunmaktadır. Diğer taraftan, ülkemizdeki mahkemelerin kararlarının tamamı yayınlanmamaktadır. Hatta, yayınlanan kararların tamamını takip etmek bile, bir avukat için son derece güçtür. Bu konuda bilgisayardan yararlanmak, avukatın işini epeyce kolaylaştırmış olsa bile⁷¹, mahkeme kararlarının okunup değerlendirilmesi, yine avukata kalmaktadır. Bu durumda, orta bir yol olan şu sonuca varmak gerekir. Avukat, sadece üst mahkemelerin kararlarını sürekli ve zaman geçirmeden takip etmeli, kararlardaki değişiklikleri vakit geçirmeden zamanında öğrenmeli ve bunlara savunmalarında yervermelidir.

Günümüzde gelinen sosyal işbölümü karşısında avukatların da uzmanlık alanlarını belirlemeleri ve ona göre dava üstlenip yürütmeleri tavsiye edilmektedir. Gerçekten de günümüzde, bütün hukukî mes'eleleri ve bunların çözümünü bilmek mümkün değildir. Bu sebeple, malî piyasalar, mühendislik, tıp ve benzeri alanlarda olduğu gibi, avukatların da kendilerine bir alan seçip burada uzmanlaşarak hizmet vermeleri en sağlıklı yoldur⁷².

Avukatın özen borcunun kapsamında müvekkilini aydınlatma yükümlülüğü de yer almaktadır. Gerçekten de avukat, üstlendiği dava ile ilgili olarak müvekkilinin menfaatini mümkün olduğu kadar, en emin ve en risksiz hukukî yoldan⁷³ gerçekleştirmeye çalışmalıdır⁷⁴. Özellikle, davanın zamanında açılmamak suretiyle zamanaşımına uğratılması⁷⁵, gereksiz yere dilekçe vererek müvekkilinin fazla veya cezalı vergi ödemesine sebep olunması, bir tek dilekçe ile dava açmak mümkün olan olayda, ayrı ayrı otuzbir adet dava açılması,

⁷⁰ NJW 1958, sh. 825.

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnancı, Haluk; 2000'li Yıllara Girerken Avukatlık Mesleği ve Geleceği, İBD. 2000, S. 1, sh. 91 vd.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur, Ahmet; Günümüz Avukatlarının Niteliği Nasıl Olmalıdır, İBD 2000, sh. 811 vd.; Güner, Semih; Avukatlık Meslek Etiği, ABD 2002, S. 2, sh. 19 vd.

⁷³ Avukatın, üstlendiği davanın risklerini açık bir şekilde müvekkiline açıklaması da gerekir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. BGH NJW 2003, H. 5, sh. 350.

⁷⁴ Graf, sh. 53.

⁷⁵ 13. HD. T. 22.9.1992, E. 6154, K. 6883: (Uygur, sh. 8563-8564).

dava dilekçesinde karşı tarafın açık olmayan veya tereddüde meydan verecek şekilde belirtmesi⁷⁶, temyiz süresinin kaçırılması veya müvekkilinin bu konuda herhangi bir talimatı olmaksızın temyiz yoluna başvurulmaması⁷⁷, iş kazasından doğan zararın Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ödenen tazminatla karşılanması mümkün iken, bu durum araştırılmadan önce maddî tazminat, daha sonra da manevî tazminat davasının açılması, duruşma gününün kaçırılması gibi davranışlar, vekilin (avukatın) özen borcuna aykırı davranışlardır. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir⁷⁸.

Daha önce de ifade edildiği gibi, avukatın özen borcuna aykırı hareket etmemesi için, mevzuatın yanında, aynı zamanda meslekî içtihat dergilerinde çıkan yargı kararlarını da bilmesi gerekmektedir⁷⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında aynı sonucu kabul etmiştir⁸⁰.

Sonuç olarak avukat, kanunları bilmeli, üst mahkemelerin yayınlanmış kararlarını, mesleği ile veya üstlendiği dava ile ilgili yayınları sürekli takip etmelidir. Bunların yanında, ondan, takip ettiği dava için özenli bir çalışma da beklenir. Bu çalışmadaki özen, gerçekçi ve objektif bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Bunun için avukat, mesleğinde uzmanlaşmalı, enerjisini özellikle takip etmek istediği alanlara hasretmelidir. Davanın yürütülmesindeki taktik hataları, dosya içeriğinin iyi bilinmemesinden veya dosyadaki hususlara dikkat etmemekten kaynaklandığı takdirde, avukatın sorumluluğu sözkonusu olur⁸¹. Ayrıca, avukatın müvekkili ile, ağır kusuru halinde sorumlu olmayacağı konusunda yapacağı anlaşma özen borcuna aykırı olup, bătıldır. Bu sebeple bir protokolde yer alan "*Avukat ... istediği zaman davadan çekilebilir. Duruşmalara girmeyebilir. Hükmü temyiz etmeyebilir. Temyiz sonucu verilen karar üzerine Tashihi Karar yoluna gitmeyebilir. Cezaevine ziyarete gitmeyebilir. Dava duruşmasında istediği şekilde beyanda bulunabilir ve gösterilen bir delilden vazgeçebilir...*" ifadeleri geçersizdir.

Uygulamada, borçlunun kasd veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağı şeklinde sorumsuzluk anlaşmaları genellikle yapılmamakta; bunun yerine,

⁷⁶ BGE 38 II 148 Karar için bkz. Arık, sh. 571.

⁷⁷ 4. HD. T. 9.10.1973 E. 9028, K. 8680 (Uygur, sh. 8564-8565).

⁷⁸ 3. HD., T. 22.9.1992, E. 6154, K. 6883 (Uygur, 8563-8564).

⁷⁹ Bkz. Arık, sh. 573; Şenocak, Zarife; Avukatın Akdî Sorumluluğunun Şartları, ABD. 1998, S. 2, sh. 22.

⁸⁰ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

⁸¹ Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, sh. 412-413; Sungurtekin, sh. 243.

sözleşmede, borçlunun hiçbir kusurundan/her türlü kusurundan sorumlu olmayacağı şeklindeki kayıtlara yer verilmektedir. Böyle bir hâlde, sözleşme esas itibariyle geçerli olup, sözkonusu kayıt, ancak vekilin hafif kusurundan sorumluluğunun kaldırılması bakımından geçerlidir; kasd veya ağır kusurundan sorumluluğunun bertaraf edilmesini kapsamaz. Aynı netice, genel işlem şartları ile sorumluluk sınırlamaları hakkında da geçerlidir. Aksinin kabûlü, yine BK. m. 99/I hükmünün kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilmesi anlamına gelir. Aynı şekilde kasd veya ağır ihmalden doğan tazmin sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar da, BK. m. 99/I hükmüne aykırı olup, bâttir. Çünkü, hernekadar sorumluluk ile ilgili kuralların bir kısmı düzenleyici nitelikte ise de, BK. m. 99/I’de emredici bir hüküm yer almaktadır⁸². Vekilin sorumluluğunun sınırlandırılmasında veya kaldırılmasında, bu hükmün dikkate alınması gerekir. Bu sebeple, vekâletin meslek olarak icra edildiği hâllerde, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ağır kusurundan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar bâttir⁸³.

Sorumsuzluk anlaşmaları, BK.. m. 99/II’de yeralan imtiyazlı bir san’atta veya meslekte yapılmakta ise, hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir⁸⁴.

Kanaatimizce, borçlunun kendisinin ve organlarının hafif kusurundan, yardımcılarının ise her çeşit kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin şartların geçerliliğini tanıyan BK. m. 99/II ve m. 100/II’nin, vekâlet sözleşmelerinde özellikle bir meslekî faaliyeti gerektiren ücretli vekâlet sözleşmelerinde uygulanmasının yerinde olmayacağı yolundaki görüşe katılmak gerekir. Böyle bir netice, özellikle vekâletin tekel niteliğinde icra edildiği meslekler bakımından geçerlidir. Meselâ avukatlık mesleği bunlardan birisidir. Üstelik AK. m. 35/A ile getirilen tarafları uzlaştırma yetkisi, avukata bir tekel olarak tanınmıştır.

Vekâletteki güven unsuru ve vekilin kimliği büyük önem taşımaktadır. Bir izin veya ruhsata dayanarak, mesleğini icra edenlerin BK. m. 99/II ve 100/III hükmünden yararlanmamasının gerekçesi olarak, bunların topluma karşı elde ettikleri “*özel bir güven durumu*” gösterilmektedir⁸⁵. Çünkü, bu

⁸² Geniş bilgi için bkz. Başpınar, sh. 128.

⁸³ İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konudaki kararları için bkz. BGE 83 II 529, 74 II 86; 70 II 211, 109 II 119, 110 II 287, 112 II 455.

⁸⁴ HGK. T. 15.6.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398 (KBİBB., 818/m. 99/2).

⁸⁵ Erten, Ali; Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, sh. 244; Akman, Sermet Galip; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, sh. 65.

tür mesleklerle uğraşanlara karşı toplumda güven duyulması, sözkonusu kimselerin almış ve sahip oldukları iznin veya ruhsatın bir neticesidir. Meselâ, toplumda, bir avukatın, mahkeme huzuruna gerekli bilgilerle çıkacağı ve kendisine güvenerek vekâletini vermiş olan müvekkilinin menfaatlerini gerekli şekilde koruyacağı inancı yaygındır. Böyle bir halde, müvekkilin avukatı tercih etmesinin sebebi; diğerlerine göre sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği konusundaki yüksek teminattır. Bu sebeple, toplumda diplomaya, izne veya ruhsata, sözkonusu güveni ortaya koyan belge gözüyle bakılmaktadır. Zira, belirli faaliyetlerin icrası için ruhsat veya izin alınması mecburiyeti, kamu güvenliği veya düzeni için tehlikeli durumları önleyici amil niteliği taşımaktadır. Netice olarak, toplumda kanunî hükümlere aykırı bir durumun olmadığına ilişkin bir hava ve güven meydana gelmektedir. Bu türden bir mesleği icra edenlerden avukat, sözkonusu belge ile, müvekkillerine karşı, güvenilirlikleri konusunda, bir çeşit hüviyeti dolayısıyla üstünlük elde etmiş olmaktadır⁸⁶.

Avukat, takdir ve yoruma bağlı sorunlardaki savunulabilir hukuki görüş tarzından, davanın yürütülmesindeki taktik ve psikolojik yanılgılarından, ayrıca dosyayı iyi bilmemek ve dosyadaki hususları göz önüne almamak gibi bir kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalıdır⁸⁷

Yukarıda özetle açıklanan gerekçelerle, İsviçre-Türk hukukunda avukat, noter, hekim gibi, özel bir resmî belgeye dayanarak mesleğini icra eden kişilerin de hafif kusurlarından sorumlu olduğunu kabûl etmek gerekir⁸⁸. Böyle bir hâlde vekilin BK. m. 20/II hükmüne dayanarak, sözleşmenin tam butlanını ileri sürmesi mümkün değildir. Bunun sebebi, bir taraftan dürüstlük kuralı iken, diğer taraftan müvekkilin korunması fikridir⁸⁹. Aksi hâlde, kasd veya ağır kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar sebebiyle borçlu, BK. m. 20/II hükmüne dayanarak, sözleşmenin tam butlanını ileri sürebilir. Böyle bir sonuç ise, her şeyden önce dürüstlük kuralına (TMK. m. 2) aykırı olur. Diğer taraftan, sorumsuzluk kayıtları yasakları, alacaklıyı korumak ve böylece sözleşmenin sorumsuzluk anlaşması dışında kalan kısımlarının muhafaza edilip, ayakta kalmasını sağlamak için kabûl edilmiştir. Aksine bir tutum, borçlunun sorumluluktan tamamen kurtulması demektir. Bu ise, alacaklının

⁸⁶ Başpınar, sh. 272.

⁸⁷ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

⁸⁸ Başpınar, sh. 273; BGE 71 II 239, 91 I 233.

⁸⁹ Bkz. Tekinay, S.S/Akman, G. S./Burcuoğlu, H./Altop, A.; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 885-886.

korunması maksadına hizmet etmekten uzak, borçluyu dolaylı olarak koruyan bir sonuçtur⁹⁰.

VI. Avukatın Özen Borcuna Aykırılığın Müeyyidesi

Avukatın özen borcuna aykırı davranmasının müeyyidesi, aynen ifa, tazminat, sözleşmeden dönme veya vekâletin geri alınması (vekâletten azil) söz konusu olabilir⁹¹.

Avukatın özen borcu, aslî edime bağlı bir yan yüküm olduğu için, bu borcun ihlâli, tek başına dava edilemez. Gerçekten de, özen borcuna aykırı davranan hekime karşı, özensizliğe dayanarak değil, ancak aslî edim yükümüm, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle dava açılabilir.

Vekil, üstlendiği edimi kasden veya ağır ihmal ile imkânsız hâl'e getirdiği takdirde, önceden yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz⁹². Böyle bir hâlde, vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğu devam eder.

İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun kendisinin veya yardımcılarının sorumluluklarını hafifleten şartların, ancak, bu konudaki emredici hükümlere veya sözleşmenin muhtevasına aykırılık teşkil etmedikleri nisbette geçerli olabileceklerini kabûl etmektedir. Bu sebeple, vekâletin meslek olarak icra edildiği hâllerde, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ağır kusurundan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar bâttir⁹³.

Avukatın özen borcuna aykırı davranışının müeyyidesi aynen ifa olamaz. Çünkü - meselâ- davası gereği gibi takip edilmeyerek özen borcuna aykırı davranılmış olan müvekkilin, mevcut davasının bundan sonra daha iyi takip edileceği veya yeni davasının daha ciddî takip edileceği iddiası yerinde değildir. Çünkü güven unsuru kaybolduktan sonra, vekile zorla ifa ettirilen bir edimde, özen borcuna ne kadar riayet edileceği ve bu ifanın müvekkilin menfaatine uygun olup olmadığı ve onu tatmin edip etmeyeceği, her zaman

⁹⁰ Akman, sh. 109 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 885-886; Başpınar, sh. 273.

⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 245 vd; Akıncı, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, sh. 54 vd; Güner, sh. 477 vd; Sarı, Suat; Vekâlet Sözleşmesinin Tek taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, sh. 65 vd. Şenocak, sh. 5 vd.

⁹² BGE 102 II 256: "Ağır kusur hâlinde sorumluluk ne sınırlandırılabilir ne de kaldırılabilir. Sözleşmede böyle bir kayıt öngörülüşse, bu kayıt bâttir..."

⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki kararları için bkz. BGE 83 II 529, 74 II 86; 70 II 211, 109 II 119, 110 II 287, 112 II 455.

bir mes'ele olarak ortada durmaktadır. Bu sebeple, vekâlet sözleşmesinin temeli olan güven unsurunun sarsılmasına sebep olan avukattan gecikmiş de olsa, edimini ifa etmesini beklemek mümkün olmamalıdır. Çünkü avukat bu davranışı ile müvekkilinin güveninin kaybolmasına sebep olan bir tavır içerisine girmiştir. Bu takdirde, avukatın ifa borcu, tazmin borcuna dönüşür. Bunun sonucu olarak, avukat vekâlet (avukatlık) sözleşmesi gereğince taahhüt ettiği edimini ifa etmemiş veya gereği gibi ifa etmemiş⁹⁴ olmak durumu ile karşı karşıya kalır⁹⁵. Çünkü özen borcunun ihlâli, esas sözleşmenin ihlâli kabul edilmektedir. Yargıtay da, mesleğini belirli bir diploma ve ruhsat ile icra eden vekilin, özen borcunu ihlâli hâlinde, müvekkilin onunla sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceğini, böyle bir hâlde sözleşmenin haklı sebepten dolayı feshinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁶.

Avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde vekâletten azli mümkündür. Özellikle avukatın özen borcuna aykırı davranışı ağır kusur teşkil ettiği hallerde, azil haklı hale gelir. Böyle bir halde avukatın ücret talebi de mümkün değildir. Yukarıdaki kararlarda da belirtildiği gibi Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir.

VII. Avukatın Sorumluluğunda İsbat Külfeti ve Zamaşımı

A. Avukatın Sorumluluğunda İsbat Külfeti

Vekâlet sözleşmesinde vekilin aslî borcunu, özen borcuna aykırı davrandığı için ihlâl ettiğini, yani yerine getirmediğini ispat külfeti müvekkil'e aiddir. Yargıtay da aynı görüştedir⁹⁷. Müvekkil, özen borcunun yerine getirilmemesinden dolayı hedeflenen neticenin ortaya çıkmadığını ispat edecek; vekil de, borcun yerine getirilmemesinde bir kusuru olmadığını isbatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁹⁸.

Daha önce de ifade edildiği özen borcuna aykırılık, tek başına dava edilebilen bir borç olmadığından, müvekkil, zarara uğradığında vekilin, özen borcuna aykırı davranması sebebiyle tazmin talebinde bulunmak zorundadır. Müvekkil zarara uğramamışsa, vekil özen borcuna aykırı hareket etmiş olsa

⁹⁴ 13. HD. T. 7.2.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728: "... gerekli özeni göstermeyen vekil, BK. m. 394/1 hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır..." (KBİBB., 818/m. 394).

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fellmann, Art. 398, Nr. 328 vd; BGE 129 II 359, BGE 4C.345/203;

⁹⁶ 3. HD. T. 4.6.1998, E. 1857, K. 6257 (YKD 1998, S. 8, sh. 1142-1145).

⁹⁷ HGK. T. 19.12.1970, E. 1969/4-1575, K. 1970/686 (KBİB 818/m. 388).

⁹⁸ İsbat külfeti ile ilgili etraflı bilgi için bkz. Gümüş sh. 374 vd.

bile, tazmin ile mükellef tutulamaz. Yargıtay da aynı görüştedir. Yüksek Mahkeme, bir kararında, müvekkilin tazmin talebinden vekilin sorumlu tutulabilmesi için, özen borcuna aykırı davranıştan bir zararın doğmasının gerektiği neticesine varmıştır. Karara göre, vekilin mücerred müvekkili aleyhine verilen hükmün temyiz süresini geçirmiş olması, tazminat sorumluluğuna yolaçmaz. Süre geçirilmemiş olsa idi, hükmün müvekkil lehine bozulacağı netice ve kanaatine varıldığı takdirde, vekil sözleşmeye dayanan (akdî) tazminattan sorumlu tutulabilir⁹⁹. Yüksek Mahkeme, başka bir kararında, vekilin pul parası eksikliğini gidermemesi sebebiyle, dosyanın işlemde kaldırılmasının, vekâlet sözleşmesine aykırılık teşkil etse bile, bunun doğrudan bir zarara sebep olup olmadığının araştırılmasını gerekli görmektedir. Karara göre, böyle bir konuda tazminatın sözkonusu olabilmesi için, davanın avukat tarafından özenle takip edilmesi hâlinde kazanılacağı mümkün olduğunun isbat edilmesi gerekir¹⁰⁰. Ancak, müvekkilin isbat yükü konusunda fazla katı davranılmamalıdır. Çünkü genellikle müvekkilin hukuk bilgisi avukata göre çok azdır. Bu sebeple, müvekkilin somut olay bakımından normal hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını ortaya koyduğu hâllerde, avukatın özen borcuna aykırı davrandığını ispat etmiş kabul edilmelidir.

Yargıtay'a göre, müvekkil, özen borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle hedeflenen neticeye ulaşamadığını isbat ile mükelleftir¹⁰¹. Avukat, özen borcunun yerine getirilmemesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ispat yükü altındadır. Bununla birlikte vekâletin ücretsiz olarak üstlenildiği ve sorumluluğun ancak hakkaniyete dayanan bir sorumluluk olacağı da dikkate alınarak, olayda BK. m. 98/II ve 43'ün uygulanması gerekir.

B. Avukatın Sorumluluğunda Zamanaşımı

BK. m. 126/IV hükmüne göre, vekâlet sözleşmesinden doğan davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir. Gerçekten de, Türk hukukunda, BK. m. 126/IV'de 6763 sayılı Kanunun 41. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Buna göre, vekâlet sözleşmesinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Çünkü, sözkonusu düzenlemede "...vekâlet akdinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir" hükmü yer almaktadır. Yargıtay da kararlarında aynı neticeyi kabûl etmiştir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme kararlarında,

⁹⁹ 4. HD. 22.2.1974, E. 1973/3098, K. 1974/865 (Müderrişoğlu, sh. 303-307).

¹⁰⁰ Bkz. 13. HD. T. 9.5.1999, E. 3956, K. 4329 (KBİB 818/m. 386, 1136/m. 163).

¹⁰¹ 13. HD. 5.2.1991, E. 1990/7902, K. 1991/1070 (Özkaya, sh. 434-436).

aynen “avukatlık ücreti alacağı 5 yıllık zamanaşımına bağlıdır”¹⁰², “vekillik sözleşmesinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır”¹⁰³, “vekâlet sözleşmesinden doğan bütün davalar temerrüt tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımına bağlıdır”¹⁰⁴ ifadesine yer verilerek aynı husus açıkça vurgulanmıştır.

4667 sayılı Kanun’un 27. maddesi ile AK. m. 40’da yapılan değişiklik ile, “iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat talepleri bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhâlde zararı doğuran olaydan itibaren 5 yıl geçmekle düşer” hükmü getirilmiştir. Bu süreler geçtikten sonra müvekkilin avukata karşı bir tazmin talebi sözkonusu olmayacaktır¹⁰⁵.

Avukatlık Kanunu’nda açıkça, avukatın sözleşmeye dayalı tazmin sorumluluğu bakımından zamanaşımı düzenlenmiştir. Bu sebeple, avukatın sözleşme dışı sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu, genel hükümlere tâbidir. Yine, avukatın ücret talebi 5 yıllık zamanaşımına tâbidir. Çünkü, AK. m. 40’da bu husus yer almamaktadır¹⁰⁶.

BK. m. 128’e göre zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁰⁷. Buna karşılık, alacağın muaccel olması için ihbarın yapılmasının gerektiği hâllerde zamanaşımı, ihbarın yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar (BK. m. 128/II). Görüldüğü gibi, Kanunkoyucu, burada haberin verildiği tarihi değil de, verilebileceği tarihi zamanaşımına başlangıç kabûl etmiştir. Bu sebeple, zamanaşımının başlayabilmesi için, fiilen ihbarın yapılması şart olmayıp, ihbar yapılabilecek zamanın tespiti yeterlidir¹⁰⁸.

Doktrinde hakim görüş, vekilin, haksız fiilden sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbi olup, burada bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin sözkonusu olduğunu kabûl etmektedir¹⁰⁹.

¹⁰² 4. HD. T. 15.01.1971, E. 1970/11331, K. 384 (Müderrişoğlu, sh. 552-553).

¹⁰³ 13. HD. T. 4.10.1984, E. 4314, K. 5939 (Özkaya, sh. 191-192).

¹⁰⁴ 4. HD. T. 14.6.1971, E. 4048, K. 5864 (Özkaya, sh. 243-244).

¹⁰⁵ Günergök, sh. 186.

¹⁰⁶ Güner, sh. 327; Akıncı, sh. 72.

¹⁰⁷ 13. HD. T. 23.6.1986, E. 2600, K. 3657 (KBİBB., 818/m. 126).

¹⁰⁸ 13. HD. T. 21.12.2001, E. 9800, K. 11883 (KBİBB., 818/m. 126/4).

¹⁰⁹ Günergök, sh. 187; Güner, sh. 572.

Gerek HUMK. m. 68 ve gerek AK. m. 41 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Kanunkoyucu'nun, vekilin vekâleti geri alma yoluyla sona erdirmesi konusunda, vekâlete ilişkin genel hükümlerden ayrıldığı görülür. Buna göre, geri alma yoluyla vekâleti sona erdiren vekilin sorumluluğu, bu durumun müvekkile tebliği veya müvekkilin, hasmına karşı dava tutanağına yazdırmaktan veya tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam edeceğini kabûl etmiştir. Buradaki tebliğ şartı, doktrinde geçerlik şartı olarak kabûl edilmektedir¹¹⁰. Şüphesiz, böyle bir düzenlemenin maksadı, BK. m. 390/II'de yeralan uygun olmayan zamanda geri almanın mahzurlarını ortadan kaldırmaktır¹¹¹. Avukatın sözkonusu süre içerisindeki görevi, duruşma dışında kalan iş ve işlemleri kapsar. Böyle bir görüşe, Meslek Kuralları m. 38'den hareket edilerek de varılabilir. Gerçekten de, sözkonusu maddede, "*Avukat... çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmağa dikkat edecektir*" hükmü yer almaktadır¹¹². Kanunkoyucu'nun bu konudaki tutumunun temelinde, dürüstlük kurallarına aykırı davranışlara karşı müvekkilin haklarının korunması, özellikle sürelerin korunmasının teminat altına alınması yatmaktadır. Bu sebeple, sözkonusu sürenin kabûl edilmesinde, sadece avukatın sorumluluğunun geri almadan sonra ne kadar devam edeceğini belirlemeden öte bir mânâ taşıdığına şüphe yoktur¹¹³.

SONUÇ

Özen borcunu ihlâl eden avukat, BK. m. 98'e göre, kendisine düşen bu borcu gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Böyle bir hâlde Kanun'da borçlu (avukat) aleyhine bazı sonuçlar öngörülmüştür. Yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü gibi avukatın özen borcu objektif, hatta bir görüşe göre ağırlaştırılmış objektif özen borcudur. Bu sebeple avukat, ancak illiyet bağıını kesen sebeplerin somut olayda mevcut olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Müvekkil tarafından avukatın özen borcuna aykırı davrandığı isbat edildiği takdirde, kendisi isbat yükünden kurtulur. Böyle bir halde avukat özen borcuna aykırı davranmadığını isbat etmek mecburiyetindedir.

¹¹⁰ Özkaya, sh. 664; Akıncı, sh. 84.

¹¹¹ Müderrisoğlu, sh. 138; Güner, sh. 330,

¹¹² Etraflı bilgi için bkz. Güner, Mevzuat, sh. 473 vd.

¹¹³ Yargıtay da aynı görüştedir. Bu konuda bkz. 13. HD. T. 29.4.1993, E. 3419, K. 3651 (YKD. 1994, S. 2, sh. 237 vd.).