

AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMESİNDE ÜCRETİN BELİRLENMESİ HAKKINDA YARGITAY KARARLARINA BİR BAKIŞ

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU(*)

Bu çalışmada üzerinde duracağım konular, Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Şu kadar ki, tarifedeki asgari miktar altında kalan avukatlık ücreti karşılığında iş ve dava kabulü yasak olup, aksine hareket disiplin cezasını gerektirir*" ve aynı kanunun 164. maddesinin ilk üç fıkrasındaki "*Ücret sözleşmesinin kural olarak belli bir miktarı kapsamaması gereklidir.*"; "*Şu kadar ki, üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.*"; "*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 sözleşmeleri batıldır.*" hükümleridir. Bu hükümlerin, Yargıtay'ın yerleşik denilebilecek içtihadında, hatalı bir biçimde ve sürekli olarak avukat aleyhine yorumlandığı gözlenmektedir.

1 - Avukatlık Yasası'nın 163. maddesinin 3. fıkrası ile ilgili

İçtihadlara genel bir bakış :

a) Yargıtay, bir yandan, dava kazanıldığı takdirde belli bir ücret alınacağını içeren, ancak, davanın kaybedilme ihtimali için herhangi bir kayıt içermeyen sözleşmeleri, öte yandan, dava kazanıldığı takdirde belli bir ücretin alınacağını, ancak, kaybedilme halinde ücret alınmayacağı kaydını içeren sözleşmeleri, tümüyle geçersiz saymaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'a göre, avukatlık ücret sözleşmesinde, dava kaybedildiği takdirde hiç bir ücret alınmayacaktır şeklinde bir açıklamanın yer alması ile sözleşmede, yalnızca, dava kazanıldığı takdirde belli miktarda ücret alınacaktır açıklamasının yer alması tamamen aynı şeylerdir; zira, yalnızca davanın kazanılması halinde belli bir ücretin alınacağını öngörülmesi, Yargı-

(*) İ.Ü.Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

tay'a göre, davanın kaybedildiği zaman hiç bir ücret alınmayacağıнын beyan edilmiş olması ile eş anlamlıdır. İşte bir kaç örnek :

- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.09.1993 t. ve E. 1983/4618. K. 1983/6154 sayılı kararı :**

"... Taraflar arasında düzenlenen avukatlık ücret sözleşmesinde "Mahkemece hükmedilecek maddi ve manevi tazminatın % 15'inin avukata ait olacağı" yazılıdır...Davada dayanılan sözleşmede avukata verilecek ücret başarıya göre belirlenmemiş, sadece mahkemece hükmedilecek tazminatın % 15'inin avukata verilmesi kararlaştırılmıştır. Böylece ücret, davanın kazanılması haline inhisar ettirilmiş, dava kaybedilir ve bir tazminata hükmedilmezse, belli bir ücret ödenmesi söz konusu edilmemiştir. O halde burada davanın olumsuz sonuçlanması hali için bir ücret ödenmeyeceğinin kararlaştırıldığıнын kabulü gerekir. Böyle bir ücret sözleşmesi ise Avukatlık Kanununun ... 163. maddesinin 3. bendine aykırıdır..." (YKD 1984, Sayı 4, s. 604-607).

- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 27.10.1987 t. ve E. 4620, K. 5186 sayılı kararı (Y.HGK.'nun 26.10.1988 t. ve E. 13/547, K. 851 sayılı kararı ile benimsenmiştir) :**

"Taraflar arasındaki 4.8. 1982 tarihli ücret sözleşmesinin 2. maddesinde; evin ve zeytinliklerin satış bedeli üzerinden % 7 nispetinde ücreti vekalet ödeneceği taraflarca kararlaştırılmıştır...Sözleşmede, başarıya göre değişmek koşulu bulunmadığı gibi, davanın kaybedilmesi halinde davacı avukatın hiçbir ücret alamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Halbuki aynı yasanın 163/3. maddesinde açıkça belirtildiği üzere asgari ücret tarifesinin altında kalan ücretle dava kabulü yasak olup, aksine hareket disiplin cezasını gerektirir..." (Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi 1989/2, s. 70 - 71; Kuru, 5. Baskı Cilt 4, s. 4308)

- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.09.1988 t. ve E. 2391, K. 4067 sayılı kararı :**

"... Davada dayanılan ücret sözleşmesinde, onuncu maddede mahkemece takdir edilen ecrimisil tutarının % 20'si nispetindeki paranın avukata ücret olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır...Avukata, mahkemece hükmedilecek ecrimisilin % 20'sinin ücret olarak verilmesinin kararlaştırılmasında, davanın kaybedilmesi halinde verilecek ücret miktarı belirlenmemiştir. Bu nedenle ücret sözleşmesi yasanın emredici hükmüne aykırıdır ve geçersizdir..." (İBD 1989, Sayı 1-3, s. 112-114).

b) Davanın kaybedilmesi halinde ücret alınmayacağı kaydı olmasa bile, ücret sözleşmesini, yalnızca kazanma ihtimali için ücreti içerdiği için geçersiz addeden bu görüş, doğal olarak, ücret sözleşmesinde, davanın kaybedilmesi halinde ücret alınmayacağına açıkça belirtilmiş olması halinde evle-viyetle, ücret sözleşmesini geçersiz sayacaktı. İşte bir örnek :

- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.11.1983 t. ve E. 1983/6279, K. 1983/7796 sayılı kararı :**

"Davada dayanılan ücret sözleşmesinde tashihi karar talebi Yargıtay'ca kabul edilmezse ücret ödenmeyeceği yazılıdır. Avukatın karar düzeltme talebi kabul edilirse ücrete hak kazanacağı, düzeltme talebi kabul edilmezse ücret almayacağı yolundaki avukatlık ücret sözleşmesi geçerli değildir. Çünkü avukatlık ücreti, deruhte edilen işin olumlu sonuçlanmasının ya da davayı kazanmanın değil, görülen hizmetin karşılığıdır. Avukatlık Kanununun 163. maddesini 3. bendi gereğince, avukatın tarifedeki asgari miktar altında kalan avukatlık ücreti karşılığında iş ve dava kabulü yasaktır. Bu nedenle olumlu sonuç alınmadığı takdirde ücret ödenmeyeceğinin yazılı olduğu sözleşme avukatlık kanununa aykırıdır ve geçersizdir..." (YKD 1984, Sayı 6, s. 911 - 912)

c) Yargıtay'ın bu yerleşik içtihadı şu gerekçe üzerine oturtulmuş bulunmaktadır: "...avukatın davayı kazanması durumunda belli bir ücret alacağı, yitirmesi durumunda ise hiç bir ücrete hak kazanmayacağı ya da avukatın ücret almasının davayı kazanma koşuluna bağlı olacağı yolundaki sözleşmeler geçerli değildir. Çünkü, *avukatlık hizmeti, adalete yardımcı olmak ereğini güden bir çeşit kamu hizmeti niteliği taşır. Avukatın davanın kazanılacağını yükümlenmesi ise, hizmetin yukarıda açıklanan niteliği ile asla bağdaşamaz...*" (Bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 07.05.1981 t. ve E. 1981/1265, K. 1981/3495 sayılı kararı için YKD 1982, Sayı 3, s. 376 - 377).

d) Yargıtay'ın bu yerleşik içtihadında dikkati çeken bir diğer husus da, ücretin davanın kazanılmasına bağlandığı bir sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda, avukatın davayı kazanmış olup olmadığına önem atfedilmemiş oluşudur.

2 - Yargıtay'ın Avukatlık Kanunu'nun 163/3. maddesine ilişkin yerleşik İçtihadının eleştirisi :

a) Yargıtay'ın benimsediğinin aksine, ücret sözleşmesinde, davanın kazanılması hali için bir meblağın öngörülmüş olması, davanın kaybedilmesi hali için herhangi bir kaydın yer almamış olması ile, ücretin ancak davanın kazanılması halinde alınacağı, kaybedilmesi halinde ise hiç bir ücret alınmayacağına öngörülmüş olmasını birbirinden ayırmanın gerekli ve yararlı olacağı inancındayım. Bir an için Yargıtay'ın kabul ettiği üzere, ücret

sözleşmesinde açıkça, dava kazanılırsa şu kadar ücrete hak kazanılır, ancak, kaybedilirse hiç bir ücret talep edilmeyecektir kaydının Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu kabul edilse dahi, aynı düşüncenin, davanın kaybedilmesi ihtimali için herhangi bir kayıt içermeyen ücret sözleşmeleri için geçerli olacağını söylemek son derece güç olacaktır. Gerçekten, Yargıtay'ın büyük önem atfettiği ve buyurucu kural mahiyeti tartışmasız olan Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası, bu son tip ücret sözleşmesinde doğrudan uygulama olanağı bulacak, yani, davanın kaybedilme ihtimali için sözleşmedeki eksikliği giderici rol oynayacaktır. Bu durumda, ücret sözleşmesinde, davanın kaybedilmesi ihtimali için, tarifedeki asgari miktar tutarında bir ücretin tarflarca örtülü olarak kabul edildiği sonucuna varılacaktır. Unutulmamalıdır ki, özellikle, sözleşme hukukunda kabul edilen çok geniş irade özgürlüğünün doğrudan sonucu olarak, Borçlar Yasamızda yer alan ve yedek hukuk kuralı mahiyetleri tartışmasız bulunan çok sayıda hüküm dahi, sözleşmede özel bir düzenleme yer almadığında uygulanabilmektedir. Sözleşmede bir hüküm yer almadığı takdirde, yedek hukuk kurallarını bile yardıma çağıran bir sistemin, aynı işlevi buyurucu hukuk kurallarından esirgemesi düşünülemez.

b) Ücret sözleşmesinde, davanın kazanılması halinde belli bir meblağa hak kazanılacağı, ancak, kaybedilmesi halinde hiç bir ücret ödenmeyeceğinin açıkça öngörülmüş olması durumunda bile, Yargıtay'ın, avukatın davayı kazanıp kazanmadığına bakmaksızın, ücret sözleşmesini geçersiz sayan içtihadının da yerinde olmadığı kanısındayım. Bu düşüncemi aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktayım :

ba) Öncelikle Avukatlık kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasının hangi amaçla yasaya konulduğunu belirlemek gerekir. Kanımca, bu hükmün ratio legis'i, diğer bazı meslek gruplarında da rastlandığı üzere, avukatlar arasında çok düşük ücret istenmesi nedeniyle doğabilecek olumsuz rekabet ortamının engellenmesi amacını taşımaktadır. Yasa koyucu, asgari ücret tarifesine göndermede bulunarak, avukatın en azından bu tarifedeki miktarda bir ücret almasını zorunlu görmüş böylece, bir parça da olsa, avukatlar arasındaki rekabete bir sınırlama getirmiştir. Buna bir de, olsa olsa, her dava için en azından asgari ücret alınmış sayılacağından, avukatların ödeyecekleri vergilerin hiç olmazsa bu matrah dikkate alınarak belirlenebilir olmasının sağlanması amacı eklenebilir. Ancak, hemen belirtmek gerekir, günümüz uygulamasında, vergi mevzuatı, zaten, avukatlar bakımından, yıllık asgari kazanç ölçütünü getirdiğinden, bu son neden önemini büyük ölçüde yitirmiş demektir. Bu verilerden hareketle, Yargıtay'ın yerleşik içtihadının, amacı, avukatları kendi meslek kuralları çerçevesinde himaye etmek olan Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasının (Nejat ADAY, Avukatlık Ücret Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Üzerine, İBD 1993, Sayı 1-3'ten ayrı bası, s. 15-16'da aynı görüş şöyle ifade edilmiştir : "**Kaldı ki, asgarî ücret tarifesi avukatın işi kabulü bakımından bir alt sınır getirmekte olup,**

avukatın bu sınırın altında iş kabulü baronun iznine bağlıdır; dolayısıyla, tarife hizmetten yararlananları değil hizmeti verenleri, yani avukatları korumaya yönelik bir düzenlemedir") amacından saptırılarak, avukatlar aleyhine kullanılması anlamında olduğu söylenebilir.

bb) Yargıtay'ın, dava kaybedildiğinde hiç bir ücret talep edilmeyeceğine dair bir kayıt içeren ücret sözleşmesinin geçersizliğini dayandırdığı en önemli gerekçe, yukarıda 1/c'de zikrolunun Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.05.1981 t. ve E. 1981/1265, K. 1981/3495 sayılı kararında açıklanan "Avukatın davanın kazanılmasını yükümlenmesi ise hizmetin (kamu hizmeti) niteliği ile asla bağdaşmaz" düşüncesidir. Yargıtay'a göre, yalnızca davayı kazandığı takdirde ücret isteyebilecek ve davanın kaybedilmesi ihtimalinde hiçbir talepte bulunamayacak olan avukat, kamu hizmeti yönü olan mesleğini gereği gibi yerine getiremeyecektir. Gerçekten, bir an için, böyle bir ücret sözleşmesi yapan avukatın, ücrete hak kazanabilmek amacıyla, davanın kazanılması için hukuka aykırı yollara başvurabileceği, bu tür ücret sözleşmelerinin geçersiz olarak nitelenmesi suretiyle, avukatın bu yollara başvurmasının engellenebileceği düşünülebilir. Ancak, olaya biraz daha dikkatlice eğildiğinde, bu düşüncenin kolaylıkla terkedilebileceği görülmektedir. İlk, unutulmamalıdır ki, bizzat Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2. fıkrası, avukatlık ücretinin belirlenmesindeki temel ilkenin başarıya göre değişen ücret olduğunu söylemektedir. Bu temel ilkeye göre, avukat davada ne kadar başarı sağlarsa, o kadar iyi ücret alacaktır. Nasıl, yalnızca davanın kazanılması halinde ücret almayı, kaybedilmesi halinde ise hiç bir ücret almamayı kabul eden avukatın davanın ille de kazanılması için hukuka aykırı yollara başvurması akla getirilebiliyorsa, davanın kaybedilmesi halinde dahi en azından asgari ücreti alacak olan, ancak, davadaki başarısı arttıkça, ücreti de artacak olan avukatın da davada maksimum başarıyı sağlamak için hukuka aykırı yollara başvurması da o kadar akla getirilebilir. İkinci olarak, avukatın, davayı kazanmak için hukuk dışı yollara başvurması halinde ona karşı uygulanacak yaptırımların, ücret sözleşmesinin geçerliliği ile de ilgileri yoktur. Bir diğer söyleyişle, Yargıtay'ca benimsenen ilkeler çerçevesinde geçerli bir ücret sözleşmesi akdetmiş bulunan avukat da, hukuk dışı yollara tevessül ettiğinde belli yaptırımlara maruz kalacaktır. Şu halde, davayı kazanamazsa ücret almayacağı ücret sözleşmesinde yazılı olan avukatın, hukuk dışı yollara başvurabileceği düşüncesi, böyle bir ücret sözleşmesinin geçersizliğine sağlam bir gerekçe oluşturmamaktadır.

bc) Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasındaki "aksine hareket disiplin cezasını gerektirir" ibaresinden yola çıkılarak da, Yargıtay'ın görüşüne sağlam bir dayanak temin edilemez kanısındayım. Özellikle Yargıtay'ca gözardı edilen, davanın somut olayda kazanılmış olması halinde, bu gerekçe önemini yitirmektedir. Zira, davanın kazanıldığı takdirde ücret alacak, ancak, kaybedilmesi halinde ücret almayacak şekilde bir sözleşme akleden avukat, davayı kazandığı takdirde, disiplin suçunun "asgari ücretin altın-

da bir ücret karşılığında iş veya dava takip etmiş olma" şeklinde tanımlanacak unsuru zaten gerçekleşmiş olmayacaktı. Bilindiği üzere, ceza ve disiplin hukukumuzda şekli suç olarak nitelendirilen suçlar istisnaidir. Bu tür suçlara örnek olarak 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'daki düzenleme gösterilebilir. Gerçekten, bu yasaya göre, keşide edilmiş bir çekin, her ne sebeple olursa olsun karşılıksız çıkması, birbaşına suçun oluşması için yeterlidir. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasında ise, böyle bir şekli suçun yer aldığını söylemek oldukça zordur. Burada, belirtmek isterim ki, bu konuda, özellikle İstanbul Barosu ve Barolar Birliği uygulamasına ilişkin olarak yaptığım araştırmada, davayı kazanan bir avukat hakkında, onun, ücret sözleşmesinde, davayı kaybederse ücret almayacağını kabul etmiş olması nedeniyle bir disiplin cezası verildiğine dair örnek bulunmadığını öğrendim.

bd) Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrasının, davanın kazanılmaması halinde, ücret alınmayacağı kaydını içeren sözleşmeyi mutlak surette olumsuz yönde etkileyeceği kabul edildiğinde bile, akla şu soru gelmektedir : Acaba, ücret sözleşmesi bütünüyle geçersiz mi addedilecektir, yoksa ücret sözleşmesinin, yalnızca, davanın kaybedilmesi halinde ücret alınmayacağına dair kaydı mı hükümsüz sayılacaktır? Borçlar Kanunu'nun 20. maddesini 2. fıkrası "*Akdi muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdi yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle bâtil addolunur*" hükmünü içermektedir. Şimdi düşünelim, davanın kaybedilmesi halinde hiç bir ücret talep edilmeyeceğinin yazılı bulunduğu bir ücret sözleşmesi var iken, avukat davayı kazandığı takdirde, bu ihtimal için ücret sözleşmesinde öngörülen ücreti alması mı? Davanın kazanılması halinde, müvekkilin, kaybedilme ihtimalinde ücret alınmayacağına dair kayıt olmasaydı, bu ücret sözleşmesini akdetmeyecek olduğu söylenebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilebileceğini sanmıyorum. Gerçekten, müvekkil için asıl önemli olan davanın kazanılmasıdır. Dava kazanıldıktan sonra, müvekkilin çıkıp da "ben davanın kaybedilmesi ihtimalinde ücret ödememe kaydı olmasaydı, bu ücret sözleşmesini imzalamazdım" iddiasının kabulü mümkün olmamalıdır (ADAY'ın, aynı doğrultudaki görüşü için bkz. age, s. 20-21). Avukatlık Kanunu'nun buyurucu hükümlerine aykırılık halinde, ücret sözleşmesinin mutlaka geçersiz addedilmeyeceği, onu geçerti tutacak yoruma öncelik verileceğine dair örneklerle de rastlanmaktadır. Nitekim TANDOĞAN (Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 372), sözleşmede belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2. fıkrasındaki % 25 tavanını aşması halinde, bu ücretin % 25'e indirilebileceğini şöyle ifade etmektedir : "**Nisbi olarak kararlaştırılan avukatlık ücretinin dava olunan veya hükmolunacak değer % 25'ini aşmaması gerekir; aşma halinde, kanımızca, TK. md. 1466'da yer alan ilke kıyas yoluyla uygulanarak, tesbit edilen oran % 25'e indirilmelidir**".

be) Nihayet, Yargıtay'ca benimsenen görüş doğrultusunda, davanın kaybedilmesi ihtimalinde hiç bir ücret alınmayacağına dair bir kayıt içeren ücret sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilse dahi, müvekkilin, davayı yürütüp sonuçlandıran avukata karşı hiç bir itirazda bulunmamış olmasına rağmen, davadan olumlu sonuç elde edilmesinden sonra, ücret sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesinin Medeni Kanun'un 2. maddesi karşısında kabul edilemeyeceği kanısındayım (ADAY'ın, aynı doğrultudaki görüşü için bkz. age, s. 20) Belki, Avukatlık Kanunu'nun buyurucu hükümleri kamu düzenindedir, bu yüzden bu hükümlere aykırılık söz konusu olduğundan, geçersizlik savı Medeni Yasa'nın 2. maddesi engeli ile karşılaşılmadan her zaman ileri sürülebilir gibi bir düşünce akla gelebilir. Ancak, Medeni Yasa'nın 2. maddesi hükmünün kamu düzenine giren hallerde dahi uygulandığı gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, geçerlilik bakımından bazı sözleşmelerin tabi oldukları şekil şartına uyulmamış olması halinde, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin Medeni Kanun'un 2. maddesi aracılığı ile engellenileceği kabul edilmektedir (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 104). Bazı sözleşmelerin geçerlilik bakımından şekle tabi tutulmalarında da kamu düzeni düşüncesinin egemen olduğu unutulmamalıdır.

bf) Bu açıklamalar ışığında, davanın kazanılması halinde ücrete hak kazanılacağı, kaybedilmesi halinde ise, ücretin söz konusu olmayacağı kayıtlarını içeren ücret sözleşmelerinin şöyle yorumlanması gerektiği kanısındayım: Dava kazanıldığı takdirde, avukat ücret sözleşmesinde öngörülmüş olan ücrete hak kazanmalı, davanın kaybedilmesi halinde ise, bu ücret sözleşmesi hüküm ifade etmemelidir. Bir diğer söyleyişle, bu son ihtimalde, avukat artık ücret sözleşmesine dayanarak bir talepte bulunmayacak, Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası hükmü uygulanacak ve asgari ücret tarifesindeki ücret avukata ödenecektir. Bu ödemenin dayanağı artık ücret sözleşmesi değil, bizzat yasa kuralı olmaktadır.

3 - Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin hükümleri ve özellikle dava sonucuna iştirak yasağı :

a) Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi, avukatın dava sonucuna iştirakini yasaklayan düşünceyi sınırlamaktadır. Gerçekten, avukat, bu maddenin 2. fıkrasına göre, davanın konusunun değerinin % 25'i aşmamak koşulu ile belli bir yüzdesinin ücret olarak kararlaştırılabileceğini açıkça öngörmektedir. Bu hüküm öğretide şöyle yorumlanmaktadır : "*Avukatlık ücret sözleşmesinin kural olarak belli bir miktarı kapsamaması gereklidir (Avukatlık K. md. 164 f. 1); bu miktar belli bir sayı olarak (örneğin 10.000 lira) gösterilebileceği gibi, davada gösterilen başarıya göre değişmek üzere dava olunan veya hükümlenilecek şeyin değerinin belli bir yüzdesi (örneğin % 20'si) olarak da kararlaştırılabilir (md. 164, f. II). 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 K. açıkça böyle bir olanağı tanıdığı için, hüküm altına alınacak para üzerinden nisbi ücreti kapsayan sözleşmelerin geçerli olmayacağı hakkında eski Avukatlık K. zamanında verilmiş olan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, artık yürürlükten kalkmıştır" (Bkz. TANDOĞAN, age, s. 370; Bkz. ayrıca, KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, Beşinci Baskı, Ankara 1991, s. 3705 vd.).

b) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 06.12.1976 t. ve E. 1604, K. 10590 sayılı kararında da aynı görüş şöyle ifade olunmuştur : "1136 sayılı Yasanın 164. maddesinin 3. fıkrası avukatın daha önceki Yasa zamanından verilen İçtihadı Birleştirme Kararı hükmünü de benimseyerek dava edilenin bir payının ortağı gibi davranmasını önleme amacı ile benimsenmiştir. Maddede yazılı olduğu üzere amaç hükmedilenin veya bir bölümünün avukata verilmesini önlemedir. Bu önlemeyi bir bakıma maddenin 2. fıkrası gevşetmiştir. Şöyle ki, dava olunanın veya hükmolunan değerinin belli bir yüzdesini geçmeyen anlaşmalar değeri esas tutmak ve hükmedilen veya dava edilene ortak olmamak koşulu ile geçerli tutulmuştur. O halde 1136 sayılı Yasanın 164. maddesinin 2. fıkrası dava edilenin veya hükmolunacak olanın % 25'ini geçmemek, temellük veya ortaklığı sağlamamak koşulu ile geçerliliği benimsenmiştir..." (YKD 1978, Sayı 6, s. 902 - 903).

c) Yargıtay'ın özellikle davanın sonucuna iştirak yasağı hakkındaki 164 maddesinin 2. fıkrası hükmünü çok katı bir şekilde uyguladığı kanısındayım. Gerçekten, Yargıtay, müddeabihin para olduğu hallerde de, bu hükmü uygulamakta ve ücret sözleşmesini geçersiz addetmektedir. İşte birkaç örnek :

- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 03.11.1980 t. ve E. 10793, K. 12087 sayılı kararı (Y. HGK.'nun 02.12.1983 t. ve E. 4/432, K. 1255 sayılı kararı ile de benimsenmiştir) :

"...Sözleşmede bu konu (izalei şuyu davası) nihayetlenip arazi satıldıktan sonra satış bedelinden hisseme düşecek paranın enaz 250.000 lirası avukatların vekalet ücreti olacak ve bu para alınacak paradan ödenecektir) sözleri ile dile getirilmiştir. Görülüyor ki, taraflar açıkça avukatlık ücretinin satış parasından ödenmesini kararlaştırmışlardır. Oysa Avukatlık Yasasının 164. maddesinin 3. fıkrasında gayet açık olarak (dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avukata ait olacağına) ilişkin olarak yapılan sözleşmelerin batıl olacağı kabul edilmiştir. Çünkü bu nitelikteki sözleşmelerin (Avukatın taraflardan biriymiş gibi dava konusuna

ortak olmasını) amaçladığı kuşkusuzdur. Yasa koyucu bu hükümlerle, bu tür ortaklıklara mani olmak istemiştir.." (İBD 1984, S. 7-9, s. 550-552).

- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.06.1990 t. ve E. 1990/4646, K. 1990/4682 sayılı kararı :**

"Ücret sözleşmesinde müddeabihin % 10'u "davacı avukata ücret olarak ödeneceği" yazılıdır. Sözleşme başarıya göre değişme şartını içermediğinden davacı avukatın doğrudan doğruya ortaklığını kapsamaktadır. Bu nedenle sözleşme 164. maddenin 2 ve 3. fıkralarına aykırıdır ve batıldır..." (YKD 1990, Sayı 10, s. 1508-1509).

- **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.03.1993 t. ve E. 1993/13-26, K. 1993/95 sayılı kararı :**

"Dava konusu olayda, taraflar arasında düzenlenen 20.2.1987 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinde işin konusu "ortaklığın giderilmesi izale-i şuyu" olarak gösterildikten sonra, ücret kısmında "Davalı şeyin D. % 10' u (hissesi 25.000.000 TL.dir)" denilmiştir. Bu şekilde belirtilen avukatlık ücreti, Avukatlık Kanunu'nun 163/2. ve 164/1. maddelerinde sözü edilen maktu ücret olmayıp, 164/2. maddenin kapsamına giren nisbi avukatlık ücretidir. Dava olunan şeyin belirtilen değerinin belli bir yüzdesinin aynı zamanda maktu ücreti de ifade edeceği ve bu nedenle, buradaki ücretin nisbi değil maktu ücreti gösterdiğini ileri sürülerek, 164/2. maddenin kapsamı dışında kaldığı yolundaki bir görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü böyle bir görüş, giderek 164/2. maddenin uygulanmasını ortadan kaldırır. Bu nedenlerle, çoğunluk tarafından, dava konusu olayda, Avukatlık Kanununun 164/2. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Taraflar arasındaki ücret sözleşmesinde, fıkroda öngörülen (davadaki başarıya göre değişmek) koşuluna yer verilmediğinden, ücret sözleşmesi geçersiz olup, uyuşmazlığın, taksim ve izale-i şuyu davasının açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekir..." (Bkz. YKD 1993, Sayı 4, s. 503-505).

- 4- **Yargıtay'ın Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine, özellikle dava sonucuna iştirak yasağına ilişkin yerleşik içtihadının eleştirisi:**

a) Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin temelinde yatan "avukat davanın sonucuna ortak olmamalıdır" düşüncesine katılmamak kanımca

mümkün değildir. Gerçekten, avukat bir kamu hizmeti olarak nitelendirilen ve adalete yardımcı olma mahiyetini de içeren görevini, mümkün olduğunca objektif olarak yerine getirebilmelidir. Müvekkilinin çıkarlarını gözetme yükümü altında olduğu kuşkusuz olan avukatın, müvekkilinin her türlü talimatına uymak zorunda olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır.

b) Bu temel düşünceye katılmakla birlikte, yukarıda özetlenmeye çalışılan, konuya ilişkin Yargıtay içtihadı, önemli aksaklıkları da beraberinde getirmektedir. Yargıtay bir yandan 164/II. maddedeki "başarıya göre değişmek" kavramına dört elle sarılmakta, öte yandan 164/III. maddedeki "dava konusuna doğrudan ortak olma" kavramını son derece geniş biçimde yorumlamaktadır.

c) Bir an için, "dava konusuna ortak olma yasağı"nı unutalım ve bir başına "ücretin başarıya göre değişmesi" üzerinde duralım. Avukatın, davanın sonucunda elde edilecek olanın değerinin belli bir yüzdesinden söz edildiğinde, zaten ister istemez başarıya göre değişen ücret öngörülmüş sayılacaktır. Örneğin, taşınmazlara ilişkin bir davada, dava sonucunda müvekkil adına tesciline kara verilecek arazinin rayiç değerinin yüzde 20'si dendiğinde, kazanılacak olan arazi 10 dönüm ise, avukatın ücreti başka, 15 dönüm ise başka olacaktır. Bir diğer söyleyişle, "davada gösterilen başarı", verilen örnekte, müvekkil adına tescili sağlanacak olan arazinin miktarı ile ölçülecek olduğundan, zaten, avukatlık ücreti de başarıya göre değişmek üzere saptanmış olacaktır. Şu halde, 164/II. maddedeki "davada başarıya göre değişmek" ibaresinin pek fazla anlamı olduğunu söylenemez. Ancak, burada, Yargıtay'ın içtihadı kadar, yasa hükmünün de eleştirilmesi gerektiği inancındayım.

d) "Dava konusuna doğrudan doğruya ortaklık yasağı"na gelindiğinde, yukarıda özetlenen Yargıtay İçtihadı karşısında şu gözlemler yapılmaktadır : Yargıtay, bu yasağı çok geniş yorumlamakta ve davanın konusu para olduğunda bile bu yasağa başvurarak aktedilmiş ücret sözleşmelerini geçersiz saymaktadır. Yukarıda 3/c'de özetlenen kararlardan birincisinde ve üçüncüsünde, dava bir ortaklığın giderilmesi davasıdır. Avukatlık ücreti bu kararlardan birincisinde "izale-i şuyu davası sonucunda arazinin satışından elde edilecek paranın en az 250.000 lirası", üçüncüsünde ise "davalı şeyin D. % 10'u (hissesi 25.000.000 TL. dir)" şeklinde belirlenmiştir. Yargıtay her iki olayda, ücret sözleşmesini geçersiz addetmiştir. Çünkü, Yargıtay'a göre, her iki olayda, davanın konusunda doğrudan ortaklık vardır.

e) Şimdi bir kez daha bu kararlardan birincisine, yani Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 03.11.1980 t. ve E. 10793, K. 12087 sayılı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.12.1983 t. ve E. 4/432, K. 1255 sayılı kararı ile benimsenen kararına dönelim. Bu karara konu olan olayda, avukatlık ücreti sözleşme ile ortaklığın giderilmesi davasının sonuçlanıp, arazinin satılmasından sonra satış bedelinden elde edilecek olan meblağın 250.000. TL.'lık kıs-

mı olarak belirlenmiştir. Yanlar arasındaki ücret sözleşmesi, bu şekilde bir ifade edilmeyip de yalnızca "avukatlık ücreti olarak 250.000 TL. ödenecektir" şeklinde ifade edilmiş olsaydı, herhalde. Yargıtay'ın sözleşmenin geçerliliği konusunda herhangi bir itirazı olmayacaktı. Şimdi yine, varsayalım ki, avukata, genelde yapıldığı gibi, ahzu kabz yetkisi de verilmiş olsun. Avukat, bu yetkisine dayanarak parayı tahsil edecek ve son derece olağan bir biçimde, tahsil ettiği paranın 250.000 TL.'lık kısmını kendisinde alıyarak, üstünü müvekkiline ödeyecekti. Bir diğer söyleyişle, bu varsayımda da, avukatın ücreti, davanın sonucunda elde edilen paradan ödenmiş olacaktı. Müvekkilin, elde edilen paranın 250.000 TL.ni aşan kısmının kendisine ödemesi halinde, Avukatlık Kanunu'ndan hareketle avukata karşı söyleyebileceği herhangi bir şey de olmayacaktı. Hatta tam tersine, Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinde öngörülen yetkiye dayanarak, avukat, ücretini karşılayan kısım üzerinde hapis hakkını dahi kullanabilecekti.

f) Kararlardan üçüncüsü, yani Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.03.1993 t. ve E. 1993/13-26, K. 1993/95 sayılı kararına dönüldüğünde, durum daha da vahimdir. Gerçekten, bu karara konu olan olaydaki avukatlık ücret sözleşmesinde ücret "Davalı şeyin değerinin % 10'u (hissesi 25.000.000 TL.dir)" şeklinde belirlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu, 25.000.000 TL.'nin % 10'u ibaresini dahi yeterli görmemekle, kanımca anlaşılması olanaksız bir tavır içerisine girmiştir. Bu sözleşmede, avukatlık ücreti 2.500.000 TL. olarak yazılsa idi, hiç kuşkusuz ücret sözleşmesi geçerli addedilecekti. Ücretin böyle yazılması yerine 25.000.000 TL.'nin % 10'u olarak gösterilmesinde, maktu bir ücret yoktur ve davanın sonucuna katılma vardır görüşünün basit hukuksal mantık ile bağdaştırılamayacağı inancındayım. Yargıtay'ın kemikleşmiş tavrında bir yumuşama sayılacağından konumuz bakımından da büyük önem taşıyan bir hususu da burada belirtmekte yarar görmekteyim. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyelerinden Kâmil Kadioğlu, anılan Hukuk Genel Kurulu kararına muhalif kalmış ve yazdığı muhalefet şerhinde aynı noktaya şöyle değinmiştir : "Olayımızdaki sözleşmede (davalı şeyin değerinin % 10'u) dendikten sonra hissesinin de 25.000.000 TL. olduğu belirlenmiş ve ücret bu şekilde kararlaştırılmıştır. Dava olunan tutar 25.000.000 TL. olarak belirlenmiş olmakla bunun % 10'u demek suretiyle ödenecek ücrette belirlenmiş olmaktadır. Basit bir matematik hesabıyla bunun 2.500.000 lira olduğu ilk bakışta anlaşılır. Taraflar iradesi bu yönde birleşmiştir. Açıkça 2.500.000 lira denmedi diye sözleşmeyi geçersiz saymak tarafların amacına aykırı düşer" (Bkz. YKD 1993, Sayı 4, s. 506).

g) Özellikle üzerinde durduğum kararların her ikisinde de konu ortaklığın giderilmesi davasıdır. Ortaklığın giderilmesi davalarında, davanın konusu çok büyük çoğunlukla taşınmazlar üzerinde kurulmuş bulunan müşterek mülkiyete son verilmesidir. Ortaklığın giderilmesi ortaklık konusu malın satılması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, pekalâ, ortaklık konusu malın aynen bölüştürülmesi suretiyle de mümkün olabilir. Ortaklık konusu malın

satılması suretiyle ortaklığın giderilmesi halinde, elde edilecek satış bedelinin veya rayiç bedelinin belli bir yüzdesi denmiş olmasının, Avukatlık Yasası'nun 164/III. maddesindeki "dava konusuna doğrudan doğruya ortaklık" anlamına gelmediği inancındayım. Zira, burada davanın konusu, ortaklık konusu malın kendisi ya da değeri değil, ortaklığın giderilmesidir. Aynı düşünce, Mahkeme'ce ortaklığın aynen bölüştürme suretiyle giderilmesine karar verildiğinde, evleviyetle geçerlidir. Bu halde, durum, avukatlık ücretinin, açılan bir tescil davası sonucunda davacı lehine tescili sağlanacak olan arazinin rayiç değerinin belli bir yüzdesi olarak belirlendiği halden farklı olarak nitelendirilemez.

h) Buraya kadarki açıklamaların yanında akla şu soru gelmektedir: Konusu para olan bir davada, Avukatlık Yasası'nın 164/II. maddesinin, yani "dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerini belli bir yüzdesi"nin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilmesi yolunun uygulanmasına olanak yok mudur? İlk bakışta, denilebilir ki, Avukatlık Yasası'nın 164/III. maddesi, avukatın, dava konusu mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avukata ait olacağını ve böylece avukatın taraflardan biri imiş gibi, dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığın yasaklamaktadır; konusu para olan davalarda, dava konusunun belli bir yüzdesi olarak belirlenecek avukatlık ücreti ister istemez, dava konusuna ortaklığı içerecektir; bu nedenle de 164/III. maddenin getirdiği yasağı ihlâl etmiş olacaktır. İlk bakışta edinecek bu izlenimin dikkatli bir inceleme yapıldığında, ortadan kalkması gerektiği kanısındayım (**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, İBD 1984, Sayı 7-9, adli çalışmasının 475. sayfasında, bu yasağın konusu para olan davalarda uygulanmayacağı şeklindeki görüşünü, hükmün metninde yer alan "aynen" sözcüğünden yola çıkarak savunmaktadır). Bu kanımı şu gerekçelere dayandırmaktayım: İlk olarak, bu izlenim, Avukatlık Yasası'nın 164/II. maddesinde tanınan avukatlık ücretinin dava olunan şeyin değerinin belli bir yüzdesi şeklinde saptanması olacağını büyük ölçüde uygulama dışında bırakacaktır. Zira, davaların büyük bir kısmı davalıdan belli miktarda paranın tahsiline yöneliktir. İkinci olarak, konusu para olan hukuki yardımlarda da, Avukatlık Yasası'nda da öngörülen asgari ücret tarifesi, zaten, davanın konusu paranın belli bir yüzdesini asgari ücret diye kabul etmektedir. Örneğin, 100.000.000 TL.'lik bir alacak davasında bu yöntemle göre belirlenecek olan ücret, dava konusunun ilk 12.500.000 TL.'lik kısmı için % 10, sonraki 12.500.000 TL.'lik kısmı için % 8, sonraki 25.000.000 TL.'lik kısmı için % 6, sonraki 50.000.000 TL için % 4'ten hesaplanmak üzere 6.250.000 TL'dir. Konusu para olan davalarda, Avukatlık Yasası gereği uygulanacak olan asgari ücret tarifesi, avukata dava konusu paranın belli bir yüzdesini tanıırken, avukatlık ücret sözleşmesi ile, dava konusu paranın belli bir yüzdesinin ücret olarak öngörülemeyeceği ka-

nımca söylenemez. Burada da, Yargıtay'ın içtihadı kadar, Avukatlık Yasası'ndaki ücret düzenlemesinin hatalı olduğu belirtilmelidir.

i) Yukarıda 2, b, be bendinde, Avukatlık Yasası'nın 163. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin olarak, müvekkil tarafından ücret sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesinin Medeni Yasa'nın 2. maddesi anlamında bir hakkın kötüye kullanılması oluşturacağına dair açıklamaların, bu bölümde de geçerli olması gerektiği kanısındayım. Gerçekten, bir davanın kazanılması için yıllarca çaba sarfetmiş bulunan avukata karşı, bu çabaları sırasında hiç bir şekilde ses çıkarmamış olan müvekkilin, davanın kazanılmasından sonra, ücret ödemekten kaçınmak için, Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin 2 veya 3. fıkrasına dayanması kolaylıkla kabul edilebilecek bir davranış sayılmaz.

SONUÇ :

Yargıtay'ın burada değerlendirilen avukatlık ücret sözleşmelerine ilişkin içtihadının son derece katı ve dayanaksız olduğu inancındayım. Yargıtay, gerek davanın kazanılacağı haller için ücretin öngörüldüğü, ancak kaybedileceği hallerde bir hüküm içermeyen ücret sözleşmelerini, gerekse, davanın kaybedilmesi halinde ücret ödenmeyeceğini içeren ücret sözleşmelerini geçersiz addederken, bir yandan, Borçlar Yasası'nın kısmi geçersizlik (md. 20/II) ve sözleşmelerin tamamlanmasında yedek hukuk kurallarından bile yararlandığına göre, aynı bağlamda, buyurucu hükümlerin evleviyetle devreye sokulması gerektiği ilkelerini, öte yandan, dürüstlük kuralını gözardı etmektedir.

Yargıtay, ayrıca, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesinin ücret sözleşmesine avukatlık ücreti olarak öngörülmesi olanağını, dava konusuna doğrudan doğruya katılma yasağı ilkesine, bu ilkeyi son derece geniş biçimde yorumlayarak, feda etmektedir.

Şu anlarda sık sık gündeme getirilen, ancak, ne zaman semerelerini vereceği bilinmeyen, Avukatlık Yasası değişikliğinde, özellikle, davanın konusu bir miktar paranın tahsili olduğunda, bu paranın belli bir yüzdesinin de ücret olarak kararlaştırılabileceğinin açıkça öngörülmesinde yarar olduğu inancındayım. Yine olası bir yasa değişikliğinde, ücret sözleşmesinde davanın kaybedilmesi halinde ücretin alınmayacağına belirtilmiş veya yalnızca kazanma ihtimali için bir ücret öngörülmüş olduğunda, sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna vardırabilecek tüm ifadeler yasadan çıkartılmalı ve açıkça, davanın kaybedilmesi ihtimali için bir ücretin öngörülmediği veya açıkça ücret alınmayacağına yazılı olduğu ücret sözleşmelerinin dahi, bu ihtimaller için asgari ücret tarifesi üzerinden aktedilmiş sayılacağı belirtilmelidir.

Gerçekleşmesi umulan bu yöndeki yasa değişikliğine kadar, hiç olmazsa, yukarıda 4, f bendinde irdelenen Yargıtay HGK.'nun 03.03.1993 t. ve E. 1993/13 - 36, K. 1993/95 sayılı kararına katılmayan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Sayın Üyesi Kâmil Kadioğlu'nun ayrık oy yazısında belirttiği görüşün egemen olmasını dilemekteyim.

Yukarıda ele alınan Yargıtay İçtihadı'na uyularak geçerli bir ücret sözleşmesi yapmak oldukça zor olmakla birlikte, kanımca, şöyle bir metin bu katı içtihadın yersiz ve dayanıksız arayışlarına dahi yanıt vermiş olacak ve ücret sözleşmesini kurtarmış olacaktır:

"Müvekkil, avukata, her hal ve kârda bir ücret ödeyecektir. Ödenecek olan bu ücret, hiç bir şekilde avukatlık asgari ücret tarifesinde öngörülen den daha düşük olamaz. Dava sonucunda, talep olunanın parasal karşılığının elde edilecek her % 10'luk kısmı için TL ücret ödenecektir".

Anahatları böylece çizilmiş olan bu formül, bir yandan, ücretin asgari ücretten daha düşük olarak belirlenemeyeceği düşüncesine, öte yandan, ücretin başarıya göre değişmesi gerektiği ve davanın konusu veya sonucuna iştirak edilemeyeceği ilkelerine uygun olacak ve Yargıtay'ın bugünkü katı içtihadı karşısında bile geçerli sayılacaktır.