

**TEMYİZ İÇTİHADI BİRLEŞTİRME BÜYÜK HEYETİNİN
23.5.1960 GÜN VE 11 E. 10 K. SAYILI KARARI ÜZERİNDE
BAZI DÜŞÜNCELER**

Dr. Serda KURTOĞLU

Avukatlık parasına ait mukavelelere konulan, mahkemece veya icraca müvekkil lehine takdir olunacak avukatlık parasının avukata ait olacağı yollu herhangi bir şartın muteber olmadığına dair Yüksek Temyiz Mahkemesinin kararı¹ gerek meseleyi şumullü bir tetkike tabi tutması ve gerekse meseleyi ele alış tarzı bakımından hususi bir önem taşımaktadır.

I — Gerçekten âmme hizmetinin serbest meslek çerçevesinde ifası, kanun koyucuyu avukatlık parası bakımından iki cepheli bir tanzim tarzına götürmüştür. Bir taraftan Avukatlık Kanununun 128. maddesi, ücret sözleşmesi bakımından, irade serbes-tisi prensibini vazetmekte bir taraftan da, müteakip maddelerle konulan tahdidler sebebiyle, avukatın gördüğü hizmetin icapları himaye edilmektedir.

1 — Mahkeme veya icraca hasma tahmil edilen vekâlet ücreti, avukatla takip edilen işlerde davacının dava dolayısıyla yaptığı masrafların, haklı çıkması yüzünden kendisine iadesi esasına dayanır. Davacı için bu, kanundan doğan bir alacaktır. Prensip olarak hâkim iddia dışında karar veremeyeceği halde, avukatlık parasına mahkumiyet için bu yolda bir iddianın sepketmesi şart değildir. Hükümle güdülen gaye davacının zararının telâfisi, eski haline iadesi olduğuna göre avukatın, sırf davayı takip etmiş olmasından istifade ederek hükümle tesis edilmek istenen bu durumu ücret sözleşmesine koyacağı bir şartla bozmasına müsaade olunamaz. Müvekkili lehine dâvanın sonunda hükmedilecek avukatlık parasının vekile ait olacağını önceden kararlaştırmak yukarıda hülasa ettiğimiz gayeye aykırı düşer.

Binaenaleyh temyiz kararının II numarası altında belirtildiği gibi mahkemenin takdir ettiği ücret avukatın emeği karşılığı olmayıp

[1] Bak. Ankara Barosu Dergisi, 1960, sayı 4, s. 158-163. Ayrıca bak. 3.HD., 27.1960 gün ve E. 3339, K. 3935, Ad. Der. 1961, sayı 3-4, s. 341-342.

davacı veya davalının haklı çıkması sebebiyle katlandığı avukatlık masrafının kendisine iadesinden ibarettir. Haklı çıkan tarafın avukatına ödemekle mükellef bulunduğu gerçek ücretin hasma tahmil edilmesi muhakkak ki kanun koyucunun maksadına daha uygun düşerdi. Lâkin vekil — mükevvil arasında yapılacak muvazaalı anlaşmalarla haksız çıkan tarafı emrivakilerle izaç tehlikesi ve korkusudur ki bu son hal tarzının benimsenmesine mani olmuştur.

2 — Aynı presibin bir diğer tezahürünü de 2 Şubat 1929 tarihli ve 1389 sayılı kanunda görüyoruz. Filhakika, sözünü ettiğimiz kanuna göre, Devlet lehine intaç edilen davalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekâlet ücretleri muayyen nisbet dahilinde Hazineyi temsil edenlere tevzi edilmektedir. Ancak kanaatımızca bu para temyiz kararının VI numarasında belirtildiğinin hilâfına bir ek maaş mahiyetinde değildir. Zira, herhangi bir ödemenin maaş telâkki edilebilmesi için bunun muayyen bir hizmet karşılığında ve belli bir kadrodan yine belli bir miktarda ödenmesi gerekmektedir. Halbuki kanunda derpiş edilen ödemeler tahsil edilen miktarlar üzerine müessesistir. Bize göre burada bir ek maaş değil ve fakat nevi şahsına münhasır kanundan doğan bir tediye söz konusudur.

Devlet davalarını intaç edenler için hasma tahmil edilen ücretin paylaşılması esası serbest avukatlar için müessesenin taşıdığı tehlikelerden masundur. Zira Devlet ihtilâflarda taraf olduğu zaman nizam hallini temin için devamlı bir hizmet kadrosu kurmuş ve bu hizmeti maaşla karşılamıştır. Binaenaleyh davada haklı çıkması yüzünden bu yolda yaptığı masrafların Hazineye iadesi dâvadan önceki halin iadesi gayesini temin etmez ve esasen Devletin kuruluşu icabı böyle bir iadeye de lüzum yoktur.

1389 sayılı kanun devletin taraf olduğu davalarla hususi şahıslar arasındaki davalarda herhangi bir fark yaratmamak için devlet lehine hüküm altına alınan ücreti velâketin tahsil ve dâvayı takip edenlere tevziini kabul etmiştir. Devletin taraf olduğu bir davada dâvayı kaybedeni hususî bir himayeye mazhar ve onu avukatlık parasını ödemekten istisna etmek için hiç bir makûl sebep mevcut değildir.

II — Avukatlığın serbest meslek oluşu ile avukatlığın bir âmme hizmeti bulunuşunun bir iltisak noktası da adli müzaheret halinde kendisini göstermektedir. Adli müzaheret icabı kendisine iş tevdi edilen avukat bunu reddedemez. Zira adli müzaheret baro için mecburidir. Bu mükellefiyetten kurtulmak Avukatlık Kanununun 123. maddesinde yazılı olduğu şekilde tarifedeki ücretin müzaheret bürosu

kasasına yatırılmasıyla mümkündür. 126. madde ise bu mevzuda özel bir taksim tarzına işaret etmektedir. Avukat aldığı ücretin % 20. ve iş sahibi ise faydalandığı kısmın % 10. nu baroya vermekle mükelleftir. Avukat, iş kendisine barodan geldiği için bu yüzdeyi ödemelidir. İş sahibi ise ödediği ile müzaharet bürosunun masraflarına iştirak ettirilmiş olmaktadır. Hemen beyan edelim ki, baronun uzuvlarından biri olan ve gayesi zayıfların himayesine dayanan muzaharet bürosuna ödenen bu yüzdelerin mahiyeti hiç bir zaman bir komisyon olarak tavsif edilemez.

Demek ki, avukatın serbest meslek adamı sıfatıyla hareket etmediği her halde hasma tahmil edilen ücreti vekâlete avukatın doğrudan doğruya veya dolayısıyla iştirakında mahzur mülâhaza edilmemiştir.

III — Burada bir sual hatıra gelmektedir: Acaba dışarıda iş takip salâhiyeti olmayan, bir bankanın mukaveleli ve muayyen aylık ücretli avukatı banka ile yapacağı ücret mukavelesine hasma tahmil edilen ücretin kendisine ait olacağı şartını koyarsa bu şart muteber olacak mıdır? Zira burada avukat mesleğini bankanın işlerine bağlı olarak ve munhasıran bu banka için ifa etmektedir. Sualin cevabı Avukatlık Kanununun 129. maddesi muvacehesinde menfidir kanaatındayız. Zira madde ücretin belli olmasını ve dava hasılatına avukatın iştirakini mukaveleyle şart edemeyeceğini bildirmektedir. Binaenaleyh banka avukatı için dahi hasılı davaya iştirak bir mukaveleden doğan alacak mahiyetini taşıdığı için muteber olamaz. Ancak her bilânço yılı sonunda banka ücreti vekâlet hasılatının avukatlara ödenmesini kendi bünyesi içinde karar altına alabilir. Bu karar gayri şahsi, daimî, objektif ve umumî mahiyette olduğundan kanuna aykırı sayılmaz ve muteber olur. Hatta işin bitiminden sonra hasma tahmil ve iş sahibi tarafından tahsil edilen ücretin avukata verilmesinde mahzur yoktur. İş sahibi avukata böyle bir para ödemişse bu ödeme muteber olup iadesi talep edilemez. Hiç şüphe yok ki, her iki halde de ödenen ücret bir avukatlık ücreti değildir.

IV — Ücret anlaşmasında ücretin belli edilmiş bulunması esasına haklı önemi veren kanun koyucu, anlaşma olmadığı hallerde avukatın mesaisinin ne yolda karşılanacağını da nizamlamıştır. Gerçekten, Avukatlık Kanununun 131. maddesi bu halde asgarî tarifenin tatbik edileceğini bildirmektedir. Binaenaleyh ücret sözleşmesi varsa hasma tahmil edilecek ücreti hâkim işin mahiyeti ve

davanın devamını nazara alarak tarifenin asgarî haddi ile üç misli arasında tesbit edebilecektir. Ücret sözleşmesi bulunmayan hallerde avukat lehine müvekkilin mahkûm edileceği vekâlet ücreti ise ancak asgarî tarife ile mahduttur. Burada hâkimin takdir yetkisi rol oynamaz.

Temyiz kararında Avukatlık Kanununun teşriî çalışmalarına istinat ve kanunun gayesine dayanarak güzelce ifade edildiği gibi avukatlık mesleğinin itibarını siyanet için kanunda yer almış olan, ücretin önceden belliliği esası bu gayenin dışındaki maksatların elde edilmesi ve bu esası zedelememek kayıt ve şartıyla kullanılamaz mı? Meselâ müvekkille vekil yapacakları bir sözleşmeyle avukatlık ücretinin dava sonunda hâkim tarafından kararlaştırılmasını şart edemeler mi? Gerçekten bu gibi bir farziyede iş sahibinin avukatın tesiri altında bulunması tehlikesi mevcut değildir. Ücretin başlangıçta belli olması hususundaki 129. maddenin mesleği siyanet gayesi böyle bir şartla zedelenmiş de değildir. Bitarafılığından şüphe edilmeyen hâkimin objektif kıstaslara dayanarak tesbit edeceği ücretin dedikodulara yer vereceği de düşünülemez. O halde şartı muteber mi addeceğiz?

Kanaatımızca 131. maddeyi 129. maddenin ışığı altında tefsir etmek gerekir. Yapılan ücret mukavelesi muayyen bir meblağı ihtiva etmiyorsa batıl olan mukavele hiç bir hüküm doğurmayacaktır. Bu mukavelenin menfî hükmü de yoktur. O itibarla ortada batıl bir mukavele varsa hâkim mukavele yokmuş gibi asgarî tarife üzerinden hüküm verecektir. Mukavelenin butlanı avukatın emeğinin karşılıksız kalmasına sebep olmamalıdır. Bunun gibi taraflar yapacakları mukaveleyle maddî manada bir mukavele vardır diyerek ücretin olmamasına rağmen 131. maddeyi tatbik edemeyecektir. Zira maddenin mevcut batıl bir mukaveleye hukukî hiç bir hüküm terettüp etmez. Yukarıdan beri izah ettiğimiz tahditler muvacehesinde kanun koyucunun irade serbesisine riayetle bu kadar büyük bir gediği açık bırakacağı düşünülemez.

Dava karşısında hâkim kadar bitaraf olması lâzım gelen ve onun gibi adalete hizmet gayesiyle âmme vazifesi gören avukatın da hukuka aşına bir kimse sıfatıyla hasma tahmili ihtimal dahilinde olan ücreti tahmin ederek mukavelede istiyeyeceği ücret içine isim zikretmeksizin ithali imkân dahilindedir.

Ücret mukavelesi yapılmamış olan hallerde asgarî tarifeyi tatbikle mükellef olan hâkimin, ücretin tayininin mukaveleyle kendisine

birakıldığı hallerde asgarî tarife üzerinde bir tesbite gitmesi düşünülemez.

Ücret mukavelesi yapılmayan hallerde avukatın gerçek emeğini ve işin ehemmiyetini nazara almağa müsaade etmiyen kanun koyucu tarafları mukavele yapmağa zorlamıştır. Kanun koyucunun gayesi bu olmasaydı «mukavele olmayan hallerde hâkim ücreti işin mahiyetine göre tayin eder» diyebilirdi. Akit serbestisinin bu derece takyid edildiği ve akdin bahis konusu olmadığı hallerde hususî hükümler sevk ederek müesseseyi nizamlayan kanun koyucunun hassasiyetini nazara alarak, Avukatlık Kanununun sözü edilen maddelerini buldukları sistem içinde tatbik gerekir. Maddeleri bu sistemden mücerret ele alarak yegân yegân tatbik adalete aykırı düşer.

Müvekkiliyle yaptığı ücret mukavelesindeki ücreti, meselâ davada dermeyan etmediği sukutu hak müddetinin hâkim tarafından resen nazara alınması sebebiyle, akit serbestisi prensibine dayanarak talep edebilen avukata daha geniş imkânlar tanımağa insaf ölçüleri de mânidir kanaatındayız.

Bu itibarla biz, Temyiz İçtihadı Birleştirme Kararını ihtiva ettiği bazı mefhum hatalarına rağmen tasvib ediyoruz.

Dr. Serda KURTOĞLU