

AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

The Attorney's Obligation of Illumination

Yasin KÖSE*

Geliş Tarihi: 12.04.2020 Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Avukatlık, profesyonel bir meslektir ve temelinde güven ve dürüstlük ilkesi vardır. Avukata başvuran kişi, sağlıklı bir karar vermek için süreç ile ilgili her şeyi bilmek ister. Bu da avukatın aydınlatma yükümlülüğünü meydana getirir. Avukatın aydınlatma yükümlülüğü, iş sahibinin karar verme iradesini etkileyecek tüm bilgilerin aktarılmasıdır. Bu çalışmada, avukatın yükümlülüklerinden biri olan aydınlatma yükümlülüğü çeşitli açılardan incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, avukatlık sözleşmesi, aydınlatma yükümlülüğü, sorumluluk, vekalet

ABSTRACT

Attorneyship is a professional job and among its basic it includes confidence and integrity. The consultant has the right of all information, about the legal process for a sound decision. This, has created attorney's obligation of illumination. The attorney's obligation of illumination is transfer all information, that will effected willpower of client to decide. In this study, I tyr to examine the attorney's obligation of illumination, that one of obligations of the attorney, at various angles.

Keywords: Attorney, Attorney Contract, Obligation Of Illumination, Responsibility, Proxy

* Hakim, Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Doktora Öğrencisi, e-posta: hukukcuyasin@hotmail.com.tr, ORCID ID: 0000-0001-9408-4871.

GİRİŞ

Bir hukuki problemle karşılaşıldığında ilk akla gelen bir avukata başvurmaktır. Bunun en temel sebepleri avukatın hukuk fakültesi mezunu olması ve devlet tarafından verilen ruhsatname¹ ile avukatlık sıfatını kazanmasıdır. Bunların yanında avukatın işini layıkıyla yapabilecek, dürüst, şeffaf, donanımlı biri olması da tercih sebebidir.

Bir insanın avukat tercihinde rol alan düşünceler, esasında avukatlık mesleğinin temel nitelikleri olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda avukatta bulunması beklenen nitelikler profesyonellik, özen ve güvenilirliktir.

Profesyonel, özenli ve güvenilir olması gereken avukatın yapabileceği işlemler ve bu işlemlerin olası neticeleri konusunda kendisine hukuki yardım için başvuran iş sahibini aydınlatması gerekip gerekmediği, aydınlatmama halinde sorumlu tutulması gerekip gerekmediği izaha muhtaçtır. Bu durumu örneklemek gerekirse; Avukat, davanın ret edilmesi halinde karşı tarafa vekalet ücreti ödenmesi gerektiğini iş sahibine söylemeli mi? Feragat etmek isteyen iş sahibine, feragatin hüküm ve sonuçlarını açıklamalı mı? Zamanaşımına uğrayan bir taleple ilgili dava açılacağı zaman karşı tarafın zamanaşımı itirazında bulunma ihtimalini ve sonuçlarını izah etmeli mi? Takibe itiraz etmek isteyen iş sahibine, itirazın iptal edilmesi halinde asıl alacağın en az yüzde yirmisi oranında tazminat ödeyebileceğini anlatmalı mı? İhalenin feshini isteyen kişiye talebin reddi halinde ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum edileceğini söylemeli mi? Birini şikayet etmek isteyen müvekkile, şikayetin haksız çıkması halinde karşı tarafın tazminat hakkının doğacağı hususunda bilgilendirmesi gerekir mi? Uzlaşmak isteyen müvekkile daha sonra suçtan doğan zararının tazminini isteyemeyeceğini hatırlatmalı mı? gibi çokça soru sorulması mümkündür ve bu sorularla bağlantılı olarak şu soru sorulacaktır: Avukat bu bilgilendirmeyi, hatırlatmayı, aydınlatmayı, açıklamayı yapmadığı takdirde avukatın sorumluluğu yoluna gidilecek mi?

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve bu yükümlülük sebebiyle sorumlu olup olmayacağı tartışması bakidir. Ancak bu çalışmada avukatın aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde avukatın sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Çalışmanın amacı ise bu kabulün fikri ve hukuki temellerini açıklamak, bu yükümlülüğün kapsamını ve usulünü tespit etmek ve nihayetinde yükümlülüğün ihlali halinde avukatın sorumluluğunu değerlendirmektir.

¹ “Devlet, avukata bu hakkı (tekel hakkı) verirken üniversitede eğitim görmeyi ve kural olarak staj yapmayı şart koymuştur. Avukatın elinde adaletin dağıtılma işine yardımcı olma konusunda ehil olduğunu gösteren lisans mezuniyet belgesi ve avukatlık ruhsatı vardır.” ASLAN, Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2004, (s.1669-1711), s.1698

Çalışmada öncelikle avukatlık sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler yapılacak olup, ikinci kısımda avukatın aydınlatma yükümlülüğü, son kısımda ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde avukatın sorumluluğu işlenecektir.

I. GENEL OLARAK

A. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

Avukatlık mesleğinin temel yasası 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Avukatlık Sözleşmesi Kanun'un on birinci kısmında (m.163 – 175) düzenlenmiş olduğu halde sözleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Kanunun 163/1 maddesinde sözleşmenin şekil şartına tabi olmadığı, belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerektiği ifade edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 1, 2, 163 ve 164. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde avukatlık sözleşmesini avukatın iş sahibine (müvekkile) hukuki yardım hizmeti vermeyi üstlendiği, iş sahibinin de buna karşılık ücret ödemekle yükümlü olduğu sözleşme olarak tanımlanabilir². Bu sözleşmenin geçerli olması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir³.

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafı baroya kayıtlı avukat olmak zorundadır⁴. Diğer taraf ise fiil ehliyetine sahip herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olabilir. Avukatlık sözleşmesinin unsurları avukatın hukuki yardım hizmeti sunmayı üstlenmesi, karşı tarafın (müvekkil) ücret⁵ ödemeyi üstlenmesi ve tarafların anlaşmasıdır⁶.

² Doktrinde tanımlar çeşitli olmakla birlikte yaptığımız tanım ana hatlarıyla kabul edilmektedir. AKSU, Raziye, Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği, TAA Dergisi, Y.7, S.27, 2016, (s.861-890), s.863 / BAŞPINAR, Veysel, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, (s.463 -478), s.468 / CİMBAR, Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019, s.24-25 / GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2011, 5.Baskı, s. 244 / GÜNERGÖK, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 2013, 3.Baskı, s.36 / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği, Fakülteler Yay., İzmir, 2013, 4. Baskı, s.217

³ "...geçerlilik şekli, bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin aranan belirli bir şekle uygun olarak açıklanmasının zorunlu olması demektir." KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 20. Baskı, s.115 / AKSU, agm, s.879 / CİMBAR, age, s.34

⁴ Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesine göre mesleğe kabul edilen adaya ilgili baro tarafından ruhsatname verilir ve aday mesleğe kabul edildikten sonra *avukat* unvanını kullanma hakkı elde eder. Kanunu 35. maddesi ise "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*" maddesi ile bu hususu netleştirmiştir.

⁵ Avukatlık Kanunu'nun 163/1 maddesindeki "*meblağı yahut değeri*" ibaresi ve 164/1 maddesindeki "*Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.*" düzenlemesinin birlikte değerlendirilmesinde ücretin avukatlık sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Ancak kanunun 164/4 maddesindeki "*Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu*" ibaresi ile ücretin sözleşmede yer almasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. CİMBAR, age., s.27

⁶ AKSU, agm., s.875-879 / CİMBAR, age., s.26 vd

Avukatlık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, iş görmeyi konu edinen bir sözleşmedir. Bu sözleşme vekalet sözleşmesine çok benzemesine rağmen⁷ kendine özgü (sui generis) isimli bir sözleşmedir⁸.

B. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

Bir borç ilişkisi çerçevesinde tarafların edimlerini⁹ yerine getirmesi ve borç ilişkisinin sağlıklı bir şekilde neticelenmesini sağlayan sözleşmeden, kanundan veya objektif iyiniyet kurallarından doğan yükümlülükler söz konusu olabilir¹⁰. Bu anlamda yükümlülük, bir borç ilişkisi kapsamında tarafların yerine getirmek zorunda oldukları, yerine getirilmediği takdirde sorumluluğa yol açacak, kanundan, sözleşmeden veya objektif iyiniyet kurallarından doğan, borç ilişkisinin doğası gereğince yerine getirilmediği takdirde borcun hiç ifa edilmemesine, eksik veya ayıplı ifa edilmesine yol açan davranışlar olarak tanımlanabilir¹¹.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olmak üzere iki ana başlığa, edim yükümlülükleri ise asli

⁷ Avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin bir türü olduğu yönünde görüşler vardır. (AKSU, agm, 882 / ŞENOCAK, Zarife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, (s.5-33), s.6). Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. “...avukatlık sözleşmesinde bir ücret karşılığında hukuki yardımda bulunma edimi üstlenildiğinden, bu sözleşmenin iş görme amacı güden sözleşmelerden olan ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenen “vekâlet sözleşmesi”nin özel bir türü niteliğinde olduğu açıktır.” (Yargıtay HGK 2017/13-628 E, 2019/1052 K). “Avukat ile müvekkil arasında imzalanan sözleşme de vekâlet sözleşmesi niteliğindedir ancak genel bir vekâlet sözleşmesinden farklı olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gereğince “ücret”, sözleşmenin zorunlu unsurudur.” (Yargıtay HGK 2017/13-681 E, 2019/46 K).

⁸ BAŞPINAR (Sözleşme), s.468 / BURCUOĞLU, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S.49, 2003, (s.49-82), s.49 / CİMBAR, age, s.49. Avukatlık sözleşmesinde ücretin esaslı unsurlardan olması, sözleşmenin bir tarafının avukat olma zorunluluğunun bulunması ve avukatın iş sahibinin talimatlarına uyma yükümlülüğünün meslek kuralları ile sınırlanmış olması karşısında avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesine benzer ama kendine özgü bir sözleşme olduğu yönündeki görüşlerin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

⁹ Borç ilişkisinde alacaklının borçludan isteyebileceği veya borçlunun alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu, içeriğini yapma, yapmamam veya verme şeklindeki davranışların oluşturduğu borcun konusuna edim denilir. İPEK, Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.24

¹⁰ KILIÇOĞLU, age., s.29

¹¹ EREN, Fikre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, 21.Bası, s.31 vd / KOCAYSUFPAŞA, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, 7.Bası, s.5 vd / OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 8.Baskı, s.3 vd / TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 7.Bası, s.30 vd

edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır¹². Asil edim yükümlülükleri, sözleşmenin türünü, tipini ve niteliklerini belirleyen ve yerine getirilmesi zorunlu olan yükümlülüklerdir¹³. Sözleşme ilişkisinin sadece asli edim yükümlülüklerinden ibaret olmadığı gerçeği karşısında kanundan veya sözleşmeden doğan ve sözleşmenin taraflarına yüklenen edimler ise yan edim yükümlülükleridir¹⁴. Asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri doğrudan edimin ifasıyla ilgili yükümlülükler olup tek başına ifa davasına konu edilebilirler¹⁵. Yan yükümlülükler ise asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri dışında kalan, doğrudan edimin ifasıyla ilgili olmayan, edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden, ifa dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan koruma amacı taşıyan yükümlülüklerdir¹⁶. Yan yükümlülükler esas olarak TMK'nın 2. maddesinde vücut bulan dürüstlük kuralından kaynaklanmakta olup, sosyal ilişki içinde olan tarafların güven ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda davranmalarını amaçlamaktadır¹⁷. Yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde bağımsız olarak ifa davasına konu olmaları mümkün olmayıp, yükümlülüğün ihlali halinde sadece meydana gelen zarar talep edilebilecektir¹⁸.

C. AYDINLATMA KAVRAMI

Aydınlatma kelime olarak *'karanlığı giderip görünür duruma getirmek, ışılandırma'* ve *'bir sorun üzerine bilgi vermek'* anlamı taşır¹⁹. Hukuki anlamda aydınlatma kavramı, kişilerin hukuki işlem yapıp yapmama iradesi etkileme ihtimali olan ve bilinmesinde fayda görülen hususların, olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte, anlaşılır bir şekilde ortaya konulması anlamlarında kullanılmaktadır.

Hukuki ilişkiler her zaman sarih değildir. Bu ilişkilerdeki özel veya teknik bilgilerin herkes tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, aydınlatmanın taraf iradelerinin özgürce ortaya konulmasında da etkili olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla aydınlatma kavramı, hukuki ilişkinin taraf iradelerine uygun olarak meydana gelmesi için özel veya teknik

¹² EREN, age., s.32-39 / İPEK, age. s.20 vd / KILIÇOĞLU, age., s.29 vd / KOCAYUSUFPAŞA / HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7-14

¹³ EREN, age., s.31 / KILIÇOĞLU, age., s.29 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7

¹⁴ EREN, age., s.32-34 / KILIÇOĞLU, age., s.30 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.7-12

¹⁵ EREN, age., s.32-34 / KILIÇOĞLU, age., s.31

¹⁶ EREN, age., s.37,39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12-13

¹⁷ EREN, age., s.39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12

¹⁸ EREN, age., s.37 / KILIÇOĞLU, age., s.32 / KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN / ARPACI, age., s.12

¹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.sozluk.gov.tr, ET:04/03/2020

bilgiye vakıf tarafın bu bilgileri sözleşmenin diğer tarafına aktarması olarak da tanımlanabilir.

II. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAKLARI

Aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı kanun veya dürüstlük kuralıdır.²⁰ Hekimin aydınlatma yükümlülüğü²¹, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü²², veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü²³, tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü²⁴ kanundan doğan aydınlatma yükümlülüklerindedir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirilirken TBK'nın 506/2. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler avukatın en önemli yükümlülüklerinden olan özen yükümlülüğünün kaynağını oluşturmaktadır. Ancak aydınlatma yükümlülüğü özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğinden²⁵, bu hükümlerden kaynaklandığı söylenemez²⁶.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 34. maddesine göre “*Avukat, müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir.*” Bu madde avukatın dava sonucu ile ilgili iş sahibini aydınlayabileceğini düzenlemiş ise de davanın sonucuna münhasır olması ve aydınlatmanın avukatın takdirine bırakılması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğü olarak nitelendirilemez²⁷.

Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları'nın²⁸ 3.1.2 maddesi “*Bir avukat müvekkiline sunduğu temsil ve danışmanlık hizmetini zamanında, basiretli bir şekilde ve özenle yürütür. Bir avukat kendisine verilen talimatın/vekaletin gereklerini yerine getirmeyi kişisel sorumluluğu olarak kabul eder ve kendisine tevdi edilen işle ilgili gelişmelerden müvekkilini bilgilendirir.*” düzenlemesi esas olarak avukatın bilgi verme yükümlülüğünü düzenliyor olsa da sözleşme konusu işin/davanın devamı esnasındaki aydınlatma

²⁰ Aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklanması da mümkündür. Ancak bu durumda teknik anlamda bir aydınlatma değil, sözleşme konusu haline gelen bir borç söz konusu olur. ERBEK, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir, 2010, s.68

²¹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde düzenlenmiştir.

²² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinde düzenlenmiştir.

²³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir.

²⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinden çıkarılmaktadır. KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yay., Ankara, 2015, s.133,134

²⁵ Bir alt başlıkta detaylı olarak incelenmiştir.

²⁶ ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s.334

²⁷ Bu kuralın esas amacı avukatın dava sonucunu garanti etme yasağını düzenlemesidir.

²⁸ Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE) tarafından 28 Ekim 1988'de kabul edilmiştir.

yükümlülüğünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Aynı kuralların 3.7.1²⁹ ve 3.7.2³⁰ maddeleri ile de alternatif çözüm yolları, sulh olma ve adli yardım ile ilgili avukatın aydınlatma yükümlülüğünü benimsemiştir.

Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in (Havana Kuralları)³¹ 13.a maddesine göre “Müvekkillerine sahip oldukları haklar ve yükümlülükler ile müvekkillerinin haklarını ve yükümlülüklerini ilgilendirdiği ölçüde hukuk sisteminin işleyişi konusunda kendilerine bilgi vermek” avukatın görevlerinden kabul edilmiştir³². Bu hüküm aynı zamanda avukatın aydınlatma yükümlülüğünün en somut görünümüdür³³.

Görüldüğü üzere avukatın aydınlatma yükümlülüğü kanunda ve ulusal meslek kurallarında açıkça düzenlenmemiş, ülkemizin taraf olduğu uluslararası mesleki düzenlemelerde ise kısmen yer almıştır. Ancak bu yükümlülüğün varlığı konusunda yeterince net bir ifade yoktur. Doktrin ve uygulamada ise bu yükümlülüğün var olduğu kabul edilmektedir³⁴. Bunun sebebi ise avukatın bilgi ve tecrübe birikiminden dolayı iş sahibine karşı avantajlı olması³⁵, hukuk uzmanı olarak hareket etmesi ve avukatlık ilişkisinin güven temeline dayalı olmasıdır. Buradan da avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kanundan değil de TMK'nın 2. maddesinde vücut bulan dürüstlük kuralından³⁶ kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

²⁹ “Avukat, her zaman müvekkilinin uyuşmazlığını en düşük mali külfetle gidermeye gayret göstermeli ve uygun aşamalarda, alternatif çözüm yollarına gitme veya sulh olma konularında müvekkiline önerilerde bulunmalıdır.”

³⁰ “Bir avukat, adli yardımın mümkün olduğu hallerde, müvekkilini bilgilendirmelidir.”

³¹ Havana Kuralları olarak bilinen bu prensipler 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

³² Yargıtay 13.HD 2013/23329 E, 2014/2308 K sayılı kararında bunun avukatın en temel görevlerinden olduğuna işaret etmiştir.

³³ Prensiplerin kabul edilme gerekçesinde “avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda üye devletlere yardımcı olmak” için formüle edildiği yazılmış olup, buradaki ‘görevlerini gereği gibi yerine getirme’ ibaresinin aydınlatma yükümlülüğüne de işaret ettiği kanaatindeyiz.

³⁴ CİMBAR, age., s.64 / GÜNERGÖK, age., s.65 / SUNGURTEKİN ÖZKAN, age., s.410 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.334 vd / ŞENOCAK, Zarife, agm., s.15-16 / “Avukatın özen görevi verilen bilgi ve belgelere göre hedeflenen amaca ulaşmak için izlenecek en güvenilir hukuki yolu seçme ve izlenecek hukuki yolun muhtemel sonuçları hakkında iş sahibin aydınlatmayı gerektirir.” (Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K) / “Avukatın daha ilk görüşmede 2001 yılında vaki bir idari işlemin iptali için gerekli araştırma, inceleme yapmadan ve işin takibinde hukuki yarar bulunup bulunmadığını tartışmaksızın işi kabul ve iş sahibini uyarmaması, asla kabul edilemez.” (TBB Disiplin Kurulu'nun 06.09.2013 tarihli 2013/124 E, 2013/673 K sayılı kararı)

³⁵ ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

³⁶ “...hukuki ilişkide taraflardan her biri karşı tarafın kendisinden bekleyeceği ahlak, güven, namus kriterlerine uygun davranma yükümlülüğü altına girmektedir.” ALASLAN, Fatma, Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016, (s.413-431), s.415

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TANIMI VE BENZER YÜKÜMLÜLÜKLERDEN AYRILMASI

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü kanunda da, ulusal veya uluslararası meslek kurallarında da tanımlanmamıştır. Doktrinde de yükümlülüğün varlığı kabul edildiği halde tanımı yapılmamış, ancak aydınlatma yükümlülüğünün iş sahibinin sunacağı bilgi ve belgelere bağlı olduğu, davanın olumlu ve olumsuz yönlerini, güçlü ve sakıncalı noktalarını iş sahibine aktarılmasını içerdiği ve davanın başarı şansını kapsamaması gerektiği gibi bazı açılardan değinilmiştir³⁷.

Avukatlık mesleğinin mahiyeti³⁸, avukatlık sözleşmesinin amacı ve aydınlatma kavramı birlikte dikkate alındığında avukatın aydınlatma yükümlülüğünü şöyle tanımlayabiliriz: Avukatlık sözleşmesine konu iş ile ilgili sözleşme öncesi veya sözleşme devam ederken, işin yürütülmesi ile ilgili olup, iş sahibinin³⁹ bilmesinde fayda görülen ve bilinmesi halinde iş sahibinin kararını veya talimatını⁴⁰ değiştirebilecek vasıftaki hukuki bilgilerin avukat tarafından iş sahibine aktarılmasıdır⁴¹.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı tereddütlere yol açabilir. Bilindiği gibi avukat aldığı işi başarılı

³⁷ BAYDAN HALİÇ, iş sahibinin gerekli bilgi veya belgeyi hiç ya da zamanında avukata vermemesini avukatın meydana gelen zarardan sorumluluğunu etkileyen bir unsur olarak görmüştür. BAYDAR HALİÇ, Özge, Avukatın Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara, 2020, s.44 / CİMBAR, avukatın aydınlatma ve bilgilendirme faaliyetini avukatlık ediminin en önemli unsurlarından biri olarak görmüş ve avukatın, iş sahibini, talep konusu ile bağlantılı, objektif biçimde sürece ilişkin tüm olumlu ve olumsuz muhtemel sonuçları bildirmek suretiyle aydınlatması gerektiğini belirtmiştir. CİMBAR, age., s.64 vd / GÜNER, avukatın özen yükümlülüğü içerisinde kabul ettiği aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili olarak, avukatın işi alırken davanın güçlüklerini ve sakıncalı yönlerini saptayıp, objektif bir değerlendirme yaparak iş sahibine aktarması gerektiğine değinmiştir. GÜNER, Semih, Avukatın Özen Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2000/2, (s.557-586), s.576 / ŞENOCAK, avukatın, davanın başarı şansı hakkında inceleme yapmasının ve bu konudaki mesleki tahminini müvekkile açık ve seçik bir şekilde bildirmesinin aydınlatma yükümlülüğünün gereği olduğuna işaret etmiştir. ŞENOCAK, Kemal, age., s.347 / UYSAL, avukatın davanın her aşamasında müvekkil ile diyalog halinde olması gerektiğini, davanın risk ve avantajları hakkında müvekkili aydınlatması gerektiğini belirtmiştir. UYSAL, Levent, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.6, 2008, (s.2955-293), s.2961

³⁸ Mesleğin niteliği için bkz: AYDIN, Necmettin, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.401-408 / YILMAZ, Ejder, Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, 1995, s.193-208

³⁹ Çalışmamız avukatın sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü de kapsadığından iş sahibi yerine görüşmeci tabiri de kullanılabilir.

⁴⁰ İş sahibinin amaca uymayan ve yapılacak işlemlere zarara verici talimat karşısında avukatın uyarma ve aydınlatma yükümlülüğü vardır. ŞENOCAK, Kemal, age., s.352

⁴¹ Doktrinde daha çok, başarı şansının bildirilmesi, olumlu olumsuz tüm yönlerin aktarılması noktaları ön planda tutulmaktadır. BAYDAR HALİÇ, age., s.44 / CİMBAR, age., s.64 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.347 / ŞENOCAK, Zariye, age., s.15

olarak sonuçlandırmaktan değil de başarılı sonuçlanması için elinden gelen tüm çabayı sarf etmekten sorumludur. Bu çaba özen yükümlülüğü ile ifade edilmektedir. Özen yükümlülüğü esas olarak avukatın yaptığı tüm iş veya işlemlerde iş sahibi adına basiretli davranmasını, kendi işiymiş gibi itimat göstermesini kapsamaktadır⁴². Avukat, hedeflenen sonucun başarılı olması için işin doğası gereği gerekli girişimlerde bulunmak, başarıyı engelleyecek davranışlardan kaçınmak zorundadır⁴³. Buradan da anlaşılacağı üzere özen yükümlülüğü işin üstlenilmesinden sonuçlanmasına kadarki dönemde mevcut olup, avukatın müvekkile, mahkemeye veya üçüncü kişilere/kurumlara yönelik tüm davranışlarında gündeme gelmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü ise esas olarak iş sahibinin kararını etkileme kapasitesi olan bilgileri kapsamakta ve sadece avukatın iş sahibine karşı davranışlarında söz konusu olmaktadır. Özen yükümlülüğü sözleşmenin kurulma anından sonra sözleşme kapsamındaki edimler ifa edilirken ortaya çıktığı halde; aydınlatma yükümlülüğü sözleşme kurulmadan önce de var olup, sözleşmenin gerekleri ifa edilmeden önce yerine getirilmelidir. Özen yükümlülüğü hem yapma hem de yapmama şeklindeki davranışları içerdiği halde; aydınlatma yükümlülüğü sadece yapma şeklindeki davranışları içermektedir. Bu karşılaştırmadan da anlaşıldığı üzere avukatın aydınlatma yükümlülüğü özen yükümlülüğüne dahil olmayıp, ikisi birbirinden bağımsız, fakat sık ilişkili yükümlülüklerdir⁴⁴. Konuyu örneklendirmek gerekirse; avukatın zamanaşımı süresinin dolmasına az kalmış bir dosyayı alıp süre geçtikten sonra dava açması özen yükümlülüğünün konusudur. Buna karşın zamanaşımı süresi dolan bir dosyayı alıp ret ihtimali konusunda iş sahibini bilgilendirmemesi aydınlatma yükümlülüğünün konusudur. Başka bir örnek ise davaya cevap dilekçesi verilmemesi üzerinden verilebilir. Cevap dilekçesinin sunulmaması ve bu sebeple ispat yükünün yerine getirilmemesi ihtimali temelde hem özen yükümlülüğünün hem de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurur. Avukatın iş sahibinin açık talimatıyla cevap dilekçesi vermemesi halinde özen yükümlülüğünün ihlalinden söz edilemez; ancak iş sahibinin cevap dilekçesinin verilmemesinin hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilmemiş olması halinde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık gündeme gelecektir.

⁴² BAŞPINAR, Veysel, Avukatın Özen Borcu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1-2, (s.39-62), s.45-46 / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.159-160

⁴³ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2002, 6.Bası, s.586

⁴⁴ AKİL, Cenk, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, (s.11-26), s.12, Dpn. 10 / Aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğü kapsamında olduğuna dair görüşler de vardır. BAŞPINAR (Özen), s.54 / GÜNERGÖK., age, s.65 vd. Yargıtay da bir kararında aydınlatma yükümlülüğünü özen görevi içerisinde görmüştür. (Bkz yukarıda dipnot-32, Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K)

Avukatın bilgi ve hesap verme yükümlülüğünün de aydınlatma yükümlülüğü ile karıştırılması mümkün olup⁴⁵, özünde birbirinden farklı yükümlülüklerdir⁴⁶. Bilgi ve hesap verme yükümlülüğü TTB Meslek Kuralları'nın 42. ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olup, avukatın sözleşme kapsamındaki iş veya işlemi yaptıktan sonra iş sahibine rapor vermesidir⁴⁷. Bu yükümlülük kapsamında avukatın yapılan işlemler ve alınan tedbirler kapsamında iş sahibini bilgilendirmesi, sözleşme kapsamına göre elde edilenlerin, yapılan masrafların ve hesap bakiyesinin anlaşılın ve ayrıntılı sunumu vardır⁴⁸. Bilgi ve hesap verme yükümlülüğü iş sahibinin aşamalar hakkında; aydınlatma yükümlülüğü ise iş sahibinin kararını etkileyecek hususlar hakkında bilgilendirilmesidir. Hesap verme yükümlülüğü genel olarak iş veya işlem sonuçlandıktan sonra doğduğu halde; aydınlatma yükümlülüğü mutlak olarak iş veya işlem yapılmasından önce doğar.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü ile ilintili diğer bir kavram ise bilgilendirmedir. Bu kavramın kendine has bir kullanımı olmayıp, kimi zaman aydınlatma, kimi zaman bilgi ve hesap verme anlamında⁴⁹ kullanılmaktadır. Dolayısıyla kullanım yerine göre aydınlatma yükümlülüğü anlamında bilgilendirme yükümlülüğü kavramının da kullanılması mümkündür.

Toparlayacak olursak; aydınlatma yükümlülüğü ifa öncesinde, özen yükümlülüğü ifa esnasında, hesap verme yükümlülüğü ise ifa sonrasında

⁴⁵ “Gerçekte de müvekkilin davasının açılıp açılmadığı, bulunduğu safha, mahkeme ara kararlarının yerine getirilip getirilmemesinin sonuçları hakkında bilgilendirmesi ve uyarılması gerekir. Bu müvekkil için bir hak, avukat için yükümlülük olduğu kadar faydalıdır da.” (MISIR, M. Haşim, Avukatlık disiplini Hukuku, TBB Yayınları, 2016, s.221) Yazar bu ifadelerin başlığını “Bilgi verme ‘aydınlatma’ yükümlülüğü” olarak yazmış olup, burada her iki yükümlülüğü aynı anlamda kullanmış ve bu yükümlülüğün özen ve sadakat yükümlülüğünün başka bir boyutu olduğunu belirtmiştir. Burada bir kavram kargaşası yaşandığı açıktır.

⁴⁶ Kişinin murisi olan abisinin avukatından, abisi hakkındaki dava ve takipler ile ilgili bilgi talebinin reddini konu alan TBB Disiplin Kurulu'nun 13.03.2015 tarihli 2014/608 E, 2015/190 K sayılı kararında; “Aydınlatma Yükümlülüğü” olarak da tanımlanan bilgi verme zorunluluğu, vekâlet ilişkisinin gereği olduğu gibi, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde sözü edilen “doğruluk”, “görevin özenle yerine getirilmesi” ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesindeki, “avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür” ve 4. maddesindeki “Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır” ilkelerinin de bir sonucudur.” demek suretiyle somut durumu aydınlatma yükümlülüğü olarak tanımlamış ise de bunun bilgi verme yükümlülüğü kapsamında olduğu, kararda kavram kargaşası yaşandığı açıktır.

⁴⁷ ÇELİK, M. Lamih, Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü, TBB Dergisi, S.67, 2006, s.399-420

⁴⁸ GÜMÜŞ, age., s.177 / YAVUZ, age., s.596

⁴⁹ Yargıtay 13.HD 2015/34551 E, 2018/304 K sayılı kararında tahsilat konusunda müvekkile bilgi ve hesap verilmemesini *bilgilendirme* kavramı ile ifade etmiştir.

gündeme gelmektedir. Başka bir ifade ile avukat, adım atmadan önce iş sahibini aydınlatmakla, adım atarken özenli davranmakla, adım attıktan sonra ise iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür.

C. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE KAPSAM DIŞINDA KALAN DURUMLAR

1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün tanımı dikkate alındığında bu yükümlülüğün kapsamı da kendiliğinden ortaya çıkar. Buradan hareket edildiğinde yükümlülüğün kapsamını avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir iş ile ilgili, iş sahibinin kararını veya tercihini etkileme kapasitesi taşıyan hukuki bilgi oluşturur. Avuktan aydınlatılması istenen hususların avukatlık mesleğine münhasır olması gerekir. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında dahil olan hususların avukatlık sözleşmesine konu olabilecek işlerden olması gerekmektedir. Bunun yanında aydınlatılması gereken hususun iş sahibinin karar verme iradesini veya kararını değiştirebilecek mahiyette ve hukuki bilgi ile alakalı olması gerekir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamındaki hususların tek tek tespiti ve sınıflandırılmasının zorluğu karşısında, kapsam dışında kalan hususların anlatılmasıyla konunun daha iyi kavranacağı düşünülerek, kapsamda kalan hususların genel hatlarıyla belirtilmesi ile yetinilmiştir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dışında kalan, yani aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı durumları, avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işlerle hakkındaki bilgiler, iş sahibinin iradesini etkileme ihtimali olmayan bilgiler, iş sahibinin aktarmadığı hususlara ilişkin bilgiler ve hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler olarak dört başlıkta toplayabiliriz.

2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı Dışında Kalan Durumlar

a. Avukatlık Sözleşmesine Konu Olamayacak İşler Hakkındaki Bilgiler

Avukat tarafından aydınlatılması gereken husus avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir işle ilgili olmalıdır. Avukatlık sözleşmesine konu olması mümkün olmayan bir iş sebebiyle avukat ve iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisinin olsa bile avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Zira aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilmesinde avukatın 'avukat' sıfatı etkili olmuştur. Bu sıfat ile yapılmayan hukuki işlemlerde avukatın 'herhangi biri' olarak hareket ettiği kabul edileceğinden aydınlatma yükümlülüğünden de bahsedilemez.

Örnek vermek gerekirse avukata taşınmaz satın almak üzere vekalet verilmesi halinde avukatın bu işlemin olası hukuki sonuçları konusunda iş

sahibini aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez⁵⁰. Avukat bu işlemde 'herhangi biri' olup, iş sahibi ile arasındaki sözleşme de avukatlık sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesidir⁵¹.

b. İş Sahibinin İradesini Etkileme İhtimali Olmayan Bilgiler

Avukatın iş sahibi adına yapacağı işlemlerin ne olacağı, nasıl bir süreç izleneceği gibi hususlar ile ilgili tüm bilgilerin iş sahibinin karar verme iradesini etkilemesi söz konusu değildir⁵². Bu sebeple avukatın tüm süreci detaylı olarak iş sahibine anlatmasına gerek yoktur. Ancak iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesi olan hususların olduğu yerde avukatın süreç ve işlemler hakkında bilgi vermesi gerekecektir. Yargıtay bir kararında temyizden her zaman vazgeçmenin mümkün olduğu gerekçesiyle avukatın müvekkilin rızasına başvurmadan temyiz yoluna başvurusunun akde aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁵³.

Aydınlatılması gereken hususun iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesi olmalıdır. İş sahibinin öğrendikten sonra kararını değerlendirmesini gerektirecek her durum aydınlatma yükümlülüğü içerisindedir⁵⁴. İş sahibinin riski bilerek hareket etmesi gerekir. Yani iş sahibinin olumsuz sonuçla karşılaştığında 'bilseydim' kelimesini kullanabileceği her ihtimal aydınlatma zorunluluğunu ortaya koyar.

Avukat, açacağı davanın zamanaşımı def'i ile karşılaşacağını öngördüğü takdirde, bu ihtimalde davanın ret olabileceğini ve dava masraflarının kendi üzerinde kalacağını iş sahibine anlatmakla yükümlüdür. Bu aşamadan sonra iş sahibi risk alıp almama yönünde karar verecektir. Başka bir deyişle, avukat iş sahibinin riski ile ilgili kararı iş sahibine bırakmış olur. Eğer avukat, riskin söz konusu olduğu durumlarda iş sahibini aydınlatmamışsa, bu hareketi ile riski kendi üzerine almış olur⁵⁵. Buna karşın mahkeme hakiminin izinli olması halinde tensip tutanağının başka bir hakim tarafından düzenleneceğine ilişkin

⁵⁰ Taşınmazın paylı mülkiyete konu olduğunu ve iş sahibinin tapu değerini düşük gösterilmesini istediğini varsayalım. Bu durumda avukatın olası ön alım davasında tapu değeri üzerinden karar verileceği, taşınmazı gerçek değerinin altında bir bedelle kaybetme ihtimalinin olduğu konusunda iş sahibini aydınlatması zorunlu değildir. Zira burada avukat sıradan bir vatandaşın da yapmaya yetkili olduğu bir işle görevlendirilmiştir.

⁵¹ Taşınmaz alım satımının bir hukuki işlem olduğundan şüphe yoktur. Ancak taşınmaz alım satımı ile ilgili vekalet vermek için vekilin avukat olması veya avukatlık ruhsatına sahip olması zorunlu değildir. Dolayısıyla burada avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan bir aydınlatma yükümlülüğü doğmaz.

⁵² Örneğin dava ile ilgili tevzi işlemlerinin işleyişi, hakim in havalesi, dilekçeler aşaması gibi bilgiler iş sahibinin karar verme iradesini etkileyecek mahiyette değildir.

⁵³ Yargıtay 13.HD 2007/2270 E, 2007/8126 K

⁵⁴ ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

⁵⁵ Aşağıda, avukatın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle doğacak sorumluluğu kısmında bu husus detaylandırılacağından, burada işaret etmekle yetinilmiştir.

detay iş sahibinin kararını etkileyecek bir bilgi olmadığından veya *risk* olarak nitelenemeyeceğinden, burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünden ve risk üstlenmesinden bahsedilemez.

Bu kısımda incelenmesi gerektiğine en çok önem verdiğimiz husus, avukatın davanın reddi halinde yargılama gideri ve vekalet ücretinin iş sahibi üzerinde kalacağı noktasında aydınlatma yapması gerekip gerekmediğidir. Bilindiği üzere davanın reddi halinde yargılama gideri ve vekalet ücreti kural olarak davası reddedilen tarafa yüklenir. Bu hukuki bir bilgi olmasına rağmen toplumun büyük kısmı tarafından da bilinir. Dolayısıyla iş sahibinin bu bilgiyi bildiği varsayılarak, bunun aydınlatma kapsamında olmayacağı düşünülebilir. Ancak bunun herkes tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bir durum olmaması ve bilinmesi halinde iş sahibinin iradesini etkileme kapasitesine sahip olması dikkate alındığında yükümlülük kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁶. Aksi takdirde iş sahibinin bunu bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediği yönünde subjektif bir araştırma yapılması gerekir ki bu da hukuki bir yol olmaz⁵⁷. Bu sebeple davanın reddi halinde iş sahibinin karşılaşacağı tüm sonuçları -dava türü ve tarafın kim olduğu önem arz etmeksizin- avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında kabul edilmelidir.

c. İş Sahibinin Aktarmadığı Hususlara İlişkin Bilgiler

Avukat ile iş sahibi arasındaki görüşmelerin temel amacı, avukatın sözleşme konusu işi her yönü ile öğrenmesidir. Bu öğrenme ise iş sahibinin doğrudan veya avukatın soruları üzerine verdiği bilgilerle sağlanır⁵⁸. İş sahibinin, iş ile ilgili tüm bildiklerini avukata aktarması, avukatın da mesleki deneyimlerine ve uzmanlığına dayanarak sözleşmeye konu iş ile ilgili önem arz eden hususları iş sahibine açıklattırması gerekmektedir⁵⁹. İş sahibinin önemli görmediği için avukata aktarmadığı ve avukatın soruları üzerine cevap vermediği veya yanlış cevap verdiği hususlar ile ilgili avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Yani avukatın aydınlatma yükümlülüğü iş sahibinin verdiği bilgilerle sınırlıdır.

Konuyu örneklemek gerekirse; hak düşürücü süreye tabi bir davada avukatın bu sürenin tespitine yarayan bilgileri öğrenmesi gerekir. Bunun için avukatın, davanın hak düşürücü süreye tabi davalardan olduğu ve hak düşürücü sürenin tespitine yarar bilgilerin kendisine verilmesini talep etmesi gerekir.

⁵⁶ Avukat, dava açılması halinde elde edilecek kazancın vekalet ücretine oranla daha az olduğu hususunu ikazla yükümlüdür. ŞENOCAK, Kemal, age., s.334

⁵⁷ İş sahibinin hukukçu olması halinde dahi avukatın yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir. Ancak yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle hak talebinde bulunulması, hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelecektir.

⁵⁸ CİMBAR, age., s.64

⁵⁹ ŞENOCAK, Kemal, age., s.336-340

Buna rağmen eksik veya yanlış cevap verilmesi halinde avukatın iş sahibini hak düşürücü sürenin etkisi ve sonuçları hakkında uyarması beklenemez.

Avukatın iş sahibine soru sorması gerekip gerekmediği, bu aşamada tartışılması gereken başka bir durumdur. Burada avukatlık mesleğinin teknik niteliği, hukuk bilgilerinin geniş olması, avukatın uyumsuzluklar hususunda mesleki tecrübe sahibi olduğunun kabul edilmesi, avukatın mevzuatı, içtihatları ve doktrini takip yükümlülüğünün⁶⁰ bulunması etkili olacaktır. Bunlar dikkatte alındığında, avukatın görüşme esnasında somut olayı aydınlatmaya elverişli ve sözleşme konusu iş ile ilgili önem arz eden tüm hususları iş sahibine sorması gerektiği ortadadır⁶¹. Bu hususlar avukatın özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Dolayısıyla bunun yerine getirilmemesi halinde avukatın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılır. Aydınlatma yükümlülüğü avukatın bildiği veya bilmesi gerektiği hususlarla ilgili nasıl davranılması gerektiği ve olası sonuçları hakkında bilgi vermeyi kapsadığından, avukatın soru sormayı ihmal etmesi -henüz bilinen bir şey olmadığından- aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemez.

d. Hukuk İlmine Dahil Olmayan Bilgiler

Aydınlatmanın konusu hukuki bilgi olmak zorundadır. Hukuk bilgisi dışında, teknik, fenni, biyolojik, zirai vs bilgiler avukatın aydınlatma yükümlülüğün içerisinde yer almaz⁶². Avukat *hukuk uzmanı* sıfatıyla hareket ettiğinden, kendisine yüklenecek borçların da bu sıfatla ilişkili olması gerekmektedir. Avukatın davaya konu sebzelerin dayanıklılığını, inşaat zemininin uygun olmadığını, makinenin teknik yetersizlik içerdiğini bilmesi beklenemeyeceği gibi bildiği varsayılsa bile bunu iş sahibine aktarmaya yönelik hukuki yükümlülüğü yoktur⁶³.

⁶⁰ AKİL, agm., s.14-17 / BAŞPINAR (Özen), s.52-54 / GÜNER, agm., s.564 / ŞENOCAK, Kemal, age., s.341-346

⁶¹ BAYDAR HALİÇ, age., s.44 / GÜNER, agm., s.565 / Avukat, hangi vakıaların önemli olduğunu müvekkiline oranla daha iyi bilebilecek konumdur. ŞENOCAK, Kemal, age., s.337

⁶² Bu gibi durumlar esasında avukatlık sözleşmesine konu olan borçlardan değildir. Avukatın borcu hukuki yardım sunmaktır. Dolayısıyla aydınlatmanın bir sınırı olarak belirttiğimiz '*hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler*' kısmının '*avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işler hakkındaki bilgiler*' sınırının kapsamında olduğuna yönelik eleştiri gelebilir. Fakat, avukatlık sözleşmesine konu olan bir hususta avukat bu mevzunun sadece hukuki yönüyle ilgilenebilir. Borçlunun teslim almaktan imtina ettiği bir tekne ile ilgili dava açıldığını varsayalım. Bu avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir mevzudur. Ancak avukat bu mevzu için iş sahibini sadece hukuk ilmi ile ilgili aydınlatma yükümlülüğündedir. Avukatın teknenin muhafaza edildiği yerdeki dalga/fırtına durumu ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Görüldüğü gibi avukatlık sözleşmesine konu olduğu halde, hukuk uzmanlık alanına girmeyen hususların bulunması da mümkündür.

⁶³ Dava konusu sebzelerin dayanıklılığı konusunda avukatın aydınlatma yükümlülüğü yoktur, ancak davanın uzun sürmesi sebebiyle böyle bir zarar meydana gelmiş ise avukatın davanın

Hukuk ilminin kapsamını kesin sınırlarla çizmek mümkün değildir. Her somut olaya göre hukukilik değerlendirmesi yapılmalıdır. Burada temel alınacak kıstas ilgili bilginin salt hukuk öğrenimi ile alakalı olup olmadığıdır. Aydınlatma gerektiren husus hukuk dışında teknik bir mevzuya veya hukuk öğrenimi olmaksızın öğrenilebilecek bir bilgiye ilişkinse burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Başka bir deyişle avukatın hukukçu kimliğini konuşturamayacağı durumlar yükümlülük kapsamında değildir.

D. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARAFLARI

Sözleşmenin tarafları olması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğünün de taraflarından birinin avukat, diğerinin de iş sahibi olması gerekir. Avukat aydınlatan, iş sahibi ise aydınlatılan sıfatını taşır.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinden doğan avukatın tekel hakkı dolayısıyla avukatlık sözleşmesinin bir tarafı avukat olmak zorundadır⁶⁴. Kanun'un 171/1. maddesi avukatın aldığı işi sonuna kadar takip zorunluluğunu hükme bağlamakla avukatın işi bizzat takip yükümlülüğünü benimsemiştir⁶⁵. Ancak, Kanun'un 171/2 maddesi ile vekaletnamede yetki olmak ve aksine yazılı sözleşme olmamak şartıyla işin başka bir avukat ile birlikte yürütülmesi veya işin başka avukata verilerek takibinin sağlanması mümkündür.

Avukatın işi bizzat takip etmek zorunluluğu, iş ile ilgili tüm işlemlerin de avukat tarafından bizzat yapılmasını da beraberinde getirmektedir. Bu durumda kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün de bizzat avukat tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir⁶⁶. Ancak kanunun verdiği yetki ile başkasını tevkilin mümkün olduğu durumlarda tevkil edilen avukatın da bu yükümlülüğü yerine getirmesi mümkündür. Zira asli edimi yerine getiren avukatın yan yükümlülük olan aydınlatmayı yapamaması hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Bu başlık altında irdelenmesi gereken önemli bir husus stajyer avukatların ve avukat yanında çalışan diğer kişilerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getiremeyeceğidir. Aydınlatma, yukarıda da açıklandığı üzere hukuki sürecin işleyişi, olası davranış biçimleri ve olası sonuçlar hakkında iş sahibinin bilgilendirilmesi olup esas itibarıyla danışmanlık hizmetidir. Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesindeki “*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde*

seyri ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

⁶⁴ “*Borçlar hukuku alanında, vekil olabilmek için fül ehliyetini haiz olmak yeterlidir. Ancak dava takibi bakımından “vekil” sıfatını taşıyabilmek için baroya kayıtlı avukat olmak gerekir.*” ASLAN, agm., s.1697

⁶⁵ AKCAN, Recep, Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3-4, 2001, (s.7-27), s.7

⁶⁶ CİMBAR, age., s.65

mütalaa vermek” ibaresi ile hukuki danışmanlık hizmeti avukatlık tekeline dahil edilmiştir. Kanun’un 46. maddesi avukatın işleri stajyer avukat veya sekreter eliyle yürütülebileceğini düzenlemiş ise de burada kastedilen elbette ki avukatlığın tekeli kapsamındaki işler değildir. Zira maddenin devamında, 23. ve 26. maddede stajyerin hukuki işlere ilişkin yapabileceği işler sınırlı olarak sayılmış, Staj Yönetmeliği’nin 17. maddesi ile de bu işler dışında stajyere iş yüklenemeyeceği düzenlenmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere stajyerlere yaptırılan işlerde esas amaç stajyerin güven kazanmasını sağlamaktır⁶⁷. Bu yolla avukatın yetki ve sorumluluklarını devretmesi amaçlanmamıştır.

Netice olarak aydınlatma yükümlülüğünün danışmanlık hizmeti kapsamında avukatın tekel hakkına sahip olduğu meselelerden olması, avukat yanında çalışan katip veya sekreterin hukuki işlerle ilgili kanuni yetkisinin bulunmaması, stajyer avukatların ise yetkilerinin kanunda sınırlı olarak sayılmış olması karşısında bu yükümlülüğün bizzat sözleşmenin tarafı olan avukat tarafından yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak sözleşmenin tarafı olan avukat tevkil yetkisi kapsamında bunu başka bir avukat aracılığıyla yerine getirebilir. Avukatlık sözleşmesi yapılmasındaki amacın avukatın hukuk uzmanlığına güven olması da dikkate alındığında aydınlatma yükümlülüğünün bir avukat tarafından yerine getirilmesinin zorunluluğu daha iyi anlaşılır.

E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA ZAMANI

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü sözleşme öncesi veya sözleşme esnasında bulunmaktadır. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün görüşmeler esnasında; sözleşme esnasındaki aydınlatma yükümlülüğünün ise aydınlatılması gereken iş veya işlemin yapılmasından önce yerine getirilmesi gerekir⁶⁸. İş veya işlem yapıldıktan sonra iş sahibinin aydınlatılması esas olarak önem arz etmemekle birlikte, istisnai bazı durumlarda önemli olabilir. Dava açıldıktan sonra iş sahibine bu davanın zamanaşımından reddedilme ihtimali açıklandığında, iş sahibinin davadan feragat etmek veya sulh olmak suretiyle uğrayacağı zararı azaltma yolunu düşünmesi muhtemeldir. Yani iş veya işlem yapıldıktan sonra aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi avukatın sorumluluğunu azaltabileceği gibi, tamamen ortadan da kaldırabilir. Bu durumda gecikmiş aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirilmesinde de fayda olduğu, hatta zararı azaltma yükümlülüğü anlamında zorunlu olduğu söylenebilir.

⁶⁷ SARAÇ, Filiz / ÖZTOPRAK, Burcu, Stajyer Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.20

⁶⁸ Yargıtay 13.HD 2009/13387 E, 2010/9493 K sayılı ilamında “Avukatın iş sahibini ‘Hukuken Aydınlatma’ yükümlülüğü için üstlenmesi ile başlar ve akdi ilişki süresince devam eder.” demiş ise de yukarıda da değinildiği üzere bu kararda aydınlatma özen yükümlülüğü içerisinde değerlendirildiğinden kanımızca burada özen yükümlülüğü anlamından hareketle bu sonuca ulaşılmıştır.

Sözleşme sonrası avukatın iş sahibini aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Başka bir deyişle avukatın sözleşmenin sona ermesinden sonra iş sahibinin hukuki olarak hangi adımları atması gerektiğini açıklama yükümlülüğü yoktur. Örneğin davanın kazanılmasından sonra avukatlık sözleşmesinin sona erdirilmiş ise avukatın iş sahibine hükmü icra etmesi veya hangi icra yolunu kullanması gerektiği hususunda bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁹. Avukatın sözleşmeden sonra yapılan iş ve işlemlerle ilgili (sözleşme ilişkisi son bulduğundan) iş sahibine bilgi vermesi ise 6098 sayılı TBK'nın 508. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesi kapsamında hesap verme yükümlülüğüne vücut vermektedir. Bu aşamadan sonra avukatın iş sahibi adına yapacağı bir işlem, sözleşme kapsamında bir ifası bulunmadığından, iş sahibinin hareket iradesini etkileme durumu da söz konusu olmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere aydınlatma yükümlülüğü ifa öncesine ait bir yükümlülüktür.

F. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü sözleşmeye konu edilen bir yükümlülük olmayıp, yukarıda da izah edildiği üzere dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük sözleşmenin tipini belirleyen yükümlülük olmadığından asli edim yükümlülüğü; sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflarca sözleşmeye dahil edilen bir yükümlülük olmadığından yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilemez.

Aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden kaynaklanması, ifaya yardımcı ve iş sahibini koruyucu vasfının bulunması, sözleşme içeriğine dahil asıl borcu oluşturmaması sebebiyle yan yükümlülük⁷⁰ niteliğindedir⁷¹.

Yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerine bağımlı olup bağımsız bir şekilde ifa edilmesi talep edilemezler. Ancak bu yükümlülüklere aykırı davranış sebebiyle zarar meydana geldiği takdirde bundan doğan zararın

⁶⁹ Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesine göre avukat aldığı işi sonuna kadar takip etmek zorundadır. Verdiğimiz örnekte bu maddenin aksine avukatlık sözleşmesinin açıkça sona erdirilmesi ihtimali söz konusudur. Sözleşmenin iradi veya zorunlu olarak sona erdirilmesi söz konusu olmadığı müddetçe avukatın ilamın icrası aşamasını da yürütmesi ve yükümlülüklerini sürdürmesi gerekmektedir.

⁷⁰ “Yükümlülük yerine getirilmediği takdirde borca aykırılık ve dolayısıyla zarar varsa tazminat sorumluluğuna yol açar. Yüküm ise yerine getirilmediği takdirde, bunu yerine getirmekle yükümlü kişinin bir hakkını kaybetmesi sonucu doğurur, diğer tarafa karşı bir sorumluluğa yol açmaz.” (KILIÇOĞLU, age., s.32). Avukatın aydınlatmayı ihmal etmesi halinde tazminat sorumluluğu gündeme gelebileceğinden aydınlatmanın yüküm değil de yükümlülük olduğu açıktır.

⁷¹ EREN, age., s.38,39 / KILIÇOĞLU, age., s.31 / KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, age., s.12

tazmini talep edilebilir⁷². Buradan da anlaşılmaktadır ki avukatın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde salt bu yükümlülüğün yerine getirilmesi dava konusu edilemez, ancak bu yükümlülüğe aykırılık sebebiyle bir zarar doğmuş ise zararın giderilmesi talep edilebilir.

III. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmeler hukuku anlamında bir yan yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle avukatın sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu ihlal avukatın disiplin sorumluluğuna, cezai sorumluluğuna veya hukuki sorumluluğuna yol açabilir.

Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesi ile “*Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında*” disiplin cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas olarak avukatlık mesleğinin itibarına hanel getirecek davranışlar yaptırma tabi tutulmuştur⁷³.

Avukatın disiplin sorumluluğunun doğması ve dolayısıyla disiplin cezası uygulanması için mesleğin saygınlığının zedelemesi şarttır⁷⁴.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü mesleğin prestijinden, verdiği güven ve dürüstlük imajından kaynaklandığından, bu yükümlülüğün ihlali aynı zamanda mesleğin saygınlığını zedeleyecek boyutlara ulaşabilir⁷⁵. Yükümlülüğün ihlali her somut olayda farklılık gösterebilir. Bu sebeple ihlal halinde mutlak olarak disiplin sorumluluğu doğmaz. Başka bir ifade ile aydınlatma yükümlülüğünün her ihlali değil, mesleğin itibarına zarar verebilecek şekildeki ihlleri disiplin

⁷² EREN, age., s.37 / KILIÇOĞLU, age., s.31

⁷³ “...avukatların dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uymaları, her koşulda hukuktan ve gerçeklerden ayrılmamaları ve mesleğin saygınlığını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmaları mesleğin toplumsal önemi bakımından en önemli ilkeler olarak öne çıkmaktadır.” TBB Disiplin Kurulu'nun 03.04.2009 tarihli 2009/7 E, 2009/171 K sayılı kararı

⁷⁴ BAYDAR HALİÇ, age., s.93

⁷⁵ “Avukatın daha ilk görüşmede 2001 yılında vaki bir idari işlemin iptali için gerekli araştırma, inceleme yapmadan ve işin takibinde hukuki yarar bulunup bulunmadığını tartışmaksızın işi kabul ve iş sahibini uyarmaması, asla kabul edilemez. Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancı ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan özenle kaçınarak yapmak zorundadır.” TBB Disiplin Kurulu'nun 06.09.2013 tarihli 2013/124 E, 2013/673 K sayılı kararı / Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmesine rağmen sonuç iş sahibinin istediği şekilde gerçekleşmiş olabilir. İş sahibi riski öğrenmemiş ve risk meydana gelmemiş olduğundan mesleğin saygınlığını zedeleyecek ve disiplin sorumluluğunu gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır.

sorumluluğuna yol açar⁷⁶.

Avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi kapsamında kamu görevlisi olması⁷⁷ ve aydınlatma yükümlülüğünün görevinin gereği olması sebebiyle bu yükümlülüğün ihlali halinde oluşabilecek suç TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur. Bu suç maddenin birinci fıkrasında icrai bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması şeklinde, ikinci fıkrasında ise ihmali bir hareketle görevin gereklerine⁷⁸ aykırı davranılması şeklinde düzenlenmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenen suçlardandır⁷⁹. Eylemin cezalandırılması için kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir⁸⁰.

Aydınlatmanın yükümlülük olması ve avukatın bu yükümlülüğünü görevin gereği olarak yerine getirmek zorunda olması karşısında, yükümlülüğün kasıtlı olarak veya ihmalen yerine getirilmemesi ve bunun sonucu olarak kişilerin mağdur olması durumunda avukatın davranışı görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir.

B. AVUKATIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Avukatın sözleşme görüşmeleri esnasında da aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğün ihlalini iki ihtimalli

⁷⁶ Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmesine rağmen sonuç iş sahibinin istediği şekilde gerçekleşmiş olabilir. İş sahibi riski öğrenmemiş ve risk meydana gelmemiş olduğundan mesleğin saygınlığını zedeleyecek ve disiplin sorumluluğunu gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır.

⁷⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, 2009, (s.151-156), s.154

⁷⁸ "Görevin gerekleri, failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge, emir veya talimat gibi düzenleyici işlemlerle ve idari düzenlemeler ile belirlenir. Failin görevli olduğu kamusal faaliyet alanına ilişkin mevzuata göre görevinin gerektirdiği davranış normu tespit edilmelidir. Görevin gereği bazen de mevzuatla birlikte yapılacak işin teknik zorunlulukları, idari geleneklerle veya ilgili alandaki genel uygulamalarla tespit edilir." YOKUŞ SEVÜK, Handan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.39, 2018, (s.257-316), s.271

⁷⁹ Kişinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi veya görevi olan, kendisinden beklenen yönde icrai davranışta bulunmaması bu suçun kast unsuru oluşturmaktadır. Burada kamu görevlisinin ihmalinin sonucunda kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine sebebiyet verdiğini ya da üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağladığını bilmesi gerekli değildir. Kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı bir davranışı gerçekleştirdiği bilinciyle hareket etmesi cezalandırılması açısından yeterlidir. ÜZÜLMEZ, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, 2012, (s.191-216), s.203,206

⁸⁰ Bu neticelerden birinin gerçekleşmemesi halinde suç oluşmaz. YOKUŞ SEVÜK, agm., s.282

değerlendirmek gerekmektedir. İlk ihtimal sözleşme ilişkisi kurulmaksızın sözleşme görüşmelerinde meydana gelen ihlal, ikinci ihtimal ise sözleşmenin kurulmuş olması halinde meydana gelen ihlaldir⁸¹.

Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında bir hukuki ilişki meydana gelir ve bu kapsamda tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi beklenir⁸². Bu sebeple tarafların sözleşmenin kurulup kurulmaması noktasında birbirlerinin yararını etkileyecek olan, bildikleri veya bilmeleri gereken maddi ve hukuki konular hakkında birbirlerini bilgilendirmeleri gerekir⁸³. Bu yükümlülükler uymayan taraf sebep olduğu zarardan sorumlu olur. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan bu sorumluluk (culpa in contrahendo), taraflardan birinin güven ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak diğer tarafı yanıltmasıdır⁸⁴. Bu noktada avukatın sözleşme görüşmelerinde iş sahibi adayını aydınlatmaması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu doğar. Avukatın hak düşürücü süreye uğramayan bir uyuşmazlık görüşmesinde talebin hak düşürücü süreye uğradığını belirtmesi yükümlülüğün ihlaline ve avukatın sorumluluğuna yol açar.

Geçerli olarak kurulan avukatlık sözleşmesinden dolayı avukatın hukuki sorumluluğunun doğması için akdin ihlal edilmiş olması, avukata izafe edilecek bir kusurun bulunması, iş sahibinin zarara uğramış olması⁸⁵ ve uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁸⁶.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü bulunduğundan, yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya hatalı olarak yerine getirilmesi halinde avukatın kusurlu olduğu ve akde aykırı davrandığı kabul edilmektedir. Bu davranış ayrıca bir zarara da yol açtığı takdirde avukat bu zarardan sorumlu olacaktır. Her uyuşmazlıkta bir risk vardır. Avukat bu riskle ilgili iş sahibini aydınlatmak ve rızasını almak zorundadır. Aydınlatmayı yapmayan ve iş sahibinin rızasını almayan avukat bu riski kendi üzerine almış olur ve meydana gelen zarardan sorumlu tutulur.

⁸¹ Avukatın hukuki danışma hizmeti de verdiği durumlarda bir avukatlık sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıktır. Bu durumda danışmanlık ilişkisindeki yükümlülük ihlalleri sözleşme görüşmesinde meydana gelen ihlal olarak kabul edilemez.

⁸² EREN, age., s.1083 / OĞUZMAN/ÖZ, age., s.68

⁸³ EREN, age., s.1084 / KILIÇOĞLU, age., s.92

⁸⁴ ARIKAN, Mustafa, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1, 2009, (s.69-89), s.70 / DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa İn Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 201, (s.239-288), s.244 / EREN, age., s.1084 / KILIÇOĞLU, age., s.92 / OĞUZMAN/ÖZ, age., s.68-69

⁸⁵ Salt sözleşmeye aykırılık tazminat sorumluluğu doğurmaz. (Yargıtay HGK 201/13-561 E, 2019/655 K)

⁸⁶ ŞENOCAK, Zarife, agm., s.8-31

Konuyu örneklendirmek gerekirse; avukatın hak düşürücü süresi geçen bir davada iş sahibini aydınlatıp onayını almadan dava açtığını varsayalım. Burada avukatın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Ayrıca davanın reddi halinde iş sahibinin karşı tarafa vekalet ücreti ödemesi ve yargılama masraflarının kendi üzerinde kalması sebebiyle zararı bulunmaktadır. İş sahibinin aydınlatılması durumunda davanın açılmasına onay vermeyeceği kuvvetle muhtemel olduğundan, avukatın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı olduğu da ortadadır. Bu durumda avukat, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı meydana gelen zarardan sorumludur.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü kamu düzenine ilişkin olmadığından ancak ileri sürüldüğü takdirde dikkate alınabilir. İleri sürülen vakıya (yani aydınlatma yapıldığına) bağlanan hukuki sonuç (avukatın zarardan sorumlu tutulmayacağı) avukat lehine olduğundan HMK'nın 190/1 hükmü gereğince ispat yükü avukat üzerindedir. Avukat, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamak zorundadır. Aksi düşüncede, iş sahibinin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ispatlaması gerekecektir ki; bu da hayatın olağan akışı karşısında oldukça güçtür.

SONUÇ

Hukuk uzmanı sıfatıyla hareket eden, dürüstlük kuralına ve güven ilkesine uygun davranması gereken, saygın bir mesleği icra eden avukat, iş sahibinin kararını etkileme ihtimali olan bütün konularda iş sahibini aydınlatmakla yükümlüdür. Avukat, iş sahibini uyuşmazlığın ve işin olası sonuçları, riskleri hakkında bilgilendirmek zorundadır. İş sahibinin işin devam edip etmemesi konusunda kararını özgürce ve tam bir bilinçle vermesi için bu aydınlatma zorunludur.

Aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı dürüstlük ilkesidir. Bu sebeple kanundan ve sözleşmeden doğan özen ve hesap verme yükümlülüklerinden farklıdır. Aydınlatma yükümlülüğü avukatlık sözleşmesindeki edimlerin ifa edilmesinden öncesine ilişkin olup, edimlerin icrası esnasındaki özen yükümlülüğü veya edimin ifasından sonra gündeme gelen hesap verme yükümlülüğünden farklıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı avukatlık sözleşmesine konu olabilecek bir iş ile ilgili, iş sahibinin kararını veya tercihini etkileme kapasitesi taşıyan hukuki bilgiden ibarettir. Bunun sonucu olarak avukatlık sözleşmesine konu olamayacak işlerle ilgili bilgiler, iş sahibinin iradesini etkileme ihtimali olmayan bilgiler, iş sahibinin aktarmadığı hususlara ilişkin bilgiler ve hukuk ilmine dahil olmayan bilgiler yükümlülük kapsamında değildir.

Aydınlatma yükümlülüğü bizzat avukat tarafından, iş veya işlemin ifasından önce yerine getirilmelidir. Aydınlatılacak kişi ise iş sahibidir.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğü hukuki nitelik olarak bir yan yükümlülüktür. Bu niteliğinden dolayı ihlal edilmiş olması tek başına davaya konu edilemez. Ancak bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle bir zarar doğmuşsa dava ve talep konusu olabilir.

Avukatlık mesleğinin niteliği, prestiji ve toplumdaki güven imajı dikkate alındığında bu yükümlülüğün ihlalinin yaptırımı tabi tutulması olağandır. Yükümlülüğün ihlali halinde avukatın Avukatlık Kanunu, Avukatlık Meslek Kuralları ve genel kanun hükümleri karşısında disiplin sorumluluğu, cezai sorumluluğu ve hukuki sorumluluğu vardır.

Avukatın aydınlatma yükümlülüğünü hakkıyla yerine getirmesi halinde, mesleğin güven ve prestiji daha da sağlamlaşır ve avukatın toplumdaki olumsuz imajı silinir.

KAYNAKÇA

- **AKCAN**, Recep, Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3-4, 2001, s.7-27
- **AKİL**, Cenk, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (1), 2012, s.11-26
- **AKSU**, Raziye, Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği, TAA Dergisi, Y.7, S.27, 2016, s.861-890
- **ALASLAN**, Fatma, Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2016, s.413-431
- **ARIKAN**, Mustafa, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1, 2009, s.69-89
- **ASLAN**, Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2004, s.1669-1711
- **AYDIN**, Necmettin, Avukatlık Mesleğinin Niteliği, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.401-408
- **BAŞPINAR**, Veysel, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, s.463 -478 (BAŞPINAR, Sözleşme)
- **BAŞPINAR**, Veysel, Avukatın Özen Borcu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1-2, s.39-62 (BAŞPINAR, Özen)
- **BAYDAR HALİÇ**, Özge, Avukatın Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara, 2020
- **BURCUOĞLU**, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S.49, 2003, s.49-82

- **CİMBAR**, Ferhat, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019
- **ÇELİK**, M. Lamih, Meslek Kurallarında Avukatın Bilgi Verme Yükümlülüğü, TBB Dergisi, S.67, 2006, s.399-420
- **DURAK**, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa İn Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 201, s.239-288
- **ERBEK**, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir, 2010
- **EREN**, Fikre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, 21.Bası
- **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, 2009, s.151-156
- **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014,
- **GÜNER**, Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2011, 5.Baskı
- **GÜNER**, Semih, Avukatın Özen Yükümlülüğü, TBB Dergisi, 2000/2, s.557-586
- **GÜNERGÖK**, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 2013, 3.Baskı
- **İPEK**, Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016
- **KARA**, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yay., Ankara, 2015
- **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 20. Baskı
- **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 7.Bası, İstanbul, 2017
- **MISIR**, M. Haşim, Avukatlık disiplin Hukuku, TBB Yayınları, 2016
- **OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 8.Baskı
- **SARAÇ**, **Filiz/ÖZTOPRAK**, Burcu, Stajyer Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012
- **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral, Avukatlık Mesleği, Fakülteler Yay., İzmir, 2013, 4. Baskı
- **ŞENOCAK**, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000
- **ŞENOCAK**, Zariife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, s.5-33

- **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 7.Bası
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.sozluk.gov.tr
- **UYSAL**, Levent, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.6, 2008, s.2955-293
- **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, 2012, s.191-216
- **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2002, 6.Bası
- **YILMAZ**, Ejder, Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, 1995, s.193-208
- **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.39, 2018, s.257-316