

YARGI ORGANLARINCA HÜKMEDİLEN VEKÂLET ÜCRETİNİN AİDİYETİ SORUNU

(The Problem Of Ownership Of Retainer Judged By The Judicial Bodies)

Mehmet ŞİMŞEK¹

ÖZ

Yargı organlarınca davayı kaybeden tarafça ödenmesine karar verilecek vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında sayılması konusunda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) arasında bir uyuşmazlık bulunmamakta ise de, söz konusu vekâlet ücretinin asil lehine mi yoksa vekil lehine mi hükmedileceği konusunda söz konusu kanunlarda farklı hükümler mevcuttur. Yargı organlarınca, davayı kazanan taraf lehine, davayı kaybeden tarafça ödenmek üzere yargılama gideri olarak hükme bağlanan vekâlet ücretinin hukuki niteliği, bu şekilde bir düzenlemeye gerek duyulmasının sebepleri ve söz konusu vekâlet ücretinin asile mi yoksa avukata mı ait olduğu ya da olması gerektiği bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vekâlet Ücreti, Yargılama Giderleri, Avukat, Avukatlık Ücreti, Yargı Organlarınca Hükmedilen Avukatlık Ücreti

ABSTRACT

The lawful qualification of litigation expenses, in the subject of the retainer which would be paid by the losing part is accepted among the litigation expenses, if there is no conflict between In 1136 Legal Practitioners Act, 6100 Civil Justice Rule (CJR) and abrogated of 1086 Civil Procedures Law (CPL), whether the retainer will be judged in favour of the person or lawyer of that person. The lawful qualification of litigation expenses, adjudged as a retainer to be paid by the losing part of the litigation in favour of prevealing party by the judicial body, the reason why it is needed such a devising and whether the retainer is belong to the person or lawyer in that case or what it should be consist of the subject of this article.

¹ İstanbul Vergi Mahkemesi Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Doktora Öğrencisi, simsekmehmet@adalet.gov.tr



Keywords: Retainer, litigation costs, lawyer, the retainer judged by the judicial bodies, attorney's fee

GİRİŞ

Bilindiği üzere HMK'nın 323. maddesinde vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır. HUMK'un 423. maddesinde de vekil ücretleri muhakeme masrafları arasında gösterilmiştir. HMK'nın 326. maddesinde, kanunda yazılı hâller dışında yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği; benzer şekilde HUMK'un 426. maddesinde de lehine hüküm verilen taraf için tahsil olunacak masarifi muhakeme miktarının hükümde gösterileceği, 417. maddesinde de söz konusu muhakeme masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağı belirtilmiş olup, bu hükümlere göre, vekâlet ücretinin de dâhil olduğu yargılama giderlerinin kısmen ya da tamamen aleyhine hüküm verilen taraftan alınarak, kısmen ya da tamamen lehine hüküm verilen tarafa verileceği anlaşılmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde ise, dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olduğu ve bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği ve haczedilemeyeceği; HMK'nın 330. maddesinde ise vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücretinin, taraf lehine hükmedileceği kuralı mevcuttur. HUMK'un 426. maddesinde yer alan, *lehine hüküm verilen taraf için tahsil olunacak masarifi muhakeme miktarının hükümde gösterilmesi gerektiğine dair kuraldan da yine davayı kaybeden tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin asil adına hükmedileceği anlaşılmaktadır.*

Avukatlık Kanunu'nda yer alan yukarıda belirtilen hüküm, yargılama giderlerinin tarafa ait olması ilkesine ters bir düzenleme içermekte, bu nedenle HMK'da ve HUMK'ta yer alan düzenlemelere aykırı olması nedeniyle, hangi kanun hükmünün uygulanacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca, Avukatlık Kanunu'ndaki düzenleme nedeniyle söz konusu vekâlet ücretlerinin avukatların mamelekine girmesi halinde, vergi kanunları karşısında da bir takım problemler doğmaktadır (Örneğin, avukatın aldığı bu para için serbest meslek makbuzu düzenleyip düzenlemeyeceği, KDV hesaplayıp hesaplamayacağı ve avukata ödeme yapan kişinin gelir vergisi bakımından stopaj yapıp yapmayacağı gibi.).

Bu çalışmada öncelikle, inceleme konusu olan yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılacak, ardından, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile HMK ve

HUMK' ta yer alan düzenlemelerden hangisinin uygulanması gerektiği ve Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususu irdelenecektir.

I. VEKÂLET ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Avukatlık Faaliyeti Nedeniyle Elde Edilen Vekâlet Ücreti

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği belirtilmiş olup, maddede de ifade edildiği üzere avukatın müvekkiline ya da iş sahibine vermiş olduğu hukuki yardım sonucu elde ettiği kazanç, avukatlık ücreti olarak adlandırılır². Avukatlık faaliyetinin bir serbest meslek³ faaliyeti olduğu konusunda ise kuşku bulunmamaktadır⁴.

Avukat ile iş sahibi arasındaki bir vekâlet akdine istinaden avukatlık hizmeti (örneğin yargı organları nezdinde iş sahibini temsil etme) verilebileceği gibi, vekâlet akdi olmadan da (örneğin sözlü ya da yazılı danışma, dava dilekçesi hazırlama veya bir sözleşme hazırlama gibi) avukatlık hizmeti verilebilir. Her ne şekilde olursa olsun, avukat ile iş sahibi arasında akdedilen (yazılı ya da sözlü)⁵ bir sözleşmeye istinaden avukat tarafından yapılan iş ve işlemler avukatlık hizmeti; bu iş ve işlemler karşılığında iş sahibince verilen bedel de avukatlık ücretidir. İş sahibi ile avukat arasında akdedilen sözleşmede avukatlık ücreti, Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde⁶ belirlenen sınırlar dâhilinde serbestçe kararlaştırılabilir. Yapılan sözleşmede bir ücret kararlaştırılmamış olması, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmaması, ücret sözleşmesinin belirsiz olmaması, tartışmalı olması veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayılması hallerinde ise değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için, avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki dava konusunun değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanarak avukatlık ücreti tespit edilir⁷.

2 PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2009, s.625.

3 Avukatlık Kanunu'nun 1.maddesinde "*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.*" hükmü yer almaktadır.

4 BİLİCİ Nurettin, 12. Baskı, **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, s.179. ; ÖNCEL Mualla/ KUMRULU Ahmet/ ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, s.299. ; SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınları, s.396. ; YILMAZ Zekeriya, **Hukukta Yargılama Harç Ve Giderleri İle Vekâlet Ücreti**, 1. Baskı, Ankara, 2000, s.59.

5 Bkz. Avukatlık Kanunu Md. 163

6 Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin dayanağı, Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesidir.

7 Bkz. Avukatlık Kanunu Md. 164



B. Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücreti

HMK'nın 323. maddesinde vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Söz konusu maddede celse, karar ve ilam harçları, dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri, dosya ve sair evrak giderleri, geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler, keşif giderleri, tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler, vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar, vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri ile yargılama sırasında yapılan diğer giderler de yargılama giderleri olarak belirlenmiş olup, söz konusu giderlerin niteliği dikkate alındığında, yapılan yargılama faaliyeti nedeniyle sarf edilen paranın, yargılama gideri olarak tespit edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, söz konusu maddede belirtilen yargılama giderlerinin davanın taraflarınca yapılan giderleri kapsadığı da açıktır. Ancak, keşif ve/veya bilirkişi giderlerinin hazine tarafından karşılanması halinde olduğu gibi, bazen taraflarca sarf edilmeyen yargılama gideri de bulunabilir⁸. Bu durumda dahi, hükümle birlikte başlangıçta hazineden karşılanan keşif ve/veya bilirkişi ücreti haksız çıkan tarafa yükletilmektedir⁹ ve sonuçta söz konusu gider yine yapılmış olmakta ve davanın bir tarafına yükletilmek suretiyle davanın bir tarafınca karşılanmış olmaktadır.

HMK'nın 326. maddesinde, kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği, davada iki taraftan her birinin kısmen haklı çıkması halinde, mahkemenin, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşıracağı, aleyhine hüküm verilenlerin birden fazla olması halinde ise mahkemece yargılama giderlerinin bunlar arasında paylaşırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebileceği kurala bağlanmıştır. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmesi ile, haksız ya da hukuka aykırı iş ya da işlemler nedeniyle maddi bir külfete katlanan şahsın zararının giderilmesi amaçlanmaktadır. Nitekim HMK'nın 326. maddesinin gerekçesinde, vekâlet ücretinin, davada haklı çıkan tarafın davasını vekille takip etmesi durumunda, diğer yargılama giderlerinin dışında, lehine hükmedilen bir tutar olduğu, bu ücretin, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanacağı

8 HMK Md.325

9 HMK Md.325

ve yargılama giderleri kapsamında olduğu belirtilmiştir¹⁰.

Görüldüğü üzere, haksız bir iş veya işlem nedeniyle dava açmak zorunda kalan ya da kendisine karşı haksız bir şekilde dava açılan kişinin katlandığı masrafların söz konusu kişiye iadesinin sağlanması, adalet anlayışının, hakkaniyetin, Anayasa'yla ve uluslararası sözleşmelerle korunan mülkiyet hakkının korunması ve hak arama özgürlüğü ilkelerinin bir gereğidir. Ayrıca bu durum, hayatın olağan akışına ve mantık kurallarına uygun bir düzenlemedir. Bir Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararında ise davada haksız çıkan taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin esas itibariyle Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine¹¹ dayandığı belirtilmiştir.¹²

C. Hangi Durumlarda Yargı Organlarınca Vekâlet Ücretine Hükmedileceği Sorunu

Yargı organlarınca vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için öncelikle bir tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi ve davanın da kısmen ya da tamamen bu taraf lehine neticelenmesi gerekmektedir. Ancak bu konuda bazı farklı düşünce ve uygulamalara rastlamaktayız. Konuyu Danıştay kararlarından vereceğimiz örneklerle açıklayabiliriz:

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 25.05.2007 gün ve Esas No:2007/63, Karar No:2007/206 sayılı kararında¹³, mahkemece, davanın vergi asıllarına yönelik kısmının reddedildiği, vergi ziyai cezalarının ise vergi aslının bir katı tutarını aşan kısmının, Anayasa Mahkemesinin vergi ziyai cezasına ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak verdiği iptal kararı nedeniyle iptal edildiği belirtilerek, ceza kesme işleminin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olan cezanın, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı nedeniyle kısmen hukuka aykırı hale gelmesinde davalı idareye kusur yüklenemeyeceği gerekçesiyle, ilk derece mahkemesi hükmünün, davalı idare aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmını bozmuştur. Görüldüğü üzere Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca vekâlet ücretine hükmedilmesi konusunda aleyhine vekâlet ücretine hükmedilen tarafın kusurlu olması şartı getirilmiştir. Oysa HMK'da (ya da HMUK'ta) bir taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için kanunda yazılı haller dışında her hangi bir şart öngörülmemiş, aleyhine hüküm verilmesi yeterli görülmüştür. Kaldı ki, bir kısım idari davalar ve özellikle vergi davaları açısından kusur şartı

10 Online. 10.08.2015 http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari_/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf

11 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi şu şekildedir: *Gerek kasten gerek ihmal ve tesseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Ahlaka muğayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.*

12 ALDEMİR Hüsnü, **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.70.

13 Danıştay Dergisi, 117. Sayı: 81-82-83



aranması vergilendirmenin özüne aykırıdır. Zira, bir kişi hakkında vergi tarh edilmesi ya da vergi cezası kesilebilmesi için söz konusu kişinin kusurlu olması şartı bulunmamaktadır (vergi cezaları açısından kusurun aranması gerektiği iddia edilebilir). Dolayısıyla, aleyhine vergi tarh edilen ve/veya vergi cezası kesilen ve bunu dava konusu eden tarafın davayı kaybetmesi halinde aleyhine vekâlet ücretine hükmedilebilecek olup, kendisinin kusurunun bulunmadığını ispatlayarak vekâlet ücretinden kurtulması mümkün değildir.

Danıştayın yukarıda belirttiğimiz türde başka da kararları bulunmakta olup, çoğunluğu, bahsi geçen kararda olduğu gibi işlemin tesis edildiği tarihte hukuka uygun olduğu ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra hukuka aykırı hale geldiği belirtilen durumlarla ilgilidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğine dair Anayasa hükmü açık olup¹⁴, aslında Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile bir idari işlemin hukuka aykırı hale gelmesi mümkün değildir. Zira, idari yargıda idari işlemlerin hukuka uygunluğu -doğal olarak- tesis edildikleri tarih itibarıyla denetlenmektedir. Kaldı ki, bahsi geçen Danıştay kararında dahi, dava konusu edilen vergi ziyai cezasının, ceza kesme işleminin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olduğu belirtilmiştir. Kanımızca, Danıştay tarafından söz konusu Anayasa hükmü dikkate alınmayarak, tesis edildiği tarihte hukuka uygun olan işlem iptal edildiğinden, adeta, davalı idareye yapılan bu haksızlığı daha da ağırlaştırmamak amacıyla aleyhine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de benzer şekilde mevzuat değişikliği nedeniyle davanın reddi halinde karşı taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁵

Öte yandan Danıştay Beşinci Dairesinin 06.12.1988 gün ve Esas No:1988/2865, Karar No:1988/3291 sayılı kararı¹⁶ ile, davacının, dava dilekçesini kendisinin imzaladığı ancak dilekçesine ekli olarak bir avukata ait vekaletnameyi de mahkemeye sunduğu, vekaletnamede adı geçen avukat tarafından davanın açılmasından karara bağlanmasına ve dosyanın Danıştaya gönderilmesine kadar geçen süre içinde vekil tarafından yapılmış hiçbir etkinlik bulunmadığı halde davacı lehine avukatlık ücretine hükmedildiği, oysa 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde ifade edilen "*Avukatlık ücreti, avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder.*" hükmü nedeniyle, vekalet görevini üstlendiği halde hiç bir hizmeti geçmeyen avukatın vekalet ücretine hak kazanmasının olanaklı olmadığı gerekçesiyle mahkeme kararının vekalet ücretine ilişkin

14 1982 Anayasası Md. 153

15 YILMAZ, age, s.281

16 Online. 24.02.2013 www.danistay.gov.tr

kısmı bozulmuştur. Söz konusu kararda karşı oyu bulunan iki üye ise, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde sözü edilen "hizmet", dilekçelerin bizzat vekil tarafından imzalanması gereğini ifade etmeyip, usulüne uygun olarak düzenlenmiş vekâletnamenin dosyaya ibrazının, verilen veya verilecek hizmeti ifade ettiği, nitekim avukatlık ücret tarifelerinde de davanın hangi aşamasında olursa olsun vekil tayin olunması halinde, vekâlet ücretinin tamamına hükmedileceğinin öngörüldüğü gerekçesiyle, vekâlet ücretine hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını savunmuşlardır.

Danıştay 5. Dairesinin 17.07.2009 gün ve Esas No:2008/300, Karar No: 2009/4604 sayılı kararında¹⁷ ise Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği, 168. maddesinde ise avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı düzenlendiği, söz konusu maddenin yollamada bulunduğu 2007 yılı Avukatlık Ücret Tarifesi'nin 5. maddesinde ise, hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukatın, tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanacağını belirtildiği, idare mahkemesince dosyanın tekemmülü sağlandıktan sonra ve karar tarihinden önce davacı avukatının vekâletnamesini idare mahkemesine sunduğu ve vekâlet ücreti ile dava masraflarının davalı idareye yükletilmesini istediği, bu nedenle davacı vekilinin vekâlet ücretine hak kazandığı belirtilmiştir.¹⁸

Görüldüğü üzere bazı yargı organları vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için avukatın bir emeğinin varlığını ararken, bir kısmı ise sadece vekâletnamenin varlığını aramaktadır. Kanımızca vekâletnamenin dosyaya ibrazı tek başına vekâlet ücretine hükmedilmesini gerektirmemektedir. Çünkü, belli bir iş için vekâlet verilmesi mümkün olduğu gibi, vekâletname bir avukatlık sözleşmesi olmadığından ve vekalet akdinde süre sınırı da bulunmadığından, ileride gerek duyulması halinde, birden fazla ve belirsiz işler için kullanılmak üzere de (genel) vekâlet verilebilmektedir. Bu gibi hallerde örneğin davacının bizzat davasını açtığı, başka belgelerle birlikte ileride avukatına görev vermesi ya da avukatı ile o işe ilişkin avukatlık sözleşmesi akdedilmesi halinde avukatının davayı takip edebilmesi için dilekçesine vekâletnameyi de eklemiş olabilir. Sırf söz konusu vekâletnamenin varlığı, o davanın avukat tarafından yürütüldüğü anlamına gelmemektedir. Vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için yazılı bir avukatlık sözleşmesi aranmamakta ise de, davanın tarafı ile avukatı arasında

¹⁷ Online. 13.08.2015 www.danistay.gov.tr

¹⁸ Danıştay Beşinci Dairesinin aksi yöndeki bir karar için bkz. 06.12.1988 gün ve Esas No:1988/3291, Karar No:1988/2865, Danıştay Dergisi Sayı:74-75



yazılı ya da yazılı olmayan böyle bir sözleşmenin var olduğu kabul edildiği için vekâlet ücretine hükmedilmektedir. Avukatın dava ile ilgili bir işlem yapması, böyle bir sözleşmenin varlığının karinesidir. Ancak bize göre dosyada tek başına vekâletnamenin bulunması bu şekilde bir sözleşmeye karine değildir. Buna karşın vekâletname, dava açıldıktan sonra avukat tarafından sunulmuş ise –ki bu hallerde genellikle vekâletnamenin ibrazına ilişkin dilekçede davayı takip iradesi de belirtilmektedir- bu durumda avukat ile müvekkili arasında avukatlık sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Ancak yine de, avukat tarafından bizzat vekâletname dosyaya ibraz edilmiş olsa dahi, davanın ilerleyen safhalarında kanun gereği yapılması gereken (örneğin replik-düplik dilekçeleri verilmesi gibi) işlemlerin avukat tarafından yapılmaması halinde bahsettiğimiz karinenin aksinin ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. İlerde hangi aşama olursa olsun avukat tarafından davayla ilgili bir iş yapılması halinde avukatın sarf ettiği emeğe bakılmaksızın vekâlet ücretinin tamamına hükmedilmesi ise kanun gereğidir.

Bize göre, vekâlet ücretine hükmedilebilmesi için avukata o işi takip yetki ve görevinin verilmiş olduğunun, o işten dolayı avukatın ücrete hak kazandığının, müvekkilinin ücret borcu altına girdiğinin ve dolayısıyla bir yargılama gideri sarf edildiğinin ispatı gerekmektedir. Bu ise, o iş için yapılmış bir avukatlık sözleşmesinin ibraz edilmediği hallerde ancak avukatın yargı organları nezdinde vekâletname ibraz ederek yargısal faaliyete bir katkıda bulunması ile ortaya konulabilecektir. Dolayısıyla, (yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz istisna dışında) her hangi bir aktivitede bulunmayan avukatın müvekkili adına vekâlet ücretine hükmedilmesi mümkün değildir. Avukatlık asgari ücret tarifelerinde idari yargı ile ilgili olarak duruşmalı işler için hep daha yüksek avukatlık ücreti öngörülmüş olup, bu düzenlemelerin sebebi her halde, duruşma nedeniyle avukatın daha fazla emek, zaman ve para harcamasıdır. Ancak tarifelerde “*duruşmaya katılan avukata...*” şeklinde bir belirleme yapılmadığı halde, avukatın duruşmaya katılmaması halinde vekâlet ücreti duruşmasız işler için öngörülen miktar kadar hükmedilmekte ve bu uygulamaya da bilebildiğimiz kadarıyla her hangi bir itirazda bulunulmamaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, duruşmaya hiç katılmayıp sadece cevap layihası düzenleyen avukat yararına duruşmaları takip etmiş avukatlarda olduğu gibi vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği, bu hallerde sadece dilekçe yazma ücretine hükmedilebileceğine dair kararları ve aynı fikri savunan yazarlar mevcuttur.¹⁹

19 YILMAZ, age, s.197

II. YARGI ORGANLARINCA HÜKMEDİLEN VEKÂLET ÜCRETİNİN KİME AİT OLDUĞU SORUNU

A. HMUK'un Yürürlükte Olduğu Dönemdeki Hukuki Durum

HMUK'un 426. maddesinde "*Lehine hüküm verilen taraf için tahsil olu-
nacak masarifi muhakeme miktarı hükümde gösterilmek lazımdır.*" hükmüne
yer verilmek suretiyle yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin
taraf lehine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasında başlangıçta yer
alan "*Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarife-
ye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.*" hükmü,
02.05.2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'un²⁰ 77. maddesiyle yapılan değişik-
likle, "*dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet
ücreti avukata aittir.*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu hükümle, yargılama gi-
derlerinin asile ait olması kuralı ters çevrilerek vekâlet ücretinin avukata
ait olacağı belirtilmiştir²¹.

Söz konusu değişiklik yapılmadan önceki haliyle kural olarak yargı or-
ganlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olacağı benimsenmiş,
ancak, taraflarca yazılı olarak yapılacak sözleşme ile aksinin kararlaştırıla-
bileceği belirtilmiştir. Bu hükme göre taraflarca aksinin kararlaştırılması
mümkün ise de, çeşitli nedenlerle uygulamada bu şekilde bir sözleşmenin
hemen hemen hiç yapılmadığı gözlemlenmiştir²².

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde 4667 sayılı Kanun'un 77.
maddesiyle yapılan değişiklikten sonra artık, fiilen uygulanmayan bu şe-
kilde bir sözleşme yapma ihtimali de kalmadığından, yargı organlarınca
hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olacağı anlaşılmaktadır. Ancak,
HMUK'un 426. maddesinde bahsi geçen vekâlet ücretinin, davanın tarafı
olan asile ait olacağı belirtildiğinden, aynı konuda farklı hükümler içeren
her iki kanundan hangisinin uygulanması gerektiğinin ortaya konulması
gerekmektedir. Yargılama giderleri ile ilgili olarak HMUK'un 426. madde-
sinde yer alan hükümlerin genel, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin
son fıkrasında yer alan düzenlemenin ise "özel hüküm" niteliğinde oldu-
ğu söylenebilir. Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nun HMUK'a göre "yeni ka-
nun" olduğu dikkate alındığında, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet
ücreti konusunda Avukatlık Kanunu'nun uygulanması gerektiği ve söz

20 10.05.2001 gün ve 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

21 KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, Cilt V, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.5387.

22 YILMAZ Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1984, s. 223.



konusu vekâlet ücretinin avukata ait olduğu²³ sonucuna ulaşılmaktadır.

HMUK'un yürürlükte olmaması nedeniyle bu konu artık güncel olmadığından, bu konuda (örneğin Avukatlık Kanunu'nda 4677 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra dahi, özel hukukta geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin asile ait olacağı konusunda yapılacak sözleşmenin geçerli olup olmayacağı gibi) ayrıntılara girmiyoruz.

B. Mevcut Hukuki Durum

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının ilk haline ve 02.05.2001 tarihli 4677 sayılı Kanun'la değiştirilen şekline yukarıda yer vermiştik. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 330. maddesinde ise *"Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir."* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddede sadece bu hükmün yer aldığı ve başkaca hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar Avukatlık Kanunu'nda yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olduğu yönündeki hüküm, HMK'daki düzenlemeye göre "özel hüküm" niteliğinde kabul edilebilir ise de, HMK'nın Avukatlık Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, eski tarihli özel kanunun mu yoksa yeni tarihli genel kanunun mu uygulanması gerektiğinin, yorum yoluyla ortaya konulması gerekmektedir.

HMK'nın 330. maddesinde, HMUK'un 426. maddesinden farklı olarak çok daha açık ve hiçbir tereddüte mahal olmayacak biçimde mahkemelerce hükmedilecek vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedileceği belirtilmiştir. Maddenin bu şekilde açıkça ve her hangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın düzenlemiş olması, yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu hükmün müstakil bir madde olarak ve maddede başkaca bir konuya yer verilmeden düzenlenmiş olması da bu görüşü desteklemektedir. Bu haliyle HMK'nın 330. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının zımnen ilga edildiğinin²⁴ kabulü zorunludur. Aksi yorumda, 12.01.2011 tarihinde kabul edilen HMK'nın 330. maddesinin hiçbir anlamı kalmayacak ve kanun koyucu abesle iştigal etmiş olacaktır. Kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği dikkate alındığında, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası yürürlükte olduğu halde HMK'nın 330. maddesinin ihdas edilmiş olmasının başka bir amacı olamaz.

Her ne kadar, HMK'da yer alan düzenleme ile davanın tarafı olmadı-

23 ADAY Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s.153.

24 ÖZKAN Meral Sungurtekin, *Avukatlık Mesleği*, 3. Baskı, İzmir, 2012, s.317-318.

ğından avukat adına hüküm kurulamayacak olması nedeniyle söz konusu vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedileceğinin belirtildiği ancak söz konusu vekâlet ücretinin aidiyeti konusunda hüküm bulunmadığı, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemenin ise davanın tarafı ve avukat arasındaki iç ilişkiyi düzenlediği²⁵ ve vekâlet ücretinin kime ait olduğunu hükme bağladığı iddia edilebilecek ise de, biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, taraf olmayan kişiler hakkında hüküm kurulamayacağından, HMK'da bu yönde bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Aksi halde bu hükmün, malumun ilamından başka bir anlamı olmaz ve kanun koyucunun yine abesle iştiğal etmiş olması sonucunu doğurur.

Bu durumda, bir yargılama gideri olan vekâlet ücreti de diğer yargılama giderleri gibi, tarafa ait olup, vekili olan avukata ait değildir.²⁶

C. HMK'da Ve HMUK'ta da Yer Alan, Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Tarafa Ait Olması İlkesinin Amacı

Yukarıda belirtildiği üzere, HMK'da ve HMUK'ta yapılan yargılama faaliyeti nedeniyle, kural olarak davanın taraflarınca sarf edilen para, yargılama gideri olarak adlandırılmıştır. Yapılan yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmek suretiyle, bir davanın tarafı olan kişinin, yapılan yargılama sonunda haklı çıkması halinde, söz konusu yargılama nedeniyle yaptığı giderlerin kendisine iade edilmesi ve böylece hakkına tamamen kavuşması amaçlanmaktadır. Vekâlet ücreti, davada haksız çıkan tarafın, diğer tarafı vekil tutmak zorunda bırakmış olması nedeniyle yargılama gideri olarak sayılmıştır.²⁷

Kendisini yargı organları nezdinde avukat vasıtasıyla temsil ettiren kişi, avukat ile yaptığı vekâlet akdinin bir gereği olarak, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin altında olmamak üzere söz konusu avukata avukatlık ücreti ödeyecektir. Bu kişinin davayı kazanması halinde, ancak ödediği bu avukatlık ücretinin de kendisine ödenmesi suretiyle hakkına tam olarak kavuşmuş olacaktır. Fakat, avukat ile iş sahibi arasında akdedilen sözleşme ile kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamının karşı taraftan alınarak ilgili kişiye verilmesinin bir takım olumsuz sonuçları olabilir. Örneğin, avukat ile iş sahibi arasında muvazaalı ücret sözleşmeleri yapılabilir. Sırf karşı tarafı zarara uğratmak ya da haksız olarak fazla kazanç elde etmek amacıyla, aslında gerçek iradelerine uymayan, sadece davanın kazanılması halinde karşı taraftan yüksek avukatlık ücreti alabilmek amacıyla düzenlenen sözleşmeler yapılabilir. Avukatlık sözleşmesinin, örneğin noterde düzenlenme ya da onaylanma şeklinde bir resmi geçerlilik şartının

25 ÖZKAN, age, s.317; KURU, age, s.5388

26 ÖZKAN, age, s.317

27 KURU, age, s.5383; YILMAZ, age, s.196



bulunmaması²⁸ da, belirtilen şekilde muvazaalı sözleşmelerin yapılmasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle, yargı organlarınca hükmedilecek vekâlet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen miktarın bir katından az, üç katından fazla olmamak üzere hükmedilmesi²⁹ isabetli bir düzenlemedir. Bu nedenle, söz konusu hüküm, avukatlık mesleğinin vakar ve onurunu da korumaktadır.

Uygulamada, Avukatlık Asgari Ücreti Tarifesi'nde ilgili mahkeme- de görülen davalar için öngörülen vekâlet ücretinin altında dava değeri içeren çok sayıda davaya rastlanmaktadır. Örneğin 31.12.2014 tarihinden itibaren vergi mahkemelerinde duruşmasız görülen ve konusu para olan davalarda 750,00TL vekâlet ücreti öngörülmüş olup³⁰, vergi mahkemele- rinde görülen özel usulsüzlük cezası, usulsüzlük cezası, ödeme emri ya da vergi tarhiyatına ilişkin pek çok davada dava konusu tutar 750,00TL'nin altında kalabilmektedir. Böyle bir davada, yapılan yargılama sonucu haklı çıkan ve kendisini avukatla temsil ettiren taraf lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesi halinde, söz konusu şahsın davayı kazanmış olmasının hiçbir anlamı olmayacaktır. Örneğin, adına düzenlenen 350,00TL tutarlı bir ödeme emrinin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgili kişinin söz konu- su ödeme emrinin iptali için vergi mahkemesinde dava açtığını düşün- nelim. Bu kişinin avukat vasıtasıyla dava açması halinde kendisini temsil eden avukata (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen tutardan az olamayacağından) en az 750,00TL avukatlık ücreti ödeyecektir. Bu kişinin davayı kazanması halinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde gösterilen vekâlet ücretinin -en azından bir katının- karşı taraftan alınarak kendisine verilmemesi durumunda, dava açmasının ve davayı kazanmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Çünkü bahsi geçen kişi şayet kendisine gönderilen ödeme emrini dava konusu etmeseydi, mamelekinde sadece 350,00TL tu- tarında bir eksilme olacak iken, dava açması (ve kazanması halinde dahi) kendisini davada temsil eden avukata en az 750,00TL vekâlet ücreti öde- yeceğinden, mamelekinde 750,00TL-350,00TL=400,00TL eksilme olacaktır.

Bu nedenle, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin davanın tarafına ait olması zorunludur. Bu durum, yukarıda verilen örnekten de anlaşılacağı üzere, adalet ve hakkaniyet duygusunun ve mantıksal bir çı- karımın sonucudur. Aksi durum ise, adalet³¹ ve hakkaniyete, hak arama hürriyetine, daha da önemlisi, mantığa aykırıdır. Yukarıda örneklendiril- diği üzere, haklı olduğu bir davada dahi, bazen dava konusu tutar kadar,

28 Avukatlık Kanunu 163. madde

29 Avukatlık Kanunu 169. madde

30 Bkz.31.12.2014 gün ve 29222 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2. Kısımının 1. Bölümünün 4 numaralı maddesi.

31 KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Genişletilmiş 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.878.

bazen ise daha fazla bir paranın avukatlık ücreti olarak kişinin mamelekinden çıkması ve davayı kazanması halinde dahi bu paranın kendisine geri ödenmemesi halinde, ilgililer, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen tutarlar kadar veya bu tutarların biraz daha üzerinde müddeabih içeren uyuşmazlıklarda ya kendisini avukat ile temsil ettirmeden davasını bizzat takip edecek (ancak, bu halde haklı olduğu bir davayı –kendisini yeterince savunamaması nedeniyle esastan ya da usulden kaybetme riski olduğu gibi, pek çok kişinin fiilen –örneğin yeterli zamanı olmaması nedeniyle- bu şekilde kendi davasını takip etme imkânı da yoktur.), ya da dava açmaktan vazgeçecektir. Bu durumun ise hak arama hürriyetinin önünde büyük bir engel olduğu kuşkusuzdur.

Vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında mütalaa edilmesinin ve taraf lehine hükmedilmesinin bir gerekçesi de şu olabilir: Vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında değerlendirilmemesi ya da taraf lehine hükmedilmemesi halinde, haklı olduğu bir dava nedeniyle avukatlık ücreti ödeyen ve haklı çıkmasına rağmen ödediği bu para (nın en azından belli bir kısmı) kendisine iade edilmeyen kişi, kendisini söz konusu davada temsil eden avukata ödediği avukatlık ücretinin kendisine iade edilmesi amacıyla bir dava daha açabilecektir. Ancak, bu davada da kendisini avukat vasıtasıyla temsil ettirmesi halinde ve söz konusu kişinin açtığı bu ikinci davada da haklı çıktığını düşündüğümüzde (ki bize göre haklıdır, zira, karşı tarafın haksız iş ya da işlemi nedeniyle mamelekinde eksilme olmuştur.), 2. davada ödediği avukatlık ücreti nedeniyle 3. bir davaya, 3. davada ödediği avukatlık ücreti nedeniyle 4. bir davaya.... ve bu şekilde sonsuz sayıda davaya ihtiyaç olacak, ancak yine de son açtığı davada avukatına ödediği avukatlık ücreti kadar bir parayı geri alamayacaktır. Bu şekilde bir kısır döngüye ve mantıksızlığa hiçbir medeni hukuk sistemi izin vermez. Yine hiçbir medeni hukuk sisteminin, bir haksızlığa uğrayan kişinin hakkını (avukatına ödediği avukatlık ücretinin kendi üzerinde kalması suretiyle) eksik bir şekilde yerine getirme (bazen ise yukarıda örneklendirildiği üzere, hiç yerine getirilmemesi) sonucunu doğuracak uygulamaya izin vermesi düşünülemez.

Üst paragrafta belirttiğimiz gerekçede anlatılan duruma örnek olabilecek bir dava İstanbul 3. Vergi Mahkemesinde görülmüştür³². Söz konusu dava, davacı şirketin İstanbul Vergi Mahkemeleri nezdinde açtığı 200 adet davayı kazanması nedeniyle bu davalarda kendisini temsil eden avukat ile arasındaki Avukatlık Hizmet ve Ücret Sözleşmesi nedeniyle avukatına ödenen 100.000,00TL vekâlet ücreti ve avukatı adına ödenen 25.000,00TL tutarındaki stopajın yasal faizi ile tazmin edilmesi amacıyla yapılan başvurunun zımnen reddi işleminin iptali istemiyle açılmış ve tazminat tale-

32 İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 29.04.2015 günlü, E:2014/1060, K:2015/1067 sayılı kararı.



binin dayanağı olarak HMK'nın 329/1. maddesi³³ ile hizmet kusuru gösterilmiştir.

Mahkeme "Davacı tarafından kazandığı davalarda avukatı lehine hükmedilen ücretler dışında avukatı ile arasında yaptığı sözleşme ile serbestçe kararlaştırdığı tutarın da davalı idarece tazmin edilmesi istenilmekte ise de kendisini vekil ile temsil ettirme zorunluluğu bulunmayan davacı ile vekili arasındaki sözleşme ile serbestçe belirlenen tutarın zarar olarak değerlendirilmesine ve idarenin bu zararın tazmininden sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Davacının, serbest meslek makbuzuyla şahsi avukatına yaptığı ödemeler, özel hukuk hükümleri çerçevesinde kararlaştırılan bir ücret olup, ücret ödemekle yükümlü olan kendisini vekille temsil ettiren davacı olması nedeniyle, davalı idarenin davacının vekiline ödediği tutarları tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır." gibi gerekçelerle davayı reddetmiş, bir üye ise "davacı ile avukat arasında yapılan ve serbest meslek makbuzu ile de tevsik edilen makul ve kabul edilebilir ücretin, açılmak zorunda kalınan davalar dolayısıyla ortaya çıkan bir kayıp olduğu kabul edilmek suretiyle söz konusu kaybın davacıya ödenmesi gerektiği" gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

Bu kararın hukuka uygunluğunu eleştiri konusu yapmadan sadece şunu belirtmek gerekir ki; davacı tarafından açılan 200 adet davada davacının haklılığı ortaya konulmasına rağmen ve davada yaptığı diğer yargılama giderleri davacıya iade edilmesine rağmen, davacının, söz konusu davalarda kendisini temsil eden avukatına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen asgari tutarlarda ödediği ve de yargılama giderleri arasında sayılan vekâlet ücreti kendisine iade edilmemiş ve sonuçta açtığı tüm davaları kazandığı halde 125.000,00TL zarara uğramıştır. Bu durumda, davacının kendisine yapılan haksızlığı, açtığı davalar sonucunda ortadan kaldırdığı ve hakkına tam olarak kavuştuğu, bu durumun adalete ve hakkaniyete uygun olduğu söylenebilecek midir?

Bu arada şunu da belirtelim ki, tazminat talepli bu davayı da davacı avukat vasıtasıyla açmıştır. Dolayısıyla, söz konusu kararın Danıştay tarafından bozulması ve ilk derece mahkemesince davanın kabul edilmesi halinde, davacının (bir önceki davada cebinden çıkan vekâlet ücretinin tazmini için) sonsuza kadar uzayacak yeni davalar açabilecektir.

Ayrıca, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olması halinde, davanın tarafının, diğer tarafa karşı kullanacağı takas ve benzeri savunma imkânlarını da ortadan kaldırır.³⁴ Gerçekten de bir dava düşünün ki (uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır), her iki taraf da kısmen

33 Kötü niyetli davalının yargılama giderlerinin dışında davacının vekili ile kararlaştırdığı vekâlet ücretinin tamamını ya da bir kısmını ödemesi gerektiğine dair.

34 ALDEMİR, age, s.707.

haklı çıkmış ve yargı organınca örneğin “750,00TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya; 750,00TL vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine” şeklinde hüküm kurulmuş olsun. Bu durumda doğal olarak davanın tarafları aynı miktardaki borçlarını takas edebileceklerdir. Böyle bir durum olmasa dahi aleyhine vekâlet ücretine hükmedilen taraf, karşı taraftan olan başka bir alacağı için de takas hakkını kullanmak isteyebilir. Böyle bir durumda, avukata ait olduğu iddia edilen vekâlet ücretinin nasıl ve kimden tahsil edileceği sorunu da ortaya çıkaracaktır. Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin son fıkrasında yer alan takas edilememeye ilişkin hükmün kimler arasındaki ilişkiyi düzenlediği ise ayrı bir tartışma konusudur ve biz bu konuya girmeyeceğiz.

Tüm bu durumlar, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesini ve tarafa ait olmasını zorunlu kılmaktadır.

D. Avukatlık Kanunu’nun 164. Maddesinin Son Fıkrasının Amacı Ve Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu

Yukarıda belirtildiği üzere Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin ilk halinde “Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarife dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.” ifadesi yer almakta idi. Söz konusu maddede geçen “avukata” kelimesi, kanunun hükümet tasarısında “müvekkile” şeklinde yer almakta iken Millet Meclisi Geçici Komisyonu tarafından “avukata” şeklinde değiştirilmiş ve bu değişikliğin gerekçesi ise maddenin dilinin Türkçeleştirilmesi ve yeniden redaksiyona tabi tutulması olarak açıklanmıştır³⁵. Görüldüğü üzere hükümet tasarısında yer alan ifadenin tam tersi bir düzenleme yapıldığı halde, bu değişiklik makul bir şekilde gerekçelendirilememiştir. Zira, hükümet tasarısında yer alan “müvekkile” ifadesinin Türkçeleştirilmesi sonucu söz konusu ifadenin “avukata” şekline dönüşmesi mümkün olmadığı gibi, bahsi geçen ifadenin “yeniden kaleme alınması, düzeltilmesi” sonucu da “müvekkile” kelimesinin “avukata” şekline dönüşmesi mümkün değildir. Belirtilen gerekçe dil bakımından teknik bir düzeltmeyi işaret ettiği halde, yapılan değişiklik tamamen esasa ilişkin olmuş ve tam tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Avukatlık Kanunu tasarısının 164. maddesinin gerekçesinde ise “Son fıkra, kaideten müvekkile aidolması gereken bir meblağ için bu kaidenin teyidinden başka, aksine yazılı sözleşmenin de caiz bulunduğuna işaret etmektedir.”³⁶ Bu gerekçede belirtilen ve hükümet tasarısında öngörülen kural; mantığa, adalete, hukukun genel prensiplerine³⁷ ve hakkaniyete uygun bir dü-

35 YILMAZ Ejder, age, s.222- 223

36 Online. 13.01.2013 http://www.inisiyatif.net/avtarih/tarihte_mevzuat/k1136_gerekce.htm

37 PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, age, s.628



zenleme iken, maalesef bu doğrultuda yasalaşması mümkün olmamıştır. Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin hükümet tasarısındaki halinin tam tersine olacak şekilde yasalaştığı halde, gerekçede bir değişikliğe gidilmemiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi 02.05.2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle, "*dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir.*" şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu kanunun, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde değişiklik öngören maddesinin gerekçesinde "*164 üncü madde değiştirilerek avukatlık ücretine ilişkin hükümler yeniden düzenlenmiştir.*" ifadesine yer verilmiştir³⁸. Yapılan bu değişiklik ile, maddenin ilk halinde yer alan ve aksine sözleşme bulunmaması halinde avukata ait olacağı düzenlenmiş olan vekalet ücretinin, her hangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın avukata ait olacağı (aksine sözleşme yapılamayacağı) kuralı benimsenmiştir. Maddenin bu halinin, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin davanın tarafı olan asile ait olacağına dair bir sözleşmeyi geçersiz kılıp kılmadığı konusu ise tartışmalıdır³⁹. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 14.07.2005 gün ve Esas:2005/7644, Karar:2005/7978 sayılı kararında, maddede geçen "*aksi kararlaştırılmadıkça*" ifadesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen metinde yer almaması, bu hükmün aksine sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmayacağına hükmedilmiştir⁴⁰.

Avukatlık Kanunu tasarısında yer alan, yargı organlarınca hükmedilecek vekâlet ücretinin müvekkile ait olacağına dair kuraldaki değişikliğin ve 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin makul bir gerekçesi olmadığına yukarıda değinmiştik. Makul bir gerekçesi yoktur, zira, bu şekilde bir düzenlemenin mantıklı bir yönü bulunmamakta, sadece avukatları korumak⁴¹ ve onlara ek bir gelir kapısı açmak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Bu durum yargılama giderleri ile ilgili sisteme de ters bir durumdur⁴². Yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu düşündüğümüzde, avukata verilen vekâlet ücreti, davanın karşı tarafı olan davayı kaybeden tarafça ödendiği de dikkate alındığında, aralarında bir vekâlet ilişkisi ya da başka bir hukuki ilişki olmadığı halde, yargı organı eliyle bir kişinin belli bir miktar parasının alınıp davanın karşı tarafının avukatına verilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir

38 Online. 13.08.2015 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss413m.htm>

39 Bu konudaki görüşler için bakınız: GÜNER, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003. ; AYDIN, Murat, **Avukatlık Ücreti**, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

40 Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı 12, Aralık 2005, s. 1859-1863.

41 GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993, s.286.

42 GÖZÜBÜYÜK, age, s.286; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, age, s.878

durumda, parası alınan tarafın mülkiyet hakkına bir tecavüz olup olmadığı, avukatın bu şekilde elde ettiği paranın da –kanuna uygun olduğu düşünülse dahi- “hak edilmiş” bir para olup olmadığı sorgulanması gerekmektedir.

Avukatın bu şekilde elde ettiği para haksızdır. Zira, bu para bir emek ve çabanın sonucu elde edilmediği gibi (avukat emeğinin karşılığı olan avukatlık ücretini kendi müvekkilinden almaktadır), bir sözleşme sonucu da elde edilmemektedir. Ortada kanuni vekâlet ücretini elde eden avukat aleyhine bir haksız fiil de olmadığına göre, davanın bir tarafını, diğer tarafın avukatına belli bir tutarda para ödemesini gerektiren bir sebep bulunmamaktadır.

Yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin yargılama giderlerinin bir unsuru⁴³ olduğuna yukarıda değinmiştik ve bu konuda bir te reddüt de bulunmamaktadır. Öyleyse, vekâlet ücretinin diğer yargılama giderlerinden farkı nedir ki yargılama giderlerinin bu kısmı avukata ait olsun? Kanun koyucu neden diğer yargılama giderlerinin de, örneğin davada kullanılan tebligat giderleri ya da başvuru ve karar harçlarının avukata ait olmasını hükme bağlamamış? Eğer kanun koyucu, dava nedeniyle ödenen posta giderinin, başvuru, karar ve ilam harçlarının veya bilirkişi masrafları gibi giderlerin avukata ait olacağını hükme bağlamış olsaydı, çok daha tutarlı ve mantıklı bir düzenleme yapmış olurdu. Zira, avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşme ile, dava dolayısıyla yapılacak masrafların avukat tarafından karşılanacağı kararlaştırılabilir. Nitekim, Avukatlık Kanunu’nun 173. maddesinde avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün giderlerin iş sahibinin sorumluluğu altında olduğu ve avukat tarafından ilk istekte ödeneceği belirtilmiş ise de, bunun aksine sözleşme yapılabileceği de maddenin devamında düzenlenmiştir. Uygulamada yazılı bir avukatlık ve ücret sözleşmesinin genellikle düzenlenmediği de dikkate alındığında, belirtilen türdeki yargılama giderlerinin, fiilen kim tarafından yapıldı ise ona ait olmak üzere taraf adına hükmedileceği öngörülebilirdi. Aksine yazılı sözleşme bulunmaması halinde belirtilen türdeki yargılama giderlerinin avukat tarafından ya da müvekkil tarafından yapıldığının kabul edileceği yönünde bir düzenleme de yapılabilirdi. Görüldüğü üzere, avukatlık ücreti dışındaki bir kısım yargılama giderlerinin avukata ait olacağı yönünde bir kanun hükmünün net bir şekilde mantığa ve adalete aykırı olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak, yargılama gideri olan vekâlet ücreti giderinin hiçbir durumda avukat tarafından yapılması mümkün olmadığından ve her halde müvek-

43 KURU, age, s.5329



kil tarafından avukatına verilen bir para olduğundan, söz konusu yargılama giderinin hiçbir şekilde avukata ait olması mümkün olmamalıdır. Görüldüğü üzere yargılama gideri olan vekâlet ücreti diğer yargılama giderlerinden mahiyet olarak farklıdır. Diğer yargılama giderlerinin büyük bir kısmı fiilen mahkeme eliyle sarf edildiği ya da alındığı halde, vekâlet ücreti tamamen avukat ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak, müvekkil tarafından avukata tevdi edilmekte ya da tevdi edildiği kabul edilmekte ve bu paranın tevdiinde mahkemenin bir dahli bulunmamaktadır.

Yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olmasının, avukatın daha gayretli ve dikkatli çalışması ve davayı kazanması konusunda teşvik edici bir etkisi olabileceği düşünülebilir ise de, bu düşüncenin de gerçekçi olmadığı kanaatindeyiz. Zira, bir avukatın, üstlendiği bir davada müvekkilini en iyi şekilde temsil etmesi ve söz konusu davayı kazanmaya çalışması, avukat için bir görevdir. Bu durum, taraflar arasındaki sözleşmeyle avukata yüklenmiş olan bir yükümlülük ve Avukatlık Kanunu'ndan doğan özenli⁴⁴ davranmanın bir sonucudur. Kaldı ki, uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşmede, davanın kazanılması ve kaybedilmesi halleri için ayrı avukatlık ücreti belirlenebilmektedir. Dolayısıyla, davanın kazanılması halinde müvekkilinden alacağı avukatlık ücretinin daha fazla olması, avukatın daha özverili çalışmasını teşvik edebilir. Bunun dışında daha başka bir teşvik unsuruna ihtiyaç yoktur. Başkaca unsurlarla da teşvik edilmek isteniyorsa, bu teşvik unsurunun adalete ve hakkaniyete uygun olması gerekir.

Bu başlık altında buraya kadar anlatılan hususlar, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin müvekkile ait olması ve müvekkilin mamelekenden avukatlık ücreti olarak çıkan bir paranın -en azından belli bir kısmının- söz konusu şahsa iadesi gerekliliğini ortaya koymayı amaçlamaktaydı. Aşağıda ise, Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Kendisini avukat ile temsil ettiren bir şahsın davasında haklı çıkmasına rağmen hakkını tam olarak elde edememesi ya da dava nedeniyle yaptığı giderlerin tam olarak kendisine iade edilmemesi, ilgili kişinin mülkiyet hakkının ihlali anlamına da gelmektedir. Ayrıca, kendisini avukat vasıtasıyla temsil ettirecek olan bir kişinin haklı olduğunu düşündüğü bir uyuşmazlıkta, kendi mamelekenden her halükarda en azından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen tutarda bir avukatlık ücreti çıkacağını ve

44 Avukatlık Kanunu Md.34; MISIR M. Haşim, **Avukatlık Disiplin Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.704.

davayı kazansa dahi bu parayı (ya da en azından belli bir bölümünü) geri alamayacağını bilen şahısların (özellikle dava konusunun, avukatına ödeyeceği ücretten daha az ya da bariz bir şekilde fazla olmadığı durumlarda) dava açmaktan vazgeçebilecektir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası Anayasa'nın 35. maddesi ile korunan mülkiyet hakkına ve 36. maddesi ile korunan hak arama özgürlüğüne aykırıdır.

İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 164. maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa'nın 2. maddesinde, *"Türkiye Cumhuriyeti toplumunun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir."* hükmü; 5. maddesinde *"Devletin temel amaç ve görevleri Türk milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaştırmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* hükmü; ve 36. maddesinde *"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmü bulunmaktadır. Mahkeme söz konusu maddenin, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan adalet anlayışı içinde bir hukuk devleti olma ilkesine, 5. maddesi ile korunan devletin adalet ilkeleri ile bağdaştırmayacak sınırlama getiremeyeceği kuralına ve 36. madde ile korunan herkesin yargı mercileri önünde meşru vasıta ve yollardan faydalanma hakkına sahip olması ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme başvuru gerekçesinde Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleri ile ilgili gerekçeler yanında 36. maddesi ile ilgili olarak şu gerekçeye yer verilmiştir. *"Avukat sözleşme gereği ücretini aldıktan sonra dava sonunda karşı taraftan davayı kazanan müvekkil için takdir edilen ücreti de almakla hak etmediği; diğer bir deyimle yaptığı sözleşme gereği müvekkilinden alacağı ücretten ayrı ek bir ücret almaktadır. Oysaki müvekkili avukata emeğinin karşılığını sözleşme ile vermeyi taahhüt etmiş ve avukat bu sözleşme gereği ücretini hak etmiştir. Müvekkil davayı kazandığı takdirde kendi avukatına sözleşme gereği ödediği ücretin hiç değilse tarifeye göre hükmedilecek kadarını geriye alabilecekken; bunun da avukata verilmesi hakkaniyete, adalet anlayışına aykırı düşmektedir. Karşı tarafa tarife gereğince yüklenecek avukatlık ücreti avukata değil de müvekkili olan asile verilmiş olsaydı hiç değilse avukata ödediği ücretin bir bölümü müvekkil asile geri gelecek, bu suretle müvekkil asil davayı kazandığı takdirde kısmen zararı karşılanmış ola-*



caktır. Karşı taraftan alınacak ücret avukata verilmekle davacı davayı kazansa bile avukatlık ücreti cebinden çıkmış olacak ve karşı taraftan hakkını tamamen almış olmayacaktır. Bu durum da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinde öngörülen herkesin hak arama özgürlüğüne aykırı düşmektedir.”⁴⁵

Anayasa Mahkemesi, diğer kararlarına göre kısa sayılabilecek bir gerekçe ile ve oybirliği ile, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddederken, “İtiraz konusu kural ile dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar arasında ücret kararlaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olma amacı güdülmüştür. ...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 59. maddesinin birinci fıkrası ile Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava ehliyeti olan herkes, savını kanıtlamak için davayı açıp takip edebilir. Dava ehliyeti olan davalı da, avukat aracılığı olmadan kendisini savunabilir... Davacı veya davalının davayı vekil aracılığıyla takip etmeleri ise kendi iradelerine bağlıdır. Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekâlet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından ya da itiraz konusu kuralın adalet anlayışına aykırı olduğundan söz edilemez.” gerekçelerine dayanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeleri dikkate şayan bulduğumuzdan uzunca bir alıntı yapmayı tercih ettik.

Karardaki gerekçeleri tek tek ele alıp inceleyecek olursak; öncelikle, taraflar arasında ücret kararlaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olma amacı güdüldüğü belirtilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 3. fıkrasında (söz konusu fıkra hükmü, Anayasa Mahkemesi kararından yaklaşık bir buçuk ay önce yürürlüğe girmiştir.) “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde” avukatlık ücretinin ne şekilde belir-

⁴⁵ 26.02.2005 gün ve 25739 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 03.03.2004 gün ve E:2004/8, K: 2004/28 sayılı kararı

leneceği açıkça belirtilmiştir. Kaldı ki, söz konusu hüküm bulunmasaydı dahi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁴⁶ 502. maddesinin 3. fıkrasında sözleşme veya teamül varsa vekilin ücrete hak kazanacağı belirtilmiş olduğundan ve avukatın vekil sıfatıyla müvekkilinin davasını takip etmesi halinde ücrete hak kazanacağı konusunda yerleşik bir teamülün bulunduğu herkesçe malum olduğundan, ister avukatlık sözleşmesi yapılsın, isterse yapılmasın, ister yazılı ya da sözlü ücret kararlaştırılmış olsun, isterse olmasın, hiçbir hal ve şartta avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalması söz konusu değildir. Yeter ki avukatın aldığı davayı ücretsiz yürüteceği konusunda irade beyanı olmasın. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesi isabetli değildir.

Kararda yer alan diğer gerekçe ise, iptali istenen hükmün, taraflar arasında ücret kararlaştırılmadığı durumlarda, vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olma amacını taşıdığıdır. Yukarıdaki paragrafta, avukatlık ücreti konusunda ihtilaf bulunması halinde, söz konusu ihtilafın ne şekilde çözümleneceğinin Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlendiğini belirtmiştik. Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesi ile, ücret kararlaştırılmadığı durumlarda yargı organlarınca hükmedilen vekalet ücretinin avukata ait olması nedeniyle artık avukatın müvekkilinden her hangi bir ücret talebinde bulunmayacağını veya bulunamayacağını kabul etmiş olmaktadır. Oysa bu durumun hiçbir yasal dayanağı olmadığı gibi, aksine Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi böyle bir duruma izin vermemektedir. Kaldı ki, bu gerekçe ancak, davayı kazanan tarafın vekili açısından söylenebilir. Acaba Anayasa Mahkemesi, davayı kaybeden tarafın vekili ile müvekkili arasında ücret sözleşmesi yoksa, söz konusu avukatın hiçbir ücret alamayacağını mı düşünmektedir? Aynı durum, bir önceki paragrafta belirtilen gerekçe için de geçerlidir ve söz konusu gerekçenin isabetsizliğini bir kez daha ortaya koymaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin bir diğer gerekçesi ise, tarafların davayı vekil aracılığıyla takip etmelerinin kendi iradelerine bağlı olduğu, dolayısıyla, davayı kendisi takip etmek yerine bir avukatı vekil tayin ederek, davanın takibinin avukata bırakılması halinde, avukatın ücrete hak kazanacağı ve vekâlet ücretinin, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucu olduğu belirtilmiştir. Öncelikle, konumuzla doğrudan ilgili olmasa da, bahsi geçen gerekçedeki bir hatayı düzeltmeden geçmeyelim: Kararda vekâlet ücretinin, hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucu olduğu belirtilmiş. Ancak, bizim konumuz ve Anayasa Mahkemesinin baktığı da-

46 04.02.2011 gün ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.



vanın konusu, avukat tarafından, yargı organları nezdinde vekil sıfatıyla takip edilen işler nedeniyle doğan avukatlık ücreti olup, bahsedilen ücret, kararda belirtilenin aksine, hukuki danışmanlık faaliyeti sonucu kazanılmamaktadır. Avukatın işyerinde ya da başka bir yerde, iş sahibine sunduğu hukuki danışmanlık hizmetinde bir vekalet ilişkisi ve bir yargı organı yoktur. Dolayısıyla yargı organlarınca hükmedilen bir vekâlet ücreti de söz konusu değildir. Bu nedenle gerekçede belirtilen nitelikleme yanlıştır.

Kararda, kişilerin kendi iradeleri ile davalarını avukat vasıtasıyla takip etmeleri halinde avukatlık ücreti ödemelerinin de doğal bir sonuç olduğu anlamına gelen ifadeler kullanılmış ise de, burada tartışılan, avukatın iş sahibinden ücret alıp alamayacağı değildir. Avukat elbette davasını yürüttüğü kişiden avukatlık ücretini alacaktır. Kendisi aksini istemedikçe buna hiçbir engel bulunmamaktadır. Burada tartışılan, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretidir ki, kendisini avukat ile temsil ettiren ve davayı kazanan kişinin, dava sebebiyle avukatına ödediği ücreti karşı taraftan geri alıp alamayacağı ya da avukatın müvekkilinden aldığı avukatlık ücreti dışında o iş için öngörülen asgari tutarda bir vekâlet ücreti daha alıp alamayacağıdır. Kararda, kişinin avukat vasıtasıyla davasını takip edip etmemesinin kendi iradesinde olduğu, dolayısıyla davasını kendisi takip ederek avukatlık ücreti ödemeyebileceği vurgulanmıştır. Oysa bu düşünce de yanlıştır. Zira, haklı olduğunu düşündüğü bir konuda dava açan ya da kendisine dava açılan ve davasını bizzat takip eden kişinin davayı kısmen ya da tamamen kaybetmesi halinde, karşı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi halinde, yargı kararı ile karşı tarafın avukatına o iş için öngörülen asgari tutarda avukatlık ücreti ödeyecektir. Görüldüğü üzere bahsedilen durumlarda fiilen olan şudur: Davasını bizzat takip eden kişi dahi –hiç tanımadığı, aralarında avukatlık ve vekâlet sözleşmesi dâhil hiçbir hukuki ilişki bulunmayan- karşı tarafın avukatına avukatlık ücreti ödemektedir. Kaldı ki, pek çok kişinin davayı takip edecek zamanı olmadığı gibi davayı takip konusunda yeterli bilgi sahibi de olmadığından ve ayrıca avukat olmayan vekilin dava takip etmesi de yasak olduğundan⁴⁷, pek çok durumda davanın avukat ile takibi zorunlu olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin son gerekçesi ise, avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerektiği, avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kurala hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından ya da itiraz konusu kuralın adalet anlayışına aykırı olduğundan söz edilemeyeceği şeklindedir. Oysa, hak arama hürriyetini engelleyen durum, kişinin

⁴⁷ Avukatlık Kanunu madde 35.

haklı olduğu davada dahi, dava sebebiyle yaptığı masrafları tam olarak elde edememesidir. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmelerin geçerli olduğu belirtildiğinden, kararda belirtildiği gibi, avukatlık ücreti kararlaştırılırken karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin gözetilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumun her zaman ve durumda geçerli olmadığını örneklerle ifade etmeye çalışalım.

Örneğin, avukatlık sözleşmesinde, davanın kazanılması (karşı taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi) halinde 1.000,00TL, aksi halde 2.000,00TL avukatlık ücreti alınacağı kararlaştırılmış olsun. Bir kere bu durum hayatın olağan akışına ve fiili duruma uymamaktadır. Adeta avukatın başarısı değil, başarısızlığı ödüllendirilmektedir. Kaldı ki uygulamada tam tersi durumun, yani davanın kazanılması halinde daha yüksek avukatlık ücreti öngören sözleşmelerin yaygın olarak yapıldığı bilinmektedir.

Örnekte olduğu gibi, avukat gözüyle olaya bakılınca elde edeceği ücret sabittir ve 2.000,00TL'dir (yargı organınca hükmedilen tutarın 1.000,00TL olduğu kabul edilmiştir.). Müvekkil yönünden bakılınca ise, sözleşme ile, davanın kazanılması halinde 1.000,00TL, kaybedilmesi halinde 2.000,00TL ödeneceği öngörülmüştür. Ancak aslında davanın kaybedilmesi ya da kısmen kaybedilmesi halinde kendi avukatına vereceği 2.000,00TL yanında, karşı tarafın avukatı için de örneğin 1.000,00TL ödeyecek ve toplamda cebinden 3.000,00TL çıkmış olacaktır. Bu haliyle, Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesinin de isabetli olduğu söylenemez.

E. Ücretsiz Vekâlet Durumu

Uygulamada her ne kadar örneğine rastlamadık ise de, ücretsiz dava alınması ve davanın kazanılması durumunda, yargı organlarınca ücretsiz dava alan avukat lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekip gerekmediği tartışmaya değer bir husustur.

Şayet, söz konusu vekâlet ücreti bir yargılama gideri ise -ki bu konuda tartışma bulunmamaktadır-, davanın tarafı, avukatına bir ücret ödemediğinden gider de yapmamış olacak, dolayısıyla karşı taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesine de gerek bulunmayacaktır.

Uygulamada, müvekkilinden avukatlık ücreti alınmayıp, sırf yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretiyle yetinilen sözleşmelerin sıklıkla yapıldığı bilinmektedir⁴⁸. Ancak belirtilen türde yapılan sözleşmelerin büyük çoğunlukla sözlü olması ve ücretsiz dava alındığının baro yönetim

48 AYDIN Muammer, Her Yönüyle Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği Ve Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, *İstanbul Barosu Dergisi Vergi Hukuku Özel Sayısı*, Mart 2008, s.243.



kuruluna bildirilmemesi nedeniyle mahkemenin bu durumdan haberdar olması mümkün değildir. Kaldı ki, ücretsiz vekâlet hizmeti verildiği konusunda yazılı sözleşme yapılsa ve bu durum baro yönetim kuruluna bildirilse dahi bu durumdan mahkemenin haberdar olması mümkün gözükmemektedir. Böyle bir durumda, aslında mahkeme sarf edilmeyen bir yargılama giderini karşı tarafa yüklemiş olacak, böylece bir tarafın mülkiyet hakkının ihlaline, diğer tarafın da haksız olarak zenginleşmesine sebebiyet verilmiş olacaktır. Bu durumun önlenmesi amacıyla, ücretsiz dava alınması halinde bu durumun baro yönetim kurulu yanında ilgili yargı organına da bildirilmesi konusunda yasal düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

SONUÇ

Hak arama özgürlüğü bir hukuk devletinin olmazsa olmaz şartlarından dır. En etkin hak arama yolu ise yargı organları nezdinde yapılabilir dır. Her faaliyetin bir uzmanlığı, bir mesleği olduğu gibi, özellikle yargı organları nezdinde hak arama ya da kendini savunma faaliyetini de en iyi bir şekilde, ilgili kişiye vekâleten bu işi meslek edinmiş olan avukatlar yapmaktadırlar. Bu nedenle, yargı organları nezdinde hak arayan ya da hakkını savunan kişilerin kendisini avukat vasıtasıyla temsil ettirmeleri en doğal haklarıdır. Ancak bu haklarını gereği gibi kullanabilmeleri için, dava sonunda haklı çıkan tarafın, diğer yargılama giderlerini geri aldığı gibi, kendisini temsil eden avukatına ödediği avukatlık ücretinin tamamını veya belli bir kısmını geri alabilmesi gerekmektedir. Ödediği avukatlık ücretini geri alamaması halinde ilgili kişi bir tercihte bulunacak ve ya dava açmayacak ya da kendisini avukatla temsil ettirmeyecektir. Kendisine karşı dava açılan kişinin ise böyle bir tercih hakkı da bulunmayıp, kendisini avukatla temsil ettirmek konusunda bir karar vermesi gerekecektir. Görüldüğü gibi, yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin tarafa ait olması gerekmektedir. Aksi durum, hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu gibi, gerek bir davada haklı çıkan kişinin maddi kayıplarının tam olarak giderilememesi, gerekse haksız çıkan tarafça, aralarında hiçbir ilişki olmadığı halde karşı tarafın avukatına belli bir tutarda para ödemesi nedeniyle, hem davayı kazanan ve hem de kaybedenin mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü tarafından verilen 24.06.2015 günlü ve 2013/4513 esas numaralı kararda⁴⁹ mahkeme tarafından, davayı kaybeden şahıs aleyhine hükmedilen yüksek vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir ki bu karar da, kanuni vekâlet ücretinin

49 13.08.2015 gün ve 29444 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

avukata ait olmasına dair kuralın hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği görüşünü desteklemektedir.

Karşı taraf aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin hem yargılama gideri olarak kabul edilmesi, hem de bu paranın bu yargılama giderini yapması asla mümkün olmayan avukata ait olduğunun kabul edilmesi büyük bir çelişkidir.

Avukatlığın saygın bir meslek olması, başkalarının hakkına kavuşmasına yardımcı olması ve yargılama faaliyetinin olmazsa olmazı durumunda bulunması dikkate alındığında, avukatların, karşı taraftan aldıkları vekâlet ücretini hak edip etmediklerini sorgulamaları gerekmektedir.

Avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan baroların⁵⁰ ve bütün baroların katılmasıyla oluşan bir Türkiye Barolar Birliğinin⁵¹, üyeleri olan avukatların haklarını koruma ve geliştirme amacıyla faaliyetler yürütürken, avukatlık mesleğinin saygınlığını da koruyacak çalışmalar yapması gerekmekte olup; yargı organlarınca hükmedilen vekâlet ücretinin avukata ait olduğuna dair yasa maddesinin doğruluğunu ve Anayasa'ya uygunluğunu tartışmaya açmaları, dürüstlük ve güven, meslek düzeni, ahlakı ve saygınlığı kapsamında ele almaları gerekmektedir.

Her ne kadar, mevcut durum itibariyle Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının zımnen ilga edilmiş olduğunu savunmakta isek de, bu konuda farklı uygulamalar olabileceğinden; temennimiz, avukatlık mesleğinin saygınlığına gölge düşüren ve bir takım temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuran Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasının en kısa zamanda açıkça yürürlükten kaldırılmasıdır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesince Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde yer alan kuralın iptali isteminin Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmesinin üzerinden 10 yıldan daha fazla bir süre geçmiş olduğundan, Anayasa'nın 152/4 maddesi bakımından söz konusu vekâlet ücretinin uyuşmazlık konusu olduğu olaylarda (örneğin yukarıda bahsedilen İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin kararını temyizden inceleyen Danıştay dairesi tarafından) tekrar itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesinde bir engel bulunmadığını da belirtmek isteriz.

50 Avukatlık Kanunu Md. 76

51 Avukatlık Kanunu Md. 109



KAYNAKLAR

Kitaplar

ADAY Nejat, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

ALDEMİR Hüsnü, **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2012.

AYDIN Muammer, Her Yönüyle Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği Ve Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, **İstanbul Barosu Dergisi Vergi Hukuku Özel Sayısı**, Mart 2008.

AYDIN Murat, **Avukatlık Ücreti**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2006.

BİLİCİ Nurettin, **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2006.

GÜNER Semih, **Avukatlık Hukuku**, Ankara Barosu Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, 1993.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt V, Demir Demir Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul, 2001.

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 16. Baskı, Ankara, 2005.

MISIR M. Haşim, **Avukatlık Disiplin Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

ÖNCEL Mualla/ KUMRULU Ahmet/ ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 1999.

ÖZKAN Meral Sungurtekin, **Avukatlık Mesleği**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 3. Baskı, İzmir, 2012.

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2009.

SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, Aralık 2006,

YILMAZ Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1984.

YILMAZ Zekeriya, **Hukukta Yargılama Harç Ve Giderleri İle Vekalet**

ücreti, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2000.

İnternet Siteleri

<http://www.inisiyatif.net>

<http://www.istanbulbarosu.org.tr>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

www.danistay.gov.tr.