

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ*
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ*

ÖZET

Avukatlık mesleği, kökeni binlerce yıl geçmişe dayanan soylu bir meslektir. Günümüzde de, önemi artan oranda devam etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu, taraflar arasında yapılan sözleşmelere, diğer BK hükümlerinden farklı olarak, çok sıkı sınırlamalar getirmiş ve buna karşılık da, avukatlık mesleğine “kamu düzeni” niteliği vermiştir. Kısaca, avukatlık sözleşmesi yapılırken, avukatların, bu kanuni sınırlamalara ve sözleşmenin aşağıdaki unsurları içermesine dikkat etmelidir.

a- Sözleşme belli bir hukuki yardımı ihtiva etmektedir.

b- Sözleşmenin belirli bir meblağ yahut değeri (ücreti) kapsamı gerekir ve bu ücretin, kanun ile belirlenmiş bir tavanı ve tabanı vardır.

c- Sözleşmede, kural olarak, tarafların iradeleri belirleyicidir. Bazı konularda, kanun, tarafların ve özellikle avukatın iradesinin dışında da avukatın davaya vekil sıfatı ile bakmasını emretmektedir.

d- Sözleşmede, taraflardan biri olan avukat, kanunda belirtilen şekil ve şartlarda, bu mesleği icra etmede tekel hakkına sahiptir.

e- Sözleşmede avukatın, takip ettiği dava veya işte, başarısına göre yüzdelik ücret alması mümkün hale getirilebilecektir.

ABSTRACT

CHARACTERISTICS OF AN ATTORNEY AGREEMENT

The profession of an attorney is a noble profession that dates back thousands of years. And also in our days it is still growing in importance. For this reason the legislative has put – unlike in other Law of Obligation (BK) judgments - very tight restrictions on agreements that are made between different parties, it even has declared the profession of attorneys to be of “public order”. In short, when an attorney agreement is made, attorneys must bear these legal restrictions in mind and pay attention to include the elements listed below in the agreement.

a-The agreement contains evident legal assistance.

b-The agreement includes a specific amount or price (fee) and there is a

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

legally set maximum and minimum for this fee.

c- In principle, the agreement specifies the will of the different parties. In certain cases, the law requires the different parties and especially the lawyer to handle a lawsuit involuntarily as a substitute attorney. d- In the agreement, one of the parties, the lawyer, has the monopoly right according to the ssform and conditions specified in the law.

e- The agreement makes it possible for the lawyer to claim a certain percentage of the amount according to the success in the pursued lawsuit or job.

Key words; attorney agreement, legal assistance, monopoly right, the pursued lawsuit

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

I- AVUKATLIK MESLEĞİNİN TANIMI VE FONKSİYONU

Avukatlık mesleği, binlerce yıllık geçmişi olan onurlu bir meslektir. Bu mesleğin, tarihi süreç içinde, çok değişik tanımları yapılmıştır. Tanımlarda yeknesaklık olmamakla birlikte, hiçbir mesleğin avukatlık mesleği kadar eski ve büyük bir amaca, soylu olarak hayata bağlanmadığı düşüncesi tanımlarda, ana mihver olarak gözlemlenmektedir¹. Avukatlık mesleği, tarih boyunca; güzel konuşma, ikna etme, çok gerilere giderek hakimlere veya halk jürilerine suçlu adına yalvarma- yakarma işlevi yapan meslek olarak gündemdeki yerini hep korumuştur².

Günümüzde, “serbest olarak meslek icra eden ve her türlü hukuki işlemin düzenlenmesiyle, hukuki mesele ve uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yardım eden, bilgi ve tecrübelerini bu yolda kullanan kamu görevlisi” olarak da ifade edilen avukatın yasadaki tanımı şu şekilde belirlenmiştir. Avukat; “hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi olan, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan kişi”dir.

Anayasamızın 36. maddesi, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Öte yandan, kişilerin doğru ve adil yargılanma hakkı, sadece anayasalar ve kanunlarla güvence altına alınan haklar olmayıp, uluslararası bazı hukuk metinlerinde de özenle düzenlenen temel haklardan biridir.

Mevcut 1136 sayılı Avukatlık Kanunu açısından baktığımızda, avukatlığın amacının şu şekilde belirlendiğini görürüz:

- Hukuki münasebetlerin düzenlenmesini,
- Her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini,
- Hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamayı amaçlamak,
- Bilgisi ile başkalarına yararlı olmak,
- Gerektiğinde müvekkilini, başta yargı organları olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlar nezdinde, temsil eden ve hukuki hizmet ifaya yönelik hizmet görmektir.

Türk hukukunun geneli açısından bakıldığında; avukatlık mesleği için mutlak bir tanım vermekten çok bu mesleğin temel özelliklerini şu şekilde tespit etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Avukatlık;

- Belli bir formasyon alındıktan sonra (hukuk fakültesini bitirdikten sonra) yapılabilecek bir meslektir.

¹ GÜNER, Semih, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara-2009, s.197 vd. ; METİN, Hulusi, Savunma Sanatı ve Görevi Üzerine Düşünceler, Avukatlık Mesleğinin Geleneksel Rolünün Güçlendirilmesi, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı, Sempozyum, Antalya- 25-29 Ekim 1995, s. 259; GÖREN, Ömer, Karşılaştırmalı Avukatlık-Noterlik Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2010, s. 1.; Aynı konuda, GÜNER, s.197 vd.

² GÖREN, s. 1.

- Kamu hizmetidir.
- Serbest bir meslektir.
- Yargının kurucu unsurlarındandır.
- Bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.
- Yargı organlarında vekil ve müdafî sıfatıyla bulunma konusunda tekel yetkisine sahiptir.
- Hukuki bilgi ve tecrübesini adalet hizmetine tahsis eder.

Doğal olarak, avukat yukarıda belirtilen gayeleri ve işleri yaparken, kaynağını yasadan alan ve serbest olarak ifa edilen avukatlık sözleşmesi ile işe başlamak durumundadır. Bütün özel hukuk sözleşmeleri gibi, avukatlık sözleşmesi de taraflar arasında serbest irade ile düzenlenen ve kamu hizmeti olması nedeniyle, kanuni çerçevesi diğer sözleşmelere göre oldukça sınırlanmış olan sözleşmedir.

II. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Avukatlık sözleşmesi, 2001 yılında kabul edilen ve Avukatlık Kanunu'nun (Avk. K.) bir çok hükmünü değiştiren 4667 sayılı yeni yasal düzenleme ile, Borçlar Kanunu'nun (BK) vekaletle ilişkin düzenlemesinden önemli oranda kurtarılmıştır. Yeni kanun, kendine özgü (sui generis) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi ihdas etmiştir³.

Avukatlık sözleşmesi gereği, avukatın borçlarının neler olduğunun ortaya konulmasında Avukatlık Kanunu'nun yanı sıra, BK. m. 386 vd. maddeleri de esas alınmak durumundadır. BK hükümleri uyarınca avukatın sorumlulukları; işini sadakat ve özenle yapma borcu, vekil edenin talimatına uygun hareket etme borcu, sır saklama borcu ve istisnaları dışında işi kendisi yapma borcu, hesap verme borcudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi ileride verilecektir.

Avukatlık için bir tanım yapmak gerekirse avukatlığın mahiyetine açıklık getiren 1. maddesi ve avukatlığın amacını belirleyen 2. maddesi ile "Avukatlık Sözleşmesi" başlığını taşıyan Avukatlık Kanununun 11. kısmı birlikte değerlendirilmelidir.

Buna göre avukatlık sözleşmesi, "*bir tarafında, serbest bir meslek ve kamu hizmeti olan avukatlık hizmetini ifa eden, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden Avukat ile diğer tarafta müvekkil (iş sahibi) arasında avukatlığın amacı olan hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamayı konu edinen tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir*"⁴.

Sözleşmenin tanımından da anlaşıldığı gibi, avukatlık sözleşmesi diğer borçlar

3 Avukatlık kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısının genel gerekçesinde "*bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet artık Borçlar Kanunundaki klasik vekalet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi tamamen sui generis karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü ihdas etmiştir*," denilmektedir.

4 GÜNER, 144-145.

hukuku sözleşmelerine benzeyen yönlerinden çok benzemeyen yönleri ile tanınan bir niteliğe sahiptir.

B-AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Avukatlık sözleşmesi, çerçevesi kanunla düzenlenmiş bir sözleşmedir. Ancak, yasal düzenleme, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanabilecek sorunlara çözüm getirecek şekilde bir içeriğe sahip olmadığı için, boşlukların bu sözleşmenin bünyesine en uygun düşen sözleşmeye ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doldurulması gerekmektedir. Yasa koyucu, sözleşmeye isim vermiş ve onu adeta ortalıkta bırakmış, sorunların çözümünü öğreti ve uygulamaya bırakmıştır⁵. Belirtilen düzenleme ile, sözleşmenin unsurlarını ortaya koymuştur. Sırasıyla bu unsurlar ele alınmalıdır.

1- Belli Bir Hukuki Yardımı İhtiva Etmesi

Avukatlık Sözleşmesinin tanımından da hareketle, diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi avukatlık sözleşmesinde de belirli bir işin yapılması yönünde tarafların anlaşmış olması gerekmektedir.

Belirli bir iş yapılmasına yönelik taraf iradelerinin varlığı bu sözleşme türünün kurulabilmesi için zorunludur. Avukatlık sözleşmesinin konusunu avukatlığın amacının oluşturduğuna değinmiştik. Avukatlık sözleşmesi, Avk. K. m. 35/1'de düzenlenen "*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...*" ve taraflarca kararlaştıracağı diğer işlemleri gerçekleştirmek üzere tarafların bir araya gelmeleri ve belirli bir hukuki yardımın yapılması konusunda anlaşmaları ile vücut bulur. Belirli bir hukuki yardımın yapılması, Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesi ile münhasıran avukatlara tanınmış bir hak olduğu için, avukatlık sözleşmesine konu bir işin gerçekleştirilmesi ancak vekilin bir avukat olması durumunda mümkün olabilecektir.

Avukatlığın amacını ortaya koyan bu madde hükmü aynı zamanda avukatın mesleki faaliyet alanının sınırını çizmektedir. Buna göre avukatlık sözleşmesi, avukatın, avukat sıfatıyla faaliyette bulunması halinde müvekkilleriyle kuracağı sözleşmedir. Bundan dolayı avukatın doğrudan "avukat sıfatı" ile ilgili sunacağı iş görme edimleri dışında üstlendiği akdi borçların avukatlık sözleşmesi kapsamı dışında kalacağı söylenebilir. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine göre BK hükümlerinin uygulanması gerekir.

Avukatın yapacağı sözleşmenin, başta Avukatlık Kanunu olmak üzere, hiçbir kanun tarafından yasaklanmamış olması da gerekir. Zira, kamu düzeni niteliği kazandırılan bir mesleğin, kanun koyucu tarafından sadece BK 26 ve 27. maddelerin sınırı ile değil, başka kanunların da tahdidi ile sınırlandırılması her zaman mümkündür. Örn. Avukat, tarafların üzerinde ortak iradesi olsa bile, Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesine aykırı olarak bir avukatlık sözleşmesi yapamayacaktır. Zira, ilgili yasa ve yasa maddelerinde yer hükümler, kamu düzenine ilişkin olup, aksi tarafların talebi ile yapılması mümkün olmayan hususları ihtiva etmektedir.

⁵ GÜNERGÖK, Özkan, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara-2009, s.24.

2- Belirli Ücret Almayı Zorunlu Kılması:

a- Esas olarak taraflar arasında kararlaştırılmış ücretin geçerli olması

Avukatlık ücreti, avukatın yapmış olduğu iş veya işler karşılığında hak etmiş olduğu ve yaşamını devam ettirmek için, yasa ve sözleşme hükümlerine binaen, almak durumunda bulunduğu bir haktır. Bir başka ifade ile, avukatlık sözleşmesi ile serbestçe kararlaştırılan veya Avukatlık Kanunu ile belirlenen ve parasal bir değer ifade eden bedeldir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukukî yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.

Avukatlık ücretinin, aşağıda da ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, hem tabanı hem de tavanı bulunmaktadır. Tavanı aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz (Avk. K. m. 163).

Avk. K. m. 163/I hükmü, sözleşmenin belli bir “hukuki yardım ve meblağı yahut değeri kapsamaması” gerektiğini ifade etmektedir. Bu ifadeye göre, sözleşme içeriğinde ücretin belirtilmesinin avukatlık sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak kabul edildiği gibi bir anlam çıkarılabilir. Fakat, bu maddenin ikinci fıkrası ile 164. maddenin dördüncü fıkrası karşısında, sözleşmede ücretin belirtilmemiş olması, avukatlık sözleşmesinin geçerli olmasına engel değildir.

Avukatlık sözleşmesi için şekil şartı aranmadığı halde, ücretin ispatı için yazılılık şartı bulunmaktadır. Taraflar arasında belirlenen ücretin yazılı olmaması ve uyuşmazlık konusu avukatlık ücretinin 6100 Sayılı HMK 288. madde hükümlerine göre belirlenen miktarın üstünde olduğu iddiası var ise, bunu mutlaka yazılı olarak ispat etmek gerekir. Avk. K. 163. maddesi de, bu durumu amirdir. Bu durumda, genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir özel hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumu aksine yorumlamak hukuk düzeni çerçevesinde avukat ile müvekkil arasında problem doğuracaktır.

Avukatlık ücretinin kararlaştırılmadığı veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı haller her zaman olabilir. Böyle bir durumda; 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 ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. 5043 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önceki sözleşmelere ise, mutlaka o tarihteki sözleşmeler veya sözleşme yok ise, söz konusu tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (AATF)’nde yer alan hükümler uygulanacaktır. Ancak, 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan sözleşmelere ve bu sözleşmelere dayalı uyuşmazlıklar ile yazılı sözleşme olmayan ya da geçersiz olan hallerde ise, 5043 sayılı yasa ile getirilen düzenleme geçerli olacaktır.

Avk. K. m. 163’te “... Avukatlık sözleşmesinin belirli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir” denilmekle “Avukatlık Sözleşmesi” nin konusu

olan hukuki yardımın gerçekleştirilmesi mukabilinde bir meblağın veya değerlin kararlaştırılmış olması zorunluluğu getirilmektedir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesinde bir meblağ yahut değerin avukatlık sözleşmesinin kural olarak zorunlu unsuru olduğunu söylemek mümkündür.

Avukatlık sözleşmesi, avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmaması kararlaştırılmadığı sürece, avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir ⁶.

b- Ücretin taraflar arasında belirlenmediği durumlarda avukatlık ücreti

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 hallerde⁷ asgari ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi yoluna gidilir (Avk.K. m. 164/ 4). Avukat, davayı veya takip ettiği işi ücretsiz aldığını, üyesi olduğu Baro'ya bildirmediği müddetçe, avukatın aldığı iş ve davaların hepsinin ücretle alındığı kabul edilecektir.

Yargıtay 13. HD' si, 5043 sayılı yasa ile kabul edilen geçici 21. Maddesi'nin AYM⁸ den iptali isteminden sonra⁸, hemen hemen yerleşik içtihat ortaya koymuştur. Buna göre, taraflar arasındaki hukuki ilişki için ilk sözleşmenin yapıldığı andaki ücret anlaşması geçerli olacaktır. Böyle bir anlaşma yok veya geçersiz ise, sözleşme esnasındaki (5403 sayılı kanununun kabulünden sonra Avk. K. 164/4 hükümleri doğrultusunda) AAÜT hükümleri geçerli olacaktır. Burada bilinmesi gerekli olan temel husus, 5043 sayılı yasadaki önceki işler için, dava ne zaman biterse bitsin, ilk avukatlık sözleşmesinin yapıldığı tarihteki ücret sözleşmesinin ya da sözleşme yoksa, sözleşmenin yapıldığı tarihteki AAÜT' deki ücret miktarının, uyuşmazlık tarihi ne zaman çıkarsa çıksın, sonraki tarihte de uygulanması zorunluluğudur. Bunun önemi, özellikle, yazılı sözleşmenin olmadığı durumlarda, uygulanacak AAÜT hükümlerinin tatbikinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle açılmasının üzerinden 5 yıl geçtikten sonra sona ermiş bir davada, ilk sözleşmenin yapıldığı anda yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri tatbik edilecektir. 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra Avk. K. 164/4. maddesinde belirtilen şekil ve şartlarda avukata ücret ödenecektir ⁹.

c- Ücret miktarının asgari ücret tarifesinin altında kalması durumunda ücret hakkı

ca- Kural olarak, Avk. K. 164/4. maddesinin hükümleri doğrultusunda ve AAÜT ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Kararlaştırılırsa, Avk. K. 164/4. maddesinin hükümleri çerçevesinde olmak kaydıyla, AAÜT geçerli olacaktır. Bununla birlikte, avukatın disiplin hukukuna ilişkin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumun istisnası olarak, Yargıtay içtihatları ve doktrin bir kısmının da katıldığı şekliyle, aşığıdaki durumlarda, kanundan kaynaklanan ya

⁶ GÜNERGÖK, s.33.

⁷ %25'in üzerinde vekalet ücreti kararlaştırılmayacağı gibi dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağına ilişkin sözleşme hükmü de geçersizdir.

⁸ Bkz. AYM, 07.02.2008 T., E. 2008/128 ve K. 2008/54 sayılı ilamı ile iptal edilen 5043 sayılı yasanın geçici 21. Maddesine ilişkin gerekçe.

⁹ Bkz. AYM, 07.02.2008 T., E. 2008/128 ve K. 2008/54 sayılı ilamı ile iptal edilen 5043 sayılı yasanın geçici 21. Maddesine ilişkin gerekçe.

da avukatın müvekkili ile anlaşmak suretiyle dolaylı olarak kendisine daha fazla ekonomik gelir getireceğini düşündüğü ve özgür iradesi ile yaptığı sözleşmeler de hukuken geçerlidir¹⁰. Bunların başlıcalarını şu şekilde tespit etmemiz mümkündür.

-Serbest çalışıp da, değişik özel ve kamu kuruluşlarından yoğun olarak takip ya da dava alması ihtimalinin bulunduğu durumlar

Yürürlükteki mevzuatı bilmesi “mesleki yükümlülük” kabul edilen avukatların Avukatlık Kanunu’nu en iyi bilmesi gereken kişiler olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Bu kişilerin ilgili mesleki yükümlülüklerine ve hukuka aykırı sözleşmeyi bile bile imzaladıktan sonra, bunun hukuka aykırı olduğunu ileri sürmeleri “mesleğe güven” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹¹.

-Yasa hükmüne rağmen bilerek ve isteyerek, sözleşmede yasanın öngördüğü sınırın altında bir ücreti kabul eden avukatın daha sonra, işi alırken göz ardı ettiği yasa hükmüne dayanarak (sözleşmedeki kabulünden) fazla ücret talebinin MK m. 2’ de düzenlenen objektif iyi niyet kurallarına ve hakkaniyete aykırı olacağı düşünülmelidir¹².

-AAÜT altında ücret öngören sözleşmelerde, sözleşme hükmüne göre ücret belirlenmesi gerektiği görüşünde olanların ifade ettiği gibi; “Avukatın bu tür bir ücret sözleşmesini kuramayacağını bilmesi gerekir. Yasa hükmüne rağmen bilerek ve isteyerek, sözleşmede yasanın öngördüğü sınırın altında bir ücreti kabul eden avukatın daha sonra, işi alırken göz ardı ettiği yasa hükmüne dayanarak (sözleşmedeki kabulünden) fazla ücret talebinin MK m. 2’ de düzenlenen objektif iyi niyet kurallarına ve hakkaniyete aykırı olacağı düşünülmelidir¹³.

-Bir taraftan bilerek hukuka aykırı iş ya da işlem yapan avukatın sonra da, bunun hukuka aykırı olduğunu ileri sürmesi, evrensel bir hukuk kuralı olan, “kimse kendi kusurundan yararlanamaz.” hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

-Öte yandan, Avk. K. 163/II madde hükmüne göre “ ifa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez”. Bu durumda, bir avukatın önce akdettiği ve sözleşme gereğini ifa ettiği bir sözleşmenin akabinde, tarafların yazılı iradelerinin aksine, konuyu yargıya taşımamasının, mezkur hükme de aykırılık teşkil edeceğini düşünüyoruz.

Avukatla iş sahibi arasında kararlaştırılan ücretin; AV.K. m. 164/4’ün “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz” hükmüne aykırı olduğu sözleşmelerde, ücretin kanunun öngördüğü şekilde hesaplanması gerekir diyen görüş taraftarları; ücrete ilişkin hükmün “*kamu düzenine ilişkin*” olduğunu belirterek, “*Asgari tarife altında ücret belirlemeyi yasaklayan kuralların amacının avukatlar arasında haksız rekabeti engellemek ve bu suretle mesleğin saygınlığını korumak olduğunu*” belirtmektedir. Asgari Ücret Tarifesi altında ücret sözleşmesi geçersiz sayılarak asgari tarifeye göre ücret belirlendiğinde; korunmak istenen de-

¹⁰ Yarg., 13.H.D., T. 13.03.2006, 2005/10612 E. ve 2006/3518 K sayılı ilamı. ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral, Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir-2006, s. 162; GÜNGERGÖK, s. 75; YALÇINDURAN, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara- 2004, s.159.

¹¹ HGK 11.10.2006 T., E. 2006/13-610 ve K. 2006/639 tarihli kararında belirtildiği üzere “Meslekleri gereği, avukatlar yürürlükteki mevzuatı en üst düzeyde bilmekle yükümlüdür” denilmiştir.

¹² GÜNERGÖK, s. 127; YALÇINDURAN, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara- 2007, s. 159.

¹³ YALÇINDURAN, s. 160.

ğerlerin (avukatlar arasında haksız rekabetin engellenmesi, mesleğin saygınlığının korunması gibi) korunduğunu söylemek esasında kendi hatasından avukatın yararlanmasını anlamına gelecektir ki, bu durumda evrensel bir hukuk kuralına aykırı davranılmış olacaktır.

Sözleşmenin geçersiz sayılarak yasaya göre Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi (sözleşmede belirlenen ücretten fazla) mesleğin saygınlığını korumayacaktır. Bu halde sözleşmenin diğer tarafının, avukatın şahsında mesleğe duyacağı güvensizlikle (eğer alınması gereken ücrete kavuşturulmak saygınlığı korumak ise) amacın aksine “Avukatlık mesleğinin saygınlığı” zarar görecektir sadece avukat korunmuş olacaktır. Bu anlamda, meslek kurallarına aykırı davranıştan, bu kuralı ihlal eden avukatın istifade etmesi mümkün değildir¹⁴.

cb-Hak ve nesafet kuralları gereğince, AAÜT altında ücret alınabilir.

Uygulamada, tarafların azil ya da istifada, dava ya da takip bitmeden “avukatlık sözleşmesi”ni nihayet erdirdikleri durumlarda, hak ve nesafet ilkeleri gereğince, avukatlar olayın somut niteliğine göre, AAÜT’ nin altında ücret alabilir. Yargıtay bu hususun, tarafların iradesi ile olabildiği gibi, uyumsuzluk durumunda mahkemece de tespit edilebileceği¹⁵ görüşüyle uygulamanın yönünü belirlemiştir. Bu görüşe göre; Avk. K. m. 164/5’te karşı taraftan alınacak vekalet ücreti avukata ait sayıldığı halde bu miktarın 657 sayılı Yasa ile sınırlı ödeneceğinin hüküm altına alındığı sözleşme nedeniyle açılan davada Yargıtay hak ve nesafeti hep dikkate almıştır.

Avukatla iş sahibi arasında kararlaştırılan ücretin; AV.K. m. 164/4’ün “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz” hükmüne aykırı olduğu sözleşmelerde, ücretin kanunun öngördüğü şekilde hesaplanması gerektiğini savunan görüş taraftarları; ücrete ilişkin hükmün “kamu düzenine ilişkin” olduğunu belirterek, “Asgari tarife altında ücret belirlemeyi yasaklayan kuralların amacının avukatlar arasında haksız rekabeti engellemek ve bu suretle mesleğin saygınlığını korumak olduğunu” belirtmektedir. Asgari Ücret Tarifesi altında ücret sözleşmesinin geçersiz sayılarak asgari tarifeye göre ücret belirlendiğinde; korunmak istenen değerlerin (avukatlar arasında haksız rekabetin engellenmesi, mesleğin saygınlığının korunması gibi) korunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira;

-Sözleşme geçersiz sayılarak yasa gereği Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre ücret belirlenmesi (sözleşmede belirlenen ücretten fazla) mesleğin saygınlığını korumayacaktır. Bu halde sözleşmenin diğer tarafının, avukatın şahsında mesleğe duyacağı güvensizlikle (eğer alınması gereken ücrete kavuşturulmak saygınlığı korumak ise) amacın aksine “Avukatlık mesleğinin saygınlığı” zarar görecektir sadece avukat korunmuş olacaktır.

-Vekalet ücretinin AAÜT’ nin altında olmayacağına dair yasa hükmünü bileerek, sözleşme kurulurken (uyumsuzluk halinde sözleşmede kabul ettiğinden fazla ücret alabileceğini bilerek) yasal sınırın altında ücreti kabul eden avukat, bu davranışı ile (kanuna aykırı ücreti kabul etmeyen diğer meslektaşlarına karşı) haksız

¹⁴ Vekalet ücretinin AAÜT’ nin altında olmayacağına dair yasa hükmünü bilerek, sözleşme kurulurken (uyumsuzluk halinde sözleşmede kabul ettiğinden fazla ücret alabileceğini bilerek) yasal sınırın altında ücreti kabul eden avukat, bu davranışı ile (kanuna aykırı ücreti kabul etmeyen diğer meslektaşlarına karşı) haksız rekabet yapmış olacaktır. Konun bu yönüyle de değerlendirilmesi gerekir.

¹⁵ Yarg., 13.H.D., T. 13.03.2006, 2005/10612 E. ve 2006/3518 K sayılı ilamı.

rekabette bulunmuş olacaktır.

-AAÜT altında ücret öngören sözleşmelerde, sözleşme hükmüne göre ücret belirlenmesi gerektiği görüşünde olanların ifade ettiği “Avukatın bu tür bir ücret sözleşmesini kuramayacağını bilmesi gerekir. Daha sonra ücretin asgari ücret tarifesine çıkarılmasını istemesinin mesleğe duyulan güveni sarsabileceği” görüşüne katılıyorum. Konu ile ilgili olarak yargı kararları da bu yöndedir¹⁶.

d- Avukatlık ücretinin hususiyetleri

Tıpkı avukatlık sözleşmesi gibi, avukatlık ücretinin de, diğer genel sözleşmelere ilişkin, ücretlerden farklı yönleri bulunmaktadır. Bunların başlıcalarını şu şekilde tespit etmek mümkündür:

da-Avukatlık ücreti, yazılı sözleşme ile belirlenir. Yazılı ücret sözleşmesi yok ise, genel hükümlere tabi olarak, 5043 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uyuşmazlıklara, Avk. K. 164/4 hükümleri doğrultusunda, AAÜT uygulanır.

db-5043 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, taraflar arasında sözleşme var ise, söz konusu sözleşme hükümleri tatbik edilir. Sözleşme yok ise, işin alındığı tarihte yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri tatbik edilecektir.

dc-Ücret sözleşmesinin hem tabanı hem de tavanı bulunmaktadır.

dd-Sözleşmede ücret ile ilgili düzenleme yok veya geçersiz ise uyuşmazlık anında yürürlükte bulunan AAÜT hükümleri uygulanacaktır.

de-Sözleşmede ücret tavanının aşılması durumunda, tavan miktarı geçerli olacaktır.

df-Konusu para olanlar dışındaki ücret sözleşmeleri geçerli değildir.

dğ-Dava sonundaki, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir.

dı-Sözleşmede ücret tavanının aşılması durumunda, tavan miktarı geçerli olacaktır.

di-İfa edilmiş bir avukatlık ücretinin geçersizliği ileri sürülemezdir.

3- Kural Olarak, Tarafların İradelerinin Belirleyici Olması

Kanunda belirtilen bazı istisnai durumlar haricinde, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmenin kurulması için, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi bakımından sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli sayılmaktadır.

Avukatlık sözleşmesi, belli bir hukuki yardım talebinde bulunan iş sahibinin bu talebinin avukat tarafından açıkça yahut zımnen kabul edilmesi ile kurulduğuna ve bu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurduğuna göre bu sözleşme rızai bir sözleşmedir¹⁷.

a- Tarafların iradesinin mutlak oluşu

Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesi, hukukumuzdaki diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kurulacaktır. Ancak, Avukatlık Kanununda sözleşme özgürlüğü konusu düzenlenmemiş, bu konuda, BK'daki düzenlenmeden yararlanmak gerek-

¹⁶ HGK 2006/13-610 E.2006/639 K. Sayı ve 11.10.2006 tarihli kararında belirtildiği üzere “Meslekleri gereği, avukatlar yürürlükteki mevzuatı en üst düzeyde bilmekle yükümlüdür” denilmiştir. Zira, yürürlükteki mevzuatı bilmesi “mesleki yükümlülük” kabul edilen avukatların Avukatlık Kanunu’nu en iyi bilmesi gereken kişi olduğu tartışmasız kabul edilmelidir.

¹⁷ GÜNERGÖK, s.35.

miştir. Buna göre; sözleşme özgürlüğü, sözleşmelerin kurulmasında ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilmesi serbestisini ifade eder¹⁸. Buradan tarafların iradesinin aynı yönde olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Bu sözleşme ile avukat, avukatlık hizmeti sunmayı ve bunun yanında diğer özel şartlara uymayı kabul etmekte, iş sahibi de aynı doğrultuda bir irade açıklaması ile sözleşmeyi tevsik etmektedir. Taraflar arasında yapılacak bu sözleşmenin, önceki dönemde olduğu gibi, ille de yazılı olması gerekmez. Yazılı olması bir ispat sorununu aşmada yardımcı olacaktır. Tarafların iradesi ile ortaya çıkacak olan, “avukatlık sözleşmesi”nin rızai bir sözleşme olması nedeniyle, BK. M. 1 uyarınca diğer tüm rızai sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Avukat ile iş sahibi arasında sözleşme, yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Yine taraflar bir araya gelmeksizin önceden telefonla, faksla, internetle temasa geçmek yoluyla da sözleşme yapabilir. Günümüzde “avukatlık sözleşmesi”nin yapılması yazılı geçerlilik şekline dayanmadığından, yani işbu sözleşmenin serbestçe düzenlenebileceğinden, sözleşmenin sonuçlarını doğurduğu anı tespit etmek çok zordur. Bu nedenle, somut durumlara göre, sözleşmenin kurulduğunu tespit etmek gerekir. Ancak, ücrete dair taraflar arasında doğan uyuşmazlıklarda, HUMK m. 288’deki miktardan fazla olduğu takdirde tanıkla ispatlanamaz.¹⁹ Zira, Avk. K. M. 163/1, 3. Cümle de “ yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispat edilir.” İfadesini kullanmaktadır. Bu durumda, her yıl belirlenen, parasal edimlerin tanık ile ispatlanabileceğine ilişkin miktarın üstündeki miktarlardaki avukatlık ücretinin mutlaka yazılı olması gerekir.

b- Tarafların iradelerinin istisnaları

Avukatlık mesleğinin özelliklerinden dolayı, avukatın takip ettiği bütün işlerde, tarafların iradelerinin uyuşması beklenmeyecektir. Özellikle aşağıda belirtilen hallerde, kanundan kaynaklanan bir zorunluluk ile, avukatın ve diğer tarafın iradesi uyuşmasa da, avukat davayı takip etmek zorundadır.

-Av.K. m. 37/II’ de iki avukat tarafından reddedilen kişinin Baro başkanına başvurarak kendisine bir avukat tayinini istediği hallerde, baro başkanı tarafından tayin edilen avukat baro başkanının belirleyeceği ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır.

- Av.K. m. 42’ de meslek içi dayanışma amaçlı olarak baro başkanı tarafından geçici görevlendirme yapılan hallerde de avukat işi takip etmek zorundadır.

-Av. K. m. 179/İde adli müzaheretten yararlanma isteğiyle baroya başvuruda bulunan kişinin bu isteği kabul edildiğinde adli müzaheret bürosu tarafından görevlendirilen avukat işi takip etmek zorundadır. Ancak avukat, söz konusu işin Avukatlık asgari ücret tarifesi ’ndeki (AAÜT) ücretini baroya ödemesi halinde, yardım talebinde bulunan kişinin işini takip etmek zorunda değildir.

-HMK m. 79’da duruşma sırasında, hal ve davranışları nedeniyle uyarı alan ve dışarı çıkarılan kişiye hakim, kendisine avukat tayin etmeye zorladığında, kişi için avukat ile sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

¹⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara-2006, s. 149.

¹⁹ Bkz. Ankara Barosu Hakem Kurulu’ nun T. 21.06.2004, E. 2004/62 ve K. 2004/105 sayılı kararı; Aynı yönde olmak üzere, KARATEKE, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara-2006, s. 25; AYDIN, Murat, Avukatlık Ücreti, Ankara-1999, s. 29.

-HMK m. 80'de görülmekte olan bir davada hakim, kendi davasını yürütme yeteneğinden yoksun olan kişiye, kendisine avukat tayin etmesini emrettiğinde, kişi için avukat ile sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

-CMK m. 147/1-c ve 150/1 ve 2 hükümlerine göre;

- Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde, Baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir.

- Yakalanan kişi veya sanık, 18 yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa, talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir²⁰.

4-Taraflarından Birinin (Vekilin) Tekel Hakkına Sahip Kimselerden Olması

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafının baro levhasına kayıtlı avukat olması (yasal ayrık durumlar hariç) Avk. K. m. 35 ve m. 63'ün öngördüğü bir zorunluluktur. Avukatlık yapma yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve 1000 güne dek adli para cezası öngörülmüştür. (Avk. K. m. 63). Ancak, uygulamada tekel hakkının, sonradan çıkan yasalarla oldukça daraltıldığı görülmektedir.

5- Başarıya Bağlı İfasının Mümkün Olması

Getirilen diğer bir yeni düzenleme de, avukatlık sözleşmesinin şarta bağlı olabileceği konusundadır. Yasalarda, aksine bir düzenleme olan durumlar ayrık olmak üzere, şarta bağlı sözleşme yapılabilir. Bu nedenle, hukuka ve ahlaka aykırı şart ileri sürülmesi durumunda sözleşme yok hükmünde kabul edilmelidir. Kanunun belirlediği miktarın üzerindeki miktarlarda, en yüksek nisbi miktar geçerli olacaktır. Taraflar, sözleşme ile, yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesini avukatlık ücreti olarak kararlaştırabilir. Burada önemli olan husus, avukatın başarıya göre ücret belirlemesi veya yüzde oranı tespitine ilişkin özel bir kanun hükmünün olmamasıdır. Böyle bir kanuni yasak varsa (2942 sayılı Kanun m. 31, 32 ve 33'te olduğu gibi), bu yöndeki sözleşmeler geçersiz olacaktır.

II- SÖZLEŞMENİN SONA ERME HALLERİ

Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir iş görme akdidir. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesini sona erdirmeye halleri de, yine taraflar arasında yapılmış sözleşme ile belirlenir. Ancak, taraflar arasındaki akdedilmiş sözleşmede, sözleşmenin sona erme halleri gösterilmemiş ise, sözleşme genel hükümlere göre sona erecektir. BK genel hükümlerine ve Av.K. 'da belirlenen umum kaidelere bakıldığında; aşağıdaki hallerde ise; sözleşmenin sona erdiği kabul edilmektedir.

a- Avukatın üzerine almış olduğu işi, sözleşmedeki usul ve esaslara göre, sona erdirmesi ve böylece sözleşmenin fiilen gerçekleşmesi,

b- Avukat ile müvekkilin anlaşarak, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri davayı ya da ilgili işi sona erdirmeye konusundaki anlaşmaları,

c- Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir dava ve takip için tarafların anlaşması ve anlaşma doğrultusunda işin tamamlanması veya somut olayın özelliğine

²⁰ KARATEKE, s. 18.

göre sona erdiğinin kabul edildiğinin anlaşılması²¹.

- d- Avukatın davadan veya vekalet sözleşmesinden istifası.
- e- Avukatın, müvekkil tarafından azli.
- f- Taraflardan birinin ölümü.
- g- Taraflardan birinin ehliyetini yitirmesi.
- h- İş sahibinin iflası.
- i- Avukatın meslekten geçici veya sürekli olarak yasaklanması.

²¹ Örneğin, tarafların işin bitirilmesi konusunda anlaşmışlar, avukat da konu ile ilgili ilk davayı ve ikinci davayı açmış ve kesin hüküm ile reddedilmiştir. Diğer davalar da, bu davanın sonucuna bağlı ise, işin bittiği kabul edilecektir.

III - SONUÇ

Avukatlık mesleği, kökeni binlerce yıl geriye dayanan soylu bir meslektir. Günümüzde de, önemi artan oranda devam etmektedir. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan sözleşmelere, Avk. K. Hükümleri ile, diğer BK hükümlerinden farklı olarak, çok sıkı sınırlamalar getirilmiş ve buna karşılık da, avukatlık mesleğine “kamu düzeni” niteliği verilmiştir.

Avukatlık sözleşmesi, yasa ile detaylandırmıştır. Avukatlık sözleşmesi yapılırken, avukatlar, bu kanuni sınırlamalara ve sözleşmenin aşağıdaki unsurları içermesine dikkat etmelidir.

-Sözleşme, belli bir hukuki yardımı ihtiva etmelidir.

-Sözleşmenin belirli bir meblağ yahut değeri (ücreti) kapsamı gerekir ve bu ücretin, kanun ile belirlenmiş bir tavanı ve tabanı vardır.

-Sözleşmede, kural olarak, tarafların iradeleri belirleyicidir. Bazı konularda, kanun, tarafların ve özellikle avukatın iradesinin dışında da avukatın davaya vekil sıfatı ile bakmasını emretmektedir.

-Sözleşmede, taraflardan biri, avukat, kanunda belirtilen şekil ve şartlarda, tekel hakkına sahiptir.

- Sözleşmede, avukatın takip ettiği dava veya işte, söz konusu konuda özel bir kanuni yasak yok ise başarısına göre yüzdelik ücret alması mümkün hale getirilebilecektir.