

TEMSİL YOLUYLA BAĞITLANAN AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ İÇİN ÖZEL YETKİNİN VARLIĞI ZORUNLU MUDUR?

Av. Ahmet İYİMAYA (*)

I - GİRİŞ :

Bu yazı, ayrıntılı incelemeyi kapsamamaktadır. Tür olarak, hukuk literatüründe yaygın bir yeri olan "içtihat notu" yazı-çeşidine girmektedir.

Kuralların anlaşmazlığa uyarlanması, hukuk uygulamasının en zor sanatıdır. Bu sanat, ilkeleşmesini ve görkemini "içtihat"ta doruk noktasına çıkarır.

İçtihat, hukukun canlı kaynağıdır. Adaletin temel görüntüsü olan hak-ölçümü ve yargısal çözümleme işleminde, içtihadın doğrudan ağırlığı ve etkinliği vardır.

Bu denli önemli hukuk kaynağının örnekleri (içtihatlar) üzerinde kritik yapmak, hukûki bir zarûrettir.

İçtihat kritiği, içtihadın hukuk sistemine uygunluğunun teorik tartışmasını yaparak, pozitif hukuk uygulamasının gelişmesini ve zenginleşmesini sağlar. İçtihat gözden geçirilebilen, açık hukuka aykırılığın gözlenmesi veya pozitif hukuk içinde kalınmak kaydı ile gelişen ihtiyaç ve eğilimlere göre değiştirilebilen bir hukuk kaynağıdır (1).

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

(1) Dr. Sivrihisarlı, Ömer. Hukuk Yargılamasında Medenî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı. İst. 1978. Shf. 34 ve

İçtihat kritiği geleneğinin, batıdaki aksine bizde yaygın biçimde yerleştiği söylenemez. Öğreti ve yargı kanadından bu tür yazılara hayli örnekler verilmiştir. Ancak hukukun savunma kanadından bu türe örnek, yok-denecek kadar azdır. Oysa içtihat kritiğinin başta gelen görevlisi ve sorumlusu, "AVUKAT"tır. Hukuksal çözümlerin ve uygulamanın doğrultusundan yakınmak, savunma adamının "yasak-savma" düzeyini aşmayacak "cılız davranış"ıdır. Hukuka katkı sağlayacak legal tepkinin anlamlı ve zorunlu bir yolu da "içtihat kritiği"dir. Ancak bu kritik, baştan geçen öykünün "bilim kılıfına uydurulmuş" subjektif "anlatımı" olmamalıdır. Kritik, hukuk sistemi içinde, hukuk bilimi ve normatif yapı çerçevesinde yürütülen, hukuku geliştirme amacına yönelik, subjektivizmin getireceği marazî özelliklerden arınmış bir "BEYİN FAALİYETİ"dir (2).

Bu yazımızda üzerinde durulacak içtihat, Yargıtay Yüksek 13. Hukuk Dairesinin, "avukatlık sözleşmesinin iş-sahibinin temsilcisi aracılığıyla akdedilmesi halinde, temsil belgesinde bu hususta "ÖZEL YETKİNİN VARLIĞINI" ARAYAN UYGULAMASIDIR.

civ. Prof. Edis, Seyfullah. Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ank. 1983. Shf. 277. Schwartz, Kanun ve İçtihatlar, Hukuk Hayatında Mahkemelerin Rolü (Hukuk İlmini Yayma Kurumu Yayınları. Ank. 1936). Prof. Aral, Vecdi. Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine. İst. 1975. Shf. 106 vd. Prof. Kuru, Baki. İçtihadın Birleştirilmesi ile İlgili Bazı Sorunlar. Ank. 1977 (eserin tamamı). Prof. Bilge, Necip. Hukuk Başlangıcı. Ank. 1987. Shf. 101 vd. Aynı Müellif. Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihadı Birleştirme Kararları. (Dr. A. Recâî Seçkin'e Armağan. Ank. 1974. Shf. 217 vd.). YIBK. 1.6.1990 t, 3/4-E/K. (YKD. 1990/8. Shf. 1121-1137). İyimaya, Ahmet. Hükümden Sonra Meydana Gelen Olguların Temyiz İncelemesine Etkisi (Özellikle Sigorta Gelirindeki Artışlar Sorunu). ABD. 1991/6 sayısından ayrı bası. Shf. 19 ve civ.

- (2) Değerli bilim adamı Prof. Yaşar Karayalçın'ın büyük gayretleriyle yılda bir defa olarak düzenlenen Yargıtay Kararları Sempozyumu, bu türe önemli bir örnektir (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu. Bildiriler / Tartışmalar. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ank. I-IX cilde kadar). Keza, Dr. Okçuoğlu, Yavuz. Yargıtay Kararları ve Karşı Oyların. Ank. 1991.

II- YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ İÇTİHADININ METNİ

"Taraflar arasındaki alacak ve iptal davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı asli müdahilin davasının kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine; dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı avukat, davalıların vekili olarak iş ve davalarını takip ederek sonuçlandırdığını, haksız olarak azledildiğini, sözleşmede kararlaştırılan ücreti vekâlet alacağının tahsili için yaptığı takibe de davalılarca itiraz edildiğini beyanla itirazın iptaline, alacağın % 30 faiz ve % 40 icra inkâr tazminatı ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacı avukatın vekilleri Ali tarafından vekil tayin edildiğini, taşınmazlarının yarısını istemeleri nedeniyle haklı olarak azledildiklerini, azilden sonra davaya konu ücret sözleşmesinin iki vekil arasında sırf kendilerini zararlandırmak amacıyla yapılmış olduğunu takiple öğrendiklerini, kendilerini bağlamıyacağını, geçersiz olduğunu beyanla davanın reddine karar verilmesini savunmuşlardır.

Mahkemece, borçlu davalıların icra takibine vaki itirazlarının iptaline, takibe konu 6.875.000 TL. alacak ile asıl alacak üzerinden hesaplanan 2.000.000 TL. icra inkâr tazminatının davalılardan tahsiline karar verilmiş, hüküm; davalılarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- İddia, savunma ve toplanan delillerden davalıların, başkalarını da tevkil etme yetkisi vererek dava dışı avukat olmayan Ali isimli kişiyi 26.4.1985 ve 12.8.1985 tarihli iki ayrı vekâletname ile vekil tayin ettikleri bu kişinin de mevcut yetkisine dayanarak 14.8.1985 tarihinde davalılar vekili sıfatıyla davacıya vekâletname verdiği ve yine davalılar vekili olarak davacı avukat

ile davaya konu 15.9.1985 tarihli avukatlık ücret sözleşmesini imzaladığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken sorun, tevkil yetkisini haiz vekilin tayin ettiği ikinci vekil ile müvekkilleri adına vekâletnamesinde bu konuda özel yetkisi olmamasına rağmen ücreti vekâlet sözleşmesi yapıp yapamayacağı ile yapılmış sözleşmenin müvekkilleri bağlayıp bağlamıyacağına toplanmaktadır. BK.nun 388 ve HUMK.nun 63. maddelerinde vekâletin kapsamı ve özel yetkiyi gerektiren haller sayılmıştır. Avukatlık Yasasında da ücreti vekâlet sözleşmeleri gerek miktar ve gerekse içerik bakımından bazı emredici nitelikteki hükümlerle sınırlamaya tabi tutulmuştur (Av. Kanununun 163 ve 164. maddeleri). Yanlar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde bu Yasa hükümlerinin vaz edilmiş sebepleri de gözönüne alınarak bir sonuca gidilmesi gerekir.

BK.nun 388 ve HUMK.nun 63. maddelerinde özel yetkiyi gerektiren haller olarak sayılan hususların tahdidi olup olmadığına değerlendirilmesinin yapılmasında, tahdidi olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. İşlemin müvekkil bakımından arzettiği önemden dolayı o işlem içinde özel yetki verilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Nitekim, anılan yasa maddelerinde sayılan tüm haller müvekkil açısından işlemin niteliği de nazara alındığında önem arzeden hususlardır. Öneminden dolayı özel yetkiyi gerektiren hallere benzerliği dolayısıyla vekilen müvekkili adına yargılamanın iadesini isteyebilmesi, konkordato teklif veya kabul edilebilmesi, iflâsını isteyebilmesi, kişiye bağlı haklara ilişkin dava veya taleplerde bulunabilmesi için özel yetki gerektiği doktrinde ve bazı özel hükümler taşıyan yasalarda kabul edildiği gibi, uygulamada da hâkimler aleyhine tazminat davası açabilmesi için vekilin vekâletnamesinde bu konuda özel yetki aranmaktadır (Müderresioğlu, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi, Sh. 48-49; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: I, Sh.: 845; 4.2.1959 Th., 14/6 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı). Özellikle, davaya vekâlette ikinci vekilin verdiği avukatlık hizmetine karşılık alacağı, vekâlet ücretinin miktarı müvekkiller için önemli olabilir ve bu önem derecesinde kişiye, her somut olaya göre değişir. Objektif ölçülerle tesbiti de mümkün değildir. Bu nedenle müvekkillerin ödenecek ücreti işin başında bilmelerini sağlamak amacıyla Avukatlık

Yasasının 164/1. maddesiyle ücretin belli bir miktarı kapsaması gerektiği hükmü getirilmiş olmakla ücreti vekâletin müvekkiller için önemli olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan, anılan yasa kamu yararı ve avukatlık mesleğinin disipline edilmesi amacıyla avukatlık ücret sözleşmesinin yapılmasında, özellikle kararlaştırılacak ücret açısından da başka sınırlamalar da getirilmiştir (Av. Kanununun 163/4, son, 164/2-3, 171. maddesi gibi). Kaldı ki vekilin vekâletnamesinde özel yetki olmadan tevkil ettiği avukatla ücret sözleşmesinin yapabileceğinin kabulü istismara da neden olabilecektir. Yasa burada önlemeye çalışmaktadır. Bu durumda vekilin, vekâletnamesinde açık yetkisi olmadan müvekkili adına avukatlık ücreti sözleşmesi yapamayacağının kabulü gerekir.

Somut olayda, başkalarını tevkile yetkili ilk vekil Ali'ye verilen vekâletnamelerin hiç birinde ücreti vekâlet sözleşmesi yapma yetkisi olmadığı gibi, müvekkilleri borçlandırmaya da yetki yoktur. Bu durumda ilk vekilin yetkisi olmadığı halde ikinci vekil ile yaptığı avukatlık ücret sözleşmesi geçersizdir. Davalı müvekkilleri bağlamaz. Bu nedenle de davacı bu sözleşmeye dayanarak sözleşmede kararlaştırılan ücreti davalılardan isteyemez. Ne varki, davacı vekil vekâletname gereği üstlendiği vekâlet görevini ifa etmiştir. Avukatlık Kanununun 163/son maddesi gereğince, davalılar Asgari Ücret tarifesi gereğince hesaplanacak miktarı davacıya ödemekle yükümlüdürler. Mahkemece yapılacak iş; veraset davaları nedeniyle tarifeye göre bulunacak miktarlar ile tapudaki intikal işlemleri içinde tarife-deki benzer durumlar ve avukatın sebbeden emeği de nazara alınarak takdir edilecek miktar toplamına hükmetmektir. Mahkemece, açıklanan yönler gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir.

3- Davacı, takip taleplerinde 5.000.000 TL. asıl alacak, 1.875.000 TL. işlemiş faiz olmak üzere toplam 6.875.000 TL. alacağın takip tarihinden yasal faizi ile tahsilini istemiştir. Mahkemece, itirazın iptaline karar verilmiş olmakla BK'nun 104/son maddesi hükmüne aykırı olarak temerrüt faizi 1.875.000 TL. ye takip tarihinden itibaren ayrıca faiz tahakkuk ettirmiştir ki bu

yön de kabul şekli bakımından usûl ve kanuna aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

Sonuç : Bir nolu bentte açıklanan nedenlerle davalıların sair temyiz itirazlarının reddine, iki ve üç nolu bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davalılar yararına (BOZULMASINA), peşin harcın istek halinde iadesine, 5.6.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi." (3).

III- SORUNUN ORTAYA KONMASI ve AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI :

Avukatla iş sahibi arasındaki ilişki, taraflara "hukuki yardım ve vekâlet ücreti" karşılıklı borçlarını yükleyen sinelagmatik bir ilişkidir. Bu ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekirken, uygulama ve öğretide, -adeta bir bütünü ikiye bölerek- "avukatlık ücret sözleşmesi" tipinin yaratılması, sonuçlarını pratiğe yansıtan hukuki hatadır. Esasen hukuki yardım ile vekalet ücreti karşılıklı borçları arasındaki sinelagmatik ilişki, A. Y. 163/1 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Gerçi yasada bu terim yer almaktadır. Ancak yasa, vekâlet ücretini hukuki yardım (avukatlık hizmeti) borcu ile kurucu yoğunlukta bağlantı kurmuştur.

Doğrusu, iş sahibi ile avukat arasındaki ilişkinin adı "AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ"dir. Bu terim, hem iş sahibinin edimini hem avukatın edimini ve ilişkinin semantik yapısını karşıladığından yeğlenmelidir. Parlamenteoya sunulan avukatlık yasa tasarısında, "Avukatlık Sözleşmesi" tip ve terimi benimsenmiştir (4). Uygulamada "vekalet ücreti akdi" adı altında düzenlenen

(3) Y. 13. HD. 5.6.1992 t, 1902/5282-E/K. (YKD. 1992/10. Shf. 1571. ABD. 1993/3 Shf. 451).

(4) Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen yeni Avukatlık Yasa Tasarısında Avukatlık Sözleşmesisistemi benimsenmiş ve bu konuda şu hüküm sevk edilmiştir: "Avukatlık Sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar; genel hükümlere göre ispatlanır. Avukatlık sözleşmesi serbestçe kurulur. Avukatlık ücreti tavanını aşan sözleşmeler, kanundaki tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz" (Tasarı, Md. 81). Bu sözleşmenin yasaca düzenleniş nedeni, komisyon üyesi olarak şu anlatımla dile getirilmiştir: "...Avukatlık Söz-

sözleşmelerde her iki tarafın hak ve borçları (yalnızca vekâlet ücreti değil) yeralmaktadır.

leşmesi" kavram ve kurumu, ilk olarak bu "tasarıda" oluşturulmuş ve önerilmiş bulunmaktadır. Kavram, bir zihin sporunun değil, tamamen bir "zaruret" ve kaçınılmazlığın gereğidir. "Avukatlık Sözleşmesinin" başlıca "dayanakları", şu düşüncelerde yatmaktadır:

a- Avukatlık, mimarlık ve benzeri hizmetler, "özel eğitim ve mesleki formasyon isteyen yüksek hizmetlerdir. Bu hizmetlere özgü "su-i generis akit tipleri üretmek", karşılıklı edimlerin yapılarından kaynaklanan bir "gereklilik"tir. Netekim "Mimarlık Sözleşmesi", bir tür olarak "teorik hukukta" benimsenmiştir.

b- Savunma ve avukatlık hizmeti, genel olarak "Avukatlık Yasasında" ve özel olarak -kimi özel yada genel- yasalarda, "özgün biçimde" düzenlenmiş ve tamamen "hizmete özgü" hukuk alanı (kurallar topluluğu) yaratılmıştır. Bu kurallar, avukatın ve iş sahibinin arasındaki ilişkileri "doğrudan düzenleyici hükümler" öngörmektedir. Mevcut durum, de facto "bir avukatlık ilişkisi"ni ihdas etmiştir. Böylelikle "avukatlık sözleşmesi", mevcut durumun özenle gözlenmesinden kaynaklanan "zorunlu bir düşünce ürünü"dür.

c- Avukatlık ilişkisini, "BK.nun hizmet veya vekalet akdinin der kalıplarına sığdırmak" imkânsızdır. Yüksek Yargıtay'ın uygulaması, "vekâlet akdi hükümlerine" yollamayla "çözüm oluşturma" yönündedir. Örneğin avukatlık hizmetinin yürütülmesinde avukatın, "kusur ve özen" derecesinin belirlenmesinde, BK. 390 hükmü yoluyla BK. 321 kuralındaki "işçi özeni" yükümlülüğüne başvurulmaktadır. Böyle bir "alt-özeni", hangi "avukat uygun görebilir?". Oysa "devlet garantili hizmetler -ki avukatlık, hukuk fakültesi diploması ve staj sonrası izin/ruhsat yoluyla bu türdendir-, "YÜKSEK ÖZEN YÜKÜMÜNÜN YÜRÜDÜĞÜ hizmetlerdir. "Avukatlık Sözleşmesi Kavramı", öncelikle "avukatlık kodifikasyonunun kendisine uyguladığı" bir kurum olarak, böylebir "özel alan yaratmış" olmaktadır (Av. K. Md. 34).

d- Halen yürürlükte olan kural, "Ücret Sözleşmesi" biçimindedir (Av. K. Md. 163). Mevcut düzenleme, eksik ve yanıltıcıdır. Avukatlık ilişkisi, "tam-iki tarafa borç yükleyen" ilişkiler grubundadır. İlişkideki sinelagmatik karakter, "yasaya yansımamıştır". Yani avukat, "sadece iş sahibinden alacağı olan, ama karşı borcu bulunmayan / yapma edimini üstlenmemiş bir süje midir?". Avukatlık, "yalnızca alacağı düzenlenmiş, bu unsura ağırlık verilmiş total bir sözleşme türünün" adı değildir. Denilebilirki, "vekâlet ücreti sözleşmesinden", "avukatlık sözleşmesi" evresine geçmek, "ideal hukuk düzenlemesi yanında avukatlık ve savunma onuru"dur. (İyimaya, Ahmet, Avukatlık Yasası Tasarısında Öngörülen Avukatlık İlişkisi Modeli Yada Avukatlık Sözleşmesi. Balıkesir Barosu Dergisi. 1992/Kasım, Sayı: 44. Shf. 6 vd. Yeni öneri ve eğilimler bakımında, bkz. İyimaya, Ahmet. Avukatlık Kodifikasyonuna Doğru. Çağdaş Hukuk Dergisi. Ank. 1993/13-14. Shf. 31 vd.). Avukatlık Yasası tasarısında benimsenen, tarafımdan ortaya atılan "Avukatlık Sözleşmesi" teriminin, bu alanda özgün bir incelemede bulunan değerli hukukçu Nejat Aday tarafından da, bu gelişmelerden bağımsız olarak (yani yinede ilk kez) kullanılması mutluluk vericidir. Yazar, aynen şöyle

Vekalet Ücreti Sözleşmesi yerine, "AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN" tercih olunmasının yukarıdaki sebepler dışında elbetteki başkaca dayanakları ve zorunluluğu vardır. Konumuzun sınırları ölçüsünde detaydan kaçınılmıştır.

Yüksek mahkeme, Avukatlık Sözleşmesinin unsurlarından olan "ÜCRETİN" temsil yoluyla kararlaştırılmasında, temsil belgesinde (vekâletnamede) bu hususta "ÖZEL YETKİNİN VARLIĞINI" aramaktadır.

İncelememizde, içtihat gücündeki bu görüşün normatif sistem içinde değerliği tartışılacaktır.

IV- YASA METİNLERİ :

Kritiği izlemede kolaylık sağlamak bakımından sorunla ilgili yasa metinleri aynen verilmiştir:

BK. 388. Maddesi :

"Vekâlet akdinin şümülü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise taallûk eylediği işin mahiyetine göre tâyin edilir.

Vekâlet, vekilin tekabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukuki tasarruflar, ifa salâhiyetini şâmilidir. Hususi bir salâhiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez".

demektedir: "...Avukatlara verilen "temsil belgesi"nin de uygulamada "vekâletname" biçiminde adlandırıldığı bilinmektedir. Avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşmeyi "avukatlık sözleşmesi" biçiminde adlandıracak olursak, özel hüküm bulunmayan durumlarda bu sözleşmeye Borçlar Kanunu'nda yer alan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını söyleyebiliriz. Ancak, avukatlık sözleşmesinin kendine özgü, niteliklerini gözönünde tutan çeşitli yasa koyucular avukatlık sözleşmesini birçok yönden vekâlet sözleşmesine nazaran farklı biçimde düzenlemişlerdir. Daha çok tarihi sebeplere dayanan bu farklılıklar üzerinde aşağıda ayrıntılı olarakdurulacaktır" (Aday, Nejat. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. "Avukatlık Ücret Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Üzerine" İstanbul Barosu Dergisi. 1993/1-2-3. Shf. 90). Aynı şekilde, Prof. Yavuz, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku. Özel Hükümler. İst. 1993. Shf. II/184.

HUMK. 63. Maddesi :

"Sarahaten mezuniyet verilmemişse vekil sulh olamaz ve âharı tahkim veya ibra ve davadan hiçbir suretle feragat veya hasmındavasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûmunbihi kabz ve haczi fekkedemez. Yeminin kabul veya reddini beyan için salahiyet ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleye ittıla kesbettikten sonra verilebilir.

Avukatlık Kanununun 163. Maddesi :

"Avukatlık ücreti, avukatın vekâlet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder.

Avukatlık ücreti, avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılır.

Şu kadar ki, tarifiedeki asgari miktar altında kalan avukatlık ücreti karşılığında iş ve dava kabulü yasak olup, aksine hareket disiplin cezasını gerektirir.

168. maddenin son fıkrası hükmü saklıdır.

Dava, takip ve her türlü danışma ücretleri hakkındaki anlaşmaların yazılı şekilde olması şarttır.

Ücretten doğan davalarda, yazılı sözleşmeden başka delil getirilemez ve dinlenemez.

Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hallerde asgari ücret tarifesi uygulanır."

Avukatlık Kanununun 164. Maddesi :

"Ücret sözleşmesinin kural olarak belli bir miktarı kapsaması gereklidir.

Şu kadar ki, üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, davada gösterilen başarıya göre değişmek ve yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava olunan veya hükmolunacak şeyin değerinin belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak anlaşmalar, dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avu-

kata ait olacağını ve böylece avukatın taraflardan biri imiş gibi dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığını kapsayamaz. Bu gibi ücret sözleşmeleri batıldır.

Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeyle dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir."

V- VEKALETNAMEDE ÖZEL YETKİNİN BULUNMASINI ZORUNLU KILAN YASA HÜKMÜNDEKİ HALLERİN SINIRLI OLMADIĞI GÖRÜŞÜNÜN GEREKÇELERİ :

A - Genel Olarak : Yasa koyucunun "dava açmak, sulh, tahkim, kambyo ilişkisi kurmak, bağışlamak, taşınmazın temlik veya takyidinde bulunmak (BK. 388/III), tevkil (BK. 390/III, Av. K. Md. 171/II. cl), davadan feragat, ibra, davayı kabul ve yasada sayılan diğer usuli işlemlerde bulunmak (HUMK. Md. 63)" hususunda temsil belgesinde (vekâletnamede) özel yetkiyi zorunlu kılması, başka işlem ve haller için "özel yetki aramadığı" anlamına gelmez. Yasadaki zorunlu haller, "sınırlı haller" değildir. Eski deyimle yasa normu, "tahdidi" birkarakter taşımaz; bilakis ortada "tadadi" durum vardır.

1- Fevkalade işlem gerekçesi : Yasada sayılmamasına rağmen gerek iş sahibi yönünden, gerekse işlemin mahiyeti yönünden önemli işler vardır ki, o hususta özel yetki olmadıkça, vekilin bir tasarrufta bulunması düşünülemez. Usuli işlem olarak, "yargılamanın yenilenmesi", bu gerekçenin örneğidir (5). Aynı gerekçede "iş sahibi borçluyu koruma" düşüncesi de vardır (6).

(5) Müderrisoğlu, Feridun. Avukathlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi (ABD. 1974/31. Shf. 886. Aynı müellif, Avukathlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar. Ank. 1974. Shf. 48 ve civ. Prof. Üstündağ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku. İstanbul 1992. Shf. I/392 vd. Prof. Gürdoğan, Burhan. Davaya Vekalette Özel Mezuniyeti Gerektiren Haller. (Temsil ve Vekalette İlişkin Sorunlar Sempozyumu. İst. 1977. Shf. 156). Prof. Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. İst. 1990/1. Shf. 845., 1984/IV. Shf. 370. Prof. Kuru-Arslan-Yılmaz. Medeni Usul Hukuku. Ank. 1991. Shf. 235 ve civ. (Diğer usul müellifleri de aynı görüştedirler).

(6) Prof. Reisoğlu, Seza. Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefâlet. Ank. 1992. Shf. 41. dn. 172 (yaklaşık olarak).

2- Amaçsal yorum gerekçesi : Normun teleolojik yorumu da aynı sonucu doğurur. Yasa koyucu, bazı önemli durumlarda özel yetki arayarak, benzeri özel hallerde de bu yetkinin aranacağını öngörmüştür. Norm, örnekseme yoluyla hukuk uygulamasına yol göstermiştir. Böylelikle vekilin yetkilerinin sınırsız olmadığı vurgulanmıştır. Aksine yorum, normun amaçına uygun düşmedikten başka beklenmedik "vekalet süprizlerine" yolaçar (7). Hakim aleyhine tazminat davası açmak (8), mümessilin kendi kendisiyle sözleşme yapması ve çifte temsil (9) halleri için özel yetki aranması, bu yorum temeline dayandırılmıştır.

Kanton Mahkemesinin 11 Mart 1938 tarihinde verdiği şu karar ilginçtir: "...Matbu vekâletnamedeki bir ibarenin 'bircümle davaları takip etmek üzere dediği doğrudur. Fakat bu maddeyi 'AVUKATLARA HEVESLERİNİ İSTEDİKLERİ GİBİ TESKİN ETMEK İMKANI VEREN' bir 'BEYAZA İMZA' mahiyetinde yorumlamak mümkün olmaz (10).

B - Avukatlık Sözleşmesi Özelinde : Yüksek 13. Hukuk Dairesinin, avukatlık ilişkisinin "vekâlet ücreti" unsuru bakımından ulaştığı çözümde yukardaki gerekçelere dayanılmıştır. Buna ek olarak, avukatlık yasasının vekâlet ücretine ilişkin özel düzenlemeye gitmesi, özel yetkinin aranmaması halinde "istisnaya yolaçılabilceği", vekâlet ücreti sözleşmesinin "borçlandırıcı

-
- (7) Hakimlere karşı açılacak tazminat davasında HUMK. 33/1 yoluyla özel yetki arayan 29.4.1954 t, 14/6-E/K sayılı YIBK. Kararındaki bir bölüm gerekçe şöyledir: "....Kanun hükümlerinin sadece kanunun lafzına göre değil, fakat hem lafzına ve hemde ruhuna göre tefsir edilmesi ve kanunun yalnız lafzına dayanılarak hükümlerin konuluş maksatlarına aykırı neticelere varılmasına meydan bırakılmaması, bu günkü hukuk ilminin ve tatbikatının ana kaidelerindendir. Yukarıki bentte açıklandığı üzere Hukuk Umumi Heyetinin Kararı, kanunun ruhuna uygun olduğundan bu ana kaideye ve kanuna uygun görülmüştür...." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Bölümü. Ank. 1981. C. V. Shf. 127) (HUMK. 573-576).
- (8) Bkz. bu yazının 7. nolu dip-notu. Prof. Gürdoğan, agm. 157. Aksi doğrultudaki uygulama için bkz. Y. 4. HD. 30.4.1956 t, 2619/2274 (yayınlanmamış karar).
- (9) Prof. Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri). Banka Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayını. Ank. 1987. Shf. 397 vd.
- (10) Prof. Umar, Bilge. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı. İst. 1967. Shf. 30'dan naklen (RJIC c. 8, s. 421).

işlem olduğu" düşünceleri, yardımcı gerekçe malzémeleri olarak kullanılmıştır (11).

Bu görüşe ve Yüksek Mahkemenin halen uyguladığı çözüme göre: "İş sahibi adına hareket eden vekil, iş sahibinin bir anlaşmazlığını çözmek için hukuki yardımına başvurduğu avukatla vekâlet ücreti sözleşmesini ancak vekâletnamede bu konuda özel yetkisi varsa, yapabilecektir. Bu yetkiyi taşımayan vekil aracılığıyla düzenlenen avukatlık sözleşmesi, kısmi/mutlak butlanla batıl olacaktır. Şu anlamdaki, avukatın hukuki yardımda bulunma borcu (dava açmak, yürütmek, sona erdirmek) eksiksiz sürmektedir. Vekâlet ücretinin, asgari tarifeyi aşan sınırı geçersizdir. Sözgelimi taksite bağlı vekâlet ücretinin vadesinde ödenmemesi, haklı çekilme sebebi olamayacak, bilakis bu durum, görevi ihmale kadar uzanacak eylemlerin sebebi sayılacaktır (?)".

VI- VEKALETNAMEDE ÖZEL YETKİNİN BULUNMASINI ZORUNLU KILAN YASA HÜKMÜNDEKİ HALLERİN SINIRLI OLDUĞU GÖRÜŞÜ

(Yahut kritiğe konu çözümün analizi):

A - Genel olarak :

1- Yasama yetkisi ve yorum - uygulama yetkisi arasındaki sınır yönünden: Anayasamız, kuvvetler ayırımı ilkesini benimsemiş (Anayasa, Md. 6) ve "yasa kuralını koyma, değiştirme ve kaldırma" yetkilerini, Türkiye Büyük Millet Meclisine vermiştir (Anayasa, Md. 7, 87). Yargı, diğer hukuk kurallarında olduğu gibi yasa kuralını da uygulamak durumundadır (Anayasa, Md. 138).

Yasayı uygulayan, onu yaşama geçiren yargının yorum alanında geniş bir yetkisi vardır. Teşbih sanatına başvurulacak olursa bu yetki, okyanuslar kadar geniştir. Ancak okyanusların da "kara-sınırları" vardır. Bu sınırların karşılıklı aşımı (med-cezir) olayları, tabii legalitenin ihlali anlamını taşır.

(11) Bkz. Bu yazımızın 3 nolu dipnotunun ait olduğu metin bölümündeki Yüksek Daire içtihadı metni.

Kanımızca, 'yasalarda yeralmayan haller için yargı organınca "özel yetki kategorileri" yaratılması, "yasaya ekleme yapmak" düzeyinde, kural koymak anlamını taşır (Anayasa, Md. 87). Özellikle dayanan gerekçeler bu tür-değerlendirmeye elverişlidir. Uygulamada bu görüşü benimseyen içtihat ve bu görüşü destekleyen öğreti, yorumla-yasama tasarrufu arasındakısınır ve dengeyi gözardı etmiştir (12). Yasakoyucunun bir konuyu buyurucu biçimde düzenlemesi halinde, artık o kurala yaşamın akışı içinde ayrı kesitler yaratarak istisna tanımak, örtülü "yasama tasarrufu" anlamını taşır ve bu tür çözümlerin, mevcut hukuk sistemimizde yeri yoktur. "Fevkalade işlem", "analoji", "gai yorum" gibi gerekçelerin, böyle bir çözümü pozitive etmesi, imkansızdır.

2- Kuralın (özellikle BK. 388 hükmünün) yorumu yönünden:

Gerek BK. 388, gerekse HUMK. 63 hükmü, "özel yetkiyi gerektiren halleri" sınırlı olarak saymıştır. BK. 388'deki sınırlamaları, "örnekseme/tadadi" sayım olarak nitелеmek, hiçbir yorum kuralına sığmaz. Gâi yorum metodu da böyle bir muhtevayı içermekten uzaktır. Gerçekten:

a- Amaçsal yorum, metnin (sözün) anlattığı "açık ve tartışmasız" anlamı değiştirme aracı değildir. Sınırlamanın tadadi oluşu, behemahal lafızla anlaşılacak bir husustur. Yasa koyucu, bu gibi durumda, muayyen halleri saydıktan sonra "ve benzeri, buna benzeyen" gibi sözcükler kullanır. Taknîn metodu bunu zorunlu kılar (Örneğin, bkz. MK. 13). Genişletmeye elvermeyen sözcüklerin kullanıldığı sınırlama normları, "tahdidi"dir. Aksi takdirde, yorum yoluyla "ek-kural" ihdasına gidilmiş olurki, böyle bir yöntemin hukukta yeri yoktur (13). BK. 388 hükmü, yukarıdaki anlam içinde "kapalı devre / aşılmaz sayı" sistemini benimsemiştir.

-
- (12) Yorum ve Yasama tasarruf arasındaki anayasal denge tartışması için, bkz. Ipsen, J., Richterrecht und Verfassung, Berlin. 1975. SH. 116 vd. 129 (Prof. Edis, age. Shf. 143. dn. 234'ten naklen). Miedzianagora, Yargıçlar, Boşluklar ve İdeoloji (Çev. Ballıgil, Tuğba). İUHFD. 1985/1-4. Shf 539 ve civ.
- (13) Prof. Aral, Vecdi. age. Shf. 192. vd. Prof. Bilge, Necip. Hukuk Başlangıcı. Ank. 1977. Shf. 275 vd. Prof. Balta, Tahsin Bekir. İdare Hukukuna Giriş, Ank. 1970. Shf. 137 vd. Prof. Schwarz, (Prof. Velidedeoğlu çevr.) Medeni Hukuka Giriş. Ankara. 1964. Shf. 48.

Bazı yasalarda belli hallerde özel yetkiler aranması, yeni tasarımlarda kimi konularda özel yetkilere yer verilmesi, yasama tasarrufundaki anlamın, belirttiğimiz doğrultuda olduğu düşüncesini teyit eder (13-a).

b- Ortada yorumu gerektirecek, nisbi kural koyma yoluyla (MK. 1) doldurulması gereken bir hukuk boşluğu da yoktur. Hukuk boşluğunun varolması için "bir sorunun pozitif hukukta düzenlenmesi beklenirken, bu düzenlemenin yapılmamış olması" gerekir (14). BK. 388 hükmü, vekâlet akdinin şumûlünü, uygulamadaki gereksinimi karşılayacak kapsamda ve veciz biçimde düzenlemiştir. Özel hallerin sınırsızlığı ve tadâdîlik yorumu, madenin bütünlüğü ve üçüncü fıkranın açıklığı içinde hukuka uygunluk göstermez (15).

c- BK. 388 hükmünün birinci fıkrası gereğince, "genel vekâletname hallerinde, özellikle üstlenilen işten daha fazla ve başka işler için kullanılması halinde", bu hususta "vekâletnamede özel bir sarahat", yahut "yeni vekâletname", veya "talimat" aranmalı-

(13a) HUMK. 33/1'de hakimnin reddi için vekâletnamede özel yetki aranmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri değişiklik tasarısında, "iade-i muhakeme" için yorum yoluyla aranan "özel yetki", tasarıya açıkça geçmiştir. Yasaya bu hususta özel yetki kuralının konması, yorumun zayıflığını açığa çıkarmaktadır (Prof. Arslan, Ramazan. Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ank. 1977. Shf. 137. Prof. Kuru, age. Shf. I/845).

(14) Prof. Öztan, Bilge - Fırat. İlga, Boşluk, Birlikte yürürlükte olma kavramları açısından Medeni Kanunun 24/a-III. maddesi karşısında Medeni Kanunun 85/II. maddesinin durumu (Prof. Jale Güral Akipek'e Armağan. Konya, 1991. Shf. 249 ve civ. Prof. Çağa, Tahir. Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi? (TBBD. 1991/3 Shf. 366): Prof. Edis, Seyfullah. age. Shf. 106 ve civ. Prof. Karayalçın, Yaşar. Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme. Ank. 1986 (3. Baskı Shf. 74 vd.).

(15) BK. 388/III hükmünün tahdidiliği realitesini Prof. Tandoğan, sarahatla vurgulamaktadır. Prof. Tandoğan, age. Shf. 397. Keza Prof. Yavuz, Cevdet. age. Shf. II/178. Müellif şöyle demektedir: "...Fakat kural olarak, özel düzenlemelerde özel yetki aranması, sadece müvekkili korumakla kalmayıp vekil ile hukuki ilişki içinde olan üçüncü kişileri de etkilediğinden ve vekâletin kapsamına kanunî bir sınırlama getirdiğinden; kanundaki sayma, örnek gösterme gibi (tadadî) değil sınırlı sayma (tahdidî) olarak kabul edilmelidir. Aksi halde, "üçüncü kişiler şu veya bu işlemin mahkemece müvekkil bakımından önemli görülmesi ve özel yetkinin bulunmaması yüzünden geçerli sayılmaması tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar ve bu da hukuki güvenliği sarsardı".

dır. Bu sonuca BK. 388/III hükmünden değil, aynı maddenin 1. fıkrasında "şumûl" kavramından varılmaktadır (16). Bir iş veya davada istimal edilmek üzere verilmiş ve metninde "genel vekâletname yetkilerini taşıyan" vekâletnamede veya belli husus için verilmiş özel vekâletnamede, anlaşmazlığın niteliğine göre yasadakinin dışında o iş bazında "özel yetki aramak", yasamızdaki vekâlet sistemine tamamen aykırıdır.

d- Verilen iş için ilk kez kullanılan genel vekâletnamede yahut özel vekâletnamede (17) BK. 388/III hükmü dışında "özel yetkiler aranması", aynı yasanın II. fıkrası hükmüne açık aykırılık teşkil eder. Ters doğrultudaki ve halen Yüksek 13. Hukuk Dairesinin uyguladığı yorum, yalnızca "yasama yetkisine taşıyıcı" değil, aynı zamanda yasa hükmünü aşıcı karakter taşımaktadır. Yasa açıkça, "VEKALET, VEKİLİN TAKABBÜL EYLEDİĞİ İŞİN YAPILMASI İÇİN İCAP EDEN HUKUKİ TASARRUFLARI İFA SALAHİYETİNİ ŞAMİLDİR" klotunu öngörmüştür. İmdi vekilin üstlendiği işle bağlantısı tartışmasız işlemler, "başkaca ÖZEL YETKİ ARANMADAN" vekil tarafından yapılacaktır (18). Artık bu noktada, işe bağlı işlerde, "önemli iş - önemsiz iş" tefriki yapılarak, içtihatla takyit konamaz. Aksi takdirde, vekilin olağan koşullarda vekâlet görevine aykırı davranış sayılacak durumlara saygınlık kazandırıldıktan başka, "yasaya güven/yasayla bağlılık" kuralı, gereksiz belirsizliğe gömülmüş olacaktır.

Gerek Federal Mahkeme ve gerekse Yargıtay Yüksek 11. Hukuk Dairesi, yasanın bu hükmü yoluyla, **üstlenilen işe bağlı işlemlerde** yasadakinin dışında özel yetki aramamaktadır (19). Doğru, yasanın sözüne ve özüne uygun uygulama da budur.

(16) Prof. Tandoğan, age. Shf. 498 ve civ. Bu yazımızın 10 nolu dip-notunun ait olduğu bölümdeki Kanton Mahkemesi Kararı. Vekilin yıllar öncesine dayanan vekaletle, iş sahibinden talimat almadan ve hatta habersiz takiplerin doğuracağı garip ve gerçek iradeye aykırı sonuçlar bu yolla önlenabilir.

(17) "Genel-Özel" vekâlet ayrımı için, kısaca, bkz. Prof. Kuru-Arslan-Yılmaz. age. 230. Prof. Tandoğan, age. Shf. 395.

(18) Oser-Schoenberger. Art. 396. Nr. 3. Von Tuhr, Andreas. Borçlar Hukuku (Avukat Cevat Edege Çevr.) İst. 1952. Shf. 371. Dn. 23.

(19) BGE 99 II 39 (Prof. Tandoğan, age. Shf. 398. Dn. 179-a). BGE 33 II 402 (Prof. Reisoglu, age. Shf. 40 ve civ. Dn. 167). Federal Mahkeme, kefâlette özel yetkiyi aramayı "vekâlet müessesesine müdahale" olarak yorumlamıştır.

B - Avukatlık Sözleşmesi (yahut eksik anlatımla vekalet ücreti anlaşması) yönünden :

Yüksek 13. Hukuk Dairesinin, vekâlet ücret sözleşmesinin iş sahibini temsilen inikadı halinde, bu hususta özel yetki arayan görüşü, yukardaki eleştirileri fazlasıyla bünyesinde taşımaktadır (20). Ne BK ve HUMK.da ve ne de Avukatlık Yasasında bulunmayan ve fakat içtihatla yaratılan bu tahdide, şu haklı düşüncelerle yönelinebilir.

1- İvazlar arasında mevcut ilişki açısından: Sözleşme ile tarafların üstlendikleri ivazlar arasında belli bir denge münasebeti vardır. Bir edimin öbürüne üstünlüğü düşünülemez. Bu prensip, akit kavramının ve sözleşme özgürlüğünün kaçınılmaz sonucudur (21). Yüksek Mahkeme, bu uygulaması ile "iş sahibinin edimini (avukatın alacağını)", avukatın ediminin (iş sahibinini alacağı) altında bir konuma indirgemiş olmaktadır.

Aynı sonuca, soruna avukatlık sözleşmesini kapsayıcı ilişki bütünü olarak bakıldığında da varılabilir (22). (Avukatlık Sözleşmesi modeli ve doğuracağı sonuçlar bakımından, savunma adamlarının, eski deyimle "imâl-i fıkır" etmeleri, atıl beyin görünümünde kalmamaları gerekir.) (22-a).

(BGE 81 II 458, Reisoglu age. Shf. 44. Dn. 180). Borçlandırıcı işlem olarak özel yetki olmaksızın vekilin kefil olmasında Yargıtay 11. HD.nin çözümü aynıdır. (Y. 11. HD. 31.3.1971 t, 840/2594-E/K) (ABD. 1972 Shf. 148). Aynı şekilde Y. 11. HD. 1.10.1985 t, 4637/4992-E/K (Prof. Tandoğan, age. Shf. 398. Dn. 180). Yüksek 11. HD.si BK. 388/II hükmü çerçevesinde diğer borçlandırıcı işlemler için de özel yetki aramamaktadır (Y. 11. HD. 1.10.1973 t, 3543/3651 "kontrgaranti için") (karar yayınlanmamıştır). Keza cezai şart için. Y. 11. HD. 11.9.1971 t, 3927/5495-E/K (Karahasan, M. Reşit, Türk Borçlar Hukuku. İst. 1992. C. VI. Shf. 669. Y. 4. HD. 30.4.1956 t, 2619/2274-E/K (Karar, yayınlanmamıştır.) Y. 2. HD. 2.5.1983 t, 3789/3905-E/K (YKD. 1983/9. Shf. 1301). Kararda boşanma davası için, özel yetkinin gerekmediği vurgulanmaktadır. Ayrıca bkz. Av. Magat, Rahmi. Boşanma Davalarında Vekaletname. (ABD. 1955/5. Shf. 330 vd.)

(20) Bkz. Bu yazının 5 nolu dipnotundaki kaynaklar. (Karşıt görüş yönünden).

(21) BK. 1 vd, Anayasa Md. 48. MK. 2. Prof. Tekinay-Akman-Burcuoglu-Altop. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 7. Bası. İst. 1993. Shf. 60 ve civ.

(22) Bkz. Bu yazının 4 nolu dipnotu ve bu notun ait olduğu metin bölümü.

(22a) Kritiğe konu Yüce Daire Kararının, Yargıtay Kararları Dergisinde yayımlanması üzerine, önemi sebebiyle Ankara Barosu Dergisinde de yayınlan-

2- BK. 388/II (üstlenilen işe bağlı tasarruflarda bulunma serbestisi) açısından:

İş sahibini temsil eden ve içtihadı konu olan mümessilin ödevi, temsil olunan kişinin uyuşmazlığını, davaya konu kılmak üzere avukata tevdi etmektir. İş avukata tevdi etme hadisesine bağlı tasarruflar nelerdir yahut vekalet ücret sözleşmesi, bu işe bağlı işler kategorisinde midir sorusuna verilecek cevap, sorunun kesin çözücüsüdür:

a- Avukatlık, yasayla disipline edilen bir "kamu hizmeti"dir. İş reddetmek veya kabul ederek "avukatlık sözleşmesini yapmak" avukatın hakkıdır. Bu hak ve akit yapma işi, anlaşmazlığa kat'iyetle bağlı olan bir iştir (Avukatlık K. Md. 37, 53, 163 vdğ). Tevdi olunan işe bağlılığı tartışmasız tasarruf olan avukatlık sözleşmesini (yahut vekâlet ücret sözleşmesini) BK. 388/II hükmünün serbesti kapsamından çıkaracak bir kural yoktur.

b- Sözgelimi, Yüksek Mahkemenin içtihadını gözeterek, "vekâletnamede yetkin yok, vekâlet ücreti sözleşmesi yapamazsın denerek" bütün avukatlarca üstlenilmesi reddedilen ve **süre aşımına uğrayacak** bir işin ifasına görevlendirilmiş, iş sahibinin uzakta oluşu sebebiyle süre aşımını tamamlayacak son günlere ulaşmış vekilin ve iş sahibinin durumlarını hangi müesseseye oturtabiliriz? 15 günlük itirazı, 30 günlük kamulaştırma tezyid-i bedel davası süresini (ve likit hakkını) yitiren davacı, verdiği vekâlete ve yasaya güvende yanılmış mı olacaktır? Mevcut muhatara ve akit yapılamazlık sebebiyle işi redde uğrayan vekil, görevi gereği gibi ifa etmiş mi olacaktır? Yasal düzenlemenin sisteme aykırı olarak delinmesinin yolaçağı haksızlıklar, önceden kestirilemeyecek yoğunluk gösterebilir (Avukatlık Kanunu Md. 35/I).

3- Sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik yorum ilkesi açısından:

Yasada hükümsüzlüğe yolaçacak açık aykırılık söz konusu olmadıkça, hukuka aykırılık üst kategorisi yaratılamaz. Bu gibi

masını sağladım. Ancak her iki dergideki yayıma rağmen, savunma dünyasından herhangi bir legal tepki ve kritik gelmedi. Oysa meslekle yakından ilgili konularda duyarlılık, avukatın ve avukatlığın kaçınılmaz özelliği ve işlevi olmalıdır. Tepki körlüğü, seviyenin göstergelerinden sayılmaktadır.

hallerde, sözleşmenin, ayakta tutulması yönünden yorumlanması gerekir (23). Yüksek Mahkeme, içtihatla "hukuka aykırılık" kategorisi yaratmaktadır. Oysa temsil yoluyla iş tevdi etme (avukatın hukuki yardımına başvurma) iradesi, **onunla sözleşme-yapma işini muhteva itibarıyla kapsadıktan başka**, BK. 388/II normu da butlan yorumunu tıkayan engel-kural'dır. Avukatlık sözleşmesinin yorumunda, adeta yıkım/geçersizlik ilkesinin benimsendiği vurgulanmaktadır ki, problemimizdeki görüntü de aynı biçimdedir (24).

Ayrıca "borçlandırıcı işlem" gerekçesi de, BK. 388 hükmünde dayanak bulmayan bir düşüncedir. Borç, yalnızca parasal edimleri değil, yapma kaçınma gibi iycabî ve selbî taahhütleri de kapsar. Vekâlet ve temsil görevinde, ağırlık itibarıyla "avukatın hukuki yardım borcu" (yani yapma borcu) ile "iş sahibinin ödeme (para) borcu" arasında fark yoktur. Kuşkusuz tasarruf terimi, BK. 388/III hükmündeki ayrıklar dışında BK. 388/II metnindeki "serbesti" çerçevesinde, "BORÇLANDIRICI İŞLEMİ DE" kapsar.

4- Avukatlık Yasasındaki sınırlamalar yönünden:

a- Avukatlık Yasasının, iş sahibi ile avukat arasındaki ilişkiyi amir bir biçimde düzenlemesindeki amaç, **güvenilir ve hukuk devletine katkıcı** bir meslek yaratmaktır. Yasanın bu amacının veya herhangi bir hükmünün, "vekil aracılığıyla iş sahibi adına avukatlık sözleşmesi yapması" ile bağdaşmaz bir yanı yoktur.

(23) YIBK., 9.10.1946 t, 6/12. Prof. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop. age. Shf. 151. Prof. Eren, Fikret. Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. Ank. 1989. Shf. I/567. Prof. Kaplan, İbrahim. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi. Ank. 1987. Shf. 66 vd. Prof. Hatemi, Hüseyin. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları. Shf. 56 ve civ. Prof. Kaneti, Selim. Hukuka Aykırılık Unsuru (yayınlanmamış doçentlik tezi). Shf. 143 ve civ.

(24) Aday, Nejat. agm. 91, 105, 106, Av. Kuntman, Osman. Avukatlık Ücreti ile İlgili Hasılı Davaya İştirak, Başarıya Göre Değişen Nisbi Ücret ve Dava Edilen Şeyin Aynen Avukata Ait Olacağı Konularında Bir İnceleme ve Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi. (İBD. 1984/7-8-9. Shf. 478 ve civ.) Dr. Pekcanıtez, Hakan. Davanın Sonucuna Katılma Yasağı (Hasılı Davaya İştirak Yasağı). (İBD. 1989/10-11-12. Shf. 620 ve civ.). Prof. Hatemi-Serozan-Arpacı. Borçlar Hukuku, Özel Bölüm. İst. 1992. Shf. 427. ABD. 1993/3. Shf. 443-529 arası içtihatlar:

b- Bilakis avukatlık düzenlemesi (normatif hükümler), bu yetkininkullanılmasının haklı zeminini yaratır: Yasal hükümlerin koyduğu tavan sınırlar ve diğer kayıtlar, iş sahibi için aşılmaz güvenceler oluşturur. Yasanın oluşturduğu üst sınırları, serbest saydığı alanlara taşımak, sınır berisi yoruma gitmek, hukuka tamamen yabancıdır (Av. K. Md. 163, 164, 47, vdğ). Temsil teorisi ve normativizmi, bu konuda başkaca çözümü zorunlu kılmaz. Avukatlık Yasasındaki ilişki tavanını belirleyen ve ideal savunma düzenine yönelik normların, avukatlıkmesleğini asgari tarifenin sosyo ekonomik zeminine indirme gerekcesi kılınması, gâî yorum ve pozitif hukuk ilkelerine sığmaz.

c- Avukatlık Sözleşmesinde şekil konusunu düzenleyen hüküm de temsilde özel yetkiyi aramamıştır (Av. K. Md. 164/4). Avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunludur. Bu şart, asgari ücret tarifesi üstündeki bölüm için sıhhat şartıdır. Sözleşmenin iş sahibi adına vekâleten yapılmasında özel ve ayrık bir durum yoktur. Ancak işi üstlenen avukatın bir başka avukatı tevkili halinde, daha önceden müvekkili ile sözleşmesi olmadıkça, vekâletnamede özel yetkisi olsa dahi, tevkil olunan avukatla sözleşme yapması yasaktır (Av. Y. Md. 171/4). Bu kural, esasen Av. K. Md. 164/4 hükmünü tabii sonucudur.

d- Yasada yeralmayan ve yasaya aykırı "fevkalade iş" ölçütünü getirerek, avukatın hizmetini, iş sahibinin borcu altına bir konuma indirgemek, eşitsizlik doğurur. Sözgelimi müvekkilin çok önem atfettiği, yüksek tutardaki likiditeyi içeren bir davada avukatlık hizmetini,yorumla asgari ücret düzeyine indirmek, kararlar kolay ve fakat adalet düşüncesine de yabancı bir çözüm oluşturur.

e- Aynı yorum, akdin süjeleri dışında kalan ve fakat yasal düzenlemeye ve akde güvenen üçüncü kişileri koruma dışında bıraktığından, bu açıdan da şiddetle eleştirilmektedir (25).

f- "İstismar" gerekçesi, içtihat yaratmanın ve uygulanan görüşün dayanağı kılınmaz. Her ilişkinin sürdürülmesinde, ifasında bu nevi defî ve itirazlar dermeyeran olunabilir. Bu itirazın dayana-

(25) Prof. Tandoğan. age. 397.

ğı MK. 2 hükmü olup, burada düzenlenen "hakların doğuş ve kullanılmasında, borçların ifasında dürüstlük", hukukun genel ilkesidir. Bu itibarla tamamen spesifik bir alan olan "avukatlık sözleşmesinin inikadında içtihatla ihdas olunan özel yetkinin gerekçesi veya gerekçelerinden biri", "istismar" olamaz. İstismar konusu kılınmamış avukatlık sözleşmeleri için özel yetki aranmaz diyebiliyorsak (?) böylebir gerekçe dayanak kılınabilir. Hükümler ve içtihatlar, hayatın olağan akışına uygun hadiselerle göre ve geneli kapsayacak biçimde vazolunur. İstisnai ve patolojik olayların genel çözüme gerekçe kılınması, yanlışır (26).

g- Temsilcinin yetkiyi kötüye kullanması veya aşması yahut savsaması halinde, genel hükümlerdeki yaptırımlar gündeme gelecektir. Bu hallerde, temsil belgesinde özel yetki olsa dahi yasal yaptırım işleyecektir. Birbaşka deyimle bu ve benzeri hallerin özel yetkiyle doğrudan bağlantıları yoktur (26-a).

(26) Prof. Edis, Seyfullah. age. 285 vd. Av. Özkent, Ali Haydar. Avukatın Kitabı. İst. 1940. Shf. 482 ve civ. Çernis. Wolf. Tatbikattan Çizgiler. İst. 1962. Shf. 11 vd.

(26a) Yargıtay Yüksek 13. Hukuk Dairesi, bir içtihadında şu sonuca varmıştır: "...Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 2. fıkrası ve 164. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince avukatlık ücreti avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılır ve kural olarak belli miktarı kapsamaması gereklidir. Olayımızda da taraflar arasındaki ücretsiz sözleşmesi belli miktarı kapsamakla başka bir deyişle maktu olarak kararlaştırılmış olmakla Avukatlık Kanunu'nun 164/2. maddesinde sözü edilen % 25 sınırı bu durumda uygulama yeri bulmaz. Bu halde sözleşme kural olarak geçerlidir. Kural bu olmakla beraber sözleşmenin yapıldığı tarihte Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine aykırı düşmemeside gerekir. Bu nedenle sözleşmenin yapıldığı tarihte tarafların sözleşme ile amaçladıkları çıkarlarının dengede olduğu kabul edilerek hakiki ve müşterek maksatları aranmalı sözleşmenin kanunun gösterdiği hudutlar içinde kalıp kalmadığı ahlaka aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması iyi niyet kurallarına hak ve nesafete ve ahlak kurallarına aykırı düşer. Olayımızda davalı taraf, sözleşme ile takibi ve yürütülmesi davacı avukata bırakılan işlerdeki hak ve menfaatlerinin değeri başka bir deyişle o davaların müddeabihlerinin değerinin 2 milyon lira dahi olmadığını bu değer beş katı fazlasıyla 10 milyon lira ücret kararlaştırılmasının BK. 19. maddesine aykırı düştüğünü ileri sürmüştür. Gerçekten iki milyon liralık bir menfaat için beş katı fazlasıyla ücret öngörülmesi iyi niyet ve ahlak kuralları ile bağdaşmaz. O halde davalı tarafın bu savunmaları üzerinde durularak sözleşme tarihinde davacının takibini üstlendiği davaların değerleri bu dava-

h- Taraflar, hukuki ilişkiye girerken gereken titizliği esirgememek ödevindedirler. BK. 388/1 hükmü yoluyla, iş sahibi, vekalet görevine akdi tahditler koyabilir. Bu hakkını kullanmamış tarafa, karşı taraf aleyhine "norm üstü avantaj tanımak", akit dengesini ve hukuku sarsar. Edimler arasındaki uyum bozulur. Sözleşme serbestisine haksız elatma hali ortaya çıkar (Anayasa Md. 48, BK. 386, 388, Av. K. Md. 163/II) (27).

VII – Avukatlık sözleşmesinde, avukatın avukat olmayan kişi tarafından temsili sorunu: Avukatlık hizmetlerini yürütmek, baroda yazılı (levhaya kayıtlı) avukatlara özgü, tekel/kamu hizmeti niteliğindedir. Avukatlık sözleşmesi, hukuki yardım borcuna (avukatlık hizmeti edimine) doğrudan bağlı bir evredir (Av. K. Md. 163/1, 164). Avukat olmayan bir kişinin, işi üstlenen avukat adına avukatlık sözleşmesini, özel yetki dahi olsa (BK. 388/1 akdi kayıt) akdetmesine, açıklanan durum karşısında ihtiyatla yaklaşmalıdır. Özellikle avukata iş temini yasağı sınırlarına giren olaylar bakımından bu ihtiyat, yerini hükümsüzlük yaptırımına terkeder (Av. K. Md. 48/1) (28).

ların davacının yardımı ile davalılara sağladığı hak ve menfaatler belirlenmeli, öngörülen ücret ile aralarında fahiş şüphesizlik olup olmadığı, dolayısıyla sözleşmenin kanuna, ahlaka aykırı bulunup bulunmadığı tesbit edilmeli kanuna ve ahlaka aykırı olduğu saptandığı takdirde sözleşme geçersiz sayılarak asgari tarife uygulanmalıdır. Mahkemece bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın aynen kabulü yasaya aykırıdır. Karar bu nedenle bozulmalıdır", (Y. 13. HD. 6.7.1988 t, 2305/3746-E/K. ABD. 1993/3. Shf. 449-451).

(27) Örneğin, "vekaletin kullanım tarihinden asgari bir ay öncesine dayalı yazılı talimatla işlem sahibi kılınacağı, belli süre kaydını taşıması, falanca işleri kapsamaması ve benzeri gibi. Prof. Yavuz, Cevdet. age. II/177, Karahasan, age. IV/1219 vd.

(28) Y. 13. HD. 28.3.1991 t, 8889/3654-E/K (ABD. 1993/3. Shf. 459). Kararda şu sonuca varılmıştır: "... İddia ve savunmaya dosyadaki delil ve belgelere göre taraflar arasında düzenlenen protokolle tesbit edilen duruma göre dava takipçisi olan davalıya davacı kamulaştırma davalarının temini için aracılık yapmayı yükümlendiği davalının da bu hizmetine karşılık davacıya müvekkillerinden alacağı vekalet ücretinin 1/2 sini vermeyi kabul ettiği özellikle de davacının 1136 sayılı yasanın geçici 12 ve 13. maddelerinde açıklanan şartları haiz ve dava vekaleti ruhsatnamesine sahip dava vekili olduğu anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca 1138 sayılı yasanın geçici 17. maddesinin 7. bendinin yollaması ile davacı dava vekiline 48. maddenin uygulanacağı çok açıktır. Anılan madde hükmüne göre Avukat veya iş sahibi tarafından vaad olunan

VIII - S O N U Ç :

İş sahibi adına temsil yoluyla avukatlık sözleşmesinin bağtlanması, BK. 388 ve HMUY. 63 anlamında veya herhangi bir şekilde "özel yetkinin varlığını" gerektirmez.

Yasa, açıkca, "Vekâlet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir" (BK. 388/II) hükmünü getirerek üstlenilen işin yerine getirilmesini sağlayacak zorunlu bağlı işlemleri, özel yetki kapsamında tutmuştur. Avukatlık Sözleşmesi de, avukatın işi kabul etmesinin zorunlu ön işidir.

Özel yetkiyi arayan yasa normları, "tahdidi-aşılmaz sayı" karakteri taşırlar. Hiçbir yorum yöntemi ve aracı, bu sınırlamayı aşamaz.

veya verilen bir ücret yahutta herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık yapmak veya avukatlarca aracı kullanmak mutlak surette yasaklanmış ve bunları yapanlar hakkında cezai müeyyideler öngörülmüştür.

Az yukarıda açıklandığı üzere davalı tarafından vaadolunan bir ücret karşılığında ona iş getirmeye aracılık etmeyi davacının taahhüt ettiği çok açıktır. Bu durumda, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin BK. 19 ve 20. maddeleri uyarınca mutlak butlan ile malul olup geçersiz ve hüküm ifade etmeyeceği böylece tarafları bağlamayacağı yönlerinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Bu yüzden davacı sözleşmeye dayanılarak alacak isteminde bulunamaz. Mahkemece hukuki değerlendirmede yanlışlığa düşülerek geçersiz sözleşmeye geçerlik tanınarak davanın kabulüne karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir". Y. 13. HD. 3.12.1991 t, 12714/12690-E/K (ABD. 1993/3. Shf. 470). Kararda aynen şöyledenmektedir: "... 163 Örnek ödeme emri tebliği üzerine borçlu şirket temsilcisi olduğunu bildiren A.A. süresinde, merci hakimliğine borcun ödendiği itirazında bulunmuş ve ödeme belgesi sunmuştur. A.A. avukat değildir. İbraz edilen 15.5.1989 tarih 18542 sayılı vekaletnamede, borçlu şirketin, ihale işlerini yürütmek üzere vekil tayin edildiği anlaşılmaktadır.

İcra takibine itiraz etmeğe yetkisi olmadığı gibi, avukat olmadığından Avukatlık Kanununun 35. maddesine göre, adli işlemleri takip yetkisi yoktur. Daha son duruşma sırasında borçlu şirketin vekilinin 15.5.1991 tarihli bir vekaletnameye dayanarak duruşma takip etmesi, daha önce yok sayılan nitelikteki işlemlere geçerlilik kazandıramaz. Yasanın itiraz için tayin ettiği süre hak düşürücü bir süredir ve kamu düzeni ile ilgilidir. Süresinde yapılmış geçerli bir itiraz olmadığından ve duruşmaya daha sonra borçlu vekilinin gelmesi sonucu etkilemeyeceğinden itirazın reddi gerekirken, kabulü isabetsizdir.

Normun tadâdiliği benimsense dahi, avukatlık sözleşmesi, bu istisnanın içine girmez. Avukatlık sözleşmesindeki buyurucu düzenleme, iş sahibinin temsilcisi tarafından dahi aşılamayacak, borçluyu (iş sahibini) koruyan tavan oluşturur.

Yargıtay Yüksek 13. Hukuk Dairesinin, bu tür sözleşmelerde, temsil belgesinde özel yetki arayan içtihadı, normatif yapımıza, savunma mesleğinin niteliğine, hukuk bilimine uygun düşmektedir. Konu, bu yazıda "ayrıntıya inmeyecek" genişlikte değerlendirilmiştir. Vardığımız çözümün temel gerekçelerinin, "sonuç bölümünde" özetlenmesi yerine, yazımızın ilgili bölümlerine yollama yapmak, tercih olunmuştur.

Yüksek Dairenin içtihadını gözden geçirmesi, kendi takdir sınırları içinde kalmaktadır.