

AVUKATIN “ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ”
(Av. K. m. 34; TBK.m.506/III)
VE “GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU”*
(TCK. m. 257/2)

Talih UYAR**

Müvekkili ile yaptığı “avukatlık sözleşmesi”nde, “davalıya ihtarname çekmeyi”, “C.Savcılığına suç duyurusunda bulunmayı” ve “davalı hakkında alacak davası açmayı” taahhüt etmiş olana avukat, bunları yerine getirdikten sonra müvekkili adına açtığı davayı kazanması sonucunda, müvekkili lehine verilen ilamı da icraya koymak zorunda mıdır? Bu ilamı icraya koymayan avukat “özen yükümlülüğü”nü ihlal etmiş sayılır mı? Müvekkilinin “hemen ilamı icraya koymayarak alacağının tahsilini imkânsızlaştırdığı” iddiasıyla avukat hakkında “görevini kötüye kullanma” (TCK m.257/2) suçundan dolayı yaptığı şikâyet yerinde sayılır mı?

v

Avukat, “hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan bir kişi” dir. Bu tanımdan hareketle avukatın, “bir yandan kamu hizmeti nitelikli bir görev yerine getirdiğini, “diğer yandan da iş sahibinin hukuki sorunlarının çözümlenmesinde veya bir işinin görülmesinde ona yardım görevi yaptığını” kabul edebiliriz. Avukatın, iş sahibi adına yaptığı bu iş “bir işin görülmesine veya yapılmasına yönelik” bir faaliyet olmaktadır.¹

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m.293’ olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

¹ Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 2003, 2.Baskı, s:185

I-“Hangi işlerin avukatın *hukuki yardımı* kapsamında kalacağı” konusunda yapılacak değerlendirmede, Avukatlık Kanunu’nun 1. ve 2. maddesinden yararlanmak mümkündür.² Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde “*Avukatın serbest bir meslek olmasının yanında kamu hizmeti de olduğu, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği*” belirtildikten sonra, aynı kanunun 2. maddesinde “*Avukatlığın amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi kurum ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerin adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.*” denilmiştir. Gerçekten de avukatlık, yargının kurucu unsurlarından olması nedeniyle herhangi bir meslek olmayıp, belirli sınırlamalara kural ve kaidelere, belirli amaca yönelmiş bir meslektir. Nitekim ‘işin reddi zorunluluğu’, ‘iş kabul zorunluluğu’, ‘işten ayrılma zorunluluğu’, ‘bazı görevlerden ayrılma hainde işin üstlenememe yasağı’, ‘ücretsiz iş üstlenmeme kuralı’ gibi birtakım sınırlamalara tâbi kılınmasının yanında, görev suçlarından dolayı özel soruşturma usulüne tâbi kılınması gibi birtakım ayrıcalık ve güvencelelere tâbi kılınması, avukatlık hizmetinin *kamu hizmeti* olması, avukatlığın, yargının kurucu unsurlarından bulunmasının doğal sonucudur.³

Avukatlık hizmeti, maddi anlamda *kamu hizmeti* olup, kamuya yönelik yapılan ve kamu hizmeti olduğundan şüphe duyulmayan yargılama faaliyetine avukatın asli unsur olarak katılmasıyla görülür ve kamu kuruluşu niteliğinde olan barolarca denetlenir. Yargılama faaliyeti kamu hizmeti olduğuna göre, avukatın asli unsur olarak katıldığı yargılama faaliyeti de kamu hizmetidir. Avukat, yargılama unsuru olarak hizmetini yapar ve meslek kuruluşları olan barolarca denetlenir. Barolar, avukatların faaliyetleri nedeniyle *disiplin cezaları* vererek bu denetimi etkili biçimde yerine getirir.⁴

Avukatlık hizmetinin *kamu hizmeti* niteliğinde olması, bu hizmete karşılık bir ücret alınmasıyla çatışır veya çelişir bir durum değildir.⁵ Devlet birtakım kamu hizmetlerini kendisi ajanları vasıtasıyla görebir-

² Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 2.Baskı, 2009, s:32

³ Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, 2.Baskı,2017, s:59

⁴ Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, 6.Baskı 2015, s:65

⁵ Murat Aydın, a.g.e. s:64

leceği gibi, birtakım kamu hizmetlerini görenlere ise, kendisi bir ödemede bulunmayıp, iş sahiplerini, görülen iş ve hizmet karşılığı olarak belli bir ücret ödemeye mecbur tutmuştur. Noterlerin hizmetini buna misal olarak gösterebiliriz.⁶ İşte, avukatlıkta da durum bu yöndedir. Avukat, -Borçlar Kanunu anlamındaki vekilden farklı olarak- faaliyeti için mutlaka bir ücret alır.⁷

Avukatlık hizmeti bir *kamu hizmeti* olmakla beraber, avukatın kendisi *kamu görevlisi* değildir. Bir kamu hizmetinin mutlaka bir kamu görevlisi tarafından da yapılması gerekli değildir.⁸

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, avukat ile müvekkili arasındaki ilişki; vekâlet veren müvekkilin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı, çerçevesi dâhilinde faaliyette bulunmayı (kural olarak) bir ücret karşılığında taahhüt ettiği ivazlı bir sözleşme olarak ortaya çıkar.⁹ Avukatlık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen kanunda düzenlenmiş sözleşmelerdendir. “ İki tarafa borç yükleyen sözleşme olma” kavramı, sözleşmenin taraflarından her birini, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusu olmasını ifade eder.¹⁰

Avukat ile iş sahibi arasındaki *avukatlık sözleşmesi*, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hak ve yetkileri kapsar. Avukat ile iş sahibi arasındaki hak ve yükümlülükler, *Avukatlık Kanunundan, Meslek Kurallarından*¹¹ kaynaklanabilir. Bu bakımdan, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklar, vekâlet sözleşmesinden çok daha geniştir. Üstelik avukatın sorumluluğu vekilin sorumluluğundan daha ağırdır.¹² Başka bir deyişle; avukatın iş sahibi ile ilişkisi, Borçlar Kanunundaki *hizmet sözleşmesi* ve *vekâlet sözleşmesi* kalıpları içinde ele alınması mümkün olmayan özellikler gösterir. Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları gibi yazılı düzenlenmelerin yanı sıra, meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, mesleki düzen ve geleneklerle

⁶ Talih Uyar, 1136 sayılı yeni Avukatlık Kanunu Karşısında Avukatlık Ücreti (İBD.1971/5-6 s:412)

⁷ Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlükleri 1995, s:121

⁸ Murat Aydın, a.g.e. s:65 - Meral Sungurtekin, a.g.e. s:12

⁹ Meral Sungurtekin, a.g.e. s:111

¹⁰ Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 2006, s:31

¹¹ Bknz. TBB Bülteni (26.01.1971 Tarih ve Sayı:5)

¹² Murat Aydın, a.g.e. s:40

oluşan avukatla iş sahibi arasındaki ‘avukatlık ilişkisi’, kendisine özgü karakterleri olan (sui generis) bir ilişkidir.¹³

Avukat ile müvekkil arasındaki *hukuki ilişki* özel hukuk ilişkisidir ve avukat serbest meslek ifa etmektedir. Avukatlık sözleşmesi, yukarıda açıklandığı üzere iki tarafın iradelerinin birleşmesiyle meydana gelir.

Günümüzde avukatlık mesleğinde iki farklı anlayış etkili olmaktadır: Bunlardan biri; ‘*Kıta Avrupası* avukatlık anlayışı’dır. Bizim ülkeyimizin de dâhil olduğu bu anlayış etrafında toplanan ülkelerde avukatlık, *kamu hizmeti* olarak kabul edilmekte, birbirine benzeyen kurullarla yapılmaktadır. Avukat, bir yandan kendi bürosunda, kendi nam ve hesabına serbest meslek faaliyetinde bulunmakta, kişilerden aldığı ücret karşılığında ona hukuki yardım sunmakta, ancak aynı zamanda bir kamu hizmetini yerine getirmektedir..... İkinci anlayış olarak ortaya çıkan “*Amerikan Avukatlık anlayışı*” olarak açıklanabilecek bu avukatlık anlayışında, avukatlık mesleki faaliyeti, ticari nitelikte görülmekte ve avukat bir işletme sahibi sayılmaktadır.¹⁴

II- Avukatın -gerek ‘Avukatlık Kanunu’ndan ve gerekse müvekkili (iş sahibi) ile yaptığı ‘ücret sözleşmesi’ nden kaynaklanan – müvekkiline karşı kullanabileceği – ‘ücret isteme’, ‘avans ve masraf isteme’, ‘hapis hakkı kullanma’ gibi – bir takım hakları¹⁵ yanında yükümlülükleri de vardır. Bunların başında “özen yükümlülüğü” gelir.¹⁶

Avukatların, gerek kendilerine yüklenilen görevlere özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirme yükümlülüğü, gerekse buna bağlı olarak bir sonraki maddede ele alınan ve fakat bu madde ile bağlantılı ve hatta iç içe geçmiş olan ve kanunun 34.maddesinde düzenlenen “avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüğünün” uzantısı olan TBB Meslek Kuralları’nın

¹³ Semih Güner, a.g.e. s:199

¹⁴ Semih Güner, a.g.e. s:19 vd.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Aydın, a.g.e. s:113 vd. – Atilla Özen, a.g.e. s:75 vd. – Semih Güner, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, 2014, s:121 vd. – Salter Uçar, Avukatın Hak ve Ödevleri, 1998, s:36 vd. – Meral Sungurtekin, a.g.e., 2.Baskı, s:147 vd.

¹⁶ Atilla Özen, a.g.e. 108 vd. – Semih Güner, Avukatlık Hukuku, s:348 – Salter Uçar, a.g.e. s:20 vd. – Meral Sungurtekin, a.g.e., s:306 vd.

3. maddesinde yer alan *"kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle mesleki çalışmasını yürütmek"* ile 4. maddesinin 1.cümlesi olan *"avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır"* düzenlemelerinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim, TBB Disiplin Kurulu kararlarında; birbiriyile bağlantılı olan tüm bu düzenlemeler birlikte ele alınarak olaylara uygulanmaktadır.¹⁷

Yargıtay HGK'nun 13.05.2015'te ve E:2014/16879, K:2015/15258 sayılı kararına göre; Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kuralları'ndaki hükümler, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, TBK'nın 506.maddesinde düzenlenen *"vekilin özen borcu"* na göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir. Yani, avukat için 'ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü' söz konusudur. Yüksek Mahkemeye göre; avukatın özen borcu objektif sorumluluk olup sübjektif nedenler avukatın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Basiretli bir avukatın mazetsiz olarak duruşmaya katılmaması, bunun sonucunda da dosyanın müracaata bırakılması, üstelik bir süre sonra aynı olayın tekrar etmesi *"özen borcu"* konusundaki yükümlülüğün yerine getirilmediğinin açık bir göstergesidir. Bu konuda *"işlerin yoğunluğu", "adliyenin geniş ve mesafeli olması", "duruşma saatlerin çakışması"* gibi sübjektif nedenlerin dikkate alınması mümkün değildir.¹⁸

TBB Disiplin Kurulu¹⁹; *"dava ve haklarının takibi için bir avukatla anlaşılan kişinin, hukuksal korumadan tam olarak yararlandığını bilmesi ve avukatı tarafından haklarının elde edileceğine inanması ve avukatına güvenmesi gerektiğini"* belirtmiştir.

TBK'nın 506/2. maddesinde *"vekil'in üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek özenle yürütmekle yükümlü olduğu"* vurgulanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca: *"Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

¹⁷ Atilla Özen, s:108 vd.

¹⁸ Bknz: 13 HD. 2011/6338 E. 2011/884 K.

¹⁹ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 T. ve 2006/449 E. , 2007/39 K.

TBK 506/3. maddesi uyarınca vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.²⁰

“Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları”nın 3.1.2. maddesinde; “Bir avukat müvekkiline sunduğu temsil ve danışmanlık hizmetini zamanında, basiretli bir şekilde ve özenle yürütür.” denilmiştir.²¹

Avukatın özen yükümlülüğü, özel ihtisasın gerektiği bilinen kimi alanlarda üstlendiği işte, herhangi bir işe göre daha fazla olacaktır. Çünkü bu durumun hem müvekkil tarafından ve hem de avukat tarafından biliniyor olduğu ve buna göre avukatlık sözleşmesinin yapıldığı varsayılmalıdır.

Yargıtay kararlarına göre Avukatlık Kanunu ve TBB Meslek Kurallarındaki hükümler, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle ‘BK 390.’ TBK 506. maddesinde düzenlenen vekilin özen borcuna göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir.²² Yani avukat için ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü söz konusudur.

Avukat, üstlendiği işi görürken, amaçlanan sonucun elde edilmesinden değil, bu sonuca varmak için yaptığı çalışmalardan ve takip ettiği yolun özenle seçilip, görül-memesinden sorumludur.²³

Avukattan beklenen; üstlendiği görevi en kısa zamanda ve müvekkilinin mümkün olduğu ölçüde lehine sonuçlandırılmasıdır. Bu sonuca ulaşmak için avukat mesleğinin gereği kendisinden beklenen tam emek ve çalışmasını ortaya koymak zorundadır.²⁴

Avukat, işin sonucunu garanti edemez. Aksi takdirde TBB Meslek Kuralları 8. maddesi olan “avukatın, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği” düzenlemesine aykırı davranmış olur.²⁵ Ancak avukat, işin sonucuna ilişkin kanaatini söyleyebilir.²⁶ TBB Meslek Kuralları 34. maddesi uyarınca: “Avukat, müvekkiline davanın so-

²⁰ Bknz: 13 HD. 08.07.2014 T. ve 2013/23329 E. , 2014/23087 K.

²¹ Atilla Özen, a.g.e. s:324

²² Bknz: 13. HD 13.05.2015 gün ve 2014/16879 E. 2015/15258 K.

²³ Bknz: 13. HD 21.09.2000 gün ve 2000/6269 E. 2000/7211 K.

²⁴ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 17.06.2011 gün ve 2011/92 E. 2011/363 K.

²⁵ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 07.2006 gün ve 2006/135 e. 2006/239 K.

²⁶ Bknz: TBB DİSİPLİN Kurulu 24.01.2014 gün ve 2013/639 E. 2014/45 K.

nucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir” hükmüne yer verilmiştir.²⁷

Bilinen ve kabul edilen kural ve usullerin bilinmemesi avukatı sorumlu kılar.²⁸ Hukuksal durumun hatalı yorumlanarak yanlış dava açılması²⁹, hukuk mahkemelerinde görevsizlik ve yetkisizlik üzerine, davanın süresinde görevli ve yetkili mahkemelerde yenilenmemesi³⁰, ihtiyati tedbir kararından sonra yasal sürede esas hakkında dava açılmamak suretiyle tedbirin kendiliğinden kalkmasına neden olunması özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmiştir.³¹ Yargıtay; “avukat meslek bilgisine göre açılması gereken davaları doğru ve yerinde açmak yükümlülüğündedir” diyerek, bu kapsamda yaptığı icra takibinde dayanak belgelerin İİK 68. maddesinde sayılan belgelerden olup olmadığını bilmesi gerektiğini, borçlunun itirazı üzerine doğrudan itirazın iptali davası açması gerekirken itirazın kaldırılmasını icra hakimliğinden istemenin yanlış olduğunu içtihat etmiştir.³² Yine Yargıtay; “avukatın kanunun açıkça düzenlediği hususu bildiğini kabul gerekir” diyerek, İş Kanunu’nun 4. maddesinde ‘hava taşıma işlerinde çalışan uçuş personelinin İş Kanunu kapsamında olmadığı’ açık düzenlemesi karşısında, gerekli araştırma yapılmadan iş mahkemesine dava açmak suretiyle görevsizlik kararı verilmesine sebebiyet vermenin, ‘özen yükümlülüğün ihlali’ olarak görmüş, sözleşmede iş mahkemesinde dava açılacağı hususunun belirtilmiş olmasının avukat lehine hak doğurmayacağını içtihat edilmiştir.³³

“Ücret ve masraf alınmasına rağmen dava açılmaması, dosyalar hakkında müvekkile hesap ve bilgi verilmemesi³⁴”, “müvekkil lehine verilen karardan en kısa sürede müvekkilin bilgilendirilmeyip yatırılması gereken masrafların bildirilmemesi,³⁵” çok uzun bir süre geçtikten sonra müvekkilden yapılması gereken işlerle ilgili talimat

²⁷ Atilla Özen, a.g.e. s:325

²⁸ Bknz: HGK. 11.04.2007 T. ve 2007/13 - 198 E. , 2007/199 K..

²⁹ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 11.11.2005 gün ve 2005/284 E. , 2005/373 K.

³⁰ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 24.04.2009 gün ve 2009/88 E. , 2009/224 K.

³¹ Bknz: 4. CD 22.02.2010 gün ve 2008/9171 E. 2010/2919 K.

³² Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.

³³ Bknz: 13. HD 27.05.2010 gün ve 2009/15484 E. 2010/7225 K.

³⁴ Bknz: TBB Disiplin Kurulu 13.05.2005 gün ve 2005/96 E: 2005/183 K.

³⁵ Bknz: 13. HD 12.02.2008 gün ve 2007/11708 E. 2008/1869 K

ve buna ilişkin masraf istemesi,³⁶ tahsil olunan paraların miktarı hakkında müvekkile makul sürede bilgi ve hesap verilmemesi,³⁷ dava değerinin üzerinde teminat adı altında alınan paranın hesabının müvekkile verilmemesi, iadesi gereken kısmın iade edilmemesi, yargılamaya sebebiyet verilmesi,³⁸ icra takiplerine devam edilmeyerek takipsiz bırakılması,³⁹ davaya sadece cevap dilekçesi sunup üst üste iki duruşmaya katılmaması,⁴⁰ ilk duruşmaya yetkilendirdiği avukatın katılması sonrasında sonraki iki duruşmaya ne kendisinin ne de yetkilendirdiği avukatın mazeretsiz olarak katılmaması,⁴¹ arka arkaya geçerli bir neden göstermeden mazeret dilekçeleri gönderilmesi,⁴² (Yargıtay, gerekçelendirilmiş mazeret dilekçesi verilmesi suretiyle duruşmaya katılmama nedeni ile özen yükümlülüğünün ihlal edilmediğini içtihat etmektedir.)⁴³ tazminat davasında faiz talep edilmemesi,⁴⁴ iki kez mazeretsiz duruşmalara katılmayarak davanın takipsiz bırakılması,⁴⁵ gerçekleştiremeyeceği, yerine getiremeyeceği hususların vaat edilmesi, böyle bir iş için kabul edilmesi,⁴⁶ tahsil için verilen senedin daha önce başka bir iş için kendisinde vekaleti olan başka bir kişiye, bu kişinin haber ve onayı olmaksızın ciro ederek bu kişi adına icra takibi başlatılması,⁴⁷ üstlenilen takip dosyalarında işlem yapılmaması,⁴⁸ bir çok duruşmaya mazeret bildirerek katılmaması, mazeretsiz olarak davanın takip edilmeyerek işlem den kaldırılmasına neden olunması, bilirkişi raporuna itiraz etmeyerek ilk belirlenenden daha az değer üzerinden davanın kabulüne karar verilmesini talep edilmesi,⁴⁹ “icra takip borçlusunu Kooperatif aleyhinde başka bir müvekkil adına yapılan icra takibinde bankalardaki alacaklara haciz konulmak suretiyle alacağın daha çabuk ve kolay tahsilinin sağlanmasına rağmen, bu takipte aynı

³⁶ Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.

³⁷ Bknz: 13. HD 28.12.2009 gün ve 2009/5688 E. 2009/15479 K.

³⁸ Bknz:TBB Disiplin Kurulu 28.07.2006 gün ve 2006/200 E. 2006/278 K.

³⁹ Bknz:TBB Disiplin Kurulu 30.09.2005 gün ve 2005/209 E. 2005/297 K.

⁴⁰ Bknz: 13. HD 12.03.2013 gün ve 2012/23911 E. 2013/6083 K.

⁴¹ Bknz: 13. HD 23.11.2015 gün ve 2015/23279 E. 2015/34142 K.

⁴² Bknz: 13 HD. 29.01.2009 gün ve 2008/8891 E. 2009/787 K.

⁴³ Bknz: 13. HD 03.07.2014 gün ve 2013/22039 E. 2014/22716 K.

⁴⁴ Bknz:TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 gün ve 2006/449 E. 2007/39 K.

⁴⁵ Bknz: 13. HD 2011/6338 E. 2012/884 K.

⁴⁶ Bknz: HGK 15.07.2009 gün ve 2009/13-290 E. 2009/350 K.

⁴⁷ Bknz:TBB Disiplin Kurulu 28.01.2011 gün ve 2010/555 E. 2011/57 K.

⁴⁸ Bknz: 13. HD 15.04.2008 gün ve 2008/3367 E. 2008/5412 K.

⁴⁹ Bknz: 13. HD 20.06.2013 gün ve 2013/8337 E. 2013/16906 K.

yöntem izlenmeyerek sadece gayrimenkul haczi yapılması,⁵⁰ özen borcuna aykırı davranışlardan bazılarıdır.

Avukatın özen borcu, objektif sorumluluk olup, sonuç itibariyle müvekkilinin zarara uğramaması ve diğer sübjektif nedenler sonuca etkili değildir.⁵¹ Nitekim boşanma davasına verilen cevap dilekçesinde bariz yanlışların ve çelişkilerin olması nedeniyle müvekkil aleyhine zarar verici neticeler doğurmasa da, bu durum, özen borcunun ihlali olarak nitelendirilmiştir.⁵²

Avukat, özen yükümlülüğü çerçevesinde dava açmadan önce gereken araştırmayı yapmak ve müvekkilinin zarara uğramasını önleyecek her türlü usulü tedbiri almak zorundadır. Bu kapsamda fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmaması nedeniyle, vekil edenin zararına sebebiyet verilmesi, özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmiştir.⁵³

“Avukatın özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini ispat, müvekkile aittir.”⁵⁴

Mahkeme kararında, kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcı ile ilgili yanıtıcı bilgi yer alsa dahi, bu konuda yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olan avukat yönünden bir yanıldan bahsedilemeyeceğinden karan kanuni süre içerisinde temyiz etmesi gerekir.⁵⁵

“Vekilin işi özenle yapma yükümlülüğü”, işi yaparken, özenle yerine getirme anlamında bir yükümlülüktür. Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesinin farklarından birini oluşturan “*vekilin sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin özenle yapmamasından sorumlu olması*” özen yükümlülüğünü açıklayan güzel bir farktır.⁵⁶

Avukatın buradaki sorumluluğunun, sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk olduğu unutulmamalıdır. Bir Yargıtay kararında değinildiği gibi “*avukatın sadakat ve özen*

⁵⁰ Bknz: 13. HD 14.12.2009 gün ve 2009/8351 E. 2009/14675 K.

⁵¹ Bknz: 13. HD 2011/6338 E. 2012/884 K.

⁵² Bknz: 13. HD 12.09.2012 gün ve 2012/13627 E. 2012/19156 K.

⁵³ Bknz: 13. HD 12.03.2012 gün ve 2011/19209 E. 2012/10028 K.

⁵⁴ Atilla Özen, a.g.e. s:329

⁵⁵ Bknz: CGK 02.04.2013 gün ve 2012/14-1533 E. 2013/113 K.

⁵⁶ Semih Güner, Avukatlık Hukuku s.350

yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılırken, yaşam deneylerine ve işlerin normal akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekli olup, iş görülürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakete ve özenle görülmüşse, yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez.”⁵⁷

Özen yükümlülüğü, genelde Borçlar Kanunu’nda yer alan bir yükümlüktür. Ancak, avukatın özen yükümlülüğü ile alelade vekilin özen yükümlülüğü çok farklıdır. Avukat, iş sahibine en iyi biçimde yardım etmek zorunda olan meslek mensubudur.⁵⁸

Avukatın görevi, olayları mantıklı şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır.⁵⁹ İşini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukuki bilgilerle donanmış olmalıdır.⁶⁰ Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı koşullar, bu bağlamda özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşımaktadır.⁶¹

Avukat, mesleğinin yerine getirilmesiyle ilgili kuralları iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılan değişiklikleri de tüm olanaklarını kullanarak izlemek zorundadır. “Duymama”, “bilmeme” gibi özürler avukatlıkta gerekçe olarak kullanılamaz.⁶²

Avukatın bilmesi gereken hukuki bilgilere gelince; öncelikle yasa-yayı bilmesi gerekmektedir. Yürürlükteki kuralları yakından takip etmekle yükümlüdür. Yasalardaki değişiklikleri, çıkarılan yeni yasaları ve tüzük, yönetmelik gibi diğer yazılı hukuk kurallarını yakından izlemelidir. Ancak, bunları bilmek yetmez. Avukat yargısal kararları da bilmelidir. Yargıtay bir kararında, Federal Mahkeme’nin bir kararına gönderme yaparak “mesleki içtihat dergilerinde çıkan bir kararı bilmeyen bir avukatı” sorumlu tutmuştur.⁶³ Bu konuda gelişen teknolojik olanakları da göz önünde bulundurarak, avukatın mensup olduğu

⁵⁷ Bknz: 13.HD. 05.02.1991 T. ve E:7902, K:1070

⁵⁸ Bknz: 13.HD. 01.03.1991 T. ve E:8301, K:2325

⁵⁹ Bknz: 13.HD. 27.04.1992 T. E:3413 K:3900

⁶⁰ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C:II, 1989, s:414

⁶¹ Haluk Tandoğan, a.g.e. s:411

⁶² Bknz: TBB Disiplin Kurulu, 17.01.1998 günlü, E.997/125, K.998/3

⁶³ Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi,1974,s:305

Baro, Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay ve Danıştay Dergilerinde yayınlanmış yüksek mahkeme kararlarını bilmekle yükümlü olabileceğini düşünüyoruz.

“Avukat, zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmez”. Meslek Kuralları'nın 38/11 maddesinde yer alan bu kural, avukata yeteneklerini hatırlatan ve yeteneklerini aşan bir işi almamasını öğütleyen bir kuraldır. Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları'nın 4. maddesi de *“avukat, zaman ve yeteneklerinin elvermediği işi kabul etmemelidir”* kuralını benimsemiştir.⁶⁴ Uluslararası Barolar Birliğinin belirlediği *“Uluslararası Meslek Kuralları'nın”*⁶⁵ 3.3.2. maddesi *“Avukat, kendisinin yetersiz olduğu bir konuda müvekkiline hizmet vermemelidir”*, 3.3.3. maddesi *“avukatlar, başka işlerinin yoğunluğu nedeniyle derhal yapamayacakları işleri kabul etmemelidir”* kurallarını öngörmektedir.

Avukat, *“aldığı işin uzmanlık alanına girmediğini yahut uzun bir süreden beri hastalığı nedeniyle yasal değişiklikleri takip edemediğini”* ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Avukatlık Kanunu bu bağlamda gerekli olanağı da sağlamıştır. *“İşi reddetme hakkını”* bu anlamda yorumlamak gerekmektedir.⁶⁶

Vekil, üslendiği işin görülmesi aşamasına, vekil edenin çıkarlarını gözeterek, sonucun elde edilebilmesi için işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

TBK, vekilin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde açık bir düzenleme yapmamıştır. TBK'nun 506. maddesinin son fıkrasında *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”* şeklindeki düzenleme ile genişletilmiş bir yükümlülük alanı yaratmıştır.⁶⁷

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi *“işin özenle ve kendisine ve mesleğine gösterilen güvene yaraşır biçimde yerine getirilmesini”* buyurduğundan, avukatın iş yapma borcunu yerine getirmesinde kusurlu

⁶⁴ Faruk Erem, Meslek Kuralları (Şerh), Ankara Barosu Yayınları 4, Ankara 1995, s: 106

⁶⁵ Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 4, sh. 607

⁶⁶ Semih Güner, Avukatlık Hukuku s.354 vd.

⁶⁷ Semih Güner, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti s:54

davranışından, bilgisizliği ve savsaması ya da deneyimi olamaması gibi durumlarda avukat sorumlu tutulabilecektir. Görevini özenle ve doğruluk içinde yerine getirmeyen avukat, bundan doğan zararlardan sorumlu tutulacaktır.⁶⁸

Avukat, kanunu bilmekle yükümlüdür. Mevzuattaki değişiklikleri, kaldırılan ve yeni çıkarılan yasaları, tüzük ve yönetmelikleri bilmeli, bunları izlemelidir. Avukatın, genelde uğraştığı hukuk alanları ile ilgili yeni kanunlardan haberdar olması ile sınırlı bir kanunu bilmek yükümlülüğü bulunduğunu kabul, gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Zira nadiren karşılaştığı bir hukuk alanına ilişkin olan vekâlet işini üstlendiğinde de, o alandaki kanun değişikliği vb.ni bilmemesi mazur görülemez. Uzun süreli hastalık da, avukatın bilgisizliğini ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasını hoş görmeyi gerektirmez. Avukatın “özen yükümlülüğü” nün söz konusu olduğu alanlardan ilki olan “*inceleme yükümlülüğü*” bakımından, sadece *kanunu* bilmemek yeterli olmayıp *yargısal kararları* da bilmek gerekir.⁶⁹

Avukatın meslekten kişi olarak vekillik görevi yapması sebebiyle “*kendini geliştirme yükümlülüğü*” de bulunmaktadır. Bir avukattan, kendisini geliştirme yükümlülüğü çerçevesinde, önemli *karar derlemelerini, branş dergilerini, şerhleri, tanınmış monografileri* takip etmesi beklenir. Ayrıca, *yargısal kararlardaki değişiklikleri* de dikkatle izleyerek bunlardan haberdar olmalıdır.⁷⁰

III- “Avukatın özen yükümlülüğü” konusu açıklanırken Avukatlık Kanunu’nun 171/I. maddesine de değinmek gerekir. Bu madde uyarınca; “*Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder*”⁷¹ Bu kural, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m.3’de öngörülen “*Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür*” şeklindeki ilkenin gereğidir.

Bu hüküm, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ nin “*Avukatlık Ücretinin Kapsadığı İşler*” üst başlıklı 2. maddesinin

⁶⁸ Uçar S., a.g.e. s:20

⁶⁹ Meral Sungurtekin a.g.e. s:312-314

⁷⁰ Meral Sungurtekin, a.g.e. s: 319

⁷¹ Murat Aydın, a.g.e s:125 (Ayrıntılı bilgi için bkz.) – M.Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, 2009 s:582-vd.

1.fıkrasında “*Bu tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

“*Avukatlık Ücretinin Belli Bir İşe Hasredilmesi*” üst başlıklı Avukatlık Kanunu’nun 173. maddesinin 1.fıkrasında;

“*Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, mukabil dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir*” denilmiştir.

Aynı husus Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ nin 2. maddesinin 2. fıkrasında;

“*Buna karşılık, icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay...duruşmaları ayrı ücreti gerektirir.*”

şeklinde öngörülmüştür.⁷²

IV- “*Avukatın özen yükümlülüğünü*” gereği gibi yerine getirilmesesi, avukatın;

a) **Hukuki sorumluluğunu**⁷³

b) **Disiplin sorumluluğunu**⁷⁴

c) **Cezai sorumluluğunu**⁷⁵

gerektirir.

Avukatların uygulamada en sık karıştığı (karşılaştığı) suçlar “*görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları*”dır. Avukatlar, Avukatlık Kanunu’nun 62.maddesi’nin atfı nedeniyle gerek avukat sıfatı ile gördüğü işlerden ve gerekse Baro ve TBB organlarındaki görevlerinden dolayı *görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının* faili olabilmektedirler.⁷⁶

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Akif Tutumlu, /Murat Usta, Vekâlet Ücreti Davası 2017, s:117 vd.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Semih Güner, Avukatlık Hukuku, s:549-vd., Atilla Özen, a.g.e s: 525- vd.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: M.Haşim Mısır, a.g.e. s:7-vd

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Semih Güner,. a.g.e. s: 525-vd.- Atilla Özen, a.g.e s: 507- vd.

⁷⁶ Atilla Özen,. a.g.e s: 507

Doktrinde⁷⁷ “*ihmal suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçu*” (TCK m.257/2)’ nun unsurları hakkında;

“ ‘İHMALİ DAVRANIŞLA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK.m.257/2)’

1. Genel Olarak 2. fıkranın Kapsamı

5237 sayılı Kanun’un 257/2. maddesinde tanımlanan suç da *görevi kötüye kullanma* suçudur. 765 sayılı Kanununun 230-240. maddelerindeki görevi ihmal (savsama)-kötüye kul-lanma suçu biçimindeki ayırım benimsenmemiştir. Kanun koyucu, görevi kötüye kullanma suçunun icrai davranışla işlendiği gibi ihmali ihmali hareketle de işlenebileceğini kabul etmekte, ancak bu iki fiili kastın yoğunluğu bakımından farklı değerlendirerek, icrai davranışla işlenen kötüye kullanma suçuna göre ihmali davranışa daha az ceza verilmesini öngörmektedir.

257/2. maddedeki suç, görevin gereğini yapmakta ihmal ya da gecikme göstererek işlenebilir. Bu tanım gereğince ikinci fıkradaki suç *ihmali davranışla* işlenmektedir.765 sayılı TCK’nın 230. maddesinde suçun seçimlik hareketlerinden biri de “üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmama” idi.⁷⁸ Bu fiil, amirin yasal emrini hiç yerine getirmeme anlamına gelmektedir.

5237 sayılı TCK’nın 257. maddesi bakımından kanımızca amirin yasal emri de “görevin gerekleri” içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, amirin yasal emrini, içeriğine aykırı biçimde yerine getirerek başkasına yarar sağlayan, kamuya zarar veren veya bir kişinin mağduriyetine yol açan görevli de görevi kötüye kullanma suçunu (257/1) işlemiş olacaktır. Aynı şekilde, üstünün yasal emrini yerine getirmemek veya geciktirmek suretiyle aynı sonuçlara yol açan görevli de 257/2. madde ile cezalandırılmalıdır.

2.Korunan Değer, Fail ve Mağdur

Bu unsurlar hakkında icrai davranışla işlenen görevi kötüye kul-

⁷⁷ Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gokcan/Mustafa Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:6, 2.Baskı,2014, s:77-84 vd.

⁷⁸ “Saniğin, demirbaş ve ayniyat sayımı yapması için amirinin verdiği emirleri yerine getirmemekten ibaret eylemi görevi ihmal niteliğindedir.” 4.CD. 5.10.1983, 4174/4629

lanma suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar ihmali davranışla işlenen 2. fıkra için de I geçerlidir.

3. Görevli Bulunma Koşulu

Kamu görevlisi failin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan; söz edilebilmesi için ortada failin bir görevi bulunmalıdır. Fakat suçun bu şekli 'bakımından failin görevi uyarınca belirli bir (icrai) davranışta bulunma yükümlülüğü olmalıdır. Fail, görev gereği bir davranışta bulunmak zorunda değilse' ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işleyemez. Böyle bir davranış î yükümü altındaki failin bu davranışı hiç yapmaması veya geciktirerek yapması ile suç işlenmektedir.

Failin görev gereği davranışta bulunma yükümlüsü olup olmadığı, görev mevzuatına, idari geleneklere, emir ve talimatlara göre belirlenmelidir.

4. Görev Gereğine Aykırılık Ögesi

Failin görevi uyarınca yapmak zorunda olduğu davranışı yapmaması veya geciktirerek yapması aslında görevinin gereğine de aykırılık teşkil etmektedir. Kamu görevlisinin bir konuda belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altında olup olmadığının, göreviyle ilgili kanun, tüzük, yönetmelik, genelge ve benzeri düzenleyici işlemler veya bunlara uygun vasıftaki amirin emrine göre belirlenmelidir. Dolayısıyla, görevin koşullarını belirleyen ilgili kural veya emir gereği yapılması gereken davranışın ihmali davranışla ihlal edilmesi halinde görev gereğine aykırılık ögesinin oluştuğu kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtildiği üzere ihmal veya geciktirme suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun varlığı için, kamu görevlisinin yerine getirmesi gereken bir 'görevi' bulunmalıdır. Böyle bir görev olmayıp da sadece görevli ile idare arasındaki ilişkinin gerektirdiği gibi davranmamak veya kurum düzen ve disiplini, bozucu davranışlarda bulunmak şeklindeki eylemler sadece disiplin suçunu oluşturur.⁷⁹ Esasen

⁷⁹ "Nöbetçi tutanak kâtibinin özürsüz olarak göreve gelmemekten ibaret disiplin cezasını gerektiren eylemiyle, görevi savsama suçu oluşmaz." 4.CD. 28.10.1997, 8775/9096 "İlçe Sağlık Grup Başkan Vekili olan sanığın, özürsüz olarak 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı törenine katılmama (ve çelengini memurla

bu tür fiillerin başkasının mağduriyetine, kazancına yol açması veya kamuya zarar vermesi de mümkün değildir.

5.Görevin Gereğine İhmali Davranışla Aykırılık

A. Genel Olarak

Kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği davranışı yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi halinde ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinden söz edilir. İhmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunda failin hiçbir şey yapmaması değil, yapmakla yükümlü olduğu davranışta bulunmaması suç sayılmaktadır.

Kanun koyucu, ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunu icrai davranışla işlenenden daha az ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu nedenle suçun icrai nitelikte veya ihmali nitelikte işlendiğinin belirlenerek sonucuna göre uygulama yapılması gerekmektedir.

Yargılama sırasında 257. maddenin 1. ve 2. fıkralarından hangisinin uygulanacağını saptamak için hareketin icrai veya ihmali nitelikte olduğu incelenmelidir. 765 sayılı TCK döneminde de Yargıtay tarafından hareketin menfi veya müspet olması ölçütü kullanılmıştır. Buna göre, görevi yapmama veya geciktirme eylemi ihmali nitelikte yani pasif (menfi-edilgen) bir davranışla işlenmekte, yetkiyi kötüye kullanma suçu ise icrai, (etkin-müspet-aktif) davranışla işlenmektedir.

“Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yet-

gönderme) biçiminde ve disiplin kovuşturmasını gerektirir nitelikteki eyleminde görevi savsama suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülüğe karar verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 5.6.2002, 8553/10478

“Sağlık ocağı hekimi olan sanığın otopsi için arandığında o anda bulunamaktan ibaret eyleminin disiplin cezasını gerektirdiği gözetilmeden ve görevi savsama suçunun öğelerinin ne suretle oluştuğu açıklanmadan hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 27.05.2002 27.5.2002, 6968/9427

“İnfaz koruma görevlisi olan sanığın bir gün işe gelmeme ve iki gün geç gelme eylemleri disiplin cezasını gerektirir nitelikte olup görevi savsama suçunun öğeleri oluşmamıştır.” 4.CD. 21.9.1994, 3902/6979

“Sanığın bir adet evlenme cüzdanının kaybolmasına yol açmaktan ibaret eyleminde görevi savsama suçunun öğeleri oluşmaz.” 4.CD. 19.12.1991, 7168/8130

“Mahkeme yazmanı olan sanığın görev bölümü ile ilgili yazıyı imzalamamaktan ibaret olan disiplin cezasını gerektirebilecek eyleminde görevi savsama suçunun öğelerinin ne suretler oluştuğu açıklanmadan hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 7.11.1994, 5591/9226

kiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan (pasif, menfi), İkincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur.”⁸⁰

Görüldüğü üzere ikinci fıkrada düzenlenen suç, yapılması gerekeni yapmama veya geciktirme biçiminde işlenmektedir. Bu nedenle hareket unsuru bakımından suçun “ihmal suretiyle icra suçu” niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.⁸¹

B. Görevin Gereğini Yapmakta İhmal

“Görevin gereğini yapmakta ihmal” kavramı ile 765 sayılı Kanun’un 230. maddesindeki “görevini yapmakta savsama” ifadesi aynı anlamdadır.

Görevinin gereklerini yapmakta ihmal/savsama ifadesi, memurun mevzuat gereği yapmak zorunda olduğu bir görevi bilerek ve isteyerek hiç yapmaması anlamına gelmektedir.⁸² Bu durumda suçu oluşturan hareketin, görevin gereğini yapmama, hareketsiz kalma biçimindeki menfi (olumsuz)/pasif (edilgen) bir davranış olduğu görülmektedir. Yani ihmal/savsama fiili, ihmali bir davranışla işlenmektedir.⁸³

“Belediye başkanı ve muhasibi olan sanıkların, yakınının tahakkuk ettirilen emeklilik ve tasarrufu teşvik kesintilerini her ayın sonunda bankaya yatırma zorunluluğuna uymamaktan ibaret eylemlerinin TCK’nın 230. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmelidir.”⁸⁴

765 sayılı Yasa döneminde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, görevin belirli bir biçimde yapılması gerekirken, başka şekilde yerine

⁸⁰ Bknz: 4.CD. 19.9.1995, 4780/5753. Benzer biçimde CGK’da bu ölçütleri kullanmıştır;

“Görevi kötüye kullanma suçunda etkin(aktif), görevi ihmal suçunda ise etkin olmayan (pasif) bir davranış söz konusudur.” CGK. 18.10.2005, 4MD. 96/118; CGK. 8.7.2003, 4MD- 194/214

⁸¹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku (Özel Kısım) 2005 s. 307.

⁸² Abdullah P. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Bası, C.II, s. 834; Nurullah Kunter, Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal ve Suiistimal (İÜHFİM. 1949, C.XV, S. I, s. 389.) 18.9.2002

⁸³ “Belediye başkanı olan sanığın, ...tanık A.K’a ait izinsiz inşaatı öğrendiği halde işlem yapmaması biçimindeki eyleminin TCY’nin 230/1. maddesine uyan suçu oluşturacağı...”; 4.CD. 18.09.2002 10933/13017

⁸⁴ Bknz: 4.CD. 9.6.2003, 22802/5487.

getirilmesi de savsama/ihtmal kavramına girmelidir.⁸⁵ Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Buna göre, fail görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte, bu işlemin yapılması için gerekli yöntemi uygulamamış ise ihtimali davranışla suç işlenmiş olur.⁸⁶ Bu durumda görevin belirli bir biçimde yapılmasına yönelik olarak ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmuş olmalıdır. Örneğin, bir başvurunun özel formu doldurulması gerekirken, normal bir dilekçe ile işin yapılması durumunda görev gerektiği gibi yapılmamış olacaktır. Fakat fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda hareketin ihtimali olduğu söylenemeyecektir. İşlemin gerektiği gibi yapılmamasında ihtimali davranış var ise de, asıl eylem gerekmediği gibi işlem yapmak olacağından icrai bir davranışla suç işlenmiş olmaktadır.⁸⁷ Bu tarz fiillerin, görevi yasaya aykırı yapma biçiminde ve aktif hareketle gerçekleşmesi durumunda 240. maddedeki suçun olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun açısından benzeri fiillerin 257/1. madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Görevin gereklerini yapmakta ihtmal eylemi, görevin yapılmaması biçimindeki ihtimali hareket ile tamamlanmakta, suç ise kanunda sayılan neticelerin doğması ile oluşmaktadır. Ancak bu suç bakımından, *suç tarihinin tayini* kimi zaman güçlük çıkarmaktadır. Bu güçlük, görevin yapılması için kesin bir sürenin bulunmadığı durumlara öz-

⁸⁵ Sahir Erman/Çetin Özek, Kamu Güvenine Karşı Suçlar s. 160.

⁸⁶ “PTT Başmüdürlüğünde gişe memuru olan sanığın, yönetime aykırı biçimde APS gönderisini kontrol etmeden kabul etmekten ibaret eyleminin TCY'nin 230. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan aynı Yasanın 240/2. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” 4.CD.22.2.2005, 13734/1280.

“Bu hükümden (TCK 230) anlaşılacağı üzere belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır.” CGK. 6.10.1998, 6-214/296. “...memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya ve düzene göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır.” CGK. 11.2.1991,

⁸⁷ Nitekim bu görüşü ileri süren yazarlar, 240. maddeyle ilgili açıklamaları sırasında görevi gerektiği gibi yerine getirmeme halinde de ortada farklı şekilde yapılan bir görevin ve dolayısıyla bir “fiü” in bulunduğunu, bu nedenle de ihtimalin bu türü ile 240. maddedeki suçu ayırt etmenin hayli zor olduğunu belirtmektedirler; (Sahir Erman/Çetin Özek, age. s. 213.)

⁸⁸ Sanığın tebliği, muhatap yerine aynı çatı altında oturmayan yakınına yapması biçimindeki aktif eyleminin TCY'nin 240/1. maddesine uyduğu gözetilmenden aynı yasanın 230/1. maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır. 4.CD. 27.3.2001,2710/3202.

güdüdür. Buna karşın görevin yapılması için mevzuatta bir süre öngörülmemekte ise, sürenin geçmesi durumunda görevin yapılmamış olduğu kesinleşecektir. Örneğin avukatın belirli bir tür davayı açmak için kanundaki sürenin son gününde davayı açmış olması durumunda suç oluşmayacak, buna karşın süreden sonraki gün açması halinde ise ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlenmiş olacaktır.

257. maddedeki suçun objektif cezalandırma şartı içerdiğinin kabul edilmesi karşısında suçun, yükümlü olunan icrai davranışın yapılmadığı ve cezalandırma şartının gerçekleştiği tarihte tamamlandığı düşünülmelidir.

C. Görevin Gereklere Yapmakta Gecikme Gösterme

Görevin gereklere yapmakta *gecikme gösterme* ya da kısaca görevi yapmakta *gecikme*, önceki yasanın 230. maddesinde yer alan “görevini yapmakta gecikme gösteren” ifadesinin karşılığıdır.

Görev gereğini yapmakta gecikme; memurun yapmak zorunda olduğu görevi zamanında yapmayıp, gereken süresinden sonra, geciktirerek yapmasıdır. Suçun bu suretle işlenmesinde gecikmeli de olsa görev yapılmaktadır. Fakat suçu oluşturan neticedeki “yapma” fiili değil, yapmada “gecikme” dir. Aslında görevin yapılması için gereken sürede yapılmamış olması da bir tür “yapmama” biçimindeki ihmali davranıştır.⁸⁹ Gecikme suretiyle suçun işlendiğinden söz edilebilmesi için, görevin yapılması gereken belirli sürenin aşılması gerekir. Görevin yapılması için gereken süre ilerlemiş olmakla birlikte henüz dolmamış ise suç işlenmiş sayılamaz.

Belirli bir kamu hizmetini görmekte veya yürütmekte olan kamu görevlisinin, emir veya talep olmaksızın görevinin gereği yerine getirmeye mecbur olduğu bir hususu yapmaması veya kanun ya da nizamem yükümlü olduğu şekilde yapmayıp hareketsiz kalması, yine belirli bir sürede yerine getirmesi gereken bir hizmet yahut hareketi o

⁸⁹ “SSK hastanesi başhekimisi olan sanığın, kendinden önce aynı görevde bulunan ve yürütmeyi durdurma kararının uygulanması amacıyla genel müdürlük tarafından görevine tekrar başlatılmasına karar verilen katılanın göreve başlatılma yazısının gereğini 18 gün geciktirmesinin TCY’nin 228/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmelidir.” 4.CD. 27.11.2002, 15137/17790

sürede yerine getirmemesi halinde⁹⁰ ihmali davranışla kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.⁹¹

Görevin yapılması için gereken sürenin açık ve kesin olarak belirlenmediği hallerde bu sürenin görevin mahiyetinden çıkartılması mümkündür. Aksi halde bir işin yapılması için gerekenden çok uzun bir sürenin geçirilmesini ve bu şekilde kamu zararı veya kişilerin haksız mağduriyeti ya da kazanç elde etmesine bilinç ve iradeyle neden olan failin cezasız kalmasına yasaya aykırı olarak yol açılmış olacaktır. Örneğin suç soruşturması ve kamu davasının açılması için yasada kesin bir süre öngörülmemesine karşın, C. savcısının soruşturma dosyasını iki yıl işlemsiz bırakması halinde, görevin gereğini ihmal ettiği düşünülmelidir. Bu nedenle, görevin yapılması için gereken *makul süre* fazlasıyla geçtiği halde yapılmamış olması veya geç yapılması (ve cezalandırma şartının gerçekleşmesi) durumunda görevi ihmal ya da geciktirme suretiyle kötüye kullanma suçu işlenmiş olur.⁹²

Görevi olmadığı halde yaptırılmak istenen bir işin yapılmaması ile bu suç oluşmaz. Hangi işin failin görevi nedeniyle yerine getirilmesi gereken bir iş olduğu, onun statüsü ve görev alanını belirleyen mevzuata göre belirlenmelidir. Fakat ilgili mevzuatta her işlemin açıkça gösterilmiş olması gerekmez. Görevle ilgili kurallar veya idare hukuku usulü ve hatta geleneklerine göre, görevin kapsamı belirlenmelidir. Görevi içinde, yani görevin gereğine uygun bir iş olmak kaydıyla, işin

⁹⁰ Sulhi Dönmezer, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarının Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas, (İÜHF.M. İstanbul 1945, C.XI. S.1-2, s. 229.)

⁹¹ “İcra müdürü olan sanığın yönergeyle yerine getirilmesi istenilen tapu kayıtları üzerinde haciz işlemini 4 ay sonra yaparak görevini savsadiğının anlaşılmasına karşın genel kasıtle işlenen suçta özel kasıt arayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 28.05.2002 T. 7492/9487

“Muhtar olan sanığın ikametgâh gereksinimi olan müşterilere bu belgeyi vermektan ibaret eyleminin TCK’nın 230. maddesine uyduğu gözetilmelidir.” 4.CD. 28.4.1999, 3532/6058

⁹² “APS posta görevlisi olan sanığın, katılan tarafından noterlik aracılığıyla gönderilen bildirim muhatabına 14 gün sonra ulaştırma biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden ikrara dayalı savunmaya karşın, suçun oluşumunda etkisi bulunmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 6.12.2000, 8517/8652.

“C. Savcılığının ilamat işleriyle görevli tutanak yazmanı olan sanığın birçok ilamların gereken işlemlerini yapmama eylemlerinin T.C. Yasasının 230/1. maddesindeki suçu oluşturup oluşturmayacağını tartışılmaması, yasaya aykırıdır.” 4.CD. 12.3.1997, 974/1766.

mesai saati içinde veya dışında ya da görev yerinde yahut başka yerde yapılmış olması aranmamaktadır.⁹³

Bu noktada kanuna aykırı emir konusuna değinmek gerekir. Ancak bu konuyu hukuka uygunluk nedenleri bahsinde açıklamaktayız.

D. Objektif Cezalandırma Şartları

257. maddenin 2. fıkrasında objektif cezalandırma şartı niteliğindeki ögeler, aynı maddenin ilk fıkrasındakilerle aynıdır. Suçun oluşabilmesi için, görev gereğine aykırı hareketten başka, maddede sayılan; kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama şartlarından birinin de gerçekleşmesi zorunludur. Görev gereğine aykırı harekete rağmen bu cezalandırma şartlarından biri olsun gerçekleşmez ise suç oluşmayacaktır. Sözü edilen objektif cezalandırma şartlarına ilişkin olarak yukarıda ilk fıkra ile ilgili bölümde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

E. Manevi Unsur

TCK'nın 257/2. maddesindeki fiil de doğrudan ve genel kasıtle işlenebilir. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin görevinin gereklerini yerine getirmeyi savsadığı veya geciktirdiğini ve fiil neticesinde bir kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olunacağını veya kişilere haksız kazanç sağlamış olacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde manevi unsur teşekkül edecektir.

Yargıtay bir olayda failin o konuda herkese karşı hukuka aykırı davranması nedeniyle mağdurlar yönünden suç kastının bulunmadığına dair yerel mahkeme gerekçesini kabul etmemiştir. Çünkü 230. maddedeki suçta özel kast aranmamaktadır;

“Belediye başkanı ve muhasibi olan sanıkların, yakınının tahakkuk ettirilen emeklilik ve tasarrufu teşvik kesintilerini her ayın sonunda bankaya yatırma zorunluluğuna uymamaktan ibaret eylemlerinin TCK'nın 230. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden; (sanıklar kesintileri bankaya yatırmayarak görevlerinde özenli davranmamışlar ise de öbür personelin de kesintilerini yatırmadıklarından kasıtle dav-

⁹³ Sahir Erman/Çetin Özek, A.g.e. ,s:158

randıklarına dair somut emare yoktur) biçiminde değerlendirmede bulunan bilirkişi raporuna dayanarak beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır”⁹⁴

257/2. maddesindeki gibi ihmali hareketle işlenen suçlarda kastın varlığının nasıl belirleneceği tereddüt yaratabilmektedir. İhmali suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin objektif unsurları bilerek hareketsiz kalma veya hiçbir şey yapmama hususunda karar almasıdır. Ancak, failin durumun farkında olarak sadece, herhangi bir şey yapma konusunda ‘karar almaması’ da söz konusu olabilir. Bu tip bir durumda öğretilerdeki egemen görüş durumun bilinmesini kast için yeterli görmektedir.⁹⁵

Görevi yapmada ihmal suçunun, görevi yapmama irade ve bilinci ile işlenmesinin gerekli olması nedeniyle, fiilin görevi bilmeme, yanlış bilme veya unutmaktan⁹⁶ kaynaklandığı durumlarda suç oluşmayacaktır. Çünkü bu durumda ihmali davranışın kaynağının kast olmayıp, taksir olduğu anlaşılmaktadır:

“Sanığın aşamalarda değişmeyen, iş yoğunluğu nedeniyle yanlışlıkla işlem yaptığı ve yanlıgıyı farketmediğinde de kendisinin durumu C. Başsavcılığına bildirdiğine ilişkin savunması, Dairemizce günü incelenerek karara bağlanan ... Asliye Ceza Mahkemesinin tarih 2.../... sayılı beraat hükmünün içeriği itibarıyla gerçek yaşı nedeniyle evlenme yasağı bulunmayan bir kişiye ilişkin sanık tarafından evlen-

⁹⁴ Bknz: 4.CD. 9.6.2003, 22802/5487.

“...sanığın, görevi gereği anılan karan Ankara Emniyet Müdürlüğü’ne göndermesi gerekirken bu işlemi yapmayarak adı geçen bir gün gözetim altında kalmasına yol açarak görevini savsadiğı anlaşılmasına karşın yeterli ve yasal olmayan ve genel kasıtle işlenen suçta özel kasta ağırlık veren gerekçeyle beraat karan verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 20.2.2002, 552/2750

“Bu suç kasten işlenebilen suçlardan olup, oluşması için memur görevini bilerek ve isteyerek savsayacaktır.” CGK. 6.10.1998, 6-214/296.

⁹⁵ Gropp, 372; Stratenwerth, 421; Ak-Seelmann, 13, kn.73; Selahattin Keyman, Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu, 457; nakleden ve aynı görüşte; Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 2003 s. 237.

⁹⁶ “Sanık gardiyanın görevi sırasında yalnız uyumasıyla oluşan eyleminde görevini savsama kastı bulunmadığına göre TCK’nın 23/1. maddesi uygulanamaz.” 4.CD. 28.10.1986, 6737/7829. “Mahkeme yazmanı sanığın, unutarak duruşma tutanaklarını imzalamaktan ibaret eyleminde, suçun kasit ögesinin ne suretle gerçekleştiği gözetilmeden hükümlülük karan verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 9.12.1996, 8307/9340.

me belgesine verilen şerh nedeniyle, hakkında dava açıldığı anlaşıl-makla anılan hususların araştırılması; iş çokluğu, maddi yanılıgı gibi olguların suç kastını ortadan kaldıracığı, eylemin disiplin cezası ge-rektirebileceği de gözetilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.”⁹⁷

Ancak, bu bilmeme, yanlış bilgi, hata ve unutmaya ilişkin iddialar araştırılırken faile göre (sübjektif) değil, objektif değerlendirme yapılmalıdır. Aynı hal ve şartlardaki ortalama bir görevlinin davranışı göz önünde tutulmalıdır. Gerçekten, uygulamada bu suçun failinin genel savunması; iş çokluğu, deneyimsizlik, hastalık, maddi hata⁹⁸, beşeri hata vb. konulara dayanmaktadır. Bu tür, kastın olmadığına dair savunmaların gerçekliği araştırılmalı ve işin özelliği gözetilmelidir. Yargıcın bu savunmanın gerçek mi yoksa bir bahane mi olup olmadığını ayırt etmesi gerekir.⁹⁹

765 sayılı TCK'nın 230. maddesine ilişkin olarak Yargıtay da kimi olaylarda ihmal kastının bulunmadığından söz ederek suçun oluşmadığına karar vermiş, bazı olaylarda ise kasta yönelik araştırma yapılması gereğine işaret etmiştir.¹⁰⁰ Yargıtay, beşeri hata veya iş yoğunluğu savunmalarının olayın özelliklerine uygun, samimi ve ciddi bulunduğu durumlarda suçun oluşmayacağını kabul etmektedir.¹⁰¹

⁹⁷ 4.CD. 28.1.2004, 803/811.

⁹⁸ “İki ayrı mahkemece çıkarılan ihzarları birbirine karıştırarak, birinin yanlışlıkla unutulduğunun ve bu yüzden gereklerinin yerine getirilmediğinin kabul edilmesi karşısında, maddi yanılığının suç kastını kaldıracığı gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 4.11.1996, 7301/8112

⁹⁹ Manzini, s.325; Antolisei, s. 793, (Şahin Nakleden, age. s. 84)

¹⁰⁰ “Sanığın, “il merkezi ve ilçelerdeki benzer işlerde mahkemelerin çoğunlukla başvurduğu bilirkişi benim. İş yoğunluğundan kaynaklanan hata sonucu istenilen bilirkişi görüşü farklı mahkemeye gitmiş” biçimindeki savunması araştırılıp mahkeme uyanlarına yanıt vermemenin iş yoğunluğu ya da insani yanılığdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılmaması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.” 4.CD. 27.05.2002 T. 7141/9350

¹⁰¹ “Ordu PTT'sinde muhabere memuru olan sanığın cevap ücretini kasaya yatırmasına karşın ‘cevaplı’ şerhini telgrafa yazmamaktan ibaret eyleminin beşeri hatadan kaynaklandığı ve suç kastının bulunmadığı gözetilmeden görevi savsama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” 4.CD. 17.3.2003, 18204/799
“Sanığın iş yoğunluğuna işaret eden savunması, tanıkların ‘Grup Başkanlığınca yılda 10.000- 15.000 arası soruşturmanın sonuçlandırıldığı ve grup başkanının hepsinin akıbetinden haberdar olmasının söz konusu olamayacağı’ yolundaki anlatımları, müfettiş raporunun bir örneğinin gecikmeksizin sanıkça Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderilmiş olması; anılan raporun matbu yazışma kuralla-

Buna karşın önceki uygulamada Yargıtay, hukuki yanılmanın kastı kaldırmadığına karar vermiştir.¹⁰² Belirtelim ki, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde artık hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen “hata” hali kimi olaylarda söz konusu olabilecektir. “denilmiştir.”¹⁰³

Uygulamada, bu konuya ilişkin içtihatlarında **Yargıtay**; masraf verilmediğinden bahisle duruşmaya katılmayacak olan avukat dosyadan istifa ederek durumu müvekkiline bildirmesi gerekirken bunu yapmayarak duruşmalara katılmaması,¹⁰⁴ davayı takip etmeyecek açılmamış sayılmasına neden olunması,¹⁰⁵ icra dosyasında işlem yapmamak,¹⁰⁶ ödeme emrinin tebliğinden sonra hiçbir işlem yapmaması, bilgi isteyen müvekkiline takibin devam ettiğini söyleyerek 3 yıl oyalaması, bu nedenle müvekkilini zarara uğratarak ve başka _L bir vekilin hukuki yardımından yoksun kalmasına sebebiyet vermesi,¹⁰⁷ avukatın bir kısım paraları müvekkiline iade etmemesinden dolayı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan dava açılmışsa da alınan paranın avukatlık ücreti ve bir kısım giderler için alınmış olabileceği, ancak bu konuda avukat tarafından bir belge düzenlenmediği, bu eylemin TCK'nın 257/2. maddesindeki ‘görevi ihmal suçunu’ oluşturacağı,¹⁰⁸ müvekkilinin aleyhine olan karara karşı temyiz, istinaf veya itiraz gibi yasa yollarına başvurulmaması,¹⁰⁹ müvekkilin aksi yönde kesin talimatı yoksa aleyhe sonuçlanan davanın temyiz

rından da kaynaklanabilecek bir yanılma sonucu Bölge müdürlüğüne de gönderildiğine ilişkin görevlilerce sanığa yanlış bilgi verilmesi olasılığı karşısında; iş çokluğu, maddi yanılma gibi olguların suç kastını ortadan kaldıracak gözetilmeden sanığın beraati yerine hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” 4.CD. 24.9.2003, 26117/8186

¹⁰² “Hukuksal yanılmanın suçu ortadan kaldırmayacağı gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen görevi savsama suçunda özel kasta ağırlık verilerek ve yasal olmayan gerekçelerle beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” 4.CD. 6.6.1995, 3215/4049

¹⁰³ Doktrindeki bu konuya ilişkin benzer açıklamalar için bkz: Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2007 s:372 vd. - Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.Baskı,2008 s:745 vd.;757 vd. -Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya Ceza Hukuku (Özel Hükümler) 13. Baskı,1075 vd.

¹⁰⁴ Bknz: 4. CD 07.07.2008 T. E:2254 E. K:15675.

¹⁰⁵ Bknz: 4. CD 19.01.2009 T. E: 2007/3471, K.:313

¹⁰⁶ Bknz: 5. CD 22.11.2013 T. E: 2012/11213 K: 11202

¹⁰⁷ Bknz: 5. CD 22.01.2014 T. E:12904 K:662

¹⁰⁸ Bknz: 5. CD. 04.06.2014 T. E: 2013/1941 K: 6135

¹⁰⁹ Bknz: CGK 18.03.2008 T. E: 2008/9-7 K: 2008/56

edilmemesi,¹¹⁰ süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurulması,¹¹¹ icra takibi işlemlerinin sürelerle riayet edilerek yürütülmemesi, haczedilen taşınmazların satışı için gerekli icra işlemlerinin yapılmaması ve hacizlerin düşmesine sebebiyet verilmesi,¹¹² duruşma gününden haberi olmasına karşın herhangi bir özrü olmaksızın, müvekkiline de duruşmaya katılmayacağını bildirmeden, kendi yorumuna göre davanın reddolunacağı düşüncesiyle duruşmaya katılmayarak davanın müracaata kalmasına sebebiyet verilmesi,¹¹³ mazeret bildirmeksizin ve başka bir avukata yetki belgesi vermeksizin duruşmalara katılmaması,¹¹⁴ seçilen ya da atanan müdafinin savunma görevini yerine getirmemesi,¹¹⁵ Baro tarafından atanan müdafî olarak tüm oturumlara katılması gerekmesine rağmen Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaanın bildirildiği duruşma ile bu duruşmadan sonraki beş celseye mazeretsiz olarak katılmayıp yargılamanın uzamasına sebebiyet vermesi,¹¹⁶ müvekkilden masraf ve ücret alınmasına rağmen tutukluluğa itiraz dilekçesi dışında hiçbir hukuki yardımda bulunulmaması, kamu davasının takip edilmeyerek müvekkilinin mağduriyetine neden olunması,¹¹⁷ icra dosyalarının takip edilmeksizin işlem den kaldırılmasına neden olunması,¹¹⁸ tevkil yetkisi olmayan genel vekâletnameyi incelemeksizin başka bir avukata devredilmesi,¹¹⁹ müvekkilden vekaletname ve dosya masrafı alınmasına rağmen vekalet ilişkisine aykırı olarak açılması gereken davanın açıldığının söylenmesi ancak açılmaması, makul süre geçtikten sonra açılması,¹²⁰ müvekkillerinden masraf almasına rağmen dava açmamak,¹²¹ davayı takip etmek üzere aldığı vekaletnameyi vekalet ücreti aldığı halde dosyaya sunmaması ve duruşmaya mazeretsiz katılmayarak dosyanın işlem den kaldırılmasına, yasal süre içerisinde yenileme talebinde bulun-

¹¹⁰ Bknz: 4. CD 21.10.2009 T. E: 2008/3090 K: 16886

¹¹¹ Bknz: 4. CD 06.10.2009 T. E:2008/8209 K:15566

¹¹² Bknz: 5. CD 07.10.2013 T. E: 2012/11274 K: 9715

¹¹³ Bknz: 4. CD 28.11.2006 T. E: 2005/10493, K:16896

¹¹⁴ Bknz: 15. CD 20.11.2014 T. E: 2013/3196, K:19394

¹¹⁵ Bknz: 4. CD 17.01.2013 T. E: 2011/6395, K:744

¹¹⁶ Bknz: 5. CD 14.10.2015 T. E:2013/12021, K:15058

¹¹⁷ Bknz: 5. CD 01.10.2015 T. E: 2013/10926, K: 14691

¹¹⁸ Bknz: 4. CD 26.06.2006 T. E: 2005/7465, K:12992

¹¹⁹ Bknz: 4. CD 19.09.2006 T. E:2005/4419, K:14123

¹²⁰ Bknz: 5. CD 13.01.2014 T. E. 2012/13729,K:316

¹²¹ Bknz: 5. CD 26.11.2015T. E: 2013/13825, K:16686

mayarak da davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vermesi,¹²² görevi ihmal suçu olarak değerlendirilmiştir. İbranamenin mahkemeye sunulmaması nedeniyle müvekkil aleyhine sonuçlanmasına sebebiyet verilmesi suretiyle görevi ihmal suçunda, suç tarihi olarak ‘davanın aleyhe sonuçlandığı’ tarih esas alınmalıdır.¹²³

Bir olayda;

- Sanık Av. hakkında, C. Başsavcılığı’nın tarih,/.... Soruşturma ,/.... E. ve .../... İddianame No’su ile,Ağır Ceza Mahkemesi’nde “Görevi Kötüye Kullanma” suçundan dolayı TCK’nun 257/2 maddesine ¹²⁴ dayanılarak kamu davası açılmıştır.

- Bu iddianame “Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün ... tarih ve sayılı” ‘olur’ larına dayanılarak düzenlenmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün, bahsi geçen 19.01.2017 tarihli ‘olur’ yazılarında;

“Av.’nın;

..... Noterliğince düzenlenen tarihli ve yevmiye sayılı vekaletname uyarınca bir kısım hukuki işlemlerinin takip etmek üzere müştekinin vekillikini üstelendiği halde vekillik görevinin gereklerinin yerine getirmedeği,

Bu cümleden olarak;

Davacı müşteki vekili sıfatıyla yürüttüğü Asliye . Hukuk Mahkemesi’nin .../... Esasında kayden görülen ihtiyati tedbir talepli sözleşmenin feshi ve alacak davasında ... tarih ve sayı ile davanın kabulüne dair kararın davalı tarafça temyizden feragat edilerek kesinleşmesi ile tarihi ile taşınmaz üzerindeki ihtiyati tedbirin kaldırılmasına rağmen, tarihinde başlattığı aynı mahkemenin .../... Değişik. İş sayılı dosyası ile dava konusu taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz uygulanmasına ilişkin karara istinaden İcra Müdürlüğü’nün .../... icra dosyası üzerinden başlattığı taktipte vekillikten istifa ettiği, tarihine kadar gereğine tevessül etmeyerek

¹²² Bknz: 5. CD 2012/16008 E. 2014, K:3224

¹²³ Bknz: 4. CD 20.05.2009 T. E:2822, K:9662

¹²⁴ Her ne kadar düzenlenen iddianamede, sevk maddesi olarak “TCK.m.257/3” gösterilmişse de, bu madde 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun’un 105.maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.....

taşınmazın üçüncü kişiye davalı tarafça satılması nedeniyle müvekkili müştekinin alacağına tahsilini güçleştirdiği,

Soruşturma dosyası kapsamı ile Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildiriminden anlaşılmalı, savunmasının mevcut delillerle birlikte mercince değerlendirilip takdir olunmak üzere hakkında kovuşturma izni verilmesinin uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır.

Bu bakımdan; Barosu'nda kayıtlı Av. hakkında soruşturma yapılması gerekli görüldüğünden, iddianame düzenlenerek Ağır Ceza Mahkemesi'ne verilmek üzere soruşturmaya ait dosyanın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59/1-2 maddesi uyarınca o yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi düşünülmüştür."

denilmiştir.

- tarihli İDDİANAME'de;

"Av.'nın,

..... Noterliğince düzenlenen tarihli ve yevmiye sayılı vekaletname uyarınca bir kısım hukuki işlemlerinin takip etmek üzere müştekinin vekilliğini üstelendiği halde vekillik görevinin gereklerinin yerine getirmediği,

Bu cümleden olarak;

Davacı müşteki vekili sıfatıyla yürüttüğü AsliyeHukuk Mahkemesi'nin .../... Esasında kayden görülen ihtiyati tedbir talepli sözleşmenin feshi ve alacak davasında tarih ve sayı ile davanın kabulüne dair kararın davalı tarafça temyizden feragat edilerek kesinleşmesi ile tarihi ile taşınmaz üzerindeki ihtiyati tedbirin kaldırılmasına rağmen, tarihinde başlattığı aynı mahkemenin Değişik. İş sayılı dosyası ile dava konusu taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz uygulanmasına ilişkin karara istinaden İcra Müdürlüğü'nün .../... icra dosyası üzerinden başlattığı takipte vekillikten istifa ettiği, tarihine kadar gereğine tevessül etmeyerek taşınmazın üçüncü kişiye davalı tarafça satılması nedeniyle müvekkili müştekinin alacağına tahsilini güçleştirdiği"

iddia edilmiştir.

-Hakkında şikayette bulunulan sanık Av. ile şikayetçi arasında düzenlenmiş olan AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ'nin 1. maddesinde;

“Avukatın üzerine aldığı iş; iş sahibinin Şti. ile yapmış olduğu sözleşme gereği, ... ili Mah. ... caddesinde bulunan ... ada, ... parseldeki gayrimenkulün ... blok, ...kat ... Nolu bağımsız bölümün satışının iptali ile ilgili ihbar çekmek ve çekilecek ihtarı dayanak gösterip, sözleşmenin feshinden kaynaklı alacak davası açmak ve ayrıca savcılığa, şirket yetkilileri hakkında dolandırıcılıktan dava açmaktır.”

denilmiştir.

Av.; bu sözleşme uyarınca, şikayetçi tarafından kendisine Noterliğince düzenlenmiş olan tarihli GENEL VEKALET-NAME’ ye dayanarak;

a) DavalıŞT.’ ne tarihinde İHTARNAME göndermiş,

b) C. Başsavcılığı’na davalı ŞT. hakkında “dolandırıcılık” suçundan dolayı ŞİKAYETTE bulunmuş,

c) Davalı hakkında Asliye Hukuk Mahkemesi’nde *alacak davası* açmıştır.

.... .. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan bu “TAZMİNAT DAVASI” hakkında mahkemece tarihinde ‘ kabul’ kararı verilmiş ve kararın taraflarca temyiz edilmemesi üzerine bu karar kesinleşmiştir.

- Şikayetçi Baro Başkanlığı’na vermiş olduğu tarihli dilekçesinde;

“.....’ den bedelini ödeyerek satın aldığı dairenin kendisine teslim edilmeyerek tapunun başkasına devredilmesinden dolayı tarihinde Av. ile anlaşarak ‘adı geçen şirketten tapusunu alabilmesi veya ödediği paraların tarafına iadesinin sağlanması’ konusunda dava açmak üzere vekalet verdiği, dava devam ederken davalıya ait bir gayrimenkule ihtiyati tedbir konulduğunu ancak icra takibine başlayana kadar gayrimenkul üzerindeki ihtiyati tedbirin kalktığını, bu gayrimenkul üzerinde dava bitince ihtiyati tedbir koymuyarak alacağın tahsilini zorlaştırdığını vb.”

ileri sürmüştür.

- Hakkında şikayet edilen sanık Av.....; bu şikayet dilekçesinde ileri sürülen hususlar hakkında;

- ü Baro Başkanlığı'na,, tarihlerinde savunmasını bildirmiş,
- ü Baro Başkanlığı, tarihinde 'oybirliği' ile 'KOVUŞTURMA-YA MAHAL OLMADIĞINA' karar vermiştir.
- üC. Başsavcılığı, Baro Başkanlığı'nın vermiş olduğu bu karar hakkında '*yasaya uygun görülmele itiraz edilmeyeceğini*' tarihinde bildirmiş ve şikayetçi'nın de kendisine bildirilen bu karara itiraz etmemesi üzerine verilen karar kesinleşmiştir.
- ü Hakkında şikayette bulunulan sanık Av.....; C. Başsavcılığı'na muhtelif tarihlerde -örneğin;,,,, tarihlerinde yazılı savunmasını sunmuştur.
- ü Av.....'nın borçlu hakkında tarihinde ... İcra Müdürlüğü'nde icra takibinde bulunmuş ve yine aynı borçlu hakkında Asliye Hukuk Mahkemesi'nden ihtiyati haciz kararı almıştır.
- ü Şikayetçi tarihinde bir BELGE imzayalarak "*Avukatımı, adıma takip ettiği dava ve icra dosyalarının tüm işlemlerinin benim bilgim ve muvaffakatim doğrultusunda yapmış olduğundan kendisini tarafıma karşı olan tüm sorumluluklarımdan gayri kabilirücu ibra ederim*" demiştir.
- ü Hakkında şikayette bulunulan sanık Av.,Ağır Ceza Mahkemesi'ne (Dosya No:.....) gönderdiği tarihli "*görevinin gereklerine aykırı hareket etmediği, görevini ihmal etmediği*" konusundaki yazılı beyanlarını içeren dilekçesinde, şikayetçinin iddialarına ayrıntılı olarak cevap vermiştir.

v

- Hakkında şikayet edilen sanık Av. -yukarıda¹²⁵ belirttiğimiz gibi- şikayetçi ile yaptığı AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMESİ' nin

¹²⁵ Bknz: Yuk.s:20

1. maddesi¹²⁶ uyarınca, borçlu hakkında; a) İhtar¹²⁷ çekmiş, b) Alacak davası¹²⁸ açmış, c) Dolandırıcılık suçundan dolayı C. Savcılığı'na şikayette¹²⁹ bulunmuştur.

-Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı “alacak davasını” nı kazanan¹³⁰ sanık Av. mahkemenin lehine verdiği ilamın kesinleşmesi üzerine -görevinin sona erdiğini düşünerek- ayrıca bu ilamı borçlu hakkında icraya koymamıştır.

Türkiye “Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi” nin, ‘Avukatlık ücretinin kapsadığı işler’ üst başlıklı 2/(2).maddesindeki;

“Buna karşılık icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay..... duruşmaları ayrı ücreti gerektirir.”

hükmü nedeniyle -adı geçen “AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ”nin 1.maddesinde ayrıca müvekkili -şikâyetçiye karşı bir taahhüdü bulunmadığı için- kazandığı davada müvekkili lehine verilen ilamı icraya koymamıştır.

Bu nedenle, şikâyetçinin Baro Başkanlığı'na verdiği tarihli ‘şikâyet dilekçesi’ nde ileri sürdüğü “..... tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından konulan ihtiyati tedbirin tarihinde mahkeme tarafından kaldırıldığını bu süreçte avukatı’nın mahkeme kararını icraya koymayarak kendisine zarar verdiği.....” hususu varit olamaz. Dava konusu olayda; şikâyetçinin uğradığı zararlarla, açtığı davayı kazanmış ve mahkemece verilen kararın kesinleşmesi ile görevi sona ermiş olan sanığın “şikâyetçi-müvekkili lehine verilmiş olan ilamı icraya koymama” şeklindeki davranışı arasında bir ‘illiyet bağı’ bulunmamaktadır. Çünkü, Çünkü, müvekkili ile yaptığı “Avukatlık Sözleşmesi” ile görevi; ‘müvekkili adına davalı ŞT. hakkında alacak davası açmak’ olan sanık Av....., vekaleti alır almaz bu davayı açmış, normal süreçte davayı müvekkili-şikâyetçi lehine sonuçlandırılmış ve karşı tarafın temyizden feragati sonucunda

¹²⁶ Bknz: Yuk.s:20

¹²⁷ Bknz: Yuk.s:20

¹²⁸ Bknz: Yuk.s:20

¹²⁹ Bknz: Yuk.s:20

¹³⁰ Bknz: Yuk.s:20

aldığı bu ilam da kesinleşmiştir. Müvekkili ... lehine aldığı ilamın **kesinleşmesi** ile sanık Av.....'ın görevi **sona ermiştir**. Bu ilamın kesinleşmesinden sonra davalı ŞT. 'nin mahkemeye başvurup taşınmaz üzerindeki *ihtiyati tedbiri* kaldırtıp, başkasına devretmesinde (davacı-alacaklıdan kaçırmada) sanık Av.'a bir sorumluluk yüklenemez. Eğer şikayetçi, sanık Av. ile "*Avukatlık Sözleşmesi*" yaparken "Açılacak davanın kazanılması halinde avukatın görevinin sona ermeyip verilen vekaletin ilamın icrası safhasına da kapsayacağı yani ilamın *icrasının da Av. tarafından yerine getirileceği*" öngörülseydi o zaman, Av.'ın, müvekkili lehine verilen kararı karşı temyiz etse dahi -karşı taraf İİK.m.36'ya göre teminat yatırıp 'tehir icra kararı' verilmesini istemedikçe- hemen - kararın kesinleşmesini beklemeden- icraya koyması (ve taşınmaz üzerine ihtiyati haciz/haciz koydurması) gerekirdi. Bu durumda şikayetçi, *ihityati tedbir* kaldırılrsa dahi konulan ihtiyati haciz/haciz nedeniyle, taşınmazın davalıŞT. tarafından başkalarına devrinden **zarar görmezdi...**

Sanık Av.....'nın, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız "*avukatın özen yükümlülüğü*"¹³¹nün kapsamına girecek bir kusurlu davranışına rastlanmamıştır.

-Sanık Av....., yukarıda belirtilen AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ'nin 2.maddesi gereğince, şikayetçi-müvekkilindeki '*peşin olarak ödeneceği*' öngörülen ücretini dahi alamamış olmasına rağmen lehlerine verilen mahkeme kararından yaklaşık beş ay sonra, müvekkilinin davalı-borçlu hakkında '*icra takibinden*' bulunma teklifini kabul ederek borçlu hakkında -..... tarihinde- icra takibinde bulunmuş ve Asliye Hukuk Mahkemesi'nden '*ihityati haciz kararı*' almıştır.

"*Borçlu hakkında icra takibinde bulunma*" -TBB. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2/(2). maddesi uyarınca- sanık Av. bakımından '*ayrı bir iş*' dir. Sanık Av., müvekkilinin talebi doğrultusunda borçlu şirket hakkında icra takibinde bulunarak bu işte kendisine düşen görevini de yerine getirmiştir.

¹³¹ Bknz: Yuk.dipnot: 16-71

- Şikayetçi tarafından imzalanıp sanık Av.'ya verilmiş olan tarihli İBRANAME BELGESİ de, sanık avukatın aklanması için yeterli bir kanıttır.

Keza, Baro Başkanlığı'nın -09.07.2015 tarihinde oybirliği ile alıp hem şikayetçi ...'ya ve hem de ... C. Başsavcılığı'na tebliğ etmiş olduğu- 'KOVUŞTURMAYA MAHAL OLMADIĞI' na ilişkin karara her iki tarafça da on gün içinde itiraz edilmemesi üzerine tarihinde kesinleşmiş olması da sanık Av..... bakımında onun lehine kabul edilmesi gereken bir kanıttır.....