

"...

"1136 sayılı Yasanın 164. maddesinin son fıkrasının son cümlesinin "Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" kısmı ile aynı Yasanın 165. maddesinin "sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar." kısmının Anayasanın 2. maddesinde belirlenen hukuk devleti ilkesine ve 36 maddesinde belirlenen hak arama hürriyetine aykırı olduğu düşünülmektedir.

I- 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164. maddesinin son fıkra son cümlesinin "Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez" kısmının Anayasaya aykırılığı:

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Bir devletin hukuk devleti olabilmesi için sadece yasalarla yönetilmesi yetmez aynı zamanda yasaların adil olması da gerekir. Çıkarılan yasaların hakkaniyet ve adalet ölçüsü gözetilerek yapılması, hukuk güvenliğinin esas alınması aynı zamanda evrensel hukuk ilkelerine de uygun olması hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Avukatlık Kanunun 164. maddesinin son cümlesi bu nitelikleri taşımamaktadır. Yasanın uygulanması adalet duygularını örseleyen sonuçlar yaratmaktadır. Bu durum somut olarak da talihsiz bir olayda kendisini açıkça ortaya koymuştur. 09/01/2014 tarihinde Mersin Barosu avukatlarından ... bıçakla boynundan yaralanmış şüpheli ... olay sonrası tutuklanmıştır. Bu olay ulusal ve yerel basında aynen aşağıdaki şekilde yer almıştır. (www.tarsusonline.com)

OLAYA NEDEN OLAN İDDİA:

Mersin'in merkez Akdeniz ilçesine bağlı Huzurkent beldesinde 5 Nisan 2007 de meydana gelen kazada, 13 yaşındaki kızını kaybeden ... dava açtı. Mahkeme, 80.000,00 TL lik açılan maddi ve manevi tazminat davasında ölüme neden olan sürücünün 50.000,00 TL tazminat ödemesine karar verirken, 30.000,00 TL lik kısmını da reddetti. ..., sürücünün her hangi bir geliri ve mal varlığı olmadığı için hak ettiği 50.000,00 TL yi tahsil edemezken sürücünün avukatı 30.000,00 TL üzerinden vekalet ücreti olan 6.000,00 TL için ... ailesine icra takibi başlattı. Bunun sonucunda 2013'ün eylül ayında ... 900,00 TL olan maaşının 225,00 TL sine haciz konuldu. Maaşına haciz konan ... dün saat 15.00 sıralarında adliyeden çıkan avukat ... boğazından bıçakla yaralandı. Avukatın tedavisi devam ederken gözaltına alınan ... ifadesinde suçlamayı kabul etti ve tutuklandı.

Gazete haberine konu olan bu olay ilgili kanun maddesinin vicdanları kanatacak şekilde adaletsizliğe sebebiyet verdiğini somut olarak ortaya çıkarmaktadır. Esasen karşı vekalet ücretinin avukata ait olduğuna dair düzenlemenin tamamı hakkaniyete ve hukuk devleti ilkesine aykırı olmakla birlikte 164. maddenin son fıkrasının birinci tümcesi daha önce İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesince Anayasa Mahkemesinin iptali için götürülmüş Anayasa Mahkemesi 03/03/2004 tarihli karar ile Anayasaya aykırılık olmadığını tespit ettiğinden bu konu mahkememizce tekrar Anayasa Mahkemesi önüne getirilmeyerek sadece yaratılan adaletsizliğin nispeten giderilebilmesi için son cümleinin iptali için Anayasa Mahkemesine gidilmiştir.

Karşı vekalet ücreti, haklı olduğu ve kendisini mahkemeler önünde avukat tutarak savunmak zorunda bırakılan kişinin avukat tutarak yapmış olduğu masrafın, haksız olan karşı taraftan alınarak zararın giderilmesini hedeflemektedir. Bu yönüyle yargılama gideri olup haklı taraf lehine

hükmedilmekle birlikte Avukatlık Kanunun 164. maddesi gereği avukata ait olmaktadır. oysa alacağını doğrudan tahsil edenle, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle yargı organları aracılığıyla avukat tutarak tahsil eden arasında elde ettiği menfaat açısından her hangi bir fark olmamalıdır. karşı vekalet ücreti avukata ait olduğundan, yargı yoluyla alacağına kavuşan hiç kimse alacağının tamamını elde edememektedir. Örneğin 10.000,00 TL alacağı olan kişi karşı taraf borcunu ödemediği için avukat tutup dava açar ise bu tutarın bir kısmını zaten avukatıyla kendisi arasındaki sözleşme gereği avukatına ödeyecektir. 1.000,00 TL ücret konusunda anlaştıklarında eline 9.000,00 TL geçecektir. Mahkemece hükmedilen ve davalının ödemesi gereken karşı vekalet ücreti de avukata ait olacağından haklı davacı mutlaka zararda olacaktır. Yukarıda da bahsedildiği üzere 164. maddenin diğer kısımları yönünden Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur.

II- A.K 165. maddesinin “iş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.”

Anayasa aykırılığı:

Türk Borçlar Kanuna göre borç ilişkisinin 3 kaynağı bulunmaktadır. 1- Sözleşmeden doğan borç ilişkileri. 2- Haksız fiilden doğan borç ilişkileri. 3- Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri.

Davacı avukat ... ile davalı ... arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Davacı avukat Çorum Aile Mahkemesinde görülen davalarda eş ... temsil etmiştir. Davalı ... davacı avukattan hukuki yardım almadığı ve davacı avukat zararına kendisi yararına mal varlığında her hangi bir artış da olmadığı için sebepsiz zenginleştiği de söylenemeyecektir. Bu durumda borç doğuran iki ilişki yani sözleşme ve sebepsiz zenginleşme söz konusu değildir. Bu halde tartışılması gereken davalı haksız fiil sorumluluğun yani kusur sorumluluğunun olup olmadığı kusuru yoksa kusursuz sorumluluk doğuran bir hukuki ilişkinin var olup olmadığıdır.

Kusur sorumluluğu; zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanır. Kusur sorumluluğunun doğumu için uygun illiyet bağı ve zarar verici kusurlu davranış gerekmektedir. Kusur sorumluluğu zarar verenin ahlaki veya hukuki yönden kınanabilir bir davranışını gerektirir. Somut olay ele alındığında davalı ... HMK 313. maddeye dayalı olarak taraf olduğu davada hasmı ile sulh olması ahlaken veya hukuki yönden kınanabilir bir davranış değildir.

Avukatlık Kanununun 165. maddesinin kusursuz sorumluluğun kabulünü haklı kılan ilkelere uygun olduğu savunulabilir mi?

Kusursuz sorumluluğun gerçekleşmesi için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisi yeterlidir. Ayrıca kusurlu olmak gerekmemektedir. Burada sorumluluk, kusur yerine Kanunun öngördüğü belli bir olguya dayandırılmıştır. Sorumluluğun bağlandığı olgulara; gözetim veya özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işletme veya nesneye sahip olmak gösterilebilir. Kusursuz sorumluluğun temelinde kusur olmasa dahi sorumlu tutulan kişiyle zarar neden olan oldu arasında illiyet bağı vardır. Örneğin tehlikeli faaliyet gösteren bir işletmeye sahip olmak, hakimiyetinde bulunan bir şeye (bina, insan, hayvan) sahip olanların salt sahiplikten ya da bakım ve gözetim imkanını kullanmamasından kaynaklı sorumluluğu gibi. Kusursuz sorumlulukta bile kişinin sorumlu tutulabilmesini haklı gösterir akli bir bağı, mantıksal bir çıkarım gerekmektedir. Sebepsiz yere kimse sorumlu tutulamaz bu nedenle kusursuz sorumluluğu düzenleyen yasanın adalete, mantığa

ve akla uygun olması gerekir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağına dair temel hukuk ilkesinin altında yatan gerekçe de budur. Hukukçu adalete, hakkaniyete ve akla uygun oldukları varsayımından hareketle kişi kanunu bilmesede dahi davranışının hukuk düzeninde karşılığının olması gerektiğini sağ duyuyla tahmin edebilmelidir. Bu ise kanunların adil ve mantıklı olması ile mümkündür.

Avukatlık Kanunu 165. maddenin getirdiği sorumluluğu yani hasmı ile sulh olan kişinin hasmının avukatı ile hasmı arasındaki sözleşmeye göre ödenecek ücreti ödemek zorunda kalacağını tahmin etmesi mümkün değildir. Hüküm bu haliyle hukuk güvenliğini de ortadan kaldırmaktadır.

Kamu hizmeti gören avukatın ücret alacağının korunması amacıyla kanun koyucunun bireylerin haklarını avukat lehine kısıtlayabileceği görüşü savunulabilecek midir?

Hukuku bilen ve çıkarlarını hukukçu olmayan bireylere göre daha güvenli koruyup savunabilecek avukatın kendisi tarafından düzenlenen ve tarafı olduğu vekalet sözleşmesine rağmen, sözleşmenin tarafı olmayan bireye karşı ücret alacağı dolayısıyla korunması kabul edilemez. Değerlendirilmesi gereken husus feda edilen yarar ile korunan yarar arasındaki dengedir. Sözleşmede taraf olan avukat kendi menfaatlerini sözleşme yapılırken koruyabilme olanağına sahip olup sözleşmede taraf olmayan kişi yerine, bu sözleşmeye adi yazılı şekilde düzenlenmesi nedeniyle her hangi bir zamanda düzenlenip geçmiş tarih atılmak suretiyle zararlandırılabilme olasılığı da var iken avukatın korunması hukuk güvenliğini ortadan kaldırmakta ve adalet ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yasa koyucunun tercihi hukuk güvenliğinden ve adaletten yana olmalıdır.

Tarafların davacısı yada davalı olduğu bir davada, davayı sulh ile sonuçlandırmaları birçok noktada faydalıdır. Her şeyden önce dava açılmakla bozulan toplumsal barış sulh ile yeniden tesis edilmektedir. Bunun yanında yıllarca sürecekt davalar bir an önce sonuçlanmakta taraflar bir an önce hak ve alacaklarına kavuşmakta ve mahkemelerdeki iş yükü azalmaktadır. Bu kadar önemli bir müessesenin gerçekleşmesi önüne avukat ücretinin tamamından sözleşme tarafı olmayan kişinin dahi sorumlu tutulması gibi bir engelin konulması da Anayasanın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesine de aykırıdır.

III- NETİCE VE TALEP:

Yukarıda arz olunan sebep ve gerekçelerle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 164. maddesinin son fıkrasının son cümlesinin ve 165. maddesinin 1982 Anayasasının 2. ve 36. maddelerine aykırılığının tespiti ve iptali arz ve talep olunur.”

"