

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVUKATIN MALPRAKTİS SORUMLULUĞU

ONUR BOZ

ARALIK 2011

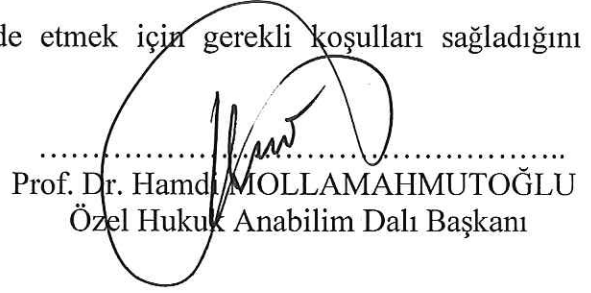
Tez Başlığı : **Avukatın Malpraktis Sorumluluğu**

Tezi Hazırlayan : **Onur BOZ**

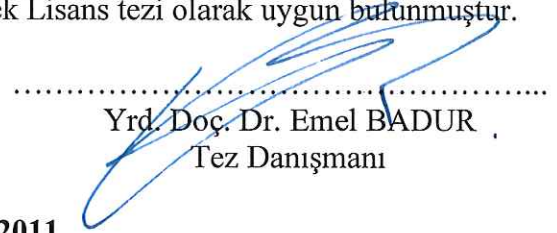
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı :


Prof. Dr. Taner ALTINOK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.


Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımca incelenmiş olup, Yüksek Lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.


Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR
Tez Danışmanı

Tez Sınavı Tarihi : **2 Eylül 2011**

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK (Ankara Üniversitesi)

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi)

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçlarımı andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Onur BOZ

İmzası :

Tarih

: 1 Temmuz 2011

ÖZET

AVUKATIN MALPRAKTİS SORUMLULUĞU

BOZ, Onur

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Temmuz 2011, 134 sayfa

Bu çalışmada, yargının bir parçası olarak, müvekkiline hukuki yardımda bulunmak ve onu temsilen hukuki işlem yapma yetkisine sahip olan avukatın, mesleki ve hukuk kurallarına uymayarak müvekkiline maddi veya manevi zarar getirmesi ve bunun sonuçları üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ilk bölümünde, avukatlık mesleğinin özellikleri, vekalet sözleşmesi, avukatlık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki farklar ve avukatın sorumlulukları anlatılacaktır.

Çalışmanın ikinci kısmında ise, malpraktis kavramı, avukatın özen yükümlülüğü ve avukatın malpraktisine bağlanan sonuçlar ve Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası incelenecektir.

Anahtar Kelimeler : Avukat, Avukatlık Sözleşmesi, Avukatın Sorumluluğu, Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası

ABSTRACT

LEGAL MALPRACTICE LIABILITY

BOZ, Onur

Graduate School of Social Sciences, Department of Private Law

Thesis Supervisor : Assistant Prof. Dr. Emel BADUR

July 2011, 134 pages

This study examines legal malpractice and the results of material and moral damage brought by a lawyer, who is to provide legal assistance to the client and represent the client in accordance with the rules of professional conduct and the law.

In the first part of this study, the characteristics of the legal profession, proxy agreement, the difference between the proxy agreement and the power of attorney agreement and the responsibilities of attorney shall be examined.

In the second part of this study, the concepts of malpractice and negligence, the liability of the attorney and the results of breach of duty, also the Legal Malpractice Insurance shall be analysed.

Keywords : Lawyer, Attorney, Power of Attorney Agreement, Duty of the Attorney, Breach of Duty, Legal Malpractice, Negligence, Legal Malpractice Insurance

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XI

GİRİŞ.....	1
------------	---

BÖLÜM I

1. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ VE AVUKATIN SORUMLULUĞU.....	3
1.1. AVUKATLIK TANIMI.....	3
1.2. AVUKAT OLABİLMENİN ŞARTLARI.....	5
1.2.1. Avukatlığa Kabul İçin Aranan Şartlar.....	5
1.2.1.1. Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak.....	6
1.2.1.2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak.....	7
1.2.1.3. Avukatlık Stajı.....	7
1.2.1.4. Avukatlık Sınavı.....	7
1.2.1.5. Baroya Kayıtlı Olmak.....	8
1.2.2. Avukatlıkla Bağdaşmayan Özellikler.....	9
1.3. AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ.....	12
1.3.1. Kamu Hizmeti Niteliği.....	12
1.3.2. Serbest Meslek Niteliği.....	13
1.3.3. Bağımsızlık Niteliği.....	14
1.3.4. Tekelci Niteliği.....	15
1.3.4.1. Tekel Hakkının Kapsamı.....	17

1.3.4.2. Zorunlu Sözleşmeli Avukat.....	18
1.3.4.3. Tekel Hakkının Ayrık Durumları.....	18
1.3.4.4. Arabuluculuk Tasarısı.....	21
1.4. VEKALET SÖZLEŞMESİ.....	23
1.4.1. Temsil Yetkisi Tanımı.....	23
1.4.2. Vekalet Sözleşmesinin Tanımı.....	24
1.4.3. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları.....	25
1.4.3.1. Bir İşin Görülmesi veya Bir Hizmetin Yerine Getirilmesi.....	25
1.4.3.2. İşin Müvekkilin Çıkarına ve İradesine Uygun Olarak Yapılması.....	26
1.4.3.3. İşin Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın ve Sonucun Elde Edilmemesi Rizikosu Taşımaksızın Belli Bir Yönde Yapılması.....	27
1.4.3.4. Başkalarına Ait İşin Görülmesi İçin Şekle Bağlı Olması Gerekmeyen Bir Sözleşme ile Borç Altına Girilmesi.....	27
1.4.4. Vekalet Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması.....	28
1.4.4.1. Hizmet Sözleşmesi.....	28
1.4.4.2. Eser Sözleşmesi.....	30
1.5. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ.....	31
1.5.1. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	32
1.5.2 Avukatlık Sözleşmesinin Tarafları.....	34
1.5.2.1. Avukat.....	34
1.5.2.2. İş Sahibi.....	35
1.5.3. Avukatlık Sözleşmesinin Kurulması.....	36
1.5.4. Avukatlık Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesinin Karşılaştırılması.....	37
1.5.4.1. Ücret Açısından.....	38
1.5.4.2. Her İki Sözleşmenin Şekilleri Açısından.....	39
1.5.4.3. Tarafların Sıfatları Açısından.....	40
1.5.4.4. Tarafların Yükümlülükleri Açısından.....	40
1.5.4.5. İşe Son Verme ve İşten Çekilme Yönünden.....	41
1.5.4.6 Tazminat İsteklerinde Zamanaşımı Süreleri Bakımından Farklılık...	42
1.6. AVUKATIN MÜVEKKİLE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	42
1.6.1. Özen Yükümlülüğü.....	43
1.6.2. Müvekkil ile Şeffaf Hukuki İlişki Kurma Yükümlülüğü.....	52

1.6.3. Amaca En Uygun ve En Güvenli Yolu Seçme ve Yürütme Yükümlülüğü.....	55
1.6.4. Müvekkili Aydınlatma Yükümlülüğü.....	57
1.6.5. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	58
1.6.5.1. Avukatlık Sırrı Kavramı.....	60
1.6.5.2. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kurtulması.....	62
1.6.5.2.1. İş Sahibinin Onay Vermesi.....	62
1.6.5.2.2. Haklı Bir Çıkarın Bulunması.....	63
1.6.6. Aynı Uyuşmazlıkta Çıkarları Çatışanları Temsilden Kaçınma Yükümlülüğü.....	64
1.6.7. Taraf Değiştirmekten Kaçınma Yükümlülüğü.....	65
1.6.8. Dosya Tutma ve Saklama Yükümlülüğü.....	66
1.6.9. İşin Sonuna Kadar Takip Etme Yükümlülüğü.....	66
1.6.10. Edimi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	67

BÖLÜM II

2. HUKUKİ MALPRAKTİS.....	69
2.1. MALPRAKTİS KAVRAMI.....	69
2.1.1. Malpraktis Tanımı.....	69
2.1.2. Özen Borcunun İhlali.....	71
2.2. KUSUR SORUMLULUĞU.....	77
2.2.1. Kusur.....	77
2.2.1.1. Kast.....	78
2.2.1.2. İhmal.....	79
2.2.1.3. Kusuru Ortadan Kaldıran Haller.....	81
2.2.2. Haksız Fiilden Kaynaklan Kusur Sorumluluğu.....	81
2.2.3. Sözleşmeden Kaynaklanan Kusur Sorumluluğu.....	83
2.3. HUKUKİ MALPRAKTİSİN UNSURLARI.....	85
2.3.1. Avukatın Kusuru.....	85
2.3.2. Müvekkilin Zarara Uğraması.....	93
2.3.2.1. Maddi Zarar.....	94
2.3.2.2. Manevi Zarar.....	95
2.3.3. Zarar ile Malpraktis Arasındaki İlliyet Bağı.....	96

2.3.3.1 İspat.....	97
2.3.3.2 İlliyet Bağının Kesilmesi.....	98
2.4. HUKUKİ MALPRAKTİSİN SONUÇLARI.....	99
2.4.1. Tazminat Sorumluluğu.....	99
2.4.1.1 Meydana Gelen Maddi Zarar Miktarı ve Tazminat Yükümlülüğünün Kapsamı.....	99
2.4.1.2 Avukatların Birden Fazla Olması Durumunda Sorumluluk.....	101
2.4.1.3. Tüzel Kişiliği Olan Avukatlık Ortaklığında Sorumluluk.....	102
2.4.1.4. Avukatın Müvekkiline Karşı Sahip Olduğu İtiraz ve Defiler.....	104
2.4.1.4.1. Müvekkille Birlikte Kusurluluk.....	105
2.4.1.4.2. Avukatın Üçüncü Kişiyle Birlikte Kusuru.....	107
2.4.1.4.3. Ücret Alacağıının Tazminat Borcundan İndirilmesi.....	108
2.4.1.4.4. Zamanaşımı.....	108
2.4.1.5. Sorumsuzluk Anlaşması.....	110
2.4.2. Disiplin Sorumluluğu.....	113
2.4.3. Cezai Sorumluluk.....	116
2.5. AVUKATLIK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI.....	116
2.5.1 Genel Olarak Sorumluluk Sigortaları.....	116
2.5.2 Sorumluluk Sigortasının Özellikleri.....	118
2.5.3. Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortasının Kapsamı.....	121
2.5.4. Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamı Dışında Kalan Haller..	124
2.5.5. Avukatlık Ortaklığında Mesleki Sorumluluk Sigortası.....	127
SONUÇ.....	129
KAYNAKÇA.....	131
EK (ÖZGEÇMİŞ).....	134

KISALTMALAR

age.	Adı geçen eser
agm.	Adı geçen makale
ABD	Ankara Barosu Dergisi
Av.K.	Avukatlık Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
s.	sayfa
S.	Sayı
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK	Türk Ceza Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yrg.	Yargıtay
Y.İ.B.K	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

İnsanların birlikte yaşamaya başlamalarıyla ortaya çıkan kavga ve çatışma ortamının sona ermesi, toplumsal ilişkilerin belirli hukuk normlarıyla düzen içinde sürdürülebilmesi, çağdaş toplumun en belirgin özelliğidir. İlkel toplum anlayışından günümüz uygar toplum yaşamına geçiş, binlerce yıla dayalı bir süreç olup, bu süreçte düşünsel yapıya sahip olan insanoğlu, her dönemde daha iyiye ve gelişmeye dönük bir arayış içinde olmuş ve her dönemde farklı bir hukuk anlayışını yaşama geçirmiştir.

Bu hukuk anlayışları her ne kadar sürekli bir değişim içinde olmuş olsa da kişilerin, hukuki süreçleri takip edecek ve sürekli değişim içinde olan hukuk konusunda bilgi verebilecek profesyonellere ihtiyacı değişmemiştir. Hukukun değişim içinde olmasının yanı sıra, sürekli alanının da genişlemesi, insanların gerek yargı ve idare mercileri önünde, gerekse diğer kişilerle olan ilişkilerinin hukuki boyutunun düzenlenmesi konularında vekillere, modern anlamda avukatlara ihtiyaç duyulmuştur.

Avukatlar, bir yandan bireylerin hukuksal sorunlarının çözümlenmesinde görev almakta ve onu savunmakta, bireysel anlamdaki bu görevlerinin yanı sıra diğer yandan da yargının kurucu ögesi olarak bağımsız savunma makamının temsilcileri olarak ülkede hukuk kurallarının herkese, eşit ve adil bir şekilde uygulanmasını gerçekleştirmekle, bu düşüncenin toplumun her kesimindeki insanlarda yer etmesini sağlamakla çok önemli bir kamu hizmeti yapmaktadırlar.

Avukatlar, üzerlerine aldıkları işleri ya da yasalarda öngörülen kurallar ve avukatlık sözleşmesi koşullarına göre özenle ve sonuna kadar yürütmekle yükümlüdürler. Temsil ettikleri veya hukuki danışmanlık verdikleri kişilerin

sorumluluklarını taşıyan avukatın, kendisinden kaynaklanan bir nedenden ötürü verdiği zararlardan dolayı sorumluluğunun gündeme gelmesi doğaldır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, Avukatlık tanımı ve avukatlık mesleğinin niteliklerinin yanı sıra, vekalet sözleşmesi ve avukatlık sözleşmesi de ayrıntılı olarak kıyaslanacak ve farkları ortaya koyulacaktır.

İkinci bölümde ise, malpraktis kavramı üzerinde yoğunlaşılacak ve hukuki malpraktisin hangi durumlarda meydana geldiği, hangi durumlarda avukatın meydana gelen sonuçtan dolayı tazminat yükümlüğünün doğacağı ve malpraktisten doğan zararın giderilmesi için öngörölmüş olan Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası konusu incelenecektir.

Bu çalışmada, Eski Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında vekalet sözleşmesi hükümleri açısından hiçbir değişiklik yapılmamış olmasından ötürü, 11.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu temel alınmıştır.

BÖLÜM I

1. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ ve AVUKATIN SORUMLULUĞU

1.1. AVUKATLIK TANIMI

Adalet ve yargılama kavramlarının ortaya çıktığı günden bu yana var olan avukatlık mesleği, gerçek ve tüzel kişilere hukuki ihtilaflarda dava açılması, takip yapılması, danışmanlık hizmeti sağlanması ve hukuki bilgi ve tecrübesiyle kişilere hukuki yardım veren mesleği ifade etmektedir. Avukat, ortaya çıkan bir hukuki konunun taraflarına danışmanlık ile yardımcı olabileceği gibi tarafı temsilen bir başkasına dava açmak suretiyle tüm yargılama saflarında hukuki bilgi ve danışmanlık da sunabilmektedir.

Avukatlık Kanunu bakımından herhangi bir tanımı yapılmamış olan avukatlık mesleği, kanunların verdiği yetkiler dahilinde, kişileri kamu kurum ve kuruluşları önünde temsil etmek, kişilerin yargısal işlerini takip etmek, onlar adına işlem yapabilmek yetkileriyle donatılmış bir meslektir.

Avrupa Konseyi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 nolu Tavsiye Kararı uyarınca avukat, ulusal mevzuata uygun olarak dava açmaya, müvekkili namına hareket etmeye, hukukun uygulanmasına, müvekkili adına mahkemeye çıkmaya veya ona danışmanlık yapmaya ve onu temsil etmeye ehil ve yetkili olan, meslek örgütüne yani baroya kayıtlı kişidir¹.

¹ Güner, Semih; Avukatlık Hukuku, Ankara 2006, s. 84.

Bir başka tanım uyarınca avukat, yargısal ve idari her çeşit dava ve takiplerde başkalarına sözlü ve yazılı hukuki yardım yapmayı ve onları temsilen mahkemelerle, yargılama yetkisine sahip merciler önünde takip ve müdafaalarda bulunmayı kendisine meslek olarak kabul eden ve hizmetine karşılık bir ücret almaya yetkili kılınmış kimselerdir².

Suç işlediği sanılan kişinin, ona yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ya da fiilin hukuka aykırı olmadığını, olsa da cezasızlık veya indirim sebeplerinin bulunduğunu yetkili organlar önünde ileri sürmek³ şeklinde tanımlanabilecek savunma faaliyetlerini yasalara göre üstlenen ve soruşturmayı yürüten resmi organlar önünde bunu gerçekleştiren, işi sebebiyle bazı nitelikleri bulunan sanığın yardımcısına, ceza hukuku anlamında müdafii denmektedir. Müdafilik münhasıran avukatlar tarafından yürütülebilecek bir görevdir.

Bir başka tanıma göre avukat, serbest olarak meslek icra eden ve her türden yasal işlemlerin düzenlenmesiyle, hukuki sorun ve mevcut uyuşmazlıkların giderilmesinde taraflara yardım eden ve bilgi ve tecrübelerini bu yolda kullanan kamu görevlisidir⁴. Avukat hak arayan, barış sağlayan, bireysel ve toplumsal sonuçların içinde yüreğiyle ve beyniyle yaşayan, yorulan ve çözüm üretmeye çalışan insan olarak belirlenmektedir⁵.

Avukat, her türlü yasal sorun ve uyuşmazlıkların, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve genellikle mevzuatın tam olarak uygulanması hususunda, yargı organları ve hakemlerle resmi ve özel kurumlara yardım etmek amaçlarıyla hukuki bilgi ve tecrübelerin adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis

² Akyazan, Sıtkı; Avukatlık Ücretine Dair İncelemeler, Adalet Dergisi 1999, S.1, s.15.

³ Öztürk, Bahri; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, s. 257.

⁴ Uçar, Salter; Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998, s. 6.

⁵ Erdem, Necati; Avukatlar Forumu; İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001; s. 2.

edilmesi suretiyle kamu hizmetinin görülmesidir⁶. Yargının üç temel fonksiyonundan biri olarak avukat, adil karar verilebilmesini sağlayabilmek adına tüzel kişiliği olan kamu kurumu niteliğindeki baroların denetim ve gözetimi altında kamu hizmeti gören⁷ kişidir.

1924 tarihli 460 Sayılı Muhamat Yasası m.1 uyarınca “*Bilumum hukuki meselelerde başvuranlara sözlü veya yazılı görüş bildiren, dilekçe veren, her nevi evrakı düzenleyip mahkemelerde hakemler ve tüm daire ve meclisler huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hukuku vekaleten takip ve dava ve savunmayı meslek edinen kimselere*” avukat denmekteydi. 27.06.1938 tarihli 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca açık bir avukatlık tanımı yapılmamış olsa da, 1., 22. ve 23. maddelerinden çıkan tanıma göre avukat, yasal iş ve konularda görüş bildirmek ve mahkeme ve hakem veya yargılama yetkisini taşıyan diğer merciler önünde gerçek ve tüzel kişilere ait konuları dava etmek veya savunmak ve bu konularda belge düzenleyip yargısal işlemleri ve resmi dairelerdeki çekişmeli ve uyuşmazlık konusu işlemleri takip etmek yetkisini taşıyan, hukuki bilgi ve tecrübesini adalet hizmetine tahsis edip, tarafların hukuki veya karşılıklı çıkarlarından doğan uyuşmazlıkların hakka uygun olarak giderilmesine aracı olan ve genellikle mahkemelerde ve diğer resmi mercilerde yasanın tam uygulanması konusunda yardımcı olan ve yine bu yasanın 1. maddesinde öngörülen koşulları taşıyan kimsedir⁸.

Yukarıda da değinildiği üzere, 19.03.1969 tarihli 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nda da doğrudan ve açık bir avukatlık tanımı yapılmamıştır. Fakat kanunun tümünden çıkarılabilen bir tanım uyarınca avukat, hukuki işlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki konu ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurum ve kuruluşlara yardımcı olan bilgi

⁶ Deliduman, Seyithan; Medeni Yargıda Avukatlık; Atatürk Üniversitesi Erzincan Fakültesi Dergisi Cilt VII, s. 2.

⁷ Mermut, Serdar; Uluslararası Ceza Yargılaması Hukukunda Avukatların Serbest Dolaşımı; İBD; 2003; s. 1, s. 101.

⁸ Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1991.

ve deneyimlerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eden kişi şeklinde tanımlanan bir serbest meslektir⁹.

1.2. AVUKAT OLABİLMENİN ŞARTLARI

Avukatlık yapabilmek için öncelikle Avukatlık Kanunu'nun ikinci kısmında düzenlenen Avukatlık Mesleği'ne Kabul Koşullarını taşımak gerekir. Bu koşulların bir kısmı avukatta olması gereken koşullar, yani olumlu koşullar; diğer kısmı ise avukatta olmaması gereken koşullar, yani olumsuz koşullardır.

1.2.1. Avukatlığa Kabul için Aranılan Şartlar

Olumlu koşullar olarak adlandırılan bu koşullar, Avukatlık Kanunu 3. ve 4. maddelerinde düzenlenmiş olup, mesleğe kabul için avukatta olması gereken koşullardır.

1.2.1.1. Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak

Avukatlık Kanunu uyarınca avukat olabilecek kişilerin sahip olması gereken nitelikler açısından bir sınırlandırma getirilmiş ve avukat kişilerin T.C. vatandaşı olma zorunluluğu konulmuştur. Buna göre, avukatlık yapacak kimselerin mutlaka Türk Vatandaşı olması, birden fazla vatandaşlık durumlarında ise, bu vatandaşlıklardan en az birinin Türk Vatandaşlığı olması gerekmektedir.

Son zamanlarda tartışma konusu olan yabancı avukatlık bürolarının ve bu bürolar nezdinde çalışan yabancıların, avukatlık tekeli içinde yer alan ve münhasıran avukat tarafından yapılabilen danışmanlık hizmeti gördükleri bilinmektedir. Yabancı avukatların Türkiye sınırları içerisinde avukatlık hizmeti verebilmeleri sadece

⁹ Güner, age, s. 85.

yabancı kaynaklı ve milletlerarası hukuka ilişkin olarak kısıtlanmıştır¹⁰. Yani bu kişiler, bu alanla kısıtlı olarak çalışabilecekler ve hiçbir şekilde baroya kayıtlı bir avukat olarak değerlendirilemeyeceklerdir.

Bu kişilerin vermiş oldukları danışmanlık hizmetinden kaynaklanan ve iş sahibine karşı olan hukuki sorumlulukları, avukatlık sözleşmesi açısından sözleşmesel bir sorumluluk olmayacaktır. Nitekim söz konusu taraflar arasındaki ilişki vekaletle dayanan bir sözleşme değildir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda meydana gelen maddi zarardan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olacaktır. Bu konu ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.2.1.2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Avukatlık Kanunu m. 3 uyarınca öngörülen bu koşulla, kişinin Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmaması durumunda, Türk hukuk fakültelerinin müfredatına göre, eksik kalan derslerin sınavlarına girilmesi ve başarılı olunması şartı getirilmiştir. Buna göre, yurtdışında bir hukuk fakültesinden mezun olan kişinin, bu mezuniyetinin ve diplomasının geçerliliğinin Yüksek Öğretim Kurumu tarafından onaylanması ve bunun akabinde de, Türkiye’de avukat olarak faaliyet yapması için gerekli olan fakat yurtdışındaki eğitimi sırasında almamış olduğu dersleri vermesi gerekecektir¹¹.

¹⁰ TBB Disiplin Kurulu, 2006/183 E, 2006/277 K sayılı, 28.07.2006 tarihli kararı.

¹¹ Danıştay 8. Daire, 2000/166 E, 2001/1783 K sayılı, 18.04.2001 tarihli kararı uyarınca yabancı hukuk fakültelerinden mezun olanların Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak koşulunu içeren bu hükmün amacının, fakülteler arasındaki denklikten öte bir eğitim birliği olduğu ve farklı müfredat uygulanan fakültelerde ise bu eğitim birliğinin sağlanmadığının açık olduğu, Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Tüzüğü’nün 19. maddesindeki, söz konusu üniversitenin diplomaları Kazakistan ve Türkiye’de aynı alan ve seviyede öğretim yapan yüksek öğretim kurumlarının diplomalarına ve bunların milletlerarası geçerliliğine eş değerde olup aynı haklara sağlar şeklindeki hükmün yalnızca ilgilinin hukuk fakültesi mezunu bir hukukçu sayılacağı anlamını taşıdığı, aksi yorumun Avukatlık Kanunu 3. maddesinde belirtilen şartların ihlali sayılacağına karar verilmiştir.

1.2.1.3. Avukatlık Stajı

Hukuk fakültesi derslerinden başarılı bir şekilde mezun olan kişiler, ilk altı ayı mahkemelerde, ikinci ayı da en az beş sene tecrübeli ve baroya kayıtlı bir avukat yanında olmak üzere toplam bir sene staj yapmak durumundadırlar. Bunun yanında, stajyer avukatlar, stajyer avukat siciline kayıtlı oldukları baroların stajyer eğitim merkezlerinde devam eden ve avukatlık mesleğine yönelik teorik ve pratik bir takım eğitimlerden de geçmektedirler. Stajın sonunda yapılan sözlü mülakatın başarılı olması halinde avukatlık ruhsatına başvurma hakkı kazanan stajyer avukatlar, avukatlık yemini ve baroya kaydolmanın ardından avukat olarak çalışmaya hak kazanmaktadırlar. Stajyer avukatın mesleki sorumluluğuna ileriki bölümlerde değinilecektir.

1.2.1.4. Avukatlık Sınavı

4667 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, avukatlık mesleğine başlamadan önce, avukatlık stajında sonra yapılacak olan avukatlık sınavını başarıyla vermiş olmak koşulu düzenlenmiş, fakat bu koşul 5558 Sayılı Kanun ile 2006 senesinde hiç uygulanmadan kaldırılmıştır. Avukatlık sınavının amacı, avukat adaylarının meslek kurallarına ilişkin bilgilerinin, hukuk öğrenimi ve avukatlık stajı süresince öğrendikleri hukuk ilkelerini ve yürürlükteki mevzuatı somut olaylara uygulayabilme yeterliliğini değerlendirmektir.

İleride de daha detaylı inceleyeceğimiz gibi, avukatlık tamamen bilgi ve tecrübeye dayanan ve başkaca herhangi bir sermayenin söz konusu olmadığı bir meslektir. Avukatın, işini gereğince yapabilmesi ve gerek müvekkiline gerekse topluma zarar vermemesi için avukatın sahip olması gereken hukuki ve mesleki bilgilere sahip olması gerekmektedir. Güner'e göre böylesine önemli ve üst düzeyde hukuki bilgi birikimi gerektiren bir mesleğe kabul koşulu olarak bir avukatlık sınavının bulunması gerekmektedir¹². Bu sınavın uygulanması durumunda, avukatın

¹² Güner, age, s.157.

mesleki bir hata yaptığı durumlarda söz konusu olan ve zarar gören tarafından yöneltilen maddi tazminat taleplerinin sayısında düşüş yaşanacağı, mesleki kalitenin ve dolayısıyla mesleğin itibarının artacağı tartışmasızdır.

1.2.1.5. Baroya Kayıtlı Olmak

Avukatlık mesleğinin yürütülmesi için gerekli olan bir başka nitelik ise Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki bir baroya kayıtlı olmaktır. Avukatlar kuşkusuz diğer baro bölgelerinde de müvekkillerini temsilen işlem yapabilecek fakat bu durum süreklilik arz etmeyecek şekilde olması gerekecektir.

Avukatlık Kanunu m. 77 uyarınca, il merkezleri baro bölgesi olarak kabul edilmekte ve bölgesi içinde en az otuz avukat bulunması halinde her il merkezinde baro kurulacağı öngörülmektedir. Baro kurulamayan yerlerin en yakın baroya bağlanmasına veya bunların birleştirilerek bir baro kurulmasına ve merkezlerinin belirlenmesine Türkiye Barolar Birliği karar vermektedir.

Avukatlık Kanunu m. 3 uyarınca, her avukatın levhasına yazılmak istediği baro bölgesinde ikametgahı bulunmak zorundadır. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları nezdinde hukuk müşaviri sıfatıyla istihdam edilen avukatların baroya kayıtlı olma şartı olmamakta ve bu kurala bir istisna teşkil etmektedir.

1.2.2. Avukatlıkla Bağdaşmayan Özellikler

Bazı olumsuz özellikleri taşımakta olan kişilerin avukatlık yapması kanunen yasaklanmıştır. Taksirli suçlar hariç olmakla beraber, kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak

ve hileli iflas gibi yüz kızartıcı suçlar olarak kabul edilen suçlar ile, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarında biri ile hüküm giyenler, yukarıda belirtmiş olduğumuz olumlu şartların tümünü de taşısa avukatlığa kabul olunmayacak, bu suçların mesleğe kabul olunduktan daha sonraki bir tarihte işlenmeleri halinde ise, Disiplin Kurulu kararı ile avukatlıktan yasaklanacaklardır. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu bir kararında, kesinleşmiş bir kararla yüz kızartıcı suçtan dolayı hüküm giyen ve bu nedenle adının baro levhasından silinmesine karar verilen bir avukatın, bu konudaki Yönetim Kurulu kararının kesinleşme süreci içinde mesleki faaliyetlerine devam etmesini avukatlık mesleğinin dayandığı kolektif inancı olumsuz yönde etkileyebileceğinden ve böyle bir durumun toplumun mesleğe olan güvenini sarsabileceğinden ötürü, baro disiplin kurulunun vermiş olduğu geçici işten yasaklama kararının kanuna aykırı olmadığına karar vermiştir¹³.

Avukatlık Kanunu m. 5 uyarınca, kesinleşmiş disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliklerini kaybedenlerin mesleğe kabul talepleri reddedilecektir. Bu maddenin uygulanabilmesi için, hakim savcı ve avukat olma niteliklerinin ortadan kalkmasına sebebiyet veren bir yargılamanın varlığı yeterli olmayacak ve kararın kesinleşmiş olması gerekecektir¹⁴.

Yine Avukatlık Kanunu m. 5 uyarınca, avukatlık mesleğine yakışmayacak davranışlarda bulunanların avukatlık yapması yasaklanmıştır. Son derece muğlak olan avukatlık mesleğine yakışmayacak davranışlar, kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları çerçevesinde belirlenmektedir.

Ayrıca Avukatlık Kanunu ile avukatlık yapmakta olan kişinin avukatlık dışında uğraşabileceği meslekler de kısıtlanmış ve 11. madde uyarınca sayılan meslek ve işler dışındaki işlerin yapılması yasaklanmıştır. Buna göre, milletvekilliği, il genel meclis ve belediye meclis üyeliği, hukuk alanında profesörlük ve doçentlik, özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile avukat yazıhanesinde ücret karşılığı yapılan avukatlık, hakemlik, tasfiye memurluğu, yargı

¹³ TBB Disiplin Kurulu, 1991/11 E, 1991/25 K sayılı, 06.04.1991 tarihli kararı.

¹⁴ Ankara 4. İdare Mahkemesi 2000/875 E, 2002/902 K sayılı, 18.09.2002 tarihli kararı.

mercilerince veya adli bir dairece verilen görev ve hizmet durumu, gazete dergi sahipliği ve bunların genel müdürlüğü, yasada belirtilen bazı devlet kuruluşları ile anonim, limited, kooperatif şirketler, bilim, sosyal yardım ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği ve anonim, limited ve kooperatif şirketlerde ortaklık, komandit şirketlerde komanditer ortak olmak üzere tahdidi olarak belirtilen bu işler dışındaki iş ve meslekler avukatlık mesleğiyle birleşmeyecektir.

Medeni Kanun m. 405 ve devamı uyarınca belirtilen durumların birinin varlığı halinde kişinin kısıtlık haline karar verilebilmektedir. Avukatlık Kanunu m. 5, hakkında ruh hastalığı, akıl zayıflığı, kötü yaşam tarzı, madde bağımlılığı gibi nedenlerden dolayı verilen kısıtlılık kararı, kişinin avukatlık yapmasına engel olarak öngörmüştür. Nitekim, fiil ehliyeti olmayan bir kişinin, bir sözleşmenin tarafı olamayacağından dolayı, bu sözleşme uyarınca üstlendiği işi yürütürken sözleşmenin diğer tarafına verebileceği muhtemel zarardan da sözleşmesel bir sorumluluğu olmayacaktır.

İcra ve İflas Kanunu uyarınca yapılan iflas takibi sonucu iflas etmiş sayılan kişilerin de avukatlık yapmaları yasaklanmıştır. Fakat yine aynı Kanun'un 182. maddesi uyarınca öngörülen olanak doğrultusunda, müflisin alacaklılarını tatmin etmesi veya alacaklılarının rızalarının bulunması durumunda veya borçlunun önermiş olduğu konkordato talebinin kabulüne karar verilmesi durumlarında iflasın bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Buradaki bütün hüküm ve sonuçları ifadesiyle anlatılmak istenen, iflasın özel hukuka ilişkin hüküm ve sonuçlarıdır. Hileli iflas durumları yüz kızartıcı suçlar kapsamında olup, yukarıda da belirttiğimiz üzere avukatlığa kabul önünde, affa uğramaları durumlarında dahi engel teşkil etmektedir.

Yine İcra ve İflas Kanunu kapsamında, hakkında icra takibi yapılan kişinin haczi kabil malvarlığının bulunmaması veya bulunsa da söz konusu alacağı karşılamaya yeterli olmaması durumlarında, alacaklının m. 143 uyarınca borç ödemedi aciz belgesi talep hakkı vardır. Aleyhine borç ödemedi aciz belgesi

bulunan kişinin bunu kaldırmadığı sürece avukatlığa engel bir durumdur¹⁵. Kişi hakkında aciz belgesi bulunduğu sürece Avukatlık Levhası'nda kayıtlı olamayacak, avukatlık yapamayacaktır.

1.3. AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ

1.3.1. Kamu Hizmeti Niteliği

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, avukatlık bir kamu hizmetidir. Yargı kararları ve yürütme organları da avukatlık mesleğinin mahiyeti konusunda yasa hükmüne uygun bir tanımlama yapmakta ve avukatın sunmuş olduğu hizmeti 'kamu hizmeti' olarak adlandırmaktadır¹⁶. Bunun yanı sıra avukatlığın amacı da aynı kanunun 2. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamakla yükümlüdür.

Bunun yanında, yargılama olarak adlandırdığımız faaliyetlerin amacı, hukuk düzeninin korunması ve adaletin gerçekleştirilmesidir. Bu amacın da bir kamu hizmetinin görülmesi olmasından ve avukatların, hakim ve savcılar gibi Yargı'nın kurucu ve bağımsız öğelerinden biri olmasından ötürü, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür¹⁷.

¹⁵ TBB Disiplin Kurulu, 1997/114 E, 1998/1 K sayılı, 17.01.1998 tarihli kararı; Güner, age, s. 175.

¹⁶ İçişleri Bakanlığı'nın 30.12.1987 tarihli 87/41320 sayılı yazısı uyarınca, avukatlık hizmetinin kamu hizmeti sayılmasından ötürü ve Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca avukatların büro kurmalarının zorunlu olmasından ötürü, İşyeri Açma İzin Harcı'ndan muaf tutulması gerekmektedir.

¹⁷ Aynı görüşte Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2007, s. 89.

1.3.2. Serbest Meslek Niteliği

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.65/2 uyarınca serbest meslek faaliyeti, sermayeden ziyade kişisel çabaya, beceriye ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.

Avukatlık sermayeden çok kişisel çabaya bağlı bir meslektir. Bu mesleği icra etmek için avukatlık ruhsatına sahip olmanın ve bir baroya kaydolma zorunluluğunun yanında, bir işyeri açıp, gerekli donanıma sahip olmak yeterli olmaktadır. İşyeri ve donanım için gerekli olan giderlerin sermaye olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁸.

Avukatlık mesleği kişisel bir uğraştır. Mesleğin icrasında ilmi ve mesleki bilgi birikimi gerekmektedir. Avukatlık mesleğine kabul şartları arasında yer alan hukuk fakültesinden mezun olma ve avukatlık stajı koşulları da, belli bir bilgi birikiminin ve tecrübenin varlığını avukatlık mesleğin icrası açısından zorunlu saymaktadır.

Ticari faaliyet veya ticari iş, Türk Ticaret Kanunu kapsamında incelenen bir konudur. Kanun, ticari işletmeyi ilgilendiren ve tacirin ticari iş kapsamında yürüttüğü işleri ticari iş olarak kabul etmektedir. Ayrıca aynı kanun bağlamında tanımı yapılan ticari işletme, ticarethane ve fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme sayılmaktadır. Avukatlık, yukarıda belirtilen her iki kriter açısından da ticari faaliyet olarak sayılabilecek bir meslek değildir. Bunun yanında gerek Avukatlık Kanunu ve gerekse Meslek Kuralları avukatlığın ticari amaçla yapılmasını yasaklamaktadır. Avukatlar için öngörülen reklam yasağı¹⁹ da bu doğrultuda bir düzenlemedir.

¹⁸ Güner, age, s.94.

¹⁹ Avukatlık Kanunu m.55 uyarınca, avukatların iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaklanmış ve bu yasaklar, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Avukatın mesleki faaliyetini kendi bürosunda yapması asıldır. Açtığı işyerinin mesleğin yapılmasına uygun olması gerekmektedir. Fakat avukatlığın özel veya kamu kurum veya kuruluşunda da yapılması mümkündür. Her ne kadar bu gibi durumlarda söz konusu avukatın serbest meslek faaliyetinde bulunduğu söylenemeyecek olsa da, bu durum bir istisna teşkil etmesi nedeniyle avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğu gerçeğini etkilemeyecektir.

Ayrıca müvekkilin, avukatının kendisine vermiş olduğu maddi zarardan ötürü devlete karşı herhangi bir talepte bulunma imkanının olmayışı da, avukatlığın kamusal bir faaliyet olsa da, avukat ile kamu arasında organik bir bağın olmayışından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla avukatın müvekkiline karşı olan hukuki sorumluluğu kamunun garantörlüğü altında değildir.

1.3.3. Bağımsızlık Niteliği

Avukatlık mesleğinin bağımsızlık niteliği, avukatlara görevlerini icra ettikleri sırada doğrudan ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı veya müdahale getirmeksizin bağımsızlığını garanti eden, eşitliğe dayalı, adli, idari, hukuki ilkelerinin konulması ve korunması demektir. Avukat işi alırken, işi takip ederken ve işi sonuçlandırırken iş sahibine, meslek örgütüne, devlete ve hatta topluma karşı bağımsız olacaktır. Avukatın bir işin yapılması bakımından iş sahibinden aldığı talimat, bağımsızlık kapsamında değerlendirmemesi gereken bir konudur.

Devlet, herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşu, hangi düzeyde olursa olsun kamu görevlisi, hakim, savcı, toplum, en yakını olursa aile bireyleri, iş sahibi hangi sıfatla veya nedenle olursa olsun avukat üzerinde maddi ve manevi otorite kullanamayacak, baskı kuramayacak ve avukata talimat verme suretiyle yönlendiremeyecektir²⁰.

²⁰ Sayman, Yücel; Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996; s. 27.

Avukatlık kendine özgü bir meslektir²¹. Avukat, bireylerin çıkarlarını korurken bile toplumsal bir görev üstlenmekte, esasında toplumdaki dayanışmayı korumaktadır. Bir ülkede avukatlar bağımsız olarak faaliyet gösterebiliyorlarsa, kanunların kendilerine verdiği hak ve yetkileri gerektiği gibi kullanabiliyorlarsa, o ülkede demokrasi ve özgürlükler bu ölçüde güvence altına alınmış sayılabilecektir.

Kamu hizmeti görmekte olan avukat, devletin bir çalışanı değildir. Kamu hizmeti görmek ve kamu görevlisi olmak birbirlerinden ayrı kavramlardır²². Görevini yaptığı sırada avukat devletle, kamu hukuku kuralları içinde yer alan bir istihdam ilişkisi içerisinde bulunmaz. Avukat görevini yaparken kimseden emir almaz.

Avukatın devlet karşısında bağımsız olması, bunun güvence altına alınmış olması avukatlık faaliyetinin her tür etki ve baskıdan uzak tutulmasını sağlar.

1.3.4. Tekelci Niteliği

Avukatlık Kanunu m. 35 uyarınca, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, hakem veya yargı yetkisine sahip bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait tüm evrak ve dosyaları düzenlemek, yalnız barolara kayıtlı avukatlar tarafından yapılabilecek işlerdir.

Aynı Kanun'un 63. maddesi baro levhasında kayıtlı olmayan ve işten yasaklanmış olan avukatların, şahıslarına ait olmayan dava evraklarını düzenleyemeyecekleri, icra işlemlerinin takip edemeyeceklerini ve avukatlara ait diğer işlemleri takip edemeyeceklerini belirtmiştir.

Bireyin haklarının korunmasında en büyük güvenceyi oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirmeyi kendisine ilke edinen, kurumsallaşarak örgütsel denetim altında, bilgi ile donatılmış bir konumda yargının kurucu ögesi olarak görev

²¹ Güner, age, s. 97.

²² TBB Disiplin Kurulu, 1999/137 E, 1999/152 K sayılı, 20.11.1999 tarihli kararı.

yapan avukatların tekel hakkı, bir zorunluluk olup evrensel anlamda kabul görmektedir.

Bu bağlamda ele alınması gereken konularda biri de, avukatla takip zorunluluğunun olmayışıdır. Anayasa m. 36 uyarınca herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma haklarına sahiptir. Anayasal bir hak olan dava açma ve savunma yapma özgürlüklerini, Anayasa'nın normlar hiyerarşisi bakımından altındaki normlarla sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak olanaksızdır. Dolayısıyla temel kurallar doğrultusunda ve yasaların sağladığı olanaklar çerçevesinde herkesin kendi hakkını yargı mercileri önünde bizzat araması ve koruması olanaklıdır.

Öte yandan, kimi genel kanunlar uyarınca yer alan bazı düzenlemeler ile bireyi bir avukatın temsil etmesi zorunlu hale getirilmiştir. HMK m.80, davasını bizzat takip eden kişinin davasını gerektiği gibi yürütme yeteneğinden yoksun olması durumunda, hakim kendisine bir vekil tayin edilmesini emredebileceğini belirtmektedir. Aynı şekilde HMK m. 79 uyarınca da, uygunsuz davranışlarda bulunmak suretiyle duruşmanın disiplinini bozmakta direnen kimse yargıcın bütün uyarılarına rağmen aynı biçimde davranmayı sürdürürse, yargıcın bu kimseyi salondan çıkartarak kendisine bir vekil tayin etmeye zorlama hakkı gündeme gelir. Söz konusu kişinin, kendine bir avukat görevlendirmemesi durumunda, yargılama yokluğunda yapılacak ve gıyabında hüküm verilebilecektir²³.

Nispi zorunlu müdafilik olarak adlandırılan kuruma ilişkin bir düzenleme ise CMK m. 150/1'de yapılmıştır. Buna göre, şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilebilecektir.

Şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını doldurmadığı veya kendisini savunamayacak derecede malul olması durumlarında, mutlak zorunlu müdafilik kurumu gündeme gelecek ve kişinin istemi aranmaksızın baro tarafından müdafii görevlendirilecektir. Uygulamada 'CMK Avukatı' olarak adlandırılan bu uygulama,

²³ Kuru, Baki; Hukuk Usulü Muhakemeleri (El Kitabı), İstanbul 1995, s. 273

üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da şüpheli veya sanığın istemine bakılmaksızın uygulanacaktır.

CMK m. 204 uyarınca da zorunlu müdafilik gündeme gelmekte, davranışları nedeniyle hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşılan sanığın duruşma salonundan çıkarılması söz konusu olduğunda müdafii ile savunma zorunluluk haline gelecektir. CMK m. 253 de yer verilen düzenleme gereği ise, uzlaşma konusunda koşulların olması durumunda Cumhuriyet Savcılığı tarafından fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlama üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşıp anlaşmayacaklarını sorması gerekmektedir. Anlaşamamaları durumunda savcı, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesini istemesi gerekmektedir.

1.3.4.1. Tekel Hakkının Kapsamı

Avukatlık Kanunu'nun 35. ve 36. maddeleri uyarınca, baroya kayıtlı avukatlara ve tüzel kişiliği olan veya olmayan avukatlık ortaklarına tanınan tekel hakkı uyarınca, yasal konularda ve yargısal işlerde görüş bildirmek; mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, dava evraklarını düzenlemek; icra işlemlerini yapmak ve takip etmek; adli işlemleri takip etmek ve bu işlemlere ait bütün belgeleri düzenlemek; icra işlemlerini yapmak ve takip etmek; adli işlemleri takip etmek ve bu işlemlere ait bütün evrakı düzenlemek; resmi dairelerdeki bütün işleri takip etmek gibi iş ve görevler avukatın tekelindedir ve bu yetkilerin avukatlar dışında kullanılması yasaklanmıştır²⁴. Dolayısıyla, uygulamada 'arzuhalcilik' olarak bilinen ve dava dilekçesi yazmak, takip talebi düzenlemek ve hatta kimi durumlarda hukuki danışmanlık hizmeti vermek gibi münhasıran avukat tarafından yapılabilecek işleri yapan kimselerin, Avukatlık Kanunu açısından yasaklanmış bir işle uğraştıkları açıktır.

²⁴ Güner, age, s. 120.

1.3.4.2. Zorunlu Sözleşmeli Avukat

Avukatlık Kanunu m. 35/2 uyarınca, TTK m. 272 hükmünde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı ve daha fazla sermayesi olan anonim şirketleri ile üyesi yüz ve daha fazla olan yapı kooperatifleri²⁵ sözleşmeli bir avukat bulundurmaları zorundadırlar. Buna göre, söz konusu niteliklerdeki anonim şirketleri ve yapı kooperatifleri dar kapsamlı avukatlık²⁶ olarak nitelendirilen danışman avukat bulundurmaları durumundadırlar²⁷.

1.3.4.3. Tekel Hakkının Ayrık Durumları

Kamu kurum ve kuruluşları ile iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlı tutulmuştur. Bu durumda anılan kurum ve kuruluşlarda çalışan avukatlık mesleğine kabul ve ruhsatname alma koşullarını taşıyan avukatlar baroya kaydolmadıkları halde baroya kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip olmaktadır²⁸. Ancak Avukatlık Kanunu m.12 uyarınca, bu statüde bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler.

²⁵Değişiklik Yasasının TBMM’de görüşülmesi sırasında tutanaklara geçen ifadeye göre, yapı kooperatiflerinde avukat bulundurma zorunluluğunun gerekçesi, yapı kooperatiflerindeki usulsüzlükler ve yolsuzluklar ve aynı zamanda işi bilmeme, sözleşmeleri düzgün yapmama yüzünden üyeleri zarara uğratmalarındır. (TBMM Tutanak Müdürlüğü, Adalet Komisyonu 09.03.2000)

²⁶ Ansay, age, s. 24.

²⁷ Anonim şirket ve yapı kooperatiflerinin, bu yasal zorunluluğa uymayıp, bir avukatla sözleşme yapmaması durumlarında ilgililerce mahallin en büyük mülki idari amirliğine bildirilmesi üzerine ve idari amirin şikayet edilen kuruluşlar hakkında soruşturma başlatması gerekmektedir. Yapılacak soruşturmaya göre, anonim şirket veya kooperatifin sözleşmeli olarak avukat tayin etmedikleri her ay için para cezası verilmesi gerekmektedir. Ceza, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için ihlal tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarı olarak hesaplanmıştır.

²⁸ Güner, age, s.126.

Dava takipçileri, en az üç avukat ve dava vekili olmayan yerlerde, bazı dava ve işleri vekaleten takip etme yetkisine sahip kişilere verilen addır²⁹. Cumhuriyet Savcılıkları ve icra memurlukları nezdinde başkatiplik, zabıt katipliği, zabıt katibi yardımcılığı veya icra memurluğu veya yardımcılığı görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olan kimselere, hukuk lisans eğitimi, staj dışındaki koşulları taşımaları ve avukatlık mesleğine kabul için Avukatlık Kanunu m. 5 uyarınca sayılan engelleri bulunmayanların dava takipçiliği adı altında avukatlara tanınan yetkilerden bir kısmını kullanabilecekleri öngörülmektedir. Baro tarafından tutulan listeye adını yazdırarak dava takipçiliği yapma hakkını kazanan dava takipçileri, ancak o yerdeki hukuk mahkemeleri ve icra dairelerinde dava ve iş takibi yapabilirler.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu sanığın, soruşturmasının her aşamasında bir veya daha fazla müdafinin yardımına başvurabileceğini ve müdafii olarak askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği yapmaya yasal anlamda yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesi mezunu subayların ve böyle bir subayın da yokluğu durumunda diğer subayların müdafilik yapabileceğini kabul etmektedir.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2. maddesine göre, bu mesleği icra edenler mali mevzuat ve bunların uygulanması ile ilgili işleri düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak, inceleme yapmak , tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmakla görevlendirilmek suretiyle avukatlara tanınan tekel hakkı kapsamına giren bazı işleri yapmaya ehil kılınmıştır.

Factoring sözleşmesi uyarınca faktor olarak adlandırılan bir finans kuruluşu, sözleşmenin diğer tarafının mal tesliminden veya bir edimin yerine getirilmesinden doğan alacaklarını yitirme veya borçlusundan alamamaya karşı tam olarak teminat altına alır ve onun bu alacaklarını satım veya temlik yöntemi ile üstlendikten sonra alacakların idaresi ile ilgili olarak yapılması gereken muhasebenin tutulması, ihtar ve

²⁹ Kuru/Aslan/Yılmaz, age, s.202.

tahsil işlemlerini üstlenir³⁰. Gerektiği durumlarda cebri icra yoluyla takip gibi hukuki yollara da başvurma yetkisi olan faktörün yaptığı iş avukatlara tanınan tekel hakkının bir başka ayrık durumudur³¹.

3402 sayılı Kadastro Kanunu³² m. 31/1 uyarınca kadastro ile ilgili işlemlerin yapılmasında karı ve kocadan birinin diğerini veya birbirlerini vekil olarak tayin etmeleri de aynı şekilde, münhasıran avukat tarafından kullanabilecek bir yetkinin verildiği kişi açısından istisnaidir. Aynı doğrultuda, Medeni Kanun m.193 doğrultusunda, kanunda aksine hüküm bulunmadığı sürece eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilmektedir.

Medeni Kanun m. 593 uyarınca, terekenin resmen idaresi ve resmi tasfiye durumlarında, mirasçının tereke üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırmakta ve bu yetkiyi mirasçı olmayan tasfiye memurlarına bırakılmaktadır. Dolayısıyla, tasfiye memuru, baroya kayıtlı bir avukat olmadan bir başkası adına dava açıyor olmakta veya açılmış olan davaya katılarak yine avukatın tekeli kapsamına giren yetkileri kullanmaktadır.

TTK m. 116'ya göre, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi bağımlı bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer veya bölge içinde daimi bir şekilde ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denmektedir. Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar nedeniyle müvekkili adına dava açabileceği gibi kendisine karşı da dava açılabilir. Acente, avukat olmamasına rağmen müvekkilini temsilen dava açma yetkisine sahip olmaktadır. Aynı doğrultuda, acentenin ilişkide bulunduğu üçüncü kişi de, iş yaptığı tacir adına aracılık yapan acenteyi dava edebilmektedir³³.

³⁰ Güner, age, s.131.

³¹ Kocaman, Arif; Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992, s. 17.

³² 09.07.1987 tarihli, 19512 sayılı Resmi Gazete.

³³ Karayalçın, Yaşar; Türk Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme; Konya 1968, s. 531

2821 sayılı Sendikalar Kanunu³⁴ m. 32/3 gereği, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmelerinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet sözleşmesinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu doğrultuda açtığı davadan ötürü taraf sıfatına yetkisi olmak üzere sendikalara dava açma ve takip etme yetkisi tanınmıştır. Sendika adına sendika başkanın kullandığı temsilen dava açma hakkı da avukatların tekelinde olana dava açma ve takip etme yetkisine istisna teşkil etmektedir.

Marka ve patent vekilleri olarak adlandırılan ve Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 30. maddesi uyarınca tanımı yapılan kişiler, enstitü nezdinde başvuru sahipleri adına işlem yapmak yetkisine sahip olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Bu işlemler Enstitü nezdinde iş sahiplerini temsil etmek, danışmanlık yapmak ve sinai hakların korunmasını için girişimlerde bulunmak ve gerekli işlemleri yapmaya ilişkindir. Görüldüğü gibi, sinai haklarla ilgili konularda avukatlara ait olması gereken temsil, danışmanlık ve sinai hakların korunması için girişim yapmak görevi avukat olması zorunlu olmayan gerekmeven kişilere bırakılmakta ve avukatın tekel hakkının önemli bir konuda ayrık durumu yaratılmıştır³⁵.

1.3.4.4. Arabuluculuk Tasarısı

Son zamanlarda gündeme gelen ve tahkim gibi bir alternatif uyuşmazlık çözümü türü olan arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve kendi çözümlerini kendilerinin meydana getirmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış ve tamamen bağımsız, tarafsız ve

³⁴ 07.05.1983 tarihli, 18040 sayılı Resmi Gazete.

³⁵ Güner, age, s.134.

objektif bir konumda bulunan üçüncü kişi katılımı ile yürüyen ve tarafların gönüllü olduğu sürece işlerlik kazanan bir yöntemdir³⁶.

Bir uyuşmazlık çözüm yolunun alternatif olması, onun hukuku ve adaleti ilgilendirmedeği veya yargının tamamen dışında işlerlik kazandığı anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla, arabulucu sıfatıyla tarafların iletişimine katkı sağlaması beklenen kişinin belli bir hukuk nosyonuna sahip olmasını beklemek gerekmektedir.

Tasarı'nın 21. maddesinde belirtildiği şekilde, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasının ardından alınan arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgiler içeren ve asgari yüz elli saatlik bir arabuluculuk eğitimi öngörülmüştür. Hukuk fakültesi mezunu olmayanların arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları gerekmektedir.

Bu durumda, değil avukat, hukuk eğitimi almamış kişilerin bile bir hukuki süreçte yol gösterici rolü oynayabilmelerinin yolu açılmaktadır. Her ne kadar arabuluculuk kurumunun amacı tarafların kendi çözümlerine ulaşmalarını sağlamaksa da, bu sürece yön vermesi beklenen arabulucunun hukuk bilgisine sahip olması ve yargısal süreç konusunda deneyimli olması gerekir. 21. madde uyarınca belirtilen ve hukuk fakültesi mezunu olmayanlar açısından öngörülen hukuk eğitimi de bunu onaylar niteliktedir. Dolayısıyla, arabuluculuk kurumunun da münhasıran avukatlık mesleği mensuplarınca yapılması gerekmektedir³⁷.

³⁶ Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Gerekçe Madde 2, "arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez. Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. O sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulayarak taraflar arasındaki iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere kendi çözümlerini kendilerine ait olmak üzere kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur.

³⁷ Bkz. Karşı yönde görüş : Şükran Şıpka, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 2007, S.12, s. 163-175.

Avukatlık yetkilerinin bunu kullanmaya hakkı olmayanlar tarafından kullanıldığını öğrenen mahkemelerin, icra ve iflas dairelerinin, baroların savcılığa suç duyurusunda bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu m. 63/2 uyarınca, baro levhasına yazılı olmadan veya yazılı olmakla birlikte işten yasaklanmış olan kişilerin avukatlık yetkilerini kullanmaları durumlarında para cezası gündeme gelecektir. Bunun yanında, avukat olmak için gerekli nitelikleri taşımadıkları halde hukuka aykırı yollarla ve kanunun tanıdığı başka hakları kötüye kullanmak suretiyle avukatlara ait yetkileri kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar para cezası uygulanacaktır.

1.4.VEKALET SÖZLEŞMESİ

1.4.1. Temsil Yetkisi Tanımı

Bir kimsenin temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapabilmesi olarak özetlenebilecek ve TBK m.40 ve takip eden maddelerinde düzenlenen temsil kavramını, ‘bir hukuki işlemi bir şahsın başka bir şahsın nam ve hesabına yapması ve işlemin neticelerinin bu kişi üzerinde doğmasını sağlaması’³⁸ olarak tanımlamak mümkündür. Bu ilişkinin tarafları adına işlem yapılan müvekkil, müvekkili temsil etme borcunu yüklenen vekildir.

Temsil yetkisi, tek taraflı olarak ve temsilciye yöneltilmiş olan irade beyanı niteliğindedir. Temsil olunanın iradesi ile bu yetkiyi vermesi halinde oluşan temsile iradi temsil, temsil yetkisinin irade dışında olduğu durumlara ise yasal temsil adı verilmektedir. Medeni Kanun m. 342 uyarınca düzenlenen velinin temsili; Medeni Kanun m. 403 uyarınca düzenlenen vasinin temsili ve yine Medeni Kanun m. 403 uyarınca düzenlenen kayyımın temsil yetkisi, yasal temsil yetkisine örnek oluşturur. İleriki bölümlerde de inceleyeceğimiz avukatın sorumluluğunda ise söz konusu temsil, iradi temsile örnek teşkil etmektedir.

³⁸ Oğuzman, M. Kemal; Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s. 150.

Temsilcinin, hukuki işlemleri temsil olunan için yaptığını üçüncü kişiye bahsetmeksizin, bu üçüncü kişiyle işlemleri yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan hak ve borçları ikinci ve müstakil bir işlemlerle temsil olunana aktarması durumdan dolayı temsil meydana gelecektir.

Temsilci üçüncü şahıs ile temsil ederken bu işlemleri temsil olunan nam ve hesabına yaptığını bildirmekte ve bu hukuki işlemlerden doğan hak ve sonuçlar doğrudan doğruya temsil olunan şahsa ait oluyor ise, bu temsil doğrudan temsil olarak adlandırılmaktadır. Hukuki bilgi ve deneyimlerini kişilerin yararlanmasına yönelten ve müvekkili bu açıdan temsil eden avukatın temsil yetkisi doğrudan temsile örnek teşkil etmektedir.

Bu bilgilerin ışığında avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi ele aldığımız zaman, avukatın üstlendiği görevin tek taraflı olarak verilen temsil yetkisi ile açıklanmasının olanaksız olduğunu ve yapılan işin karşılıklı iradelerin birleşmesi ile oluşan bir sözleşme olduğunu belirtmek gerekmektedir³⁹. Sırf iş sahibinin avukata temsil yetkisi vermesiyle, yani avukat adına vekalet düzenlettirmesiyle taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olmayacaktır. Avukatın da kendisine iş sahibi tarafından yöneltilen irade beyanına olumlu bir cevap vermesi gerekmektedir.

1.4.2. Vekalet Sözleşmesinin Tanımı

Vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi, yönetmeyi ya da hizmetin ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birisinin konusuna girmediği, buna karşılık ücrete hak kazanılan iş görme borcu doğuran sözleşmelerdir⁴⁰. Vekalet sözleşmesinde tarafların karşılıklı birbirlerine uygun iradelerini açıklamaları ve vekalet verenin bir konu

³⁹ Güner, age, s. 189.

⁴⁰ Yavuz, age, s. 566.

hakkında kendi hesabına işlem yapılması için vekalet verdiğini, vekilin de bu vekalet uyarınca ve sınırlarınca bu işi üstlendiğini bildirmesi söz konusudur⁴¹.

TBK m. 502 uyarınca tanımlanan vekalet sözleşmesi vekilin, sözleşme dairesinde kendisine yüklenen işin idaresini veya kabul ettiği hizmetin yerine getirilmesini borçlandığı bir sözleşmedir. Yani vekalet sözleşmesi uyarınca vekile yüklenen borç, müvekkilin çıkarına ve iradesine uygun sonuca yönelik iş görmeyi bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma ve sonucun elde edilmesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yerine getirmesidir⁴². Vekalet sözleşmesi, vekil eden ile vekilin bir araya gelip, karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sonucu ortaya çıkan, bir işin görülmesi veya bir hizmetin yapılmasını amaçlayan ve taraflara karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme türüdür.

1.4.3. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

1.4.3.1. Bir İşin Görülmesi veya Bir Hizmetin Yerine Getirilmesi

Vekalet sözleşmesinin konusunu bir hukuki işlemin avukat tarafından yürütülmesi veya doktorun hastayı ameliyat etmesi örneğinde gördüğümüz şekilde maddi bir eylemde bulunması teşkil etmektedir. Fakat temsilcinin, vekalet sözleşmesi olmaksızın da bir temsil yetkisi kullanmak suretiyle vekillik yaptığı durumlar da vardır. Yasal temsilci olarak ve Medeni Kanun'un yukarıda belirttiğimiz maddeleri uyarınca yürütülen temsil, herhangi bir vekalet sözleşmesine dayanmamaktadır. Ayrıca, ortaklık sözleşmesinde veya tüzel kişilerin organları tarafından yürütülen temsiller de vekalet sözleşmesinden kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle temsil ilişkisi ile, vekalet sözleşmesi tanımlarının birbirinden ayrılması gerekmektedir⁴³.

Temsil bir sözleşme değil, tek taraflı verilen bir yetkidir. Vekalet ilişkisi ise, iki taraflı bir sözleşmedir. Bunun yanı sıra, vekalet iç vekil ile müvekkil arasındaki iç

⁴¹ Zevkliler, age, s. 361.

⁴² Tandoğan, age, C. II, s. 356.

⁴³ Tandoğan, age, s. 358.

ilişkiyi; temsil ise temsil edenle üçüncü kişiler arasındaki dış ilişkiyi ifade etmektedir. Ayrıca temsil yetkisini içermeyen vekalet sözleşmeleri de bulunmaktadır. Örneğin hasta tedavisi veya mimari projeler söz konusu olduğunda sırasıyla doktor ve mimar ile vekalet veren arasında vekalet sözleşmesi olmasına rağmen taraflar arasında herhangi bir temsil ilişkisi yoktur.

1.4.3.2. İşin Müvekkilin Çıkarına ve İradesine Uygun Olarak Yapılması

Her ne kadar genel kural vekilin gördüğü işin başkasına ait olması ve onun çıkarına yapılması ise de, görülen işin üçüncü kişinin çıkarına olması ya da müvekkilin yanı sıra o işin görülmesinde vekilin de çıkarının bulunması, vekalet sözleşmesi kurulmasına engel oluşturmaz⁴⁴. İki ortaktan oluşan bir taşınmazın kiraya verilmesinde, maliklerden birinin taşınmazı bizzat kiraya vererek kendi adına asaleten, diğer malik adına ise vekaleten hareket etmesi durumunda vekalet mevcut olmakta ve diğer malik adına vekaleten hareket eden malik kendi açısından da bir sonuç elde etmektedir. Fakat, kişinin salt kendi işini görmesi vekalet sözleşmesi ile bağdaşmamaktadır⁴⁵.

Her ne kadar Avukatlık Kanunu, vekalet sözleşmesinin kurucu öğelerinden biri olan ücret konusunda bir zorunluluk getirmiş olsa da, vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu değildir. Vekalet sözleşmesinde vekilin ücret alması kararlaştırılmış ise sözleşme ‘tam iki tarafa borç yükleyen’ sözleşme haline gelmekte, fakat vekilin üstlenmiş olduğu işi ücretsiz olarak ifa etmesi durumunda ise ‘eksik iki taraflı sözleşme’ söz konusu olmaktadır.

⁴⁴ Akıncı, Şahin; Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 5.

⁴⁵ Güner, age, s. 190.

1.4.3.2. İşin Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın ve Sonucun Elde Edilmemesi Rizikosu Taşımaksızın Belli Bir Yönde Yapılması

Vekalet sözleşmesinde vekil, bir edim sonucunu değil, edim filini borçlanmaktadır⁴⁶. Vekil işini yaparken her türlü dikkat ve özeni göstermesine rağmen umulan sonuç elde edilemez veya umulan sonucun tam aksi bir sonuç ortaya çıkarsa dahi sorumlu tutulamaz. Yani vekil işi yürütmekle sorumlu olacak ve eser sözleşmesinde müteahhidin durumunun aksine, her türlü dikkat ve özeni gösterdiği sürece sorumlu olmayacaktır. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

İşin zaman kaydına bağlı olmaksızın sürdürülmesi vekalet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden, sonucun vekilin sorumluluğunda olmaması ise, eser sözleşmesinden ayırıcı niteliktedir.

1.4.3.4. Başkalarına Ait İşin Görülmesi İçin Şekle Bağlı Olması Gerekmeyen Bir Sözleşme ile Borç Altına Girilmesi

TBK m. 503 uyarınca vekalet sözleşmesinin kurulmuş sayılması için vekilin iş sahibi tarafınca yapılan ve vekile yöneltilen irade beyanını kabul etmiş sayılması gerektiğinden, ve kabul etmenin hangi surette yapılacağı konusunda bir sınırlama öngörülmemiş olduğundan, söz konusu maddenin lafzı doğrultusunda, vekalet sözleşmesinin yazılı veya resmi şekilde yapılması zorunlu değildir.

Vekalet sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamış olmasından yola çıkılarak, bir sözleşmenin mevcut olmadığı durumlarda da temsilin varlığından dolayı bir vekalet ilişkisinin mevcut olduğunu düşünmek yanlış olacaktır. Bu nedenle sadece hukuki işlem yapma yetkisinin verilmesi yeterli olmayıp, vekilin borç altına girme ve iş görme borcunu hukuki anlamda ve kabul anlamına gelecek şekilde eylemli olarak doğrudan veya dolaylı olarak üstlenmesi gerekmektedir ki, kendisine

⁴⁶ Başpınar, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 70.

yetki verilenin borç altına girmemesi halinde ortada sadece tek taraflı bir işlemle verilmiş olan bir temsil yetkisi söz konusu olacaktır⁴⁷.

1.4.4. Vekalet Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

TBK m. 502 ve devamı maddelerde düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesinin özelliklerini ortaya koymak bakımından, diğer benzer görünümdeki sözleşmelerden ayrılan noktalarının faydalı olacaktır.

1.4.4.1. Hizmet Sözleşmesi

TBK m. 393 uyarınca hizmet sözleşmesi işçinin belirli veya belirli olmayan bir zaman diliminde hizmet görmeyi ve iş sahibinin de bu sözleşme uyarınca ona yürüttüğü iş uyarınca ücret vermeyi kabul ettiği bir sözleşme türüdür.

Vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki en önemli fark, vekalet sözleşmesinde verilen hizmete karşılık bir ivaz öngörülmesinin zorunlu tutulmamasına rağmen, iş sözleşmesinde ücretin bir kurucu unsur niteliği taşımasıdır. Fakat Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık hizmeti karşılığında belli bir ücretin öngörülmesinin bir zorunluluk olması, vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki bu farkın avukatlık sözleşmesi de göz önünde bulundurulduğunda önemini yitirmesine sebep olmaktadır.

Her iki sözleşme arasında sözleşmenin devam edeceği süre açısından da fark bulunmaktadır. Belli olan veya belirsiz bir süre için iş gücünün bir başkasına tahsisi söz konusuysa hizmet sözleşmesi; herhangi bir hizmet kaydı olmaksızın belli bir sonuca yönelen, belli iş veya işlerin, sonucun herhangi bir kusur olmaması durumunda meydana gelmemesi rizikosunu üstlenmeksizin görülmesi söz konusuysa

⁴⁷ Güner, age, s. 191.

vekalet sözleşmesi ile karşılaşılmış bulunmaktadır⁴⁸. Söz konusu iki sözleşme arasındaki farkın Yargıtay tarafından da benimsendiği görülmektedir⁴⁹.

Bununla birlikte süre ölçütü, her iki sözleşmenin birbirinden sağlıklı bir şekilde ayrılması konusunda yeterli değildir. Öyle ki, vekalet sözleşmelerinin uzun bir zaman dilimi için yapılmış olduğu durumlarda ve vekile ödenecek ücretin zamana göre belirlenmesi hallerinde iş sahibi ile işi yapan arasında zaman açısından bir bağıllık meydana gelmektedir. Bu gibi durumlarda ilişkinin vekalet olmasına karar verebilmek için, iş görenin ve iş sahibinin durumlarını ayrı ayrı dikkate almak gerekmektedir⁵⁰.

Ayrıca Yargıtay'ın diğer bir kararında⁵¹, bir kişinin işçi sayılabilmesi için, ilişkinin hizmet sözleşmesine dayanması ve söz konusu işin, işverenin denetimi ve gözetimi altında, işverenin iş yerinde görülmesi gerektiğine, avukatın bağımsız bürosu olması durumunda hizmet sözleşmesinin söz konusu olmayacağına karar vermiştir. Aynı doğrultuda bir Yargıtay kararı uyarınca ise, taraflar arasındaki sözleşmesinin birinci maddesinde açıkça avukatın dışarıdan iş alıp yürütebileceği öngörülmesi nedeniyle ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak tanımlanamayacağına karar verildiğini görmekteyiz⁵².

Bağımlılık ölçütü ile konuyu değerlendirdiğimizde ilke olarak işçi, işverenin talimatlarına bağlı olup ekonomik yönden de işverene bağlıdır. Oysa, vekil istisnai durumlar dışında o işin uzmanı olup, işin nasıl yürütülmesi gerektiği konusunda işverenden daha kapsamlı bir bilgiye sahip olduğundan dolayı, işverenin iradesine ve çıkarlarına saygılı olmak koşuluyla bağımsızdır. Vekilin nispi bağımsızlığı, buna karşılık işçinin bağımlı bir çalışan olması esası, müvekkilin ise vekilin çalışmalarını

⁴⁸ Tandoğan, age, s. 376.

⁴⁹ Yrg. 4. H.D., 1971/3817 E., 1971/2991 K. sayılı 30.03.1971 tarihli kararında “*Taraflar arasındaki ilişki, hizmet sözleşmesinde meydana gelmiş olmayıp, vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Çünkü hizmet sözleşmesinin ayırıcı ölçüsü, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet edimlerinin yüklenilmesidir. Vekalet sözleşmesinde ise, vekilin yüklendiği borcun yerine getirilmesi söz konusu olup, zamanın geçmesiyle sınırlı değildir. Taraflar arasındaki sözleşmede süre söz konusu olmadığına göre, uyumsuzluğun Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesine ilişkin kuralları ile çözümlenmesi gerekmektedir*” denilmiştir.

⁵⁰ Aday, Nejat; Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, s. 105.

⁵¹ YHGK 1977/9-1635 E, 1977/355 K sayılı 13.04.1977 tarihli karar.

⁵² Yrg. 13.HD, 2006/4233 E, 2006/7343 K sayılı 09.05.2006 tarihli karar.

talimatları ile yönlendirebilme yetkisi ile olması hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında gözle görülür bir ayırım teşkil eder⁵³.

1.4.4.2. Eser Sözleşmesi

TBK m.470 uyarınca eser sözleşmesi, yüklenicinin iş sahibinin vereceği ücret karşılığında bir şeyi imal etmesini konu alan sözleşmedir. Eser sözleşmesi bedel karşılığı yapılması özelliği bakımından vekalet sözleşmesinden ayrılrsa da, avukatlık hizmetinin bedel karşılığı yapılması nedeniyle bu ölçüt yeterli değildir.

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki bir diğer temel fark, sonuçtan kaynaklanan rizikonun üstlenilmesi konusundadır. Vekalet sözleşmesinde riziko, vekilin kusurunun olmadığı ve işin gerektirdiği özeni göstermiş olması hallerinde müvekkilde iken, eser sözleşmesinde riziko yüklenicinin üzerindedir⁵⁴. Yüklenici taraflar arasında üzerinde anlaşılan sonucu sağlamayı, yaratmayı üstlenmekte olduğundan dolayı eser sözleşmesi bir sonuç sözleşmesidir. Buna karşılık, vekalet sözleşmesi bir etkinlik sözleşmesi⁵⁵ olup, vekil bir işi görmeyi sonucu garanti etmeksizin üstlenmektedir. Vekil de yüklenici gibi belli bir sonuca ulaşmak için belli bir şekilde iş görür, fakat işin gerektirdiği özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinden sorumluluğu yükleniciden farklı olarak vekile ait değildir⁵⁶. Buradaki özen ve sorumluluk boyutu çalışmamızın temelini oluşturduğundan, ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İki sözleşme feshedilebilme açısından da bir ayrıma tabi tutulabilmektedir. Vekalet sözleşmesinde taraflar haklı neden ileri sürebildikleri takdirde sözleşmeden her an cayabilmelerine rağmen, eser sözleşmesinin tarafları ancak belirli nedenlerin varlığı halinde ve karşı tarafa tazminat ödeme suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilirler⁵⁷.

⁵³ Yalçınduran, Türker; Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004, s. 48.

⁵⁴ Tandoğan, age, s. 377.

⁵⁵ Güner, age, s. 193.

⁵⁶ Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1974, s. 419.

⁵⁷ Aday, age, s. 106.

1.5. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

Bilindiği gibi avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki, çoğu kez, ‘vekaletname’ adı verilen, tek yanlı bir irade beyanı olarak noter tarafından iş sahibinin talebi verilen bir temsil belgesi ile resmiyete kavuşsa da, herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olan vekalet sözleşmesini temel alır.

Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına dair 4667 Sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Sözleşmesi’nde yapılan değişiklikte, Yasa’nın 11. kısım başlığı ‘Avukatlık Sözleşmesi’ olarak değiştirilmiştir ve herhangi bir tanım yapılmamakla birlikte kapsamı ve önemli nitelikleri kanun kapsamına alınmıştır. Bu değişiklik uyarınca avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği, belli bir hukuki yardımı öngören bir hizmet olması, belli bir meblağ karşılığı olması gerektiği, sözleşmenin yazılı halde yapılmaması durumunda Borçlar Kanunu genel hükümleri uyarınca kanıtlanabileceği, kanuna aykırı olmamak koşuluyla şarta bağlı olarak yapılabileceği gibi özellikler getirilmiştir.

Avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki, taraflara ‘hukuki yardım ile vekalet ücreti karşılıklı borçlarını yükleyen sinelagmatik bir ilişkidir⁵⁸. Bu ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekirken uygulama ve öğretide sadece ‘Avukatlık Ücret Sözleşmesi’ olarak ele alınması, yasadan gelen bir yanlışın sonucu olmaktadır⁵⁹. Yani sözleşmenin yapılmasının amacı sırf avukatın hak kazanacağı ücretin miktarını belirlemek değil, karşılıklı hak ve borçları belirlemektir.

Resmi makamlar nezdinde, avukatın müvekkili temsil etme yetkisi olduğunu ispata yönelik olarak düzenlenen vekaletname bir yana bırakılırsa, avukatla iş sahibi arasında oluşan sözleşmesel ilişkinin adı avukatlık sözleşmesidir. Avukatlık sözleşmesinin yanları, bir baro levhasına kayıtlı olmak suretiyle avukatlık mesleğini icra etmekten yasaklanmamış olan avukat ile ondan hukuksal yardım talep eden iş sahibidir. Kendisine avukat tayin etmek isteyen kimsenin Medeni Kanun’un emredici

⁵⁸ İyimaya, Ahmet; Temsil Yoluyla Bağıtlanan Avukatlık Sözleşmesi için Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu mudur?, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları; Ankara 1995; s. 338.

⁵⁹ Uçar, age, s. 63.

hükümleri kapsamında fiil ehliyetine sahip olması gerekiyor olsa da, fiil ehliyetinin olmadığı durumlarda, fiil ehliyetinden yoksun kişiye vekaleten, avukatla sözleşme yapacak kişinin vekaletnamesinde, avukatlık sözleşmesi yapabilmesi için açık yetkinin bulunması bir zorunluluktur⁶⁰. Bunu söylemekle beraber, iş sahibinin avukatın yardımı istenen uyuşmazlığın tarafı olmasının bir zorunluluk olmadığını vurgulamak gerekmektedir⁶¹. Kişi, kendisine ait olmayan bir işin görüşülmesi için ücretini ödemek koşuluyla avukatla sözleşme yapabilir.

1.5.1. Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Avukatlık sözleşmesi, bir tanıma göre avukatlık vasfını kazanmış bir meslek mensubunun hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, her türlü hukuki uyuşmazlıkların çözümü konularında kendilerine başvurulana kamusal nitelikli hizmet sunmasına olanak sağlayan, her iki tarafa borç yükleyen tam iki taraflı sözleşme türüdür⁶². Başka bir tanıma göre, “vekalet verenin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı çerçevesi dahilinde faaliyette bulunmayı bir ücret karşılığında taahhüt ettiği ivazlı sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁶³. Bir başka tanıma göre avukatlık sözleşmesi “avukatın belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, taraflarca ücret alınmaması kararlaştırılmadığı sürece, avukatın ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran” bir sözleşmedir⁶⁴.

⁶⁰ Yrg. 13. HD 1992/1902 E, 1992/5282 K sayılı, 05.06.1992 tarihli kararı “Somut olayda, başkalarını tevkile yetkili ilk vekil Ali’ye verilen vekaletnamelerin hiçbirinde vekalet sözleşmesi yapma yetkisi olmadığı gibi, müvekkilleri borçlandırmaya da yetkisi yoktur. Bu durumda ilk vekilin yetkisi olmadığı halde ikinci vekil ile yaptığı avukatlık ücret sözleşmesi geçersizdir. Söz konusu sözleşme davalı müvekkilleri bağlamaz. Bu nedenle de davacı bu sözleşmeye dayanarak sözleşmede kararlaştırılan ücreti davalılardan isteyemez. Ne var ki, davacı vekil vekaletname gereği üstlendiği vekalet görevini ifa etmiştir. Avukatlık Kanunu m. 163 son fıkrası gereğince, davalılar Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanacak miktarı davacıya ödemekle yükümlüdür”.

⁶¹ Yrg. 13. H.D. 1993/3121 E., 1993/4224 K sayılı 14.05.1993 tarihli kararı “ücret sözleşmesi ile avukata verilen işin mutlaka, sözleşmeyi yapan kişi olması gerekmez. Kişiler kendilerine ait olmayan bir işi de ücretini ödemek koşuluyla bir avukata gördürebilirler. Çünkü 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nda bunu engelleyen bir hüküm yoktur. Olayımızda, davacı ile davalı arasında yapılan ücret sözleşmesi geçerli bir sözleşme olduğundan tarafları bağlar”.

⁶² Oğuzman/Öz, age, s. 44.

⁶³ Sungurtekin, age, s. 147.

⁶⁴ Güngörök, age, s. 31.

Avukatlık sözleşmesi bakımından yapılabilecek en net tanım, avukatlık sözleşmesinin, “baro levhasına kayıtlı olup, mesleğini serbest olarak yapan avukat ile, iş sahibi arasında bağitlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki taraflı borç yükleyen bir sözleşme” olduğu yönündeki tanımdır⁶⁵.

Söz konusu hizmet, ücret karşılığı yapılan bir hizmet olmasından ötürü, her iki tarafa borç yükleyen, ücret karşılığı yapılan ivazlı bir sözleşmedir. Avukatlık Kanunu, ücret alınarak işin yapılmasını zorunlu olarak gösterilmiş olması, vekalet sözleşmesinde ücret konusunda herhangi bir emredici düzenleme yapılmadığı göz önüne alındığında, ayrıksı bir durum teşkil etmiştir. Ücret alınmaması veya yasa gereği belirlenen ücretten az ücret alınması halinde avukat hakkında disiplin soruşturması gündeme gelebilmektedir⁶⁶. Bu durumun bir disiplin suçu teşkil edebilecek olmasının nedeni, yaratacağı haksız rekabet olup, teknik anlamda haksız rekabetin Türk Ticaret Kanunu bağlamında öngörülen bir kurum olması nedeniyle, reklam yasağı olarak açıklanabilir.

Avukatlık sözleşmesinin konusu olan ve avukat tarafından verilen hizmet, yasa işlerinde ve hukuki konularda görüş bildirmek mahkeme huzurunda veya hakem gibi yargı yetkisine sahip benzer merciler karşısında kişilerin sahip oldukları haklara ilişkin dava açmak ve halihazırdaki davalarda savunma yapmak, adliye ve resmi dairelerdeki işlerin takiplerini sağlamak, bütün bu işlere ait evrakları düzenlemektir. Bu anlamda avukatın yaptığı işin Borçlar Kanunu kapsamında bir ‘iş görme’ sözleşmesi olarak adlandırılması mümkündür.

4667 Sayılı Kanun değişikliği ile, Avukatlık sözleşmesi, tanımı yapılamamakla birlikte ismen belirlenmiş kapsamı görmeyi konu edinen yasa ile düzenlenen bir sözleşme olarak yaşamımızda yer almıştır.

Avukatlık sözleşmesi uyarınca avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki, her ne kadar genel anlamda vekalet sözleşmesinin bir alt türü olarak ele alınsa da, tam

⁶⁵ Güner, age, s. 198.

⁶⁶ TBB Disiplin Kurulu, 2000/72 E, 2000/128 K sayılı 23.09.2000 tarihli kararı

anlamıyla bu kalıba uymamakta ve vekalet sözleşmesinin genel özelliklerinden farklı özellikler göstermektedir. Avukatlık Kanunu'nda açık ve net olarak herhangi bir sözleşme tanımı yapılmamış olması nedeniyle başvurmak zorunda kalacağımız Borçlar Kanunu'nun hizmet ve vekalet sözleşmelerini biçimlendirilen kuralları avukatlık sözleşmesini açıklamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesinin kendine özgü kuralları olan 'sui generis' bir sözleşmedir.

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafının baro levhasına kayıtlı avukat olması⁶⁷, Avukatlık Kanunu m. 35 ve m. 63 uyarınca öngörülen bir zorunluluktur. Avukatlık Kanunu m.63 uyarınca, emredici ve aksine davranışı yasaklayan bu düzenlemelere aykırı davranışlar, istisnai durumlar haricinde, baro levhasında yazılı bulunmayanların veya işten yasaklanmış kişilerin, levhaya kayıtlı avukatlara ait yetkileri kullanmaya çalışmaları durumunda, yani avukatlık sözleşmesi yapmaya yönelmeleri durumunda altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ve ağır hapis cezasına çarptırılmaları gündeme gelecektir.

Avukat olmayan bir kişi ile veya avukatlık yetkilerini kullanamayacak durumda olan bir kişiyle yapılan sözleşmeye avukatlık sözleşmesi denemeyeceği ve bu ilişkiye avukatlık sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanamayacağı, koşulları mevcutsa vekaletsiz iş görme hükümlerinin gündeme geleceği açıktır.

1.5.2. Avukatlık Sözleşmesinin Tarafları

1.5.2.1. Avukat

Daha önce de belirtildiği gibi avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak

⁶⁷ Avukatlık Kanunu uyarınca, baro kurulmasını gerektirmeyecek şekilde az sayıda avukatın olduğu illerde, dava vekili sıfatıyla hizmet gören kişiler ile iş sahibi arasındaki ilişki de avukatlık sözleşmesi hükümlerine tabidir.

uygulanmasında yargının kurucu ögesi olan bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan kişidir.

Baro levhasına yazılı olmayan avukat sıfatını almış veya bu sıfatı bulunmayan kişilerin kendisine ait olmayan bir hukuki konuda dava açması, belge düzenlemesi, icra takibi yapması veya avukatlık yetkilerini kullanarak işlem yapması durumunda iş sahibi ile bu kişi arasında oluşan ilişkiyi avukatlık sözleşmesi içinde değerlendirmemiz mümkün değildir⁶⁸.

Avukatlık Kanunu m. 153 uyarınca, belli durumlarda avukatın işten yasaklanarak, avukatlık hak ve yetkilerini kullanmasının engellenmesi öngörülmektedir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesini yapabilecek avukatın, baro levhasına kayıtlı olmasının yanında aynı zamanda işten yasaklanmamış olması da gerekmektedir.

1.5.2.2. İş Sahibi

Avukatlık sözleşmesi yapacak iş sahibinin avukat ile sözleşme yapma iradesini bizzat ortaya koyması, gerekli görüşmeleri yapıp, yapılacak hukuksal yardım ve diğer konularda karşılıklı iradelerin uyuşması halinde avukatlık sözleşmesini yapması olağan ve yaygın bir uygulamadır⁶⁹.

Serbestçe düzenlenmesi öngörülmüş olan avukatlık sözleşmesinin kurulmasında avukat tarafından veya vekil edence taahhüt edilen veya verilen bir bedel yada herhangi bir fayda karşılığında avukata iş verilmesine aracı olunmasını yasaklanmış, hapis cezası ile yaptırıma tabi tutulmuş bir fiildir⁷⁰.

İş sahibi, kimi nedenlerden ötürü bizzat avukat ile sözleşme yapamayabilir. Böyle durumlarda karşılaşılabileceğini öngören iş sahibi, güvendiği birine avukatla

⁶⁸ Güner, age, s. 233.

⁶⁹ Güner, age, s. 229.

⁷⁰ Güner, age, s. 229.

sözleşme yapmak ve avukata vekalet vermek üzere vekaletname vermiş olabilir. Vekilin avukatla avukatlık sözleşmesi yapabilmesi için vekaletname ile yetkilendirilen vekilin, vekaletnamesinde avukatlık sözleşmesi yapabilmesi için açık yetkisinin bulunması gerekmektedir⁷¹. Avukatın, böyle bir yetki verilmemiş olan bir kişiyle avukatlık veya ücret sözleşmesi yapması halinde, bu sözleşme iş sahibini bağlamayacaktır⁷².

Kişinin kendisine ait olmayan bir işin görülmesi için ücretin ödemek koşuluyla avukatla sözleşme yapması da mümkündür⁷³. Bu gibi sözleşmelerde avukatlık ücretini üçüncü şahıs yararına sözleşme yapan kişinin ödemesi gerekmektedir. Avukatın lehine sözleşme yapıldan maddi bir talebi olmayacaktır.

1.5.3. Avukatlık Sözleşmesinin Kurulması

İş sahibinin belli bir konuda hukuki yardım isteme iradesinin avukata ulaşması ve avukatın da buna olumlu yanıt vermesiyle ortaya çıkan avukatlık sözleşmesi farklı şekillerde kurulabilmektedir. İş sahibi ile avukatın karşılıklı görüşmeleri sonucu avukatın iş sahibinin hukuki sorununun avukata iletip yardım istemesinden sonra avukatın, sorunun çözümünde yardımcı olacağına karar verip bunu iş sahibine ilemesiyle doğrudan olarak avukatlık sözleşmesi kurulmuş olur⁷⁴.

Avukatlık sözleşmesinin kurulmuş olması için, tarafların avukatlık sözleşmesinin esaslı noktalarında uyuşmaları yeterli olacak, ikinci derecedeki esaslı olmayan noktaları konuşmamaları veya yeterli açıklıkta üzerinde birleşmemeleri sözleşmenin oluşmasını engellememektedir. Ücret, hukuksal sorunun teknik

⁷¹ Güner, age, s. 230.

⁷² Güner, age, s. 230.

⁷³ Yrg. 13. HD. 1993/3121 E, 1993/4224 K sayılı 14.05.1993 tarihli kararı “*ücret sözleşmesi ile avukata verilen işin mutlaka sözleşmeyi yapan kişinin işi olması gerekmez. Kişiler kendilerine ait olmayan bir işi de ücretin ödemek koşuluyla bir avukata gördürebilirler. Çünkü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca bunu engelleyen bir hüküm yoktur. Olayımızda, davacı ile davalı arasında yapılan ücret sözleşmesi geçerli bir sözleşme olduğundan tarafları bağlar.*” (Aydın, age, s.151)

⁷⁴ Güner, age, s. 234.

anlamdaki çözüm yöntemi gibi konular olup, yanların bunlar üzerinde konuşmamış olmaları sözleşmenin kurulması açısından bir eksiklik oluşturmayacaktır⁷⁵.

Avukatlık sözleşmesinin dolaylı olarak kurulması da mümkündür. Örneğin, iş sahibinin telefonla avukattan yardım istemesi halinde avukatın bu konuda yardımda bulunma iradesini iletmesi durumunda sözleşmenin dolaylı olarak kurulması söz konusu olmaktadır⁷⁶. Ayrıca, iş sahibinin avukatla görüşmeden, onun olurluğunu almadan avukat adına noterden vekaletname çıkarıp yapılacak hukuki yardım konusunu belirten bir notla bunu avukata gönderip avukatın da o vekaletnameyi alıp mahkemedeki dosyaya sunması da avukatlık sözleşmesinin dolaylı olarak kurulmasına örnek bir durumdur.

1.5.4. Avukatlık Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesinin Karşılaştırılması

Avukatlık Kanunu m. 163 uyarınca, avukat ve iş sahibi arasındaki ilişki avukatlık sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve böylece de bu sözleşmenin Borçlar Kanunu kapsamında ele alınan sözleşmelerden farklı bir sözleşme olduğu sonucu ortaya çıkmıştır.

Avukatlık sözleşmesi vekalet sözleşmesinin bir türü olarak gözüke de, yukarıda birçok defa değindiğimiz gibi, iki sözleşme çok temel konularda farklılık göstermekte ve farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nda tanımı yapılmış olan vekalet sözleşmesi ile Avukatlık Kanunu'nda açık ve net bir tanımı yapılmamış olan avukatlık sözleşmesinin karşılaştırılarak, farklarının ortaya koyulması gerekmektedir.

⁷⁵ Güner, age, s. 235.

⁷⁶ Güner, age, s. 235.

1.5.4.1. Ücret Açısından

Vekalet sözleşmesi uyarınca vekil, yükümlendiği veya yönettiği işe yönelik vekil eden ile arasındaki sözleşmede belirtilmiş veya açıkça belirtilmemiş olsa da yaptığı işin mahiyeti gereği ücrete hak kazanacağına yönelik bir gelenek varsa, ücrete hak kazanacaktır. Bu sebepten dolayı, yukarıda da değinildiği gibi, vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı sözleşme niteliğindedir. Bunun yanında, Avukatlık Kanunu m.164 uyarınca avukat ile iş sahibi arasında Türkiye Barolar Birliği tarafından kararlaştırılan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin altında olmayan bir avukatlık ücretinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir⁷⁷. Avukatlık sözleşmesi, istisnai bir durum dışında⁷⁸ ücretsiz yapılması kanunca yasaklanmıştır. Bu yasağın amacı, ücretsiz dava almanın reklam amaçlı, salt ün kazanmaya yönelik yapılmak suretiyle haksız rekabete yol açabileceği gerçeğidir⁷⁹. Burada bahsedilen ücret, tamamen avukatlık sözleşmesi bağlamında avukatın hak kazandığı ücret olup, sürdürülen hukuki süreci başarıyla tamamlanıp istenen sonuca ulaşılması üzerine karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu ve uygulamada 'vekalet ücreti' olarak adlandırılan ücretten farklıdır. Hatta avukatlık ücretinin, vekalet ücretinden ibaret olacağı şeklindeki anlaşma da ücretsiz çalışma yasağını ihlal edici niteliktedir⁸⁰.

Avukatlık hizmetinin mutlak suretle ücret karşılığı verilecek olması, ücretin mutlaka avukatlık sözleşmesi ile kararlaştırılmış olmasını gerektirmez. Ücret, sözleşme kurulduktan sonraki bir evrede de belirlenebilir veya belirlenen miktar değiştirilebilir. Ayrıca, ücretin avukatlık sözleşmesi ile kararlaştırılmış olmasına rağmen, sözleşmenin yazılı yapılmaması durumunda ortaya ispat sorunu çıkacaktır. Bu gibi durumlarda yapılması gereken, ücrete ilişkin itirazları incelemeye yetkili merciiye başvurarak davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir

⁷⁷ Güner, age, s. 201.

⁷⁸ Avukatlık Kanunu m.164/4 uyarınca, avukatın kayıtlı olduğu baronun yönetim kurulunun izin vermesi durumunda ücretsiz dava alınabilmekte olup, bu izin son derece istisnai hallerde verilebilmektedir.

⁷⁹ TBB Disiplin Kurulu, 1976/60 E., 1977/10 K. sayılı, 05.03.1977 tarihli kararı.

⁸⁰ TBB Disiplin Kurulu, 1992/65 E., 1992/76 K. sayılı, 19.09.1992 tarihli kararı.

miktarın avukatlık ücreti olarak belirlenmesini istemektir⁸¹. Ücret istemine konu olacak iş, değeri parayla ölçülemeyen dava ve işlerden ise bu durumda avukatlık asgari ücret tarifesi üzerinden avukatlık ücretinin belirlenmesi yasa tarafından öngörülmektedir.

1.5.4.2. Her İki Sözleşmenin Şekilleri Açısından

Vekalet sözleşmesinin geçerliliği, kural olarak bir şekil koşuluna bağlı değildir⁸². Fakat danışma dışındaki avukatlık hizmetlerinde, avukatlık ilişkisinin oluşabilmesi için noter tarafından düzenlenmiş ve ‘vekaletname’ olarak adlandırılan temsil belgesinin bulunması zorunludur⁸³. Bu ifadeden çıkarılacak sonuç, vekaletnamenin avukatlık sözleşmesinin yazıya dökülmüş hali olduğu değil, avukatlık sözleşmesinin varlığını merciiler önünde kanıtlayan bir belge olduğudur. Avukatlık Kanunu m. 163 uyarınca da avukatlık sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekil öngörülmemiştir. Bu bakımdan avukatlık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında şekil açısından bir fark bulunmamaktadır.

1.5.4.3. Tarafların Sıfatları Açısından

Vekalet sözleşmesinde vekil olabilecek kişiler açısından, fiil ehliyetine sahip olma zorunluluğu dışında, herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Medeni Kanun m.10 uyarınca yeterli nitelikleri taşıyan herkes vekil olarak görevlendirilebilir.

İki sözleşme arasındaki çok açık farklardan biri de, vekalet sözleşmesinin son derece asgari bir koşul olarak sayılabilecek fiil ehliyetine sahip kişiyle yapılabilmesine rağmen, avukatlık sözleşmesinin sadece, baro levhasına kayıtlı ve avukatlıktan yasaklanmamış kişi olan avukatla yapılabilmesidir.

⁸¹ Güner, age, s. 201.

⁸² Erem, Faruk; Sosyal Açından Avukatlık Ücreti, İBD, Y.1972, s. 1079.

⁸³ Y.İ.B.K., 1959/14 E, 1959/6 K. sayılı, 04.02.1959 tarihli kararı.

1.5.4.4. Tarafların Yükümlülükleri Açısından

TBK m. 504/1 uyarınca, vekalet sözleşmesinde vekilliğin kapsamı açıkça gösterilmemiş ise, bunun kapsam ve sınırı işin niteliğine göre belirlenmektedir. Takip eden maddeler uyarınca, vekil edenin açık arzusuna aykırı iş yapılamayacağı, talimat alınmasının mümkün olmadığı durumlarda müvekkilin olur vereceği önceden anlaşılabilen biçimde davranılacağı ve üstlenilenin müvekkile karşı en iyi biçimde yapılacağı belirtilmiştir.

Vekalet sözleşmesine ilişkin öngörülen bu genel düzenlemeler avukatla iş sahibi arasındaki ilişki açısından da geçerli olmakla beraber avukatın hak ve yükümlülükleri bu kadarla sınırlı değildir. Avukatın, taraflar arasında yapılmış olan avukatlık sözleşmesinde öngörülmemiş olsa da, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevleri bulunmaktadır. Meslek kuralları ve Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan bu görevleri genelde emredici normlardır. Taraflara tanınan serbesti, işi alıp almama, ücretini belli sınırlar içinde saptama, sözleşmeden vazgeçme, azil gibi konularla sınırlıdır⁸⁴.

İş sahibi tarafından dava ve işlerin takibi için çıkartılan avukatlık vekaleti, avukatın bürosuna bırakılması ve iradesini kısaca açıklaması avukata yapılmış icap olarak sayılmakta⁸⁵, avukatın da bu icabı doğrudan veya dolaylı olarak kabul edip, belgeyi bir hukuksal uyumsuzluk kapsamında kullanmış olması, yanlar arasında avukatlık sözleşmesinin oluşması için yeterlidir.

Avukatın sorumluluğunun kapsamının sürekli genişlediği günümüzde, avukatın ücret almaksızın verdiği bilgilerin, telefon ya da başka bir suretle sorulan soruya verilen yanıtın dahi sözleşme oluşması açısından yeterli görüldüğü ve avukatın hukuksal sorumluluğunun doğduğu kabul edilmektedir⁸⁶.

⁸⁴ Güner, age, s. 203.

⁸⁵ Aday, age, s. 112.

⁸⁶ Aday, age, s. 158.

Dolayısıyla, avukatlık sözleşmesi açısından taraflara yüklenen hak ve yükümlülükler, Borçlar Kanunu tarafından vekalet sözleşmesine ilişkin olanlarla sınırlı olmayıp, farklı düzenlemelere tabidir.

1.5.4.5. İşe Son Verme ve İşten Çekilme Yönünden

Vekalet sözleşmesinde işten çekilme ve işe son verme konusunda taraflara tam ve geniş bir yetki tanıyan TBK m. 512 uyarınca vekalet veren kişi ve vekil atanan sözleşmeyi tek taraflı olarak her zaman sona erdirebilirler. Bu durum, vekalet sözleşmesinin ücretsiz yapılabilecek olmasının doğal sonucudur⁸⁷. Sözleşmenin uygunsuz bir zamanda feshedilmesi halinde doğabilecek zarar, genel hükümler doğrultusunda müvekkile tazminat isteme hakkı tanır.

Avukatlık sözleşmesinde ise, azil ve çekilme hakkının var olduğu kabul edilmekle beraber, bu hakkın haklı bir neden olmaksızın kullanılması halinde tazminatın da ötesinde yaptırım öngörmektedir. Azleden tarafın iş sahibi olması durumunda, bu yaptırım avukatın ücretinin aynen ödenmesi şeklindedir. Avukat da özgür bir şekilde davadan çekilebilmekte ise de, çekilme iradesinin iş sahibine ulaşması koşulunun yanı sıra, HMK m.81 ve devamı ile Avukatlık Kanunu m.41’de yer alan başka koşullara ve sınırlamalara da uymakla yükümlüdür⁸⁸. Haklı sayılabilecek bir nedeni olmaksızın vekillikten çekilen avukatın ücretinin ödenmemesinin yanı sıra gibi peşin olarak almış olduğu ücreti de geri vereceği öngörülmektedir.

⁸⁷ Güner, age, s. 204.

⁸⁸ Güner, age, s. 205.

1.5.5.6. Tazminat İsteklerinde Zamanaşımı Süreleri Bakımından Farklılık

TBK m. 147/5 uyarınca, vekalet sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklarda beş yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır. Buna karşılık, Avukatlık Kanunu m. 40 hükmüne, iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmesi halinde düşecektir.

1.6. AVUKATIN MÜVEKKİLE KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Avukatın yanlış hukuki görüş bildirme, yanlış hukuki yol seçme veya özen ve sadakat yükümlülüklerinin ihlali gibi sözleşmesel ilişkinin ve yükümlülüklerinin ihlali neticesinde hukuki sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁸⁹. Daha sonraki bölümlerde de üzerinde duracağımız üzere, avukatın sözleşmesel sorumlulukları nedeniyle müvekkili zarara uğratan davranışlarının her biri, maddi tazminat borcu doğuracağından birer risk oluşturur⁹⁰.

Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Meslek Kuralları, avukatların üstlendikleri kamu hizmetini gerektiği gibi yerine getirilmelerini sağlamaya yönelik olarak bazı yükümlülükler içermektedir. Bunun yanı sıra, genel yasa niteliğindeki Borçlar Kanunu'nda avukatlara uygulanan borç ve yükümlülükler getirilmiştir. Bunun yanında, gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, gerek Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da kimi sınırlamalar mevcuttur.

Avukatların, mesleklerini icra ederken uyması gereken bu yükümlülükleri, iş sahibine; hakim ve savcılara; meslektaşlarına ve meslek örgütüne; iş sahibine olan yükümlülükler olarak sayılabilir. Konumuz gereği, burada avukatın sadece iş sahibine, müvekkiline karşı sorumluluğu incelenecektir.

⁸⁹ Şenocak, Zarife; Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 331.

⁹⁰ Şenocak, age, s. 331.

1.6.1. Özen Yükümlülüğü

Borçlar Kanunu uyarınca vekalet sözleşmesine ilişkin olarak öngörülen özen borcunun, avukata yüklenilmesi gereken özen borcundan daha dar kapsamlı oluşu nedeniyle ve daha önce de belirttiğimiz üzere avukatlık sözleşmesinin nitelikleri ve sözleşmeden doğan sorumluluğun vekalet sözleşmesi ile açıklanmasının yeterli olmaması nedeniyle, avukatın tabi olacağı özen yükümlülüğü Avukatlık Kanunu uyarınca daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Vekilin özen yükümlülüğünü düzenleyen TBK. m. 506 uyarınca genel olarak işçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen hükümlere yollama yapılmakta ve ikinci fıkrada müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlü olduğunu ifade edilmektedir⁹¹. İşçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 396/1, işçinin üstlendiği şeyi özenle yerine getirmek zorunda olduğunu ifade etmekte, ikinci fıkrada ise kasıt ve ihmalin veya dikkatsizlik nedeniyle iş sahibine verdiği zarardan dolayı sorumlu olduğu ve işçinin özen derecesinin belirlenmesinde mesleki bilgisi, eğitimi, sözleşme ilişkisinin şartlarının etkili olduğu belirtilmektedir⁹².

TBK m. 506/2 uyarınca vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir biçimde yerine getirmekle yükümlüdür. İyi bir biçimde ifa etmekten kasıt, sadakat ve özen içinde ifadır⁹³. Fakat mehzaz yasa olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 398/2. maddesi uyarınca, 'sadakat ve özen' kavramları bu madde uyarınca vekilin üstlendiği yükümlülüğü anlatmak konusunda daha yeterlidir⁹⁴.

Sadakat yükümlülüğü, vekilin bir başkasına ait bir işi görmesi nedeniyle işini gördüğü kimsenin çıkarını kollama ve iradesine uygun davranma yükümlülüğüdür⁹⁵. Sadakat, dostluk ve doğruluk anlamlarına gelen bir sözcüktür⁹⁶. Sadakat

⁹¹ Şenocak, age, s. 431.

⁹² Şenocak, age, s. 431.

⁹³ Yavuz, age, s. 598.

⁹⁴ Güner, age, s. 312.

⁹⁵ YHGK. 1993/1-79 E., 1993/195 K. sayılı, 05.05.1993 tarihli kararı "*vekalet sözleşmesi büyük ölçüde, vekil ile vekil edenin karşılıklı güvenine dayanır. Vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, ona zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır*".

⁹⁶ Özön, Mustafa Nihat; Osmanlıca-Türkçe Sözlük; İstanbul 1969; s. 617.

yükümlülüğü kapsamında avukat, müvekkilinin çıkarlarına uygun davranışlarda bulunmak ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altına girmektedir⁹⁷.

Sadakat yükümlülüğü olarak açıklanan ve objektif iyiniyet kurallarının⁹⁸ bir yansıması olarak adlandırılan yükümlülüğün, vekalet sözleşmesi kapsamında ayrıca belirtilmesi ve buna sorumluluğa yönelik herhangi bir açıklık getirilmesine gerek bulunmamaktadır. İşin gereği olarak bu yükümlülük kendiliğinden doğmaktadır⁹⁹. Vekil, üstlendiği işi öncelikle müvekkilinin gerçek ve olası iradesini öne çıkararak, ikinci planda da çıkarını göz önünde bulundurarak ve bu ikisini bağdaştırmak suretiyle üstlendiği görevi dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yerine getirmelidir¹⁰⁰.

Vekalet sözleşmesinin kurulmasının ardından iş sahibi tarafından avukata, tevdi etmiş olduğu işi nasıl göreceğini belirten, tek taraflı ve avukata yöneltilmiş bir irade beyanı talimat olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹.

Talimat, tek taraflı bir irade açıklaması olup, talimatın geçerliliğinin sağlanabilmesi için vekilin kabulüne gerek duyulmamaktadır. Talimat iş sahibi tarafından her zaman sona erdirilebilir yahut sınırlandırılabilir. Bunun yanında, vekile de bu doğrultuda bir serbesti tanınmış olup, iş sahibinin değişen talimatlarını beğenmediği veya benimsemediği takdirde vekaleti bırakması mümkündür. Vekil, önceden iş sahibinin tüm talimatlarına uymayı kabul etmiş olsa da, vekaletten her zaman ayrılabilir. Talimatın geçerliliğinin sağlanabilmesi için vekilin kabulüne gerek duyulmamaktadır. Talimat iş sahibi tarafından her zaman sona erdirilebilir yahut sınırlandırılabilir. Bunun yanında, vekile de bu doğrultuda bir serbesti tanınmış olup, iş sahibinin değişen talimatlarını beğenmediği veya benimsemediği takdirde vekaleti bırakması mümkündür. Vekil, önceden iş sahibinin tüm talimatlarına uymayı kabul etmiş olsa da, vekaletten her zaman ayrılabilir.

Sadakat yükümlülüğü olarak tanımladığımız yükümlülük, özen yükümlülüğünden farklı olarak işin tamamlanması ile sona ermemektedir. Hastasını ameliyat eden doktorun ameliyata ilişkin sırları saklama yükümlülüğü, avukatın

⁹⁷ Yrg. 1.H.D. 1995/11443 E, 1995/12592 K sayılı, 02.10.1995 tarihli kararı.

⁹⁸ Yrg. 4.H.D. 1973/3098 E, 1974/865 K sayılı, 22.02.1974 tarihli kararı.

⁹⁹ Güner, age, s. 312.

¹⁰⁰ Tandoğan, age, s. 407.

¹⁰¹ Donay, Süheyl; Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlükle Hareket Etme Borcu; Batıder Cilt V; 1970, s. 735

üstlenmiş olduğu dava sona ermiş ve kararın kesinleşmesine rağmen, vakıf olduğu sırları açığa vuramaması örneklerinde olduğu gibi sadakat, vekalet alınmasından vekilin ölümüne kadar süren bir zaman zarfı içinde geçerli olmaktadır. Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesinin farklarından birini oluşturan vekilin sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyeti özenle yapmamasından sorumlu olması, özen sorumluluğunu açıklayan bir kıyaslamadır¹⁰². Müvekkilin ölümü de avukatın sadakat sorumluluğunu sona erdirmeyecektir.

TBK m. 506 özenle ifa yükümlülüğünü düzenlemiştir. Buna göre, vekil hizmet sözleşmesinde işçinin göstermekle sorumlu olduğu özenin benzeri şekilde bir özenden sorumludur. Kanun tarafından yapılan bu atıf doğrultusunda, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işverenin, işçinin iş sözleşmesini sona erdirilmesi için, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanması gerekliliği vekalet ilişkisini de ilgilendirmektedir.

TBK m. 396 uyarınca, özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi ve somutlaştırılması açısından iki ölçüt öngörülmüştür. Objektif ölçüt gereği, görülecek işin çeşidi, zorluk derecesi, işi yerine getirmek için gerekli olacak öğrenim ve mesleki bilgiyi göz önünde bulundururken, subjektif ölçüt ise işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken yeteneklerinin ve diğer niteliklerinin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bir yandan iş gücü ve belli bir mesleki bilgiyi gerektiriyorsa özen yükümlülüğü daha fazla aranmakta, bunun yanı sıra işçinin nitelikleri de ondan istenebilecek özeni gerektiğinde azaltabilmektedir¹⁰³.

Vekalet sözleşmesinin sınırları sözleşme hükümlerince belirlenmektedir. Sözleşme, vekile aşırı bir özen yükümlülüğü getirmiş ise, öncelikli olarak yapılması gereken özen yükümlülüğünün sınırlarının saptanmasıdır. Sözleşmede özen yükümlülüğünün sınırları belirtilmemişse veya açıklık yoksa, o zaman işçi için getirilen ve yukarıda değindiğimiz objektif ve subjektif ölçütleri uygulayarak özen

¹⁰² Güner, age, s. 313.

¹⁰³ Yrg. 9. H.D. 1992/3068 E, 1992/10904 K sayılı, 06.10.1992 tarihli kararı.

yükümlülüğün sınırları çizilmelidir¹⁰⁴. Burada vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine iş normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunma ölçütü ile özen yükümlülüğünün ele alınması gerekmektedir¹⁰⁵.

Bunun yanında, özen yükümlülüğünün belirlenmesinde önemi olan bir diğer konu da ücrettir. Vekillik ücret karşılığı yapılmaktaysa, özen yükümlülüğü ücretsiz vekilliğe göre daha fazla olmaktadır. TBK. m. 114/1 uyarınca vekaletin ücretsiz yapılması durumunda sorumluluğun daha az bir şekilde takdir olunabileceği, fakat bunun güven ilkesini zedelemeyecek şekilde uygulanması gerekmektedir¹⁰⁶.

Vekilin özenle hareket etmiş sayılabilmesi için, tedbirli ve basiretli bir biçimde hareket etmesi gereklidir ki bu da ona, bir kusur sorumluluğu yüklemektedir¹⁰⁷. Avukat, meydana gelen zarardan kusuru oranında sorumlu olacak ve bu oranda tazminat yükü doğacaktır.

Avukatlık Kanunu m. 34 uyarınca, avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Avukatın özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, sonuçtan avukatın sorumlu tutulabilmesine yol açmaktadır. Avukatlık Kanunu m. 34 kapsamında öngörülen özen borcu, TBK m.506 uyarınca düzenlenen vekilin özen borcuna özel bir düzenleme niteliğinde olduğundan avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde öncelikle uygulanma hakkına sahiptir¹⁰⁸. Sorumluk kapsamında, zararı tazmin yükümlülüğü şeklindeki hukuki yaptırımların yanı sıra eğer bir başka madde kapsamına girmiyorsa Türk Ceza Kanunu 257. maddesi uyarınca cezalandırma ve

¹⁰⁴ Yrg. 4. H.D. 1992/3068 E, 1992/10904 K sayılı, 06.10.1992 tarihli kararı.

¹⁰⁵ Güner, age, s. 314.

¹⁰⁶ Tandoğan, age, s. 411.

¹⁰⁷ Donay, age, s. 736.

¹⁰⁸ Tandoğan, age, s. 412.

Avukatlık Kanunu m.134 ve takip eden maddelerindeki disiplin işlem ve cezalarına tabi tutulma gibi ceza yaptırımları öngörülmektedir.

Daha önceden de belirtildiği gibi, avukatın sorumluluğu, sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir sorumluluktur. Avukatın sadakat ve özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılırken, yaşam deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerektiği, iş görülürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil; bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumlu olacağı göz önünde tutulmalıdır. Bunun yanında, işin sadakatle ve özenle yürütülmesi halinde ise, istenilen sonuca erişilmemiş olsa bile ifa vardır. Avukat, kendisinden beklenen tüm özeni göstermiş olmasına rağmen, meydana gelen istenmeyen sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır¹⁰⁹. Özen borcu, vekilin işi yürütürken amaçladığı sonucun elde edilmemesinden değil, bu amacı elde etmek için faaliyetin özenle görülmesi sorumluluğudur¹¹⁰.

Avukatın özen yükümlülüğü, Borçlar Kanunu kapsamında ele alınan alelade özen yükümlülüğünden daha kapsamlıdır. Avukat, iş sahibine en iyi şekilde yardım etmekle yükümlü bir mesleğin mensubudur¹¹¹.

Avukatla iş sahibi arasında yapılan sözleşmeye göre, özen yükümlülüğünün ölçüsü; avukatın iş sahibince bilinen bilgi ve kültür derecesi, mesleki bilgisi, yeteneği ve diğer niteliklerine göre belirlenmelidir¹¹². Bu ölçüt uyarınca, avukatların, alanlarının uzmanı olarak kabul edilen profesyoneller oldukları, kural ve yöntemleri bildikleri ve uygulayabildikleri varsayılmaktadır.

¹⁰⁹ Yrg. 13. H.D. 1990/7902 E., 1991/1070 K. sayılı, 05.02.1991 tarihli kararı.

¹¹⁰ Yavuz, age, s. 598.

¹¹¹ Yrg. 13. HD. 1990/8301 E, 1991/2325 K sayılı, 01.03.1991 tarihli kararı.

¹¹² Güner, age, s. 316.

Avukat, olayları mantıklı bir şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almakla yükümlüdür¹¹³. Mesleğinin yerine getirilmesiyle ilgili kuralları iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılmış olan değişiklikleri de olanaklarını kullanarak takip etmek ve bilgisini güncel tutmak zorundadır. Duymama, bilmeme gibi özürler avukatlıkta gerekçe olarak kullanılamaz¹¹⁴.

Avukatın yasaları bilmemesi kabul edilemez bir durumdur. Bürosunu yeterince örgütlememiş olması, meslek dergilerinde çıkan yeni kararları izlememesi, dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip boşuna vakit kaybetmesi sonucu yasal süreleri kaçırmaması durumunda avukatın müvekkiline karşı hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir¹¹⁵. Yasalardaki değişiklikleri, çıkarılan yasaları ve diğer normları takip ediyor olması gerekmektedir. Yargıtay, bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi kararına atıfta bulunarak meslek dergilerinde çıkan bir kararı bilmeyen bir avukatı sorumlu tutmuştur¹¹⁶.

TBB tarafından yayınlanan Avukatlık Meslek Kuralları m. 38/2 uyarınca avukat, zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmemelidir. Aynı doğrultuda başka bir hüküm Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları uyarınca da benimsenmiştir¹¹⁷.

Avukat, aldığı işin uzmanlık alanına girmediğini yahut uzun bir süreden beri hastalığı nedeniyle yasal değişiklikleri takip edemediğini ileri sürerek sorumluktan kurtulmaz. Avukatlık Kanunu buna yönelik olarak avukata işi reddetme hakkını tanımıştır¹¹⁸. Fakat daha ileri bölümlerde inceleneceği gibi, kimi durumlarda avukatlara sorumluluktan kurtulma imkanları tanınmıştır.

Özen yükümlülüğün bir uzantısı olarak düşünülebilecek bir başka yükümlülük de, hukuken aydınlatma yükümlülüğüdür. Avukatı bilgilendirme, iş

¹¹³ Yrg. 13. H.D. 1992/3413 E, 1992/3900 K sayılı, 27.04.1992 tarihli kararı.

¹¹⁴ Tandoğan, age, s. 411.

¹¹⁵ Tandoğan, age, s. 412.

¹¹⁶ Müderrisoğlu, age, s. 305.

¹¹⁷ Güner, age, s. 317.

¹¹⁸ Güner, age, s. 317.

sahibine düşen bir yükümlülük olmamakla beraber, avukatın, konunun aydınlanması için anlatılanlarla yetinmeyip, iş sahibinin bilgisizliğini veya önem vermeyip açıklamamış olabileceğini düşünerek yönelteceği sorularla konuyu aydınlatması ve iş sahibinin bilgi verme yükümlülüğünün tamamlanmasına yardımcı olması gerekmektedir¹¹⁹. Yargıtay, iş sahibinden gerekli bilgileri istediğini kanıtlama yükünü avukatın üzerine bırakmaktadır¹²⁰. Özen yükümlülüğünün konusu, vekilin iş görme ile amaçlanan sonuca ulaşması bakımından yaşam deneyimleri ve işlerin normal akışına göre gerekli davranışları ve girişimleri gerçekleştirmesi ve istenen başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınılmasıdır¹²¹.

Avukat, iş sahibi tarafından kendisine aktarılan sözlü bilgilerle yetinmemeli, kendisine verilen belgeleri, yazışmaları, mahkeme dosyalarını da mutlaka incelemelidir¹²². Burada avukata yüklenen yük, somut olay hakkında ayrıntılı araştırma yapmak olmamalıdır. Zira avukat dedektif veya istihbarat elemanı değildir¹²³.

Emredici talimat, iş sahibinin direktiflerine sıkı sıkıya bağlı kalınması ve her zaman uyulması gereken talimatlardır. Talimatın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı bir yorum sorunudur. Eğer emredici talimat ile yapılması istenen iş sahibinin açıkça aleyhine ise, yahut talimat iş sahibinin arzuladığı sonuca hizmet etmekten uzak ise, vekilin iş sahibini uyarmasına rağmen iş sahibinin talimatı konusunda ısrarcı olması durumunda, avukatın yapması gereken Avukatlık Kanunu m.53 uyarınca öngörölmüş olan tutanağı düzenlemek suretiyle Avukatlık Kanunu m.174 uyarınca tanınan yetkiye dayanarak vekillikten ayrılarak işi bırakması uygun bir davranış olur. Aksi takdirde sırf ücrete hak kazanmak amaçlı olarak uzmanlığının gereklerine aykırı bir

¹¹⁹ Şenocak, Zarife; Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları; Ankara Barosu Dergisi 1998; s.2, s. 12.

¹²⁰ Yrg. 4. H.D. 1964/603 E, 1964/6695 K sayılı, 08.07.1964 tarihli kararında, nedenleri bildirmeden düzenlenen dilekçenin vergi itiraz komisyonunca reddedileceğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu biçimde dilekçe düzenleyen avukatın, istediği halde müvekkilinin itiraz nedenlerini bildirmediğini ispatlamadıkça zararlı sonuçtan sorumlu olacağına karar vermiştir.

¹²¹ Özkan, age, s. 178.

¹²² Güner, age, s. 318.

¹²³ Şenocak, agm, s. 11.

talimatı yerine getirerek kötü bir ün kazanmış olacak, büyük olasılıkla da meslek örgütüne disiplin cezasıyla karşılaşacaktır¹²⁴.

İhtiyari talimatta ise, vekile sadece öneride bulunma şeklinde götürülen bir talimat söz konusu olması nedeniyle avukatın iş sahibinin çıkarını daha iyi bir biçimde koruyabilmek adına, talimata uymaması ve kendi iradesi doğrultusunda işlem yapabilmesi mümkündür.

TBK m. 505 kapsamında öngörülen talimat dahilinde idare yapılması ilkesi uyarınca, avukat iş sahibinin açık talimatına karşı koyamayacaktır. Fakat durumun gereğine göre iş sahibinden izin alma olanağı bulunmamakla beraber, eğer olanak bulunup da sorulsaydı iş sahibinin her halde izin verecek olduğu durumlarda, talimatın dışına çıkması mümkün bulunmaktadır¹²⁵. Buna göre avukatın böyle bir hak kullanabilmesinin iki koşulu vardır. Birincisi iş sahibine sorup ondan açık talimat alma olanağının bulunmaması, ikincisi olanak bulunup iş sahibine sorulsaydı bile onun talimata uymama konusunda avukata izin vereceğinin kabul edilmesi durumudur.

Avukat, iş sahibinin her isteğini, her koşulda yerine getirmek zorunda değildir¹²⁶. Avukatlık, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlü bir kamu hizmetidir¹²⁷. İş sahibinin ulaşılmasını istediği amacı belirlemesi, işin yapımındaki ana konuları belirlemesi doğaldır. Fakat amaca ulaşmaya yönelik olarak kullanılacak araçların belirlenmesi işi avukata bırakılmalıdır. Avukat, çok temel konularda iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olmalıdır ki bunlar, bir haktan vazgeçme sonucunu doğuracak işlemler¹²⁸, itiraz veya

¹²⁴ Güner, age, s. 318.

¹²⁵ Yrg. 4. H.D. 1980/194 E, 1980/4545 K sayılı, 07.04.1980 tarihli karar "*Vekil, Borçlar Kanunu kurallarına göre sözleşme ile üzerine aldığı borçların yerine getirilmesi konusunda iş sahibinin talimatına ve talimat alınamayacak durumda normal olarak bu talimat ne yolda olacak idi ise, ona göre davranmak zorunluluğundadır*".

¹²⁶ TBB Yönetim Kurulu'nun 2003/262 E, 2003/2519-36 K sayılı, 07.06.2003 tarihli kararı "*Şikayet edilen avukat, 'diplomatik sahtekarlık' sözünün mutlaka yazılmasını müvekkilin istediğini belirtmiştir. Sırf müvekkilin istemesi dolayısıyla böyle bir ifadenin yazılması avukatın bağımsızlığı ile bağdaşmadığı gibi müvekkilin isteği avukata kimseye hakaret hakkını vermez*".

¹²⁷ Güner, age, s. 319.

¹²⁸ TBB Disiplin Kurulu, 1995/37 E, 1995/41 K, 10.06.1995 tarihli kararı.

temyiz yoluna gitmeme¹²⁹, davanın tamamen veya kısmen kabulü veya bir davanın bir kısmından vazgeçme, yargılama giderlerinden vazgeçilmesi, zamanaşımı ve borcun ifa edilmediği, takas ve mahsup gibi savunma ve itiraz nedenleri gösterilebilir¹³⁰.

Avukat hak yitirmeye neden olacak vazgeçme durumlarında iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olmasının yanı sıra talimatın yazılı bir belgeye dayalı olması da gerekmektedir¹³¹. Avukatın, vazgeçme anlamına gelen işlerde iş sahibinin yazılı olurunu alması zorunlu olup, vazgeçme eyleminde iş sahibinin zarar görüp görmeyeceği önemli olmayıp avukatın her halde vazgeçmeyi düşündüğü konuyu iş sahibine bildirip yazılı olurunu alması istenmektedir¹³².

Avukat yüklendiği işte tahsil ettiği parayı geciktirmeden iş sahibine veya onun yazılı talimatındaki kişiye aktarmakla yükümlüdür. İş sahibi adına veya iş sahibine iletilmek üzere bir başkasına ödeme yapılıyorsa mutlaka iş sahibinin açık ve yazılı talimatını alması gerekmektedir¹³³.

Avukata verilen talimatın uzun bir süre yerine getirilmeyip önemli sayılacak bir aradan sonra uygulamaya koyulması halinde, avukatın iş sahibini arayarak durumda değişiklik olup olmadığını, işin görülmesi gerekip gerekmediğini sorması ve yeniden talimat alması, vekilin göstermesi gereken önem ve ihtimamın gereği sayılmaktadır¹³⁴.

¹²⁹ TBB Disiplin Kurulu, 1997/75 E, 1997/98 K, 11.10.1997 tarihli kararı.

¹³⁰ Uçar, age, s. 29.

¹³¹ TBB Disiplin Kurulu, 1998/15 E, 1998/54 K sayılı, 25.04.1998 tarihli kararı “Ancak, bir haktan vazgeçme sonucu doğuracak işlemlerde iş sahibinin yazılı muvafakatının alınması zorunludur. Avukatın bir kararı temyizinde yarar olup olmadığı konusunda hukuki görüşe sahip bulunması doğal olmakla birlikte, temyize gerek olup olmadığı yolundaki kanaatin iş sahibine yazı ile bildirilmesi ve iş sahibi de bu görüşe katıldığı takdirde temyiz edilmemesine ilişkin yazılı talimatın alınması gerekmektedir.

¹³² Güner, age, s. 320.

¹³³ TBB Disiplin Kurulu, 1998/146 E, 1998/12 K sayılı, 25.01.1999 tarihli kararı.

¹³⁴ Yrg. 13. H.D. 1998/4292 E, 1998/6908 sayılı, 26.11.1989 tarihli kararı.

Aynı nitelikteki bir başka kararda aradan geçen uzun zaman nedeniyle avukatın dava açmadan önce iş sahipleriyle temas sağlanması, onlarla görüşmesi ve talimatlarını alması gerektiği vurgulanmaktadır¹³⁵.

Özen yükümlülüğü her somut olayda değerlendirilecek ve ilk olarak avukatın kendisine yapılan başvuru nedeniyle önüne gelen hukuki olayın incelenmeye başlaması, hangi hukuki alan içinde yer alan bir menfaate konu olduğunun belirlenmesi, hak sahibi olan ya da aleyhine başvuru söz konusu olan kişi hakkında kanuni sürelerin, ilk itiraz gibi hakların söz konusu olup olmadığı incelenecektir¹³⁶.

Özellikle hak doğumuna veya kaybına yol açan talimatları kanıtlama yükü avukata aittir. Meydana gelen zararın doğrudan müvekkilin talimatlarından kaynaklandığının avukat tarafından kanıtlanması gerekir. Bu husus kanıtlanamaz ise, vekaletnamesinin iş sahibinin iradesi ve talimatı dışında kullandığını kabulü yoluna gidilmekte ve bundan da avukatlar önemli sorumluluk altına girmektedirler.

Avukatın, özen yükümlülüğü ile ilgili olarak maddi tazminat sorumluluğunun doğması için, müvekkilin zarara uğramış olması ve zarar ile özen yükümlülüğü arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹³⁷. Müvekkil, yalnızca istenen sonucun elde edilememiş olduğunu değil, aynı zamanda istenen sonucun avukatlık mesleği kurallarınca uygun olmayan davranışlarda bulunulması sebebiyle elde edilemediğini ispatlamalıdır¹³⁸.

1.6.2. Müvekkil ile Şeffaf Hukuki İlişki Kurma Yükümlülüğü

Avukatlık dürüstlüğe dayanan bir meslektir. Avukatlık Kanunu, avukatın iş sahibi ile güvenli, açık ve temiz bir ilişki içinde bulunmasını sağlamak amacıyla

¹³⁵ TBB Disiplin Kurulu, 1997/132 E, 1998/9 K sayılı, 17.01.1998 tarihli kararı.

¹³⁶ Mahmutoğulları, age, s. 49.

¹³⁷ Mahmutoğulları, age, s. 50.

¹³⁸ Yavuz, age, s. 599; Özkaya, age, s. 360.

gerekli önlemleri almış ve yeterli olanakları sağlamıştır. İşi reddetme hakkı, işi bırakma hakkı bu amaçla yasaya konulmuş kavramlardır¹³⁹.

Avukatlık mesleğinin icrasında uluslararası kabul görmüş standartların oluşturulması için hazırlanan Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkındaki Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararları'nın 3. maddesinde, müvekkillerinin hak ve yükümlülüklerinin ve bunun yanında mali giderler de dahil olmak üzere davanın olası sonuçlarını bildirmek, avukatın iş sahibine karşı olan yükümlülükleri arasında sayılmaktadır.

Avukatın işin üstlenilmesi sırasında, teklif edilen iş ve iş sahibi tarafından arzulanan sonuç hakkında ne düşündüğünü dürüst ve açık bir şekilde iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. Davanın kazanılması hakkında kesin tahminde bulunulmamalı, iş sahibine bu doğrultuda garanti verilmemelidir. Nitekim, avukatın davayı kazanma koşuluyla sözleşme yapması geçersizdir¹⁴⁰.

Bununla birlikte, işin nasıl sonuçlanabileceği ile ilgili bir tahmin de, avukatın iş sahibine vermesi gereken hizmetin bir parçasıdır. Hatta, iş sahibinin avukata işi verip vermemesi konusunda bu tahminin önemli rol oynayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, avukatın davanın başarı şansı konusunda, yaklaşık ve bağlayıcı olmayan bir tahminde bulunması gerekmektedir ve mutlaka işin riskleri iş sahibine anlatılmalıdır.

Avukatın müvekkiliyle şeffaf ilişki kurma yükümlülüğü ile anlatmak istenilen, avukatın işi ve olayı anladığını, işin iş sahibinin çıkarı doğrultusunda sonuçlanması için olasılıklar olduğunu, bunun için içtenlikli, bilinçli çaba harcayacağını, birikiminin yeterli olduğunu iş sahibine belirtip, işi üstlenebileceğini icap ve kabul şeklinde ortaya koyması koymasıdır.

¹³⁹ Güner, age, s. 312.

¹⁴⁰ Yrg. 13.HD. 1981/1265 E, 1981/3495 K sayılı, 07.05.1981 tarihli karar.

Avukat, kazanılma şansı bulunmayan bir davayı almamalı, karşı tarafa eziyet etmek, onu zahmete ve zarara sokma kastıyla art niyetli bir iş yürütülmemeli, kötü niyetli dava açmamalıdır¹⁴¹.

Avukatın bir hukuk adamı olması ve yargı erkinin bir ögesi olması neticesiyle, yapmış olduğu iş serbest bir meslek olduğu kadar aynı zamanda da bir kamu görevidir. Bu nedenlerden dolayı, iş sahibini uyararak ve aleyhine bir iş takibini talebi durumunda vazgeçirmekle görevlidir¹⁴². Daha önce de belirtildiği gibi iş sahibinin talebinde ısrarcı olması durumunda avukat, işi almaktan imtina etmelidir.

Avukat, kendisine verilen işi sürdürürken de dürüst ve açık olmalı, iş sahibinin çıkarlarını korumalıdır. Bu anlamdaki yükümlülüklerden bir diğeri de hesap verme yükümlülüğüdür. TBK m. 392 uyarınca hükmedilen bu sorumluluk uyarınca, vekil müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye ve bu vesileyle hangi nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile teslim mecburdur.

Vekil, müvekkilden veya üçüncü kişilerden aldığı değerler ve kendi ücret, masraf ve tazminat alacakları hakkında hesap vermek zorundadır. Hesap verme yükümlülüğü hukuksal niteliği açısından bir yapma borcudur¹⁴³. Avukatın ücret sözleşmesi ile kararlaştırılan miktardan daha fazlasını icra dairesinden kendisi lehine alıkoyup iş sahibine kalanını vermesi¹⁴⁴ ve gerçekte yaptığı masrafların üzerinde bir miktarı yargılama masrafları adı altında istemesi¹⁴⁵ temiz ve açık bir ilişki kurma ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁴⁶.

Avukatın hesap verme yükümlülüğünden kaynaklanan bir diğer sorumluluğu da, iş sahibine geri vermesi gereken şeyleri teslim yükümlülüğüdür. Avukat, iş sahibi adına aldığı paraları veya başkaca değerleri geciktirmeksizin iş sahibine duyurmak ve iletmekle yükümlüdür. Paraları tahsil eden avukat bunları iş sahibine makul bir

¹⁴¹ Güner, age, s. 322.

¹⁴² Sungurtekin, age, s. 437.

¹⁴³ Yrg. 13.HD. 1992/3147 E, 1992/4041 K sayılı, 29.04.1992 tarihli kararı.

¹⁴⁴ TBB Disiplin Kurulu, 1998/94 E, 1998/127 K sayılı, 10.10.1998 tarihli kararı.

¹⁴⁵ TBB Disiplin Kurulu, 1990/29 E, 1990/46 K sayılı, 16.06.1990 tarihli kararı.

¹⁴⁶ Güner, age, s. 323.

süre içinde vermeli, verememesi yahut iş sahibinin parayı almaması durumunda gerekli yasal yolları denemelidir¹⁴⁷. Örneğin iş sahibinin parayı almaması durumunda avukat tarafından noterlik aracılığı ile çekilebilecek bir ihtarname, avukatın bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Avukatın geri verme yükümlülüğünün kapsamında, geri verilecek olan para ise, paranın avukatın zimmetinde kaldığı günden itibaren eylemli olarak ödendiği tarihe kadar geçen sürenin gecikme faizi de bulunmaktadır¹⁴⁸. Faizin başlangıç tarihi, paranın geri verilmesi gereken tarih olup bu tarihin geçerli olabilmesi için temerrüt ihtarına da gerek bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Ayrıca, avukatın işin takibi sırasında yaptığı giderleri iş sahibinden istemesi, bu harcamaların statüsünün masraf olmasının doğal sonucu olmasına rağmen, bu alacaklara aylık faiz uygulaması durumunda disiplin cezası gündeme gelecektir¹⁵⁰.

1.6.3. Amaca En Uygun ve En Güvenli Yolu Seçme ve Yürütme Yükümlülüğü

Avukat, üzerine almış olduğu işi en iyi şekilde yerine getirmek ve bu amaca en uygun yolu seçmekle yükümlüdür. Daha önce de belirtildiği gibi, eser sözleşmesi uyarınca yüklenicinin yüklenmiş olduğu sonuç sorumluluğu, avukatlık sözleşmesi uyarınca söz konusu olmasa da, en sağlıklı yolu seçerek, güvenli bir şekilde yürütmesi gerekmektedir. Bunun için alması gereken tüm önlemleri almak zorundadır.

Örneğin, aksine talimat olmadığı sürece iş sahibinin aleyhine olan kararı temyiz etmemesi özen borcuna aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir¹⁵¹. Aynı şekilde, duruşmaya katılamayacağını içeren mazeret dilekçesi veren avukatın

¹⁴⁷ TBB Disiplin Kurulu, 1998/37 E, 1998/61 K sayılı, 25.04.1998 tarihli kararı.

¹⁴⁸ Güner, age, s. 324.

¹⁴⁹ Yrg. 13. H.D. 1988/2395 E, 1988/4071 K sayılı, 12.10.1988 tarihli kararı.

¹⁵⁰ TBB Disiplin Kurulu, 2001/186 E, 2002/14 K sayılı, 19.01.2002 tarihli kararı.

¹⁵¹ Yrg. 4.H.D. 1972/9028 E, 1972/8680 K sayılı, 09.10.1973 tarihli kararı.

kendisine usulüne uygun olarak tebligat yapılmamış olmasına rağmen davanın açılmamış sayılmasına karar verilen bir dosyada, herhangi bir işlem yapmamak suretiyle iş sahibini zarara uğratması da aynı doğrultuda, bu yükümlülüğe aykırı bir davranıştır.

Kaynağını Alman Hukuku'ndan bulan ve Türk Hukuku'nda da geçerli kabul edilen en güvenilir yolun seçilmesi ilkesine göre avukat dava takip ederken veya belli bir somut olayla ilgili görüş bildirdikten sonra, sorunun çözümü için birden fazla hukuki yolun bulunması halinde müvekkilin menfaatine en uygun yolu seçmekle yükümlüdür¹⁵². Avukatın bu yükümlülüğünün amacı, müvekkil tarafından istenen sonuca ulaşmak, istenmeyen sonuçları bertaraf etmektir.

Avukat, kendisine başvuru konunda, müvekkilinden aldığı bilgilerle yetinmeyecek, konu ile ilgili belgelerin teminini isteyecek, kendisine sunulan bilgileri yeterli görmemesi halinde konu hakkında araştırma yapacak, gerek yargı kararları gerekse doktrinde konu hakkında incelemelerde bulunacak ve nihayet bu bilgiler ışığında uygulanacak hukuki yolun başarı şansını tahmin edebilecek durumda olmalıdır¹⁵³. Açılacak dava, icra takibi ya da başvurulacak kanun yoluna müvekkilin kültür düzeyi, maddi durumu gibi hususları da dikkate alarak ne miktarda masraf yapılabileceği konusunda da müvekkilini bilgilendirmeli, davanın kaybı halinde ödenebilecek harçlar ve karşı taraf vekalet ücretinin neler olabileceğini müvekkiline açıklamalı ve sözleşmesinde bu yönde bilgi verildiğini açıklamalıdır¹⁵⁴.

1.6.4. Müvekkili Aydınlatma Yükümlülüğü

Daha önce de belirtildiği gibi avukat, işi alırken açılacak davanın tüm güçlükleri ve sakıncalı yönlerini saptayıp, bunları iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu sorumluluk işin görülmesi esnasında da devam etmektedir. Örneğin, önerilen yeminin ne anlama geldiğini, yemin etmesi halinde ne gibi sonuç

¹⁵² Şenocak, age, s. 436; Mahmutoğulları, age, s. 56.

¹⁵³ Mahmutoğulları, age, s. 56.

¹⁵⁴ Özkan, age, s. 222; Mahmutoğulları, age, s.57.

doğacağını, kaçınması halinde ne kazanacağı ve ne kaybedeceğini iş sahibine bildirmesi gerekmektedir¹⁵⁵.

Avukatlık sözleşmesi uyarınca, müvekkile avukatın iş görme borcunu nasıl yerine getireceği konusunda talimat verme yetkisi tanınmıştır¹⁵⁶. Avukatın talimata uyma yükümlülüğü, avukatın müvekkilini aydınlatma yükümlülüğü ile çok yakından ilgilidir, zira müvekkilin hukuk bilgisinin hiç ya da çok az olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak avukatın müvekkilini talimat verdiği konularda bilgilendirip aydınlatması gerekmektedir¹⁵⁷. Ancak, avukatlık mesleği gibi bilimsel esaslara göre yürütülen ve meslek mensuplarının ağırlaştırılmış özen yükümlülüklerinin ve üst düzeyde sorumluluklarının söz konusu olduğu faaliyet alanlarında, müvekkilin talimatları sınırlı bir çerçevede olacaktır¹⁵⁸. Avukat, müvekkili tarafından kendisine verilen talimatı, olayın şartları bakımından değerlendirecek, talimatın açıkça hukuka aykırı ve yolsuz olması durumlarında veya müvekkile zarar verecek yada istenen sonuca hizmet etmeyecek olması durumlarında, talimata uymamalı ve talimatı reddederek vekalet görevinden çekilmelidir¹⁵⁹. Avukata verilen talimat açık değil veya eksik ise, açık olmayan talimatı açığa kavuşturmak yada eksikliği gidermek için müvekkile bir daha sormalı ancak, tekrar başvuru müvekkile zarar verebilecek gecikmelere sebep olabilecekse bu durumda kendi görüşü ve bilgisi doğrultusunda hareket etmek zorunda kalacaktır¹⁶⁰.

Avukatın, iş sahibini zamanında bilgilendirmemesi, kendisine tebliğ edilen mahkeme kararları ve icra emirleri hakkında bilgi vermemesi, aleyhte olan kararı iş sahibinin olurluğunu almadan temyiz etmemesi özen yükümlülüğüne aykırı davranış sayılmaktadır¹⁶¹.

Danışma ve temsil amacıyla kendisine başvurulmuş avukat, hedeflenen amaca ulaşmayı sağlayacak birden fazla hukuki yolun bulunması halinde, kendi hukuki

¹⁵⁵ Güner, age, s. 328.

¹⁵⁶ Özkan, age, s. 208.

¹⁵⁷ Şenocak, age, s. 438; Mahmutoğulları age, s. 53.

¹⁵⁸ Özkan, age, s. 209.

¹⁵⁹ Mahmutoğulları, age, s. 54.

¹⁶⁰ Şenocak, age, s. 352; Mahmutoğulları, age, s. 54.

¹⁶¹ TBB Disiplin Kurulu, 1994/80 E., 1994/81 K. sayılı, 15.10.1994 tarihli kararı.

görüşüne yakın olanın yanı sıra, yargısal kararlarda ve bilimsel yapıtlarda ele alınan ve başarı olasılığı olan diğer yolları da iş sahibine bildirmelidir¹⁶².

Avukat, müvekkilinden gelen bir talimatın etki ve sonuçları hakkında müvekkiline yeterli ve detaylı bir açıklama yapmış ve sonuçların müvekkile zarar vereceği konusunda onu uyarmış olduğu halde müvekkil halen ısrarcı bir tutumla talimat vermeye devam etmiş ise, avukata düşen bu durumu kayıt altına alarak talimata uymak olacaktır ki, bu durumda avukatın hukuki sorumluluğundan bahsetmek söz konusu olmayacaktır¹⁶³.

1.6.5. Sır Saklama Yükümlülüğü

Kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde sahip olduğu haklara kişilik hakkı denilmektedir¹⁶⁴. Bu hakkın içine beden ve tümlüğü ve sağlığı gibi maddi bedensel değerlerin yanı sıra, kişinin onuru, saygınlığı, özel hayatı gibi manevi değerler ve mesleki ve ticari sırları girmektedir. Bu hak, kişiye yönelik tekelci ve yasaklayıcı bir mutlak haktır. Yani kişilik hakkı, hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilmektedir¹⁶⁵.

Kişilik hakları, bu nitelikleri gereği, kişilik hakkı sahibi, kişisel değerleri üzerinde başkalarının etkilerinden bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkına ulaşmakta ve bu hakka saygı gösterilmesini, kişisel değerlerine dokunulmamasını herkesten isteme yetkisine sahip olmaktadır¹⁶⁶.

Sır, bilimsel yapıtlarda sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus olarak tanımlanır¹⁶⁷. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından verilen bir kararda da sır kavramı,

¹⁶² Sungurtekin, age, s.242.

¹⁶³ Mahmutoğulları, age, s. 55.

¹⁶⁴ Kılıçoğlu, Ahmet; Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s. 4.

¹⁶⁵ Oğuzman, Kemal; Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s. 89.

¹⁶⁶ Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Ankara 1996, s. 107.

¹⁶⁷ Donay, age, İstanbul 1978, s. 4.

açıklanması toplum için müvekkilin kişisel veya maddi menfaatlerini zarara uğratabilecek olan veya herhangi bir zarara uğratmasa bile özenle üçüncü şahıslardan gizlenmeye çalışılan konular olarak tanımlanmıştır¹⁶⁸.

Kişinin gizli yaşam alanı veya sır alanı olarak adlandırdığımız bu alan, TCK'nin 'Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar' başlığı altındaki dokuzuncu bölümde koruma altına alınmaktadır. 'Özel Hayatın Gizliliğini İhlal' başlıklı 134. madde uyarınca, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü ve kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi durumunda ise, cezanın alt sınırı bir yıldan az olmayacaktır. 137. madde ise, bu suçun avukatlık mesleğinin sağlamış olduğu kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi durumunda avukata verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağına hükmetmiştir.

HMK m. 249 uyarınca da, kişinin sır alanını koruyan bir düzenlemeye yer verilmiş olup, maddeye göre meslekleri gereği bir kimsenin sırrını bilenler tanıklık yapmaktan kaçınabilmektedirler. Bunun istisnası olarak, sır sahibinin olur vermesi durumunda bu kişinin tanıklıktan kaçınamayacağı belirtilmiştir.

1.6.5.1. Avukatlık Sırrı Kavramı

Avukat yaptığı iş uyarınca , iş sahibine en yakın kişi konumundadır¹⁶⁹. İş sahibi kimi zaman avukatına, en yakınlarına bile aktaramadığı bilgileri ve sırları vermek durumundadır. Avukatın doğruyu öğrenme hakkına işlerlik kazandırmak için öncelikle avukatın, işini alacağı ve avukatlık sözleşmesi yapacağı kişi hakkında gerçekleri bilmesi gerekmektedir. Avukatın bu iş sebebiyle vakıf olduğu bilgilerin, iş sahibinin rızası dışında açıklamasının çeşitli düzenlemeler ile yasaklanması da, iş sahibinin avukata rahatlıkla bilgi verebilmesini sağlamaya yöneliktir.

¹⁶⁸ TBB Disiplin Kurulu, 2002/66 E, 2002/159 K sayılı, 18.05.2002 tarihli kararı.

¹⁶⁹ Güner, age, s. 346.

Avukatın, mesleki faaliyeti nedeniyle çoğu kez zorunlu olarak iş sahibi tarafından açıklanan veya avukatın mesleki faaliyeti sırasında dosyadan veya diğer belge ve kaynaklardan öğrendiği sırları açıklamaması güven ilkesinin gereğidir. İş sahibi bu konuda avukatına güvenmezse, ona gerekli ve gizli bilgileri aktarmayacak, dolayısıyla avukat ile, iş sahibi arasındaki bilgi akışı aksayacağından avukatın yapacağı savunma yetersiz ve kapsamsız kalacaktır.

Savunma hakkının tam ve noksansız olarak kullanılması amacıyla, avukata aktarılan bilgilerin gizli kalması, kamusal bir zorunluluktur. Bazı meslek mensuplarına başvurma konusundaki hassasiyeti ve tereddüdü gidermek için, sırrın korunmasına ilişkin düzenlemeler çeşitli yasalarca öngörülmüştür. Sırrının ifşa edilmesinden korkmaksızın hastanın hekime, iş sahibinin avukata başvurularında kamu yararı bulunmaktadır¹⁷⁰. Aslında meslek sırrının korunması, Anayasa ile güvence altına alınan özel yaşamın gizliliği ve dokunulmazlığının da bir gereğidir¹⁷¹.

Gizli kalması gereken bilgi, avukatın mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği iş sahibine ait gizli yaşam alanına giren konulardır ki, buna da avukatlık sırrı denilmektedir¹⁷². Avukatlık sırrı, mesleki faaliyet sırasında öğrenilen bilgilerle sınırlı olup, sırrın mesleki faaliyet ile uygun nedensellik bağı içinde öğrenilmiş olması gerekmektedir. Avukatın mesleki faaliyet alanı olarak kabul edilemeyecek bir zamanda veya mekanda iş sahibi ile ilgili olarak öğrendikleri, örneğin, yemek yediği bir lokantada yan masada açıklanan ve avukata ulaşan bilgiler, ya da avukatla iş sahibi arasındaki yakın dostluk nedeniyle öğrenilmiş olan sırlar avukatlık sırrı olarak kabul edilemezler¹⁷³. Bu gibi durumlarda sırrı açıklanan kişi genel hükümlere göre, kişilik haklarına saldırı nedeniyle avukatı sorumlu tutabileceklerdir¹⁷⁴.

Avukatın mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği, iş sahibinin dışındaki kişilere ait bilgiler avukatlık sırrı olarak değerlendirilemez. Avukatlık sırrını, yararına bir iş

¹⁷⁰ Güner, age, s. 347.

¹⁷¹ Sungurtekin, age, s. 296.

¹⁷² Aday, age, s. 87.

¹⁷³ Güner, age, s. 348.

¹⁷⁴ Özcan Günergök, Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2003, s. 657.

yapılan veya bir hizmetin görülmesi için sözleşme yapılan kişi ile sınırlandırmak gerekmektedir¹⁷⁵. Ancak avukatın mesleki faaliyetini sürdürdüğü sırada müvekkilin çevresine ilişkin olarak öğrendiği bilgiler de sır saklama yükümlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin avukatın müvekkili ile çalışırken müvekkilinin ailesine dair öğrendikleri bu yükümlülük içindedir.

Bunun yanı sıra, sır saklama yükümlülüğü, kural olarak, vekalet ilişkisinin sona ermesi ile veya üstlenilen işin tamamlanmasıyla sona ermez. Avukatın bu yükümlülüğü istisnai durumların varlığı haricinde, yaşamı boyunca avukatı bağlayan bir yükümlülük olarak devam eder.

Aynı şekilde, müvekkilin ölümü de sır saklama yükümlülüğünün sona ermesi sebebi değildir. TCK m. 131 uyarınca düzenlenen şikayete bağlı olan sırrın korunması hakkının ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy, eş veya kardeşlerine geçeceği göz önüne alındığında, avukatın sır sahibinin ölümü ile kendiliğinden sırrı açıklama hakkına ulaşamayacağı kabul edilmelidir¹⁷⁶.

Avukatlık Kanunu m. 36 uyarınca avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse TBB ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrenmiş oldukları hususları açığa vurmaları yasaktır.

Söz konusu yükümlülük Meslek Kuralları m. 37 gereği avukatların yanı sıra, avukatın yardımcılarını, stajyerlerini ve çalıştırdıkları kimseleri de kapsamaktadır. Bu kişiler de, avukat gibi meslekleri ve çalıştıkları kurum gereği öğrenmiş oldukları sırları açıklamaktan yasaklanmışlardır. Avukatın, yanında çalışan bu kişilerin meslek sırrının korunması kurallarına aykırı davranışları halinde, avukatın gerekli önlemleri almamış olması nedeniyle kusurunun saptanması halinde, disiplin cezası ile cezalandırılması ve hukuksal sorumluluğunun doğması da mümkündür.

¹⁷⁵ Sungurtekin, age, s. 291.

¹⁷⁶ Güner, age, s. 350.

1.6.5.2. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kurtulması

Avukatın kimi durumlarda sır saklama yükümlülüğünden kurtulması mümkündür. Bu koşulların meydana gelmesi durumlarında, avukat müvekkiline dair bilgiyi açıklayabilecek ve zarar meydana gelmesi durumunda da bundan sorumlu olmayacaktır.

1.6.5.2.1. İş Sahibinin Onay Vermesi

Avukat, gerek iş sahibi tarafından kendisine aktarılan ve gerek mesleki faaliyeti sırasında başka yollardan edindiği, iş sahibine ait gizli kalması gereken bilgileri iş sahibinin onay vermesi durumunda açığa çıkarabilecek ve gerektiği durumlarda bu bilgilere ilişkin tanıklık yapabilecektir. Avukatlık Kanunu m. 36/2 uyarınca iş sahibine tanınan bu hakka rağmen, avukatın iş sahibinin olurlarına rağmen çekinme hakkı da mevcuttur. Avukat, söz konusu sırrın açıklanmasından beklenen yararın gerçekleşme olasılığını zayıf bulması halinde tanıklıktan çekinebilecektir.

Avukata tanınan bu çekinme hakkı HMK m. 249 kapsamında tanınmamıştır. Buna göre, iş sahibinin avukatın tanıklık yapmasına onay vermesi halinde, avukat herhangi bir neden ileri sürerek bundan kaçınmayacaktır. Bu açıdan özel yasa ile genel yasa arasında bir çelişki doğmaktadır. Bu çelişkinin bertaraf edilmesi için hukukun genel ilkeleri uyarınca özel yasa yani, Avukatlık Kanunu uygulanacaktır.

Avukatların mesleki çalışması sırasında edinmiş olduğu iş sahibi ile ilgili bilgileri açıklamasını önleme amaçlı benzer bir düzenleme de Türk Ceza Kanunu m. 46 kapsamında da yer almıştır. Bu maddeye göre, avukatların, stajyerlerinin veya yardımcılarının bu sıfatları nedeniyle öğrenmiş oldukları bilgileri tanık olarak açıklamaktan çekinebilirler. Ayrıca aynı maddenin ikinci bendi uyarınca bu çekinme hakkının iş sahibinin iradesine bağlı olmaksızın kullanıldığı da belirtilmiştir.

1.6.5.2.2. Haklı Bir Çıkarın Bulunması

Sır saklama yükümlülüğü bulunan avukat, kendini savunmak için iş sahibinin sırlarını açıklamak zorunda kalmış olabilir. Bunu, özel hukuka ilişkin tazminat istemi ile yargılandığı davada yapabileceği gibi eylemin suç oluşturması halinde ceza davasında veya meslek kuralları gereği yapılan disiplin yargılaması halinde de yapabilir¹⁷⁷.

Avukatın aleyhine açılmış olan bir ceza ya da hukuk davasında kendisini savunması, iş sahibinin bir sırrını açıklamasına bağlı ise avukat, savunma sınırları dahilinde iş sahibine ait sırları açıklayabilecektir¹⁷⁸.

Yürüttüğü iş nedeniyle hak etmiş olduğu ücretini almak için dava açan veya icra takibi yapan avukatın, yasal ve doğal bir hakkını kullandığı açıktır. Bu hakkını savunabilmesi için kanıt yönünden bir zorunluluk ortaya çıkıyorsa avukat zorunlulukla oranlı ölçüde iş sahibine ait sırları açıklayabilir¹⁷⁹. Bu kuralın uygulanmasında önemli olan ve dikkat edilmesi gereken yön, açıklanan sırrın amacı aşmaması veya savunulması ile oranlı olmasıdır. Başka bir anlatımla sır alanına giren bilgiler savunma için gerektiği kadar açıklanmalıdır. Ayrıca, iş sahibinin, sırlarının açıklanması neticesinde üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilecek muhtemel taleplerle karşı karşıya bırakmama konusunda da özen gösterilmelidir.

Gerek Avukatlık Kanunu ve gerek Meslek Kuralları, savunma hakkının en iyi şekilde gerçekleşmesi ve iş sahibinin ve avukatın hak ve yükümlülüklerini dengede tutmakta, avukatın bağımsızlığının yanı sıra kamunun avukata duyması gereken güveni ön plana çıkarmakta ve bu bağlamda avukatlık sırrını ele almaktadır.

¹⁷⁷ Güner, age, s. 355.

¹⁷⁸ Müderrisoğlu, age, s. 66.

¹⁷⁹ Sungurtekin, Meslek Sırrı, s. 336.

1.6.6. Aynı Uyuşmazlıkta Çıkarları Çatışanları Temsilden Kaçınma Yükümlüğü

Avukatın aynı hukuki uyuşmazlıkta çıkarları çatışan tarafların işini almaması gerekmektedir¹⁸⁰. Aynı davada çıkar yönünden karşı karşıya bulunan tarafların tek avukatla temsili, sadakat yükümlülüğü açısından son derece sakıncalıdır. Aynı zaman dilimi içerisinde, aynı uyuşmazlıkta her iki tarafı temsil, tarafların ikisinde de ihanet anlamına gelmektedir¹⁸¹.

Örneğin, bir boşanma konusunda kendisine başvuran eşlerden birine olayla ilgili hukuki görüş bildiren avukatın, daha sonra taraflarca açılan boşanma davasında diğer tarafın avukatlığını üstlenmesi, bu yükümlülük kapsamında Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları tarafından yasaklanmıştır.

TCK m. 152 de bu konuda bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre, avukatın birden fazla sanığın müdafiliğini üstlenebileceği, fakat şüpheli veya sanıkların yararlarının birbirine uygun olması gerekmektedir.

Aynı uyuşmazlıkta çıkarları çatışanları temsil yasağı, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalışanları da kapsamaktadır.

1.6.7. Taraf Değiştirmekten Kaçınma Yükümlülüğü

Aynı uyuşmazlıkta önce bir tarafı daha sonra da diğer tarafı temsil etmek de işi ret yükümlülüğü kapsamında ele alınması gereken bir yükümlülüktür¹⁸². Burada, aynı zaman dilimi içinde değil birbirini takip eden süreler içinde farklı zamanlarda temsil yasaklanmıştır. Bu yükümlülük avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında da değerlendirilmelidir.

¹⁸⁰ Yrg. 8.HD., 1982/1939 E, 1982/4823 K sayılı, 27.04.1982 tarihli kararı.

¹⁸¹ Güner, age, s. 360.

¹⁸² Sungurtekin, age, s. 303.

Fakat bu yükümlülük, aynı uyuşmazlık veya aynı iş ile sınırlı olmaktadır. Taraflardan birinin boşanma davasına bakan avukatın üstlendiği boşanma davası ile ilgili çalışması bittikten sonra aleyhine boşanma davası açtığı kişinin üçüncü bir kişideki alacağının tahsili için avukatlık yapmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır¹⁸³. Bunun aksi bir yorum, avukatın serbestçe çalışmasını engelleyecek nitelikte olacaktır. Uyuşmazlık aynı olaydan kaynaklanmış ise, taraf değiştirme yasağı söz konusudur¹⁸⁴.

1.6.8. Dosya Tutma ve Saklama Yükümlülüğü

Avukatlık Kanunu m. 52 uyarınca, avukatın üzerine aldığı her iş veya yazılı görüşmeye ilişkin düzenli olarak dosya tutmak ve evrak düzenleme zorunluluğu vardır. Avukat tutacağı dosyayı dilediği gibi düzenleme ve istediği belgeleri toplayıp dosyaya ekleme hakkına sahiptir¹⁸⁵.

Aynı doğrultuda Avukatlık Kanunu m. 39, avukatın her iş ve yazılı görüş için dosya açmakla yükümlü olan avukatın aynı zamanda kendisine gönderilen veya bırakılan evraklarla ilgili olarak bunları muhafaza etmek zorunluluğunu öngörmektedir. Bu evraklar avukatın zilyetliğinde olup, bunları saklamak ve muhafaza etmek yükümlülüğü vekaletin sona ermesinden itibaren üç yıl boyunca devam etmektedir.

Avukatın müvekkile ait olup kendisine kullanılmak ve muhafaza edilmek suretiyle tevdi edilen bu evrakları saklama yükümlülüğünden daha erken bir sürede

¹⁸³ Güner, age, s. 361.

¹⁸⁴ TBB Disiplin Kurulu, 2006/6 E, 2006/78 K sayılı, 03.03.2006 tarihli kararı “*Şikayet olunan avukatın Asliye Ticaret Mahkemesi’ndeki davada davalı şirketin vekili olduğu ve davaya konu kambiyo senedinde imzası bulunan N. isimli şahsın, vekili olduğu şirketi temsile yetkili olmayan bir şahsın olduğunu savunduğu, ancak adı geçen kişi aleyhine ağır hapis ceza mahkemesinde açılan sahtecilik ve dolandırıcılık konulu kamu davasında ise N. İsimli şahsın vekilliğini üstlenip adı geçen sanığın sahtecilik yapmadığını savunduğu, böylece ticaret mahkemesindeki davada, vekili olduğu şirketin yararının bonoların sahte olarak tanzim edilmesi olduğu, Ağır Ceza mahkemesindeki davada ise vekilliğini üstlendiği şahsın menfaatinin bonoların sahte olmaması olduğu, ticaret Mahkemesinde görülen davada davalı şirketin yararı ile ağır ceza mahkemesinde iki davadaki sanığın yararının çatışmakta olduğu anlaşılmıştır*”.

¹⁸⁵ TBB Disiplin Kurulu, 2001/208 E, 2002/39 K sayılı, 16.02.2002 tarihli kararı.

kurtulması mümkündür. Evrakı geri alması için iş sahibine yazılı bir şekilde bildirim yapılmasının ardından üç ay içerisinde bu yükümlülük ortadan kalkacaktır.

1.6.9. İşi Sonuna Kadar Takip Etme Yükümlülüğü

Bu yükümlülük uyarınca, avukat üzerine aldığı işi yasada öngörülen kurallar ve avukatlık sözleşmesi koşullarına göre sonuna kadar takip etmek durumundadır. Fakat daha önce de belirtildiği üzere bu yükümlülük bir sonuç yükümlülüğü değil, süreç yükümlülüğüdür. Hukuk kurallarının vermiş olduğu olanaklarla iş yürütme, iş sahibinin çıkarlarını korumak için gerekli işlemleri yapma biçiminde açıklayabileceğimiz bir yükümlülüktür¹⁸⁶.

Avukatlık Kanunu m. 163, avukatlık sözleşmesinin taraflarca serbestçe düzenleneceğini öngörmektedir. Taraflar, yaptıkları avukatlık sözleşmesinde veya sadece avukatlık ücret sözleşmesinde yapılacak işi belirleyerek bir bakıma avukatın işi sonuna kadar takip yükümlülüğünü de belirlemiş olmaktadır. Sözleşmelerde bu konuda bir açık hükmün öngörülmediği takdirde, işin sonu kavramı kanun tarafından belirlenmektedir. İşin sonu kavramı, iş ile ilgili olarak, temyiz dahil, tüm yolları denemek olarak anlaşılmalıdır. Ancak bu, açılacak yeni bir davayı veya icra takibini kapsamamaktadır. Ayrıca işin devamı boyunca avukat tarafından verilecek hukuki yardımlar da iş kapsamında sayılmayacaktır¹⁸⁷.

Avukatlık Kanunu m. 37 uyarınca avukatın kendisine teklif edilen işi herhangi bir sebep göstermeksizin geri çevirme, kabul etmeme hakkı vardır. Bununla birlikte, takip ettiği bir davada eğer geçerli bir sebep oluşmamış ise, avukat davadan çekilemez¹⁸⁸.

Bu belirtilen yükümlülük, daha önce de değinilen ve Avukatlık Kanunu m. 174 uyarınca öngörülen avukatın işin takibinden herhangi bir nedenden dolayı

¹⁸⁶ Güner, age, s. 399.

¹⁸⁷ Güner, age, s. .399.

¹⁸⁸ Mahmutoğulları, age, s. 52.

vazgeçebilme hakkını kısıtlayıcı şekilde yorumlanmamalıdır. İşi bırakma hakkını kullanırken iş sahibinin zarar görmemesine dikkat etmek ve işi bırakmayı derhal iş sahibine bildirilmek koşuluyla avukat işi her zaman bırakabilir. Fakat, işi bırakmayı haklı kılan bir sebebin varlığı halinde, o işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün boyunca devam edecektir¹⁸⁹. Yani avukatın hukuki sorumluluğu, müvekkilin durumu öğrendiği anda sona ermeyecektir.

Haklı bir neden olmaksızın işi bırakan avukatın, önceden almış olduğu peşin ödemeleri iş sahibine iade etme borcu gündeme gelmektedir. Ayrıca, Avukatlık Kanunu m. 174 uyarınca, avukatın haklı bir neden olmadan işi takipten vazgeçmesi durumunda ücret isteyemeyeceği belirtilmiştir. Fakat avukatın haklı bir neden ileri sürmek suretiyle işi bırakması durumunda, ücretin tamamını isteme hakkı devam etmektedir. Ancak, avukatın müvekkili ile yapmış olduğu sözleşme gereği vekalet ücretinin peşin ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, ücretin ödenmemesi halinde avukat işe başlamakla zorunlu tutulamayacak ve doğabilecek maddi zarardan ötürü sorumlu tutulamayacaktır¹⁹⁰.

1.6.10. Edimi Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü

Avukatın kural olarak, iş sahibi tarafından kendisine verilen işi kendi başına yürütmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda avukat, bu yükümlülüğüne istisna olarak bir başka avukata yetkilerini devredebilmektedir.

Tevkil yetkisi, bir avukatın kendisine bizzat yürütmesi için verilen bir işi, kısmen bir başka avukatla işbirliği halinde yürütmek üzere o avukata yetkilerinden bir kısmını devretme yetkisidir. Avukatlık Kanunu m. 171 kapsamında, avukatlık sözleşmesi uyarınca aksi kararlaştırılmadığı sürece avukatın bir başka avukatın yardımını alabileceği öngörülmüştür. Avukatını güven ilişkisine dayanarak tercih eden müvekkil, yine bu güvenle doğru orantılı olarak verdiği vekaletnamede

¹⁸⁹ Mahmutoğulları, age, s. 53.

¹⁹⁰ Mahmutoğulları, age, s. 52.

avukatına tevkil yetkisini de tanıyabilir¹⁹¹. Tevkil edilecek olan avukat, işi şahsen yerine getirmekle yükümlü olup, alt vekil olarak bağımsız bir şekilde hareket eden ve vekalet işini yürütürken tevkil eden avukattan emir ve talimat almaz¹⁹².

Avukatlık Kanunu m.171/1 kapsamında yapılan düzenlemeye göre, birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zararlardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacak avukat, tevkil edilen avukatın kusuru nedeniyle ortaya çıkan bir zarardan ötürü hukuki sorumluluğu devam edecektir¹⁹³. Tevkil edilen avukat ile müvekkil arasında yeni bir sözleşme yapılmamakta, yetki veren avukatın yapmış olduğu sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Zira, Borçlar Kanunu'na göre, vekil olan kişi tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmekte iken, Avukatlık Kanunu, avukatın tevkil olunanın kusurlarından meydana getirdiği zararlardan dolayı şahsen hem de diğer avukatla birlikte müşterek müteselsilen sorumlu olacağı ve bu sorumluluktan kurtulma imkanının olmadığı öngörülmüştür¹⁹⁴. Her iki vekil de, istenen sonucun elde edilememesi durumunda, yaşam deneyimleri ve işlerin normal akışına göre gerekli davranış ve girişimlerde bulduklarını ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçındıklarını, işi özenle yerine getirdiklerini ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir¹⁹⁵.

¹⁹¹ Mahmutoğulları, age, s. 51.

¹⁹² Özkan, age, s. 194.

¹⁹³ Mahmutoğulları, age, s. 51.

¹⁹⁴ Özkan, age, s. 197.

¹⁹⁵ Sungurtekin, age, s. 390.

BÖLÜM II

2. HUKUKİ MALPRAKTİS

2.1. MALPRAKTİS KAVRAMI

2.1.1. Malpraktis Tanımı

Malpraktis, en yalın tanımıyla, profesyonel anlamda bir iş yapan bir kimsenin bu işin gerektirdiği profesyonel standartlara uymaksızın yapmış olduğu bir davranışla veya standartlar gereği kendisinden beklenen bir davranışı yapmamak suretiyle, yani başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle kendisine bu görevi yerine getirmesi için vekalet veren kişiyi maddi zarara uğratmasıdır.

Bu sorumluluk türünün en çok görüldüğü durumlar, hekimlerin vekalet sözleşmesi uyarınca kendilerinden herhangi bir şekilde tıbbi yardım talep eden hastalarının vücudunda, doktorluk mesleğinin genel kabul görmüş standartlarının altında bir özen ve ihtimam göstermek suretiyle müdahalede bulunarak zarara sebep vermesidir. Türk Tabipleri Birliği Etik İlkeleri m. 3 uyarınca, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir. Genel bir tanımlama yapacak olursak, medikal

malpraktis hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır¹⁹⁶.

Bu zarar dikkatsizlikten, tedbirsizlikten ileri gelebilir. Dikkatsizlik, yapılmaması gerekeni gerekli özeni göstermemiş olma neticesinde yapmama; tedbirsizlik ise, önlenabilir bir tehlikenin önlenmesinde gösterilen kusurluluktur. Bir cerrahın yapmaması gerektiğini bildiği halde üreteri, önemli bir siniri ya da arteri kesmesi; ameliyat sahasında pens, makas, gazlı bez unutması dikkatsizlik olarak nitelendirilir. Bir ilacın testini yapan bir doktor test dozunda anafaksi gelişebileceğini tahmin ederek yanında aşırı duyarlılığın yan etkilerini önleyici gerekli ilk yardım malzemeleri bulundurmamak zorundadır. Bunlar sağlanmamış ve hasta ölmüşse tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet verme nedeniyle hekim aleyhine dava açabilir¹⁹⁷.

Kişinin meslek ve sanatının esaslarını bilmemesi ve beceriden yoksun olması ise acemilik olarak değerlendirilecektir. Hekim mesleği ve uzmanlığı ile ilgili tıpta uygulanması benimsenmiş ve kabul edilmiş olan bilgi birikimine sahip olmak durumundadır. Mesleği icra eden açısından meslek ile ilgili bilinmesi gereken bilgileri bilmemek sorumluluk doğurmaktadır¹⁹⁸.

Aynı zamanda kanun, TBMM kararları, tüzük, yönetmelik ile yetkili idari ve mülki heyetlerce meydana getirilmiş her türlü kurallar da hekim açısından bağlayıcı niteliktedir. Bunlara riayetsizlik sonucu meydana gelen herhangi bir zarar da hekimin malpraktisini teşkil edecektir.

Malpraktisin bir diğer görünüş şekli ise, son yıllarda, zarar görenler tarafından her geçen gün daha fazla bir şekilde dile getirilen hukuki malpraktistir.

¹⁹⁶Hancı, Hamit; Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, s. 17.

¹⁹⁷ Hancı, age; s. 14.

¹⁹⁸ Oral, Tuğçe; Yücel, Orhan; Hekimin Yasal Sorumlulukları, Güneş Tıp Kitabevleri, Ankara 2010, s. 80.

Zarar gördüğünü iddia eden taraf, vekalet sözleşmesi uyarınca kendisi adına hareket ederek işlem yapan avukatın daha dikkatli davranarak veya başka bir yol izlemek suretiyle bu zararın meydana gelmeyeceğini ispatlayarak, avukatın meydana gelen zararı tazmin etmesine karar verilmesi sağlayabilir.

Bu tür malpraktisin meydana geliş şekilleri, avukatın vekili lehine hareket etmekten imtina ederek kendi çıkarlarını gözetmesi, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşme dahilinde olan bir işin yapılmaması veya olmayan bir işin yapılması suretiyle zarara sebebiyet verilmesi veya bir avukattan beklenen mesleki tecrübe ve özenin altında bir davranışla zararın meydana gelmesidir. Uygulamada en çok meydana gelen tür ise, avukatın süreli bir işin süresini kaçırarak müvekkilinin bir daha hakkını talep edememesine neden olacak şekilde zarar vermesidir.

Avukatın özen yükümlülüğüne uymadığı veya avukatlık sözleşmesi bağlamında üzerine almış olduğu sorumlulukları yerine getirmediği her durumda malpraktis söz konusu olmayacaktır. Malpraktis doğrudan maddi veya manevi zararlarla bağlantılı bir kavram olmasından ötürü, istenmeyen bir sonucun meydana gelmiş olması şarttır.

2.1.2. Özen Borcunun İhlali

Avukatın özen borcunun niteliğinin ve sınırlarını belirleyebilmek için, öncelikle vekilin, ne şekilde davranması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Vekilin özen borcunun sınırlarının belirlenmesinde, somut vekalet sözleşmesinin içeriği çok büyük önem taşır. Vekalet sözleşmesinin tarafları, vekalet sözleşmesini, sözleşme serbestisi çerçevesinde imzalamışlar ve sözleşme ile taraflar, kendi aralarında uymak zorunda oldukları hukuki bir alan, normatif bir düzen kurarlar¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Başpınar, age, s. 125.

Bu bakımdan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, vekalet sözleşmesinin içeriği önemlidir. Çünkü sözleşme, vekilin özen ölçüsünün belirlenmesi için baz alınan ilk kıstastır.

Vekilin göstereceği özenin derecesi sözleşme ile azaltılmış veya artırılmış olabilir. Örneğin taraflar, sözleşme ile somut olayda vekilin özen yükümlülüğünü artırmış olabilirler ve onun imkansızlık durumlarında dahi sorumlu olacağını kararlaştırabilirler²⁰⁰. Aynı durum, ortada bir vekalet sözleşmesi olmamakla birlikte, vekilin özen borcuna tabi kılınan diğer özen borçları açısından da geçerlidir. O halde, vekilin özen borcunun belirlenmesinde, her şeyden önce somut sözleşme hükümlerinin göz önüne alınması gerekmektedir. Sözleşmede bu yönde bir düzenlemenin yer alması durumunda, hakim söz konusu düzenleme ile bağlı kalacaktır²⁰¹. Düzenleme olmaması durumunda risk ve tehlike arttıkça, özenin derecesi de yükseltilmelidir²⁰².

TBK m. 504/1 hükmünce, vekaletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlendiğinden, özen sınırının ölçüsünün tayin edilmesinde vekilin yüklendiği işin niteliğinin önemi büyüktür. Yargıtay'ın kararlarına göre, avukatın özen borcunun sınırı, herhangi bir vekilin özen borcunun sınırından çok daha farklıdır²⁰³. Avukatın, herhangi bir vekilin gösterdiği özen sınırları içerisinde davranması onu sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Somut olayda aranan özenin gösterilip gösterilmediğini belirlemek, kanundaki ölçüye göre daha kolaydır. Çünkü böyle bir halde yapılacak olan, vekilin somut sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadığının tespitidir²⁰⁴. Ayrıca, vekilin özen borcu, sözleşme hükümleri dışında, vekalet olarak nitelenen her bir sözleşmeye göre, birbirinden farklı olmaktadır.

²⁰⁰ Başpınar, age, s. 125.

²⁰¹ Güner, age, s. 569.

²⁰² Oral/Yücel, age, s. 43.

²⁰³ Yrg. 13.H.D. 1991/8301 E 1991/2325 K sayılı 01.03.1991 tarihli kararı.

²⁰⁴ Başpınar, age, s. 126.

Daha önce de değindiğimiz gibi, vekilin özen borcunun belirlenmesinde başka bir önemli nokta, vekaletin ücretli olup olmaması konusudur. Vekilin özen borcu ve bu borca aykırı davranması halinde meydana gelecek sorumluluğu, tarafların yaptıkları sözleşmede vekil için geniş anlamda ücret, yani bir ivaz kararlaştırılmasıyla yakından ilgilidir. Vekilin ifasını üstlendiği işi ücretsiz olarak kabul etmiş olması ve yürütmesi durumunda özen borcu daha hafiftir. Fakat avukatlıkta ücretsiz olarak kabul meslek kuralları gereğın yasaklanmış olduğundan dolayı böyle bir hafifleme gündeme gelmeyecektir.

Avukatlık Kanunu'na uyarınca, avukatın özen borcu birden farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, avukatın mesleği ile ilgili olarak gerekli mevzuatı bilmesi, bu konularda meydana gelen değişiklikleri takip etmesi, üstlendiği dava ile ilgili işlemleri zamanında tamamlanmasıdır. Avukatın danışma ve temsil faaliyetlerini olması gerektiği gibi ifa edebilmesi, her şeyden önce yeterli bir mesleki bilgiyi alanındaki değişiklikleri sürekli takip etmeyi kılmaktadır²⁰⁵.

Bununla birlikte avukat, hukuki temsilini üstlendiği olayda müvekkilinin istediği sonuca yönelik uygulanması ve ihtiyaç duyulması mümkün olmayan bir konuyu bilmemesi sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır²⁰⁶. Yükümlendiği iş ile ilgisi olmayan hukuk normunu bilmemek avukat için bir sorumluluk doğurmayacaktır. Burada önemli olan, avukatın bilgi ve tecrübesi dahilinde olmayan bir konudaki işi kabul etmemesidir.

Avukat, yükümlendiği işin yürütülmesinin, yabancı bir hukuka hakim olmayı gerektiren durumlarda, söz konusu ülkenin mevzuatı ve yargı sistemi hakkında önce bilgi sahibi olmalı, gerektiği takdirde bu konu ile alakalı olarak yabancı ülkedeki bir hukukçu ile irtibatlı bir şekilde işi birlikte yürütmelidir. Alman içtihatları, avukatın yabancı bir ülkedeki meslektaşının ön araştırması ile yetinmemesini ve bu konuyla alakalı olarak bir uzmanından danışmasını, aksi takdirde doğacak zarardan sorumlu

²⁰⁵ Başpınar, age, s.132.

²⁰⁶ Arık, Kemal; Avukatın Müvekkiline Karşı Mesuliyeti, 1944, s.570.

olacağını vurgulamaktadırlar²⁰⁷. Fransız hukukunda da benzer bir şekilde vekilin dava konusu olaya uygulanacak olan yabancı mevzuat hakkında konunun uzmanı bir hukukçuyla çalışılması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁸.

Avukatın özen borcuna aykırı hareket etmemiş olması için, mevzuatın yanı sıra, aynı zamanda mesleki literatürde çıkan mahkeme kararlarını da takip etmesi gerekmektedir. Fakat bu her zaman mümkün olmayabilmektedir. Ülkemizdeki mahkemelerin kararlarının tamamı yayınlanmamaktadır. Buna rağmen avukat, mümkün olduğu kadar üst mahkeme kararlarını sürekli ve düzenli bir şekilde takip etmeli, uygulamalardaki değişiklikleri yasal süreleri kaçırmadan yürütmekte olduğu işlerde kullanmalıdır²⁰⁹.

Bilimin ilerlemesi ve sürekli yeni alt dalların meydana gelmesi nedeniyle, avukatların da belli alanlarda uzmanlaşmaları ve bu alanlarda dava üstlenip yürütmeleri gerekmektedir. Günümüzde bütün hukuki konuların bilinmesi ve bunlara çözüm üretilmesi çok da kolay değildir. Dolayısıyla mühendislik ve tıp alanlarında görüldüğü şekilde, avukatların da kendilerine belirli bir alan seçerek bu konuda uzmanlaşmaları çok daha sağlıklı olacaktır.

Avukat, yükümlendiği iş ile ilgili olarak müvekkilinin çıkarlarını mümkün olduğu kadar risksiz ve güvenli yollardan gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Özellikle davanın mevzuatça belirlenen zaman içinde açılmaması nedeniyle zamanaşımına uğratılması, gereksiz yere dilekçe vererek müvekkilin fazladan yada cezalı olarak vergi vermesine sebep olunması, tek dava dilekçesiyle davanın açılmasının mümkün olduğu durumlarda, ayrı ayrı bir çok davanın açılması, dava dilekçelerinde karşı taraf bilgilerinin açık olmayan yada tereddüt oluşturacak şekilde gösterilmesi²¹⁰, temyiz sürelerine uyulmaması veya müvekkilin herhangi bir talebi olmadan temyiz yoluna

²⁰⁷ Sungurtekin, age, s.236; Başpınar, age, s. 133.

²⁰⁸ Başpınar, age, s. 133.

²⁰⁹ Sungurtekin, age, s. 238; Başpınar, age, s.134.

²¹⁰ Arık, age, s. 571.

başvurulmaması²¹¹ vekilin özen borcuna aykırılığını ve avukatın malpraktisini meydana getirmektedir.

Avukat kanunları bilmeli, içtihatları takip etmeli, mesleği veya yükümlendiği iş ile ilgili olarak yayımlanan yayınları düzenli olarak izlemelidir²¹². Davanın yürütülmesi sırasındaki taktiksel hatalar ve dosya kapsamına yeterince hakim olamamaktan veya dosyadaki kimi hassas noktalara dikkat etmemekten kaynaklanması durumunda, avukatın malpraktis sorumluluğu söz konusu olmaktadır²¹³.

Özen borcunun içeriği, avukatın sözleşme kapsamında yükümlendiği amacı gerçekleştirmek için, uygun hareket ve davranışlarda bulunması olarak da açıklanabilir. Vekaletın konusu, fiilen mümkün olmayan, imkansız, mevzuata ve kamu düzenine aykırı olmayan her türden iş teşkil edebilir. Bu nedenden dolayı, özenin konusu, son derece çeşitli olabilmektedir²¹⁴.

Özen borcunun kapsamının belirlenirken, istenilen sonuca ulaşılmasını engelleyecek taktiksel hatalardan kaçınma yükümlülüğü de unutulmamalıdır. Buradaki ölçüt, yaşam deneyimlerine ve olayların olağan gidişatına göre belirlenmektedir²¹⁵. Çünkü özen borcu, geniş anlamda dürüstlük kuralının vekalet sözleşmesi alanında uygulanmasıdır.

Avukatlık sözleşmelerinde avukat, aksine bir hüküm olmadıkça, istenilen sonucun meydana gelememesinden sorumlu değildir. Önemli olan, yükümlenilen işin icrasında gösterilmesi gereken özenin gösterilip gösterilmediğidir. Avukat tarafından

²¹¹ Yrg. 4.H.D. 1973/9028 E 1973/8680 K sayılı 09.10.1973 kararı uyarınca, bir avukatın, aksine talimat olmadıkça müvekkil aleyhine verilen hükme karşı temyiz yoluna başvurusu gerekmektedir.

²¹² Başpınar, age, s. 135.

²¹³ Sungurtekin, age, s. 279; Şenocak, age, s. 356.

²¹⁴ Başpınar, age, s.135.

²¹⁵ Donay, Süheyl; Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATIDER, C. V, S.4, s. 736.

taahhüt edilen edim, özenle görüldüğü halde, avukatlık sözleşmesi ile hedeflenen sonuç elde edilmemiş dahi olsa, avukat açısından üstlenilen edim yerine getirilmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, avukat, kendisine düşen ödevi gerekli özeni göstererek ifa ettiği halde sonuç gerçekleşmemişse, sonucun elde edilmemesi onun değil, müvekkilin sorumluluğundadır.

Sözleşmeye dayanan sorumlulukta kusur, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilen davranışın hukuk düzeni tarafından kınanmasıdır²¹⁶. Sözleşme hukukunda özen borcu, amaca uygun davranmaktır. Bu bakımdan özen, sözleşmede kararlaştırılan amacı gerçekleştirmeye yönelik bir davranıştır.

Avukatın özen borcunun, müvekkili aydınlatma borcu ile yakın bir ilişkisi vardır. Aydınlatma borcu vekilin, taahhüt ettiği asli edim gibi, bir yapma borcuna konu teşkil etmektedir²¹⁷.

Özen borcu ile avukatlık sözleşmesinde vekilin üstlendiği işi veya hizmeti bizzat görmesi ve bunu başkasına gördürmesi arasında da sıkı ilişki mevcuttur. Vekilin üstlendiği işi veya hizmeti başkasına gördürmesinde özenin rolü, bir olağan sebep sorumluluğu kurmasıdır²¹⁸.

²¹⁶ Aral, age, s. 180.

²¹⁷ Başpınar, age, s. 144.

²¹⁸ Başpınar, age, s. 144.

2.2. KUSUR SORUMLULUĞU

2.2.1.Kusur

Daha ileride, hukuki malpraktisin meydana geliş biçimlerinde ele alınacağı üzere, avukatın maddi tazminat talebine konu olan davranışı bir ihmal, gecikme veya sözleşmeye aykırı bir davranış şeklinde meydana gelebilmektedir. Borçlar Kanunu'nunda, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk açısından kusur koşulu aranmakla birlikte, bu kusurun tanımı yapılmamıştır. Kusur, borçlunun bulunduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışlarından sapan, hukuk düzeninin kabul etmediği, onaylamadığı davranış biçimi olarak ifade edilebilir²¹⁹. Benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gereken özeni göstermemek suretiyle zarara sebebiyet veren kişi, bu zarar açısından kusurlu kabul edilmelidir.

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Kast, borçlunun, sözleşme yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek yerine getirmemesine denmektedir²²⁰. Avukatın faaliyetlerinde kasıtlı kusur halleri avukatın ayrıca disiplin ve cezai sorumluluklarını da gerektiren bir olgudur. Örneğin avukatın iş sahibine ait ve sır saklama yükümlülüğu kapsamında değerlendirilmesi gereken bir bilgiyi kamuoyuyla paylaşmak suretiyle zararın meydana gelmesi durumunda, avukatın karşı tarafla anlaşarak, müvekkilinin aleyhinde eylem ve işlem yapması durumlarında kasıtlı bir kusur söz konusudur. İhmal ise, sözleşmenin tarafının sözleşmenin ihmalini istememekle beraber, zararı önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı koşullar altında göstermesi kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermemek suretiyle zarara sebebiyet vermesidir²²¹.

TBK m. 114 uyarınca sözleşmeden doğan sorumluluklarda kusuru ispat yükü, genel kuralın aksine alacaklı yerine borçluya bırakılmıştır. Ancak, daha önce

²¹⁹ Eren, age, s. 228.

²²⁰ Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, age, s. 169.

²²¹ Güner, age, s. 486.

de belirttiğimiz gibi, karine avukatın işini gereği gibi yerine getirdiği yönünde olduğu için, avukatın kusurlu olduğunu kanıtlamak ve kusursuzluk karinesini çürütmek iş sahibine aittir. İş sahibine ait davanın kaybedilmesi avukatın özen borcuna aykırı hareket etmesine karine teşkil etmeyecektir²²². Meydana gelen zararın avukatın özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden kaynaklandığının müvekkil tarafından ispatlanması durumunda, avukatın özenli davrandığını, herhangi bir kusuru bulunmadığını, olumsuz sonuca kendi eylem ve işlemleriyle sebep olmadığını kanıtlaması gerekmektedir.

2.2.1.1. Kast

Bilerek ve isteyerek bir sözleşmeyi ihlal eden kişi kasıtlı hareket etmiş sayılır. Meydana gelen zararın gerçek hedef olması da kastın varlığı için şart sayılan bir unsur değildir.

Avukatın sorumluluğu bakımından, avukatın kasıtlı olarak sözleşme ihlali sebebiyle sorumluluğunun nadiren gerçekleşeceği, avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek, müvekkilin sırrını ifşa etmesi, üzerinde hapis hakkı bulunmayan belge ve dosyaların iade edilmesi talebinin reddi hallerinde kasıttan dolayı sorumluluğunun mümkün olduğu ifade edilmektedir²²³. Diğer mesleklerde de olduğu gibi, icra ettiği mesleğin onurunu koruyamayan kişilerin avukatlar arasında da bulunması mümkün olduğundan, kendi müvekkilinin çıkarlarını korumak zorunda olan ve müvekkilinin çıkarları ile kendisinininkinin çatıştığı hallerde, müvekkilinin çıkarlarını tercih etmek zorunluluğu olan avukatın, kasıtlı olarak karşı tarafla anlaşmak suretiyle müvekkilini zarara uğratması da ihtimal dahilindedir²²⁴.

²²² Güner, age, s. 487.

²²³ Günergök, age, s. 178.

²²⁴ Günergök, age, s. 178.

2.2.1.2. İhmal

Hukuka aykırı sonuç istenmemiş, fakat şartların gerektirdiği tedbirler alınmamak, dikkat ve özen gösterilmemek suretiyle haksız sonucun doğmasına sebep olunmuşsa ‘ihmal’ vardır²²⁵. Belli bir olayda ihmalin bulunup bulunmadığını belirlerken, ölçü olarak normal ve tedbirli bir insandan o olayda ve koşullarda beklenen davranışı dikkate almak gerekmektedir. Koşullar tedbirli bir insanın daha fazla dikkat ve özen göstermesini gerektiriyorsa, bu dikkat ve özen gösterilmediği durumlarda ihmal var demektir. Gerekli ve yeterli bilgi ve beceriye sahip olmadığı halde başaramayacağı ve zarara sebep olacağı bir işe girişen kimse de kusurludur.

Avukatın sorumluluğuna ilişkin olarak uygulamada en çok dayanılan kusur türü ihmaldir. İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesidir²²⁶. Bir başka görüşe göre ise, ihmal zararlı sonucun doğmasını önlemek için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu ödeve aykırı hareket etmek, gerekli tedbirleri almamaktır²²⁷.

Aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gereken en basit tedbirin alınmamış olmasına ağır ihmal, ağır ihmal derecesine ulaşmayan, ancak dikkatli kişilerin göstereceği özenin gösterilmemesi hafif ihmal olarak nitelenmektedir²²⁸. Fakat böyle bir ayırım avukatın ihmali açısından fark yaratmayacaktır, zira bir serbest meslek mensubu olan avukat prensip olarak her türlü kusurundan sorumludur²²⁹. Bu ayırım sadece avukatın tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Avukatın malpraktis sonucu ödemesi gerekecek tazminat, avukatın kusurunun şiddetine göre tayin edilecektir.

²²⁵ Reisoğlu, age, s. 135.

²²⁶ Eren, age, s.558-559; Günergök, age, s. 178.

²²⁷ Oğuzman/Öz, age, s512; Günergök, age, s. 178.

²²⁸ Günergök, age, s. 178.

²²⁹ Günergök, age, s. 178.

Avukattan işin görülmesi için gerekli mesleki bilgi ve yeteneklere sahip olması beklenmektedir. Kusurun ve tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde avukatın kişisel özellikleri, kişisel bilgi birikimi ve tecrübelerinden ziyade, ortalama bir avukattan beklenen özenin gösterilmiş olup olmadığına bakılacaktır²³⁰. Avukatın ortalama bir avukatın bilmesi gereken mesleki bilgiye sahip olmadığı durumlarda, vekalet işini hiç üstlenmemesi beklendiğinden dolayı, vekalet teklifinin kabul edilmesi de başlı başına kusur sayılacaktır²³¹.

Avukatın malpraktis sorumluluğunun belirlenmesi açısından asıl olan ölçütün objektif ölçüt olmasının yanında, somut bir durumda, ortalama bir avukatın sahip olması gereken bilgilere vakıf olan ve bu bilgileri kullanan bir avukatın, sahip olduğu özel yetenekleri kullanmaması ve müvekkilin zarara uğraması halinde, avukatın kusurlu sayılması gerekmektedir²³². Özel yetenek ve bilgilerin, belli bir konudaki uzmanlığın varlığına güvenme söz konusu olmaksızın, avukata iş verilmiş olması halinde, objektif değerlendirme ölçüsü esas alınmalı, fakat sırf bu özelliklerin varlığı dolayısıyla avukata teklif edilen ve avukat tarafından kabul edilen işlerde ise subjektif bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir²³³. Dolayısıyla avukatın kusurunun belirlenmesinde, somut olayın özellikleri öncelikle nazara alınmalıdır. Dürüst ve işini gereği gibi yapan, mesleğinin ortalama standartlarına sahip bir başka avukatın davayı yürütmesi durumunda sonuç değişmeyecek ise avukatın sorumlu tutulmaması gerekirken, sırf belli bir konuda uzmanlığı nedeniyle verilen bir işi, o uzmanlıktan beklenen şekilde yürütemeyip olumsuz sonuçlandıran avukatın sorumlu tutulmaması hakkaniyete aykırı olacaktır²³⁴.

²³⁰ Günergök, age, s. 179.

²³¹ Günergök, age, s. 179.

²³² Günergök, age, s.179

²³³ Günergök, age, s. 179.

²³⁴ Günergök, age, s. 180.

2.2.1.3. Kusuru Ortadan Kaldıran Haller

Kimi durumlarda, avukatın görevini yürütürken bazı sebeplerle görevini gerektiği gibi yerine getiremediği için kusur isnat edilmesinin hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Avukatın sağlık sebeplerinden ötürü geçici süreli iş görememesi mümkündür²³⁵. Avukatın mesleki faaliyetlerini yürütmesini engelleyen böyle beklenmeyen durumlar açısından tedbirli olması ve kendisi yerine vekillik görevini yürütebilecek bir temsilci tayin etmesi, zararın önlenmesi açısından önemli olacaktır²³⁶. Ancak bazı durumlarda bu da mümkün olmayacak, aniden bedensel veya ruhsal bazı problemlerin ortaya çıkması önceden tedbir alma olanağını da ortadan kaldıracak ve bir zararın meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır²³⁷. Ayrıca avukatın bir kaza geçirmesi ve bu sebeple cismani bir yaralanma söz konusu olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirememiş olması da kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak gösterilebilir. Aynı şekilde olağandışı ve önceden bilinmesi mümkün olmayan bir trafik sıkışıklığı veya uçağın rötar yapması da duruşmaya yetişemeyerek müvekkiline zarar veren avukat açısından kusuru ortadan kaldıran bir durum olacaktır²³⁸.

2.2.2. Haksız Fiilden Kaynaklan Kusur Sorumluluğu

Haksız fiil, hukuka aykırı bir davranış sonucunda meydana gelen zararı tazmin etme borcunun doğmasına neden olan kişinin sorumluluğunu gerektirmektedir²³⁹. Avukatın aralarında sözleşmesel ilişki bulunmayan bir kişiye hukuki bilgi vermesi mümkündür. İşte bu gibi durumlarda avukatın verdiği bilgiden yola çıkan kişinin zarara uğraması halinde avukatın hukuki sorumluluğu TBK m. 49/1 gereği haksız fiil kuralları gereği söz konusu olacaktır.

²³⁵ Günergök, age, s. 180.

²³⁶ Günergök, age, s. 180.

²³⁷ Günergök, age, s. 180.

²³⁸ Günergök, age, s. 180.

²³⁹ Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 27.

Avukat henüz sözleşmesel bir ilişki içerisinde olmadığı bir kişiye avukatlık sözleşmesi kurulmasına yönelik ön bilgi vermiş ve bu bilgi aktarımında sözleşmesel bir ilişki içinde olmayan üçüncü kişi zarar görmüş olabilir. Dolayısıyla avukat hukuki sorunu bulunan kişiye vermiş olduğu yanlış bilgi ve tavsiyeler nedeniyle TBK m. 49 ve devamı maddeleri uyarınca sorumlu olacaktır.

Avukatın avukatlık sıfatı ile yanlış bilgi veya öğüt verme ya da tavsiyede bulunması hallerinde, doğrudan ya da dolaylı bilgi alıcısı durumundaki kişiler zarar görebilir²⁴⁰. Bu gibi durumlarda dolaylı olarak bilgi almış olan kişi ile bilgi veren avukat arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Bilgiyi alan, bilgiyi doğrudan kaynağından almakta, fakat bilgiyi verenle doğrudan teması olmamaktadır. Örnek olarak, televizyon veya radyo programına katılan ve mesleki bilgi ve birikimini izleyicilere aktaran ve sorulan sorulara bilgisi dahilinde cevap veren avukat konuşmacının veya gazetede köşe yazısı yazan ve hukuki tavsiyelerde bulunan avukatın durumunda, avukatın verdiği bilgilerden dolayı, bu bilgiler ışığında ve bu bilgilerin geçerliliğine ve doğruluğuna güvenerek hukuki işlem yapan ve neticesinde de zarar gören üçüncü kişinin haksız fiil kurallarına göre avukattan tazminat talep etmesi mümkün olacaktır²⁴¹. Haksız fiil teşkil eden eylem, avukatın mesleki faaliyetine konu bir işin ifası sırasında gerçekleşmektedir ve bu nedenle de avukatın tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Burada avukatın herhangi bir sözleşmenin olmamasına rağmen sorumlu tutulmasının sebebi avukatın görevini kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yapma yükümlülüğüdür.

Haksız fiil sorumluluğu bir davranışın olumlu veya olumsuz olarak yapılmasından kaynaklanmaktadır. Avukatın yazılı veya görsel yayın organı aracılığı ile bilgiyi ihmali bir hareketle susarak vermemesi gibi hallerde haksız fiilin davranış

²⁴⁰ Gürpınar, Damla; Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 49.

²⁴¹ Mahmutoğulları, age, s. 62.

ögesi gerçekleşmiş olacaktır. Avukatın bu davranışından hukuki sorumluluğu doğmaktadır.

2.2.3. Sözleşmeden Kaynaklanan Kusur Sorumluluğu

Önceki bölümlerde de değindiğimiz üzere, avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle hukuksal sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için öncelikle sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. Borçlar Hukukunun sözleşmelerin oluşumundaki genel kuralları bir sözleşme olması nedeniyle avukatlık sözleşmesinde de geçerli olacaktır. TBK m.1 uyarınca yapılan sözleşme tanımına göre sözleşme, iki tarafın belli bir hukuksal sonuca yönelik, yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye yahut ortadan kaldırmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları ile oluşan iki veya çok taraflı hukuksal bir işlemdir. İş sahibinin iradesinin avukata ulaşması, avukatın da icap olarak kabul edebileceğimiz bu öneriye olumlu yanıt vermesi yani, işi reddetmemiş olması gerekmektedir.

TBK m. 503 uyarınca düzenlenmiş olan ‘iş derhal reddetmedikçe kabul etmiş sayılır’ kuralının avukatlık sözleşmesinde yerinin olmadığı, buna karşılık avukatın bağımsızlığı ilkesinin doğal uzantısı olarak işi alıp almama konusunda inceleme ve araştırma yapma hakkı bulunduğunu, bunun da ‘gecikmeden kullanılacak’ bir süreye bağlı olduğunu hatırlatmakta yarar vardır²⁴².

Değiniilmesi gereken bir diğer konu da, iş sahibi ile avukat arasındaki ilişkinin hatıra dayalı olması durumudur. Çoğu kez ücret dahi alınmadan, yakın ilişki dolayısıyla avukat tarafından sözlü olarak bildirilen hukuksal görüşün veya yapılan hukuki yardımın bir sözleşme ilişkisinin sonucu olup olmadığı düşündürücüdür.

²⁴² Güner, age, s. 545.

Alman Temyiz Mahkemesinin kararlarından esinlenerek ortaya atılan görüşlere göre, ücretsiz dahi olsa bildirilen görüşlerin verilen bilgilerin bir sorumluluğu bulunmaktadır²⁴³.

Arada sözleşme bulunmasa veya herhangi bir malvarlığı menfaatinin karşılığı olmasa dahi, kendisine göre uzman kişi olarak nitelediği kişiye gidip ona danışan ve, öğüt isteyen kişinin karşı tarafa güvenini koruması gerekmektedir²⁴⁴. Dolayısıyla kendisinden bilgi talep edilen kimse, karşı tarafa ya hiç bilgi vermemelidir ya da bilgi vermiş ise bunun yanlışlığından dolayı Medeni Kanun m.2 uyarınca güven sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilmelidir²⁴⁵.

Hukuki sorumluluktan bahsedebilmek için sözleşmenin varlığının yanı sıra, sözleşmenin geçerli olması da gerekmektedir. Hukukumuzda sözleşme serbestisinin avukatlık sözleşmesi açısından da geçerli olması tartışmasız olmakla beraber, tarafların iradelerini sınırlayan pek çok yasa ve meslek kuralının varlığı da tartışılmazdır. Örneğin, çıkarları çatışan kimselerin avukatlığını almama kuralı doğrultusunda, avukatın aynı davada çıkarları çatışan ikinci bir kişi ile sözleşme yapması durumunda ikinci sözleşme geçersiz sayılacaktır.

Ancak avukatın hukuksal yardım içerikli faaliyeti sırasında çalışmasının kökeninde avukatlık sözleşmesi ilişkisi olmasa dahi avukatın hukuki sorumluluğunun mevcut olduğu çok açıktır. Örneğin, aynı zamanda bir kamu kurumunun hukuk müşaviri olan avukatın, görevi sırasında idareyi zarara uğrattığı savı ile ileri sürülen iddia sonucu oluşan uyuşmazlığa memur olan avukatın haksız eyleminin yol açtığı, bu nedenle avukatlık sözleşmesinden kaynaklanmadığı, davanın çözümünde Avukatlık Kanununda tanımlanan avukatlık sözleşmesine ait kuralların

²⁴³ Aday, age, s. 158.

²⁴⁴ Güner, age, s. 545.

²⁴⁵ Başpınar, age, s. 229.

uygulanamayacağı, aksine genel hükümlerin uygulanmasının gerektiğine yer verilmiştir²⁴⁶.

2.3. HUKUKİ MALPRAKTİSİN UNSURLARI

Avukatın müvekkilini zarar doğuran fiili gerçekleştirmeye teşvik ettiğinin ispatlanması için, sırf danışmanlık hizmeti vermesinin ötesinde, yapılması planlanan işlemi yapması için desteklemiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla avukatın, sırf müvekkiline muhtemel seçenekler ve bunların sonuçları hakkında bilgi vermiş olması durumlarında, müvekkilin de bu yollardan istediğini seçip, üçüncü kişiye zarar vermesi durumlarında malpraktis meydana gelmiş olmaz.

2.3.1. Avukatın Kusuru

Avukatlık sözleşmesine dayalı olarak avukatın sorumluluğuna gidebilmek için sözleşmenin avukat tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Avukatın bu yükümlülükleri ihlal etmesi halinde, avukatın sözleşme ihlali sebebiyle sorumluluğuna gidilebilecektir²⁴⁷.

Avukatın işi özenle yerine getirmesi yükümlülüğü, hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcu ile aynı anlamda bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. İşçi öncelikle iş sözleşmesine, daha sonra da üstlendiği görev gereği işini özenle yerine getirmeye yönelik olarak TBK m. 396 uyarınca sorumludur. Dolayısıyla bu normlar ışığında, işçinin kasıt, ihmal ve dikkatsizliği sonucu iş sahibine verdiği zararlardan sorumlu olması gerekmektedir²⁴⁸.

²⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004/3-161 E, 2004/164 K, 24.03.2004 tarihli karar (Yayınlanmamıştır)

²⁴⁷ Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Meslek Kuralları'nın sözleşme ile üstlenilen iş görme borcunun icrasına ilişkin hükümlerinin de sözleşme hükümleri gibi değerlendirilmesi, bu kurallara aykırılığın sözleşmeye aykırılık olarak görülmesi gerekmektedir.

²⁴⁸ Güner, age, s. 547.

Aynı şekilde, bir vekil olan avukatın kusurunu belirlediğimizde hafif kusur dahi onu sorumlu kılmaktadır²⁴⁹. Yargı kararları doğrultusundan ortaya çıkan durum uyarınca, avukatın üstlendiği işin niteliği, avukatın sorumluluğunun işçinin sorumluluğundan daha yoğun ve sert olmasını gerektirmektedir²⁵⁰. Bir kamu hizmetini yerine getiren avukatın üzerine aldığı işi hukuki bilgi ve deneyimleri ile adalet yararına çözüme ulaştırma yükümlülüğü onun sorumluluğunu artırmaktadır²⁵¹. Avukatın yürürlükteki mevzuat dikkate alınırca işçinin kasıt, ihmal ve dikkatsizliği sonucu iş sahibine karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Buradan hareketle vekilin özenle hareket etmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir vekil olan avukat için bunun aksine olan davranışları onun meydana gelen zarardan sorumluluğunu doğurmaktadır.

Avukatın işi özenle yerine getirme borcu kapsamında ele aldığımız durumların çoğu, avukatın hukuksal anlamda sorumlu olmasını gerektiren durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵². Avukatlık Kanunu m. 34 uyarınca, yüklendikleri görevi bu görevin kutsallığına yaraşır bir biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirme yükümlülüğü ile avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir biçimde hareket etme yükümlülüğü ile mesleği dürüstçe yapma yükümlülüğü, avukatın sorumluluğunun işçinin kasıt, ihmal ve dikkatsizlikle sınırlanan eylemlerindeki sorumluluğundan çok daha geniş bir sorumluluğu avukata yüklemiş olduğunu görülmektedir²⁵³.

Avukatın kusurlu davranışı olarak sayılabilecek bir diğer durum da, iş sahibinin talimatlarına uymamasıdır. Talimat, vekalet sözleşmesinin kurulması

²⁴⁹ Arık, age, s. 570.

²⁵⁰ Güner, age, s. 547.

²⁵¹ Müderrisoğlu, age, s. 570.

²⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/13-198 E, 2007/199 K, 13.12.2007 tarihli kararı uyarınca, davalı avukatın öncelikle idareye başvurmadığı, manevi tazminat istemediği, maddi tazminat miktarını tespit ettirmediği, konu ile ilgili mevzuatı araştırmadığı, zamanaşımı sürelerine dikkat etmediği, ek davayı süresinde açmadığı, görevi yerine getirmek konusunda özensiz davrandığı ve böylelikle kendi kusuru ile davacının zarara uğramasına neden olduğundan ötürü tazminat sorumluluğunun olduğuna hükmetmiştir.

²⁵³ Yrg. 13.H.D. 1990/1739 E, 1991/2325 K, 01.03.1991 tarihli kararı uyarınca, avukatın özen borcu alelalde bir vekilin borcundan çok daha farklıdır. Müvekkile en iyi şekilde yardım etmek zorundadır. Özkaya, age, s. 433.

sırasında veya daha sonra vekile kendisine tevdi edilen işi nasıl göreceğini belirten tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı olarak tanımlanmaktadır²⁵⁴. Avukatlık sözleşmesinde de geçerli olan bu kurala göre, bu yönüyle talimat verme yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı görünümündedir.

İş sahibinin yapmış olduğu talimat tek taraflı bir irade açıklaması olması nedeniyle vekilin kabul edip etmemesinin bu hakkın kullanımı açısından bir önemi yoktur. İş sahibi her aşamada vekaleti sona erdirmesi veya verdiği talimatı sınırlandırması mümkündür. İş sahibinin bu yetkilerinin yanı sıra vekilin de özgürlüğü sınırlanmış değildir²⁵⁵. İş sahibinin değişen talimatlarını beğenmediği veya benimsemediği takdirde üstlendiği işi bırakması olanaklıdır. Vekilin önceden haber vermek koşuluyla her zaman vekaletten ayrılması mümkündür.

Fakat, avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ilkesi karşısında iş sahibinin talimatlarının hepsinin avukat tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. TBK m.505 uyarınca talimat dairesinde vekaletin yapılması maddesine ve avukatlık sözleşmesinin özelliklerine göre değerlendirdiğimizde, iş sahibinin ulaşılacak amacı belirlemesi, işin yapımındaki ana konuların neler olduğunun ortaya koymasının doğal olduğunu, buna karşılık amaca ulaşmada kullanılacak araçların seçiminin ve izlenecek yolun belirlenmesinin ve uygulamasının avukata ait olduğu açıktır²⁵⁶. Avukat en temel konularda iş sahibinin talimatıyla bağlı olmalıdır.

Borçlar Kanunu uyarınca sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta kusur koşulu aranmakta, fakat kusurun tanımı yapılmamaktadır. Daha önce de değindiğimiz gibi, kusur kişinin bulunduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçimi, daha açık bir anlatımla davranış biçiminin niteliği olarak ifade edilmektedir.

²⁵⁴ Donay, Süheyl, Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, Batider, C. V. Y.1970, s. 735; Tandoğan, age, s. 436.

²⁵⁵ Güner, age, s. 548.

²⁵⁶ Güner, age, s. 549.

Avukatın kusuru, sözleşme ile üstlendiği işi takip ederken sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıtlı veya ihmali bir davranışla hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sonucunda doğar. Burada avukatın kusurlu sayılabilmesi için iki koşul vardır ve bunlar avukatın edimi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olması ve kast veya ihmali olarak nitelendirilebilecek bir kusurunun olmasıdır. Dolayısıyla davanın kaybedilmiş olması malpraktisi varlığı açısından tek başına yetersizdir ve davanın kaybına avukatın özen borcuna aykırı bir şekilde davranarak kusurlu olması gerekmektedir.

Avukatlık mesleki faaliyetinde kasıtlı kusur hali çok ender rastlanılan bir durumdur²⁵⁷. Genellikle avukatların ihmali davranışları dolayısıyla malpraktis meydana gelmektedir. Avukatın ihmali davranışının hafif olması da onu sorumluluktan kurtarmayacaktır²⁵⁸.

Avukatın kusurunun saptanması için özen borcunda belirttiğimiz objektif ve subjektif öğelerin ışığı altında her somut olayda ayrı değerlendirme yapmak gerekmekte ise de objektif bir ölçütle özenli bir avukatın aynı durum ve koşullar altında göstereceği özeni göstermeyen avukatın kusurlu olduğunu kabul etmemiz mümkün olabilir²⁵⁹.

Borçlar Hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluklarda kusuru kanıt yükü, genel kuralın aksine alacaklı yerine borçluya bırakılmıştır. TBK m. 114 uyarınca borçlu kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır. Fakat bu kural, sadece avukatın haksız fiilden sorumluluğu halinde geçerli olacak, sözleşmeden doğan sorumlukta avukatın kusurlu olduğunu kanıtlama külfeti iş sahibine ait olacaktır²⁶⁰.

²⁵⁷ Güner, age, s.558

²⁵⁸ Yrg. 13.H.D. 1994/6202 E, 1994/8504 K, 02.04.1994 tarihli kararı uyarınca B.K. m.98 ve m.312 hükümleri her türlü kusuru kapsar. O nedenle, vekilin kusuru pek hafif olsa dahi onu sorumluluktan kurtarmayacaktır.

²⁵⁹ Güner, age, s.558

²⁶⁰ Güner, age, s.558

Avukat, ancak kusuru varsa hukuksal sorumluluk taşıyacaktır²⁶¹. İş sahibine ait davanın kaybı, özen borcunun gereği gibi yerine getirilmediği konusunda eylemsel karine oluşturmaz ve iş sahibi tarafından ayrıca avukatın mesleğinin kurallarına uygun olmayan bir davranışta bulunmasının sonucun meydana gelmesinde etken olduğunun kanıtlanması gerekir.

İş sahibinin özen borcunun yerine getirilmemesi yüzünden istenilen sonucun ortaya çıkmadığının kanıtlanması²⁶² halinde, bu kez avukat görevini yerine getirme konusunda bir kusurunun olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir²⁶³.

Hakkında malpraktisten kaynaklı tazminat davası açılan avukatın, iş sahibinin birlikte kusuruna dayanarak savunma yapması mümkündür. Özellikle karşılıklı bilgi verme, aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinde bu durum söz konusu olabilir. İş sahibine gerekli soruları sormadığı ve konunun yeterince aydınlanmasına engel olduğu gerekli bilgiyi toplayamadığı için davayı kaybeden avukatın kusurlu olduğu kuşkusuzdur²⁶⁴. Ancak avukata gerekli bilgileri vermeyen iş sahibinin de birlikte kusuru bulunmaktadır²⁶⁵.

Gerek Avukatlık Kanunu, gerek Borçlar Kanunu uyarınca, herhangi bir düzenlemeye tabi tutulmamış olan bu konu, ABD Hukuku uyarınca da ‘yeterince gelişmemiş bir haksız fiil teorisi’ olarak²⁶⁶ görülse de, dava konusu kılınabilecek kadar benimsenmiştir. Öyle ki bu sorumluluk, bir sözleşmenin tarafları arasındaki bir sorumluluk olmamakta, sorumlu tutulan avukat, talep sahibi üçüncü kişi tarafından,

²⁶¹ Güner, age, s. 558.

²⁶² Yrg. 13.H.D. 1990/7902 E., 1991/1070 K., 05.02.1991 tarihli kararı uyarınca özen borcunun yerine getirilmediğinin ispat külfeti müvekkile aittir. Müvekkil özen ve sadakat borcunun yerine getirilmemesinden dolayı arzulanan sonucun ortaya çıkmadığını ispat edecek ve vekil de borcun yerine getirilememesinde bir kusurunun olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

²⁶³ Tandoğan; age, s. 432; Özkaya, age, s. 507; Yalçınduran, age, s. 70.

²⁶⁴ Alman Temyiz Mahkemesinin bu konuda verdiği kararda, avukatın müvekkiline danışmanlık etme görevini tam bir şekilde yerine getirebilmesi için, kendisinin öncelikle müvekkiline sorular yönelmek suretiyle hukuki değerlendirme yapabilmek açısından önem taşıyan hususları açığa çıkarması, hukuk bilgisi olan bir kişi olarak sezebildiği ve sezmesi gereken, bir başka alanda uzman olsa da hukuk bilgisi olmayan müvekkil için, muğlak ve belirsiz olan meseleye ilişkin tereddütlü hususları düşünüp incelemesi gerekir. Bu gibi tereddütlerin hangi noktalarda bulunabileceğini belirlerken, kendisine anlatılanların hukuki değerlendirmesi ile yetinmeyerek, hak arayan kimselere sorular yönelterek meseleyi mümkün mertebe tam ve objektif olarak ortaya koyabilmelidir; Güner, age, 559.

²⁶⁵ Aday, age; s. 559.

²⁶⁶ Porat, Ariel; The Many Faces of Negligence; s. 256.

zarara meydan veren müvekkili bu zararı vermeye yönlendirdiği gerekçesiyle dava edilmektedir²⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken, malpraktisten kaynaklanan talebin sözleşmesel olmaması, müvekkilin eyleminden dolayı zarar gören üçüncü kişinin bu zararın meydana getirilmesinde avukatın yönlendirmesi olduğu iddiasıyla, avukata maddi tazminat talebi yöneltiyor olduğudur. Öyle ki, hukuki danışmanın veya tavsiyenin üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda, avukat tarafından haksız fiili gerçekleştirilene verilmiş olan danışmanlık hizmetinin haksız fiilde oynadığı rol kadar, avukat da haksız fiil gerçekleştirmiş olacaktır²⁶⁸. Avukatın bu sorumluluğu, müvekkilinin haksız fiil yapıp yapmayacağını bilmesi önemli değildir²⁶⁹. Kısacası, üçüncü kişiye maddi bir zarar veren bir haksız fiili yüreklendirmesinden dolayı, avukata talep yapılmaktadır. Böyle bir talep, zararın doğrudan avukatın davranışı sonucu meydana geldiği şeklinde değil, avukatın müvekkiline vermiş olduğu hizmet ve destek sonucu müvekkilin davranışından ötürü meydana geldiği şeklinde ileri sürülecektir²⁷⁰.

Söz konusu durumu, daha önce de açıklanan ve alışıl gelmiş anlamdaki malpraktisten ayırmaya yarayan temel kıstas, alelade malpraktisin kaynağının avukatlık sözleşmesi olması, avukatın sözleşmesel sorumluluğuna dayanarak malpraktis ileri süren ve maddi tazminat talep edenin müvekkil olmasına rağmen, söz konusu durumda, haksız fiilden doğan bir kusur sorumluluğu iddiasıyla maddi tazminat talep eden kişi, müvekkil ile doğrudan ilişkisi olan fakat avukatla doğrudan ilişkisi olmayan üçüncü kişidir.

Bu taleplerin değerlendirilmesi konusunda mahkemece yapılması gereken ilk inceleme, avukatın müvekkilinin üçüncü kişiye vermiş olduğu maddi zarara ilişkin olarak sorumlu tutulup tutulamayacağını tespitidir²⁷¹. Buna göre, eğer avukat vermiş olduğu tavsiyeye uygun olarak davranılırsa, üçüncü kişinin maddi zarara

²⁶⁷ Porat, age, s. 256.

²⁶⁸ Lewinbuk, Katerina; The Rise of Claims Against Lawyers for Aiding and Abetting a Client's Breach of Fiduciary Duty; www.ssm.com; s. 13.

²⁶⁹ Lewinbuk; agm; s. 13.

²⁷⁰ Lewinbuk; agm; s. 14.

²⁷¹ Lewinbuk; agm; s. 15.

uğrayacağını biliyor ise, sorumlu tutulabilecektir²⁷². Böyle bir kıstasın ortaya koyulmuş olması neticesinde, 3. kişilerin malpraktis iddiaları, ortada bir sözleşmenin ve dolayısıyla da bir hukuki sorumluluğun olmadığı gerekçesiyle ilk bakışta reddedilmeyecek ve incelenmesi gerekecektir. Mahkeme kararları gösteriyor ki, malpraktis olduğu iddia edilen avukat tasarrufunun, üçüncü kişinin hukuk düzeni tarafından korunan bir çıkarına aykırı sonuç doğmasına yol açmış olması koşulu aranmaktadır²⁷³. Daha açık bir ifade ile, üçüncü kişinin iddia etmiş olduğu maddi zararı, avukatın bir fiilinden kaynaklanmalıdır²⁷⁴.

Bir çok ABD eyalet mahkemesi²⁷⁵, üçüncü kişinin haksız fiili nedeniyle malpraktis iddiasıyla maddi tazminat talepleri konusunda avukat aleyhine karar vermiş olsa da, her bir mahkemenin, avukatın bu yöndeki malpraktisinin tespiti hakkında kullanmakta olduğu ölçütler farklıdır²⁷⁶. Üçüncü kişinin avukatın kendisine maddi zarar vermiş olan malpraktisi iddia ederken ispat etmesi gereken bir kaç unsur vardır. Bir çok eyalet, davacı üçüncü kişinin, avukatın meydana gelen maddi zarar açısından katılımını ve katkısını kanıtlamasını şart koşmaktadır²⁷⁷.

Bazı eyaletler mahkemeleri, malpraktisin meydana gelmiş olması için sırf avukatın müvekkilini haksız bir fiile teşvik etmiş olmasını yeterli görmeyip ayrıca bu haksız fiil neticesinde bir maddi zararın meydana gelmiş olması gerektiğini belirtmişlerdir²⁷⁸.

Klasik malpraktis anlayışı uyarınca, avukatın rolü sadece müvekkiline karşı olmakta ve yalnızca müvekkil bu sorumluluğa dayanarak, avukata karşı bir talepte bulunabilmektedir²⁷⁹. Avukatların görevi, toplumsal faydayı da gözönünde bulundurmak suretiyle, müvekkillerinin çıkarlarını gözetmektir²⁸⁰. Bu amaç

²⁷² Lewinbuk; agm; s. 15.

²⁷³ Lewinbuk; agm; s. 17.

²⁷⁴ Lewinbuk; agm; s. 17.

²⁷⁵ California, Colorado, District of Columbia, Illinois, Massachusetts, New Mexico, New York, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Dakota, Texas.

²⁷⁶ Lewinbuk, agm. s. 19.

²⁷⁷ Lewinbuk, agm; s. 20.

²⁷⁸ Lewinbuk, agm, s. 24.

²⁷⁹ Jay M. Feinman; Professional Liability to Third Parties; American Bar Association 2000, s.76.

²⁸⁰ Lewinbuk, agm; s. 3.

doğrultusunda, avukatın toplumdaki rolü, müvekkile bir başka bireyin çıkarlarını gözetmeksizin hizmet etmek olarak ortaya çıkar²⁸¹.

Malpraktis kavramının doğup büyüdüğü ABD Hukuku'nda bu anlayış değişmekte, malpraktisin alanı büyümekte ve tarafları çoğalmaktadır. Öyle ki, üçüncü kişiler tarafından, avukatın müvekkilini haksız ve zarara sebebiyet verecek şekilde yönlendirdiği iddiasıyla yapılan malpraktis taleplerinde çok büyük bir artma olmuştur²⁸². Bu talepler avukatlık mesleğini icra etmenin riskleri²⁸³ olarak görülmekte ve her eyalette muhtemel bir dava konusu teşkil etmektedir. Yapılan bir istatistik ABD genelindeki hukuki malpraktis taleplerinin yüzde yirmiye yakın bir oranının müvekkilin fiilinden zarar gördüğü bahsiyle üçüncü kişiler, özellikle de daha önceki bir davada karşı taraf sıfatı taşıyan kişilerce yapıldığını ortaya koymaktadır²⁸⁴. Neredeyse tüm eyalet mahkemeleri, müvekkilin bir üçüncü kişiyle arasındaki anlaşmaya uygunsuz davranışı durumunda, avukatın bu davranışı tavsiye ettiği ve desteklediği oranda sorumlu olduğuna hükmetmiştir²⁸⁵. Davacı bu durumlarda, avukat müvekkil ilişkisinin dışında olup, avukatlık sözleşmesinin tarafı değildir. Dolayısıyla burada üçüncü kişinin dayanağı avukatlık sözleşmesi ve bu sözleşme gereği avukata yüklenen sorumluluk değil, doğrudan haksız fiil sorumluluğudur.

Vekalet görevinin kapsamı, vekil ve vekalet veren arasında, vekilin vekalet verenin çıkarlarına hizmet etmek amacı doğrultusunda onun adına işlem yapabilmesine yönelik, güven ve inanca dayanan bir ilişkidir²⁸⁶.

Diğer meslek vekalet sözleşmelerine dayanan mesleklere kıyasla, avukatlar vekalet aykırı davranışlardan dolayı daha fazla sorumluluk altında olup, bu sorumluluğa ilişkin talepler diğer vekalet sözleşmelerine kıyasla, avukatlara daha fazla yöneltilmektedir. Hatta, vekalet ilişkisinin sadece avukat ve müvekkili

²⁸¹ Developments in the Law, 107.Harvard Law Review; Boston 1994, s. 1547.

²⁸² Lewinbuk, agm, s. 4.

²⁸³ Mullen, Legal Malpractice, s. 286.

²⁸⁴ Lewinbuk, agm, s. 5.

²⁸⁵ Lewinbuk, agm, s. 8.

²⁸⁶ Porat, agm, s. 80.

bağladığına ilişkin ilkenin aksine yukarıda da belirttiğimiz üzere üçüncü kişiler de avukatlara yaptıkları meslekle ilgili talepte bulunabilmektedirler. ABD’de bir mahkemenin verdiği kararın gerekçesinde avukatlık sözleşmesi çerçevesinde görevlendirilen avukatın, müvekkilin müvekkillerine karşı da sorumlu olacağı belirtilmiştir²⁸⁷.

2.3.1. Müvekkilin Zarara Uğraması

Avukatın sözleşmeye aykırı davranması onun başlı başına sorumlu olmasını gerektirmez²⁸⁸. Avukatlık sözleşmesi çerçevesinde faaliyet gösteren avukatın müvekkili karşısında sorumluluğunu gerektiren hallerde, avukata karşı özel hukuka dayalı tazminat talebinde bulunabilmek için, avukatın sözleşme ile borçlandığı yükümlülüklerini ihlal etmesi tek başına yeterli değildir²⁸⁹. Bunun yanında, sözleşmeye aykırı eylem ve işlemin yanı sıra iş sahibinin zararının da olması gerekmektedir²⁹⁰. Müvekkilin uğradığı zarar maddi olabileceği gibi²⁹¹ manevi zarar da olabilir. Sorumluluğun diğer koşulları da olduğu takdirde, bu iki zararı da tazmin etmek gerekmektedir.

²⁸⁷ Lewinbuk, agm, s.11.

²⁸⁸ Güner, age, s. 482.

²⁸⁹ Günergök, Özcan; Avukatlık Sözleşmesi; Ankara 2009, s. 163.

²⁹⁰ Yrg. 13.HD, 1996/3956 E, 1996/4329 K sayılı, 09.05.1996 tarihli kararı “Gerçekte davalı vekilin dava dosyasını takip etmemesi vekalet sözleşmesinde aykırılık oluşturmamakta ise de, davanın işlemden kaldırılması olgusunun bir zarar oluşturup oluşturmayacağına saptanması gerekmektedir. Bu yönün aydınlığa kavuşturulabilmesi için ikame edilen davanın özenle davacı avukat tarafından takip edilmiş olması halinde kavuşturulmasının hukuken mümkün olup olmayacağına açıkça ortaya konması gerekmektedir”.

²⁹¹ Tek başına dava açma suretiyle hukuki ihtilafı çözmek imkanı varken, sırf daha fazla avukatlık ücretine hak kazanabilmek için, gereksiz yere birden çok dava açılması halinde, gereksiz davalar sebebiyle yapılan harcamalar buna örnek gösterilebilir. (İzale-i Şüyu davasına konu olan taşınmazların her biri için ayrı ayrı 42 tane dava açan avukatın, tüm davalar için tek avukatlık ücreti alması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı: Yrg. 11.H.D. 01.10.1981 tarih, 1981/5521 K. nolu karar; Karahasan, s. 689-690; Günergök, age, s.165.)

2.3.2.1. Maddi Zarar

Maddi zarar, borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının mal varlığının göstereceği durum ile hali hazırdaki durum arasındaki fark olarak açıklanabilir²⁹². Ayrıca maddi zarar, bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalma olarak da tanımlanır²⁹³. Mal varlığındaki eksilmeyi veya mal varlığında artış olması gerektiği durumlarda bunun olmayışını; yoksun kalınan kar, yitirilen kazanç, iş sahibince yapılacak giderler, yoksun kalınan kira ve benzeri kazançlardan yoksun kalma olarak değerlendirmek mümkündür²⁹⁴.

Sözleşme ihlali sebebiyle sorumluluğuna gidilerek kendisinden tazminat talep edilen avukat, sözleşmeyi gereği gibi ifa etmiş olsaydı müvekkili ne durumda olacaksa aradaki fark avukatın sebebiyet vermiş olduğu maddi zararı teşkil etmektedir²⁹⁵. Avukatın akdi sorumluluğuna ilişkin açılan tazminat davalarında tazmini istenen maddi zarar müvekkilin müspet zararıdır²⁹⁶. Borçlar Hukuku'nun genel ilkeleri doğrultusunda kendisine yüklenen edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen avukat, müvekkilini bir zarara uğratması halinde bu zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Fakat gerek Avukatlık Kanunu'nda gerek Borçlar Kanunu'nda zarar ve zararın hesaplanması konusunda özel düzenlemeler olmadığından, zararın hesabı yapılırken BK m.98 hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁹⁷.

Yargıtay, avukata teslim edilen senetlerin kaybolması ve kaybolan senetlerin borçlunun eline geçmesi olayında artık senetlerin tahsil olanağının kalmadığından bahisle zararın hüküm altına alınmasını istenmektedir²⁹⁸. Aynı şekilde, zamanaşımı süresini dikkate almadan hak kaybına sebebiyet veren avukatı, işi savsakladığı için sorumlu kılmış ve zararı ödemesine karar verilmiştir²⁹⁹. 'Vekalet görevini gerektiği gibi yerine getirmediği ileri sürülen avukatın yükümlü olduğu giderin, eğer davayı zamanında açsa idi, müvekkil ne elde edebilecek idi ise onun ve vekile peşin ödediği

²⁹² Şenocak, age, s. 29.

²⁹³ Günergök, age, s. 164.

²⁹⁴ Güner, age, s. 483.

²⁹⁵ Günergök, age, s. 165.

²⁹⁶ Günergök; age, s.165; Şenocak, age, s. 29.

²⁹⁷ Günergök, age, s. 165.

²⁹⁸ Yrg. 3.H.D, 1985/7687 E., 1986/1497 K sayılı, 28.02.1986 tarihli kararı.

²⁹⁹ Yrg. 4.H.D, 1972/13267 E, 1973/6471 K sayılı, 22.05.1973 tarihli kararı.

ücretin ve giderlerin toplamından ibaret olduğuna karar vermiş ve tenkis davasının süresinde açılmamasından doğan zarar için ise, tenkis davası açılmış olsa idi davacı mahfuz hisseyle ne elde edebilecek idiye' yöntemiyle somut zarar hesabı yapılması gerektiğine karar vermiştir³⁰⁰.

Kanun yollarından birine başvurulmadığı ya da meydana gelen bir sonucun düzeltilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, iş sahibinin zararının doğmuş olduğunun kabulü gerekmektedir. Örneğin, kanun yollarından birine başvurulmadığı yada sürenin kaçırıldığı durumlarda, dilekçe veya talep ile eski halin yerine getirilmesi mümkün ise, zarar henüz doğmamış sayılacak³⁰¹, zarar doğana kadar da malpraktisten söz edilemeyecektir.

2.3.2.2. Manevi Zarar

Her ne kadar avukatlık sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkan zarar kural olarak malvarlığına ilişkin olsa da, manevi zararın da meydana gelebileceğinden manevi tazminat da söz konusu olabilecektir.

Manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkına yönelen hukuka aykırı tecavüz ile manevi zarar arasında illiyet bağı bulunması, davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk hali bulunması gerekmektedir³⁰².

Avukatlık sözleşmesinden doğan bazı yükümlülüklerin ihlali halinde de, gerekli koşulların varlığı halinde manevi zarar doğabilecek ve tazmini istenebilecektir³⁰³.

Avukatın sorumlu olduğu hallerde tazminat borcunun sınırı, müvekkilin davanın özenli bir şekilde yürütülmesi halinde elde edeceği menfaatlerdir³⁰⁴. Yargı

³⁰⁰ Güner, age, s. 483.

³⁰¹ Güner, age, s. 483.

³⁰² Oğuzman/Öz, age, s. 651.

³⁰³ Günergök, age, s. 172.

³⁰⁴ Günergök, age, s. 165.

kararlarında da değinildiği üzere, sözleşmeye aykırı davranmak suretiyle malpraktis meydana getiren avukattan talep edilebilecek maddi tazminat miktarı, işi gereğince yerine getirmiş olması durumunda iş sahibine kazandırması muhtemel hak olarak tespit edilecektir³⁰⁵.

Malpraktisin meydana geldiğini kanıtlamak, müvekkilin sorumluluğundadır. Müvekkil, avukatın malpraktis yaptığını kanıtlayacak ve bu nedenle maddi zarar meydana geldiğini ve bu zararın miktarını ispatlamakla yükümlüdür.

2.3.3. Zarar ile Malpraktis Arasındaki İlliyet Bağı

Sözleşmeden kaynaklanan davaların tümünde olduğu gibi hukuki sorumluluğun sonucu olarak açılacak tazminat davasında da avukatın sözleşmeye veya yükümlülüklerine aykırı ve kusurlu sayıldığı eylem veya işlemi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması zorunludur³⁰⁶. Avukatın malpraktis sorumluluğunda da illiyet bağı kurucu unsurdur. Avukatın malpraktisi, olayların normal akışına, genel yaşam deneyimlerine göre, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır³⁰⁷.

Avukatın iş sahibinin yararına olmamasına rağmen karşı tarafın sulh önerisini kabul ettiği, sulh önerisini kabul etmeyip davayı devam ettirmesi olasılığında çok daha iyi bir sonucun alınabileceği durumlarda, iş sahibinin uğradığı zarar ile avukatın davranışları arasında uygun bir illiyet bağının varlığı söz konusu olacaktır³⁰⁸. Bunun yanında, bir davanın avukatın malpraktisi nedeniyle kaybedilmesi üzerine, müvekkilin heyecanlanarak kalp krizi geçirmesi durumunda ise, müvekkilin sağlığı açısından uğranılan maddi zararın söz konusu illiyet bağı içerisinde kaldığından bahsedilemeyecektir³⁰⁹.

³⁰⁵ Günergök, age, s.163.

³⁰⁶ Fikret Eren, Borçalar Hukuku Genel Hükümler, C.III, İstanbul 1994, s. 227.

³⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age, s. 855.

³⁰⁸ Güner, age, s. 484.

³⁰⁹ Aday, age, s. 164; Güner, age, s. 485.

Avukatın eylem veya işlemi ile müvekkilin zararı arasına iş sahibinin veya üçüncü kişilerin eylem ve işlemleri girmesi ve bu müdahale sonucunda zararın oluşması durumunda avukatın malpraktisinden söz edilemeyecektir. Müvekkil böyle bir durumda önce maddi zararı daha sonra da bu maddi zararın kendisinin veya üçüncü bir kişinin eylem veya işleminden değil, doğrudan avukatın malpraktisinin neden olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Örneğin, temyiz edilebilecek bir ilk derece mahkemesi kararını, avukatın doğru ve eksiksiz bilgilendirmesine rağmen, temyiz etmekten imtina edilmesine yönelik talimat veren müvekkil, daha sonra bir maddi zarara uğradığı gerekçesiyle avukatın malpraktisinden söz edemeyecektir.

Ayrıca, avukatın kusuru, sözleşmeye aykırı eylemi ve illiyet bağı olsa bile iş sahibinin hukuken korunan bir çıkarının olmadığı ortaya çıkarsa, avukatın malpraktisinden bahsedilebilir olsa da, maddi tazminat gündeme gelmeyecektir. Örneğin, satış bedelinin tahsili için açılan alacak davasında, avukatın davayı süresinde açmayarak alacağın zamanaşımına uğramasına sebebiyet vermesi durumunda davanın zamanında açılmış olsaydı kazanılacağı düşünülebilir. Fakat müvekkil tarafından avukata yönelik olarak açılan maddi tazminat davasında yapılan inceleme sonunda, alacak hakkı doğuran sözleşmenin altındaki imzanın borçluya ait olmadığı, iş sahibince sahtecilik yapıldığı ortaya çıkarsa, illiyet bağı kopmaktadır ve avukatın maddi tazminat sorumluluğu ortadan kalkacaktır³¹⁰.

2.3.3.1. İspat

Aksi kanıtlanmadığı sürece avukatın kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olduğu kabul edilmelidir. Avukatın olumsuz bir konuyu ispatlamasından çok, kendisine bir hak elde etmeye çalışan iş sahibinin, uğraşmış olduğu zararın avukatın kusurlu davranışından kaynaklandığını kanıtlaması genel kurallara daha uygun bir yaklaşımdır³¹¹.

³¹⁰ Güner, age, s. 485.

³¹¹ Günergök, age, s. 171.

Avukat sadece müspet hareketlerinden dolayı değil, aksine hareketsiz kalması hallerinde de sorumlu olabilecektir³¹². Avukatın gereği gibi hareket etmiş olması halinde zararın ortaya çıkmayacağına söylenebileceği hallerde, zarar ve ihmal arasında doğal bir illiyet bağının bulunduğu söylenebilir³¹³. Örnek olarak avukatın süresinde davayı temyiz etmemesi, davayı takipsiz bırakarak hakkın zamaşımına uğramasına neden olması, davanın seyrini etkileyebilecek olan ve dava dosyasına sunabilecek şekilde elinde bulunan bir delili sunmayı ihmal ettiği hallerde, ihmal ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilmek gerekir³¹⁴.

Aksi ispatlanmadığı sürece avukatın kendisine düşen yükümlülükleri gereği gibi yerine getirdiği kabul edilmelidir³¹⁵. İspat yükünün müvekkile ait olmasının esas olduğu kabul edilmekle birlikte, müvekkilin ispat yükünü yerine getirirken çok titiz davranılması gerektiği, somut olayda gerçekleşen zararın avukatın kusurlu davranışının sonucu olduğu büyük olasılıkla sabit olduğu takdirde, bununla yetinilmesi ve kesin delil aranmaması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁶. Avukatın kusurlu davranışı sebebiyle davayı kaybetmiş olması halinde, avukatın gereği gibi davranmış olsaydı davanın kazanılacağı hususunda müvekkile katı bir ispat yükü yüklememek gerekir³¹⁷. Yargıtay, avukatın süresinde kararı temyiz etmemesinin özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırı olduğunun, süresinde temyiz edilseydi kararın müvekkil yararına bozulup bozulmayacağına araştırılması gerektiğini ve davanın kazanılacağı inancını kuvvetle yaratacak biçimde ortaya konulabilirse davacının iddiasının sabit ve ispat yükünün yerine getirilmiş olacağını belirtmiştir³¹⁸.

2.3.3.2. İlliyet Bağının Kesilmesi

Zarar gören müvekkilin ya da bir üçüncü kişinin tamamen olağan dışı ve maksada uymayan şekilde, zarar verebilecek gelişmelere müdahale etmeleri ve zararı

³¹² Günergök, age, s. 172.

³¹³ Günergök, age, s. 172.

³¹⁴ Günergök, age, s. 172.

³¹⁵ Günergök, age, s. 173.

³¹⁶ Şenocak, age, s. 30; Eren, age, s. 61; Günergök, age, s. 173.

³¹⁷ Şenocak, age, s. 30; Günergök, age, s. 173.

³¹⁸ Yrg. 4. H.D. 1994/865 K., 22.02.1994 tarihli kararı; Özkaya, age, s. 509; Günergök, age, s. 173.

doğrudan bir başka sebebin ortaya çıkmasına yol açmaları halinde, avukatın sorumluluğu için uygun illiyet bağı gerçekleşmemiş olur³¹⁹. Fakat müvekkil veya üçüncü kişinin zararının önüne geçmek için yaptıkları şeyin kabul edilebilir ve makul sayılabilecek girişimler olması durumlarında illiyet bağı bulunacaktır³²⁰.

2.4. HUKUKİ MALPRAKTİSİN SONUÇLARI

2.4.1. Tazminat Sorumluluğu

Malpraktis sonucu meydana gelen maddi veya manevi zarardan ötürü avukatın tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

2.4.1.1. Meydana Gelen Maddi Zarar Miktarı ve Tazminat Yükümlülüğünün Kapsamı

Maddi zararı, malvarlığındaki eksilme veya olması gereken artışın olmaması şeklinde açıklamak mümkündür. Eksilmenin veya olması gereken artışın hesabı, maddi zarar hesabındaki genel ilkelere göre yapılacaktır³²¹. Kısaca, avukatın sözleşmeye uygun olarak davranması veya yükümlülükleri yerine getirmesi durumunda malvarlığının ulaşacağı varsayılan durum ile avukatın yükümlülükleri yerine getirmemesi sonucunda iş sahibinin mal varlığının arz ettiği durum arasındaki farkın maddi zararı oluşturduğu kabul edilmektedir³²².

Avukatın malpraktisi nedeni ile iş sahibine verdiği zararların ödenmesi gerekmektedir. Yargıtay, zamanaşımı süresi gerçekleşinceye kadar davayı açmamak

³¹⁹ Günergök, age, s. 174.

³²⁰ Günergök, age, s. 174.

³²¹ Güner, age, s. 559.

³²² Aday, age, s. 164.

suretiyle malpraktis meydana getiren avukatın işi savsaklaması nedeniyle sorumlu kılınmış ve vekalet görevini gereği gibi getirmeyen avukatın yükümlü olduğu tazminatın, eğer davayı zamanaşımına uğratmamış olsaydı müvekkil ne elde edecek idiyse, onu ve vekile peşinen ödenen ücretin ve giderlerin toplamı olduğuna karar vermiştir³²³.

Avukatın ek davayı süresinde açmayarak hak kaybına neden olduğu bir durumda ise, müvekkilin zararının belirlenebilmesi için süresinde açılmayan ve bu yüzden reddedilen ek davanın kesinleşmesinin beklenmesi, bundan sonra konusunda uzman bilirkişiden zarar konusunda uzman bilirkişiden zarar miktarı konusunda rapor alınarak zararın tazmini gerektiği belirtilmiştir³²⁴.

Bunun yanında, meydana gelen maddi zararlar ilgili olarak, avukatın malpraktisinin yanında müvekkilin de birtakım kusurlarının bulunması durumunda, müvekkilin tazminat talebinin kusuru oranında indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması gerekmektedir³²⁵. Bu tür durumlarda avukata kusur isnat edilemeyecektir. Buna örnek olarak avukatın sağlık sorunları gösterilebilir. Alman Federal Mahkemesi, baygınlık geçirme üzerine hastaneye kaldırılma, günlük faaliyeti engelleyen kalp ve dolaşım sistemi rahatsızlıkları, şeker hastalığına bağlı kendini kötü hissetme ya da yüksek ateşe bağlı bir başka hastalığın somut olayda avukata ihmal suçlamasını engelleyebileceğini düşünülmektedir³²⁶. Fakat bu gibi durumlarda da avukatın önceden alınması gereken önlemleri alıp almadığı da araştırılması gereken bir konu olup, avukatın meydana gelen zarardan sorumlu olup olmadığının tayininde önem arzeder. Ancak bedensel ve ruhsal bazı problemlerin ortaya çıkması bazı durumlarda öylesine ağır olabilir ki, artık avukattan böylesi durumlar için önceden gerekli tedbirleri alması beklenemez.³²⁷

³²³ Yrg. 4.H.D., 1972/13267 E, 1973/6471 K. sayılı, 22.05.1973 tarihli kararı (Müderrişoğlu, age, s.316)

³²⁴ Yrg. 13.HD., 2005/14216 E, 2005/18502 K. sayılı, 13.12.2005 tarihli kararı (Kazancı İctihat Veritabanı)

³²⁵ Günergök, age, s. 180.

³²⁶ Günergök, age, s. 180.

³²⁷ Günergök, age, s. 180.

Ayrıca avukatın malpraktisi nedeniyle müvekkile ödemesi gereken miktarın, hakim tarafından TBK m. 51/1 doğrultusunda hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını belirlemesi gerekmektedir³²⁸. Kusurun ağırlığı, zararın değeri ve tarafların maddi durumları, tazminatın belirlenmesi durumunda göz önünde tutulması gereken hususlardır.

Malpraktisi nedeniyle iş sahibine tazminat ödemekle sorumlu tutulan avukat, iş sahibinden, o ana kadar hak etmiş olduğu kazancın, meydana getirdiği zarara mahsup edilmesini isteme imkanına sahiptir. Müvekkilin, avukatın işi kusursuz ve tam olarak tamamlamış olması durumunda, avukata vermesi gereken avukatlık ücreti gereği mal varlığında bir azalma olacaktır. Bu nedenle iş kusursuz tamamlanınca malvarlığında olacak artışın hesabı yapılırken avukatlık ücreti nedeniyle oluşacak eksilmenin de dikkate alınması zorunludur. Aksine bir yaklaşım müvekkilin sebepsiz zenginleşmesine neden olacaktır³²⁹. Burada avukatın daha az bir maddi tazminattan sorumlu tutulması değil, müvekkil lehine hükmedilen maddi tazminatın, maddi tazminat kavramının temel özelliklerinden biri olan zenginleşme yasağına aykırılığın engellenmesi hedeflenmektedir.

2.4.1.2. Avukatların Birden Fazla Olması Durumunda Sorumluluk

Birden fazla avukatın beraber görev alması halinde sorumluluğun belirlenmesi konusunda TBK m. 511/2 hükmüne göre, birlikte vekalet görevi üstlenenler müvekkile karşı müteselsilen sorumlu sayılmaktadır. Bu maddenin uygulanmasında birlikte sorumluluk için, aynı işin birlikte görülmesi ve birlikte hareket iradesiyle vekalet verilmiş olması gerekmektedir.

Birden fazla avukatın aynı anda görev yapması veya sorumluluğunun paylaşılması üç farklı durumda karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, iş sahibinin ilk avukatın yanı sıra ikinci bir avukatı aynı işte görevlendirmesi

³²⁸ Güner, age, s. 489.

³²⁹ Güner, age, s. 489.

durumudur. Böyle bir durumda her iki avukat iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır.

İkinci hal, avukata verilen vekaletnamede başkasına tevkile yetki tanınmış olması durumlarıdır. Tevkil yetkisi tanınmışsa ve yazılı sözleşmede de aksine açık bir kural yok ise, ilk avukat işi başka bir avukatla birlikte takip edebileceği gibi başka bir avukata vererek de takip ettirebilir. Böyle durumlarda, avukatın iş sahibine karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların malpraktisinden ve meydana gelen zarardan dolayı iş sahibine karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte zincirleme ve dayanışmalı sorumludur³³⁰. Avukatın yanında sigortalı olarak çalışma durumunda da sorumluluk değişmemektedir. Sigortalı avukat, takip ettiği işlerde iş sahibine karşı sorumlu gibi, sigortalı avukat da, sigortalı avukatın eylemlerinden dayanışmalı ve zincirleme sorumludur³³¹. Fakat bu kural, işin bir başka avukata tamamen devri durumlarında uygulanmayacaktır.

2.4.1.3. Tüzel Kişiliği Olan Avukatlık Ortaklığında Sorumluluk

Aynı baroya kayıtlı birden fazla avukatın mesleki faaliyet yürütmek için oluşturdukları ve tüzel kişiliğe sahip olan avukatlık ortaklığında çalışma meslek çalışması olup, ticari sayılmaz ve vergilendirme açısından da şahıs şirketlerine uygulanan hükümlere tabidir³³². Avukatlık ortaklığı, Türk Ticaret Kanunu kapsamında yer alan ortaklık türlerinden birine girmemektedir. Avukatlık ortaklığı, sınırlı sayı ilkesine istisnai durum yarattığı, yasal düzenlemelerde kendine özgü türde bir ortaklık teşkil etmektedir³³³.

Sınırlı sayı ilkesi, ortaklık tiplerinin kanunla sınırlı sayıya bağlanmış olması, bu tipler dışında sözleşme ile tip veya karma tip yaratılmasına izin verilmemesi

³³⁰ Güner, age, s. 568.

³³¹ TBB Disiplin Kurulu, 2002/267 E 2003/8 K sayılı 12..01.2002 tarihli kararı.

³³² Özkan, age, s. 55.

³³³ Güner, age, s. 679.

anlamını taşır³³⁴. Avukatlık Kanunu ile getirilen Avukatlık Ortaklığı'nın yapısının TTK bağlamında tüzel kişiliğe sahip şirketlerden biri olarak düzenlenmediği, ancak kanunla tüzel kişilik olarak ifade edilmesi hukuki statüsü bakımından tartışmaya yol açacak şekilde düzenlenmiştir³³⁵.

Avukatlık ortaklığının işleyişi ve kuruluşu hakkında düzenlemeler Türkiye Barolar Birliği tarafından Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği kapsamında yapılmıştır³³⁶. Avukatlık mesleğinde şirketleşmenin en önemli getirisi olarak hukuk alanındaki sürekli gelişmelere, yeni hukuk alanları yaratılmasına paralel olarak uzlaşmaya gereksinim duyulması, uluslararası konularda danışmanlık hizmetinin tek başın çalışan avukatlar tarafından karşılanmaması, giderlerin paylaşımı ve vergi avantajı sağlanması gösterilmektedir³³⁷.

Türkiye'de kurulacak olan avukatlık ortaklıkları ile Türkiye'de salt yabancı hukukla ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermek üzere yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ve karşılıklılık esasına göre kurulabilecek olan yabancı avukatlık ortaklıkları da bu kapsamdadır³³⁸. Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m. 11 ile getirilen düzenleme uyarınca, yabancı avukatlık ortaklıklarının kurulması da düzenlemeler içerisinde yer almış, bu konuda aranan en önemli şart ise, yabancı ortaklık konusunda karşılıklılık esasının bulunması ve yabancı avukatın bağlı bulunduğu ülke barosunda Türk avukatlarla eşit şartlarda avukat ortaklığında görev alabileceklerini gösterir belgenin bulunmasıdır³³⁹.

Yapılan ortaklık sözleşmesi, yönetmelik gereği istenen bilgi ve belgeler eklendikten sonra kayıt olunmak istenen baroya müracaatla teslim edilir ve baro yönetiminin söz konusu başvuru hakkında bir ay içerisinde karar vermesi gerekmektedir. Sicile kayıt yapılması ile birlikte avukatlık ortaklığı doğmuş ve tüzel kişilik kazanmış olur.

³³⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age, s. 45.

³³⁵ Mahmutoğulları, age, s. 86.

³³⁶ Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği, 25.11.2011 tarihli, 24594 sayılı Resmi Gazete.

³³⁷ Şenocak, age, s. 442.

³³⁸ Mahmutoğulları, age, s. 86.

³³⁹ Mahmutoğulları, age, s.87.

Tüzel kişiliği olan avukatlık ortaklığı, ortağın veya ortaklıkta çalışan avukatların mesleki görevlerine ilişkin eylem, işlem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte zincirleme ve dayanışmalı olarak, sınırsız ve birincil derecede sorumluluk üzerine kurulmuştur.

Kendine özgü özellikleri olan, ancak bazı konularda şahıs ortaklıklarına benzettiğimiz avukatlık ortaklığında hukuksal sorumluluk konusu, Ticaret Kanunundaki şahıs ortaklıklarındaki sorumluluktan ayrılmış görülmektedir. Şahıs ortaklıklarından kolektif ortaklıkta sınırsız, müteselsilen sorumluluk söz konusu olmakla birlikte bu sorumluluk ikinci planda kalmaktadır. Önce ortaklıktan talepte bulunmakta, bu talebin karşılanamadığı durumlarda ortaklar sınırsız, zincirleme ve dayanışmalı olarak kişisel mal varlıklarıyla ortaklığın borcundan sorumlu tutulmaktadır.

Avukatlık ortaklığında, alacaklı dilediği takdirde, malpraktis sonucu zarara sebebiyet veren ancak ortak olmayan ve çalışan kadrosuyla görev yapan avukata, ortaklara ve ortaklık tüzelkişiliğine aynı anda akçalı taleplerini yöneltme ve dilediğinden alacağının tamamını tahsil etme hak ve yetkisine sahip görünmektedir³⁴⁰.

Ortaklığın, ortak avukatın veya çalışan avukatın sorumluluk doğuran eylem ve davranışı nedeniyle, iş sahiplerine veya üçüncü kişilere bir ödeme yapması durumunda zararı rücu hakkı bulunmaktadır.

2.4.1.4. Avukatın Müvekkiline Karşı Sahip Olduğu İtiraz ve Defiler

Avukat sözleşmeye uygun davranırsa, yükümlülüklerine tam anlamıyla uysa bile zararın doğması kaçınılmaz veya davanın reddi kesin ise veya temyiz yapılmış olsaydı bile sonucun değişmesi olanaksız ise, avukatın davranışı sözleşmeye aykırı

³⁴⁰ Güner, age, s. 569.

olmasına, zarar doğmasına, avukatın kusurlu olmasına ve uygun illiyet bağına rağmen avukatın aykırı eyleminde ve işleminde sorumlu olmaması gerekmektedir³⁴¹. Örnek olarak, açılmadığı için zamanaşımına uğrayan dava, zamanında açılmış olsaydı dava reddedilecekse avukatın meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaması gerekir, nitekim illiyet bağından bahsedilemeyecektir. İtiraz nedenlerinin bildirilmemesi nedeniyle kaybedilen bir davada, itiraz nedenlerinin bildirilmesi halinde de itiraz ret ile sonuçlanacak idiyse, tazminat gerekmemekte ve avukat özen borcuna aykırı eylemi nedeniyle sorumlu tutulmamaktadır³⁴². Aynı şekilde, zamanaşımı nedeni ile reddedilen temyiz isteminde, temyiz dilekçesi süresinde düzenlenmiş olsa bile sonucun değişmeyeceği durumlarda tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilerek avukat, sorumluluktan kurtulmaktadır³⁴³.

2.4.1.4.1. Müvekkille Birlikte Kusurluluk

Avukatlık sözleşmesinden dolayı avukatın hukuki sorumluluğu bağlamında tazminat hesaplanırken, tazminata yol açan bütün etkenlerin hesaba katılması gerekmektedir³⁴⁴. Uğranılan zararda avukatın yanı sıra müvekkilin de kusuru bulunması halinde müvekkil tazminat talep hakkının kusuruyla orantılı olarak indirilmesine veya bu hakkın tamamen kalkmasına katlanmak zorundadır³⁴⁵. Avukatın delillerin sunulmasında ihmalinin yanında, avukat tarafından defalarca talep edilmesine rağmen, davanın çözümünde önemli olan belgelerin müvekkil tarafından avukata vaktinde teslim edilmemesi durumu örnek olarak düşünülebilir³⁴⁶.

Avukatın sağlıklı bir çalışma yapabilmesi öncelikli olarak müvekkili tarafından yeterince bilgilendirilmesine bağlıdır³⁴⁷. Avukatın aydınlatma

³⁴¹ Güner, age, s. 561.

³⁴² Yrg. 4.H.D. 1969/6034 E., 1969/6695 K sayılı 08.07.1969 tarihli kararı., Müderrisoğlu, age, s. 381.

³⁴³ Yrg. 4.H.D. 1972/9028 E., 1973/8680 K sayılı 09.10.1973 tarihli kararı., Müderrisoğlu, age, s. 377.

³⁴⁴ Günergök, age, s. 181.

³⁴⁵ Günergök, age, s. 181.

³⁴⁶ Günergök, age, s. 181.

³⁴⁷ Günergök, age, s. 181.

yükümlülüğünün müvekkil cephesindeki görünümü olan bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi ifa edilmediği takdirde, müvekkil de kusurlu sayılacaktır³⁴⁸. Dava ile ilişkili olan bir durumun değişmesi halinde bunun mahkemenin bilgisine sunulmak üzere avukata bildirilmediği durumlarda, buna ilişkin olarak meydana gelen zararlar avukatın sorumluluğunda olmayacaktır.

Avukat müvekkilin verdiği bilgilere rağmen bununla yetinmemek ve müvekkiline can alıcı sorular sormak suretiyle olayı araştırmakla yükümlüdür³⁴⁹. Kendisine sorulmasına rağmen, müvekkilin doğru beyanda bulunmaması ve bu sebeple davanın kaybedilmesi halinde artık tüm kusur müvekkile ait olacaktır³⁵⁰. Açılması istenen davanın başarı umudunun az olduğu konusunda gerekli aydınlatmada bulunulmasına rağmen müvekkilin sorumlu olduğuna karar verilmelidir³⁵¹.

Ayrıca, avukat gerekli tüm açıklamaları yaparak müvekkiline bir yönlendirmede bulunmuş olmasına rağmen, müvekkil talimatında ısrar etmiş ise, artık müvekkil zararı tek başına gerçekleştirmiş sayılacaktır³⁵². Tazminatın kapsamını etkileyecek olan müvekkilin birlikte kusurunun ispatı, bundan istifade edecek olan avukata aittir³⁵³.

TBK m. 52/1 gereği avukatın tazminat borcunun indirilebilmesinden bahsedebilmek için avukatın asli kusurunun varlığı söz konusu olmalıdır³⁵⁴. Kanun Koyucu açıkça ‘hakim zarar ve ziyan miktarını tenkis ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir’ demekte ise de, müvekkilin birlikte kusurunun söz konusu olduğu durumlarda, sadece uygun illiyet bağının bulunmadığı, yani sorumluluk şartlarında eksikliğin bulunduğu durumda vekilin tazminat borcundan tamamen kurtulması mümkün olabilir³⁵⁵.

³⁴⁸ Günergök, age, s. 181.

³⁴⁹ Günergök, age, s. 182.

³⁵⁰ Günergök, age, s. 182.

³⁵¹ Günergök, age, s. 182.

³⁵² Günergök, age, s. 182.

³⁵³ Günergök, age, s. 182.

³⁵⁴ Günergök, age, s. 182.

³⁵⁵ Günergök, age, s. 182.

Avukatın sözleşmeye aykırı fiili ile zararın doğumu ya da onun artması arasında nedensellik mevcut ise, hakim artık sadece tazminat borcunun her iki tarafın kusurunun ağırlığına ve bunların kusurlarının zararın doğumu üzerindeki etkisine göre, sadece tazminat borcunda oransal bir indirim yapabilir³⁵⁶. Zarar görenin ağır kusuru halinde tazminat borcu tamamen ortadan kalkmayacak, müvekkilin ağır kusuru halinde dahi avukatın kendi kusuru oranında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır³⁵⁷.

Müvekkilin kusurunun artık illiyet bağından bahsedilemeyecek ölçüde, avukatın kusurunu arka plana ittiği hallerde, avukatın tazminat sorumluluğundan tamamen kurtulması gerektiği kabul görmektedir³⁵⁸. Müvekkilin birlikte kusurunun tazminat borcunda bir indirimi sağlaması için zararın doğumuna katkıda bulunmuş olması gerekmektedir³⁵⁹.

2.4.1.4.2. Avukatın Üçüncü Kişiyle Birlikte Kusuru

Avukat-Müvekkil ilişkisinde avukatın kusurunun yanında üçüncü kişinin kusuru da zararın doğumuna katkıda bulunmuş olması durumunda da avukatın sorumluluğu devam edecektir³⁶⁰.

Burada değinilmesi gereken çok önemli bir konu avukatın ifa yardımcıları konumunda olan stajyer avukatlar, istihdam edilen avukatlar ve avukat katiplerinin üçüncü kişi sayılıp sayılmayacakları konusudur. Bunların kusuru avukatın kendi kusuru sayılacağı için zararın doğumunda bunların da kusuru bulunması halinde üçüncü kişinin kusurundan bahsedilmeyecektir³⁶¹. Aynı şekilde müvekkilin kendi yardımcılarının da, aynı mantıkla üçüncü kişinin kusuru sayılmayacak ve müvekkilin

³⁵⁶ Günergök, age, s. 182.

³⁵⁷ Günergök, age, s. 183.

³⁵⁸ Günergök, age, s. 183.

³⁵⁹ Günergök, age, s. 183.

³⁶⁰ Günergök, age, s. 183.

³⁶¹ Günergök, age, s. 183.

kusuru olarak görülecektir.³⁶² Örnek göstermek gerekirse, müvekkilin dava için önemli ispat vasıtası olacak belgeleri avukata ulaştırması için bir elemanını görevlendirmesi ve bu elemanın kusurlu davranışı ile görevini yerine getirmemesi halinde, yardımcı şahsın kusuru müvekkile isnat edilebilecek ve müvekkilin birlikte kusurundan bahsedilebilecektir.

2.4.1.4.3. Ücret Alacağıın Tazminat Borcundan İndirilmesi

Kusurlu davranışı ile iş sahibine tazminat ödemekle sorumlu tutulan avukat, iş sahibinden alacağı olan ücretin mahsubunu istemelidir. Avukat işi kusursuz tamamlamış olsaydı iş sahibinin avukata ödeyeceği ücret oranında mal varlığında bir eksilme olacaktı. Bu nedenden dolayı, kusursuz tamamlanınca mal varlığında olacak olan artışın hesabı yapılırken avukatlık ücreti nedeniyle oluşacak eksilmenin de dikkate alınması gerekmektedir. Aksi halde, iş sahibi açısından sebepsiz zenginleşme meydana gelecektir³⁶³.

2.4.1.4.4. Zamanaşımı

Avukatlık sözleşmesinin ihlali nedeniyle avukata yöneltilen tazminat taleplerinin zamanaşımı, iş sahibi tarafından sözleşmeye aykırı olduğu ileri sürülen durumun öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her durumda zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşecektir³⁶⁴ ve bu sürelerin geçmesinden sonra avukata yöneltilen herhangi bir talep usul hukuku açısından dayanaktan yoksun kalacaktır. Avukatlık Kanunu m. 40 uyarınca düzenlenen bu süreler sadece avukat ve müvekkil arasındaki ihtilafa uygulanacak olup, bir vekalet ilişkisi olmayan üçüncü kişilerin taleplerine ilişkin hak düşürücü süreler genel hükümlere tabidir³⁶⁵.

³⁶² Günergök, age, s. 183.

³⁶³ Güner, age, s. 561.

³⁶⁴ Günergök, age, s. 186.

³⁶⁵ Günergök, age, s. 187.

Borçlar Kanunu uyarınca, vekalet sözleşmesinde vekile karşı yöneltilecek davalarda beş yıllık zamanaşımı uygulanmakta iken, avukatlık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda 4667 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 10.05.2001 tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımına tabidir. Avukatlık sözleşmelerinde ve avukatın hukuksal sorumluluğu nedeniyle açılacak davalarda genel zamanaşımı süresinden uzaklaşmış ve daha kısa süreli bir zamanaşımı süresi getirilmiştir.

Kanun değişikliğinden önce, tazminat istemlerinde iki farklı zamanaşımı süresi öngörülmekteydi ve iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumundan sonra beş yıl ve her halde o işin sona ermesinden başlayarak bir yıl sonra zamanaşımına uğramaktaydı³⁶⁶. Değişiklikten sonra Avukatlık Kanunu m. 40 uyarınca avukata karşı ileri sürülebilen malpraktis nedeniyle tazminat taleplerine, bir bakıma haksız fiillerde uygulanan zamanaşımı süresi getirilmiş ve vekalet sözleşmesindeki kurala ayrık bir durum meydana gelmiştir.

Bir yıllık zamanaşımının başlangıcı maddeye göre, hakkın doğumunun öğrenildiği tarihtir. Öğrenme anı, her somut olayda olayın özelliğine göre değerlendirilecek bir durumdur³⁶⁷. Örneğin, zamanaşımının avukata tevdi edilen işi yapma olanağı kalmadığında, kısaca avukatın işten ayrıldığı tarihte başlatılması buna örnektir³⁶⁸. Zarar görenin, zarar veren olayın sonuçlarını, gidişatı ve kesinleşen durumunu değerlendirecek bilgiye sahip olması zararın öğrenilmesi için yeterli sayılmaktadır ve zararın kapsamı ve miktarı gibi konuların da öğrenilmesi gerekmemektedir³⁶⁹. Bunun yanında hukuksal sorumluluğa dayalı istemin herhalde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl içerisinde istenmesi de gerekmektedir.

³⁶⁶ Yrg. 13.H.D. 1992/3948 E 1992/4826 K sayılı 06.03.1992 tarihli kararı.

³⁶⁷ Yrg. 13. H.D. 1992/9968 E 1993/955 K sayılı 08.02.1993 tarihli kararı uyarınca davalı avukat, dacacı müvekkilin 1984 yılında tevdi ettiği belgelerden sonra müvekkiline herhangi bir bilgi verdiğini iddia ve ispat edememiştir. Bu durumda müvekkilin vekile karşı bir talep hakkının doğduğunu ve bu beş yıllık zamanaşımını süresinin işlemeye başladığını kabule usulen olanak yoktur, Özkaya, age, s. 122.

³⁶⁸ Yrg. 13. H.D. 1992/3948 E 1992/4876 K sayılı 06.03.1992 tarihli kararı.

³⁶⁹ YHGK 2001/4-258 E 2001/276 sayılı 21.03.2001 tarihli kararı.

Avukatlık Kanunu uyarınca belirlenen bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, müvekkil ile avukatlık sözleşmesine dayalı avukatlık ilişkisinde söz konusu olup, aradaki ilişkinin statü hukukundan kaynakladığı durumlarda avukatın sorumluluğu hakkında özel yasalardaki hükümler uygulanmaktadır³⁷⁰.

2.4.1.5. Sorumsuzluk Anlaşması

TBK m. 115 uyarınca düzenlenen sorumsuzluk anlaşması, sözleşmenin ihlalinde doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılır³⁷¹. Sorumsuzluk anlaşması sorumluluğun tamamen kaldırılmasına yönelik olabileceği gibi, kısmi de olabilir³⁷².

Sorumsuzluk anlaşması, kökeninde alacaklı yönünden tasarrufi bir işlem, borçlu yönünden ise, kazandırıcı bir işlemdir³⁷³. Sorumsuzluk anlaşmasıyla, ileride doğabilecek bir tazminat hakkı üzerinde tasarruf işlemi yapılmaktadır³⁷⁴.

Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşmenin yapıldığı sırada ya da en geç zarar doğmadan önce yapılmış olması gerekmektedir. Zarar ortaya çıktıktan sonra tazminat hakkından vazgeçilmesi durumlarında ibra veya sulh söz konusu olacaktır³⁷⁵.

Sorumsuzluk anlaşması, zarar verici sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce, alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat isteminin oluşmasına

³⁷⁰ Yrg. 4.H.D. 1975/7326 E 1976/1976 sayılı 08.94.1976 tarihli kararı uyarınca aleyhe sonuçlanan orman davasını süresinde temyiz etmeyen idare avukatının meydana getirdiği zararın zamanaşımı, genel kurallara göre değil, özel kurala göre on yıllık zamanaşımına tabidir.

³⁷¹ Eren, age, s. 1074; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s. 878; Oğuzman/Öz, age, s. 347; Akman, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 7; Günergök, age, s. 185.

³⁷² Günergök, age, s. 185.

³⁷³ Güner, age, s. 562.

³⁷⁴ Akman, age, s. 12.

³⁷⁵ Güner, age, s. 562.

tamamen engel olan bir hukuki işlemdir³⁷⁶. Avukat ile iş sahibi arasında, TBK m. 115 uyarınca düzenlenen sorumsuzluk anlaşması yapılması sigorta sorumluluğunu etkileyebilecektir³⁷⁷.

TBK m. 115/2 uyarınca, hafif ihmâl halinde kural olarak sorumsuzluk anlaşması geçerli sayılmış, alacaklının anlaşma yapıldığı zaman borçlunun hizmetinde bulunması yada borçlunun sorumluluğunun hükümet tarafından imtiyaz verilen bir işlemde doğması, icrası resmi bir ruhsat veya izine bağlı meslek ve faaliyetin yürütülmesine dayanıyorsa bu durumda hakim takdir hakkına dayanarak sorumsuzluk sözleşmesini batıl sayabilecektir³⁷⁸.

Borçlar Kanununa göre, borçlunun kast ve ağır kusuruna dayalı sorumluluğu söz konusu olduğunda sorumsuzluk anlaşması geçerli değildir. Ancak hafif kusurdan kaynaklanan durumlarda sözleşme bir anlam ifade edecektir. Yargıtay bir kararında özenle ifa borcunun sınırının özellikle sözleşme hükümlerine göre belirleneceğini, sözleşmede normalin üstünde ya da altında bir özen borcunun şart edilebileceğini, bu yönde sözleşmede hüküm bulunması halinde, bunun hakimi bağlayacağını belirtmektedir³⁷⁹. Ancak, sorumsuzluk anlaşmasının vekalet sözleşmesi açısından geçerlilik kazanamayacağını, vekilin özenle iş görmesinin sözleşmenin temel ögesi olduğu düşüncesiyle, uzmanlığı gerektiren bir meslek olan avukatlıkta, ona güvenen müvekkilinin titiz davranmasını bekleme hakkını ortadan kaldırmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur³⁸⁰.

Kamu hizmeti gören, üstlendiği görevi sadakatle yerine getirerek bireyin güven duygusunu en üst düzeyde sağlamakla yükümlü olan avukatın, bu nitelikleri dikkate alındığında, yapacağı işi alelade bir vekilden daha fazla özen harcayarak yapması gerekmektedir. Avukatın bireye hukuksal yardım sunmasının yanında toplumda hukuk kurallarının üstünlüğü ve herkese eşit uygulanması açısından taşıdığı sorumluluk hatırlandığında, onu iş sahibine karşı özen borcu nedeniyle

³⁷⁶ Tekinay, age, s. 879.

³⁷⁷ Mahmutoğulları, age, s. 81.

³⁷⁸ Mahmutoğulları, age, s. 82.

³⁷⁹ Yrg. 4.H.D. 1974/3098 E. 1974/865 K. sayılı 22.02.1974 tarihli kararı.

³⁸⁰ Yalçınduran, age, s. 70.

sorumsuz kılacak veya sorumluluğunu azaltacak koşulların avukat – iş sahibi ilişkisinde yerinin olmaması gerekir³⁸¹.

Avukatın malpraktisinin mevcut olmasına rağmen, maddi tazminat sorumluluğunun bulunmadığı durumlar da vardır. Öyle ki, avukat sözleşmeye uygun davranmış, yükümlülüklerini tamamen yerine getirmiş ve kendisinden beklenen özeni göstermiş olsa bile, sonucun kaçınılmaz olmasının tespiti durumunda, meydana gelen maddi zarara, avukatın malpraktisine ve illiyet bağına rağmen avukatın maddi tazminat sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Örneğin, açılmadığı için zamanaşımına uğrayan dava, zamanında açılmış olsaydı dava reddedilecekse avukat sorumluluktan kurtulacaktır³⁸². Ancak burada, avukat – iş sahibi ilişkisinin yaşama yansıyan boyutunda bazı durumlarda avukatın yaratıcılığını, özellikle hukukun üstünlüğü için yürürlükteki kuralları zorlayacak veya farklı çözüm yollarının aranmasında yapacağı atılımların önünü kesebileceği, onu kimi girişimlerden alıkoyacağını düşünebiliriz³⁸³. Örneğin bilgisine güvenilen bir hukuk profesörünün bir tavsiyesi üzerine, henüz yargı kararlarına göre oturmamış bir dava açma yolu denenerek davanın kazanılabileceğine ilişkin görüşün iş sahibi ile rizikoları da paylaşmak suretiyle denenebilmesine, davanın kaybı halinde avukatın yargı giderlerinden ve diğer olası zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin koşulun sözleşmeye konulmasının mümkün olması gerekmektedir.

İş sahibini, aydınlatma yükümlülüğünün tam anlamıyla yerine getirildiği ve özen yükümlülüğüne uyulduğu bir ortamda, avukatın var olan hak arama yöntemlerinden riski olanı seçmesi oluşan zarardan sorumsuz sayılmasına yönelik kuralın geçerli olacağını, bunun avukatlık sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran ‘riskin üstlenilmemesi’ ölçütüne uygun düşeceği görünmektedir.

Sorumsuzluk anlaşması tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, sözleşmesel bir işlemdir³⁸⁴. Bu sözleşme alacaklı yönünden bir tasarruf işlemi olup, borçlu yönünden

³⁸¹ Güner, age, s. 563.

³⁸² Güner, age, s. 490.

³⁸³ Güner, age, s. 563.

³⁸⁴ Günergök, age, s. 185.

ise bir kazandırıcı işlemdir ve sorumsuzluk anlaşmasıyla ileride gerçekleşmesi mümkün olan bir tazminat hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır³⁸⁵.

Sorumsuzluk anlaşması en geç zararın doğumundan önce yapılmış olmalıdır, zira zarar doğduktan sonra yapılan anlaşma sorumsuzluk anlaşması olmayıp, ibra ya da sulh sözleşmesi olacaktır³⁸⁶.

TBK m. 115 uyarınca kast ya da ağır kusur hallerinde sorumlu olunmayacağına ilişkin olarak zararın doğumundan önce yapılan sözleşme geçersizdir³⁸⁷. Fakat borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar ise kural olarak geçerlidir³⁸⁸.

Avukatlık sözleşmelerinde tarafların sözleşmeye sorumsuzluk kaydı kararlaştırabilmektedirler. Avukatlık Kanunu m. 163 uyarınca avukatlık sözleşmeleri serbestçe düzenlenebildiğinden, sözleşme özgürlüğünün bu alanı da kapsadığı, müvekkil ile avukatın karşılıklı irade beyanları doğrultusunda sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasında hukuki bir engel olmamasına rağmen böyle bir durumda avukata müvekkilini ayrıntılı ve açık olarak böyle bir sözleşmenin sonuçları hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir.³⁸⁹.

2.4.2. Disiplin Sorumluluğu

Avukatlık Kanunu 134. madde uyarınca, avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında disiplin denetiminin yapılacağı belirtilmiştir³⁹⁰. Türk Hukuku'nda avukatların mesleki denetimleri ile ilgili disiplin

³⁸⁵ Akman, age, s. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age, s. 879; Günergök, age, s. 185.

³⁸⁶ Eren, age, s.1076; Günergök, age, s.185

³⁸⁷ Günergök, age, s. 186.

³⁸⁸ Günergök, age, s. 186.

³⁸⁹ Günergök, age, s. 186.

³⁹⁰ Güner, age, s. 525.

yargılaması her avukat için kayıtlı olduğu baronun disiplin kuruludur. Bu disiplin kurulunun kararlarına itiraz ise, Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından seçilmekte olan TBB Disiplin Kurulu nezdinde yapılmaktadır³⁹¹.

Avukatlık Kanunu, Meslek Kuralları ve mesleki gelenekler avukatlara nasıl davranmaları gerektiği konusunda yol gösterici pek çok yükümlülük getirmektedir. Sır saklama yükümlülüğü, işi ret yükümlülüğü, reddettiği işi bildirme yükümlülüğü, çekişmeli hakları edinme yasağı, reklam yasağı gibi yükümlülükler mesleğin düzen içinde yapılmasını öngören kurallardır. Avukatın eylem ve davranışlarının, genel nitelikli bu düzen kurallarına uymaması durumunda disiplin cezası ile cezalandırma gündeme gelecektir.

Avukatın en öncelikli yükümlülüklerinden birisi de, mesleğin dürüstlük çerçevesinden yapılmasıdır³⁹². Avukata meslek adamı olarak duyulması gereken güven duygusunu zedeleyen tüm eylem ve işlemler disiplin yargılamasına konu olacaktır. Avukat, kolektif inanca ters düşecek ve mesleğin itibarını incitecek davranış ve eylemlerden kaçınmalı ve dürüstlük kuralından ayrılmamalıdır³⁹³.

Avukat hakkında disiplin cezalarının uygulanmasını gerektirecek haller nedeniyle şikayet veya ihbar yapılması halinde avukatın levhasına yazılı olduğu baro tarafından disiplin işlemleri başlatılmaktadır. Disiplin işlemlerinin başlatılması için Cumhuriyet Savcısı da istemde bulunabilir³⁹⁴. Bunun yanında, avukatın disiplin yargılamasına konu olabilecek eylem ve davranışının baro tarafından öğrenilmesi halinde baro, resen soruşturma yapmaktadır.

Avukatın disiplin yargılamasına konu olabilecek eylem ve davranışına tanık olanlar, bilgi sahibi olanlar tarafından yapılan bir şikayet veya ihbar soruşturmayı başlatmada etkili olmaktadır. Kanun şikayet ve ihbar konusunda yetkili kimseleri

³⁹¹ Güner, age, s. 526.

³⁹² Güner, age, s. 597.

³⁹³ TBB Disiplin Kurulu, 11.10.1997 tarihli, 1997/84 E, 1997/100 K sayılı kararı “Avukat doğru olan adresi bilmesine rağmen, icra takibinde borçlunun terk edilmiş eski adresine ödeme emri gönderdiği, tebligatın yapılamaması ve emniyet araştırmasının da sonuç vermemesi üzerine ilan yoluyla tebligat yaptırarak takibi kesinleştirmesi doğruluk ve dürüstlük ilkerine aykırıdır”. (Güner, age, s. 598)

³⁹⁴ Güner, age, s. 598.

belirtmemiş olduğundan dolayı, avukatı ihbar ve şikayet, iş sahibi ile birlikte herkese açık bir yoldur³⁹⁵.

Avukatın disiplin kovuşturmasına konu olan eylemi aynı zamanda suç olan bir eylem ve davranış olması sebebiyle avukat hakkında ceza kovuşturması da başlatılmış ise, ana kural ceza kovuşturmasının disiplin kovuşturmasına engel olmayacağıdır³⁹⁶. Ancak aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi zorunludur³⁹⁷. Ceza mahkemesinde kararın verilmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülmesi, başvurunun bu mahkemece kabul edilmiş olması, disiplin yargılamasına bekletici mesele kabul edilmemektedir³⁹⁸.

Avukatlık Kanunu m. 153 uyarınca, avukatın eylem ve davranışı, hakkında işten yasaklanma kararının alınmasını gerektirecek bir konuya yönelik ise, yönetim kurulunun isteği üzerine disiplin kurulu, avukatın işten yasaklanmasına yer olup olmadığına karar verir.

Avukatın, avukatlık sıfatıyla değil, emekli mülkiye olarak bilirkişi sıfatıyla görev yaptığı sırada işlediği varsayılan disiplin suçlarını inceleme, baronun ve Türkiye Barolar Birliği'nin görevleri arasında kabul edilememektedir³⁹⁹. Buna karşılık, avukat olarak bilirkişilik yapması durumunda disiplin suçu oluşturan eylemi nedeniyle disiplin soruşturma ve kovuşturması yapılması mümkündür⁴⁰⁰.

Disiplin Kurulu kararlarına karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz edilir. Yerel baro disiplin kurulu kararına karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz edilmeden idari yargı yoluna başvurulamaz⁴⁰¹.

³⁹⁵ Güner, age, s. 599.

³⁹⁶ Güner, age, s. 600.

³⁹⁷ TBB Disiplin Kurulu, 1990/87 E, 1991/1 K nolu 26.01.1991 tarihli kararı.

³⁹⁸ TBB Disiplin Kurulu, 2005/429 E, 2006/68 E nolu 03.03.2006 tarihli kararı.

³⁹⁹ Danıştay 8.D, 1994/7198 E, 1995/4750 K nolu 28.12.1995 tarihli kararı.

⁴⁰⁰ Güner, age, s. 604.

⁴⁰¹ Güner, age, s. 604.

2.4.3. Cezai Sorumluluk

Avukatın, müvekkiline ya da avukatlık sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı hukuki sorumluluğunu gerektiren ve maddi zarar meydana geldiği sürece maddi tazminatın gündeme geleceği bir diğer sorumluluğu da haksız fiil sorumluluğudur.

Avukatın, aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan kişiye, yani müvekkil sıfatına haiz olmayan kişiye verdiği bilginin hatalı olması durumunda, kişi zarara uğruyorsa avukatın hukuki sorumluluğu TBK m. 49/1 uyarınca haksız fiili sorumluluğu olacaktır⁴⁰². Avukatın herhangi bir ücret almaksızın veya sözleşmesel bir ilişkiye girmeksizin vermiş olduğu hukuki mütalaadan kaynaklı sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu kapsamında incelenecektir.

Avukat, görevi sırasında ve görevi nedeniyle mal varlığına karşı suçlardan güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık, kamu güvenine karşı suçlardan sahtecilik, şerefe karşı suçlardan hakaret gibi suçları işlemiş olabilir.

Avukatlık Kanunu m. 58 uyarınca, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı tarafından verilen izin üzerine yapılabilmektedir.

2.5. AVUKATLIK MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

2.5.1. Genel Olarak Sorumluluk Sigortaları

Sorumluluk sigortaları, sigorta ettirenin veya sigortalının malvarlığının, sigortacı tarafından belli bir prim karşılığında sorumluluğunun ekonomik sonuçlara

⁴⁰² Mahmutoğulları, age, s. 68.

karşı sigorta güvencesi altına alınmasını öngören sözleşmelerdir⁴⁰³. Bu sigorta uyarınca amaçlanan sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararları tazmin etmek suretiyle sigortalının malvarlığındaki azalmayı önlemek amaçlanmaktadır⁴⁰⁴.

Sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler dağınık bir biçimde TTK uyarınca öngörülmüş olmasına rağmen, sorumluluk sigortasına ayrı bir kısım ayrılmamış olduğundan yeterli düzenlemenin yapılmamış olduğu söylenebilir⁴⁰⁵.

Sigorta ilişkilerini kuran sözleşmelerin tabi olacakları esasları tayin etmek amacıyla akitlerden biri tarafından hazırlanan yeknesak kurallar olarak adlandırılan genel işlem şartları, sigorta sözleşmeleri bakımından sigorta poliçesi genel şartları adını almaktadır⁴⁰⁶. Hukukumuzda, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları adı altındaki düzenleme 16.03.2006 tarihinde ve 26110 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir⁴⁰⁷.

Sorumluluk sigortası kapsamında olan kişilerin, bu güvencenin verdiği rahatlıkla daha dikkatsiz davranıp, sigortacıya daha fazla maddi külfet yükletmesi engellenmek istenmiştir⁴⁰⁸. Buna örnek olarak da, sigorta ettirenin üzerinde zararın belli bir kısmının bırakılması ve sigortacının zararın tümünü karşılamaması veya otomobil yarışlarına katılan araçların sigorta kapsamı alınabilmesi için daha fazla prim ödenmesi gerekmesi gibi kurallar öngörülmüştür⁴⁰⁹.

Sorumluluk sigortalarında, maddi zarara uğrayan kişi sigorta sözleşmesinin bir tarafı değildir. Sigorta sözleşmesinin tarafları sigortacı ve ileride meydana getirebilmesi muhtemel zararın kendisi adına sigortacı tarafından karşılanmasını isteyen ve bu amaçla prim ödeyen sigortalı arasında yapılmaktadır. Sigortacı sorumluluk sigortası ile sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu

⁴⁰³ Ünan, Samim; İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 8.

⁴⁰⁴ Ulaş, Işıl; Uygulamalı Sigorta Hukuku-Mal ve Sorumluluk Sigortaları; Ankara 2006; s. 636.

⁴⁰⁵ Bozer, A.; Sigorta Türleri; age, s. 173; Mahmutoğulları, age, s. 5.

⁴⁰⁶ Can, Mertol; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış; Ankara 2007; s. 1.

⁴⁰⁷ Mahmutoğulları, age, s. 7.

⁴⁰⁸ Vural, G.; Trafik Sigortası; Ankara 1981; s. 3.

⁴⁰⁹ Vural, age, s. 4; Mahmutoğulları, age, s. 7.

nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesi uyarınca öngörülen miktara kadar tazminat ödeyecektir⁴¹⁰.

Daha önce de belirtildiği gibi, sorumluluk sigortalarının temel amaçları, sigortalıların malvarlığını, üçüncü kişiler tarafından yapılan maddi tazminat taleplerinin yükünden kurtarmaktır. Zarar gören üçüncü kişilerin tazminat talepleri karşısında kişinin haklı olması durumunda, yargılama için yaptığı giderleri hem de hükmedilen tazminatı ve varsa faizini ödeme riskine karşı malvarlığında oluşabilecek azalmaları güvence altına almak, sorumluluk sigortasının konusu ve amacıdır⁴¹¹. Sorumluluk sigortası dışındaki sigorta çeşitlerinde, rizikonun gerçekleşmesi olasılığı bulundan kişi veya eşya bilinmekte ve zararın türü buna göre belirlenmekte iken, sorumluluk sigortalarında, sigorta ettirenin sorumlu olabileceği pek çok zarar olasılığı vardır⁴¹². Sorumluluk sigortasında riziko, sigorta ettirenin bütün malvarlığına yöneliktir⁴¹³.

2.5.2. Sorumluluk Sigortasının Özellikleri

Sigorta ettirenin sigortalanan rizikonun gerçekleşmesiyle uğradığı mali zararlarının, sigortacı tarafından sözleşmede yer alan kayıtlar çerçevesinde tazmininin borçlanıldığı sigortalara zarar sigortaları denmektedir⁴¹⁴. Sigortalanan riskin gerçekleşmesi durumunda, bu riskten dolayı maddi zarara uğrayan üçüncü kişilere, bu sigorta limiti içerisinde tazminat ödenir⁴¹⁵.

Sigortacı, sigorta ettirenle yaptığı sigorta sözleşmesi uyarınca, sigorta sözleşmesi kapsamında yer alan riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zarar

⁴¹⁰ Metezade Z., Sigorta Hukukunda Yeni Düzenlemeler; Ocak-Mart 2005, S. 1, s. 23; Mahmutoğulları, age, s. 7.

⁴¹¹ Vural, age, s. 4.

⁴¹² Mahmutoğulları, age, s. 8.

⁴¹³ Vural, age, s. 5.

⁴¹⁴ Şenocak, Zarife; Mesleki Sorumluluk Sigortası; Ankara 2000; s. 18.

⁴¹⁵ Ulaş, age, s. 636.

kadar sorumlu olacaktır⁴¹⁶. Sorumluluk sigortalarında sigortacının temel edimi, üçüncü kişilerin tazminat girişimlerini, sigorta sözleşmesi uyarınca öngörülen meblağ açısından devralarak, sigorta ettirenin tazminat yükümlülüğünden kurtulmasını sağlamaktır. Sorumluluk sigortalarında, sigorta ettirenin sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, kendi fiilinin malvarlığını azaltıcı sonuçlarına karşı koruma sağlanmakta, üçüncü şahısın da zararlarının giderilmesi amaçlanmaktadır⁴¹⁷.

Sorumluluğa esas olacak zararı doğuran olay baştan belli olmasına rağmen, bu olaydan ne gibi zararlar doğacağı sigortacı tarafından önceden bilinmemektedir⁴¹⁸. Sorumluluk sigortasında sigorta edilen menfaatin konusunun belli bir şahıs veya eşya olmaması, sigortalı menfaatin değerinin tespitindeki imkansızlığa varan güçlük, sigorta ettirenin doğrudan doğruya uğradığı zararların değil, üçüncü kişinin maruz kaldığı zararın ve bu surette sigorta ettirenin malvarlığında zarar ve ziyan talebi dolayısıyla vuku bulabilecek eksilmelerin denkleştirilmesi gibi özellikler taşımaktadır⁴¹⁹.

Sorumluluk sigortalarının birer zarar sigortası olduğundan daha önce de bahsedilmişti. Ancak, sorumluluk sigortaları, zararı meydana getiren ve tazmin edilen kişi açısından diğer zarar sigortalarından farklı bir özelliğe sahiptir. Şayet, sorumluluk sigortası üçünü kişilerin sigorta ettirene verdiği maddi zararları değil, tam tersine, sigorta ettirenin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararları tazmin etmek amaçlı olarak yapılmaktadır. Sigorta himayesinden istifade eden kişiye, risk gerçekleştiğinde sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelinin değil de, sigorta bedeli sınırları içerisinde kalmak şartıyla sadece onun somut olarak uğramış olduğu zarara tekabül eden miktarı tazminat olarak ödenecektir⁴²⁰.

⁴¹⁶ Şenocak, age, s. 18.

⁴¹⁷ Bozer, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, s. 118.

⁴¹⁸ Mahmutoğulları, age, s. 10.

⁴¹⁹ Şenocak, age, s35; Mahmutoğulları, age, s. 10.

⁴²⁰ Can, age, s. 8.

Sorumluluk sigortalarında sigorta bedelinin gösterilmesi şarttır ve rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami miktar belirli olmalıdır⁴²¹. Sorumluluk sigortalarında sigorta bedeli hiçbir değere bağlı kalmaksızın herhangi bir miktar olarak kararlaştırılabilmektedir⁴²². Bu nedenle sorumluluk sigortalarında da sigortacının sorumlu olduğu miktar sözleşme ile önceden belirlenmiştir.

Zarar sigortaları uyarınca, sigortacının sorumluluğu en fazla zarar kadardır. Bunun sigortalanan menfaatin tamamen yok olması durumunda bile, sigortacı tarafından karşılanacak olan zarar menfaatin tamamından fazla olamayacaktır. Bu zarar sigortalarına hakim olan zenginleşme yasağının bir uzantısıdır. Sorumluluk sigortalarında zenginleşme yasağı üçüncü kişi tarafından ihlal edilebileceğinden ötürü, sigorta zararının tespitinde, mağdur üçüncü kişinin davranışı, sigorta ettirenin davranışından daha önemlidir⁴²³.

Sigorta sözleşmesi, bir taraftan sigorta konusu edimi yerine getirme yükümlülüğüne sahip sigortacı, diğer taraftan söz konusu sigorta için prim ödeme borcu bulunan sigortalı arasında imzalanan ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴²⁴. Mesleki sorumluluk sigortalarında, sigorta ettiren prim ödemek suretiyle, kendisine üçüncü kişiler tarafından yapılan maddi tazminat taleplerini, sigorta sözleşmesi uyarınca öngörülen nispette sigortacıya bırakmaktadır. Mesleki sorumluluk sigortasında avukat, doktor, mimar gibi bir mesleği yerine kişilerin, mesleki faaliyetleri nedeniyle karşılaşılabilecekleri taleplere karşı güvence sağlanmaktadır⁴²⁵.

⁴²¹ Kender, Rayegan; Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I; İstanbul 2005; s. 212; Mahmutoğulları, age, s. 11.

⁴²² Şenocak, age, s. 36.

⁴²³ Mahmutoğulları, age, s. 11.

⁴²⁴ Mahmutoğulları, age, s. 18.

⁴²⁵ Mahmutoğulları, age, s. 18.

2.5.3. Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortasının Kapsamı

Amerika’da 1990’lı yılların başlarında, sigortalılar tarafından ödenen primlerin borsada yatırım aracı olarak kullanılabilmesinden dolayı düşük faizli hukuki malpraktis sigortaları satılmakta iken, 2000’li yıllarda bu durum değişmiş ve özellikle de, 11 Eylül saldırılarından sonra, birçok sigortacı iflas etmiş veya pazardan çekilmiş olduğu için, sigorta primleri artmıştır⁴²⁶. Hem tek çalışan avukatlar hem de hukuk firmaları bünyesinde faaliyette bulunan avukatlar, artık hem sigorta kapsamının daraltılması hem de sigorta primlerinin yükseltilmesiyle baş etmek durumundadırlar⁴²⁷. Bunun yanında, belirli alanlarda çalışan avukatlar, daha da yüksek sigorta primleri ödemek zorunda olmanın yanında, daha dar bir sigorta güvencesine sahip olmaktadır⁴²⁸. Hatta kimi sigortacılar, bu rizikosu yüksek alanlarda avukatlık yapan kişileri sigortalamayı reddedebilmektedir. Örneğin, AIG ve CNA gibi önde gelen sigorta şirketleri, fikri ve sinai haklar alanında çalışan avukatları sigortalamamaktadır⁴²⁹.

Geçmişte, yapılan sigortanın kapsamı olarak olayın meydana geldiği zaman önemli iken, günümüzde maddi tazminat talebinin yapıldığı tarih önem kazanmıştır. Öyle ki, geçmişte olduğu gibi sigorta himayesinin söz konusu olabilmesi için olayın sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu bir tarihte geçerli olması ve sigorta süresinin sona ermesinden sonra yapılan bir talepte sigortacının sorumluluğunun devam ettiği modelden vazgeçilmiş, malpraktisten kaynaklanan maddi tazminat talebinin sigorta süresi içinde gerçekleşmesi gerekmektedir⁴³⁰. Hukuki malpraktis durumlarında, maddi zararın malpraktisin hemen akabinde gerçekleşmediği ve belli bir süre sonra meydana geldiği göz önüne alınırsa, bu tür sigortaların hayali bir koruma sağladığı sonucuna varılmaktadır⁴³¹.

⁴²⁶ Ronald E. Mallen, *Legal Malpractice: The Law Office Guide to Purchasing Legal Malpractice Insurance*, s. 1.

⁴²⁷ Fortney, Susan Saab; *Legal Malpractice Insurance: Surviving the Perfect Storm*, *Journal of the Legal Profession*, s. 42.

⁴²⁸ Fortney, agm, s. 42.

⁴²⁹ Earl Ainsworth, *Paying the Price for IP Practice Insurance*, *NJ Law*, June 2003.

⁴³⁰ Fortney, agm, s. 43.

⁴³¹ Fortney, agm, s. 43.

Günümüzde uygulanmakta olan tipik bir hukuki malpraktis sigortasında, malpraktisin ne zaman meydana geldiğinin hiçbir önemi olmaksızın, malpraktise bağlı olarak maddi tazminat talebinin sigorta sözleşmesinin devam ettiği bir zamanda yapılmış olması önem taşımaktadır⁴³².

Ayrıca bu tür malpraktis sigortalarının bir diğer özelliği de, sözleşme ile sigorta kapsamının geçmişe doğru etkili kılınabilir olmasıdır. Yani, daha sözleşme ortada yokken yapılmış olan hukuki malpraktisler de bu özellik çerçevesinden sigorta kapsamına alınabilmektedir. Fakat böyle bir himayeden faydalanmak isteyen avukatın, sözleşme tarihine kadar geçen zamanda, bir maddi tazminat talebine konu olabilecek bir malpraktisinin olmadığını, kendisine buna yönelik herhangi bir talebin yapılmadığını beyan etmelidir⁴³³.

Avukatın müvekkiline, malpraktisi dolayısıyla vermiş olduğu zararın tespiti her somut olaydaki koşullar değerlendirilerek yapılmalıdır⁴³⁴. Yani, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, karine avukatın malpraktis yapmaması olduğu için, meydana gelen zararın doğrudan avukattan kaynaklandığını düşünmek zordur.

Avukatın mesleki sorumluluk sigortası kapsamında himaye göreceği faaliyetleri, onun avukat sıfatıyla ve avukatlık sözleşmesine istinaden vermiş olduğu hizmetlerdir⁴³⁵. Sorumluluk sigortasında, malvarlığının tüm pasifi değil, malpraktis nedeniyle üçüncü kişi tarafından yapılan talep neticesinde oluşacak pasifin giderilmesi amaçlanmaktadır⁴³⁶.

TTK m. 1264/4 uyarınca sigorta poliçesinde bulunması zorunlu sigorta bedeli rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami ödeme miktarını ifade etmektedir⁴³⁷.

⁴³² Fortney, agm, s. 43.

⁴³³ Fortney, agm, s. 44.

⁴³⁴ Mahmutoğulları, age, s. 66.

⁴³⁵ Şenocak, age, s. 338; Mahmutoğulları, age, s. 76.

⁴³⁶ Mahmutoğulları, age, s. 77.

⁴³⁷ Can, age, s.21; Mahmutoğulları, age, s. 77.

Mesleki sorumluluk sigortası, sigortalının mesleki faaliyeti sonucu gerçekleşen zararlarına ilişkin koruma sağladığından Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 1/a uyarınca sigortalının hangi faaliyetlerinin mesleğin gereği olduğunun, taraflarca mesleki faaliyetlerin sınırlarının sigorta poliçesinde belirlenmesi gerekmektedir⁴³⁸.

Sözleşmenin tarafları kişinin mesleki faaliyetlerini yurtdışında da sürdürmesi halinin de sigorta kapsamına alınacağını kararlaştırabilirler⁴³⁹.

Sözleşmede hangi risklerin kapsam dışı bırakıldığıının tek tek belirtilmediği durumlarda taraflarca sözleşmede açıkça öngörülememiş olan riskler sigorta himayesi kapsamına girecektir⁴⁴⁰.

Avukat, sorumluluk sigortası yaptırmadan önce mesleğini icra etmeye başlamış ise, sigortalı sıfatını taşımadığı dönemde meydana gelen olaylardan kaynaklanan tazminat talepleri ile karşılaşabilir⁴⁴¹. Bu nedenle Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.1/b uyarınca, sözleşme yapılmadan önce meydana gelen bir olay nedeniyle avukata yöneltilecek tazminatın sözleşme süresi içinde talep edilmesi halinde sigorta kapsamına alınacağı taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir⁴⁴². Yine Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B.1 uyarınca sigorta himayesi geçmişe etkili olarak bir yıl asgari süre ile sigorta ettirene sigorta sağlayacağı da tarafların anlaşması ile himaye altına alınabilir⁴⁴³.

Sigortalı avukat, sigorta sözleşmesi sona erdikten sonra iki yıl içinde kendisine ileri sürülen tazminat taleplerini, bu talebin ilişkin olduğu zararı doğuran olayın sigorta sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde gerçekleşmiş olması şartıyla sigortacısının karşılamasını isteyebilir⁴⁴⁴. Örneğin avukatın aldığı bir davada müvekkilin sahip olduğu bir ticari işletmesiyle ilgili olan bir sırrını, söz konusu dava

⁴³⁸ Mahmutoğulları, age, s. 77.

⁴³⁹ Mahmutoğulları, age, s. 77.

⁴⁴⁰ Mahmutoğulları, age, s. 78.

⁴⁴¹ Can, age, s. 18.

⁴⁴² Mahmutoğulları, age, s. 78.

⁴⁴³ Mahmutoğulları, age, s. 78.

⁴⁴⁴ Can, age, s20; Mahmutoğulları, age, s. 78.

sonuçlandıktan sonra işletme aleyhine aldığı bir davada kullanırsa, bu durumda müvekkilinin kendisine sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açacağı tazminat davasının açılması halinde sözleşmesi sona ermiş olsa da, sigorta himayesinden yararlanacaktır⁴⁴⁵.

TTK m. 1268 uyarınca, sigorta ettirenin sebepsiz yere ödediği primin veya sigortacının ödediği sigorta bedelinin geri alınması ve diğer alacaklar için sigorta sözleşmesinden doğan tüm talep hakları iki yılda zamanaşımına uğramaktadır⁴⁴⁶.

2.5.4. Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası Kapsamı Dışında Kalan Haller

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi Amerikan Hukuku kapsamında incelediğimiz Hukuki Malpraktis Sigortası uyarınca, taraflar sigorta kapsamına alınmaması istenen riskleri tek tek belirtebilmektedirler. Örneğin, sigorta sözleşmesi uyarınca, avukatın hukuki danışman sıfatı dışında taşıyabileceği ‘yönetici’ veya ‘idareci’ olarak meydana getirmiş olduğu malpraktisleri sigorta kapsamı dışında tutulabilmektedir⁴⁴⁷. Sigorta kapsamında böyle bir kısıtlamaya gidilmesinin sebebi ‘iki şapka taşıyan’ avukatın daha fazla sorumluluk altında olması ve zamanının hukukçu ve idareci olmak üzere ikiye bölünmesinden ötürü daha fazla yanlışlık meydana getirebilecek olmasıdır⁴⁴⁸.

Ayrıca, avukatların müvekkilleriyle ortak sıfatıyla yapmış oldukları girişimler de, sigortanın himaye kapsamı dışında bırakılabilmektedir⁴⁴⁹. Öyle ki, avukatıyla yapmış olduğu bir ticari ortaklık neticesiyle meydana gelen zarar avukatın mesleğini icra ederken sebep olmuş olduğu bir zarar olmayacağından dolayı, kendiliğinden kapsam dışında kalacaktır.

⁴⁴⁵ Mahmutogulları, age, s. 78.

⁴⁴⁶ Mahmutogulları, age, s. 85.

⁴⁴⁷ Fortney, agm, s. 50.

⁴⁴⁸ Fortney, agm, s. 50.

⁴⁴⁹ Fortney, agm, s. 51.

Sorumluluk sigortası, avukatın bir sözleşme ile üstlendiği bir işte tabi olduğu yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmez veya haksız bir fiil neticesinde bir kimsenin zarara uğramasına neden olacak bir eylemde bulunması durumunda, zarar gören iş sahibi tarafından yapılacak maddi tazminat taleplerini karşı koymayı amaçlamaktadır⁴⁵⁰.

TTK ve Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları uyarınca, sigorta ettirenin, sigorta himayesinden mutlak suretle yararlanamayacağı ve sigortacının sorumluluğunun olmayacağı haller, zarar meydana getiren olayın sigorta ettirenin veya sigortalının fiillerinden sorumlu olan kişilerin kastı nedeniyle meydana gelmesi ile şuuru etkileyen maddelerin tesiri altındayken sebep olunan zararlar nedeniyle gelen tazminat talepleridir⁴⁵¹.

Kastın söz konusu olduğu durumlarda, failin fiilinin neticesini bilir ve bu sonucu gerçekleştirmek için fiili işler ki bu durumun varlığı halinde TTK m. 1278 uyarınca sigortacı sigorta ettirenin veya sigortalının kasten vermiş olduğu zararlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz ve bu durumun aksi kararlaştırılmaz⁴⁵². Sigortacı, sigorta ettirenin ve sigortalının kasıt dışındaki diğer kusurlu davranışlarından, mesela ihmal veya tedbirsizliğinden yahut dikkatsizliğinden kaynaklanan davranışları sonucunda ortaya çıkan zararları tazmin edecektir⁴⁵³.

Kanunla yasaklanmamış olsun veya olmasın, sigortalının kastı dışında kalan bütün fiilleri dolayısıyla mesuliyet sigortasının yapılabileceğini ileri sürmektedir⁴⁵⁴. TTK uyarınca da, tarafların sözleşme ile, tarafların kusurlu davranışlarından sorumlu olmayacaklarını sözleşme ile kararlaştırabilecekleri ifade edilmişse de, devam eden cümleden bu kapsama sigortalının veya sigorta ettirenin kastından kaynaklanan davranışlarının dahil olamayacağı belirtilmiştir⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Ünan, age, s. 65; Mahmutogulları, age, s. 79.

⁴⁵¹ Mahmutogulları, age, s. 79.

⁴⁵² Can, age, s. 22; Mahmutogulları, age, s. 79.

⁴⁵³ Can, age, s. 22; Mahmutogulları, age, s. 79.

⁴⁵⁴ Karayalçın, age, s. 80.

⁴⁵⁵ Mahmutogulları, age, s. 80.

Tazminat talepleri poliçe ile belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kuralları ile tespit edilen mesleki faaliyet dışındaki faaliyetlerden kaynaklanıyorsa sigortacı tarafından karşılanacaktır⁴⁵⁶. Avukatın, Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları uyarınca öngörülenden daha fazla veya kanunda öngörülmeyen bir yükümlülüğü üstlenmesi durumlarında kanun kapsamını aşan talepleri karşılanmayacaktır⁴⁵⁷.

Emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla sigorta sözleşmesi kapsamı taraflarca belirlenebilmektedir. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda teminat dışı kalan haller belirtilmiş, ancak tarafların sözleşmede aksini kararlaştırabilecekleri ve sigortacının sorumluluğu kapsamı tarafların tercihlerine göre belirleyebilecekleri öngörülmüştür⁴⁵⁸. Örneğin T.C. Mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan davalar ile tahkim yolu ile yürütülen işler, tazminat kapsamında bırakılabilmektedir⁴⁵⁹.

Malpraktis dışındaki durumlarda da sorumluluk sigortası devreye girebilmektedir. Öyle ki, bir avukatın bir meslektaşı ile haksız rekabet konusunda yaşayabileceği bir hukuki ihtilafı, bu konu nedeniyle tazminat rizikosuna ekletebilecektir⁴⁶⁰.

Avukatın verdiği zarar nedeniyle müvekkilin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen manevi zararın giderilmesi, tanzim ve telafi edilmesi talep edilebilecektir⁴⁶¹. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, manevi tazminat taleplerine konu olan davranışlar, malpraktis kavramı içinde yer almaz. Bu nedenle de, avukatın aleyhine yöneltilen manevi tazminat talepleri de aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece MSSGŞ uyarınca sigorta himayesi dışındadır⁴⁶².

⁴⁵⁶ Mahmutoğulları, age, s. 80.

⁴⁵⁷ Karayalçın, age, s. 58.

⁴⁵⁸ Mahmutoğulları, age, s. 82.

⁴⁵⁹ Mahmutoğulları, age, s. 83.

⁴⁶⁰ Mahmutoğulları, age, s. 83.

⁴⁶¹ Eren, age, s. 745; Mahmutoğulları, age, s. 84.

⁴⁶² Mahmutoğulları, age, s. 84.

2.5.5. Avukatlık Ortaklığında Mesleki Sorumluluk Sigortası

Avukatlık ortaklığında ortakların sorumluluğu ile diğer şahıs şirketlerinin ortaklarının sorumlulukları arasında farklılıklar vardır. Avukatlık ortaklığının, sorumluluğa ilişkin düzenlemenin adi şirketlerdeki yapıyla benzerlikleri olsa da adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması yönüyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar⁴⁶³. Kolektif ve komandit şirketlerde, tüzel kişilik alacaklara karşı birinci dereceden sorumlu olmakta, ancak ortaklık tüzel kişiliğinden alacak tahsil edilemediği durumlarda ortakların malvarlığına gidilebilmektedir. Avukat ortaklığında ise alacaklı ortaklık tüzel kişiliğine, ortaklara veya çalışan kadrosunda görev yapan avukata aynı anda başvurarak zararlarını talep edebileceklerdir⁴⁶⁴. Ortaklığın müteselsil sorumluluğu kabul edilmiş de olsa, iş sahibinin tazminat talepleri ortaklık tarafından karşılanırsa da, ortaklık tarafından ödenen miktar zarara sebebiyet veren avukata rücu edilebilmektedir⁴⁶⁵.

Mesleki bir faaliyet sonucunda hukuki sorumluluk doğuran bir davranış neticesi açılacak tazminat davasında husumet yalnızca ortaklar olan bir avukata yönlendirildiğinde ve bu avukat mesleki sorumluluk sigortası korunmasında ise avukat korunmadan yararlanacaktır. Diğer taraftan tüzel kişiliğe sahip avukat ortaklığına ve her bir ortak avukat aleyhine yöneltilen davada, husumet yöneltilenlerin hepsinin sorumluluk sigortası kapsamında olmaları halinde sigorta himayesinin nasıl sağlanacağı konusu önemlidir. Sorumluluk sigortasının da içinde yer aldığı pasif sigortalarda sigorta değerinin olmaması sonucunda bu sigorta türlerine eksik sigorta, aşkın sigorta ve birden fazla sigorta ile ilgili hükümler uygulanamayacaktır⁴⁶⁶. Avukat ortaklığı ile birden fazla avukatın sorumluluğuna yönelik bir tazminat davasında kesinleşen bir tutar varsa, bu durumda sigorta şirketlerine zararla yöneltilecek talepler de birden fazla sigorta görünümü taşımaktadır.

⁴⁶³ Mahmutoğulları, age, s. 91.

⁴⁶⁴ Mahmutoğulları, age, s. 91.

⁴⁶⁵ Şehirli, age, s. 447.

⁴⁶⁶ Mahmutoğulları, age, s. 92.

Müvekkil tarafından kendisine vekalet verilen avukat, eğer vekaletname ile kendisine tevkil yetkisi tanınmış ve müvekkiliyle arasındaki sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, bir başka avukatı görevlendirebilecek veya işi beraber takip edebilecektir. Tevkil olunan avukatın işi şahsen üstlenerek kendi mesleki bilgi ve becerisini de koyması dolayısıyla alt vekil olacaktır.

Avukatlık ortaklığı bünyesinde çalışan avukatların sorumluluklarının ortak olan avukatlarla eşit olması, ortak avukatlardan talimat aldığıının ispatı kolay olmayacaktır. Bir avukatlık bürosu içerisinde yardımcı avukatın, her iş talimatında yanında çalıştığı avukattan bu isteğini yazılı bir talimat vermesini talep etmesi hem iş hayatının yoğunluğu içinde uygulama açısından zorluklar getirir hem de bağımlılık ilişkisinin yapısına uygun değildir⁴⁶⁷. Bunun yanında Borçlar Kanunu uyarınca yapılan düzenlemede istihdam edenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmasını sağlayan kurtuluş delili imkanları avukatlık mesleğinin özel kuralları dolayısıyla müvekkile karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

⁴⁶⁷ Mahmutogulları, age, s. 94.

SONUÇ

Özen kavramı, borçlunun yerine getirmesi gereken edimin kendisinden beklenen ve borcun ifası için gerekli irade, azim, itina ve dikkat gibi subjektif unsurlar ile birlikte, görülen iş için borçlunun kişiliğinde olması gerekli olan bedeni ve akılsal niteliklerin tümünü ifade eder.

Avukatın malpraktisi konusunda, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılmalıdır. Nitekim taraflar sözleşme ile kanunda öngörülen özen ölçüsünü değiştirmiş olabilirler. Dolayısıyla avukatın malpraktis nedeniyle meydana gelen sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi konusunda taraflar arasındaki ilişki ve olayın özellikleri göz önünde tutulmalıdır.

Avukatlık mesleğinin özellikleri değerlendirildiğinde, avukatın malpraktis sorumluluğunun ve özen borcunun, herhangi bir vekilin sorumluluğu ile aynı olması düşünülemez. Avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde, müvekkilin aynen ifa, tazminat, sözleşmeden dönme ve vekaletin geri alınması gibi bazı hakları mevcuttur. Ayrıca, vekalet ilişkisinde vekalet ilişkisine temel teşkil eden güven unsurunun kaybolduğu durumlarda, aynen ifanın talep edilmesi uygun düşmemektedir.

Avukatın, zamanının, yeteneğinin ve bilgi birikiminin yetmediği konulardaki işleri almaktan kaçınması ve almış olduğu işleri hem usul hukukunun ve meslek kurallarının gerektirdiği şekilde yürütmesi esastır. Bu kurala aksi davranışların sonucunda müvekkile maddi veya manevi bir zarar gelmesi durumunda avukatın

tazminat sorumluluğunun yanı sıra disiplin ve hatta ceza sorumlulukları da gündeme gelecektir.

Yakın geçmişte uygulamaya koyulan ve kullanım alanı her geçen gün yaygınlaşan ve kapsamı genişleyen Mesleki Sorumluluk Sigortaları, avukatlık mesleğini de içine almış, avukatların mesleklerini icra ederken yapmış oldukları yetersiz veya yanlış ifalardan dolayı müvekkillerine vermeleri muhtemel zararların sigortalanma imkanı doğmuştur. Böylece sigortalı avukatın, mücbir sebepler dışında, gerek mesleki bilgi ve yetenek eksikliğinden, gerek bir işi süresinde ve ilgili mevzuat kapsamında öngörülen usule uygun olarak yapmamasından kaynaklanan bir şekilde zarar meydana getirmesi durumunda oluşacak zarar ve bu zarara ilişkin olarak doğacak maddi ve manevi tazminat yükümlülüğü sigortacı tarafından, sigorta sözleşmesi hükümleri doğrultusunda zarar görene ödenecektir.

KAYNAKÇA

- [1] Aday, N., (1994), *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul.
- [2] Ainsworth, E., (2003), *Paying the Price for IP Practice Insurance*, NJ Law,
- [3] Akıncı, Ş, (2004) *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Konya
- [4] Akipek, Jale ; Akıntürk, T, (1996); *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*; Ankara
- [5] Akyazan, S; (1999) *Avukatlık Ücretine Dair İncelemeler; Adalet Dergisi*, Ankara
- [6] Aral, F; (1997) *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara
- [7] Arık, K.; *Avukatın Müvekkiline Karşı Mesuliyeti* , Ankara
- [8] Başpınar, V.; (2004) *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*; Ankara
- [9] Bozer, A.; (2009) *Sigorta Hukuku*, Ankara
- [10] Bozer, A.; (2007) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara
- [11] Can, M.; (2007) *Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış*; Ankara
- [12] Porat, A.; *The Many Faces of Negligence*; www.ssrn.com
- [13] Deliduman, S.; *Medeni Yargıda Avukatlık*; Atatürk Üniversitesi Erzincan Fakültesi Dergisi Cilt VII, Erzincan
- [14] Donay, S.; *Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu*; BATIDER, C.V, Ankara
- [15] Erdem, N.; (2001) *Avukatlar Forumu*; İstanbul Barosu Yayını; İstanbul
- [16] Eren, F.; (1972) *Sosyal Açıdan Avukatlık Ücreti*; İBD, İstanbul
- [17] Eren, F; (1994) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*; İstanbul
- [18] Feinman, J. M.; (2000) *Professional Liability to Third Parties*; American Bar Association

- [19] Fortney, S, S; *Legal Malpractice Insurance: Surviving the Perfect Storm*; Journal of the Legal Profession,
- [20] Güner, S; (2006) *Avukatlık Hukuku*; Ankara
- [21] Günergök, Ö; (2003) *Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü*; Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi; Erzincan
- [22] Günergök, Ö.; (2009) *Avukatlık Sözleşmesi*, Ankara
- [23] Gürpınar, D; (2006) *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*; İzmir
- [24] Hamit, H.; (2006) *Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara
- [25] İyimaya, A.; (1995) *Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi için Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu mudur?, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*; Ankara
- [26] Karayalçın, Y; (1968) *Türk Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme*; Konya
- [27] Kender, R; (2005) *Türkiye 'de Hususi Sigorta Hukuku I*; İstanbul
- [28] Kılıçoğlu, A; (1993) *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*; Ankara
- [29] Kocaman, A; (1992) *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*; Ankara
- [30] Kuru, B; (1995) *Hukuk Usulü Muhakemeleri (El Kitabı)*; İstanbul
- [31] Lewinbuk, K. P; *The Rise of Claims Against Lawyers for Aiding and Abetting a Client's Breach of Fiduciary Duty*
- [32] Mahmutoğulları, S, N; (2007) *Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara,
- [33] Mallen, R, E.; *Legal Malpraktis: The Law Office Guide to Purchasing Legal Malpraktis Insurance*
- [34] Mermut, S; (2003) *Uluslararası Ceza Yargılaması Hukukunda Avukatların Serbest Dolaşımı*; İBD; İstanbul
- [35] Metezade, Z.; *Sigorta Hukukunda Yeni Düzenlemeler*; Ocak-Mart 2005
- [36] Müderrisoğlu, F.; (1974) *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi*; Ankara
- [36] Oğuzman, M. K.; (1994) *Medeni Hukuk Dersleri*; İstanbul

- [37] Özkan, M.; (2006) *Avukatlık Hukuku*, İzmir
- [38] Özön, M. N.; (1969) *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*; İstanbul
- [39] Öztürk, B.; (1995) *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*; Ankara
- [40] Reisoğlu, S.; (1997) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul
- [41] Sayman, Y.; (1996) *Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği; İstanbul Barosu Yayınları*; İstanbul
- [42] Şehirli, F.; (1996), *İngiltere’de Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi S.3*, Ankara
- [43] Şenocak, Z.; (1998), *Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları; Ankara Barosu Dergisi*, Ankara
- [44] Şenocak, Z.; (2000), *Mesleki Sorumluluk Sigortası*; Ankara
- [45] Şıpka, Ş.; (2007) *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı; İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: , Sayı:12*, İstanbul
- [46] Sungurtekin, Özkan M.: (2000), *Meslek Sırrı, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını*, C.4 Ankara
- [47] Tandoğan, H; (1961); *Türk Mesuliyet Hukuku*; Ankara
- [48] Tunçomağ, K; (1974); *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II; İstanbul
- [49] Oral, T.; Yücel, O.; (2010); *Hekimin Yasal Sorumlulukları*, Ankara
- [50] Uçar, S; (1998); *Avukatın Hak ve Ödevleri*; İstanbul
- [51] Ulaş, I; (2006); *Uygulamalı Sigorta Hukuku-Mal ve Sorumluluk Sigortaları*; Ankara
- [52] Ünan, S; (1998) ; *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*; İstanbul
- [53] Vural, G; (1981) ; *Trafik Sigortası*; Ankara
- [54] Yalçınduran, T; (2004) ; *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*: Ankara

EK-1

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Boz, Onur
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 06.01.1986/ Ankara
Medeni Hali : Bekar
Tel : 0541 806 77 16
E-Posta : onurboz@hotmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET TARİHİ
Lisans	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2008
Lise	Mehmet Emin Resulzade Anadolu Lisesi	2004

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2011 - Halen	Ergün Hukuk Bürosu	Avukat
2009 - 2011	Zekiye Karaca Hukuk Bürosu	Avukat
2008 - 2009	Semih Güner Hukuk Bürosu	Stajyer Avukat

YABANCI DİL

İngilizce - İleri Seviyede
Rusça - İyi Seviyede