

^HKARŞI TARAF TAHMİL OLUNAN AVUKATLIK ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU**

GİRİŞ

Avukatlık ücreti, tarafın davranışları ve avukatın rol veya işlevi bakımından, yargılama üzerinde farklı etkiler meydana getirme potansiyeline sahiptir. Bu yüzden, dava stratejileri açısından önemli bir faktör olduğu kadar, yargılama masraflarının dağıtımı veya denkleştirilmesi yaklaşımları çerçevesinde, avukatlık ücreti çoğu hukuk sisteminde mahkeme usullerinin afaki kullanılmasının caydırılması ve dolayısıyla adalete erişim planlanmasının bir aracıdır da¹.

Hukukumuzda, avukatlık ücreti, bazı irtibatlı konuları ele alan az sayıda makale bir tarafa bırakılırsa, genellikle ücret kararlaştırmaları çerçeve-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* UÜHF Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve İstanbul Barosu Mensubu (Av.)

¹ Bu hususlarda bkz. M. **Reimann**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure, Springer, Heidelberg 2012, pp. 3-57, p. 2, 29-31; T. D. **Rowe**, “Predicting The Effects of Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 139-171 (“Effects of Fee Shifting”); G. B. **Shepherd**, “The Impacts of the European Rule for Fee-Shifting on Litigation Behavior”, Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70.Geburtstag (Ed. H-E. Rasmussen-Bonne/R. Freer/W.Luke/W. Weitnauer), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, pp. 381-387. Avukatlık kurallarının Usul Hukuku'nun bir parçası olduğu yönünde ayrıca bkz. D. **Luban**, “The Sources of Legal Ethics”, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law [1984], 48.Jahrg. H.2, pp. 245-288, özellikle p. 267; C. T. **Çelikoğlu**, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 3.Baskı, Ankara 2014, s. 29, 56.

sinde ortaya çıkan anlaşmazlıklar temelinde incelenmiştir. Yukarıdaki bağlam bakımından doktrindeki yazarlarımızın sistematik eserlerinde konuya haliyle genel olarak değinilmektedir. Yabancı Literatürde ise, konu, milenyum öncesindeki A.B.D usul reformları sırasında, onun aşağıda açıklayacağımız genel kuralı olan “American Rule”ın (“Pay your own way”) buna alternatif teşkil eden “European Rule” (“loser pays”) yönünde değiştirilmesi önerileri çerçevesinde tartışılmıştır².

Ülkemizde son zamanlarda birbiri ardına devreye sokulan ve bazıları itibarıyla da hazırlıkları devam ettiği anlaşılan temel kanun değişikliklerinden sonra, bugünlerde 1136 Sy. Av.K’da da revizyon hazırlığı yapılmaktadır. Bu meyanda, Bakanlıkça hazırlanan yeni Av.K Tasarısı Taslağı (Av.KTT) kamuoyuna sunulmuştur³.

Hukukumuz’da dar anlamdaki avukatlık ücreti ve sorumlusu yargılama masrafları meyanında hükümlerle belirlenmektedir. Bu itibarla, Av.K değişik (02.05.2001 T. ve 4667 Sy. K. m.77) m. 164/V hükmündeki, mahkemece karşı tarafa tahmil edilen avukatlık ücretinin lehine hüküm verilen taraf avukatına aidiyetini havi düzenleme avukatlık ücretine kimin yararına hükmedileceği bağlamında bazı tartışmalara yol açmıştır.

Söz konusu tartışmalara da cevaben 6100 Sy. HMK m. 330 hükmü avukatlık ücretinin taraf yararına ve ona muzafen hükmedileceğini tasrih etmiştir. Bu düzenlemenin, söz konusu tartışmayı sona erdirdiği belirtilebilir. Bununla birlikte, Doktrin’de bu düzenlemenin Av.K m. 164/V hükmünü ilgası konusunda bazı tereddütler beyan edildiği gibi, halen avukat-müvekkil ilişkisi bakımından bu hükmün emredici olup olmadığı da tartışmalıdır. Bu

² **Shepherd**, p. 381. Bu konu Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (IACL)’nin 21-31.07. 2010 tarihlerinde icra olunan 18. toplantısının da ana temasını teşkil etmiştir. Katılımcıların milli hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri tanıtan ülke raporları ve bunları değerlendiren genel raportörün raporu yakın zaman önce kitap halinde yayımlanmıştır (Cost and Fee Allocation in Civil Procedure-A Comparative Study [Ed. M. Reimann], Springer, Heidelberg 2012). Ülke raporlarının bazıları yazarları tarafından münferit olarak da yayımlanmış olup makalede yararlanılanlar ilgili atıflarda belirtilmiştir).

³ T.C. Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü, Görüşe Sunulan Kanun Tasarısı Taslakları, Avukatlık Kanunu Taslağı <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURU/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAGI.pdf>> (ET:30.08.2014).

düzenlemenin Av.KTT’da aynen muhafaza edilmiş olmasına (m.49/8) bakılırsa, sözkonusu tartışma ve tereddütler bu defa ters istikamette devam edecek gibidir. Dolayısıyla, yeni Usul Kanunumuz olan 6100 Sy. HMK’nın ve Av.K’nın ilgili düzenlemeleri ve Av.KTT düzenleme önerileri, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin hukuki niteliğinin araştırılmasına vesile teşkil ediyor. Böyle bir çalışma, kanımızca, avukatlık kuralları ile usul hukuku arasındaki ilişkiye dikkat çekilmesinin yanısıra, karşı tarafa ücret tahminine ilişkin kurallar incelenmeyecek olsa da, yargılamada masraf-ücret tahminine ilişkin meseleler bakımından uygulamaya katkı sağlayabilir.

Belirtilen amaçlarla, kaleme aldığımız bu makalede konu medeni usul hukuku açısından incelenecektir. İncelemede, öncelikle, hareket noktası teşkil eden avukatlık ücreti ve yargılama masrafı kavramları hakkında bazı genel bilgileri aktarıp yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından sorumluluğa ilişkin mukayeseli hukuktaki modeller anahatlarıyla tanıtacağız. Bunu takiben, konu, Hukukumuz’da karşı tarafa masraf-ücret tahminine ilişkin genel kuralın ihdas ve yürürlük sebebi araştırılarak karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin hukuki niteliği hakkında ulaştığımız kanaatin ortaya konulduğu ve nihayet buna bağlı sonuçlara da değinilen bir izlekte ele alınmaya çalışılacaktır⁴.

I. AVUKATLIK ÜCRETİ VE YARGILAMA MASRAFI KAVRAMLARI

A. Avukatlık Ücreti Kavramı

Avukatlık ücreti, 1136 Sy. Av.K’da, “avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değer...”, şeklinde tanımlanmaktadır (Av.K m. 163/I). Sözkonusu “karşılığa” hak kazanacak olan avukat ile ondan hukuki yardım talebinde bulunan kişi/müvekkil arasında özel hukuka ilişkin akdi bir

⁴ Makalede, konuya ilişkin temel kavramlar hakkında bazı kanunlarımızda veya literatürümüzde benimsenen yeni terminoloji yerine, yenisindeki bazı kelimelerin farklı anlamlarının daha önde olanları bakımından, eski terminoloji ve böyle olmayanlar bakımından da yeni terminoloji kullanımı tercih edilmiştir (Örneğin, ‘yargılama gideri’ yerine: ‘yargılama masrafı’; ‘yargılama gideri yükletilmesi’ yerine ‘yargılama masrafı tahmili’ terimleri kullanılmıştır. Yine, “ihdas” terimi bunun yerine kullanılan “konuluş” terimine yeğlenmişken, “meriyet” yerine yürürlük terimi tercih edilmiştir).

ilişki mevcut olup⁵ bu ilişki 4667 Sy. Kanun'la husule getirilen değişiklikle Hukukumuzda avukatlık sözleşmesi olarak adlandırılmıştır⁶.

Avukatlık sözleşmesinin belirli bir hukuki yardıma yönelik olarak tanzim edilmiş olması gerekir (Av.K, m. 163/I). Avukatın müvekkiline “hukuki yardımı” avukatlık hizmeti olarak da ifade edilebilir⁷. Avukatlık sözleşmesinin kurucu unsuru olan “hukuki yardım”ın ve dolayısıyla avukatlık hizmetinin konusunu Hukukumuzda kanunen belirlenen avukatlık faaliyet alanları ve esasları çizmektedir⁸. Bununla birlikte, Kanunda (Av.K, m. 35) belirlenen avukatlık faaliyet alanları, bazı konularda tekel hakkı da tanınmış olan surette, oldukça geniştir⁹. Bu açıdan, avukatlık sözleşmesinin kapsamına, dava ve icra takipleri ile çekişmesiz yargılama işlerinin yanısıra, hukuki

⁵ N. **Berkin**, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 224; M. **Sungurtekin Özkan**, Avukatlık Mesleği -Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, İzmir 2013, s. 217. Vekil ile müvekkil arasında genel hükümlerin uygulanacağını tasrih eden mülga HUMK m. 424/son cümle hükmü HMK'ya alınmamış olmakla birlikte anılan durum değişmiş değildir; bkz. HMKT m. 334 Gereğesi, para. 2 (A. C. **Budak**, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 297); **Çelikoğlu**, s. 95, 100, 104. Hukukumuzda Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıca bkz. K. E. **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s. 15-19. Söz konusu akdi ilişkinin hukuki niteliği hukuk sistemleri itibarıyla farklılık arzedebilir. Bu hususta bkz. V. **Başpınar**, “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, ss. 463-478, s. 464.

⁶ Bkz. Ö. **Günergök**, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 23 dn. 3 de belirtilen yazarlar. Esasen içerik açısından değişiklik öncesi dönem itibarıyla da durum farklı değildi; H. **Burcuoğlu**, “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, TBB, Y. 2003, S. 49, ss. 49-82, s. 51. Avukatlık sözleşmesine, özel kanun olması itibarıyla, öncelikle Av.K ilgili hükümleri ve hüküm bulunmayan hallerde BK'nın öncelikle vekalet akdi hükümlerinden başlayarak işgörmeye ilişkin hükümler ile bunlarda düzenlenmeyen hallerde Avukatlık Meslek Kuralları uygulanacaktır; N. **Aday**, Avukatlık Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 89; **Günergök**, s. 35; **Burcuoğlu**, s. 49, 50; **Başpınar**, s. 468.

⁷ Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (B. N. **Kurdoğlu**, Karşı Vekalet Ücreti, Ankara 2013).

⁸ F. **Müderrişoğlu**, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s. 19; **Günergök**, s. 37; **Burcuoğlu**, s. 75.

⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikoğlu**, age, 2. Baskı (2012), s. 96-115.

görüş verme, özel ve kamusal kişi ve kurumlar nezdinde işlem tesisi ve takibi, yargısal usuller dışındaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda yardım gibi hukuki hizmetlerin tümü dahil olabilmektedir¹⁰.

Esasen, kökü avukatlığın kurumsallaşmaya başladığı dönemlere giden surette, “avukatlık” denildiğinde bununla kastedilen yargısal usullerde müvekkil hak ve menfaatlerinin hatalı kararlardan korunmasına yönelik temsil ve savunma faaliyetidir¹¹. Avukatlık ücreti hakkındaki meseleler de genellikle sözkonusu yargısal süreçlerde üstlenilen müvekkil temsil ve savunma faaliyetine ilişkindir. Dolayısıyla, avukatlık ücretine esas avukatlık hizmetinin konusu, devlet mahkemeleri ile tahkim heyetleri önünde cereyan eden yargılamalardaki ve bunu ikame veya ikmal eden icra süreçlerindeki, müvekkil temsil ve savunmasıyla sınırlı olarak ele alınabilir. Nitekim, literatürde ve Hukukumuzda, avukatlık faaliyet alanının diğer kategorilerini teşkil eden hukuki danışmanlık hizmeti bakımından danışmanlık ücreti, yine iş-işlem takibi hizmetine ilişkin olarak da vekalet ücreti kavramlaştırılmaları mevcuttur¹².

Avukatlık hizmeti, Roma Hukuku’nun Justinianus döneminden beri, kural olarak karşılıksız değildir¹³. Avukatlık kurumunu ihtiva etmeyen hukuk sistemleri bir kenara bırakıldığında, modern dönemde ortaya çıkan farklı usul sistemlerini benimsemiş hukuk düzenlerinin tümü meyanında

¹⁰ **Günergök**, s. 37; **Burcuoğlu**, s. 75; **M. Aydın**, Avukatlık Ücreti, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 22.

¹¹ Bkz. **Çelikoğlu**, age, 2. baskı (2012), s. 112-115.

¹² Hukukumuzda temsil ve savunma faaliyeti dışındaki, avukatlık faaliyet tekeli alanında bulunan, diğer avukatlık hizmetleri ücreti bakımından da asgari ücret belirlenmesi tercih edilmiş ve Avukatlık Ücret Tarifesinde bunlara ayrıca yer verilmektedir; bkz. AAÜT [2014], (RG: 28.12.2013/28865). Alman Avukatlık Ücreti Kanunu’nda (RVG) münhasıran temsil ve savunma faaliyetine yönelik avukatlık ücreti düzenlenilip diğer avukatlık hizmetlerine ilişkin ücretin tarafların sözleşmelerine ve borçlar hukuku bırakılmış olmasının da bu paralelde olduğu belirtilebilir; **N. Cahill BL**, “Comparative Research Paper on Legal Costs”, The Ireland Working Group of Legal Cost, Research Paper, February 2005, pp. 73/73, p. 71, 72.

¹³ Bkz. **W. Pfennigstorf**, “The European Experience with Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:11, pp. 37-124, p. 41, fn. 12, 13 (Yazar Roma Hukuku’nda başlangıçta ve hatta Klasik Dönem’in ilk iki yüzyılında günümüzdeki anlamda yargılama masrafı ve avukatlık ücretinin mevcut olmadığını belirtiyor).

Hukukumuz bakımından da durum böyledir¹⁴. Avukatlık hizmetinin karşılığı, avukatlık ücreti olarak adlandırılmaktadır¹⁵.

Kanaatimizce, avukatlık ücreti kavramı, yukarıda belirttiğimiz nedenle, yargısal prosedürler ile onu ikame ve ikmal eden süreçlerde müvekkil haklarını hatalı kararlardan korumaya ilişkin temsil ve savunma hizmeti teminiyle ilişkilendirilip bu hizmetin karşılığı olarak sınırlandırılmış olsa iyi olurdu. Aslında, 4667 Sy. Kanunla tadil edilmeden önceki haliyle, Av.K, m. 163 hükmünde yer alan “vekalet hizmetinin karşılığı” şeklindeki avukatlık ücreti tanımı da temsil ve savunma faaliyeti çerçevesindeydi¹⁶. Bu açıdan, Yeni düzenlemedeki “hukuki yardımının karşılığı” şeklindeki ücret tanımı itibarıyla, geniş ve dar anlamda avukatlık ücreti ayrımı yapmak gerekecektir. Zira, avukatlık faaliyet tekel alanına giren iş ve işlemlerin tümü avukatın “hukuki yardımı”nın konusunu oluşturabilir¹⁷.

Belirtilen bakımdan, dar anlamıyla avukatlık ücreti, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, avukatın müvekkile yargısal usuller ve icra-infaz süreçlerinde temin ettiği hukuki koruma hizmetine mukabil avukata ödenmesi gereken karşı edimdir; şeklinde tanımlanabilir.

Kıta Avrupası usul sistemini benimsemiş taşıyıcı ülkeler hukuklarının yanı sıra, Hukukumuzda da avukatlık ücretinin kararlaştırılmasında, dava sonucuna katılmalı ücret belirleme (*pactum cuota litis-contingency fee*) yasağından başka, asgari ve azami tutar yasakları mevcut olup (Av.K, m. 164)¹⁸ bunun dışında; dava veya yargılama konusuna göre sabit ücret (*fixed fee*), hizmet saati itibarıyla süreye göre değişken ücret (*hourly fee*), başarıya göre değişken ücret (*conditional fee*), şeklindeki ücret belirleme esasları münferiden veya karma olarak uygulanabilmektedir (Av.K, 163/I)¹⁹.

¹⁴ Bkz. Çelikoğlu, s. 89, dn. 283 civarı; Başpınar, s. 466-467.

¹⁵ Berkin, s. 219; Aydın, s. 51; M. S. Sarısözen, “Müvekkille Kararlaştırılan Vekalet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekalet Ücretinin Emrediciliği Sorunu”, FÜHFD, Y. 2013, C. 1, S. 1, ss. 91-111, s. 91.

¹⁶ Aydın, s. 51.

¹⁷ Aydın, s. 52.

¹⁸ Bkz. Sungurtekin Özkan, s. 235-270.

¹⁹ Mukayeseli hukukta avukatlık ücreti kararlaştırma şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. V. G. Maurer/R. E. Thomas/P. A. De Booth, “Attorney Fee Arrangements: The

Avukatlık ücreti avukatlık sözleşmesinin diğer bir kurucu unsuru olup zorunlu olmamakla birlikte genellikle para cinsinden kararlaştırılır²⁰. Makul bir avukatlık ücretinin yargılama konusunun değeri ile ölçülü olması genel olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan, avukatlık hizmeti “piyasası”nın işleyişi olağan iktisadi faktörlerden bağımsız bir düzenleyici müdahaleyi gerektirir²¹. Hukukumuzda malvarlığı haklarından doğan davalara şamilen oransal bir üst sınır getirilmiş olup aşan kısma ilişkin ücret anlaşması geçersizdir (Av.K, m. 164/II)²².

Aradaki akdi ilişki sözkonusu karşı edimin yükümlüsünün bu ilişkinin diğer tarafı olan ve avukattan hizmet alan kişi olmasını gerektirir. Bununla birlikte, asli avukatlık faaliyeti olarak yargısal usullerde verilen temsil ve savunma hizmeti bakımından, pek çok Usul Kanunu avukattan hizmet alanın sözkonusu ediminden bu usullere başvurmakta haklılığı ölçüsünde kendisine karşı hizmet verilmesi istenilen kişiyi de sorumlu kılabilen veya buna endeksli belirli bir meblağı ödeyebilmektedir (sZPO, art.95/3-b; dZPO, § 91/2; CCP, art.695/7, 699)²³.

Belirtilen bakımdan, Hukukumuzda, avukatlık ücreti, müvekkilce avukata ödenmesi kararlaştırılan ve yargılamada aleyhine karar verilen

US an Western Perspectives”, Northwestern J. Int. Law & Business [Winter 1999], Vol. 19:2, pp. 272-329, p. 286 vd.

²⁰ **Başpınar**, s.469, 470. Kanundaki tanımı itibarıyla, “*meblağ veya değeri ifade eder*” lafzı bakımından, “değer” ibaresine yer verilmesiyle ücretin müddeabihin değeri üzerinden belirli bir oran şeklindeki kararlaştırmanın da dolaylı olarak para cinsinden kararlaştırmayı ifade ettiği yönünde bkz. **Burcuoğlu**, s. 66.

²¹ **C. Hodges/S. Vogenauer/M. Tulibacka**, “Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study (December 2005)”, Oxford University Legal Research Paper Series, Paper No: 55/2009, pp. 119/119 (Ekler hariç: pp. 48/48), p. 34-para. 134.

²² Av. K m.168 hükmü uyarınca hazırlanan kanuni tarife avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılabilecek asgari hadde ilişkin olup mesleği korumaya yöneliktir; **Aday**, s. 18.

²³ Metin içi atıfta bulunulan İsviçre, Almanya ve Fransa Medeni Usul Kanunları İngilizce metinleri için sırasıyla bkz. Swiss Civil Procedure Code (<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/272.enpdf/admin.ch/ch/d/as/index.html>); (The German) Code of Civil Procedure (as promulgated on 5 December 2005 GBI Federal Law Gazete, I page 3022; 2006 I page 431; 2007 I page 1781; 2009 I page 3145), Federal Ministry of Justice in Cooperation with Juris GmbH (<http://www.juris.de>); The French Code of Civil Procedure (Translated by Christian Dood), Oceana Publications, New York 2004.

tarafça lehine karar verilen tarafa ödenmesine hükmolunan şeklinde, iki ayrı kategoride ele alınıp²⁴ iki ayrı türü olduğu kabul edildiği gibi²⁵; bunların ayrı kurumlar olduğu da ileri sürülmüştür²⁶. Bu ayrımın yargılama masrafı meyanında aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunan karşı taraf avukatlık ücretinin hukuki niteliğine bakılarak yapıldığını sanmıyoruz. Bu açıdan, kanımızca, bu incelemede araştıracağımız yargılama ve avukatlık ücreti masrafı tahmiline ilişkin kuralın ihdas veya yürürlük sebebi ve karşı taraf avukatlık ücretinin hukuki niteliği belirleyicidir.

B. Yargılama Masrafı Kavramı

Kendisinin varlık sebebiyle ilişkilendirilen adaleti temin edebilecek yargılama faaliyeti devletin asli görev ve hizmetlerinden olup bu hizmetin maliyeti aslında vatandaşların ödedikleri vergilerden oluşan devlet bütçesinden karşılanmaktadır²⁷. Bununla birlikte, hukuk yargılamasında kural olarak taraf menfaatlerinin önplanda olması nedeniyle²⁸, dini ve prelegal sistemler dışında²⁹ “adalet” kural olarak parasız değildir. Günümüzde, devletin yargılama hizmeti karşılığında belirli bir katılma payı ödenmesini istemesi genellikle uygun ve gerekli görülmektedir³⁰.

²⁴ Bkz. **Müderrişoğlu**, s. 89; **Aydın**, s. 27, 349.

²⁵ Bkz. B. **Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 703; H. **Pekcanitez/O. Atalay/M. Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 984.

²⁶ Bkz. **Berkin**, s. 866; **Başpınar**, s. 464.

²⁷ A. **Karşlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 743.

²⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 980.

²⁹ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 41. Prelegal terimi için bkz. G. C. **Hazard/A. Dondi**, Legal Ethics: A Comparative Study, California 2004, p. 258.

³⁰ E. **Yılmaz**, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD, Y. 1984, S. 2, ss. 200-224, s. 208; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 981; **Karşlı**, s. 743. Bununla birlikte, ülkemizin de (HK, m. 33, 123) aralarında olduğu pek çok hukuk sisteminde iş hukuku ve tüketici hukuku davaları bakımından harç muafiyeti tanınmaktadır; bkz. M. **Reimann**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Syntesis”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure- A Comparative Study (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 3-57, p. 10. Fransa ve İsveç’te kural olarak mahkeme harcı alınmadığı yönünde ayrıca bkz. **Hodges/Vogenauer/Tulibacka**, p. 11- para. 25.

Yargılama faaliyeti, genel nitelikteki devlet mahkeme organizasyonu masraflarına mahsuben ödenen meblağdan başka, somut yargılamaya ilişkin masrafları da gerektirir. Bu açıdan, terminolojide yargılama masrafı terimi, yargı harçlarının yanısıra, yargılamada iletişim ve tahkikat masrafları ile vekille temsil olunulan yargılamalardaki avukat tutma masraflarını ifade etmektedir³¹.

Belirtilen bakımdan, yargılama masrafı terimi, avukatlık ücretinin kapsama dahil edilmediği ve tahkikat masrafları meyanında delil toplama masraflarının da avukatlık ücreti kapsamında kaldığı Anglo-Amerikan (Common Law) hukuk sisteminin taşıyıcısı olan ABD ve birkaç ülke dışında, pek çok hukuk sistemi bakımından geçerli olan surette, mahkeme harcı ve tahkikat masraflarının yanı sıra avukatlık ücreti masrafından oluşan yargılama maliyeti unsurlarını tanımlamaktadır³². Söz konusu unsurlar Hukukumuzda kanunen belirlenmiştir (HMK, m. 323). Buna göre, yargılama masrafları, yargılama faaliyetini teminen devletin yargı mercilerini işler halde tutma maliyetine kanuni katılma payının yanısıra, mahkeme önündeki hukuki korunma talebinin dermeyanı ve neticelendirilebilmesi için tarafların mahkeme vasıtasıyla veya bizzat sarfettiği formal masraflardır. Bu açıdan, yargılama masrafları hakkında kategorik olarak mahkemenin ve tarafların masrafları şeklinde bir ayırım da yapılabilir³³.

Mahkemenin masrafları meyanında, devletin genel yargılama masraflarına katılım payı olarak mahkeme usullerini meşgul edenlerden alınan

³¹ **Yılmaz**, s. 200, 206; **Cahill BL**, p. 73; **Reimann**, p. 5.

³² Bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, p. 11- para. 22. Avukatların buradaki rolü nedeniyle, tahkikat masraflarının da avukatlık ücretinin içinde yer aldığı hususunda ayrıca bkz. **Reimann**, p. 21.

³³ Bu şekilde bkz. S. **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 765, 766. Dar ve geniş anlamda yargılama masrafı şeklinde bkz. **Yılmaz**, s. 200. Üçlü bir ayırım için [i) harçlar, ii) masraflar, iii) vekalet ücreti] bkz. İ. H. **Karafakih**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 242; dördlü bir ayırım için [i) harçlar, ii) iştirak eden ücretleri, vekalet ücreti, iv) belge tasdik masrafları] bkz. N. **Bilge/E. Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s.329. İsviçre Medeni Usul Kanunda da mahkeme ve taraf masrafları ayırımı mevcut olmakla birlikte burada aslında taraflarca karşılanacak olan (sZPO, art 102/1, 2) tahkikat masrafları mahkemenin masrafları arasında sayılmıştır (sZPO, art. 95).

resmi hizmet bedeline yargı harcı denilmektedir³⁴. Yargı (ve icra) harçları “prosedür kullanım bedeli” olarak nitelenebilir. Bu bedel, devletin mahkeme organizasyon maliyetinden o yargılamaya düşen kısmın tamamı değil, mahkeme organizasyonun sürdürülebilirliğini teminen onları meşgul eden kişilere belirli bir oranda yansıtılmasından ibarettir³⁵. Harç alma oranı vaki müracaatın neticelenme şekli veya süreçteki adımlara ve mahkemeden beklenen hukuki korumaya ilişkin usuli talebin kabul edilip edilmemesine göre de değişkenlik arzedebilir³⁶. Bu açıdan, müracaat sırasında yargı harcına ilişkin kısmi bir ödeme yargılamanın başlatılması ve sürdürülmesi için zorunlu olup bakiyesi usuli talebin kabulü halinde kararla birlikte veya infaz sırasında ödenebilmektedir (Harçlar K, m. 26, 27, 28, 127, 129). Harç yükümlüsü Hukukumuzda kural olarak kanunen belirlenmekte olup harç alma oranları Kanunun verdiği yetkiyle İdarece düzenlenebilmektedir (Harçlar K, m. 11, 15, 21, 138).

Somut yargılama masrafları meyanında, iletişim ve tahkikat masrafları bunlara ilişkin araçlara başvurulmasını isteyen tarafça bizzat veya mahkeme aracılığıyla sarfolunmakta ve prosedüre müracaat veya sürece iştirak sırasında önceden belirlenen bir tutarın avans olarak işlem öncesinde ödenmesi gerekebilmektedir (HMK, m. 120/2, 324; sZPO, art.98, 101)³⁷.

Avukatlık ücret “masrafı” ise, esasen kendisini avukatla temsil ettiren kişi tarafından araya mahkeme girmeksizin genellikle doğrudan sarfedilir.

³⁴ **Yılmaz**, s. 200, 201.

³⁵ **Yılmaz**, s. 207. Harç alma oranlarından mahkeme ve icra usullerine erişim planlaması aracı olarak yararlanılmaktadır; bu yüzden yargı harçları yüksek veya düşük belirlenebilir; bkz. M. S. **Özbek**, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s.39-42. Söz konusu yansıtma oranı bakımından, örneğin İngiltere’de, organizasyon masraflarının sadece %20 si devlet hazinesinden karşılanıp %80’nin harç olarak kullanıcılardan alındığı; Avrupa’da Almanya ile Avusturya ve Yunanistan, Avrupa dışında da Çin ve Taiwan gibi ülkelerde maliyetin kullanıcılara nisbeten düşük oranda yansıtıldığı yönünde bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, p. 12-para. 26 ve p. 18-para. 62; A.B.D, Japonya ve Kore’de de oldukça düşük oranda harç alındığı yönünde bkz. **Reimann**, p. 9, 16.

³⁶ Bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, agy. p. 12- para. 27.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. E. **Kılıçoğlu**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler”, Kazancı Hukuk Dergisi, Kasım-Aralık 2012, S. 99-100, ss. 43-126, s. 47-63; **Özbek**, s. 54-79.

Yargılama masrafları arasında avukatlık ücretine yer veren hukuk sistemleri bakımından, bunun diğer masraflara nazaran aslanpayını teşkil ettiği belirtilmektedir³⁸. Hukukumuzda, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili de asgari tarifedeki tutarların azami üç katıyla sınırlanmıştır (Av.K, m. 169)³⁹.

Söz konusu yargılama masraflarına katlanması bakımından hukuk sistemleri yargılama neticesine veya yargılama öncesi ya da sırasındaki tutumuna göre karşı tarafa yükleme veya sarfeden ve olumsuz tutum takınan taraf üzerinde bırakma şeklinde farklı yaklaşımlara sahip olabilmektedir⁴⁰. Bu açıdan, kategorik olarak veya kalemler itibarıyla değişiklik de arzede bilmekle birlikte, yargılamanın hitamı öncesi ve sonrası itibarıyla taraflar arasında yargılama masrafı yükümlüsü ve sorumlusu ayırımından bahsetmek mümkündür⁴¹. Burada, yargılama masraflarından sorumluluk yargılamada lehine karar verilmiş tarafın yükümlüsü olduğu masrafların onun üzerinde bırakılmayıp aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunmasını ifade etmektedir⁴².

II. YARGILAMA VE AVUKATLIK ÜCRETİ MASRAFLARINDAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Hukukumuzda Yargılama ve Avukatlık Ücreti Masrafından Sorumluluğa İlişkin Temel Düzenleme

Avukatlık ücretinin yükümlüsünün avukattan hukuki koruma hizmeti almak üzere onunla avukatlık sözleşmesi akdeden kişi -müvekkil- olduğunda

³⁸ Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.703; **Hodges/Vogenaue/Tulibacka**, p. 18-para. 63 ve p. 19- para. 74; **Reimann**, p. 16.

³⁹ Mukayeseli hukukta karşı tarafa tahmil olunacak avukatlık ücretini belirleme aracı olarak resmi tarife dışında, dava değerinin belirli bir oranı ve emsal ücret kriterleri de kullanılabilir; bkz. **Reimann**, p. 6 (Yazar, Kıta Avrupası'nda birinci kriterin Alman Hukuk Ailesi ülkeleri, ikinci kriterin Latin Hukuk Ailesi ülkeleri, üçüncü kriterin de Nordik Hukuk Ailesi ülkeleri tarafından kullanıldığını belirliyor).

⁴⁰ Bkz. aşağıda, II. A. 1.

⁴¹ Vergi Hukukunda illeti farklı olmakla birlikte nisbeten benzetilebilecek şekilde vergi yükümlüsü ve sorumlusu ayırımı mevcuttur (Vergi Usul Kanunu, m. 8; Damga Vergisi Kanunu, m. 24, 25; HK, m. 128). Ayrıntılı Bilgi için bkz. A. **Gerçek**, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsili Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2011, s. 32-52.

⁴² Benzer şekilde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 992.

tereddüt yoktur. Bununla birlikte, Usul Kurallarımız avukatla temsil olunan davalarda kural olarak aleyhine karar verilen tarafın karşı tarafa diğer yargılama masraflarının yanı sıra formal olarak belirlenmiş tarifeye göre belirli bir avukatlık ücreti ödemesine hükmedilmesini amirdir (HMK, m. 323/ğ, 326, 330, 332/1; Av.K, m. 169)⁴³.

İçeriğinde aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahminine ilişkin bir lafz geçmemekle birlikte, Doktrin’de de öyle kabul edildiği üzere, Hukukumuzda karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücret masrafı tahmininin hukuki dayanağı yukarıda belirtilen usul kurallarından HMK, m. 326 hükmüdür⁴⁴. Bu açıdan, HMK m. 326/1 hükmü Hukukumuzda tahmile ilişkin genel kural niteliğinde olup⁴⁵ mülga HUMK m. 417/1 hükmünün karşılığı olarak muhafaza edilmiştir⁴⁶.

HMK m. 326 düzenlemesi: “Kanunda yazılı haller dışında, yargılama masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği”ni (fik.1); “iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, yargılama masraflarının tarafların haklılık durumuna göre paylaşılacağını (fik.2)”;⁴⁷ amirdir. Kanun’un m. 323/ğ hükmü de vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücretini yargılama masrafları arasında saymıştır. Buna göre, Kanun yargılama ve avukatlık ücreti masraflarını kural olarak davanın esası açısından başarısız olan tarafa yüklemektedir. Bu meyanda, usuli talebinden feragati halinde davacı ve yargılamanın ilerlemiş bir safhasında talebi kabul eden davalı da başarısız kabul edilmektedir (HMK, m. 312/1).

⁴³ HMK, m. 323/1: “Yargılama masrafları şunlardır”; 323/1-ğ: “Vekille takip olunan davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti,”; HMK, m. 326/1: “Kanunda yazılı haller dışında yargılama masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir”; Av.K, m. 169: “Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katundan fazla olamaz”.

⁴⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 707; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 993; **Karşlı**, s. 743.

⁴⁵ Yargıtay da emsal nitelikteki bir kararında sözkonusu hükmü karşılayan HUMK m. 417/1 hükmünü ‘yargılama harç ve masraflarının davada haksız çıkmış olan tarafa yükletilmesine ilişkin ana kural’ olarak nitelemiştir; bkz. Yarg. HGK, 28.01.2004, E. 14-38, K.45 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> [ET: 30.08.2014]).

⁴⁶ HMKT, Madde Gerekeçesi, m. 330 (**Budak**, s. 294).

Dikkat edilirse, Kanun'da masrafın "alınmasına karar verileceği" tasrih olunmakla yetinilmiştir. Bununla birlikte, bu hususta verilecek olan kararın hüküm fıkrasının yargılama masraflarına ilişkin kısmı olduğu (HMK, m. 297/1-ç); 'alınmasına' lafzının negatif anlamıyla birlikte düşünüldüğünde sözkonusu tarafın yargılama masrafına mahkum edilmesini mutazammın olduğu; anlaşılmaktadır. Esasen, bu düzenlemenin HUMK'daki karşılığı olan m. 417/I hükmü 'taraftan istifa olunmasına karar verilir' şeklinde olup 'istifa' kelimesi ödeme anlamını da havi olan vefa kökünden gelmekle; 'alma' anlamının yanı sıra, 'ödetme' anlamı da vardır⁴⁷. Dolayısıyla, mezkur hükümdeki 'alınmasına karar verilir' ibaresini 'ödetilir' şeklinde anlamak mümkündür. Nitekim, yargılama masrafları hakkındaki kararın hüküm fıkrasında ne şekilde formüle edileceğini belirten HMK m. 332/2 hükmünde 'yargılama masrafının hangi tarafa tahmil olunduğunun gösterilmesi'ni tasrih etmesi de buna işaret etmektedir. Yargılama masrafları her iki tarafça da sarfolunmuş olabileceğinden, burada ödetilecek olan tabiatıyla lehine karar verilmiş olan tarafinkiler ve bu meyanda davanın kabulü kararı bakımından bakiye nisbi harçtır. Dolayısıyla, Hukukumuzda, karşı tarafa ücret tahminine dayanak teşkil eden temel düzenlemenin HMK m. 326/1 hükmü olduğu açıktır.

Sözkonusu düzenlemeyle bağlantılı olarak, Av.K m. 169 hükmü ise, tahmil edilecek avukatlık ücreti masrafı tutarının "götürü" olarak belirlenmesine matufen, yargılamada aleyhine karar verilen tarafın sorumluluğu tahtında ona "ödetilebilecek" makul avukatlık ücretinin sınırlarını çizmektedir. Dolayısıyla bu hüküm de karşı tarafa tahmile ilişkin genel kuralın uygulanışını gösteren destekleyici düzenleme mahiyetindedir.

Kanunda genel kuraldaki çözümden ayrılan düzenlemeler ihtiva eden bazı kurallar da vardır.

Belirtilen bakımdan, tarafın gereksiz masrafa ve yargılama maliyetinin artmasına sebebiyet vermesi halinde dava sonucundan bağımsız olarak yargı harcı haricindeki yargılama masraflarından kısmen veya tamamen sorumlu tutulabileceğini amir olan HMK m. 327/1 hükmü temel kuralın (m. 326) uygulanmasını sınırlandıran veya engelleyen bir düzenlemedir. Bu düzenle-

⁴⁷ F. Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Ed. A. S. Güneşal/M. Çiçekler), 26. Baskı, Ankara 2010, s. 523, 1332.

mede yeralan kusurlu sebebiyetin özel görünüm biçimlerini aksettiren ve tarafların yanı sıra şahit ve bilirkişilerinkine de sari olan benzer düzenlemeler de mevcuttur (HMK, m. 101, 182, 213, 253, 269)⁴⁸. Yine, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddinde, davalının davacıyı yanıltarak kendisine husumet tevcihine sebep olup lehine karar verilmesini kendi kusuruyla sağlamış olması halinde, davayı kaybetmesine rağmen davacıya yargılama masrafı tahmil edilmeyeceğini havi HMK m. 327/2 hükmü de benzer bir engelleyici düzenlemedir. Keza, dava ikamesine sebebiyet vermemiş olan davalının ilk duruşmaya dek dava konusu iddia/talebi kabul etmesi halinde de yargılama masrafı tahmil olunamayacağını havi HMK m. 312/2 hükmü de bu defa kusursuzluğun dikkate alınması suretiyle genel kuralın uygulanmasını engelleyici bir diğer düzenlemedir.

Diğer taraftan, davanın konusuz kalması halinde başlangıçtaki haklılık durumuna göre ve davanın açılmamış sayılması veya sonuçlandırılmamış görevsizlik-yetkisizlik-gönderme kararları halinde de davacı aleyhine yargılama masrafına hükmolunmasını havi HMK m. 331 hükümleri, esasen genel kuraldaki çözüme alternatif teşkil etmeyip paralel düzenlemeler olarak belirtilebilir.

Kanunda benimsenen yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından sorumluluğa ilişkin yaklaşımının niteliğinin tayininde, yukarıda belirtilen tali nitelikli kurallar değil genel kural niteliğindeki HMK m. 326 düzenlemesi belirleyicidir. Bu açıdan, aşağıda tanıtılacak olan yaklaşım modelleriyle mukayesede sözkonusu düzenlemeyi temel almak gerekir⁴⁹.

B. Mukayeseli Hukukta Yargılama ve Avukatlık Ücreti Masraflarından Sorumluluğa İlişkin Temel Modeller

Yargılamada avukatla temsil olunan taraf yararına avukatlık ücreti takdirinde veya lehine karar verilmiş olan bir müvekkilin avukatına ücret borcunun ifasında, hukuk sistemleri tarafların bu husustaki anlaşmasından yargılamanın sonucunun dikkate alınmasına dek uzanan farklı yaklaşım-

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 996.

⁴⁹ Çıkarım ve değerlendirmelerde nadir olan değil galip olan vasfa itibar olunur (Mecelle, m. 42 [İ. Vural/S. Özcan, sadeleştirilmiş Mecelle, İstanbul 1995, s. 29]).

larına sahiptir. Bir hukuk sisteminde bu yaklaşımlardan biri temel çözüm olarak benimsenmekle birlikte, belirtmek gerekir ki; bu da, mutlak olmayıp yargılama derecesi veya bazı davalar ya da masraf kalemleri bakımından genel kuralın benimsediği çözümden ayrılabilinmektedir⁵⁰.

Yine de, belirtilen özellik hatırda tutularak bir teorik çerçeve elde edebilmek üzere, hukuk sistemlerinde benimsenen farklı çözümleri baskın özellikleri itibarıyla kategorize ederek yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından yükümlülük veya sorumluluk modelleri⁵¹ olarak ifade etmek mümkün ve yararlıdır⁵².

1. “Masraflar Tarafların Üzerinde Kalsın” (“Pay Your Own Way”)

Dahil olduğu hukuk sistemi içindeki istisnai konumuna⁵³ işaret eder şekilde, A.B.D Hukukunda yargılama sonucundan bağımsız olarak, kendisini avukatla temsil ettiren her bir taraf kural olarak sadece kendi avukatlık ücreti

⁵⁰ Bkz. **Reimann**, p. 5. A.B.D Hukuku’ndaki genel kuralın istisna kategorileri hakkında bkz. **ROWE**, “Effects of Fee Shifting”, p.141. Yargılama derecesi itibarıyla farklı çözümler bakımından, İspanyol hukukunda istinaf derecesinde “Amerikan Kuralı” benimsenmişken ilk derece yargılamasında “kaybeden öder” kuralının cari olması ilginç bir örnektir; bkz. **F. Lopez Simo/J. A. Torres Lana**, “Replies of Spanish Reporters to the Questionnaire About Cost and Fee Allocation in Civil Procedure”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure a Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 259-267. Dava bazında farklılaşma itibarıyla, kural olarak “kaybeden öder” modelini benimseyen bazı ülkeler bakımından, aile hukuku uyuşmazlıklarında bu çözümün uygulanmadığı yönünde bkz. **Reimann**, p.10; aile hukuku uyuşmazlıklarında İsviçre Hukukunda hakime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme de mevcuttur (sZPO, art. 107/1-c).

⁵¹ Bkz. **Rowe**, “Effects of Fee Shifting”, p. 140; **Reimann**, p. 5.

⁵² **Reimann**, p. 33. Reimann, bir hukuk sisteminde benimsenen temel modele istisnaen kullanılan diğer yaklaşımları ve nüansları da dikkate alarak sözkonusu modelleri tahmil ekseninde: i) Kuvvetli Tahmil (Major Shifting), ii) Kısmen Tahmil (Partial Shifting), iii) Zayıf Tahmil (Minor Shifting), şeklinde kategorize etmektedir (**Reimann**, p. 5).

⁵³ Anglo-Amerikan usul sistemini takip eden Kanada ve tarihi orijini olan İngiliz Hukukunda bu model benimsenmemiştir; Kanada için bkz. **H.Patrick Glenn**, “Cost and Fees in Common Law Kanada and Quebec”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 99-109; İngiltere ve Galler için bkz. **R. Moorheard**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: Report for England and Wales, aynı yayın, p. 117-127.

yükümlülüğünü yerine getirir⁵⁴. Bu yüzden “American Rules” olarak da adlandırılmış olan⁵⁵ bu modelde, yargısal usullerde tarafların avukatla temsilinde kaybeden tarafa, kural olarak, avukatlık ücreti ödetilmesi yaklaşımı kabul edilmemiştir⁵⁶. Dolayısıyla, avukatlık ücreti yargılama masrafları arasında yer almaz. Bununla birlikte, fiilen uygulanmasa da, harç ve sair yargılama masrafları ve bazı hallerde tarafları disipline etmek üzere avukatlık ücreti tahminine ilişkin kurallar mevcuttur⁵⁷. Buna göre, mahkemelerin yargılamada aleyhine karar verilen tarafı, kendini avukatla temsil ettirmiş olan diğer tarafın avukatına karşı yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ikame edebilecek veya katmerlendirecek surette, karşı tarafın avukatlık ücretinden sorumlu tutma kararı vermeleri sözkonusu değildir. Bu yaklaşımın, avukatların ücretlerini kendi müvekkillerinden almalarının normal olduğu; dava ikamesini engellemediğinden adalete erişim bakımından daha işlevsel olduğu ve böylece tarafların mahkeme önünde adil bir şekilde hesaplaşabileceği; gerekçeleriyle savunulageldiği belirtilmektedir⁵⁸.

⁵⁴ Bu model usulün kötüye kullanımı gibi bazı sınırlı hallerde karşı taraf avukatlık ücretine mahkumiyete ilişkin az sayıdaki usul kurallarının karşıt kavramı çerçevesinde uygulamadan doğmuştur; bkz. J. R. **Maxeiner**, “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study (Ed. M. Reimann), Heidelberg 2012, pp. 287-305 (Bu yayında yer alan metin A.B.D ülke raporu olup <<http://ssrn.com/abstract=18066042>> internet adresinden ulaşılabilir). Makalede sonraki atıflar bu metinden takip edilebilir; bkz. pp. 22/22, p. 2, 6/22).

⁵⁵ J. Y. **Gotanda**, “Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations”, Michigan Journal of International Law (August 1999), Vol. 21:1, pp. 1-50, p. 10.

⁵⁶ Tarihi gelişimi hakkında bkz. J. **Leubsdorf**, “Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 9-36. Kuralın ihdas ve yürürlük sebebi bakımından ‘kamu düzeninin özel hukuk usulleriyle temini’ düşüncesinin merkezi öneme sahip olduğu yönünde bkz. **Hodges/Vougenaur/Tulibacka**, p. 23-para. 90 ve p. 40-para. 158. Uygulama ve istisnaları hakkında ayrıca genel olarak bkz. **Maxeiner**, agy.

⁵⁷ **Maxeiner**, p. 11/22; **Reimann**, p. 9. Aynı yönde Japon Hukukunda bkz. M. **Wagatsuma**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study (Ed. M. Reimann), Heidelberg 2012, pp. 195-201, p. 195,196.

⁵⁸ Bkz. **Leubsdorf**, p. 28; J. F. **Vargo**, “The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person’s Access to Justice”, The American University Law Review [1993], Vol. 42, pp. 1568-1636, p. 1634, 1635.

2. “Kaybeden Öder” (“Loser Pays” / “Two Way Fee Shifting” [İki Yönlü Tahmil])

Roma Hukuku’ndan günümüze intikal eden⁵⁹ bu model genellikle Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde uygulanmaktadır⁶⁰. Bu yüzden, “European Rule” olarak adlandırılabilir olmakla birlikte⁶¹, bu model Anglo-American literatüründe “English Rule” veya “two way fee shifting” olarak bilinmektedir⁶². Bu modelde, kural olarak, yargılamada aleyhine karar verilen “kaybeden” tarafın, “kazanan” diğer tarafın yargılamanın işleyişine ilişkin masraflarının yanı sıra, avukatlık ücretinden de sorumlu tutulması esastır. Tarafların kısmen haklı görülmesi halinde sözkonusu sorumluluk buna nisbeten kısmi olarak belirlenecektir. Hukuk sistemlerinde bu kuralı benimseyen ülkeler arasında farklı tercihler de mevcut olmakla birlikte, haksız çıkan tarafa ödetecek avukatlık ücreti tutarı genellikle formal olarak belirlenen tarife üzerinden belirlenmektedir⁶³.

Bu modeli ifade eden “kaybeden öder” kuralının Roma Hukukundaki ihdas gerekçesi, ‘haklı olmadığı mahkeme kararıyla anlaşılan “kaybeden taraf”ın, hukuki konumunda ısrar ederek, yargılamada hatalı davranmış olduğu’ varsayımıyla açıklanmıştır⁶⁴.

Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerin yanısıra, bazı nüanslarla İngiliz Hukukunda da bu model kullanılmaktadır⁶⁵. Son olarak “Avrupa Küçük Talepler Usulü Tüzüğü”nde de bu model benimsenmiştir (m. 16)⁶⁶.

⁵⁹ İlk defa Doğu Roma imparatoru Zenon tarafından Milattan Sonra 430 yılında emrolunan olunan bu uygulama 50 yıl sonraki Justinien Koduna alınarak kurallaştırılmıştır (Pfennigstorf, p. 42).

⁶⁰ Bkz. Reimann, p. 6, 36. A.B.D dışında pek çok ülkede benimsendiği yönünde bkz. Hodges/Vogenaer/Tulibacka, p. 6-finding 8.

⁶¹ Krş. Pfennigstorf, p. 44 (Yazar bu terimi yeknesaklık arzetmediği gerekçesiyle tercih etmiyor).

⁶² Pfennigstorf, p. 46.

⁶³ Gotanda, p. 7.

⁶⁴ Pfennigstorf, p. 42, fn. 21.

⁶⁵ Reimann, p. 6. İngiliz Hukukunda bu modelin tacizkar ve temelsiz davaları caydırma düşüncesiyle kabul edildiği yönünde bkz. Pfennigstorf, p. 43, fn. 29.

⁶⁶ Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin “Avrupa Küçük Talepler Usulüne İlişkin 11 Temmuz 2007 Tarihli Tüzüğü (Regulation [EC] No 861/2007 of the European

Bu modelin, yargılamanın asli işlevinin uyuşmazlık çözümünden çok maddi hukukun temini olarak kabul edildiği usul sistemlerinde, daha adil olduğu ileri sürülmektedir⁶⁷.

3. “Tek Yönlü Tahmil” (“One Way Fee Shifting”)

Bu modele göre, davayı kazanması halinde davacının avukatlık ücreti masrafı davalıya tahmil olunmakla birlikte, kaybetmesi halinde davacı davalı tarafın avukatlık ücretini ödemeye mahkum edilmemektedir. Bu şekilde, yargılamanın onun lehine sonuçlanması kaydıyla ve fakat münhasıran davacı lehine karşı taraf ücretine hükmolunması sözkonusudur⁶⁸. Ortaya çıktığı A.B.D Hukuku’nda, bu modelin ihdası kamu yararının önplanda olduğu bazı alanlarda dava açılması özendirilerek arzu edilmeyen davranış kaynaklarının ıslahı ve özel hukuk davası yoluyla kamu düzeninin tesisi düşüncesiyle ilişkilendirilmektedir⁶⁹. Bazı A.B.D eyaletlerinde tıbbi sorumluluk davalarını da kapsayan bir dizi özel kanun uyarınca uygulandığı belirtilen⁷⁰ bu model, genel kuralın “kaybeden öder /çift yönlü tahmil” modeli yönünde olduğu Japon Hukukunda da, bedensel yaralanmalı haksız fiil davalarında kullanılmaktadır⁷¹.

4. “Akdi Tahmil” (“Agreements Allocating Litigation Cost and Fees”)

Bazı hukuk sistemlerinde, potansiyel bir uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık vukuunda ihtiyaç duyabilecekleri avukatlık hizmeti bakımından,

Parliament and of the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure)”, Çeviren: A. A. Güralp, H. Konuralp Armağanı, Ankara 2009, ss. 618-630.

⁶⁷ A. Bruns, “Third -Party Financing of Litigation:Civil Justice Friend or Foe?”, George Mason University Law&Economics Center Working Paper, 21 December 2011, pp. 29/29, p. 2/29.

⁶⁸ Vargo, p. 1589, 1590.

⁶⁹ Bkz. Leubsdorf, p. 25 ve özellikle 30; Maxeiner, p. 15-16/22; Hodges/Vogenauer/Tulibacka, p. 6-finding 8.

⁷⁰ Vargo, p. 1629; Hodges/Vogenauer/Tulibacka, p. 6-finding 8; Maxeiner, p. 16/22; (Vargo ABD’ de, temel kuralın -“Amerikan Rule”- en önemli istisnasını sözkonusu modelin benimsendiği 2000 adet civarındaki özel kanunların teşkil ettiğini belirtiyor; bkz. Vargo, p. 1588, 1629).

⁷¹ Maxeiner, p. 15/22, fn. 37.

birinin diğerinin avukatlık ücretinden ne şekilde sorumlu olabileceğini yargısal usulleri işleten mercileri de bağlayıcı şekilde akden kararlaştırmalarına izin verilebilmektedir⁷². Bu yaklaşım oradaki temel kurala istisna kategorileri arasında A.B.D Hukukunda da benimsenmiştir⁷³. Aslında, Hukukumuzda uygulaması olmamakla birlikte mülga HUMK m. 417/II hükmü uyarınca buna cevaz verilmiş idi⁷⁴.

Söz konusu imkan bazı hukuk sistemlerinde de tahkim yargılaması bakımından kabul edilmiştir⁷⁵. Dolayısıyla, yargılama masrafları meyanında avukatlık ücretinin sorumlusunun kim olacağını emredici olarak düzenlenmediği hukuk sistemleri bakımından tarafların mahkemeyi de bağlayıcı olarak anlaşmaları diğer bir ücret tahmil modeli teşkil etmektedir.

Belirtilen surette, akdi tahmil modelinde, mahkeme veya hakem heyetinin verdiği kararda yargılama masrafları arasında re'sen avukatlık ücreti tahminine hükmetmesi söz konusu değildir. Buna göre, taraflar avukatlık hizmeti bedelinin aralarındaki anlaşmaya göre tazmin edilmesi veya tarafların herbirinin kendi üzerinde bırakılması zımında anlaşabilmekte ve bu anlaşma mahkeme veya tahkim heyetince de dikkate alınmaktadır⁷⁶.

⁷² Daha belirgin olarak Anglo-Amerikan usul sistemi ve karma usul sistemleri bakımından kabul edilen yargılama sürecinin akdi olarak inşası hakkında genel olarak bkz. K. E. **Davis/H. Hershkoff**, "Contracting for Procedure", New York University School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series (July 2011), Working Paper Series, N.11-51, <<http://www.ssrn.com/abstract=1892914>> (ET:30.08.2014), pp. 59/59.

⁷³ Bkz. **Vargo**, p. 1578.

⁷⁴ **Üstündağ**, s. 774. Mülga HUMK m. 417/II hükmünde avukatlık ücreti tahmininde taraflar arasındaki bir sözleşme hükmünün dikkate alınacağı tasrih olunmuştur. HMK'da bu düzenleme muhafaza olunmamıştır.

⁷⁵ **Gotanda**, p. 9, 11 (Yazar A.B.D, Avustralya ve İsrail ile HUMK dönemi itibarıyla ülkemizi -Rabi Koral'a atfen- de örnek göstermektedir; bkz. p. 9, fn. 33). İsviçre Hukukunda da bu yaklaşımın geçerli olduğu yönünde bkz. M. **Scherer/M. Davidowicz**, "Arbitration Guide -Switzerland", International Bar Association, Arbitration Committee, March 2012, pp.23/23, p.16/23 <<http://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/switzerlandarbitration-guideba-arbitration-committeematthias-scherermartin-davidowiczlei.pdf>> (ET: 30.08.2014).

⁷⁶ Örnek olarak Çin Hukukunda bkz. X. **Jianguo/T. Xin**, "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: China National Report", Tsinghua China Law Rev [2012]. Vol. 4, Issue 43, pp. 45-68, p. 45, 53.

III. KARŞI TARAFYA AVUKATLIK ÜCRETİ TAHMİLİNİN HUKUKİ SEBEBİ

Karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücreti masrafı tahminine ilişkin genel kuralımız olan HMK m. 326 hükmünde yukarıda tanıtılan sorumluluk modellerinden “kaybeden öder” yaklaşımı benimsenmiştir. Bu modeli aksettiren Hukukumuzdaki kuralın ihdas veya yürürlük sebebinin⁷⁷ tayininde, aşağıda değineceğimiz kanunun hazırlık çalışmalarından ve kuralın kaynağı olan HUMK dönemindeki literatürümüzden genel bir fikir edinilebilmekle birlikte, tatminkar bir sonuca ulaşmak mümkün olmamaktadır⁷⁸. Bunun için, öncelikle mukayeseli hukukta sözkonusu kurumu açıklayan teorilere göz-atmak yararlı olacaktır.

A. “Kaybeden Öder” Modelini Açıklayan Teoriler

Literatürde, “Kaybeden Öder” modeli bakımından, basite irca edildiğinde, kategorik olarak başlıca üç teori veya gerekçeden bahsedilmektedir⁷⁹:

⁷⁷ Hukuki sebep mesnet kural itibarıyla belirlenebileceği gibi hukuki nitelik de kanımızca mesnet kuralın ihdas ve yürürlük sebebinden çıkarılabilir. Bununla kastettiğimiz kuralın ihdasında kanunkoyucunun dikkate aldığı ve zamanla değişebilecek olan korunan yararın kanunun yürürlüğü süresince bu kuralın mevzuatta muhafazası bakımından arkasındaki kamu iradesine ve daimi rızaya göre halen geçerli görülen güncel halidir. Bu hususta bkz. S. Ş. **Ansay**, Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. Baskı, Ankara 1958, s. 99.

⁷⁸ HUMK dönemi ilgili literatürümüz hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 979, 980.

⁷⁹ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 65-67 (Yazar, ABD Hukuku’nda Rowe’un genel kuralın istisnaları bakımından muhtemel gerekçeler olarak belirttiği saiklerin -biri [kamu yararı] dışında- Avrupa’da da kabul edildiğini söylüyor ve 1500 yıllık yetişkin bir kurum olarak nitelediği ve “Fee Shifting” veya “European Rules” terimleriyle ifade ettiği söz konusu model bakımından yukarıda belirttiğimiz teoriler üzerinde duruyor). Söz konusu teoriler: i) cezalandırma teorisi, ii) tazminat teorisi, iii) kötüniyetli ve gayriciddi iddia-talep ve savunmaların caydırılması, şeklinde de ifade edilmektedir; bkz. **Gotanda**, p. 5. A.B.D’deki genel kuralın (“Amerikan Rule”) istisnasını teşkil eden ve pek çok eyalet düzenlemelerinde yer alan tahmil kuralının gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. T. D. **Rowe**, “The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview (‘Fee Shifting’)”, Duke Law Journal [1982], pp. 651-680, p. 653-666 (Yazar, belirtilen istisnai düzenlemeleri bakımından: i-fairness and indemnity/doğruluk ve telafi, ii-compensation for legal injury/hukuki zararın tazmini, iii-punitive fee shifting/cezalandırma, iv-private

i) Tazmin sorumluluğu, ii) Cezalandırma ve caydırma, iii) Pozitivist yaklaşım. Bir görüşe göre, kaybeden öder kuralının ihdasında, tarihsel olarak, mahkeme usullerinin haksız ve aşırı kullanımının cezalandırılması asli bir saik iken; daha sonra, tazmin sorumluluğu esasları yargılamanın tarafları arasındaki usuli ilişkiye aktarılmıştır⁸⁰. Sonraki bu yaklaşımın (tazmin sorumluluğu) milenyum öncesinden bu yana mukayeseli hukukta kabul gördüğü belirtilmektedir⁸¹. Bunun yanı sıra, bazı Kanunlar bakımından, sözkonusu modele ilişkin kuralın ihdasında, usul ekonomisi-işbirliği-davada iyiniyet gibi, adalet sistemine ilişkin objektif sebeplerin temini amacı da dikkate alınmıştır⁸².

Cezalandırma-caydırma teorisi, tarafların, ihmalden öte bir fütursuzlukla dermeyan ettiği surette redde mahkum bulunan bir iddia-talep veya savunmayla mahkemeye geldiği için, suçlanabilmesi temelinde masraf tahmilini hakettiğini kabul etmektedir⁸³. Neticeten, bu teori temelde tarafların yargılama öncesi davranışları üzerinde odaklanmaktadır. Bu açıdan, takibat başlatma kararı veya talebe direnme, dostane çözüm için işbirliği yapmama gibi uyumsuzluk taraflarına atfı kabil sübjektif konulardaki olumsuz tutumlar caydırılmak üzere cezalandırma sebebi olarak görülmüştür⁸⁴. Cezalandırma-caydırma teorisi hukuki sebebin kusursuz sorumluluğa dayalı olduğu davalar bakımından adil olup caydırma fikrinin de diğer bir meşrulaştırıcı gerekçe olarak kabul edilebileceği; ancak, iyiniyetli “masum” taraflar üzerindeki etkiler bakımından adilliğinin sorunlu olduğu; yönünde eleştirilmektedir⁸⁵.

attorney general theory/özel hukuk savcılığı-kamu yararı, v-affecting relative strengths of parties/tarafların güçlerinin dengelenmesi-yargılamanın kontrolü, vi-economic incentives generally/genel ekonomik saikler, şeklinde belirlediği altı gerekçeyi üç temel argüman [equity/hakkaniyet; litigant incentives/taf saikleri; externalities/dışsal Saikler] etrafında toplamaktadır [p. 652]).

⁸⁰ **Pfennigstorf**, p. 66; **Gotanda**, p. 5.

⁸¹ Bkz. **Gotanda**, p. 5, 6-fn. 16. İtalyan, Fransız ve Alman Kanunlarında bu yaklaşımın hakim olduğu yönünde bkz. **Pfennigstorf**, p. 67- fn. 179-181.

⁸² **Pfennigstorf**, p. 66.

⁸³ **Pfennigstorf**, p. 67; **Gotanda**, p. 5.

⁸⁴ **Endemann**, p. 505-506 (**Pfennigstorf**, p. 66, fn. 176’ dan naklen); **Gotanda**, p. 6-fn. 18, 19.

⁸⁵ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 67.

Tazminat teorisine göre, mahkemelik olan taraflar hukuken hakkı olan bir surette ve karşı taraftan herhangi bir varlık değeri unsuru elde etmesinin veya buna karşı koymanın meşruiyeti dairesinde, hakkının tahakkuku için, herhangi bir masraf zararına uğramamalıdır⁸⁶. Bu teorinin, ona irca edilemeyecek olmakla birlikte düzeltici adalet kavramıyla ilişkilendirilmesi mümkündür. Nitekim, sözkonusu teori “tam değer” (“full value” - “net-of-cost”) terimiyle açıklanmaktadır. Bu açıdan, prosedür-süreç maliyeti nedeniyle, meşru görülemeyecek olan bir uyumsuzluk yüzünden mahkemeye başvurmaya zorlanan bir davacının noksansız elde etmeye yetkili olduğu hakkından azının eline geçmesine kayıtsız kalınmaması; haklı olmayan bir talep ileri süren bir kişiye karşı kendisini başarılı bir şekilde savunan bir davalının da herhangi bir finansal kayba uğratılmaması; düşüncesi hakimdir⁸⁷. Bu teori de, tarafların iynetlerine rağmen, haklılığı karşılıklı olarak ileri sürülebilir olan sınırdaki durumlar bakımından ikna edici gücünün zayıf olduğu; şeklinde eleştirilmiştir⁸⁸.

Pozitivist teori kategorisindeki gerekçeler bakımından ise, karşı tarafa masraf tahmininin, mahkemelere erişimin planlanmasının sonucu; yargılama taraflarının içinde yer aldıkları usuli ilişkiden doğan yükümlülük; işin mahiyetinin gereği veya usul sistemi ya da kökü asırlara dayanan uygulama icabı; olduğu, şeklindeki açıklamalarla yetinilmekte olup böyle olmasının tabii olduğu belirtilmektedir⁸⁹.

Yakın zaman önce yapılan bir araştırmanın bulguları, “kaybeden öder” modeli kapsamındaki genel tahmil kuralının pek çok hukuk sisteminde ilke bazında doğru görüldüğünü; masraf tutarı ile dava riski ve sonucun öngörülebilirliğine bağlı olarak etkinin büyüklüğü değişse de, sözkonusu kuralın yargılama öncesinde ve sırasında sulhü teşvik ettiği yönünde bazı delillerin mevcut olduğunu tesbit etmektedir⁹⁰.

⁸⁶ Gotanda, p. 6- fn. 17.

⁸⁷ Pfennigstorf, p. 66; Gotanda, p. 6.

⁸⁸ Bkz. Pfennigstorf, p. 67.

⁸⁹ Bkz. Pfennigstorf, p. 67, 68 (Yazar bu hususta Baumbach-Lauterbach, Klein ve Endeman’a atıfta bulunuyor; fn. 183-186).

⁹⁰ Bkz. Hodges/Vogenauer/Tulbacka, p. 39-para. 156.

B. Hukukumuzdaki Tahmil Kuralının İhdas ve Meriyet Sebebi

Hukukumuzda da kabul edildiğini belirttiğimiz tahmil / “kaybeden öder” kuralının benimsenmesinde, yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan “kaybeden öder” modeline ilişkin muhtemel gerekçe veya teorilerden acaba hangisi etkili olmuş olabilir? Bu açıdan Hukukumuzdaki genel kuralın ihdas ve meriyet sebebi incelenmek gerekir.

Aşağıda bu husus irdelenecek olup mukayeseli hukukta sözkonusu modeli gerekçelendiren sözkonusu görüşleri: i) tazmin teorisi, ii) yaptırım teorisi, iii) sistem icabı teorisi, şeklinde ifade edeceğiz.

1. Tazmin Teorisi Açısından İrdeleme

Doktrinde, POSTACIOĞLU yargılama masraflarının “kaybeden” tarafa tahmilinin, ‘kazanan tarafın mümkün mertebe munzam bir külfete katlanmadan hakkına kavuşmasını temin’ düşüncesiyle izah edilebileceğini belirtmiştir⁹¹. Bu fikir, HMK yargılama masrafı tahmiline ilişkin genel kuralın (m. 326) kanunlaştırma çalışmaları kapsamındaki komisyon müzakereleri sırasında, bu kanun tasarısı taslağını hazırlayan bilim komisyonu başkanı PEKCANITEZ tarafından ‘yargılama sonunda haksız çıkan tarafın diğer tarafın bu yargılama nedeniyle sarfettiği tüm masrafları ödemesi gerektiği’ şeklinde ifade edilmiş⁹²; yargılama masrafı meyanında avukatlık ücreti tahmiline ilişkin olarak sözkonusu yaklaşım yine aynı yazar ve bilim komisyonu üyesi ÖZEKES tarafından da (yargılama nedeniyle) verilen zararın tazmini sebebine isnad ettirilmiştir⁹³. Yargıtay da aşağıda irdeleneceğimiz eski tarihli bir İBK da karşı tarafa ücret tahmilinin haksız fiil hukuki sebebine dayalı olduğunu belirttikten sonra, nisbeten yeni tarihli emsal nitelikli bir HGK kararında karşı tarafa yargılama masrafı tahmilini, biraz farklı olarak, “diğer tarafın gider yapmasına haksız olarak sebebiyet verme”

⁹¹ İ. E. Postacioğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 672.

⁹² TBMM, HMKT, Adalet Komisyonu Müzakereleri, Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Kayıtları (s. 14.30, ss. 7/7), s. 5/7.

⁹³ TBMM Tutanak Müdürlüğü, Sıra Sayılı “HMKT” Adalet Komisyonu Müzakereleri, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Kayıtları (s. 15.30, ss. 6/6), s. 1, 2/7.

saikiyle açıklamıştır⁹⁴. UMAR bu Yarg. İBK'nı da eleştirip burada istisnai bir kusursuz sorumluluk halinin kabul edildiğini ileri sürmüştür⁹⁵. KARSLI da, Hukukumuzda mesnet tahmil kuralını ihtiva eden Kanun gerekçesi doğrultusunda⁹⁶, tahminin yargılamada haklı çıkmanın tabii bir sonucu olduğunu belirtmektedir⁹⁷.

Belirtmek gerekir ki, genel kuralı destekleyen kurallar arasında sayılabilecek olan Av.K m. 169 madde başlığındaki ve HMK m. 332/2 hükmü düzenlemesindeki (HUMK dönemi itibarıyla m. 416 hükmündeki) "tahmil" kelimesi, Hukukumuzdaki masraf-ücret tahmiline ilişkin genel kuralın (HMK, m. 326) ihdas amacı bakımından, sebep olduğu avukatlık ücretinin karşı tarafa tazmin ettirilmesi yaklaşımının benimsenmiş olabileceğini düşündürmektedir.

Yargılama masrafları arasında yer bulan avukatlık ücretinin ortaya çıkması öncelikle o yargılamada yer alan tarafın kendisini bir avukatla temsil ettirmesine bağlıdır (HMK, m. 323/ğ). Bu açıdan, o, müvekkile verilen avukatlık hizmeti nedeniyle gündeme gelmekte⁹⁸ olup ortada bir avukatlık sözleşmesi mevcuttur. Avukatlık sözleşmesi ücretsiz de akdolanabilmekle birlikte bu istisnaidir. Sözkonusu sözleşme ilişkisinin kurulması bakımından asıl sebep mahkeme usulünü kullanmaya duyulan ihtiyaç olsa da, prosedüre bizzat müracaat halinde, tabiatıyla karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili sözkonusu değildir. Buna göre, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili bakımından belirleyici olan şey tarafın bir avukatla o yargılamaya yönelik temsil ve savunma hizmeti verilmesini konu edinen avukatlık sözleşmesi akdetmiş

⁹⁴ Yarg. HGK, 18.11.2009, E.18-421, K.526 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay önceki tarihli bir HGK kararında da, "bir dava sırasında haksız davranışta bulunan her kimsenin haksız davranışlarının bütün sonuçlarından, bunları önceden bilmesi mümkün olsun veya olmasın, sorumlu tutulması(nın) hukukun genel kurallarından" olduğunu içtihat etmiştir; bkz. 01.05.2002, E.2002/4-277, K.2002/344 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁵ B. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 910.

⁹⁶ Bkz. HMKT, Madde (330) Gerekçesi (Budak, s. 294).

⁹⁷ Karşı, s. 743.

⁹⁸ Danıştay, 4.D, 27.02.2009, E.K. 2009/2465-1048 (İ. H. Duman, <<http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx?id=600&avukatıngünceli>> (ET:30.08.2014)).

olmasıdır. Tarafın adli yardım kurumu yoluyla temsil olunması halinde de üçüncü kişi yararına akdolunan avukatlık sözleşmesi mevcut olup⁹⁹ durum esasen farklı değildir. Başka bir ifadeyle karşı tarafa avukatlık ücreti tahmininin önşartı ortada bir avukatlık sözleşmesi mevcudiyetidir. Dolayısıyla, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili bakımından altta yatan sebebin lehine karar verilen tarafın avukatlık masrafı sarfetmek zorunda bırakılması olduğu ileri sürülebilir. Buna göre, sözkonusu kuralın sebebi tazmin ettirme saikidir; fakat, burada, acaba hangi sorumluluk türü caridir?

Sözkonusu “zararın” yargılama sırasında cereyan etmesi karşısında, bunun taraflar arasında yargılama öncesindeki hukuki ilişkiye bağlanamayacağı belirgindir¹⁰⁰. Kaldı ki, bazı menfi tesbit davalarında olduğu gibi, taraflar arasında yargılama öncesinde herhangi bir maddi hukuk ilişkisi de bulunmayabilir. Yargılama ilişkisi usuli olup maddi hukuka ilişkin olmakla akit içi bir sorumluluk halinden de bahsedilemeyeceğine göre, burada ancak akit dışı bir sorumluluk ilişkisinin sözkonusu edilebileceği açıktır. Fakat, sözkonusu akitdışı sorumluluk ilişkisi bunun hangi nevine isnat ettirilebilir?

Belirtilen bakımdan, Yargıtay yukarıda belirtilen İBK’da sözkonusu tazmin gereğinin haksız fiil sorumluluğundan neşet ettiğini ileri sürmüştü¹⁰¹ de, bu tür sorumluluk bakımından özellikle ‘kusur’ ve ‘hukuka aykırılık’ unsurlarının (TBK, m. 49/I) tahakkuk etmesi zordur. Zira, davacı ve davalı olmak anayasal bir hak olup Anayasamızda herkesin meşru yollardan davalı ve davacı olabileceği tasrih olunmuştur (TCAY, m. 36). Dolayısıyla, mahkemede iddia/talep veya savunma dermeyanı kural olarak hukuka aykırılık arzemediği gibi; davayı kaybeden kişi kural olarak kusurlu sayılmaz¹⁰². Bu açıdan, Kanunda aleyhine karar verilenin iddia savunma hakkını suistimali hali zaten ayrıca düzenlenmiştir (HMK, m. 329, 327/2). Dolayısıyla, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafı meyanında avukatlık ücreti tahmilini haksız fiil hukuki sebebine dayandırmaya imkan yoktur.

⁹⁹ Çelikoğlu, s. 89, dn. 282 ve s. 100, dn. 333.

¹⁰⁰ Krş. Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (B. N. Kurdoğlu, Karşı Vekalet Ücreti İçtihadı Birleştirme Kararlarının İncelenmesi, Ankara 2013, s. 129).

¹⁰¹ Bu yönde bkz. Yarg. İBK, 13.04.1949, E. 1949/1, K.1949/6 (Kurdoğlu, s. 92-97).

¹⁰² Postacıoğlu, s. 662.

Esasen, Yargıtay'ın nisbeten yakın tarihli HGK kararının da, belirgin olmakla birlikte sözkonusu İBK paralelinde olmadığı belirtilebilir.

Sözkonusu akitdışı tazmin sorumluluğunun UMAR'ın ileri sürdüğü gibi kusur ve hukuka aykırılık şartı ihtiva etmeyen 'sebeplilik' olması muhtemeldir. Sorumluluk hukukunda, sebebiyet sorumluluğu illiyet bağının mevcudiyeti halinde hukuka uygun sayılan fiillerden sorumluluğu da kapsayacak şekilde geniş içeriğe sahip olan bir kusursuz sorumluluk kategorisidir¹⁰³. Ancak, sarfedenin mutlak nitelikli bir hakkı ihlal edilmiş veya zarar verme kasdıyla husule getirilmiş değilse, failin hukuka uygun bir müdahalesi sırasında fiile maruz kalanın masrafları yansıma zararı teşkil etmekte; dolaylı zarar kabilinden olan yansıma zararının ancak tazmin yükümü içeren açık bir kanuni dayanak mevcudiyeti halinde istenebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluğun sadece doğrudan zararlarla sınırlı olmayıp dolaylı zararları da kapsayacağı savunulmuştur¹⁰⁵.

Kusursuz sorumluluğun dayanaklarından birisi de hakkaniyet mülahasasıdır. Buna göre, bir zarara kusuru olmaksızın sebep olan kimse hakkaniyet gerektiriyorsa bu zararı tazmin etmesi veya paylaşması ondan beklenebilir¹⁰⁶. Yargılamada lehine karar verilen tarafın hakkına ulaşmak için sarfettiği masraflar nedeniyle ancak dava yoluyla elde edebildiği hakkına noksan gelmesine katlanmak zorunda kalması adil olmayacaktır. Aleyhine karar verilmesiyle sabit kabul edilmesi gerektiği üzere, madem ki haksız çıkmıştır; öyleyse, kararlarla teyid olunan hukuki ilişkideki haklılık durumu muvacehesinde malvarlığına yargılama masraflarıyla hanelerinden getirilmemelidir. Dolayısıyla, hakkaniyet mülahasası "kaybeden" tarafın "kazanana" sarfettiği yargılama masraflarını üstlenmesini gerektirir.

Diğer taraftan, karşı tarafa ücret ve sair masraf tahmininde tazmin görüşünün aleyhine bazı özellikler de mevcuttur. Yargılama masraflarına

¹⁰³ H. **Hatemi**, Söleşmedışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 71.

¹⁰⁴ **Hatemi**, s. 48.

¹⁰⁵ H. **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan Söleşmedışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 16 (Yazar haksız ihiyati tedbir tazminatına ilişkin İİK m.259 hükmünü örnek göstermiştir).

¹⁰⁶ **Tandoğan**, s. 5.

mahkemece re'sen hükmolunması nedeniyle bu meblağ bakımından talep şartı aranmamakta olup sözkonusu avukatlık ücretinin de re'sen takdir olunması esası benimsenmiştir; öyle ki, hataen avukatlık ücretine hükmolunmayıp kararın bu şekliyle kesinleşmesi halinde ayrı dava ikamesiyle hüküm altına alınmasına da cevaz yoktur (HMK, m. 332/1)¹⁰⁷. Buna göre, tazminat sorumluluğu bakımından, yargılamada re'sen tahakkuk yönündeki kuralın tasarruf ilkesi gereklerine(HMK, m. 24) aykırılığı izaha muhtaç kalmaktadır.

2. Yaptırım Teorisi Açısından İrdeleme

HMK m. 327/1 hükmünde yargılamada dürüstlük kuralına aykırı usuli işlem tesisi halinde ihlalkar tarafın yargı harcı haricindeki yargılama masraflarına mahkum edilmesi kabul edilmiştir. Bu kuralının hukuki nitelikçe yaptırım olduğu belirtilebilir. Zira, kanunkoyucu, tarafın yargılama sırasındaki davranışları üzerinde durmakta olup burada doğru bir karar verilmesi için sağlanması gereken yargılama disiplininin korunması amacı güdülmektedir¹⁰⁸.

Aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahmininde ise, aleyhine karar verilmekle haksız olduğu varsayılabilir tarafın yargılama öncesi tutumu tahmil sebebidir. Aleyhine karar verildiğine göre, artık yargılamanın başında aldığı konumun kural olarak haksız olduğu varsayılmakta ve bundaki ısrarıyla yargılamaya ve dolayısıyla masrafa sebebiyet vermiş olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, o da sözkonusu haksız ısrarıyla hukuk sisteminin düzenine olumsuz etkide bulunmuş; haklı iddia/talep veya savunmaya haksız olarak karşı koyup diğer tarafın haklılığının tesbitini geciktirerek onun ve kamunun menfaatini haleldar etmiştir. Nitekim, ikame olunan haklı bir iddia/talebe karşı haksız olabilecek bir savunma dermeyanı bakımından, dava ikamesine sebebiyet vermemiş olarak yargılamanın ilk duruşmasında davalı tarafın bunda ısrar etmeyip

¹⁰⁷ Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (Kurdoğlu, s. 129). Sözkonusu yaklaşım Roma Hukuku'nda da mevcuttur; bkz. Pfennigstorf, p. 42.

¹⁰⁸ M. Özkes, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmülecek Vekalet Ücreti", MİHDER, Y. 2005, S. 1, ss. 29-49, s. 33.

¹⁰⁹ Bkz. yukarıda, II. A. 2.

talebi kabul etmesi halinde, o, yargılama masrafı ödemeye mahkum edilme-yecektir (HMK, m. 312/2). Bu açıdan bakıldığında, aleyhine karar verilen tarafın sözkonusu davranışının bir hukuki yaptırım (medeni ceza) “hakkettiği” düşünülebilir.

Hukukumuzda, ücret tahminine benzer bir düzenleme olarak icra hukukundaki yersiz takip ve “haksız” itiraz tazminatı müessesesi açısından hukuki niteliğin yaptırım olduğu belirgindir¹¹⁰. Burada, her ne kadar adında tazminat ibaresi geçmekte ise de, ilgili prosedürlerde aleyhine karar verilen tarafın karşısında yer alan alacaklı veya borçlunun yararına sözkonusu “tazminata” karar verilirken, herhangi bir zararın bahis konusu edilmediği (İİK, m. 67/II, 68/VII, 68a/VIII), dikkate alındığında, bu müessesenin hukuki niteliğinin yaptırım olduğu belirtilebilir. Tabiatıyla, bu müessese bakımından haklı çıkan tarafın avukatla temsil edilmiş olması şartı sözkonusu olmayıp yargılamanın neticesinde karşı tarafın aleyhine karar verilmiş olması yeterlidir. Bu müesseseye yer verilmesi bakımından, tarafların yersiz alacak takibi veya “haksız” borç inkarı halinde cezalandırılarak böylece başkalarının takip usullerinin kötü niyetli veya takibe karşı korunma usullerini “haksız” kullanmasının caydırılması suretiyle, geniş anlamda usul ekonomisi temini ve tarafların sulhe teşviki düşüncesi mevcuttur¹¹¹. Sözkonusu saikler yargılama aleyhine karar verilen karşı tarafa masraf- ücret tahmili bakımından nisbeten de olsa sözkonusu edilebilir.

Belirtilen bakımdan, inceleme konusu tahmil kuralımızın haksız iddia-savunma dermeyanını önlemek ve böylece tarafların usulün “haksız” kullanımını caydırmak saikiyle medeni bir ceza olarak benimsenmiş olabileceği akla gelebilir. Bu açıdan, Av.K değişik m. 164/V hükmünde tahmilli ücretin lehine karar verilen tarafı temsil etmiş olan avukata ait olacağı belirtilmekle, tahmilli ücretin tarafın tazmin hakkına bağlı olmayabileceği de düşünülebilir. Bununla birlikte, Hukukumuzda tahmil kuralının uygulanmasında -bazı

¹¹⁰ İ. E. **Postacıoğlu**, “İcrada İnkaz Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, Makaleler ve Karar İncelemeleri (Ed. A. Yeşilirmak), İstanbul 2011, ss. 471-488, s. 471, 472 (“İnkaz Tazminatı”); S. **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, s. 109.

¹¹¹ **Postacıoğlu**, “İnkaz Tazminatı”, s. 472; B. **Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2011, s. 170.

“dava”lar dışında¹¹²- aleyhe karar verme sebebine göre bir ayırım yapılmaksızın, kural olarak aleyhe karar verilen her durumda lehine karar verilmiş olan taraf yararına karşı tarafa avukatlık ücreti tahmil olunmaktadır¹¹³. Medeni ceza/hukuki yaptırım tatbikinde yükümlülük niteliğindeki bir usuli kuralın ihlal edilmiş olması gerekir¹¹⁴. Tahmile maruz kalan tarafın davayı kaybetmesi hali maddi hukuk kuralı ihlaline veya en fazla külfet nitelikli bir usuli kural ihlaline işaret edebilir. Av.K (4667 Sy. K, m. 77) değişik m. 164 hükmü yasalama sürecindeki teşrii metinlerde herhangi bir gerekçe açıklanmamakla tahmilli ücreti taraf-müvekkil malvarlığı unsuru arasında kabul eden önceki haline ilişkin ihdas sebebinin geçerli görülmesi muhtemel olduğu gibi, kanun metninde tahmilli ücretin müvekkilin malvarlığı unsuru olmaktan çıkarıldığını gösteren bir içerik yokluğu da dikkate alındığında, bunun bir usul kuralı olmadığı¹¹⁵ sonucuna ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla, tahmil kuralının cezalandırma -caydırma gerekçesine dayandırılması da zordur.

3. “ Sistem İcabi” Teorisi Açısından İrdeleme

Karşı tarafa ücret tahmilini açıklayan teoriler arasında yukarıda belirttiğimiz pozitivist yaklaşım bakımından, kanunkoyucunun usul sistemi tercihinin sonucu olarak bu kuralın kabul edildiği; bunun sözkonusu modelin verimli işleyebilmesi için sistemin yapısal bir unsuru olarak tasarlanmış

¹¹² Örnekler ve emsal içtihatlar hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 853-855. Örneğin özellik arzeden ortaklığın giderilmesi “davası”nda yargılama konusu olan uyumsuz ortak malın aynı üzerinde değil ortaklığın sona erdirilmesi isteği hususundadır. Bununla birlikte, davacının ortaklığın sona erdirilmesi isteğini kabul etmeyip davaya sebebiyet vermesine rağmen -çift taraflı dava niteliğinde olduğu gerekçesiyle- davanın kabulü halinde, davacının yanısıra, yargılamada kendisini avukatla temsil ettirmiş olan davalı yararına da avukatlık ücretine hükümlenmektedir; emsal Kararlar için bkz. Z. **Yılmaz**, Hukukta Yargılama Giderleriyle Harç ve Vekalet Ücreti, Ankara 2000, s. 203.

¹¹³ Alman ve Avusturya Medeni Usul Kanunlarında da [öszPO, § 41(1); dZPO, § 91 (1)], aynı şekilde katı bir tahmil kuralı benimsenmiştir; bkz. **Pfennigsdorf**, p. 47.

¹¹⁴ Bkz. M. R. **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1956, s. 151-153.

¹¹⁵ Bkz. HMKT, m. 334 Gerekçesi, para. 3 (**Budak**, s. 297). Bu hususa aşağıda (Başlık IV) tekrar dönülecektir.

olduğu; yönündeki açıklamalar itibarıyla sistem ve hal icabı şeklinde belirtebileceğimiz pozitivist teori açısından söylenebilecek fazla bir şey yoktur.

Roma Hukuku orijinli “Kaybeden Öder” modeli, onun devamı sayılan, Kıta Avrupası hukuk ve usul sisteminin yargılama ve avukatlık ücret masrafi dağıtım-denkleştirme çözümüdür¹¹⁶.

Hukukumuzda, hukuk düzeninin çağdaştırılması zımında Mecelle’den sonraki reformlar sırasında gerek maddi hukuk ve gerek de şekli hukuk itibarıyla Kıta Avrupası sistemi benimsenmiştir¹¹⁷. Bu meyanda, şekli hukukun temel kodifikasyonları kapsamında o sistemin taşıyıcı ülkelerinin ilgili kanunlarından iktibasen sözkonusu tahmil kuralları Hukukumuzda girmiş (HUMK, m. 423/I-6, 417/I; 3499 Sy. EAv.K, m. 131/I-1.c.)¹¹⁸; Önceki Hukukumuz’un etkilerinden de azade olmaksızın zaman içinde oluşan medeni usul muktesebatı çerçevesinde, sözkonusu genel kural muhafaza edilmiştir (1136 Sy.Av.K, m. 169; HMK, m. 323/ğ, h, 326/1).

Sistematik iktibas çerçevesinde, kuralın ihdas sebebi bakımından bilinçli bir tercihten bahsedilemez. Bu açıdan, sözkonusu kuralın başlangıçta usul sistemi icabı kabul edildiği ileri sürülebilirse de; sonraki muhafazası bakımından, kuralın yürürlüğü itibarıyla, varsayılmak gereken milletin daimi rızasının altında yatan saikin pozitivist görüşle tam olarak açıklanamayacağı kabul etmek gerekir. Belirtilen bakımdan, sözkonusu tahmil kuralının, aşırı talep ve karşı talep veya savunma dermeyeranlarını önleyerek sistemin işlerliğinin teminini hedefleyen, yapısal unsur olarak kabul edilmiş olması da tali bir saik teşkil edebilir.

4. Hukukumuzdaki Tahmil Kuralının Kusursuz Sorumluluklu Tazmin Gereğiyle Kabul Edilmiş Olması

Yukarıdaki mülahaza ve açıklamalar göstermektedir ki; yargılamada aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık

¹¹⁶ Bkz. yukarıda II. A. 1. b.

¹¹⁷ Bkz. Çelikoğlu, s. 112 ve dn. 4’de belirtilen yazarlar; hukuk gelenekleri ve usul-yargılama sistemleri hakkında ayrıca bkz. age, s. 113-140.

¹¹⁸ TBMM, HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri (M. Özkes), TBMM Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Zabıtları (saat :15.30), ss. 6/6, s. 1/6.

ücreti tahmili, lehine karar verilenin avukat tutmak zorunda bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, Hukukumuzdaki sözkonusu tahmil kuralı (HMK, m. 326), lehine karar verilen tarafın ona verilen avukatlık hizmeti edimine karşı ‘ücret ödeme borcunun ifasını kolaylaştırma’ ve hatta bu sebeple onun ‘malvarlığında meydana gelecek azalmayı telafi etme’ saikiyle kabul edilmiştir¹¹⁹.

Yargılama masrafları içinde aslanpayını teşkil eden avukatlık ücreti tahmili yoluyla aşırı talep veya savunma dermeyanlarını caydırarak tarafların erdemine katkıda bulunmanın yanısıra, hatta belki ondan ziyade, haklılığı zayıf ya da didişme temayüllü iddia-talep ve savunma sahibi tarafların sulhe teşvikiyle, kıt adli kaynakların onu daha fazla hakedecek olanlara teksifi de kanunkoyucunun gözettiği bir diğer amaç olabilir. Nitekim, mukayeseli hukukta, yargılamada tarafa masraf tahmiline ilişkin bir kuralın benimsenmesinde tek bir gerekçeye dayanılmasının şart olmadığı; sözkonusu tahmil kuralını destekleyen farklı saiklerin bir arada bulunabileceği ileri sürülmüştür¹²⁰. Belirtilen bakımdan, Hukukumuzda da, kanunkoyucunun karşı avukatlık ücreti tahmil kuralını hem bir tazmin sorumluluğunun yerine getirilmesi ve hem de tarafların “terbiyesi” veya mahkemeye erişim planlaması saikiyle ihdas ettiği de ileri sürülebilirdi. Fakat, bu yön daha ziyade kuralın sebebi değil ondan hasıl olacak yan bir çıktı olarak gözetilmiş gibidir.

Diğer taraftan, kanunda tahmil edilecek avukatlık ücretinin taraf ve avukatı arasında kararlaştırılan tutar üzerinden belirlenmeyip tarifedeki tutarla üzerinden sınırlandırılması ilk bakışta tazminat hukuki sebebine

¹¹⁹ Nitekim, bu husus Hukukumuzdaki ilk avukatlık kanunu olan 1876 tarihli “Dava Vekilleri Nizamnamesi”nde “dava sahibi(nin) davanın rüyeti için tayin etmiş olduğu vekilin tarife mucibince lazımgelen ücretini mahkumünaleyhten talebe hakkı olduğu”nu tasrih eden m.21 hükmüne yer verilmiş olmasından da anlaşılmaktadır; bkz. TBB, Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler İstanbul 1972, C. I, s. 7 (TBB, “Metinler”, C. I-II). Nizami mahkemeler döneminden itibaren ilk usul kanunumuz olan 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu yargılama masrafi düzenlemesi mevcudiyeti tesbit olunamamaktadır (Bkz. B. **Apaydın**, “1296/1879 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu”, KHD, Y. 2005, S. 34-35, ss. 114-131). Bu tesbit doğru ise, HUMK meriyetine dek yargılama masrafları bakımından sözkonusu Nizamname düzenlemesi tatbik edilmiş olsa gerektir.

¹²⁰ Bkz. **Rowe**, “Fee Shifting”, p. 678.

aykırı görünebilirse de; öyle değildir. Zira, zarar gören kişi zararı artırmakla yükümlüdür (TBK, m. 52/I hükmüne kıyasen). Dolayısıyla, standart avukatlık hizmetinin temin edilebileceği bir ücreti aşan masrafın tazmini haklı görülemez. Avukatlık devlet garantili mesleklerdendir¹²¹. Bu açıdan, ruhsatlı herhangi bir avukatın standart hizmet verebileceğinin kabulü gerekir. Avukatlık asgari ücret tarifesi meslek düzeni ve hizmet kalitesinin muhafazası için kamusal olarak belirlenmektedir (Av.K, m. 168)¹²².

Neticeten, masraf zararının objektif olarak belirlenmesi ve hakime olağanüstü haller için bir takdir yetkisi de verilmiş olması (Av.K, m. 169) karşısında, sözkonusu durum diğer sorumluluk hallerinde de uygulanan tazminat esaslarına aykırı değildir.

Tazminat sorumluluğu saiki bakımından sözkonusu tahmil kuralının kusur sorumluluğuna dayanmadığı Kanunda bu halin ayrıca düzenlemiş olmasından çıkarsanabilir. Kaldı ki, usulden red halinde de öyle olduğu gibi¹²³, esastan verilen hükümler bakımından gerek fiili meseleye ilişkin ispat külfetinin yerine getirilmemiş olmasına istinaden red ya da kabul hallerinde - re'sen araştırmaya tabi olanlar da dahil olarak- ve gerek de hukuki meselenin kuşkulu olması nedeniyle red halinde, herhangi bir ayırım yapılmaksızın aleyhine karar verilen tarafa kural olarak avukatlık ücreti tahmil olunmaktadır¹²⁴. Gerek fiili mesele ve gerek hukuki mesele bakımından haklılığın baştan öngörülemeyeceği surette, tarafın kusursuzluğuna delalet edebilecek olan bu hallerde dahi kuralın tatbik edildiği¹²⁵ dikkate alındı-

¹²¹ **Sungurtekin Özkan**, s. 50, 219.

¹²² **Aday**, s. 16.

¹²³ Bu hale ilişkin istisnalar için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 855-857.

¹²⁴ Re'sen araştırmaya tabi davalarda tahmili hakim takdirine bırakan kanunlar [ösZPO, § 45a(1);dZPO, § 93a] vardır; bkz. **Pfennigstorf**, p. 53-fn. 103; hukuki meselenin kuşkulu olması hali de Nordik (Kuzey Avrupa) ülkeler Kanunlarında tahmil kuralına istisna teşkil etmekte ve tarafların kendi masraflarına katlanmalarına karar verilmektedir; bkz. age, p. 50 dn. 75. Fransız, İtalyan ve bazı İsviçre kanton Kanunlarında hakime genel şekilde "iyi bir sebep" mevcudiyeti halinde tahmil kuralını uygulamama yetkisi verildiği yönünde ayrıca bkz. age. p. 48

¹²⁵ Yargıtay HUMK döneminde verdiği ve bugün de geçerli olduğunu belirtebileceğimiz emsal nitelikli bir kararında, esastan verilen kararlar bakımından tahmil kuralının uygulanmayacağı halleri tahdidi şekilde saymış olup yukarıda belirtilen haller kuralın

ğında, sözkonusu tazminin kusursuz sorumluluk türüne ilişkin olduğu belirgindir.

Belirtilen bakımdan, kural olarak kusursuz sorumluluk esasları hakkında da aranabilecek olan hukuku aykırılık unsurunun tahakkuk etmesi şartı mutlak değildir. Dolayısıyla, davacı veya davalı olmanın iddia-savunma hakkı gibi usuli-yargısal bir temel hakkın kullanılmasının gereği olması karşısında, ortada kanunen yasaklanmış bir fiilin husule getirilmiş olmaması ve tarafın iddia-talep veya savunma dermeyanının hukuka uygun bir müdahale teşkil etmesi burada bir engel teşkil etmeyecektir. Nitekim, Hukukumuzda, benzer bir hali tanımlayan haksız ihtiyati haciz tazminatı bakımından da kusursuz sorumluluk nevi caridir¹²⁶. Keza, burada, lehine karar verilmiş olan tarafın yükümlüsü olduğu yargılama masraflarının tazmini gereken zarar teşkil edip etmediği de bir handicap teşkil etmez. Zira, bu sorumluluk türünde, dolaylı zararlar meyanında yansıma zararlarının da tazminine cevaz verilmektedir¹²⁷. Diğer taraftan, yine bu sorumluluk türünde de aranan illiyet bağı bakımından ise, bunun karine olarak mevcut olduğunu kabul etmek mümkündür; zira, aleyhine karar verilen taraf, bizatihi yargılamanın başındaki konumundaki ısrarı nedeniyle lehine karar verilmiş tarafın masraflarına sebebiyet vermektedir; dolayısıyla, zarara uğrayan tarafın buna sebep olan yargılamanın cereyanı vakiasını ayrıca ortaya koyması gerekmez¹²⁸.

Şu halde, geriye tarafın tasarruf ilkesi hilafına re'sen tazmin edilmesine teorik bir gerekçe bulmak kalıyor; ki, bu da mevcut bir davada ortaya çıkan masraf zararına ilişkin kuvvetle muhtemel olan bir tazminat talebi bakımından sonraki yargılamaya kapıyı açık tutmamaya matufen, HMK, m. 332/1 hükmünü usul ekonomisi ilkesi lehine bir istisna olarak kabul etmek olabilir. Bu açıdan, kanunkoyucunun davaların tevalisini arzu etmemesinin sözkonusu istisna bakımından yeterli bir gerekçe teşkil ettiği belirtilebilir.

uygulanmasına mania teşkil etmediği tasrih edilmiş olmaktadır; bkz. Yarg. HGK, 28.01.2004, E.14-38, K.45 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁶ **Tandoğan**, s. 16; **M. Özekes**, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 395.

¹²⁷ **Hatemi**, s. 48; **Özekes**, "İhtiyati Haciz", s. 407.

¹²⁸ İlliyet bağı karinesi hakkında bkz. **Hatemi**, s. 49-54.

Neticeten, Hukukumuzda karşı avukatlık ücreti tahmininin kusursuz sorumluluk kabilinden bir tazmin sorumluluğuna dayandığı sonucuna ulaşmak mümkündür¹²⁹. Buna göre, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili taraf avukatlık ücretinden bağımsız olan ayrı bir kurum olmadığı gibi, müvekkil avukatlık ücreti ve karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti şeklinde bir ayırım da zaruri değildir.

IV. KARŞI TARAF AVUKATLIK ÜCRETİNİN TAZMİNAT NİTELİĞİNDEN DOĞAN BİR SONUÇ OLARAK TAHMİLİ TARAF YARARINA HÜKMOLUNMASI

Mahkeme usullerinin işlevi gereğince, yargılamada tesbit olunan veya tanıtılan ya da tesis olunan maddi hukuka ilişkin hak ve yükümlülükler, ilgili tarafa bahşen veya tahmilen, hüküm fıkrasında gösterilir (HMK, m. 297/2 [HUMK, m. 388/II]). Kesin hüküm ondan beklenen faydayı böylece yerine getirebilecektir. Yukarıda ortaya koyduğumuz üzere, Hukukumuzda yargılama ve avukatlık ücret masrafının tazminat niteliğinde kabul edilmesinin tabii bir sonucu olarak tazmin hakkının masrafı sarfeden tarafa ait olduğu izahtan varestedir. Kanunkoyucu, lehine karar verilen tarafın sözkonusu tazmin hakkının, davaların tevalisini önlemeye matufen ve usul ekonomisini teminen, aynı yargılamada dikkate alınması esasını kabul etmiş; üstelik, tasarruf ilkesine bir istisna oluşturup, tarafın talepte bulunmuş olmasını da aramamıştır (HMK, m. 330, 332 [HUMK, m. 426]). Dolayısıyla, yukarıda tesbit ettiğimiz üzere, maddi hukuktan doğan yargılama ve avukatlık ücreti masraflarına ilişkin hak ve yükümlülükler de onlara sahip olan tarafa muzafen hüküm altına alınacaktır.

Hukukumuzda, Av.K m. 164/V hükmünün evvelce “...*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir*” şeklindeki düzenlemeden “*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça*” kısmının çıkarılmasını ve “*Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*” cümlesinin eklenmesini mutazammın 02.05.2001 T. ve 4667 Sy. Kanunla böylece değiştirilmesi akabinde, karşı taraf avukatlık

¹²⁹ Alman İtalyan ve Fransız Kanunlarında da aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmininde tazminat hukuki sebebinin kabul edildiği yönünde bkz. **Pfennigstorf**, p. 67.

ücretinin -sözkonusu değişik düzenleme uyarınca- lehine karar verilen tarafı yargılamada temsil edip savunmuş olan avukat adına ve yararına hükmolunması gerektiği ileri sürülmüş¹³⁰ olup bu görüş bir müddet uygulama da görmüştür. Yargıtay'ın Av.K değişik m. 164/V hükmünü avukat-müvekkil arasındaki iç ilişkiye yönelik bir düzenleme olduğunu tesbiten tahmilli ücretin vekil-avukat adına ve yararına hükmolunmasını mutazammın olmadığını kabul etmesine¹³¹ rağmen, sözkonusu görüş özellikle baro çevrelerinde yakın zaman öncesine dek savunulmaktaydı¹³².

Av.K'da sözkonusu düzenleme değişikliğinden sonra kodifike edilip yürürlüğe sokulan HMK m. 330 hükmünde karşı taraf avukatlık ücretinin taraf yararına hükmolunacağı tasrih olunmasıyla, bu hükmün Av.K m. 164/V hükmünü ilga ettiği¹³³ ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, bu düzenlemenin avukat-müvekkil arasındaki ilişkiye yönelik olduğu vurgulanarak, yargılamada avukatlık ücreti tahmine Usul Kanunu gereğince taraf yararına hükmolunacağı; fakat, Av.K m. 164/V hükmü uyarınca da, lehine karar verilen tarafça tahsil edilecek avukatlık ücretinin -aksi kararlaştırılmış olmadıkça¹³⁴- vekil avukata verileceği¹³⁵; kabul edilmektedir.

¹³⁰ Bkz. AB Hukuk Kurultayı (2004), Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Müzakereleri (H. **Burcuoğlu**), Ankara 2004, s. 509.

¹³¹ Yarg. HGK, 02.07.2003, T.5-453, K.481; CGK, 22.06.2004, E. 2004/1-117, K.2004/148; Yarg. HGK, 07.04.2004, E.2004/12-213, K. 2004/215; Yarg. 4 HD, 01.02.2005, E.2004/3256, K.2005/609; Yarg. 5 HD, 17.03.2005, E.K. 2005/2657-2817; Yarg. 8 HD, 10.03.2005, E. 2004/5196, K.2005/2425(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³² TBMM, HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri ([Müzakereci {A. İYİMAYA} sözkonusu düzenlemenin hükmün tarafa muzafen verileceği düzenlemesine istisna teşkil edebileceğini beyan etmiştir]; [Diğer bir müzakereci {Y. TUNÇ} da bakiye harcın ödemesinde Hazine lehine hüküm verilmesinin kuralın istisnası bakımından emsal teşkil ettiğini beyan etmiştir]), TBMM Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Zabıtı (saat: 15.00), ss. 8/8, s. 8. Teyiden ayrıca bkz. HMKT, m. 334 hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Notu.

¹³³ **Umar**, s. 919. Tereddütü davet ettiği yönünde bkz. **Karşlı**, s. 750.

¹³⁴ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s.989; **Aydın**, s.345; **Sarisözen**, s. 98, 100, 110. HMK öncesi dönem itibarıyla aksi görüşte bkz. **Başpınar**, s. 514.

¹³⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, "Usul", s. 708; **Sungurtekin Özkan**, s. 334; **Karşlı**, s. 750; Baro çevrelerinde halen aksinin kararlaştırılmayacağı da savunulmaktadır; bkz. S. **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014, s. 367.

Av.K m. 164/V hükmünde karşı taraf vekalet ücretinin avukata aidiyeti yönündeki düzenlemeyi Hukukumuzda yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahminine ilişkin genel kural (HMK, m. 326) doğrultusunda açıklamak zarureti vardır. Zira, sözkonusu Av.K hükmü Hukukumuzda karşı tarafa ücret-masraf tahmininin hukuki sebebini ve niteliğini değiştiren bir içeriğe sahip değildir. Bu düzenleme, sistematik yorum yöntemi gereğince¹³⁶, diğer kanunlarla birlikte ve kanunda bulunduğu kısım çerçevesinde anlamlandırılmalıdır¹³⁷. Sözkonusu hükmün, Av.K da avukat-müvekkil ilişkisini düzenleyen avukatlık sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bulunması ve avukatlık sözleşmesinin kurucu unsuru olan avukatlık ücretinin kararlaştırılmasına ilişkin maddede yer alması dikkate alındığında, bu düzenlemenin yargılamada aleyhine karar verilen tarafın lehine karar verilen tarafa olan tazmin yükümlülüğüne ilişkin bir tahmil kuralı niteliğinde olmadığı belgindir¹³⁸.

Neticeten, Av.K m. 164/V hükmü yürürlüğe girdiği tarihte meri olan HUMK m. 426 hükmünü ilga etmiş olmadığı gibi, bilahire yürürlüğe giren HMK m. 330 hükmünün de Av.K m. 164/V hükmünü ilga etmesi sözkonusu değildir. Yine, yasalarsa Av.KTT m. 49/8 düzenlemesi de HMK m. 330 hükmünü ilga etmeyecektir¹³⁹.

¹³⁶ Sistematik yorum hakkında bkz. K. Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara 1998, s. 169-170.

¹³⁷ Bkz. E. Zitelman, Kanun Koyma Sanatı (Çev. S. Ş. Ansay), Ankara 1950, s.11; Gözler, s. 153, dn. 17 ve s. 169.

¹³⁸ Doktrin’de, bu özellik, sözkonusu hükmün avukat-müvekkil arasındaki iç ilişkiye ilişkin olduğu şeklinde, ifade edilmiştir; bkz. dn. 133 ve 134 de belirtilen yazarlar.

¹³⁹ Bu düzenlemenin tarihi gelişimi şöyledir: Başlangıçta, 3499 Sy. EAv.K döneminde vekil-müvekkil arasında avukatlık ücreti ‘karşı tarafa tahmil olunan ücret’ şeklindeki belirlemelerin “avukatlık ücret mukavelenamesinin muayyen bir meblağı ihtiva etmesi gerektiği”ne ilişkin kurala (EAv.K, m. 129) aykırılığı nedeniyle geçersiz olduğuna ilişkin içtihatları (Yarg. İBK, 23.05.1960, E.1960/11, K.1960/10 [Kurdoğlu, s. 140-145]) bertaraf etme saikinden yola çıkıldığı anlaşılmaktadır (Konya Milletvekili F. Özfakih ve 21 Arkadaşının Avukatlık Kanunu Teklifi [2/54 Sy.] Madde 169 Gereçesi: “Eski görüşe göre [ücret Sözleşmesindeki kararlaştırma itibarıyla] mahkeme ve icra dairelerince takdir olunacak ücretin avukata mı yoksa müvekkile mi aid olacağı hususunda ihtilaflar doğduğundan maddeye icra ve mahkemelerce karşı tarafa yükletilen ücretin [öyle kararlaştırıldığı] avukata aid olacağı esası kabul edilmiştir [TBB,

Kanunkoyucunun karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretini lehine karar verilen tarafı hüküm anında temsil eden avukata hasretmesi pekala mümkündür. Bunun için, sözkonusu ücretin tazminat değil yaptırım niteliğinde olduğunun tasrih edilmesi ve lehine karar verilen tarafın avukatlık masraf zararı için ayrıca talepte bulunmasına ve gereğinde dava ikame edebilmesine mani olan içtihadı birleştirme kararlarını hükümden düşürecek bir içeriğin kanun metninde yer alması gerekir¹⁴⁰. Bu şekildeki bir düzenleme,

“Metinler”, C. II, s. 162]). Şöyleki, 1136 Sy. Av.K hazırlık çalışmaları kapsamında, sözkonusu Avukatlık Kanunu Teklifinin (2/54 Sy) “Başarıya göre ücretin kararlaştırılabilmesi” başlıklı m.169/II (“Mahkeme ve icra dairelerince hasım tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı şeklindeki bir şartın kabulü caiz olduğu gibi, ancak davanın müvekkil lehine neticelenmesi halinde avukatın ücret isteyebileceği hakkındaki şart da muteberdir” [TBB, “Metinler”, C. II, s. 217]) düzenleme önerisi 1136 Sy. Av.K’ya temel teşkil eden Hükümet Tasarısı’nın (23.01.1967 T. 71/64/372 Sy.) “Ücret sözleşmesinin kapsamı” başlıklı m. 164/IV hükmüne “Avukatla müvekkil arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye müsteniden hasma tahmil olunacak avukatlık ücreti müvekkile aittir” şeklinde aksetmiştir. Bu öneri Hükümet Gerekçesi’nde : “Son fıkra, kaideten müvekkile aid olması gereken bir meblağ için bu kaidenin teyidinden başka, aksine yazılı sözleşmenin de caiz bulunduğuna işaret etmektedir” şeklinde izah edilmiştir (Hükümet gerekçesi, Onuncu Kısım [TBB, “Metinler”, C. II, s. 112]). Bununla birlikte, sözkonusu öneri “Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir” şeklinde yasalaşmıştır (TBB, “Metinler”, C. II, s. 405). Tasarıdaki önerinin niçin değiştirilerek kabul edildiği hakkında meclis komisyonu raporunda, redaksiyona tabi tutulduğunun belirtilmesi dışında, herhangi bir izah verilmemiştir (24.06.1967 T. ve 2 K. Sy. Millet Meclisi Geçici Komisyon Raporu, Onbirinci Kısım [TBB, “Metinler”, C. II, s. 266]). Belirttiğimiz bu düzenleme (Av.K m. 164/IV), son olarak 4667 Sy. K. m.77 hükmüyle ‘aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça’ kısmı çıkarılıp takas - mahsup ve haczolunamayacağını havi 2.cümle eklenerek, araya giren fıkra ilavesiyle bugünkü halini (Av.K m. 164/V) almıştır. Değişiklik kanununa temel alınan Hükümet Tasarısı Gerekçesinde bu son değişiklik bakımından da bir açıklama yapılmamıştır (Bkz. TBMM, 21. Dönem, 413 Sıra Sayılı avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Teklifi ile Adalet Komisyonu Raporu, ss. 96/96 [Hükümetin Teklif Ettiği Metin, s.71/96; Tasarı Madde 52 Gerekçesi, s.7/96; Adalet Komisyonu Raporu {24.04.2000 T. ve 24 K.Sy}, s. 58/96]) <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss413m.htm>> (ET.11.09.2014). Av.KTT’da da, mevcut hükmün aynen muhafazası önerilmektedir (m. 49/8).

¹⁴⁰ Krş. AB Hukuk Kurultayı (2004), Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Müzakereleri (Müzakereci: H. Burcuoğlu), s. 509.

kanımızca, yargılama içi bir unsura ilişkin olmakla ve maddi hukuk ilişkisine sari olmamakla hükmün tarafa muzafen tesis olunması kuralına aykırı düşmez. Ancak, bunun kusursuz sorumlu “kaybeden”in hak arama maliyetini artırmak pahasına göze alınması herhalde kolay değildir. Bu açıdan, hukuk sistemi adına tahakkuk ettirilen bir yaptırım parasının avukata ödenmesinin niçin benimsenebileceği bakımından bulunabilecek sebeplerin, yargılama-daki yeri itibarıyla, avukatı hukuk sisteminin görevlisi haline getirebileceğinin de hesaba katılması gerekecektir¹⁴¹.

Diğer taraftan, Av.K m. 164/V hükmünün emredici olup olmadığı tartışmaları bakımından belirtmek gerekir ki, bu tartışma hükmün lafzi yorum temelinde anlamlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu Kanun hükmü esasen taraf ve avukat arasındaki avukatlık sözleşmesi çerçevesinde müvekkilin avukata olan ücret borcunun ifasını teminat altına almaya matuf bir düzenlemedir; dolayısıyla, bu hüküm tahmilli ücretin sözleşmeden bağımsız olarak her halukarda avukata verilmesini de gerektirmez¹⁴². Aksi, Av.K m. 164/V hükmünün tahmili ücreti adeta kanuni bir başarı primi niteliğinde şarta bağlı bir ücret unsuru şeklinde sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete ilaveten avukata ödenmesi gereken ilave ücret olarak kabul ettiği anlamına gelir ki; böyle bir kabul hükmün ikinci cümlesinden çıkan anlama uygun değildir. Bu açıdan, sözkonusu düzenlemeyi münhasıran “avukata aittir” ibaresinin lafzi anlamıyla değil hükmün son cümlesiyle birlikte mantıki yorum çerçevesinde anlamlandırmak gerekir.

Belirtilen bakımdan, sözkonusu düzenlemenin son cümlesinde ‘tahmilli ücretin müvekkilin borcu nedeniyle haczolunamayacağı ve takasa konu edilemeyeceği’ nin tasrih olunması Av.K m. 164/V düzenlemesinin bir teminat hükmü olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir¹⁴³. Kanunkoyucu tahmilli avukatlık ücreti üzerinde bunun avukatın malvarlığına dahil

¹⁴¹ Avukatın yargılamadaki yeri ve rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikoğlu, s. 37-65.

¹⁴² Benzer şekilde bkz. Kurdoğlu, s. 149.

¹⁴³ Bu husus Kanun Tasarı Gerekçesinde 165 ve 166. maddelerin avukatlık ücretini temin eden hükümler olduğu şeklinde belirtildiği gibi, Meclis Komisyon Raporunda açıkça bu hükümler ilişkilendirilmiştir; bkz. Avukatlık Kanunu Tasarısı (23.01.1967 T. ve 71/64/372 Sy.) Gerekçesi, Kısım 10 (TBB, “Metinler”, C. 2, s. 113); Geçici Komisyon Raporu (24.06.1967 T. ve 2 Sy.), m. 166 (TBB, “Metinler”, C. 2, s. 266).

edilmesi mesabesinde bir hak tanımak isteseydi, müvekkilin borcu için avukatın malvarlığına dahil bir değer haczi mümkün olmadığına göre, Kanunda onun haczolunamayacağına ve takasa konu edilemeyeceğine yer verilmemiş olması gerekirdi¹⁴⁴. Bu açıdan, burada, avukatlık ücreti alacağının tahsilini garanti etmek üzere, tarafın malvarlığına dahil olan bir değer üzerinde -adeta rehin hakkı tesis edercesine- avukat lehine bir haciz ve takas yasağı kuralı konulmuştur¹⁴⁵. Dolayısıyla, bu düzenlemeyle, sadece iç ilişki-deki avukatlık ücreti borcunun ifasını teminen, avukatın ortaya çıkmasına vesile olduğu bu müvekkil malvarlığı unsurundan tatmin edilmesi garanti edilmek istenmektedir. Söz konusu ihdas amacı Kanunun m. 166/III hükmüne bakıldığında belirginleşmektedir¹⁴⁶.

Neticeten, yargılamada lehine karar verilen tarafın yargılama ve avukatlık ücret masrafı onun nam ve hesabına kural olarak aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunmaktadır; karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin -adeta kanuni bir başarı primi olarak- sözleşmeyle kararlaştırılan avukatlık ücretine eklenmesi zımında müvekkilce tahsil olup avukata verilmesi ya da avukatça vekaleten tahsil olunduktan sonra alıkonulması söz konusu değildir. Kanun sadece avukatın sözleşmede kararlaştırılan ücretini teminen tahmilli ücretin onun istifadesine “tahsis” edilmesini mutazam-

¹⁴⁴ **Aydın**, s. 361; Yarg. CGK, 22.06.2004, E.2004/1-117, K.2004/148 ve 14.06.2005, E.2005/1-66, K.2005/65 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **Sarısozen**, s. 102.

¹⁴⁵ **Aydın**, s. 361.

¹⁴⁶ Lehine karar verilen taraf tahmilli ücreti bizzat veya başka bir avukat marifetiyle tahsil etmek üzere davayı kaybeden taraf aleyhine ilamlı takip başlattığında, tarafı yargılamada temsil etmiş olan ve ilamda adı geçen avukatın, Av.K m. 166/III hükmüne istinaden, bu takipten icra memuru marifetiyle haberdar edilmesi ve bu husustaki bildirim tebliğ edilmedikçe takibin ilerletilmemesi gerekmektedir. Buna göre, burada, vekil avukatın müvekkilin tahmilli ücretin tahsiline ilişkin kanuni takiplerden haberdar edilmesi şeklinde tahaddüs eden bir usuli hak tanındığı belirtilebilir. Vekil avukat, kendisine yapılan söz konusu formal bildirim üzerine, müvekkil ücret borcunu ifa etmiş değilse, avukatlık sözleşmesinden doğan alacak haklarını almak için bu meblağdan tatmin edilmek üzere harekete geçebilecektir. Vekilin müvekkilin takip dosyasındaki alacak hakkına ihtiyati haciz tatbik ettirebileceği şeklinde bkz. B. **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, Ankara 1984, s. 3725; **Sungurtekin Özkan**, s. 335. Esasen, söz konusu düzenlemenin revizyonuyla vekil avukata tahmilli ücret üzerinde kanuni rehin hakkı şeklinde bir maddi hak tanınması mümkündür.

mındır. Aksi bir yorum Kanunkoyucunun tarafların irade özerkliğine müdahale ettiği anlamına gelir ki, bu da, böyle bir müdahaleyi haklı gösterecek sebep yokluğunda, Anayasa'ya (m. 48/I) aykırılık teşkil edecek olmakla¹⁴⁷, kanunların Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması ilkesine uygun düşmeyeceğinden kabul edilemez.

SONUÇ

Özellikle fiili mesele bakımından ispat zafiyeti bulunan ve hukuki meselenin vazıh olmadığı hallerde davalıklar için her zaman kolayca göze alınamayabilecek nahoş bir risk olarak, yargılamada -iddia-savunma hakkı hilafına- aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin niteliği hakkında, bu incelemede ulaştığımız ve bazı çıkarımlarla birlikte metin içinde belirttiğimiz sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücreti tahmili bakımından Hukukumuzda kabul edilen genel kural (HMK, m. 326) kusursuz sorumluluğa dayalı bir masraf tazmin yükümlülüğü öngörmektedir. Diğer yargılama masraflarına nazaran, avukatlık ücreti bakımından burada tam bir tazmin esası benimsenmiş olmayıp kazanan tarafın avukatına ödediği ücretin oluşturduğu masraf formal olarak sınırlandırılmıştır (Av.K, m. 169). Söz konusu sınırlama, borç doğuran diğer sebepler ve bu meyanda kusursuz sorumluluk hallerine de şamil olan haksız olarak masrafa sokulmanın zararı artırmama yükümlülüğüne (TBK, m. 52/I) ilişkin maddi hukuk kuralıyla da uyumludur.

Neticeten, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti hukuki nitelikçe tazminattır. Bu açıdan, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmili yerine, “avukatlık ücret masrafı” tahmilinden söz etmek daha doğrudur. Buna bağlanabilecek hukuki sonuçlar meyanında, karşı taraf avukatlık ücretine ancak taraf yararına hükmolunabilir. Söz konusu hukuki niteliğin dolaylı bir sonucu olarak, müvekkil avukatlık ücreti – karşı tarafa

¹⁴⁷ AYM nisbeten eski bir kararında, AY m. 2, 5 ve 36 hükümlerine aykırılık iddiası yönünden yapılan inceleme neticesinde, avukatlık ücreti kararlaştırılırken söz konusu “kanuni başarı prim”inin gözönünde tutulmasını engellemediği gerekçesiyle, bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır; AYM, 03.03.2004, E.2004/8, K.2004/28 (RG: 26.02.2005/25739).

tahmil olunan avukatlık ücreti ayrımı ancak pedagojik bir öneme sahip olabilir.

Hukukumuzda yakın zaman öncesine dek karşı tarafa ücret tahminine ilişkin genel kuralla irtibatlandırılan Av.K m. 164/V hükmü Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında benimsendiği üzere avukat-müvekkil ilişkisine ilişkin bir maddi hukuk normudur. Bununla birlikte, kabul edilenin aksine, öyle ihdas olunmak istenmiş olabilirse de, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti masrafının lehine karar verilen taraf avukatına “kanuni bir başarı primi” olarak ödenmesini mutazammın değildir. Bu açıdan, pek de başarılı formüle edilememiş olan sözkonusu hükmün bir “teminat” düzenlemesi mahiyetinde olduğunu ve bu şekilde bir yürürlük sebebine sahip olabileceğini kabul etmek gerekir. Bu açıdan, kanımızca, müvekkil lehine tahmil olunan karşı taraf avukatlık ücreti üzerinde, lehine karar verilen tarafı hüküm anında temsil eden avukatın sözleşmeyle kararlaştırılan ücret alacağını teminen onun lehine bir kanuni rehin hakkı tanınması mümkündür; bunun için hükmün son cümlesi de mevcut metinden çıkarılmalıdır.

Baro çevrelerince dile getirilen, yargılamada karşı taraf avukatlık ücretinin avukat adına hükmolunması yönünde bir değişiklik, adalete erişim ve avukatın yargılamadaki yeri bakımından problemlili olup mukayeseli hukuktaki seyre de uygun düşmeyen marjinal bir çözüm olacaktır.

Kaynakça*

- Aday**, Nejat; Avukatlık Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. Baskı, Ankara 1958.
- Aydın**, Murat; Avukatlık Ücreti, 5. Baskı, Ankara 2010.
- Başpınar**, Veysel; “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (2004), Ankara 2004, ss. 463-478.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1956.
- Berkin**, M. Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Bruns**, Alexander; “Third- Party Financing of Litigation:Civil Justice Friend or Foe?”, George Mason University Law&Economics Center Working Paper (December 2012), pp. 29/29, <<http://www.masonlee.org/site/files/2011/07/Paper-Third-Partyfinancing-Bruns.pdf>> (ET:30.08.2014).
- Budak**, Ali Cem; Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- Burcuoğlu**, Haluk; “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, TBBD, Y. 2003, S. 49, ss. 49-82.
- Cahill**, BL Nessa; “Comparative Research Paper on Legal Costs”, The Ireland Working Group of Legal Cost, Research Paper, February 2005, pp. 73/73 <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/Research_papers_on_legal_costs> (ET: 30.08.2014).
- Çelikoğlu**, Cengiz Topel; Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Devellioğlu**, Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Ed. A. S. Güneýçal/M. Çiçekler), 26. Baskı, Ankara 2010.

* İncelemede doğrudan yararlanılmayıp bakılması tavsiye edilen yayınların künyesi metin içinde belirtilmiş olup Kaynakça’da bunlara yer verilmemiştir. Mevzuat kaynakları bakımından da alındıkları yer metin içinde (tekrar edenler bakımından ilk atıfta) belirtilmekle yetinilmiştir.

- Gotanda**, John Yukio; “Awarding Costs and Attorneys’ Fees in International Commercial Arbitrations”, *Michigan Journal of International Law* (1999), Vol. 21, pp. 1-50.
- Gözler**, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998.
- Günergök**, Özcan; *Avukatlık Sözleşmesi*, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Hatemi**, Hüseyin; *Sözleşmedışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994.
- Hodges**, Christopher/**Vogenauer**, Stefan/**Tulibacka**, Magdalena; “Cost and Funding of Civil Litigation : A Comparative Study (December 2005), *Oxford Legal Studies Research*, Paper No. 55-2009, pp. 119/119, <http://www.ssrn.com/abstract=1511714> (ET: 30.08.2014).
- Karşlı**, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Kurdoğlu**, Bülent Nuri; *Karşı Vekalet Ücreti*, Ankara-İçtihadı Birleştirme Kararlarının İncelenmesi, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, Ankara 1984.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *İcra ve İflas Hukuku*, 25. Baskı, Ankara 2011.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2013, (“Usul”).
- Leubsdorf**, John; “Towards a History of the Ameican Rule on Attorney Fee Recovery”, *Law and Contemporary Problems* (Winter 1984), Vol. 47:1, pp. 9-36.
- Maurer**, Virginia G./**Thomas**, Robert E./**Debooth**, Pamela A.; “Attorney Fee Arrangements: The US and Western Perspectives”, *Northwestern Journal of International Law&Business* (Winter 1999), Vol. 19:2, pp. 273-329.
- Maxeiner**, James R.; “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, <http://ssrn.com/abstract=18066042> (ET:30.08.2014)
- Müderrişoğlu**, Feridun; *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi*, Ankara 1974.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2013.

- Özbek**, Mustafa Serdar; Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet; “Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti”, MİHDER, Y. 2005, S. 1, ss. 29-49.
- Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, (“İhtiyati Haciz”).
- Pfennigstorf**, Werner; “The European Experience With Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 37-124.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, Makaleler ve Karar İncelemeleri (Ed. A. Yeşilirmak), İstanbul 2011, ss. 471-488, (“İnkâr Tazminatı”).
- Reimann**, Mathias (Ed.); Cost and Fee Allocation in Civil Procedure- A Comparative Study, Springer, Heidelberg 2012.
- Rowe**, Thomas D.; “The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview”, Duke Law Journal, Vol. 1982, pp .651-680, (“Fee Shifting”).
- Rowe**, Thomas D.; “Predicting the Effects of Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 139-171, (“Effects of Fee Shifting”).
- Sarısözen**, Murat Serhat; “Müvekkille Kararlaştırılan Vekalet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekalet Ücretinin Emrediciliği Sorunu”, FÜHFD, Y. 2013, C. I, S. 1, ss. 91-111.
- Shepherd**, George B.; “The Impacts of the European Rule for Fee Shifting on Litigation Behavior”, Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70.Geburtstag (Ed. H-E. Rasmussen-Bonne/R. Freer/W.Luke/W. Weitnauer), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, pp. 381-387 (<http://www.ssrn.com/abstract=871248>).
- Sungurtekin Özkan**, Meral; Avukatlık Mesleği-Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, İzmir 2013.

- Tandoğan**, Haluk; Kusura Dayanmayan Sözleşmedışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, (“Usul”).
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004 (“İcra”).
- Vargo**, John F.; “The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person’s Access to Justice”, The American University Law Review (1993), Vol. 42, pp. 1567-1636.
- Yılmaz**, Ejder; “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD, Y. 1984, S. 2, ss. 200-224, s. 208.
- Zitelman**, E.; Kanun Koyma Sanatı (Çev. S. Ş. Ansay), Ankara 1950.

Kurumsal Kaynaklar

- AB: Hukuk Kurultayı 2004, “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Panel Müzakereleri”, Ankara 2004, ss. 509-520.
- ADALET BAKANLIĞI: Avukatlık Kanun Tasarısı Taslağı, Kanunlar Genel Müdürlüğü, Görüşe Gönderilen Tasarılar (2014).
- TBB: Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi- Metinler, C. 1-2, İstanbul 1972.
- TBMM: 21. Dönem, 413 Sıra Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Dair Kanun Tasarısı ve Kanun Teklifi Metinleri ve Gerekçeleri ile Adalet Komisyon Raporu.
- TBMM: HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri, Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 T. ve 15.00, 15.30 Saatli Toplantı Tutanakları.

Kısaltmalar

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AB	: Ankara Barosu
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
A.B.D	: Amerika Birleşik Devletleri
age	: Adı geçen eser
agy	: Adı geçen yayın
Art.	: Article (madde)
Av.K	: 1136 Sy. Avukatlık Kanunu
Av.KTT	: Avukatlık Kanunu Tasarısı Taslağı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CCP	: Code de Civil Procedure (Fransız Medeni Usul Kanunu)
Dn.	: Dipnot
dZPO	: Deutschland Zivil Prozess Ordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
E.	: Esas
Ed.	: Editor (hazırlayan)
ET	: Erişim tarihi
fık.	: Fıkra
Fn.	: Footnot (Dipnot)
FÜHFD	: Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HK	: 213 Sayılı Harçlar Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
HUMK	: Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadları Birleştirme Kararı
K.	: Karar
KHD	: Kazancı Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
ösZPO	: Österreich Zivil Prozess Ordnung (Avusturya Medeni Usul Kanunu)
p.	: Page (sahife)
Para.	: Paragraf
pp.	: Page to page (sahifeden sahifeye)
s.	: Sahife
ss.	: Sahifeden sahifeye
S.	: Sayı
Sy	: Sayılı
sZPO	: Switzerland Zivil Proses Ordnung (İsviçre Medeni Usul Kanunu)
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCAY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
RG	: Resmi Gazete
Vol.	: Volume (Cilt)
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay