

AVUKATLIK ÜCRETİNE İLİŞKİN KAMULAŞTIRMA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELERE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN¹

Av. Sezgi Cihan Bahadır

1) Genel olarak konunun sunumu

Öncesinde 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 32. maddesinde mevcut olan, sonrasında ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesine konu olmuş kamulaştırma bedelinin veya bir kısmının avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması yasağı ve bu yasağa uymayanlar hakkında getirilen hapis ve para cezası müeyyidesi Kamulaştırma Kanunu'nun (**KamuK.**) 31. maddesinde 4650 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında da mevcudiyetini aynen korumuştur.

Kamulaştırma Kanunu m.31/e bendinin ***“Kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukat veya dava vekili veya onlar adına hareket edenlere ait olacağına kararlaştırılması.”*** hükmü ile taşınmaza bağlı aynı hakkı kamulaştırılan kişinin sahip olacağı kamulaştırma bedelinin belirli bir yüzdesinin vekalet ücreti olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerin yapılamaması ve bu konuda özel hukuk sahasında sözleşmenin geçersizliği yolunda hüküm ve sonuç bağlanması bir yana bu tür sözleşme yapan avukatlara **KamuK. 33. maddesi** hükmünce ***‘bir yıldan aşağı olmamak üzere hapis ve beşyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar adli para cezası’*** öngörülmüştür.

Avukatlık mesleği açısından m. 31/e bendi ile getirilen yasak ve buna bağlı müeyyide olarak hapis cezası uygulaması hukuk mantığından yoksun bir uygulama özelliği kazanmıştır. Özellikle de insan hak ve özgürlüklerine saygının ceza hukukumuzda en temel yansıması niteliğinde olan kıyas yasağı ilkesi² mevcut iken, hukuken başka bir dava türü oluşturan kamulaştırmamız el atma davalarında kıyasen uygulanan Kamulaştırma Kanunu 33. maddeye dayalı hapis cezası ve bu yöndeki uygulamaları en vahim örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır. Haksız fiil

¹ T.C. Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

² Hukukumuzda kıyas yasağı, Türk Ceza Kanununun “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 2. maddesinde ***“Madde 2 - (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.***

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” hükmüne bağlanmıştır.

ve suç olma özelliğine rağmen ormanlarda kaçak kesim ile tarım alanı açan veya bina yapanlara veya hazine arazisine gecekondulu yapanlara bugüne kadar yasada mevcut hapis cezalarının hiçbiri uygulanmamış ve üstelik Roma Hukukundan bu yana geçerli olan “hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak edinemez” ilkesini 2B uygulamaları ile tamamen ters yüz ederek kişiler hak sahibi kılınmış iken, avukatlara yönelik bu hapis cezası uygulaması anlaşılır gibi değildir. Üstelik **Avukatlık Kanununun (AvuK.) 164. maddesinde yer alan “Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.”** hükmü dolayısıyla dava konusuna (müddeabbihe) endeksli vekalet ücreti saptamasına cevaz verilmiş iken Kamulaştırma Kanununa anılan hükümlerin konuluş sebebi (ratio legis) tamamen ortadan kalkmıştır.

6830 sayılı İstimlak Kanunumuzun yürürlükte olduğu yıllarda kamulaştırma işlemlerinde arsa maliklerinin konu ile ilgili olarak bilgisizliklerinden faydalanılarak ağır şartlar içeren yüksek oranlı vekalet ücret sözleşmeleri yapılmasının önüne geçilmesi amacıyla getirilen yasa hükmünün artık Avukatlık Kanununun yukarıda kısaca değindiğimiz ve aşağıda inceleyeceğimiz hükmü karşısında halen Kamulaştırma Kanununda mevcudiyetini sürdürüyor olması, hele de kıyas yasağına aykırı olarak kamulaştırmamız el atma davalarına da uygulanıyor olması ve bu yönde hapis cezalarının gündeme gelmesine dair eleştirilerimizi sunmak amacıyla bu makaleyi kaleme almış bulunmaktayız.

2) Genel Olarak Vekalet Sözleşmelerinde Ücret Saptanması

Avukat müvekkil ilişkilerinde Avukatlık Kanununa göre müvekkil tarafından yapılması gereken iş ve işlemlerin avukat tarafından müvekkil adına ve hesabına yapılması Türk Borçlar Kanunu (TBK) 502 (eBK madde 386 vd) ve devamı maddeleri uyarınca tipik vekalet sözleşmesine vücut vermektedir. Buna göre Avukatlık Kanununun; Borçlar Kanunu ile çelişik hükümler içermesi veya uygulanacak hüküm bulunmaması halinde uyumsuzluk Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenecektir. Öyleyse bu çalışmamızda öncelikli olarak vekalet akdini yakından incelemek gerekecektir:

TBK m.502 vekalet akdini “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlamıştır. Öğretide³ vekalet sözleşmesinin tanımı ise “*Vekalet öyle bir akittir ki vekile müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu,*

³ TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, c.II, 4. Bası, Ankara YIL, s.356

sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler.” şeklinde yapılmıştır.

Gerek kanunda gerekse doktrinde yer alan tanımlardan da görüldüğü üzere vekalet sözleşmesinde ücret saptanması esaslı unsur olarak yer almamaktadır. Bir başka anlatımla ücret; vekalet sözleşmesinin kurucu unsurlarından değildir. Sözleşmede ücret saptanmaması durumunda ise ücret ödeme yükümlülüğü subjektif esaslı unsur niteliğinde olduğundan kullanım ödücü (ariyet) ve kira sözleşmesi örneklerinde olduğu gibi sözleşmenin tipini değiştiren bir özellik arz etmemektedir. Bu sonuçla, vekalet sözleşmesi genel hükümler açısından, ivazsız olarak işgörme üzerinde anlaşılması halinde eksik iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Böylece örneğin emekli bir tapu memurunun arkadaşına ait bir taşınmazın satımı için aldığı temsil yetkisi ile taşınmazı satma yükümlülüğü altına girmesi karşılık (ivaz) saptanmadığı için geçersiz hale gelmeyecek; tarafların objektif esaslı unsur olan işgörme edimi konusunda anlaşmaları halinde sözleşme kurulacaktır.

3) Avukatlık Sözleşmelerinde Ücret Kararlaştırılması ve Sonuçları

a) Ücretin Taraflarca Saptanması

AvuK. m.163/I hükmünce *“Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasa’ya aykırı olmayan şartla bağlı sözleşmeler geçerlidir.”* Ancak avukatların yukarıda andığımız üzere mesleklerini icra ederken müvekkilleriyle yapmış oldukları sözleşmeler, TBK’ya tabi olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinden ayrılmaktadır. Bu konuda avukatlık ücret sözleşmeleri vekalet niteliğine dayansa da esaslı noktası ücret olmakla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde düzenlenmiştir. Nitekim Avukatlık Kanununun m.164/IV hükmünün; *“Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum Baro Yönetim Kuruluna bildirilir.”* şeklindeki nisbi emredici nitelikteki hükmüne göre avukatlık ücret sözleşmesinin esaslı unsuru olan ücret kararlaştırılmamış olsa da avukat, kanununda belirlenen sınırlar dahilinde mesleki faaliyeti sonucu ücrete hak kazanacaktır.

b) Saptanan Ücrete Sınır Getirilmesi

Avukatlık mesleğinin icrası sırasında hak kazanılacak ücrete bağlı bir başka özellik de sözleşme özgürlüğünün alt başlığı olarak ücretin serbestçe saptanamamasıdır. Avukatlık ücret sözleşmelerinde ücret hükmüne nisbi

emredici hükümlerle sınır getirilmiştir. Buna göre, avukatlık ücreti, Avukatlık Kanununun 164. maddesinin II. fıkrasında yer alan “Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.” hükmünden de anlaşılacağı gibi dava değerinin %25’i olacak şekilde üst limite, yine aynı maddenin III. fıkrasında ise avukatlık asgari ücret tarifesinde belirlenen oranlarda alt limite bağlanmıştır.

c) Sözleşmede Ücretin Saptanmamış Olması

Avukatlık Kanunu 163. maddesinin ikinci bendinde yer alan

“Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz.”

ifadesi TBK madde 26 (EBK madde 19) hükmünce kesin hükümsüzlük oluşturan emredici hukuk kuralı niteliğindedir. Buna göre avukatlık sözleşmesinde ücret kararlaştırılmadığı veya ücret alınmayacağına açıkça taahhüt edildiği hallerde ise AvuK. m. 164/IV. fıkrasının 3. cümlesi “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. .”

hükmü uygulama alanı bulacağından TBK m. 27/II (EBK madde 20) hükmünce kısmi butlan oluşturan bir özellik taşımaktadır.

4) Kamulaştırma Kanununun Vekalet Ücretine İlişkin Hükmünün Değerlendirilmesi

Kamulaştırma Kanunundan önce yürürlükte bulunan 6830 sayılı İstimlak Kanununun 32. maddesinde de “Memnu Muamele Ve Fiiller” başlığı altında g bendi⁴ ile Kamulaştırma Kanununda getirilen yasaklar bulunmakta ve

⁴ MADDE 32- MEMNU MUAMELE VE FİİLLER

g) Artırılan istimlak bedelinin tamamının veya bir kısmının avukat veya dâva vekili veya onlar hesabına hareket edenlere ait olacağına kararlaştırılması;

yine aynı yasanın 33. maddesinde⁵ de yasak fiiller cezai müeyyideye tabi kılınmış bulunmakta idi.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunumuz da İstimlak Kanunundaki hükümlerin tekrarı ile 31. maddede “Yasak İşler Ve Eylemler” başlığı altında avukatlar hakkında yasak eylemi tanımlayarak “Cezalar” başlıklı 33. maddesiyle de bu iş ve eylemleri cezai müeyyideye tabi kılmıştır.

Açıkça anlaşılacağı üzere avukatların mesleki faaliyetleri sonucu yapmaları zorunlu olan ve şekil bakımından da yazılı geçerlilik şekline bağlanmış “avukatlık ücret sözleşmesi” içerik (kapsam) bakımından sözleşme özgürlüğü kısıtlanmasına tabi tutulmuştur. Burada oldukça önem arz eden bir ayrımın altını çizmek isteriz: Avukatlık Kanununda andığımız hüküm gereği belirli bir oran limiti getirilerek avukatlık ücret sözleşmesinde belirlenen ücretin salt limiti aşması dolayısıyla külliye geçersizliğini önlemek amacıyla getirilen limit ile ücret hükmüne geçerlilik tanınmıştır. Kanun koyucunun burada arzuladığı amaç sözleşmenin tümüyle geçersiz sayılmasının ve dolayısıyla avukatın asgari ücret tarifesine tabi kılınmasının önlemesi ve bu arada da getirilen limit ile sözleşmenin ücret hükmüne geçerlilik tanınmasıdır.

Kamulaştırma Kanunumuz ise salt kamulaştırma kanunundan doğan aşağıda irdeleyeceğimiz dava türleri bakımından dava konusunun tamamının veya bir kısmının ücret sözleşmesi adı altında avukata ait olacağına kararlaştırılmasını yasaklamakla TBK m.26 ve 27. hükümleri uyarınca bu yolda yapılmış avukatlık ücret sözleşmelerini kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) müeyyidesine tabi kılmaktadır.

Kamulaştırma Bedelinin Hak Sahibi Dışında Birine Ait Olacağına İlişkin İrade Beyanlarının Yorumu

Kamulaştırma Kanunu madde 31/e bendinin deyimisel yorum sonucu iki tür hukuki işlem barındırdığı düşüncesindeyiz: Bunlardan biri kamulaştırma bedelinin devri (temlik), diğeri de paranın bir kısmının veya tamamının hükümde geçen kişilere ait olacağına kararlaştırılmasıdır.

Kamulaştırma Bedelinin Devri ve Bu Devre Bağlı Yasak

⁵ MADDE 33 - VERİLECEK CEZALAR

32 nci maddede yazılı memnuiyetlerden biri hilâfına hareket edenler bir seneden aşağı olmamak üzere hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Avukat ve dâva vekillerinin mahkemece meslekten çıkarılmalarına da hükmolunur.

32 nci maddedeki unsurları havi olmaksızın yalnız vekâlet deruhte edebilmek üzere sahiplerine bizzat veya bilvasita müracaat eden avukatlar, barolar, dâva vekilleri de salahiyetli hâkim tarafından iki seneden az olmamak üzere meslekten men olunur.

TBK madde 183 vd. (eBK m.162 vd.) hükümlerinde alacağın devri (alacağın temliki) düzenlenmiştir. TBK 183. maddenin birinci fıkrasının *“Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.”* şeklindeki açık hükmü gereği alacağın devrinin kanunen yasaklanabilecek maddedeki deyimiyile engel olunabilecektir. İşte tam bu anlamda alacağın devrinin yasaklandığı bir hüküm görüyoruz. Kamulaştırma Kanunu 31. maddesinin e bendinin, alacağın devrinin hukuki bir kurum olarak isminin açıkça düzenlenmemiş olması alacağın devrine bağlı nitelendirmeyi geçersiz kılmayacaktır. Karşımızda tipik bir alacağın devri kurumu vardır. Bu konuda Avukatlık Kanunumuzun 164. maddesinin üçüncü fıkrası *“İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.”*⁶ hükmüyle alacağın devri yasağını para dışındaki malvarlığı değerlerine yönelik olarak yasaklamış bulunmaktadır. Ancak Kamulaştırma Kanunu andığımız hükmüyle yine alacağın devri tabirini kullanmadan *“kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukata ait olacağının kararlaştırılması”* ifadesine yer vermiştir.

Hemen belirtelim ki; dava konusunun başkasına ait olmasına kararlaştırılması tabiri, yalnızca devri mümkün hakları karşılayacaktır. Çünkü dava konusunun aynı hakkın ihlaline dayandığı durumlarda (istihkak talepli) mülkiyet hakkının ve diğer aynı hakların bir malvarlığından diğerine geçişi kanunlarımızda düzenleme konusu edilmiş (tescil/teslim gibi) olup mülkiyetin veya bir sınırlı aynı hakkın alacağın devri yoluyla geçmesi olanaklı değildir. İşte bu noktada taşınmaz satış vaatlerine dayalı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 716 hükmünce *“tescile zorlama (ferağa icbar)”* davası sonucunda davacı; dava konusu olarak taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının kendi adına tescilini alacak hakkına istinaden talep etmektedir. 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 125. maddesi⁷ ile de artık davacının dahi dava konusunun temlikine olanak vermesi karşısında, bu devre dayalı olarak devralan cüzi halef davaya kaldığı yerden devam edebilme olanağına kavuşmuştur. Ancak bu olanaktan Avukatlık

⁶ Hasılı Davaya İştirak Yasağı, (Davanın Konusuna İştirak Yasağı)

⁷ Dava konusunun devri

MADDE 125- (1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:

a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.

b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür.

(2) Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.

Kanunu m.164/III hükmünün ifadesiyle avukatların yararlanması olanaklı değildir. İşte bu konuda getirilen özel norm ile kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi kılınmıştır.

Avukatların mesleki faaliyetlerinde tacir gibi davranmamaları sonucu dava konusunun (müdeabbihin) devrinin yasaklanmış olması isabetlidir. Buna karşılık tamamen farklı bir boyutuyla %25 sınırına tabi olarak ücret sözleşmeleri yapmak zorunda bırakılmaları da kanun koyucu takdirinde olmakla ve görüşümüzce de avukatlık mesleğinin saygınlığı göz önüne alındığında bu oranı aşan sözleşmeler yapmalarının önlenmesi açısından son derece yerindedir. Sonuç olarak Avukatlık Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, amaçsal ve bu bağlamda daraltıcı yorumla Kamulaştırma Kanunu'ndaki yasağı sadece alacağın devrine (temlikine) indirgeyen yönü ile anılan sınırlamalar çerçevesinde %25'i aşmayacak şekilde ücret sözleşmesi yapılmasında hiçbir yasak ve müeyyide bulunmamaktadır.

5) Kamulaştırma Bedelinin Belirli Bir Oranın Ücret Olarak Kararlaştırılması Yasağına Yönelik Eleştiriler

Para; malvarlığı değeri olarak "taşınır mal" niteliğinde olmakla taşınır mülkiyetinin hüküm ve sonuçlarına tabi kılınmıştır. Bununla beraber paranın sinallagmatik hukuki ilişkilerde gündeme gelmesi mal değişimi (trampaya) hüküm vermemekte ve özelliği gereği ödeme aracı oluşturması sonucu yasadan aldığı nitelikte ifasında özel nitelikler barındırmaktadır. İşte bu konuda para üzerinde her ne kadar istihkak talebi olması teorik olarak mümkünse de, paranın karışma özelliği ile genelde iadesinin sebepsiz zenginleşme davalarına vücut verdiği bilinmektedir. Bir alacak hakkına konu olması durumunda ise, cins (nevi) borcu olması nedeniyle borcun ifasının imkansızlığı söz konusu olmamaktadır.

Kamulaştırma bedeline ilişkin olarak 2942 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte "kamulaştırma bedelinin artırılması" (tezyidi bedel); 4650 sayılı Yasa değişikliği sonrası ise halihazırda yürürlükte olduğu üzere Kamulaştırma Kanunu 10. madde hükmünce "kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti" davaları içeriğinde yatan eda hükmünce cins borcu niteliğinde para tediyesine dayalı edime mahkumiyet boyutuyla KamuK. 31. maddesinin e bendince alacağın devrine yönelik ücret sözleşmeleri yasaklanmıştır.

Bu başlık altında konumuz alacağın devri sözleşmeleri değil, hükmolunacak kamulaştırma bedelinin endeks alınarak belirli bir yüzdesinin ücret sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasıdır. Buna göre uygulamada m.31/e

bendinin deyimine (lafzına) yönelik sonuçla dava değerinin belirli bir yüzdesinin kullanılagelen tabirle başarı primi (success fee) şeklinde kararlaştırıldığı ücret sözleşmeleri de kesin hükümsüz olarak kabul ile cezai müeyyideye tabi kılınmaktadır. Bu konuda Yargıtay da:

“Dava, imar uygulaması sebebiyle bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın arttırılması istemine ilişkindir. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 31. maddesinde yasak işlemler sayılmış olup, belirtilen temlik işlemi, mahkemenin kabulün de olduğu gibi bu yasaklara girmekte ise de; müeyyidesi dava açmamak olmayıp aynı yasanın 33. maddesi uyarınca cezai sorumluluğu gerektirir. Bedel arttırım davasında işin esasına girilerek hüküm kurulması ve yasak işlemi yapan avukat hakkında da adli ve idari yönden suç duyurusunda bulunulması gerekir.”⁸

“Sanık hakkında arazisi kamulaştırılan şahıslarla görüşüp dava giderlerini üstlenerek kamulaştırma bedelinin arttırılması için vekaletname alıp vekalet ücreti olarak da arttırılacak kamulaştırma bedelinin belli bir miktarının kararlaştırıldığı iddiasıyla 2942 sayılı kamulaştırma Kanununun 31. maddesinin (c) ve (d) fıkralarına uygun anlatımla dava açıldığı ancak sevk maddesi olarak anılan yasanın 31/c madde ve fıkrasının gösterildiği, hükümden önce yargılama aşamasında 5.5.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4650 sayılı Kanunla 2942 sayılı Yasanın 31. ve 33. maddelerinin değiştirildiği, bu değişiklikle 31. maddenin (c) fıkrasının yasaklanan eylem olmaktan çıkarıldığı, (d) fıkrasının ise (c) fıkrası olarak maddenin değişik halinde de suç olarak düzenlendiği cihetle; sanığın 4650 sayılı Kanunla suç olmaktan çıkarılan 2942 sayılı Yasanın 31/c madde fıkrasındaki eylemi nedeniyle beraatine, 4650 sayılı Kanunla değişik 31/c maddesindeki "dava giderlerinin avukat veya dava vekilleri veya onlar adına hareket edenler tarafından kabullenilmesi" eylemi nedeniyle cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ve gerekçeyle hüküm tesisi”⁹

şeklindeki içtihatları ile cezai müeyyide uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Bu sonuçla deyimsel (lafzi) yorum tercih edilecek olursa anılan sonuca varılması haklı kabul edilebilecektir. Ancak biz maddenin konuluş amacı göz önüne alındığında bu yorum metoduna katılmamaktayız. Bu konuda tercih edilecek yorum yöntemi amaçsal (gai; teolojik) yorum ilkeleri olması ve amacı

⁸ Y5HD; 5.5.2011T., 2012/22209E., 2011/7974K

⁹ Y7CD; 4.10.2004 T., 2003/9781E., 2004/10564K.

karşısında geniş deyme sahip maddenin daraltıcı yoruma tabi kılınarak yalnızca kamulaştırma bedeline ilişkin alacağın devrine yönelik kısıtlama ile AvuK. m.164/III ile uyumlu düşünülmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

Dikkat edilecek olursa m.31/e bendinde kamulaştırma bedelinin endeks oluşturarak belirli bir yüzdesinin mahkemece kesinleşen ilama dayalı olarak götürü şekilde saptanması sonucunda avukatlık ücretinin oluşması yasağı, maddede ifade edilen şekliyle bu olasılıkta belirli bir kısmının avukata ait olacağının kararlaştırılması olarak algılanmaktadır. Oysa kanun koyucunun bu maddedeki esas amacını anlayabilmek için daraltıcı yorumla değerlendirmek ve alacağın devri (temliki) yasağına indirgemek gerekecektir. Buna göre, Avukatlık Kanunu m.164'te yer alan %25 oranını aşılmaması ve aşılmışsa da ücretin bu limite indirgenmesine dayalı oranda geçerli hükmü varken Kamulaştırma Kanunu'nun m.31/e bendindeki hükmün alacağın temliki bakımından değerlendirilmesi amaçsal yorum ilkelerine de uygun düşecektir. Görüşümüzce bu yolda hüküm getiren m. 31/e bendi; Avukatlık Kanunu'nun getirdiği alacağın devri yasağı ile %25 oranında limit oluşturan emredici hükümleri karşısında amaçsız ve sıkıntı yaratıcı niteliktedir. Söz konusu madde ile ilgili olarak avukatlık ücret sözleşmelerinin amaçsal yorum ilkeleri doğrultusunda alacağın devrini yasakladığının kabulü ile 31. maddenin düzenleme konusu içinde kalmadığına yönelik içtihat geliştirilmesi ve hatta Avukatlık Kanunu'nda andığımız hükümlerin varlığı karşısında mevcudiyeti amaçsız ve yararsız hale gelmiş e bendinin kanun değişikliği ile kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

6) Kamulaştırma Kanununun 31/e Bendinin Kamulaştırmaz El Atma Davalarına da Uygulanmasına Yönelik İçtihatlar Üzerine Düşünceler

Yargıtay m.31/e bendi hükmünün Kamulaştırma Kanununa özgü istisnai özelliğini göz ardı ederek anılan avukatlık ücret sözleşmesine ilişkin yasağı kamulaştırmaz el atma davalarına da uygulamaktadır. Görüşümüzce Yargıtay'ın bu yöndeki eğilimleri hatalıdır.

Nitekim özellikle Kamulaştırma Kanunu m.31/e bendinin altını çizdiğimiz istisnai özelliği ve istisnai hükümlerin sadece ilgili oldukları olaylara ilişkin hüküm ve sonuç getirmesi karşısında Kamulaştırma Kanunu m.31/e bendinin kıyas yoluyla kamulaştırmaz el atma davalarına uygulanmaya elverişli olmadığı açıktır. Hal böyle iken "suçta ve cezada kanunilik (nulla poena sine lege)" temel ilkesi ve bu ilkenin bir görünümü olan kıyas yasağı karşısında Kamulaştırma Kanunu m.31/e bendine aykırı hareket edenlere uygulanacak cezaların belirlendiği Kamulaştırma Kanunu m.33 bendinin kamulaştırmaz el

atma davalarına da kıyasen uygulanması sonucu ortaya daha da vahim bir tablo çıkmaktadır. Şöyle ki;

KamuK. m.27¹⁰ hükmünce savaş ve seferberlik hallerinde dahi mahkeme kurduran kanun koyucunun, kişilerin taşınmazlarına kamulaştırmaz el atılmasını, "bedele dönüştürme davası" adı altında meşrulaştırması ve dahası Kamulaştırma Kanunu'ndan doğan bir dava olarak adlandırılması sonucu m.31/e'ye ilişkin cezai müeyyidenin buraya taşınıyor olması insanın kanını donduracak bir hukuk devleti faciasıdır. Uygulamada bu hukuka aykırı eylemlere "fiili yol" adı verilmesi durumun vahametini daha da artırmaktadır. Kamulaştırmaz el atma fiili haksız fiildir, haksız saldırıdır, haksız el atmadır. Anayasal suçtur, TCK uyarınca suçtur. Marx'ın "Cehenneme giden yol iyi niyet taşlarıyla döşelidir." sözünü haklı kılacak şekilde bu hukuka aykırı eyleme kalkışma yolunda idarelere cesaret veren ise yargı makamı olmuştur. Kanunda olmayan bir davayı idarelere hukuki kılıf uyduracak şekilde yaratan 1956 tarihli içtihadı¹¹ ile yaratan Yargıtayımız bedele dönüştürme davası adı altında yasalarda olmayan yeni bir dava türü yaratarak kamulaştırmaz el atma fiillerini idarelere kamulaştırma yanında tercihen sunmuştur.

Sonuç olarak kamulaştırmaz el atma davaları, Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiş olsa da kamulaştırma davaları ile aynı değerlendirmeye tabi tutulamayacağı açıktır. Kamulaştırmaz el atma fiili sonucu açılan (yargılama makamlarının koyduğu isimle) bedele dönüştürme davasının, kamulaştırma bedelinin tespiti davası ile tek benzerliği bedelin Kamulaştırma Kanunu 11. maddedeki esaslar uyarınca belirleniyor olmasıdır. Davanın dayandığı maddi vakıalar ileri sürülen deliller ve savunma esaslarının tamamen farklılığı karşısında, hiçbir benzerlik arz etmemesine rağmen Kamulaştırma Kanunu m. 31/e bendindeki yasağın; istisnai özelliğine vücut veren " özel norm" olması göz ardı edilerek bu davalarda da uygulanması asla kabul edilebilir nitelikte değildir. Cezayı gerektiren (müstelzim) boyutu da düşünülecek olursa

10 ACELE KAMULAŞTIRMA

Madde 27 - 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 4650 - 24.4.2001 / m.15) "10 uncu" Madde esasları dairesinde ve 15 inci Madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 4650 - 24.4.2001 / m.15) "10 uncu Madde ye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya" yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir.

Bu Kanununun 3 üncü Maddesininin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir.

¹¹ YİBK 16.05.1956T., 1956/1 E., 1956/6 K. ; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

anılan kıyasın avukatlık mesleğinin icrasında meslektaşlarımıza karşı kullanılıyor olması hukukçu olarak kanımızı dondurmaktadır. Ayrıca son dönemlerde ortaya çıkan “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesiyle karşılıksız çek keşide etme gibi birçok ekonomik ve mali suç ilgili olarak hapis cezaları kaldırılmış iken; Kamulaştırma Kanunu 33. maddede avukatlara yönelik hapis cezası müeyyidesinin varlığını halen sürdürüyor olması anlaşılabilir değildir. Bu yoldaki içtihatlar derhal terk edilmeli, müeyyidelere maruz kalan meslektaşlarımız Anayasa Mahkemesi’ne veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne andığımız gerekçelerle başvurmalıdırlar.