

Avukatlık Ücreti Açısından Kısmi Dava

Av. Ender Dedeođaç

Genelde işveren vekili olduğum için, iş mahkemelerinde açılan davalardan uzun bir süredir şikâyetçiyim. İş mahkemelerinde açılan davalarda, göreve yönelik bir seçim söz konusu olmadığından, kanun yoluna başvurmada bir problem yaşanmadığından, ıslah ya da ek dava yolu ile istenilen amaca ulaşılabilirdiğinden ötürü öncelikle kısmi dava açılmaktadır. Ancak açılan bu kısmi davalarda, davacı yan adeta fal bakar gibi dava oluşturmaktadır. Davacı istediği tüm haklar için, "fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu" beyan etmekte ve somut hiçbir beyanda bulunmak gereğini hissetmeksizin dava açmaktadır. Açılan bu davada ne hikmetse davacı, aylardır almış olduğu aylığın kaç lira olduğunu, hangi yıllarda izin kullandığını, kaç saat fazla mesai yapıp parasını alıp almadığını bilmemekte, tüm bunları tanık beyanlarına dayalı olarak, bilirkişinin saptamasına bırakmaktadır. Kısaca eda davası yerine öncelikle tespit davası açmaktadır. Hatta dava dilekçeleri nerede ise, "x adlı işçi y işyerinde çalışmıştır, işten atılmıştır, kıdem, ihbar, izin, hafta sonu, bayram ve fazla mesai ücretlerini, noksan ödenen aylıklarını istiyorum" şekline dönüşmüştür.

Açılan bu dava, avukatlık ücreti açısından gerek davacının kendisine gerekse davalı vekilinin zararına yol açmaktadır.

İşte bu nedenlerle, bu yazımda zorunlu olarak kısmi davaya ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Ancak yazının başlığından da anlaşılacağı gibi, bu yazının gerçek amacı, kısmi davanın avukatlık ücretine etkilerinin neler olduğunu incelemek olacaktır.

Kısmi dava, Sayın Prof. Dr. Baki Kuru'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri adlı kitabının 2001 basısının 1529 sayfasında "... tümü ihlal yada inkar olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir" diye tanımlanmaktadır. Buna benzer tanımlar değişik yazılarda ve yargı kararlarında da yer almaktadır. Kısmi davanın varlığı ve tanımı açısından öğretide ve yargı kararlarında farklı bir tanım/yaklaşım bulunmamaktadır.

Gerek bu tanımdan gerekse bugüne kadar edindiğimiz bilgilerden yola çıktığımızda, kısmi davanın bir hak olduğunu görmekteyiz. Bu hakkın kullanımı ile özellikle davacı yan, daha az yargılama gideri, özellikle daha az harç ödeyerek bir hakkın var olup olmadığının yargı tarafından karara bağlanmasını sağlamaktadır.

Davacı bu hakkını kullandıktan sonra, oluşan duruma göre, ek dava açarak, davasının talep kısmını ıslah ederek, davalının iddianın genişletilmesine olur göstermesi ile, veya sulhun değişik şekillerinden örneğin Avukatlık Kanunu 35/A dan yararlanarak, kısmi davasını tam dava haline dönüştürmekte yada hiç davaya başvurmadan ilamsız takip yolu ile yapacağı icra takibi ile tam davada elde etmesi olası hakları elde etmektedir.

Ancak, benim kişisel kanıma göre, davacı, kısmi dava açarak, bir anlamda "eda davası açılması mümkün iken tespit davası açılmaz" kuralına da, bir istisna oluşturmaktadır.

Ayrıca davacı, Anayasa Mahkemesi'nin HMUK'un 87 maddesinin son cümlesinde yer alan "Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" hükmüne ilişkin iptal kararından sonra oluşan durumdan yararlanarak, kısmi davadan tam davaya geçerken, ıslah yolunu kullanırsa, harç yükümlülüğünden de kaçmış olmaktadır (bu konuda daha geniş bilgi, Yargıtay Tetkik Hakimi Sayın Şahin Çil tarafından adalet.gov.tr sitesinde yayınlanan "Islah Yolu ile Dava Konusunun Arttırılması" adlı yazıda bulunabilir. Söz konusu yazının 4 sayfasında, sayın yazar bu görüşünü 15 nolu dip not olarak gösterilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına dayandırmaktadır, Ancak internet ortamında yayınlanan bu makalede dip notlar gözükmediği için Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararının tarih ve numarasını sizlere sunmak olanağına

kavuşamadım. Makalede aynen “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında ıslahın yeni bir dava olmadığından söz ederek yeniden harç alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir” denilmektedir. Söz konusu yazıda, devam eden cümlelerde yazar kendi fikrini de belirterek uygulamada alınan harcın yanlış olduğu çok açık bir şekilde dile getirilmektedir).

Bir hakkın kısmi dava yolu ile istenilmesinde, usul hukukuna ilişkin kuralların doğru uygulanabilmesini sağlamak, özellikle davalının haklarının kullanılmasını engellemek için, HMUK ta bazı özel hükümlerin bulunduğunu da unutmamak gerekir. Bunların en başında göreve ve kanun yoluna başvurmaya ilişkin kurallar gelmektedir. HMUK 4.maddesine göre, kısmi davada görev, kısmi davadaki müddeabihe yani dava değerine göre saptanmamakta, tam davanın, dava değerine göre saptanmaktadır. Böylece, davanın bölünmesi yolu ile, görevli mahkemenin değiştirilmesine olanak verilmemektedir. Aynı olay, kanun yoluna başvururken de uygulanmakta ve bu hususu düzenleyen HMUK 428.maddesine göre, kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağı, tam davanın değerine göre saptanmaktadır.

Özellikle HMUK 4 ve 428 maddelerinde yer alan hükümler nedeni ile davacının, davanın açıldığı aşamada, davanın değerini bildiği buna rağmen bu değerini tamamı üzerinden dava açmak yerine, değerini bir kısmı üzerinden dava açtığı kabulü gerekir. Hatta benim kişisel kanıma göre, kısmi dava açan davacı, kamu düzenine ilişkin olan göreve ait HMUK hükümlerinin doğru uygulanabilmesi açısından, dava dilekçesinde, kısmi dava konusu olarak belirlediği kısmi dava değerinin yanı sıra, tam dava değerini de göstermek zorundadır. Ancak yazının başlangıcında da söylediğim gibi, uygulamada özellikle iş davalarında bu emredici hükme hiç uyulmamaktadır.

Kısmi dava açan kişi, noksan harç ödeyerek hazineye karşı sağladığı avantajı, noksan avukatlık ücreti ödeyerek, avukata karşı da sağlamaktadır.

Bilindiği gibi Avukatlık Kanununun 164/2 maddesi, para ile ölçülebilen davalarda, yapılacak sözleşmelerde, avukatlık ücretinin, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden az, müddeabihin (dava değerinin) % 25 inden fazla olamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle kısmi davalarda, akdi vekâlet ücretinin saptanmasında, bunun sözleşmeye bağlanmasında, bu kurallara bağlı kalınarak, kısmi davada gösterilen müddeabih üzerinden, bir ücret sözleşmesi yapmak zorunluluğu bulunmaktadır. Hâlbuki davacı asılın, bizim ve herkesin bildiği gibi, kısmi davada seçilen değer, gerçek dava değerinden çok düşük bir değerdir. Üstelik yukarıda da belirttiğim gibi, kısmi dava oluşturulurken, tam davanın dava değeri bilinmektedir. Hatta HMUK 4 ve 428 maddeleri gereği dava dilekçesinde belirtilmesi gerekmektedir. Buna rağmen, kısmi dava için Avukatlık Kanununda, özel bir hüküm olmaması nedeni ile avukatlık ücret sözleşmesinin, davacının arzusu ile seçilen küçük değer üzerinden yapılması gerekmektedir. Bunun adil olduğunu, hakkaniyetle bağdaştığını söylemek ise mümkün değildir. Avukat kısmi davayı hazırlarken, tüm bildiklerini değerlendirmekte ve gereken özeni göstermektedir. Avukat için emek açısından kısmi dava ile tam dava arasında bir fark bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğim gibi kısmi davanın müddeabihi (dava değeri) ne olursa olsun görevli mahkeme ve kanun yollarına başvurma prosedürü tam davadaki değere göre oluşturulmaktadır. Kısmi davanın sonuçlanması ile elde edilen kesin hüküm kısmi davanın tam davaya dönüştürülmesi için seçilen yöntemde kesin delil özelliğini taşımaktadır. Kısmi davanın sona ermesi ile davacı asıl, yukarıda da söylediğim gibi pratik anlamda bir nevi tespit davası kazanmış olmaktadır. Artık kısmi dava ile tespit ettirdiği, tam dava değeri üzerinden hiç korkusuzca yeni bir dava açmak ya da yukarıda belirttiğimiz yollardan biri ile hakkını elde etmek şansına sahiptir. Böyle bir olanak var iken, tamamlayıcı nitelikteki yeni davası için, avukattan yardım istemeye, ona yeni bir ücret ödemeye ne gerek vardır?

Böylesi bir durumda, avukatın emeğinin nasıl koruması gerektiğini düşünmek ve bir çözüme kavuşturmak gerekmektedir. Benim kişisel kanıma göre, öncelikle gerek öğretide

yapılacak yorumlarla gerekse yargıda alınacak kararlarla, kısmi davada, davanın müddeabihinden, tam davanın müddeabihini anlamamız gerektiği belirtilmelidir. Bunun taraflı bir yorum olduğunu biliyorum ama zaten görev ve kanun yollarına ilişkin HMUK maddeleri de aynı yolu benimsemişlerdir. Nasıl tarafların görevsiz mahkemede yargılanma riskini yada kanun yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmanın riskini yok etmek için HMUK ta bu yol benimsenmiş ise, tam dava ile kısmi dava için aynı emeği harcayan avukatın ücretinin saptanmasında ki adaletsizliği ortadan kaldırmak için, bu yol benimsenmeli, onun emeğinin de yok pahasına elde edilmesi önlenmelidir.

Yukarıda ki çözümün yanı sıra, davacı asıl ile avukat arasında oluşturulan ücret sözleşmesi düzenlenirken tam davanın, kısmi davadan sonra kalan kısmı için, kalan kısmın da ilk avukat tarafından takip edileceğine ilişkin bir şart ve buna aykırı davranış halinde uygulanması gereken cezai şart yazılabilir. Ancak, bu şart yazılırken, davacı asılı dava açmaya zorlayacak sözcüklere yer vermemek gerekir. Çünkü dava açıp açmamak anayasal bir haktır, kanımca bunu çiğneyecek şekilde yapılan sözleşmeler batıldır. Böylesi bir durumda ise, davacı asılın dava açıp açmadığını takip olanağı her zaman doğmayacağından ve kalan hakkını sulh yolu ile alması halinde bunu izlemenin çok güç olacağından ötürü yazılan şart bir anlam ifade etmeyecektir. Üstelik davacı asıl kalan kısım için sulh, Av.K. 35/a gibi daha pratik bir yol uygulanmasını isteyebilir. Bu durumda ise, ilk kararlaştırılan ücretin, yasada belirtildiği gibi ½ kuralı ile değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle de avukatın zararının doğması söz konusu olacaktır.

Davacı asıl böylesi bir istemde bulunmasa bile ek davanın açılması ile davalı taraf ilk celseden önce kabul beyanında bulunarak, karşı taraf vekâlet ücretine ilişkin alacağı yarıya düşürebilir. Aslında uygulamada buna benzer bir yola rastlanmaktadır. Davalı işveren davanın kaybedilmesini anladığında, davacı işçiye haber göndererek, avukatını işe karıştırmamak şartı ile kendisine, davada hüküm altına alınacak paranın altında bir parayı hemen ve nakit olarak ödemeyi önermekte ve bu şekilde kendi yararına bir sonuca ulaşmaktadır.

Bunları önlemek için, kısmi davanın açılması halinde, davalı, karşı dava olarak ya da birleşen dava olarak, olumsuz tespit davası açıp, davayı gerçek değere ulaştırır ve alacağın tümü hakkındaki uyuşmazlık bir davada çözümlenmiş olur.(Baki Kuru Hukuk Usulü Muhakemeleri adlı yapıtının 2001 bası sayfa 1518). Böylece avukatlık ücretinde, taraf avukatlarına, akdi ve karşı taraf vekâlet ücretinde, haksızlık yapılması önlenmiş olur. Ancak, hiçbir davalı avukatı, vekil edenini harç ve vekâlet ücreti açısından bir yük altına sokmak istemeyeceği gibi böylesi bir riski de üstlenmek istemeyecektir.

Kanımca, bu durumda düşünülmesi gereken bir başka çözüm ise, kısmi davadan sonra, gerçek dava değerine ulaşmak için açılan dava, bir başka avukat ya da bizzat asıl tarafından açılırsa, ilamın, ilamda adı geçen avukat dışında bir başka avukat tarafından icraya konulmasında, İİK göre, icra müdürlüğünün ihbar yükümlülüğünde olduğu gibi, yasa ile avukat tarafından ya da mahkeme tarafından, ilk avukata ihbar yükümlülüğü getirilebilir, hatta bu konuda yasal düzenleme sağlanıncaya kadar bu konu meslek kuralı ile çözümlenebilir. Tabii ki en güzel çözüm olarak, ilk avukatın gerçek dava değeri üzerinden akdi ve karşı taraf vekâlet ücretine hak kazanacağı yasada düzenlenebilir hatta bu tür sözleşmelere izin verilebilir.

Biz ek davanın kararın kesinleşmesinden sonra açıldığını varsayarak yukarıda yer alan açıklamaları gerçekleştirdik. Eğer ek dava kısmi davanın devamı sırasında örneğin bilirkişi raporlarının gelmesinden sonra açılmış ise, davacı avukat gerek akdi gerekse karşı taraf vekâlet ücreti olarak kendini garantiye almış olacaktır. Buna karşılık davalının avukatının durumu ortada kalacaktır. Ek dava dilekçesini alan davalı asıl, bu ek davayı birleştirme yapılmaksızın kendi takip etmek isteyebilir ve eğer davacının özel bir düşüncesi ve isteği yoksa davalı avukatına ödenmesi muhtemel karşı taraf vekâlet ücretinden kaçınmak için bu isteği

kabul etmesi ve davaların ayrı ayrı görülmesini sağlaması çok doğaldır. Böylesi bir durumda, hâkim de resen birleştirme yetkisini kullanmamış olabilir ya da bir kısım davanın avukat eliyle diğer kısmının asıl eliyle görülmesinin yaratacağı kargaşadan kaçınarak bu yolu seçebilir. Böylece birinci davayı bekletici mesele yapan hâkim ikinci bir davayı birinci davaya uygun karar vererek çözebilecektir ve davalı avukatının hakları hiçe sayılacaktır.

Bu durum kesinleşen karardan sonra açılan ek davaya çok benzer niteliktedir. Bunun dışında kalan birleştirme ile aynı dava dosyasında takip edilen ek dava yada ıslah yolu ile talebin değiştirildiği ve bir nevi ek dava açıldığı durumlarda ne olacaktır. Davalı avukatı ıslah ya da birleştirilen ek dava nedeni ile tam davaya bakmakla yükümlü olmasına rağmen arttırılan kısım için bir akdi vekâlet ücreti için, ücret sözleşmesi yapmak olanağını kaçırmıştır. Davadan çekilmenin de bir yararı olmayacaktır. Üstelik onun yapacağı savunma ve temyiz tüm davayı kapsayacaktır. Yani davalı yan gerçek bedeli ödemedi avukatın yardımından yararlanacaktır. Bu durumda sadece yasanın belirlediği akdi vekâlet ücretine hak kazanacaktır. Belki ona bile hak kazanmayacaktır. Çünkü davalı, davalı avukatından böylesi bir yardım istemediğini beyan edecek ve ücret yükü olmadığını savunacaktır (Böylesi bir durumda yargı kararlarının nasıl olacağını merak ediyorum, ancak yorum yapamıyorum).

Belki de, böylesi durumları önleyebilmek, kısmi davanın, tam davaya çıkarılması halinde davalı avukatın hakkını almasını sağlamak için, davalı avukatı kısmi dava için akdi avukatlık sözleşmesini yaparken, sözleşmesini Avukatlık Kanunu yapılan değişiklikten de yararlanarak ücretini yüzde ile belirtmeli, bu yüzdeyi ek dava ve ıslah içinde geçerli hale getirmelidir.

Ankara, Mayıs 2009

Avukat Konusunda Yazılar Arşivi :

<http://www.inisiyatif.net/arsiv/web/filtre/Avukat.asp> üzerine tıklayınız

Yazarın Sitedeki Diğer Yazıları :

<http://www.inisiyatif.net/arsiv/web/filtre/yEnderDede.asp> üzerine tıklayınız