

AVUKATIN HAPİS HAKKI*

Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN**

Öz

Avukatın hapis hakkı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacaklarını tahsil edebilmelerini sağlamak amacıyla, avukatlar lehine tanınmış özel bir teminat türüdür. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda iki ayrı hükümde düzenlenen bu hakkın, avukata, hapsedilen eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi tanıyıp tanımadığı tartışmalıdır. Bu tartışma kapsamında, hapsedilen eşyanın paraya çevrilmeye elverişli olup olmamasına göre, avukatın genel nitelikte bir hapis hakkı veya yalnızca bir alıkoyma hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Avukatın koşulları henüz sağlanmamış hapis hakkını kullanması veya bu hakkın sınırlarını aşması, avukatın azlini haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilebilir ve ayrıca avukatın disiplin sorumluluğunu yahut hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma veya zimmet suçlarından ötürü cezai sorumluluğunu doğurabilir. Bu kapsamda, avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için öğretide ve yargı uygulamasında kabul edilen koşulların etraflıca incelenmesi isabetli olur. Avukatın hapis hakkı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin muaccel alacaklar için kullanılabilir. Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanmayan veya henüz muacceliyet kazanmamış alacaklar bakımından avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Avukatın hapsedilecek eşya üzerindeki zilyetliği müvekkilin rızasıyla ve avukatlık sözleşmesi kapsamında elde etmiş olması gerekir. Avukat, müvekkil tarafından doğrudan veya dolaylı olarak zilyet kılınmış

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.04.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 29.04.2021*
Bu çalışma, 14-15 Nisan 2021'de İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Teminat Hukuku Sempozyumu'nda (Online) bildiri olarak sunulan tebliğin tam
metnidir.

** *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,*
caner.tasatan@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4090-324X
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1006

olabilir. Bunun dışında müvekkilin, dolaylı dahi olsa zilyedi olmadığı eşyanın yargı yoluyla teslim alınması veya üçüncü kişilerdeki alacağın tahsil edilebilmesi amaçlarıyla avukatı yetkilendirmiş olması mümkündür. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için hapsedeceği eşya ile alacağı arasında doğrudan bir bağlantı bulunmasının gerekli olup olmadığı da tartışmalıdır. Burada ise eşya ve alacak arasında doğrudan bir bağlantı aramamak, diğer bir deyişle zilyetliğin avukatlık faaliyetinin yürütülmesi sebebiyle elde edilmiş olmasını yeterli kabul etmek isabetli olur. Bunların dışında, avukatlık sözleşmesinde tarafların hapis hakkının kullanılmayacağı yönünde anlaşmış olmaları, avukatın alacağının sona ermesi, hapsedilecek eşyanın haczinin kabil olmaması gibi sebepler, avukatın hapis hakkının varlığına veya kullanılmasına engel olur. Avukatın hapis hakkını kullanacağı veya kullandığı yönünde müvekkile bildirimde bulunması, avukatlık sözleşmesinden doğan hesap verme yükümlülüğüne ilişkindir. Böyle bir bildirim yapılmamış olması, avukatın hapis hakkının varlığına veya bu hakkın kullanılmasına engel değildir.

***Anahtar Kelimeler:** Avukatın hapis hakkı, avukat, müvekkil, avukatlık sözleşmesi, avukatlık ücreti.*

Attorney's Right to Lien

Abstract

Attorney's right to lien is a special type of guarantee entitled to the attorneys to collect their receivables related to the attorney fee and costs that have been incurred. Regulated by two separate provisions in the Attorneyship Law No. 1136, it should be discussed that whether this right authorizes the attorney to ask the retained property to be turned into cash. Against the backdrop of this discussion, it is necessary to acknowledge that the attorney has a general right to a lien or only a single retention right, depending on whether the retained property is eligible for encashment.

Exercising the right to lien for which conditions have not been met or exceeding the limits of this right by the attorney may be described as a valid ground for the dismissal of the attorney and may also bear the disciplinary responsibility or the criminal liability for the attorney's offence of mistrust or embezzlement due to service. In this context, it would be appropriate to thoroughly examine the conditions adopted in the doctrine and judicial practise for the attorney to exercise his right to lien. The attorney's right to lien may be exercised for the receivables related to the attorney fee and costs that have been incurred. An attorney cannot exercise his right to lien for the non-contractual or undue receivables. The attorney must have acquired the possession of the properties to be retained with the consent of the client and under the attorney contract. The attorney may have been directly or indirectly appointed as a possessor by the client. Furthermore, the client may have authorized the attorney for receiving the property, which, even indirectly, are not possessed by the attorney, or collecting the receivables from third parties. It is also controversial whether a direct link needs to exist between what the attorney will retain and his receivable to exercise his right to lien. At this point, it would be appropriate not to seek a direct link between the property and the receivables, in other words, it is sufficient to accept that the possession was acquired due to the conduct of the legal activity. Other than these, the causes such as the agreement of the parties on the non-exercise of the right to lien in the attorney contract, the expiration of the attorney's receivables, the impossibility of the seizure of the property to be retained preclude the existence or exercise of the attorney's right to lien. Notification to the client by the attorney that he will exercise or exercised his right to lien is related to the obligation of accountability arising from the attorney contract. Failure to serve such notice shall not preclude the existence or exercise of the attorney's right to lien

Keywords: *The Attorney's right to lien, attorney, client, attorney contract, attorney fee.*

Giriş

1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Av. K.) m. 1-2 hükümleri, avukatlık mesleğinin niteliğine ve bu mesleğin amacına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlerde, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olan avukatlığın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği, avukatlığın amacının ise hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ve her türlü hukuki uyuşmazlığın hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ile yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurum ve kurullar nezdinde hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamak olduğu, bu amaçla avukatın hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis ettiği hususları düzenlenmektedir. Avukatlık mesleğinin bu yönü, avukatın yapmış olduğu mesleki faaliyeti karşılığında bir kazanç elde etmesine engel değildir. Nitekim Av. K. m. 163-164 ve 173 hükümlerinden avukat ve müvekkil arasındaki sözleşmenin avukatlık sözleşmesi olarak adlandırıldığı, bu sözleşme kapsamında avukatın hukuki yardımının karşılığı olarak bir avukatlık ücretine hak kazanacağı, avukata tevdi edilen işin yapılmasından doğan bütün giderlerin -aksi kararlaştırılmadıkça- müvekkilin sorumluluğunda olacağı anlaşılmaktadır.

Müvekkil, talep etmiş olduğu hukuki yardım karşılığında, avukatın ücretini ve bu hukuki yardımın gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak bu ücretin ödenmediği veya giderlerin karşılanmadığı durumlara sıklıkla rastlanılır. Böyle durumlarda avukatın, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifada sıraya ilişkin TBK m. 97 hükmü kapsamında, kendi borcunu ifa etmekten kaçınması mümkündür. Belirtelim ki ücreti ödenmeyen avukatın iş görmekten kaçınabilmesi, Av. K. m. 174/3 hükmünde de açıkça düzenlenmektedir. Ne var ki avukata tanınan bu güvence, avukatlık ücretinin işin görülmesinden sonra ödeneceği hususunda anlaşıldığı veya işin görülmesi sırasında birtakım giderlerin ortaya çıktığı durumlar bakımından yeterli değildir. Bunun dışında, yargının kurucu bir unsuru olan avukatın ücretini almaması sebebiyle iş görmekten kaçınması ve bu sebeple müvekkilin hak kaybına uğraması, mesleğin onur ve vakarına da bütünüyle uygun sayılmaz. Böyle

durumlara yönelik olarak "avukatın hapis hakkı", avukatlık ücretinin ve yapılan giderlerin tahsil edilebilmesi için özel bir teminat imkânı biçiminde, Avukatlık Kanunu'nda yer almaktadır.

I. Kavram

Avukatın hapis hakkı, Avukatlık Kanunu'nda iki ayrı hükümde düzenlenmektedir. Bunlardan "*Avukatın Hapis Hakkı*" başlıklı Av. K. m. 166/1 hükmüne göre "*Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.*"; diğer bir hüküm olan "*Avukatın Dosya Saklaması ve Hapis Hakkı*" başlıklı Av. K. m. 39/2 hükmüne göre ise "*Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.*" Belirtilen hükümlerin, avukata -TMK m. 950 vd. hükümlerinde düzenlenen genel hapis hakkında olduğu gibi- hapsedilen eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi tanıyıp tanımadığı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri ikiye ayırabiliriz:

(i) Öğretide azınlıkta kalan bir görüş¹, Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin, özellikle lafızları itibarıyla, avukata yalnızca eşyanın iadesinden kaçınma hakkı verdiği, hükümlerin başlıklarının "*hapis hakkı*" olmasının bu eşyanın paraya çevrilmesini talep etme yetkisi tanımayacağı, yine bu hükümlerin avukatın hapis hakkını düzenleyen birer özel hüküm olarak genel nitelikteki TMK m. 950 vd. hükümlerinin uygulanmasına engel olacağı, buna bağlı olarak Avukatlık Kanunu'nda avukata yalnızca bir alıkoyma hakkı (eksik hapis hakkı) tanındığı yönündedir.

(ii) Öğretideki hâkim görüş² ise Av. K. hükümlerinin temelinde iki ayrı durumu düzenlediği, bunlardan m. 166/1 hükmünün paraya çevrilmeye

¹ SARI, Suat: Alıkoyma Hakkı, İstanbul, 1997: s. 57 vd. Bu yönde bkz. SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2017: s. 675-676; ATALAY, Oğuz (PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya) Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2017: s. 2394.

² CANSEL, Erol: Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara, 1961: s. 153; İMRE, Zahit: "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XVIII, S. 3-4, 1952: s. 766-767; ADAY, Nejat: Avukatlık Hukukunun

elverişli diğer eşya üzerinde "tam hapis hakkı" tanıdığı, m. 39/2 hükmünün ise paraya çevrilmeye elverişli olmayan dava dosyası, belge, delil gibi eşya bakımından avukata bu kez yalnızca bir "eksik hapis hakkı" (alıkoyma hakkı) tanıdığı, Avukatlık Kanunu'ndaki bu hükümlerin TMK m. 950 vd. hükümlerine istisna getirmediği, bunun yerine avukat tarafından hapsedildikten sonra paraya çevrilmesi istenebilecek veya üzerinde alıkoyma hakkı kullanılabilecek eşyayı somutlaştırdığı yönündedir.

Yukarıda belirtilen tartışmada her iki görüşün de aksayan yönleri bulunmaktadır. Ancak yine de hâkim görüşe üstünlük tanımak gerektiği kanısındayız. Burada, öncelikle, azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü özel-genel hüküm ilişkisini, diğer bir deyişle Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin, TMK m. 950 hükümlerinin uygulanmasına etkisini incelemekte fayda vardır. Belirtelim ki "özel hükmün genel hükmün uygulanmasına engel olması" (*lex specialis derogat legi generali*) ilkesi, özel hükmün kapsamının, genel hükmün de kapsamı içerisinde olması durumunda geçerlidir. Özel hükmün genel hükmün kapsamını aşması durumunda ilgili hükümler arasında, özel-genel ilişkisi yerine, bir "kesişme ilişkisi" (*Überschneidungsverhältnis*) bulunduğu kabul edilir³.

Genel Esasları, 2. bs., İstanbul, 1997: s. 71; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. bs., İzmir, 2003: s. 275-276; ÇETİNER, Bilgehan: Hapis Hakkı, İstanbul, 2010: s. 178 vd.; GÜNER, Semih: Avukatlık Hukuku, 6. bs., Ankara, 2015: s. 697-698; ALDEMİR, Hüsnü: Uygulamada Avukatlık Hukuku, Ankara, 2018: s. 523, 549-550. Bu yönde bkz ÇELİK, M. Lamih: TBB Disiplin Kuralı Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, 4. bs., Ankara, 2019: s. 44. Ayrıca bkz. MÜDERRİSOĞLU, Feridun: Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara, 1974: s. 143 vd.: Paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerinde avukatın hapis hakkı bulunduğu görüşünde olan yazar, paraya çevrilmeye elverişli olmayan diğer eşya bakımından bir açıklamada bulunmamaktadır. Karş. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. bs., İstanbul, 2010: s. 505-506: Av. K. m. 39/2 hükmünün paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağını düzenleyen 951/1 (MK m. 865) hükmünün istisnası niteliği taşıdığı görüşünde olan yazar, bu nitelikteki eşya üzerinde kurulacak bu hapis hakkının nihayetinde nasıl kullanılacağına ilişkin bir açıklamada bulunmamaktadır.

³ KRAMER, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, München-Bern-Wien, 2019: s.126: Özel-genel hüküm ilişkisinde, T1'in (özel hüküm, *lex specialis*) uygulandığı bütün durumlarda T2 (genel hüküm, *lex generalis*) uygulanabilir. Diğer bir deyişle T2'nin uygulama alanı, T1'in tamamını kapsar ve onun ötesine geçer. T1'in T2'nin kapsamı dışında da uygulanabilmesi, burada yalnızca bir kesişme ilişkisi bulunduğunu gösterir.

Nitekim Av. K. hükümleri bakımından durumun bu nitelikte olduğunu görüyoruz. Gerçekten, paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerinde "hapse yönelik" bir hak tanıyan bu hükümlerin salt birer özel hüküm olarak kabul edilmeleri ve böylece TMK m. 950 hükümlerinin uygulanmasına engel olmaları mümkün değildir⁴.

Ancak yukarıda vardığımız sonuç, bu kez de Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin etkisini tartışmaya açmaktadır. Zira belirtilen hükümler, lafızları itibarıyla, avukata yalnızca eşyanın iadesinden kaçınma hakkı vermektedir. Bu eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi açıkça düzenlenmiş değildir. Gerçi Av. K. hükümlerinde avukata bu yönde bir yasak getirilmemiştir ancak başkasının mülkiyetinde yer alan bir eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisinin kanunda düzenlenmiş olması gerektiği açıktır. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması durumunda alıkonulan eşyanın paraya çevrilmesi ancak TMK m. 950 vd. hükümleri kapsamında mümkün olabilir. Nitekim hâkim görüşte olan yazarların dayanak noktalarından birinin, Avukatlık Kanunu'ndaki hükümlerin başlıklarında Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği biçimde "hapis hakkı" ifadesinin yer alması olduğu görülmektedir⁵. Bu ise azınlıkta kalan görüşe yöneltilen kanunun yalnızca sözünün dikkate alındığı yönündeki eleştirinin⁶ bir benzerinden başkası değildir. TMK m. 1/1 hükmü kapsamında kanunun özü araştırılırken hükmün içeriği yerine başlığın üstün tutulması, sistematik açıdan da eleştiriye açıktır.

O halde burada kanunun amacından yola çıkmak, bunu yaparken de subjektif ve objektif tarihi yorum metotları ile bir inceleme yapmak gerekir. Bu metotlar bakımından yapılacak incelemede varılacak sonuçlar ise oldukça dikkat çekicidir. Zira yürürlükteki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun m. 192 hükmü ile ilga ettiği 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda⁷, yalnızca "fasıl" (ayırım) başlıkları bulunmaktadır. Bu

⁴ ÇETİNER: s. 181, dn. 498.

⁵ ÇETİNER: s. 178-179.

⁶ ÇETİNER: s. 178-179.

⁷ Bu kanun, Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemleri içerisinde yer almamaktadır. Kanunun kabul edildiği haliyle tam metni için bkz. Resmî Gazete 14.07.1938-3959.

kanunda madde başlıkları yoktur. Ancak önceki kanun dönemine ilişkin olarak öğretide, esasen, TMK m. 950/1 (MK m. 864/1) hükmünde yer alan hapis hakkının bütün unsurlarını sağlayan bir hapis hakkının avukata da tanınmış olduğuna işaret edilmektedir⁸. Esasen 3499 sayılı Kanun m. 134/1 hükmünde yer alan "*emval ve nükudu (...) hapsedebilir*" ifadesi de bu biçimde yorumlanmaya daha elverişlidir.

1136 sayılı Kanun m. 166 hükmünün gerekçesinde⁹ ise avukata hapis hakkı tanındığı belirtilmiş¹⁰ ve madde başlığı da bu biçimde düzenlenmiş ancak hüküm "*malları, parayı veya diğer her türlü kıymetleri (...) elinde tutabilir*" olarak değişmiştir. Bu kapsamda, kanun koyucunun, avukata eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisini haiz özel bir hapis hakkı tanınması yönünde bilinçli bir iradesi bulunmadığı sonucuna varılabilir. Ancak yine de Av. K. m. 166/1 hükmünün avukatın -TMK kapsamında- hapis hakkı bulunduğuna işaret eden ve üzerinde hapis hakkı kullanılacak eşyayı somutlaştıran bir hüküm olduğunu, buna karşın Av. K. m. 39/2 hükmünün paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerinde avukata yalnızca alıkoyma hakkı tanıdığını kabul etmek tek başına isabetli olmayacaktır.

Kanımızca Avukatlık Kanunu'nda yer alan hükümlerin amacını, avukatın alacağını elde edebilmesi temelinde incelemekte fayda vardır. Kanunda yer alan her iki hükmün de ortak amacı, avukatın alacağını elde edebilmesidir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için avukatın eşya üzerinde hapis hakkı bulunduğunu işaret etmeye gerek yoktur. Zira bu hak TMK m. 950 vd. hükümlerinde zaten vardır. O halde her iki hükmün de farklı bir yönü olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekir. Burada, özellikle hükümlerin lafızlarının da yardımıyla, Av. K. m. 166/1 hükmünün

⁸ CANSAL: s. 151.

⁹ 20.01.1967 Tarih ve 1/313 Esas sayılı Avukatlık Kanunu Tasarısı ve gerekçesi için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d02/c032/mm__02032041ss0324.pdf Erişim Tarihi: 19.01.2021.

¹⁰ Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın çalışmaları sırasında Eskişehir Milletvekili İsmail Angı ve iki arkadaşı tarafından verilen 2/445 sayılı Avukatlık Kanunu Teklifi'nin (m. 166 hükmünü karşılayan) m. 180 hükmünün gerekçesinde, o dönemin mevzuatı içerisinde de avukatın hapis hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

hapsedilecek eşya ile alacak arasındaki doğrudan bağlantıyı daha sonra açıklanacağı üzere avukat-müvekkil ilişkisi olarak genişlettiği, Av. K. m. 39/2 hükmünün ise TMK m. 950 vd. hükümleri kapsamında üzerinde hapis hakkı kullanılması mümkün olmayan bu eşya üzerinde avukata müvekkili "ödemeye zorlama" (*tediyeye tazyik*) amaçlı bir alıkoyma hakkı tanıdığı sonuçlarına varmak isabetli olur.

Görüldüğü gibi avukatın hapis hakkı, iki ayrı durumu ifade etmektedir. Av. K. m. 166/1 hükmü kapsamında kullanacağı hapis hakkında avukat, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edebilmek amacıyla, eşyanın paraya çevrilmesini talep edebilir. Buna karşın Av. K. m. 39/2 hükmü kapsamında kullanacağı hapis hakkında avukat, alacağını tahsil edinceye kadar eşyayı yalnızca alıkoyabilir. Ancak her iki durumda da bu hakkın, Avukatlık Kanunu'nda avukatlar lehine tanınmış tam veya eksik nitelikte özel bir hapis hakkı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Bu kapsamda da TMK m. 950 vd. hükümlerinin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, Av. K. hükümleri kapsamındaki her iki hapis hakkına uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır¹¹.

Avukat, ücret ve gider alacağı kendisine ödenene kadar, müvekkili tarafından verilen veya onun adına aldığı her türlü mal, para ve diğer her türlü kıymeti elinde tutabilmektedir. Av. K. hükümlerinde bu değerler arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre avukat, sözgelimi,

¹¹ Benzer yönde bkz. CANSEL: s. 153. İsviçre hukukunda durum biraz farklıdır. Zira İsviçre'de Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerini karşılayan bir düzenleme yoktur. Bu kapsamda avukatın, paraya çevrilmeye elverişli olmayan dava dosyası veya delilleri gibi unsurlar üzerinde -kural olarak- bir alıkoyma hakkının bulunmadığı ancak tarafların sözleşmede bu hakkı kararlaştırmalarının mümkün olduğu, paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerinde ise bu kez ZGB Art. 895 (TMK m. 950) vd. hükümleri kapsamında hapis hakkının bulunduğu kabul edilir. Bkz. OFTINGER, Karl / BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 3. Auflage, 1981: Art. 896, N. 9-10; ZOBL, Dieter: Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, 1996: Art. 896, N. 8-12.

davada hükmolunan mal veya para, açılmaktan vazgeçilen davanın harç ve gider avansında kullanılmak üzere verilen para veya icra takibi başlatılmak üzere verilen her türlü kambiyo senedi yahut -paraya çevrilmeye elverişli olup olmaması fark etmeksizin- delil olarak kullanılacak her türlü belge üzerinde hapis hakkını kullanabilir¹².

Para üzerinde hapis hakkı kullanılması bakımından durum özelliğindedir. Gerçekten, mülkiyeti karışacak biçimde devredilen para üzerinde avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Zira para, artık onun mülkiyetindedir. Avukat bu parayı takas defini ileri sürerek müvekkile iade etmekten kaçınabilir. Nitekim avukat ve müvekkil arasındaki uyuşmazlıklarda, avukatın hapis hakkını kullandığı gerekçesiyle paranın iadesinden kaçındığı durumların çoğunda, esasen birer takas defî söz konusudur. Paranın mülkiyeti karışmayacak biçimde devredildiği, sözgelimi bir muhafaza içerisinde verilmesi veya bu iş için kiralanmış bir kasaya konulması yahut üzerine işaret konularak verilmesi gibi istisnai durumlarda ise avukatın hapis hakkını Av. K. m. 39/2 hükmünde olduğu gibi bir (eksik) hapis hakkı olarak değerlendirmek gerekir.

Buraya kadar olan açıklamalar çerçevesinde avukatın hapis hakkı, avukata, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edene kadar, zilyetliğinde bulunduğu her türlü taşınır eşya üzerinde, bu eşyanın niteliğine göre paraya çevrilmesini isteme veya onu alıkoyma yetkisi tanıyan özel bir teminat imkânı biçiminde tanımlanabilir.

II. Avukatın Hapis Hakkını Kullanabilmesi İçin Gerekli Koşullar

Avukatın, Av. K. hükümlerinde öngörülen hapis hakkını koşulları oluşmadan kullanması veya bu hakkın sınırlarını aşması, azli haklı kılan bir sebep olarak değerlendirilebilir¹³ ve avukatın disiplin sorumluluğunu

¹² Bununla birlikte, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 25 vd. hükümleri kapsamında gerçekleşen çocuk teslimi uygulamasında çocuğun bu hakkın kapsamına girmeyeceğinde hiçbir tereddüt yoktur. Burada, taşınır eşya üzerinde zilyetliğin icra yoluyla elde edilmesi benzeri bir yöntemin çocuklar için de uygulanıyor olmasının insan hakları öğretisi bakımından eleştiriye açık olduğuna işaret edelim.

¹³ Bu yönde bkz. YARG. 13. HD T. 05.10.2010 E. 2010/2876 K. 2010/12681: "(...) somut olayda, azlin haklı olup olmadığının tespiti için, öncelikle hapis hakkının kullanıldığı

veya hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma (TCK m. 155/2) yahut zimmet (TCK m. 247) suçlarından¹⁴ ötürü cezai sorumluluğunu doğurabilir. Bu kapsamda, avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için öğretide ve yargı uygulamasında kabul edilen koşulların etraflıca incelenmesi isabetli olur.

A. Hapis Hakkı ile Teminat Altına Alınacak Alacağın Avukatlık Ücreti ve Yapılan Giderlere İlişkin Olması

Avukatın hapis hakkının kullanabilmesi için gerekli birinci koşul, teminat altına alınacak alacağın avukatlık ücreti ile yapılan giderlere ilişkin olmasıdır. Avukatlık Kanunu'nda hem m. 166/1 hem de m. 39/2 hükümlerinde açıkça ifade edilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde avukatlık sözleşmesinden, diğer bir deyişle avukat-müvekkil hukuki

tarihte muaccel olan vekalet ücreti alacakları belirlenip, hapis hakkının, Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları hükümlerine göre, usulüne uygun olarak ve gerektiği gibi kullanılıp kullanılmadığı denetlenmek suretiyle, davacının söz konusu tarih itibarıyla muaccel olan vekalet ücreti alacaklarından daha fazla bir miktarı zimmetinde tutarak davalıya ödemediğinin ve hapis hakkının usulüne uygun olarak kullanılmadığının tespiti halinde azlin haklı, tersi durumda ise azlin haksız olduğunun kabulü ile bunun gerektireceği sonuçlara göre hüküm kurulması gereklidir. Azlin haksız olduğunun belirlenmesi halinde, davacı avukatın, dava tarihi itibarıyla belirlenecek olan bakiye ücret alacaklarının tahsilini talep edebileceği, buna karşılık azlin haklı olduğunun belirlenmesi halinde ise, davacının ancak, azil tarihi itibarıyla tamamlanıp, sonuçlanan işlerden dolayı vekalet ücretinin tahsilini isteyebileceği kabul edilmelidir. (...)" (Lexpera). Ancak avukatın hapis hakkını kullanması, tek başına azli haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilemez. Bkz. ve karşı. ÖZEN, Atilla: Avukatlık Hukuku, 3. bs., Ankara, 2019: s. 507.

¹⁴ Avukatın hapis hakkını usulüne uygun olarak kullanmaması durumunda hangi suçun gerçekleşmiş olacağı hususunda Yargıtay Ceza Dairelerinin farklı yönlerde karar verdiğine işaret eden bir karar için bkz. YARG. CGK T. 12.03.2019 E. 2018/454 K. 2019/196 (Legalbank). Ayrıca bkz. YARG. 9. CD T. 27.01.2021 E. 2020/4774 K. 2021/332: "(...) İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, (...) vekalet ücreti alacağından kaynaklanan hapis hakkını kullandığını beyan etmesi karşısında, anılan dava dosyalarının sanıktan sorulup, getirilmesi ve incelenmesi sonrasında sanığın toplam vekalet ücreti alacağının tespit edilerek uhdesinde para kalıp kalmadığı hususunda bilirkişi raporu alınmasına müteakip sanık avukatın haricen tahsil ettiği parayı müvekkiline vermemesi şeklindeki eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak veya zimmet suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (...)" (Legalbank).

ilişkisinden kaynaklı olmayan alacakların, avukatın hapis hakkının kapsamına girmeyeceği kendiliğinden anlaşılır¹⁵. Buna göre, sözgelimi, taraflar arasındaki satış veya kira gibi başkaca bir sözleşmeden veya haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme ile kanundan doğan diğer alacaklar bakımından alacaklının, borçlunun avukatlığını yapmış veya halen yapıyor olması itibarıyla özel bir teminat imkânına sahip olduğu sonucuna ulaşamaz.

Burada müvekkil ve avukat arasında iş sözleşmesi bulunması durumunu da ele almak gerekir. TBB Disiplin Kurulu kararına¹⁶ yansıyan bir olayda avukat, müvekkili adına ve hesabına aldığı para üzerinde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı sebebiyle hapis hakkı kullanmıştır. İlgili avukatın bağlı bulunduğu Baro Disiplin Kurulu tarafından verilen "(...) avukatın hapis hakkını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 166/1. maddesinde bu hakkın, avukatlık ücreti ve bu kapsamdaki giderlerin ödenmesine kadar kullanılabilmesi açıktır. Şikâyetlinin şikâyetçi şirketten alacağı taraflar arasındaki işçi-işveren sözleşmesinden kaynaklı olup şikâyetlinin kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için Avukatlık Kanunu kapsamındaki hapis hakkını kullanması usul ve yasaya aykırılık oluşturmaktadır." yönündeki karar TBB Disiplin Kurulu tarafından da isabetli bulunmuştur. Kanımızca, avukat ve müvekkil arasında vekâlet sözleşmesinin varlığını esas alan Av. K. m. 166/1 hükmündeki bu ifadeyi salt avukatlık sözleşmesinde yer alan ücret olarak algılamak hükmün amacına aykırıdır. Kıdem ve ihbar tazminatı alacağı, hukuki niteliği üzerindeki tartışmadan bağımsız olarak, nihayetinde avukatın iş görmesine bağlıdır. Buna göre belirtilen alacaklar bakımından da avukatın hapis hakkı kullanabileceği sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır.

¹⁵ MÜDERRİSOĞLU: s. 144; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 274-275, 276; SARI: s. 59; ALDEMİR: s. 525.

¹⁶ TBB Disiplin Kurulu T. 03.11.2018 E. 2018/712 K. 2018/695.

B. Hapis Hakkı ile Teminat Altına Alınacak Alacağın Muaccel Olması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli ikinci koşul, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağının muaccel olmasıdır¹⁷. Muacceliyet bakımından genel ilkeler uygulanır. Bu kapsamda tarafların, avukatlık ücretine veya yapılan giderlere ilişkin alacağın ne zaman muaccel olacağı hususunda anlaşmaları mümkündür. Taraflarca kararlaştırılan vadenin gelmesiyle birlikte alacak muaccel olur¹⁸. Böyle bir vade kararlaştırılmamış ise taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin yedek hukuk kurallarının uygulanması gerekir.

Avukatlık sözleşmesinde ücret alacağının ne zaman muaccel olacağına ilişkin bir hüküm yoktur¹⁹. Burada, avukatın üstlendiği işin sonuçlanmasıyla birlikte alacağının muaccel olacağı kabul edilir²⁰. Avukatın takip ettiği işin sonuçlanması, özellikle bu iş bir davanın takip edilmesi ise kararın kesinleşmiş olmasını ifade eder. Nitekim bu husus, Av. K. m. 171/1 hükmünde²¹ açıkça düzenlenmektedir. Benzer biçimde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) m. 2 hükmü²² de avukatlık ücretinin kesin hüküm elde edilinceye kadar olan iş ve işlemler ücreti karşılığı olduğu belirtilmektedir. Buna göre avukatın ücret alacağı, dava sonucunda verilen karar kesinleştiğinde muaccel olacaktır. Avukat,

¹⁷ CANSEL: s. 154; SARI: s. 59; GÜNER: s. 698-699; ALDEMİR: s. 541; YARG. 13. HD T. 25.06.2013 E. 2012/26965 K. 2013/17391.

¹⁸ CANSEL: s. 154; ÇELİK: s. 44.

¹⁹ Vekalet sözleşmeleri bakımından da durum böyledir. Bu tip sözleşmelerde, öğretide, vekilin üstlendiği işin tamamlanmasıyla birlikte ücret alacağının da muaccel olacağı kabul edilir. Bkz. TANDOĞAN: s. 575-576; ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. bs., Ankara, 2019: s. 629.

²⁰ ALDEMİR: s. 541; ÇELİK: s. 44.

²¹ Av. K. m. 171/1: "Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder."

²² AAÜT m. 2/1: "Bu Tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır. Avukat tarafından takip edilen dava veya işle ilgili olarak düzenlenen dilekçe ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez. Hükümlerin tavzihine ilişkin istemlerin ret veya kabulü halinde de avukatlık ücretine hükmedilemez."

muaccel olan bu alacağı için hapis hakkını kullanabilir²³. Takip edilen işin veya davanın müvekkil lehine sonuçlanmış olması ise gerekmemektedir²⁴.

Avukatın yapmış olduğu giderlere ilişkin alacağı bakımından ise durum biraz farklıdır. Burada giderin yapılmış olması, ücret alacağından farklı olarak, alacağın muacceliyeti bakımından yeterlidir²⁵.

Avukat, Av. K. m. 174/1 hükmüne göre, üstlendiği işi veya davayı haklı bir sebep olmaksızın takip etmekten vazgeçmesi durumunda ücrete hak kazanamaz. Böyle bir durumda avukatın ücret alacağının ve buna bağlı olarak da hapis hakkının bulunmayacağı açıktır²⁶. Buna mukabil avukatın haklı bir sebep olmaksızın azledilmesi durumu farklıdır. Böyle durumlarda avukat, Av. K. m. 174/2 hükmüne göre, ücretin tamamına hak kazanır ve bu alacağına ilişkin olarak da hapis hakkına sahip olur²⁷.

Avukatlık ücretinin sözleşmenin kurulması aşamasında taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olması, avukatlık sözleşmesinin kurulmasına ve avukatın bu sözleşme kapsamında bir ücrete hak kazanması ile buna bağlı olarak hapis hakkının bulunmasına engel

²³ YARG. 13. HD T. 25.06.2013 E. 2012/26965 K. 2013/17932: "(...) avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir. Yasada avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2. maddesinde düzenlenen "... avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." Hükümleri gereğince vekalet ücreti alacağının, üstlenilen işin bitmesiyle muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz. (...)" (Legalbank).

²⁴ SARI: s. 58, 59.

²⁵ Vekalet sözleşmesi bakımından bkz. TANDOĞAN: s. 585.

²⁶ Haklı sebeple azledilen avukat, yine Av. K. m. 174/2 hükmüne göre, ücrete hak kazanamaz. Ancak Yargıtay içtihadı, azil tarihi itibarıyla kesinleşen işler bakımından avukatın ücret alacağına hak kazanacağı yönündedir. Bkz. YARG. 13. HD T. 14.11.2017 E. 2015/22060 K. 2017/11136; YARG 13. HD T. 06.06.2016 E. 2015/33065 K. 2016/14295 (Legalbank). Buna bağlı olarak avukatın belirtilen ücret alacağı ölçüsünde hapis hakkı kullanması mümkündür.

²⁷ SARI: s. 58.

değildir²⁸. Zira böyle bir durumda avukatın ücret alacağı, Av. K. m. 164/4 hükmü kapsamında, asgari ücret tarifesine göre belirlenir. Avukat da bu kapsamda hapis hakkına sahip olur²⁹.

Avukatın, Av. K. 166/1 hükmü kapsamında paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerindeki hapis hakkını alacağı ölçüsünde ve sonuçlandırdığı iş ile orantılı olarak kullanabileceği³⁰ hususu, TBB Meslek Kuralları m. 45 hükmünde³¹ açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, sözgelimi, 100.000 TL alacağın tahsil edilmesi amacıyla başlatılan bir icra takibinde avukat 10.000 TL avukatlık ücretine hak kazanacaktır. Bu örnekte avukat, alacağın 50.000 TL kısmını tahsil edebilmiş hapis hakkını da sadece bu oranda ve yalnızca 5.000 TL için kullanabilir.

Avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar arasındaki olası bir miktar uyuşmazlığı durumunda avukatın hapis hakkını kullanmadan önce ücret alacağının belirlenmesine yönelik olarak bir dava açmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte hapis hakkının makul ölçüyü aşan bir miktarda kullanılması, azli haklı kılan bir sebep olarak değerlendirilebilir³². Av. K. 39/2 hükmü kapsamında paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerindeki (eksik) hapis hakkı bakımından ise böyle bir ölçü ve oran belirlenmesine imkân yoktur. Burada avukat, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacağının tamamını tahsil edene kadar eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

²⁸ Bkz. ve karşı. GÜNER: s. 698-699.

²⁹ ALDEMİR: s. 545; RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Avukatlık Hukuku, Ankara, 2021: s. 84; ÇELİK: s. 44.

³⁰ ÖZEN: s. 508; RUHİ/RUHİ: s. 85; ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 3. bs., Ankara, 2020: s. 89-90; TBB Disiplin Kurulu T. 28.09.2018 E. 2018/650 K. 2018/902.

³¹ TBB Meslek Kuralları m. 45: "Avukat hapis hakkını alacağı ile oranlı olarak kullanabilir."

³² ÖZEN: s. 507; YARG. 13. HD T. 23.09.2010 E. 2009/16245 K. 2010/11921 (Lexpera).

C. Hapsedilecek Eşyaya Müvekkilin Rızasıyla ve Avukatlık Sözleşmesi Kapsamında Zilyet Olunması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli üçüncü koşul, hapsedilecek eşyaya müvekkilin rızasıyla ve avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olunmasıdır.

1. Hapsedilecek Eşyaya Müvekkilin Rızasıyla Zilyet Olunması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi, hapsedilecek eşyaya müvekkilin rızasıyla zilyet olmasına bağlıdır³³. Bu durum, iki ayrı ihtimalde söz konusu olabilir:

(i) Avukata, müvekkil tarafından, doğrudan zilyetlik kazandırılmış olabilir. Sözgelimi, belgelerin, dava dosyasının veya delillerin yahut işin takip edilmesi veya davanın açılması için gerekli masrafların teslim edildiği avukat, müvekkil tarafından, doğrudan zilyet kılınmıştır. Bunun dışında avukatın, yine müvekkil tarafından, üçüncü kişilerdeki eşya üzerinde yalnızca dolaylı zilyetlik kazandırılması mümkündür. Avukata doğrudan veya dolaylı zilyetlik kazandırılan böyle durumlarda müvekkilin rızası bulunduğu hususunda tereddüt yoktur.

(ii) Müvekkilin eşya üzerinde doğrudan veya dolaylı dahi olsa bir zilyetliği bulunmayabilir. Burada eşya üzerindeki zilyetliğin elde edilebilmesi için yargı yoluna başvurulması ve avukatın da bu hususta yetkilendirilmesi gerektiği açıktır. Ayrıca müvekkil, üçüncü kişilerdeki alacaklarının tahsili için de avukatı yetkilendirmiş olabilir. Böyle durumlarda avukat -yine müvekkil rızası doğrultusunda- bu kez ahzu kabz yetkisi çerçevesinde eşya üzerinde zilyetlik kazanır.

Ahzu kabz yetkisi, avukatın, yargılama sonucunda müvekkil lehine hükmolunacak şeyi teslim alabilmesi için gerekli yetki olarak tanımlanır³⁴. Ahzu kabz yetkisi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

³³ ÇETİNER: s. 182; SARI: s. 60-61; GÜNER: s. 699; ALDEMİR: s. 550; RUHİ/RUHİ: s. 84.

³⁴ ÖZBAY, İbrahim: Ahzu Kabz Yetkisi Üzerine, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C: 8, S: 23, 2012/3, İstanbul: s. 12-13.

(HUMK) döneminde davaya vekâlette özel olarak verilmesi gereken bir yetkiydi. Gerçekten, HUMK m. 63 hükmüne göre avukat, kendisine açıkça yetki verilmemişse "*mahkûmünbihi kabız*" edemezdi. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) döneminde ise bundan vazgeçilmiştir. Davaya vekâlette özel olarak verilmesi gerekli yetkiye ilişkin HMK m. 74 hükmünde ahzu kabz yetkisi sayılmamaktadır. Buna göre bir davayı takip etmesi için yetkilendirilen avukatın, kural olarak, ahzu kabza da yetkili olduğu sonucuna ulaşmak gerekir³⁵. Bu yetki kapsamında avukat, müvekkili lehine hükmolunan şeyi mahkemeden veya üçüncü kişiden teslim alabilir yahut müvekkilinin alacağını tahsil edebilir. Avukatın bu yetki kapsamında elde ettiği şeyleri veya parayı müvekkiline devri ise avukatlık sözleşmesi kapsamında gerçekleşir. Avukatlık ücretini veya yapılan giderlerini teminat altına almak isteyen avukat, müvekkile devretmesi gereken bu eşya üzerinde hapis hakkı kullanabilir.

Davaya vekâletin -kural olarak- bünyesinde yer alan ahzu kabz yetkisi, müvekkil tarafından başlangıçta verilmemiş veya sonradan geri alınmış olabilir. Diğer bir deyişle avukat, ahzu kabza yasaklanmış olabilir. Böyle durumlarda avukat, hükmolunan şeyi mahkemeden veya üçüncü kişiden teslim alamaz yahut müvekkilinin alacağını tahsil edemez. Buna bağlı olarak da haksız zilyet olacağı eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz.

Avukatlık sözleşmesinin azil veya istifa ile sona ermesini takip eden süreçte zilyet olunan eşya hakkında yine hapis hakkı kullanılamaz³⁶.

³⁵ Aynı yönde bkz. ÖZBAY: s. 26.

³⁶ ÇETİNER: s. 181-182; ÖZEN: s. 507; YARG. 4. CD T. 24.11.2014 E. 2014/37188 K. 2014/34037 "(...) *Sanığın, vekâlet ilişkisinin bulunduğu dönemlerde müvekkili tarafından verilen veya onun namına tahsil ettiği ve bu nedenle uhdesinde tuttuğu para, mal ve diğer kıymetleri, alacağı nispetinde elinde tutabilmesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 166/1. maddesinde düzenlenen "hapis hakkını" bu suretle kullanması mümkün ise de, vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra müvekkili nam ve hesabına para kabul ve tahsil etmeye yetkili bulunmaması karşısında, bu para üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. (...)*" (Legalbank).

2. Hapsedilen Eşyaya Avukatlık Sözleşmesi Kapsamında Zilyet Olunması

Hapsedilen eşyaya avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olunması, hapsedilecek eşya ile avukatlık ücreti veya yapılan gider arasında doğal veya hukuki (doğrudan) bir bağlantı bulunmasının gerekli olup olmadığı tartışması üzerinde incelenmelidir. Bu tartışma kapsamında ileri sürülen görüşleri de ikiye ayırabiliriz:

(i) Öğretide çoğunlukta olan görüş³⁷, TMK m. 950 vd. hükümlerinde düzenlenen genel hapis hakkına benzer biçimde, hapsedilen eşya ile teminat altına alınacak alacak arasında doğal veya hukuki (doğrudan) bir bağlantı olması gerektiği, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin de bu doğrultuda yorumlanması gerektiği yönündedir.

(ii) Buna karşın azınlıkta kalan diğer görüş³⁸, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin ücret alacağı bakımından avukata özel bir imkân tanıdığı, hapis hakkının kullanılabilmesi için avukatın ücret (ve yaptığı giderlere ilişkin) alacağının bulunmasının yeterli olduğu, genel hapis hakkında yer alan bağlantı koşulunun avukatın hapis hakkı bakımından da aranmasının bu hakkın uygulama alanını fazlasıyla sınırlandıracağı yönündedir.

Azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü gerekçeler kanımızca da isabetlidir. Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinde düzenlenen ve avukata tam veya eksik nitelikte hapis hakkı tanıyan düzenlemeler, esasen, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacağını teminat altına alan özel düzenlemelerdir. Belirtilen düzenlemelerde, hapsedilecek eşya ile alacak arasında doğrudan bir bağlantı aranmasına ilişkin TMK m. 950/1 hükmünde yer alan "*niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması*" biçiminde bir koşul yer almamaktadır. Gerçi bu koşulun, genel hapis hakkının bir benzeri olarak avukatın hapis hakkı bakımından da uygulanacağı düşünülebilir. Ne var ki böyle bir durumda Avukatlık

³⁷ CANSAL: s. 155; MÜDERRİSOĞLU: s. 144-145; GÜNER: s. 699; ALDEMİR: s. 524, 525. Bu yönde bkz. SARI: s. 60-61; RUHİ/RUHİ, s. 85; ÇETİN/ATES: s. 89-90.

³⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 277; ÖZEN: s. 509.

Kanunu'nda yer alan hükümler, avukatların da genel hapis hakkını kullanabileceği yönündeki bir tekrardan öteye geçmezler. Bunun da hükmün amacına aykırı olacağı söylenebilir. Buna göre Av. K. hükümlerin, tacirler arasındaki işlemlerde bağlantı koşulunu genişleten TMK m. 950/2 hükmünde olduğu gibi, eşya ve alacak arasındaki bağlantıyı avukatlık faaliyeti biçiminde genişlettiği sonucuna varmak isabetli olur.

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için avukatlık ücret ve yapılan giderlere ilişkin alacağı ile hapsedilecek eşya arasında doğrudan bir bağlantı olmasına gerek yoktur. Ancak bu durum, avukatın bir biçimde elinde bulundurduğu her türlü eşya için hapis hakkı kullanılabilmesi biçiminde yorumlanamaz. Burada yine Av. K. hükümlerinin amacın doğrultusunda hareket etmek gerekir. Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümleri, avukatlık faaliyetinden doğan alacağın teminat altına alınması için yapılır. Buna göre avukatın, hapsedilecek eşyaya avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olması gerektiğini aramak isabetli olur. Avukatın, bu sıfatıyla değil, başka bir hukuki ilişki kapsamında zilyet olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanması hükmün amacına aykırıdır.

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için eşya ve alacak arasında doğrudan bir bağlantı bulunması gerektiği koşulu, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmaya da elverişlidir. Özellikle müvekkilin bütün hukuki işlerinin takip edilmesi için avukatla genel bir vekalet ilişkisi kurulduğu, diğer bir deyişle avukatın "genel vekaletname" ile yetkili kılındığı³⁹ ve müvekkilin imza yetkilisi olduğu birden fazla tüzel kişinin bulunduğu durumlar bakımından bunu görebiliriz.

³⁹ Bkz. ve karşı. YARG. 4. CD 22.09.2014 E. 2014/6571 K. 2014/26577: "(...) Genel olarak düzenlenmiş bir vekaletnameye dayanılarak yapılan birden fazla dava takibi sırasında tek avukatlık sözleşmesine istinaden hukuki işlem yapıldığı için, bir davadan tahsil edilen alacağın, tüm davalardan kaynaklanan vekalet ücretine mahsuben hapis hakkının kullanılması mümkün ise de, her bir dava için ayrı ayrı verilmiş vekaletnamelerin her biri ayrı bir avukatlık sözleşmesi olacağından bu durumda hapis hakkının da her bir dava/sözleşme için ayrı ayrı mümkün olması gerekir. (...)" (Legalbank). Birden fazla vekaletname olması sebebiyle böyle bir ayırım yapılmasının

Tevkil ile yetkilendirilen avukatın müvekkilden herhangi bir ücret alacağı bulunmadığı Av. K. m. 171/4 hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Bu hüküm karşısında tevkil ile yetkilendirilen avukatın, müvekkile karşı Av. K. hükümlerinde yer alan hapis hakkını kullanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. İkame vekil bakımından ise durum farklıdır. İkame vekil, zilyet olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

C. Hapis Hakkının Kullanılmasına Engel Bir Durumun Bulunmaması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli dördüncü ve olumsuz nitelikteki son koşul, hapis hakkının kullanılmasına engel bir durumun bulunmamasıdır. Bunun pek çok sebebi olabilir.

(i) Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümleri emredici nitelikte değildir. Buna göre avukat ve müvekkil, aralarındaki hukuki ilişkide hapis hakkının kullanılmayacağını kararlaştırmış olabilirler⁴⁰. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁴¹. Benzer biçimde, avukatın vekâletnamede ahzu kabza yasaklanması yine hapis hakkının kullanılmasına engel olur.

(ii) Avukatlık ücretinin ve yapılan giderlerin ödenmesi, avukatın alacağını sona erdirir ve buna bağlı olarak da hapis hakkının varlığına engel olur. Alacağın zamanaşımına uğraması bakımından durum farklıdır. Avukatın hapis hakkı, taşınır rehnine ilişkin genel ilkeler doğrultusunda alacak hakkına ilişkin zamanaşımının işlemesine engel olmaz. Buna göre

isabetli olmadığı kanısındayız. Zira birden fazla vekaletname olsa dahi teminat altına alınan yine avukatlık ücreti ve yapılan giderlere ilişkin olacaktır. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 80 ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 93 hükümleri kapsamında vekaletnameye ilgilinin fotoğrafının yapılandırılması zorunlu olduğu durumlarda birbirini takip eden işler için dahi ayrı vekaletnameler düzenlenmesi gerekebilir.

⁴⁰ ÖZEN: s. 507.

⁴¹ YARG. 13. HD T. 01.12.2016 E. 2015/30394 K. 2016/22574: "(...) tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları sözleşmenin takas, mahsup ve hapis hakkının kullanılmasını yasaklayan söz konusu hükmü, Avukatlık Kanununun 166/1 maddesinin emredici nitelikte olmaması karşısında geçerli ve tarafları bağlayıcı olup, bu nedenle mahkemece asıl davanın reddine, karşı davada ise sözleşmedeki takas ve mahsubu yasaklayan hükme rağmen davalı avukatın uhdesinde kalan miktarın mahsup edilmek suretiyle, bakiye alacak üzerinden kısmen kabul kararı verilmiş olması yerinde değildir. (...)" (Legalbank).

avukatın alacağı zamanaşımına uğrayabilir. Ancak alacaklı avukat yine de hapis hakkını kullanabilir⁴².

(iii) Avukat, kural olarak, müvekkile ait olmayan eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz. Müvekkilin mülkiyetinde bulunan veya üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olduğu eşya hapsedilebilir⁴³. Eşyanın üçüncü kişiye ait olması durumunda, genel hapis hakkına ilişkin TMK m. 950/3 hükmünün uygulanması isabetli olur⁴⁴. Buna göre avukat, emin sıfatıyla zilyet olan müvekkilinin tasarruf yetkisinin de bulunduğu kanaatiyle zilyetliğini edinmiş olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

(iv) Avukatın hapis hakkının, bu hakkın zilyetlik temeline dayanması karşısında⁴⁵, taşınmaz üzerinde kullanılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

(v) İİK m. 82-83 hükümleri, borçtan kural olarak bütün malvarlığı ile sorumlu olan borçlunun (ve ailesinin) yaşamını ve ekonomik varlığını sürdürebilmesi için bazı mal ve haklarının haczini yasaklamaktadır. Belirtilen hükümlerin amacı dikkate alındığında, avukatın bu tür mal ve haklar üzerinde hapis hakkı kullanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir⁴⁶. Yine 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 5/5 hükmü kapsamında ticari amaç güdümeden bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları üzerinde de avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir.

(vi) HMK m. 216 vd. hükümleri kapsamında mahkeme tarafından ibrazı istenen belge üzerinde de hapis hakkı kullanılamayacaktır⁴⁷.

⁴² MÜDERRİSOĞLU: s. 149-150; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 279-280.

⁴³ SARI: s. 60.

⁴⁴ CANSEL: s. 152. Eşyanın mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması durumu hakkında bkz. ÇETİNER: s. 68 vd.

⁴⁵ ÇETİNER: s. 60.

⁴⁶ MÜDERRİSOĞLU: s. 147; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 278-279.

⁴⁷ CANSEL: s. 156; SARI: s. 61. Bu yönde bkz. ÇETİNER: s. 182-183. Ayrıca bkz. CANSEL: s. 153-154.

Öğretide⁴⁸ ve yargı⁴⁹ ile TBB Disiplin Kurulu⁵⁰ kararlarında avukatın, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret yahut masraf alacağı olduğunu açıklamasının ardından, hapis hakkını kullanacağı/kullandığı hususunu müvekkile bildirmesi gerektiği kabul edilir. Bu yönde bir bildirim yapılmamış olması, kanımızca, hapis hakkının varlığına veya kullanılmasına bir engel olarak görülmemelidir. Gerçi TMK m. 953/1 hükmü kapsamında genel hapis hakkı kullanan alacaklının borçluya bildirimde bulunması gerektiğine işaret edilmektedir. Ne var ki bu bildirim, hapsedilen eşyanın paraya çevrilebilmesine ilişkin bir irade açıklamasıdır. Avukatın hesap verme yükümlülüğü kapsamında müvekkilini bilgilendirmesi, avukatlık sözleşmesinden doğan iş görme ediminin sadakat ve özenle yerine getirilmesiyle ilgilidir. Bu borç ise avukatın ücrete ve yapılan giderlere ilişkin alacağının karşılığı değildir. Hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen avukat, haklı biçimde azledilebilir. Bu durum aynı zamanda avukatın disiplin sorumluluğunu da doğurabilir. Ne var ki böyle bir durumda dahi avukatın kullanmış olduğu hapis hakkı, hâlihazırda muaccel olan alacağı ölçüsünde devam eder.

Sonuç

Avukatın hapis hakkı, avukata, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edene kadar, zilyetliğinde bulunan her türlü taşınır eşya üzerinde, bu eşyanın niteliğine göre paraya çevrilmesini isteme veya onu alıkoyma yetkisi tanıyan özel bir teminat imkânıdır. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için teminat altına alabileceği bir alacağının bulunması ve bu alacağın da muaccel olması gerekir. Avukatın alacağı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin olmalıdır. Ne var ki bağlı çalışan avukatların alacaklarının teminat altına alınabilmesi bakımından bu ücret kavramının geniş yorumlanması isabetli olur. Avukatın

⁴⁸ ÖZEN: s. 508; RUHİ/RUHİ: s. 85; ÇELİK: s. 45.

⁴⁹ YARG. 13. HD T. 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255

⁵⁰ TBB Disiplin Kurulu T. 28.09.2018, E. 2018/650 K. 2018/902; TBB Disiplin Kurulu T. 22.06.2018 E. 2018/352 K. 2018/609; TBB Disiplin Kurulu T. 06.06.2014, E. 2014/162 K. 2014/352; TBB Disiplin Kurulu T. 24.01.2014, E. 2013/632 K. 2014/42.

hapsedeceği eşya üzerinde müvekkilin rızasıyla zilyet olması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Burada, zilyetliğin avukatlık sözleşmesi kapsamında elde edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi, buna yönelik bir engelin bulunmamasına bağlıdır. Bu engel, hakkın varlığına veya hapsedilecek eşyanın niteliğine ilişkin olabilir. Avukatın hapis hakkını kullandığı/kullanacağı hususunda müvekkile bildirimde bulunmaması, hakkın varlığına veya kullanılmasına engel bir durum olarak nitelendirilemez.

Kaynakça

- [1] ADAY, Nejat: *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. bs., İstanbul, 1997.
- [2] ALDEMİR, Hüsnü: *Uygulamada Avukatlık Hukuku*, Ankara, 2018.
- [3] CANSEL, Erol: *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara, 1961.
- [4] ÇELİK, M. Lamih: *TBB Disiplin Kuralı Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları*, 4. bs., Ankara, 2019.
- [5] ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 3. bs., Ankara, 2020.
- [6] ÇETİNER, Bilgehan: *Hapis Hakkı*, İstanbul, 2010.
- [7] GÜNER, Semih: *Avukatlık Hukuku*, 6. bs., Ankara, 2015.
- [8] İMRE, Zahit: "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XVIII, S. 3-4, 1952, s. 742-781.
- [9] KRAMER, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München-Bern-Wien, 2019.
- [10] MÜDERRİSOĞLU, Feridun: *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar*, Ankara, 1974.
- [11] OFTINGER, Karl / BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis,

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 3. Auflage, 1981.

[12] ÖZBAY, İbrahim: Ahzu Kabz Yetkisi Üzerine, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C: 8, S: 23, 2012/3, İstanbul, s. 11-37.

[13] ÖZEN, Atilla: *Avukatlık Hukuku*, 3. bs., Ankara, 2019.

[14] PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku*, 15. bs., İstanbul, 2017.

[15] RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: *Avukatlık Hukuku*, Ankara, 2021.

[16] SARI, Suat: *Alıkoyma Hakkı*, İstanbul, 1997.

[17] SİRMEN, Lale: *Eşya Hukuku*, 5. bs., Ankara, 2017.

[18] SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 4. bs., İzmir, 2003.

[19] TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs., İstanbul, 2010.

[20] ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. bs., Ankara, 2019.

[21] ZOBL, Dieter: Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, 1996.

[22] www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari

[23] www.legalbank.net (Legalbank)

[24] www.lexpera.com (Lexpera)