



SAYI : S.11930
BAŞVURU NO : 2019/5215
KARAR TARİHİ : 29/08/2019

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN :

BAŞVURUYA KONU İDARE : AYDIN ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
REKTÖRLÜĞÜ

BAŞVURUNUN KONUSU : Başvuranın, İcra İflas Kanununun 138. maddesi hükmü gereğince vekalet ücreti alacağıının ödenmediğinden bahisle mağduriyetinin giderilmesi talebi hakkındadır

BAŞVURU TARİHİ : 01/03/2019

I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ

1. Kurumumuza (T.C Kimlik No:...) tarafından yapılmış olan şikayet başvurusunda özetle; Adnan Menderes Üniversitesi Döner Sermaye Saymanlığından olan avukatlık ücreti alacağını 5 yıldır tahsil edemediğini, ayrıca müvekkillerine ait olan işlemiş faiz de ödemediğini, hukuken tüm yolların denenmiş olmasına rağmen bir ödeme yapılmadığını, Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü ve müvekkil şirketi ... Tic. Ltd. Şti. arasında gerçekleşen ticari alım satımdan kaynaklanan alacaklar için 10/05/2016 tarihinde Aydın 3. Müdürlüğü'nün ... Esas numaralı icra dosyaları üzerinden icra işlemi başlattığını, borçlu üniversitenin sadece anapara borcunu müvekkil firmaya ödediğini, ancak yapılan ödeme ihtarlarına rağmen vekâlet ücretlerini ödemediğini, bahse konu icra dosyası üzerinden değişik tarihlerde bakiye borç muhtırası gönderdiğini ve ancak yaklaşık 5 yıllık süre zarfından sonra dosya vekâlet ücretlerinin halen ödenmediğini, Avukatlık ücretinin yasal bir ücret olduğunu ve kanuni bir dayanağının bulunduğunu, hukuken kurum mallarının haczedilemediği için herhangi bir işlemin de yapılamadığını, kurumun haczedilmezlik zırhına sığındığını ve kanunen ödenmesi gereken ücretleri ödemediğini belirterek **söz konusu mahkeme kararına dayanan vekalet ücretinin ödenmesini** ve Adnan Menderes Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü ve Saymanlık yetkilileri hakkında gerekli tahkikatın başlatılarak mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2. Kurumumuzun 27/03/2019 tarih ve ... sayılı yazısı ile şikâyet başvurusunun çözüme kavuşturulması amacıyla Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğünden bilgi ve

belge talebinde bulunulmuştur. **Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Rektörlüğü tarafından gönderilen 29/04/2019 tarih, ... sayılı cevabi yazı ve eklerinde özetle;**

2.1. Şikayete konu ... sayılı icra dosyasına ait ilamsız takibe dayalı ilamsız takipte ödeme emrinin 13/05/2016 tarihinde Hukuk Müşavirliği tarafından teslim alınarak Hastane Başhekimliğine gönderildiği,

2.3 İlamsız takipte ödeme emri belgesine istinaden ... Firmasına ait 135.517,70 TL tutarındaki ödemenin nakit yetersizliği nedeniyle yapılamadığı,

2.4 06.09.2016 tarihli bakiye borç muhtırasının 19/09/2016 tarihinde Hukuk Müşavirliği tarafından teslim alınıp Hastane Başhekimliğine gönderildiği,

2.5 Aynı icra dosyasına ait 06/07/2017 tarihli bakiye borç muhtırasının da 12/07/2017 tarihinde personel tarafından teslim alındığı,

2.6 14/06/2017 tarihinde ... Ticaret Limited Şirketi'nin alacağı olan ve ... nolu icra dosyasına konu olan 21 adet faturasını ... **Anonim Şirketi İzmir Şubesine temlik verdiği** ve bu temliğin de 12/07/2017 tarihinde üst yazı ile Saymanlık Müdürlüğüne iletildiği,

2.7 24/04/2018 tarihinde ... **Anonim Şirketine borca konu olan faturalar için 2547 sayılı Kanunun Geçici 75. Maddesine İstinaden 135.517,70 TL alacağı için feragatname vererek borçlarının yapılandırılmasını kabul ettiği, feragatnamede “...kapsama giren alacaklarımız için açmış olduğumuz davalar İle İcra takiplerinden feragat ettiğimizi, bu kapsamda Ödeme yapılan alacaklarımızı hiçbir şekilde İhtilaf konusu yapmayacağımızı, bu kapsamda bulunmakla birlikte feragat edilmeyen herhangi bir davanın sonradan tespit edilmesi halinde bu davalar İçin de kayıtsız ve şartsız olarak tamamen feragatta bulunacağımızı ve bu durumu tevsik edici belgeleri de tarafınıza sunacağımız taahhüt ederiz...”** ifadeleri yer aldığından firmanın icra dosyasına hiçbir ödeme yapılmadığı, yalnızca temlik eden alacaklardan feragat tutarı olan 29.813,39TL kesilerek ödenmiş olduğu belirtilmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

3. 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2.maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal **bir hukuk Devletidir**”,

3.1 “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde; “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”,

3.2 “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesinde; “ Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.

Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

3.3 ”Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında; *“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.”*,

3.4 “Yargı yolu” kenar başlıklı 125. Maddesinde; *“...İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”*,

4. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesine göre; *“Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir. Ancak; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler, Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, Kurumun görev alanı dışındadır.”*,

5. 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu’nun;

5.1 “ Para borcu ve teminat için takip” başlıklı 42. maddesinde; *“Bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine dair olan cebri icralar takip talebiyle başlar ve haciz yoluyla veya rehinin paraya çevrilmesi yahut iflas suretiyle cereyan eder...”*,

5.2 “Hukuku amme borçları” başlıklı 47. maddesinde; *“ Para cezasıyla diğer hukuku amme borçlarının takibi hakkındaki kanunlar hükmü mahfuzdur. Şu kadar ki, Devletin bir akitten veya haksız bir fiilden doğan alacakları hakkında bu kanunun hükümleri cereyan eder.”*,

5.3 “Takip masrafları” başlıklı 59. maddesinde; *“Takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62 nci maddeye göre yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da avans olarak peşinen öder. Alacaklı ilk ödenen paradan masraflarını alabilir.”*,

5.4 “Ödeme emri ve muhtevası” başlıklı 60. maddesinde; *“İcra müdürü takip talebinin bu Kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. Talebin kabul edilmemesi halinde verilen karar tutanağa yazılır. Emir:... Borcun ve masrafların yedi gün içinde icra dairesine ait ödeme emrinde yazılı olan banka hesabına ödenmesi, borç, teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını,3. Takibin dayandığı senet altındaki imza kendisine ait değilse yine bu yedi gün içinde bu cihetin ayrıca ve açıkça bildirilmesi; aksi halde icra takibinde senedin kendisinden sadır sayılacağı, Senet altındaki imzayı reddettiği takdirde icra mahkemesi önünde yapılacak duruşmada hazır bulunması; buna uymazsa vaki itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verileceği, Borcun tamamına veya bir kısmına yahut alacaklının takibat icrası hakkına dair bir itirazı varsa bunu da aynı süre içinde beyan etmesi ihtarını...5. Borç ödenmez veya itiraz olunmazsa cebri icraya devam edileceği beyanını ihtiva eder.”*,

5.5 “Talep müddeti” başlıklı 78. maddesinde; *“Ödeme emrindeki müddet geçtikten ve borçlu itiraz etmiş ise itirazı kaldırıldıktan sonra mal beyanını beklemeksizin alacaklı haciz konmasını*

isteyebilir... ”,

5.6 “Haczi caiz olmayan mallar ve haklar” başlıklı 82. maddesinde; “Aşağıdaki şeyler haciz olunamaz: 1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar...”,

5.7 “Paraların Paylaştırılması Zamanı, Masraflar ve Vekalet Ücreti” başlıklı 138. maddesinde; “...*Vekil vasıtasıyla yapılan takiplerde vekalet ücretinin miktarı, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra memuru tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanır. Bu şekilde tayin olunan vekalet ücreti de takip masraflarına dahildir ... ”,*

6. Avukatlık Kanunu’nun “Avukatlık Ücreti” başlıklı 164. Maddesinde; “*Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder...Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*” düzenlemelerine yer verilmiştir.

7. 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun “İcra takibinden vazgeçme” başlıklı 22. maddesinde; “*Her ne sebep ve suretle olursa olsun, icra takibinden vazgeçildiğinin zabıtnameye yazılması için vazgeçilen miktara ait tahsil harcının yarısı alınır. Ancak haczedilen mal satılıp paraya çevrildikten sonra vazgeçilirse tahsil harcı tam olarak alınır.*”

8. Borçlar Kanunu’nun

8.1 “Öncelik hakları ve bağlı hakların geçişi” başlıklı 189. maddesinde; “*Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır.*”

8.2 “Özel hükümlerin saklılığı” başlıklı 194. maddesinde; “*Bazı hakların devrine özgü olarak kanunla konulmuş bulunan hükümler saklıdır.*”

IV. KAMU DENETÇİSİ YAHYA AKMAN’IN KAMU BAŞDENETÇİSİNE ÖNERİSİ

9. Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; hazırlanan “**Tavsiye Karar Önerisi**” Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka, Hakkaniyete ve İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Değerlendirme

10. Başvuran, 1 numaralı paragrafta ayrıntılarına yer verilen başvurusunda Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü aleyhine başlatmış olduğu Aydın 3. Müdürlüğü’nün ... Esas numaralı icra takibine idare tarafından asıl alacağın yatırıldığı fakat 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu’nun 138. Maddesinde düzenlenen vekalet ücretinin yatırılmadığını belirterek; mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

11. Somut olayda; ... Ticaret Limited Şirketi adına vekili Av. ... (Başvuran) tarafından

Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü aleyhine Üniversiteye bağlı Hastanelere satışı yapılan tıbbi malzeme bedellerine ilişkin vadesi geçmiş cari hesap alacakları için Aydın 3. İcra Dairesi'nin ... dosya numarası ile bir ilamsız icra takibi başlatıldığı,

11.1 Aydın 3. İcra Dairesi tarafından ... numaralı dosya kapsamında Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğüne **10/05/2016 tarihli** 135.517,70TL tutarında ve **ödeme emri gönderildiği,**

11.2 Aydın Valiliği Defterdarlık ADÜ Döner Sermaye Saymanlık Müdürlüğü tarafından Adana Menderes Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilen 16/05/2016 tarih ve 150 sayılı cevabi yazıda; Limited Şirket adına 20 adet faturaya ait toplam 135.517,70TL alacağın mevcut olduğu, **nakit yetersizliği nedeniyle ödeme yapılamadığı,** 16/05/2016 tarihi itibarıyla 2013 yılı aralık ayı ödemelerinin yapıldığının belirtildiği,

11.3 Aydın İcra Dairesi tarafından ... numaralı dosyası kapsamında Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğüne **06/09/2016 tarihli** 159.193,13TL tutarında **Bakiye Borç Muhtırası gönderildiği,**

11.4 Aydın İcra Dairesi tarafından ... numaralı dosyası kapsamında Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğüne **06/07/2017 tarihli** 169.388,45TL tutarında **Bakiye Borç Muhtırası gönderildiği,**

11.5 14/06/2017 tarihinde ... Limited Şirketi'nin ... Nolu icra dosyasına konu olan alacağını ... Anonim Şirketi İzmir Şubesine temlik verdiği ve bu temlikin de 12/07/2017 tarihinde üst yazı ile Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü Saymanlık Müdürlüğüne iletildiği,

11.6 24/04/2018 tarihinde ... Anonim Şirketine borca konu olan faturalar için 2547 sayılı Kanunun Geçici 75. Maddesine İstinaden 135.517,70 TL alacağı için feragatname vererek borçlarının yapılandırılmasını kabul ettiği, feragatnamede "...kapsama giren alacaklarımız için açmış olduğumuz davalar ile İcra takiplerinden feragat ettiğimizi, bu kapsamda Ödeme yapılan alacaklarımızı hiçbir şekilde İhtilaf konusu yapmayacağımızı, bu kapsamda bulunmakla birlikte feragat edilmeyen herhangi bir davanın sonradan tespit edilmesi halinde bu davalar için de kayıtsız ve şartsız olarak tamamen feragatte bulunacağımızı ve bu durumu tevsik edici belgeleri de tarafınıza sunacağımızı taahhüt ederiz..." ifadelerinin bulunduğu,

11.7 Şikayete konu üniversite tarafından yalnızca temlik eden alacaklardan feragat tutarı olan 29.813,39TL'nin kesilerek ana borcun haricen ödenmiş olduğu, icra dosyasına hiçbir ödeme yapılmadığı anlaşılmıştır.

12. "Hukuk devleti; insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi E.2013/44, K.2013/59, Resmi Gazete Tarihi: 02/05/2013)

13. İdare eylem ve işlemlerinde kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak zorundadır. Anayasanın 8. maddesinde bu husus yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve Kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir denilerek ifade edilmiştir. (Kemal Gözler- Gürsel Kaplan

14. Hukuk sistemimizde avukat aracılığı ile temsil edilme hakkı istisnalar dışında isteğe bağlıdır. İcra takiplerinde de kişi kural olarak kendisini bir temsilci ile temsil ettirmek zorunda değildir. Ancak kendisini bir temsilci ile temsil ettirmek istiyorsa Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi hükmü gereğince bu temsilci ancak baroya kayıtlı bir avukat olabilir.

15. Zira avukatlığın amacı; her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

16. İcra takibinde taraflardan biri kendisini vekil ile temsil ettiriyorsa, iki çeşit vekalet ücreti gündeme gelecektir. Bunlardan biri; (başvuranın da şikayetine konu etmiş olduğu) icra takibi sonunda haksız çıkan tarafa yükletilecek olan vekalet ücretidir. Karşı tarafa vekalet ücretinin yükletilmesi için icra takibinde haklı çıkan tarafın bu ücreti talep etmesi gerekmez. İcra takibinde haklı çıkan tarafın kendisini vekil ile temsil ettirmiş olması yeterlidir. (İcra ve İflas Hukuku Cilt I Prof. Dr. Timuçin MUŞUL, Adalet Yayınevi, ankara,2013,s:126vd)

17. İcra İflas Kanunu'nun 138. maddesi hükmü gereğince icra takip gideri olan vekalet ücreti, icra takibini bir vekil ile takip ettiren alacaklıya, avukatının icra dairesindeki hukuki yardımından dolayı ödenir. Vekalet ücreti icra müdürü tarafından her yıl Avukatlık Kanunu madde 168'e göre belirlenen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanır. Takip sonunda Tarifeye göre karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti, avukata aittir. Bu vekalet ücreti, avukatlık Kanununun 164. Maddesi hükmü gereğince vekalet verenin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez. (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, adalet yayınevi,, Ankara, 2013)

18. Somut olayda; Müvekkili adına vekili Av. (Başvuran) tarafından başlatılan ilamsız icra takibi nedeniyle, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü aleyhine Üniversiteye bağlı Hastanelerine satışı yapılan tıbbi malzeme bedellerine ilişkin vadesi geçmiş cari hesap alacakları için Aydın 3. İcra Dairesi'nin ... dosya numarası ile bir ilamsız icra takibi başlatıldığı, 10/05/2016 tarihli 135.517,70TL tutarında ve ödeme emri gönderildiği, söz konusu ödeme emrine itiraz edilmediği ve icra takibinin kesinleştiği görülmüştür.

19. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 31/03/2010 tarih ve 2010/11-143 Esas, 2010/196 Karar sayılı ve Kararında; ilamsız icra takibi yapmış ve icra takibi kesinleşmiş olan alacaklının, artık aynı alacak için eda davası açmasında hukuki yararın olmadığını, çünkü, alacaklının dava açsa bile dava sonucunda alacağı ilamı da İcra İflas Kanunu madde 32 hükmü gereğince icraya koyacağını ve borcun ödenmemesi halinde, haciz isteyebileceğini, oysa ilamsız icra takibinin kesinleşmiş olması nedeniyle alacaklının haciz isteme yetkisinin zaten doğduğunu, yani alacaklının dava ile erişebileceği amaca, esasen ulaşmış durumda olduğunu, bu nedenle alacak davası açmasında korunmaya değer hiçbir hukuki yararı olmadığını, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 62.maddesine göre, icra takibinde ödeme emrine itiraz etmek isteyen borçlunun, itirazını ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine bildirmek zorunda olduğunu, belirtilen süre içerisinde,

ödeme emriyle ilgili itirazını yapmayan borçlu hakkında yürütülen takibin kesinleşeceğini, borçlunun, hakkındaki takipte borca itirazını da kapsayacak şekilde, ihtiyati hacze itiraz için dava açması veya takibin iptali için şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurmasının da icra takibinin kesinleşmesine engel olamayacağını belirtmiştir. **Dolayısı ile kesinleşmiş ilamsız icra takibi, dava açılarak alınan ilam sonrasında yapılan ilamlı takip ile hukuken aynı sonucu doğurmaktadır.**

20. Başvurucuların, Mahkeme ilamına dayalı icra takibine rağmen hükmedilen bedellerin ödenmediği, kamu mallarının haciz edilemezliğine dayalı kanun hükümlerine dayanarak ödemediğinden bahisle, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürdükleri davada Anayasa Mahkemesi; “mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olduğu ve bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme, mahkemeye verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsadığı” ifade ederek yargı kararlarının uygulanmasını “mahkemeye erişim hakkı” kapsamında değerlendirmiş, ayrıca Devletin bir kurumunun aleyhinde verilen nihai ve bağlayıcı mahkeme kararı ile ortaya konulan borcunu ekonomik kaynak yokluğunu ileri sürerek makul sürede ifa etmekten kaçınmayacağı, bunun adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağını açıkça ifade etmiştir. (Bkz: Anayasa Mahkemesi’nin 03/04/2014 tarih ve 2013/711 sayılı Bireysel Başvuru Kararı)

21. Somut olayda, Başvuranın vekili olduğu Limited şirketin, 14/06/2017 tarihinde İzmir ... Noterliğinde, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünden satıcı/tedarikçi sıfatıyla alacağı faturalardan kaynaklanan 136.385,28TL doğmuş/doğacak alacaklarını kredi sözleşmesi kapsamındaTic.A.Ş ‘ye (...) temlik ettiği,

21.1 Alacağı devralan ... Tic. A.Ş ‘ye (...) tarafından kesinleşen icra takibine konu olan 135.517,70TL alacağın 29.813,39TL’lik kısmından ve alacaklar için açılmış olan davalar ve icra takiplerinden feragat edildiğini belirtir bir feragatname imzalandığı, idare tarafından da yalnızca temlik eden alacaklardan feragat tutarı olan 29.813,39TL’nin kesilerek ana borcun haricen ödenmiş olduğu anlaşılmıştır.

22. Borçlar Kanununun alacağın devrine ilişkin hükümlerine göre kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez. Zira alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Dava açma hakkı ile icra takibinde bulunma hakkı da devralana geçecek haklardandır.

23. O halde icra takibi devam ederken eğer alacaklı alacağını bir başkasına temlik ederse alacağı devralan yeni alacaklı icra takibine kaldığı yerden devam eder.(Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013)

24. Yine Kanunda, asıl alacakla birlikte işlemiş faizlerin de devredilmiş sayılacağı düzenleme altına alınmıştır. Ancak bazı hakların devrine özgü olarak kanunla konulmuş bulunan hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin Avukatlık Kanununun 164. Maddesi hükmü

gereğince tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata ait olduğundan, vekalet verenin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.

25. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 27/02/2004 tarihli ve 2003/27462 Esas, 2003/4321 Karar sayılı kararında özetle; **şikayete konu takip konusu ilamdaki avukatlık ücretinin, ilamda gösterilen borçlu asilin ödemesi gerektiğinden, onun borcundan dolayı avukata ait ücretin haczi ve takası mümkün olmadığını, mahkemece avukata ait olan ücretin takas-mahsup hesabına katılmasının isabetsiz olduğunu belirtmiştir.**

26. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 23/01/2004 tarihli ve 2004/3420 Esas, 2004/1130 Karar sayılı kararında özetle; **Avukatlık Kanununun 164. Maddesi hükmü gereği, taraflar lehine hükmedilse dahi, vekalet ücreti avukata ait olacağından mercice bu kaleme ilişkin alacağın da takas ve mahsuba konu edilmesi doğru görülmemiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.**

27. **Hizmet kusuru; idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklık olup, asli ve birinci derecede bir sorumluluk nedenidir.** Hizmet kusurunun bulunması durumunda idareyi sorumlu tutmak için **başkaca bir neden aramaya gerek yoktur.** Hizmet kusuru uygulamada 3 şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan **hizmetin kötü işlemesi; hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, hizmetin gereği gibi yürütülmemesidir.** Dolayısı ile idarenin konuyla ilgili hukuk kurallarına, oturmuş makul uygulamalara uymaması veya hizmetin gereklerini nesnel ölçüler içinde gözetmemesi, hizmeti beklenen dikkat ve özeni göstermeden yapması, hizmet personeli üzerinde nezaret ve denetlemenin gereğince yapılmamış olması durumlarında hizmetin kötü işlediği ve hizmet kusuru esasına göre de idarenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir. (Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, “Anayasa Hukuku- İdare Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, 15. Baskı, İstanbul, Ağustos 2012, s. 412-417)

28. Başvuranın iddiaları, idarenin konuyla ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat, yargı kararları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; Hukuk sistemimizde avukat aracılığı ile temsil edilme hakkı istisnalar dışında isteğe bağlıdır. Ancak kişi kendisini temsil ettirmek istiyorsa, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi hükmü gereğince bu temsilci ancak baroya kayıtlı bir avukat olabilir. İcra takibinde taraflardan biri kendisini vekil ile temsil ettiriyorsa İcra İflas Kanunu'nun 138. maddesi hükmü gereğince icra takip gideri olan vekalet ücreti gündeme gelir. Takip sonunda Tarifeye göre karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti, avukata aittir. Söz konusu ücret, avukatının icra dairesindeki hukuki yardımından dolayı ödenir. Karşı tarafa vekalet ücretinin yükletilmesi için icra takibinde haklı çıkan tarafın bu ücreti talep etmesi gerekmez. İcra takibinde haklı çıkan tarafın kendisini vekil ile temsil ettirmiş olması yeterlidir. Bu vekalet ücreti, Avukatlık Kanununun 164. maddesi hükmü gereğince vekalet verenin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez. Başvuran, Aydın 3. İcra Dairesi'nin ... dosya numarası ile bir ilamsız icra takibi başlatmış ve 10/05/2016 tarihli 135.517,70TL tutarında ödeme emri gönderilmiş, söz konusu ödeme emrine itiraz edilmemiş ve icra takibi kesinleşmiştir. Kesinleşmiş ilamsız icra takibi de, dava açılarak alınan ilam sonrasında yapılan ilamlı takip ile hukuken aynı sonucu doğurmaktadır. O halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olması, Hukuk devleti ve Anayasanın 8. maddesi hükmü gereğince idari makamların görevlerini yerine getirirken hukuka, kanunlara ve çağdaş hukukta evrensel olarak kabul görmüş ilkelere de uygun hareket etmek zorunda olması nedeniyle idare

tarafından söz konusu takibe ilişkin olarak alacağı temlik alan limited şirket ile 24/04/2018 tarihli feragatname üzerine haricen bir ödeme gerçekleştirilmiş olduğu ve başvuranın kesinleşmiş ilamsız icra takibine dayanan vekalet ücreti alacağının 2016 yılından itibaren ifa edilmemesi işleminin Avukatlık Kanununun 164. maddesi hükmü gereğince hukuka ve hakkaniyete uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

29. İyi yönetim ilkelerine 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde yer verilmiş olup, idareden istenilen bilgi ve belgelerin süresi içinde ve gerekçeli olarak Kurumumuza gönderildiği anlaşılmıştır.

VI. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

30. 14/06/2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarece tavsiye kararı üzerine 30 gün içerisinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresinden arta kalan sürede **Aydın İdare Mahkemesine** yargı yolu açıktır.

VII. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre, **BAŞVURUNUN KABULÜ ile;**

Söz konusu kesinleşmiş ilamsız icra takibine dayanan vekalet ücreti alacağının yerine getirilmesine yönelik makul sürede işlem tesisi için Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğüne TAVSİYEDE BULUNULMASINA,

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Tavsiye Kararının BAŞVURANA ve ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ REKTÖRLÜĞÜNE tebliğine;

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

e-imzalıdır

Şeref MALKOÇ

Kamu Başdenetçisi