

AVUKATIN DOSYA İNCELEMESİNE GETİRİLEN İDARİ SINIRLAMANIN KANUNA AYKIRILIĞI

Serkan AĞAR*
Zeynep BAHADIR**

“Görevimizi yaparken kimseye, ne müvekkile ne hakime ne iktidara tâbiyiz (...)

Avukatlar esir kullanmadılar; fakat efendileri de olmadı.”

Molierac

I. Giriş

Bugünlerde birçok avukat, mahkeme kalemlerinde, başlıkta yer alan cümleyle karşılaşıyor ve cümlelerin sonu hep aynı şekilde bitiyor; *“hakim bey/hanım değerlendirsın.”*

Bu sonuca ise, kanunun amir hükümlerinin bir yana bırakılarak yönetmeliklerin bambaşka amaçlarla konulmuş hükümlerinin yorumlanması ile ulaşıyor, bir başka anlatımla, yönetmelik hükümleri kanun maddeleri yerine geçiriliyor. Oysa hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisine öğretilen ilk kavram *“normlar hiyerarşisi”* dir; yani ortada bir konuyu düzenleyen bir kanun maddesi varken siz onun varlığını görmezden gelen bir yorumla normlar hiyerarşisinde kanundan daha aşağıdaki bir yönetmelik hükmünü esas alamazsınız, hatta bu, iç işleyişe ilişkin bir yönetmelik ise, bunu kanunun yerine ikame etmeyi aklınızın ucundan bile geçiremezsiniz, eğer hukuk devletinde yaşadık-

* Av., Ankara Barosu, AÜ Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD doktora öğrencisi.

** Av., Ankara Barosu, GÜ Sos. Bil. Ens. Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) ABD yüksek lisans öğrencisi.

ğınızı iddia ediyorsanız... Daha açık bir anlatımla, yönetmelik hükmü, kanuna aykırı olamaz, bu şekilde yorumlanamaz. Anayasa'nın 124. maddesi de, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri hükmünü amirdir.

Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme usulü hakkındaki 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş yazısının yeniden gözden geçirilmesi istenmiş ve konu incelenerek işbu çalışmaya konu 20/12/2006 gün ve 26029 sayılı görüş verilmiştir. Bu görüşle, uygulamada, avukatların dosya incelemeleri, dilekçe ile başvurulması, bunun mahkeme başkanı ya da hakimi tarafından incelenmesi gibi kanunda yer almayan kimi şartlara bağlanmıştır. Bu şartların oluşturulmasında da, uygulamadaki sıkıntılar bahane edilmiş ve yukarıda değinildiği gibi pozitif hukuktan bir dayanak arayışı içinde bu uygulamaya mahkeme kalemlerinin iç işleyişine ilişkin yönetmelik hükümleri gerekçe gösterilmiştir.

Meslektaşlarımızın malumu olduğu üzere, avukatlık mesleğinin icrasında dosya incelemek günlük bir uğraştır, işte bu nedenle avukatların dosya incelemelerinin kimi şartlara bağlanması, avukatların her gün bu sorunla yüz yüze gelmeleri anlamına gelecektir. Sadece bu bile, sorunun ciddiyetini gözler önüne sermek için yeterlidir. Avukatlık mesleği, tarihi boyunca türlü engellemelerle karşılaşmıştır; bu engellemelerin perde arkasında ise, hep, başka kaygılar ve maksatlar olmuştur. İşbu incelemeye konu yazıda ifade olunan görüşlerin de, böyle bir maksat ve düşüncenin ürünü olduğunu üzülenek belirtmek isteriz.

II. Avukatın Dava ve Kovuşturma Dosyalarını İncelemesi

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (Av. K.) 1. maddesinde, avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu ve avukatın, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği yazılıdır. Aynı kanunun, 02/05/2001 gün ve 4667 sayılı kanununun 2. maddesi ile değişik bir sonraki maddesinde de, avukatlığın

amacı; “hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, 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 sağlamak” olarak belirlenmiş ve yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda olduğu, bu kurumların avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlü oldukları ancak “kanunlarındaki özel hükümlerin saklı olduğu”^{1,2} bu belgelerden örnek alınmasının da vekaletname ibrazına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan madde, aynen şu şekildedir:

¹ Örneğin 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun “noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar” biçimindeki 54. ve “noterlik evrak ve defterleri mahkeme, sorgu hakimliği ve Cumhuriyet savcılıklarınca veya resmi daireler tarafından, konusu da belirtilmek suretiyle, noterlikte soruşturmaya yetkili kılınan kimselerce incelenebilir” biçimindeki 55/1 hükmü ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “vergi mahremiyeti” başlıklı 5. maddesi, “kanunlardaki özel hükümler” dendir.

² “Çeşitli kanunlarda bazı bilgilerin kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerin dışında üçüncü kişilere açıklanmasını engelleyen sınırlamalara yer verilmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde avukatın inceleme yapması ve örnek alması mümkün değildir; ancak kanunun açıkça gizli olduğunu belirttiği belgenin avukatın temsil ettiği kişi tarafından bizzat hazırlanması ve/veya onun imzasını taşıması halinde avukat tarafından incelenebileceği ve örneğinin alınabileceği görüşündeyiz. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesi uyarınca, soruşturma aşamasında hakim kararıyla müdafinin dosya incelemesi ve örnek almasının kısıtlanması durumunda dahi yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve bunların hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi ve örneklerinin alınmasının kısıtlanmadığı gözetildiğinde bu iddiamızın haklılığı anlaşılacaktır.”, Vuraldoğan, K., “Avukatlık Kanunu Madde 2 Uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran, 2005, s. 34-35.

<p style="text-align: center;">1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2</p>	<p style="text-align: center;">Avukatlığın amacı:</p> <p>(Değişik birinci fıkra : 02/05/2001 - 4667/m. 2) Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, 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.</p> <p>Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.</p> <p>(Değişik : 02/05/2001 - 4667/m. 2) Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzakereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.</p>
---	--

Av. K.'nın 02/05/2001 gün ve 4667 sayılı kanununun 32. maddesi ile değişik "işlerin stajyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma" başlıklı 46. maddesinde; avukat veya stajyerinin, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebileceği ve bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, ancak vekaletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt

veya belgelerin örneği veya fotokopisinin verilmeyeceği yazılıdır.

Anılan madde aynen şu şekildedir:

<p>1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 46</p>	<p>(Değişik : 2/5/2001 - 4667/32 m.) Avukat, işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebilir, fotokopi veya benzeri yollarla örnek aldırabilir. Avukatın onanmasını istemediği örnekler harca tâbi değildir.</p> <p><u>Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur.</u> Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.</p>
--	---

III. Avukatın Dosya İncelemesine Getirilmek İstenen İdari Sınırlama ve Bunun Hukuka Aykırılığı Meselesi

Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme usulü hakkındaki 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş yazısının yeniden gözden geçirilmesi istenmiş ve konu incelenerek işbu incelemeye konu 20/12/2006 gün ve 26029 sayılı görüş verilmiştir.

İşbu görüş yazısında, Adalet Bakanlığı'nın, demokratik hukuk devletinin zorunlu unsurları arasında yer alan yargı bağımsızlığı ve adil savunma hakkı normlarına, her kurum ve kuruluşun daha fazla özen gösterip önem verdiği vurgulanarak, 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş ile gerek Anayasa'nın 9, 36, 140 ve 138/2 maddesine aykırı, gerekse 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndan ve ilgili mevzuattan doğan savunma mesleğinin icrasıyla ilgili olarak keyfi ve sübjektif uygulamalara yol açabilecek bir değerlendirmede bulunulmasının söz konusu olamayacağı gibi, anılan görüşün yargı yetkisinin kullanımına ilişkin olduğunun da ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Çalışmamıza konu görüş yazısında, aynen; "*(bir önceki) görüş yazı-*

mızda yer alan, 'gerek hukuki uyumsuzluklar açısından gerekse cezai kovuşturmalar açısından, dava ve kovuşturma dosyalarını inceleyebilmeleri için **dilekçe ile müracaat etmeleri gerektiğine dair kanun ve yönetmeliklerde açık bir hüküm bulunmama**yla birlikte, bu hususun tamamen mahkeme başkanı veya hakiminin takdir ve yetkisinde olduğu' biçimindeki açık ve net olan ifade tarzından da anlaşılacağı gibi, dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme taleplerini değerlendirme ve karara bağlama konusunda yetki ve takdirin tamamen bağımsız yargıçlarımızda olduğu hususu, özellikle, özenle ve de önemle vurgulanmıştır." denmektedir.

Oysa, Anayasa'nın "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." biçimindeki 9. ve "hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." biçimindeki 140/2 hükmünün yanında 138. maddesi çok açıktır; hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar ve hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında **mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.**

Çalışmamıza konu görüş yazısında, her ne kadar, bu görüşün mahkemelere verilen bir talimat olarak algılanmaması gerektiği, bu konudaki takdir ve yetkinin yine mahkeme ve hakimlere ait olduğu belirtilmiş olsa da, bu yazının doğrudan yargı yetkisinin uygulama aşamasına yönelik olduğu ve dolayısıyla talimat niteliği taşıdığı açıktır.

Önceki görüşte; "kalem hizmetlerinin mahkeme başkanı veya hakiminin denetimi altında yürütülmesi, buna bağlı olarak da kalem hizmetlerinin kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun şekilde yürütülmesinden, aynı şekilde dava ve kovuşturma dosyalarının korunmasından, tertip ve düzeninden mahkeme başkanı veya hakiminin amir sıfatıyla sorumlu olması nedeniyle, mahkeme başkanı veya hakiminin dava ve kovuşturma dosyalarından kimlerin ne şekilde inceleme yaptığından ve belge örneği aldıklarından bilgi sahibi olabilmesi, kalem personeli üzerindeki denetim ve gözetim görevinin yerine getirilmesi ve ayrıca yapılmakta olan soruşturmanın selameti açılarından, avukatların dosya inceleme taleplerinin vekaletname sunulmasına gerek olmaksızın dilekçe ile yapılmasının daha uygun olacağı" belirtilmiştir. İncelemeye konu görüşte bu ifadeyle, inceleme usulünde bir tertip ve düzenin sağlanması, savunma hakkının kötü niyetle kullanılabilme ihtimalinin önüne geçilmesi ve bu doğrultuda ileride doğabilecek olası uyumsuzluklarda dosyaların kimin tarafından, ne zaman incelendiğinin tevsiki bakımın-

dan, *yasalarda engel bir hüküm olmaması da dikkate alınarak*, dava ve kovuşturma dosyalarını ilk kez inceleyecek olan bir avukatın vekaletname sunmasına gerek olmadığı söylenmek istendiği, dilekçe ile başvurmanın yeterli olacağı yönündeki görüş ile kastedilenin de; dava dosyalarında vekil sıfatı bulunmayan avukatların o dosyayı inceleme gereği duyduklarında mahkeme başkanı veya hakimine bir dilekçe ile başvurmalarının daha uygun olacağı, yoksa dava dosyasını vekil sıfatıyla takip eden bir avukatın her dosya inceleme talebinde dilekçeyle başvurmasının gerekmediğidir.

İnceleme konusu görüşte; “*Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği’nin 39. maddesinde yer alan ‘Reis veya Hakim’in haberi olmadan Kalem Şefi mahkeme evrakını kimseye gösteremez’, yine aynı Yönetmelik’in 37. maddesinde yer alan ‘İş sahiplerinin her türlü istemlerinin imzalarıyla tevsiği gerekir.’ hükümlerine dayanan ve genel sınırları yukarıda belirtilen dilekçe ile başvurulmasının uygun olacağı yönündeki görüşün, bu konudaki takdir yetkisinin tamamen kendilerinde olduğu vurgulanan mahkeme başkanı veya hakimler tarafından, avukatlık mesleğinin icrasının sağlanması bakımından ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerle avukatlara getirilmiş olan kazanımlardan geri dönülmesi veya kazanımların sınırlandırılması anlamına gelecek şekildeki uygulamalardan kaçınılması suretiyle yorumlanması, bu konuya özel düzenleme getiren HUMK, Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği ile Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri’nin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik hükümleri ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ‘kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla’ şeklindeki düzenlemesi, özel kanun-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi de göz önünde bulundurularak ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinde yapılan değişikliğin avukatlar lehine sınırsız bir serbesti tanımadığının da dikkate alınarak uygulama yapılması gerektiği düşünülmektedir.” denmektedir.*

Öncelikle ifade etmek gerekirse, yönetmelik hükümlerinin kanunlarda saklı tutulan özel hükümlerden sayılmasının fahiş bir hata olmasının yanı sıra, özel kanun-genel kanun (*lex specialis derogat legi generali*), önceki kanun-sonraki kanun (*leges posteriores priores contrarias abrogant*) ayrımının hangi maksatla ve neye dayanak olmak üzere kullanıldığını da anlamak mümkün değildir. 1136 sayılı Av. K.’nin 2. maddesinde yapılan değişikliğin avukatlar lehine sınırsız bir serbes-

ti tanımadığı biçimindeki çıkarım da, dosya incelemesinin avukatlık mesleğinin sınırsız bir serbestiyle icrası demek olduğunun kabulü anlamına gelecektir ki, böyle bir kabul, ilerde, avukatların duruşmalara girerken de hakimden izin almaları gibi ilginç durumlar doğurabilir, işte bu nedenle böyle bir yaklaşım, hem tehlikeli ve bir o kadar da düşündürücüdür.

Gelinen noktada, görüş yazısında dayanan yönetmelik hükümlerine bir göz atmak yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekirse, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 157. maddesinde, her iki taraf veya vekillerinin dava dosyasını tetkik ve mütalaa edebilecekleri yazılıdır. Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri'nin Yazı İşleri Yönetmeliği'nin "*iş sahiplerinin taleplerinin tespit şekli*" başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasında; iş sahiplerinin her türlü istemlerinin imzaları ile tevsikinin gerekeceği, "*mahkemedeki dosyaların tetkik şekli*" başlıklı 39. maddesinde de; 1086 sayılı HUMK'nun 157. maddesinde yazılı kimselerin (her iki taraf veya vekillerinin) dosyayı tutanak yazıcısının (zabıt katibinin) yanında okuyabilecekleri yazılıdır. Aynı maddede, mahkeme dosyalarını incelemek isteyen müfettiş veya herhangi yetkili bir memurun önce bu yoldaki görev ve yetkisini mahkeme başkanı ya da hakimine bildirmesi gerektiği ve mahkeme başkanı ya da hakiminin haberi olmadan kalem şefinin (yazı işleri müdürünün) mahkeme evrakını kimseye gösteremeyeceği belirtilmiştir.

Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in "*dosyaların inceleme usulü*" başlıklı 51. maddesinde; tarafların veya vekillerinin dosyayı, yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında okuyabileceği, sayılanlar dışında, başkan veya hakimden izni olmadan yazı işleri müdürünün mahkeme evrakını kimseye gösteremeyeceği yazılıdır. Aynı Yönetmelik'in "*iş sahiplerinin istemlerinin tespiti*" başlıklı 54. maddesinde de; iş sahiplerinin her türlü istemlerinde imzalarının alınacağı, tarafların veya vekillerinin, mahkeme işlemlerinde mühür veya herhangi bir aletle imza etmelerine izin verilmeyeceği, bu şekilde yapılan müracaatlar üzerine hiçbir işlem yapılamayacağı yazılıdır.

Görüldüğü üzere, iç işleyişe ilişkin işbu yönetmelik hükümlerinde, avukatların dosya incelemesini sınırlandıran bir hüküm olmadığı gibi, Av. K.'nin 46/2 hükmü muvacehesinde yönetmelikle böyle bir

sınırlandırmanın getirilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla, avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını incelemelerinde dilekçe ile başvuru ve hakim onayı şartının getirilmesi Anayasa'ya olduğu kadar kanuna da açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Bu konuda Danıştay, şu şekilde görüş serdetmiştir: *“Avukat kimliğini, stajyer yetki belgesini ibraz ederek, incelemesine sunulmasını istediği dosyayı, Danıştay Başkanlığı'nca hazırlanan ‘Dosya İnceleme İstek Formu’nu doldurmak suretiyle inceleyebilir, incelemeye sunma yükümlülüğü, kısıtlayıcı özel hükümlerin varlığı halinde, daire veya kurul başkanının bilgisi dahilinde sınırlanabilir, ilgili bilgi ve belgeler ayıklandıktan sonra dosya, avukat veya stajyerin incelemesine sunulur, inceleme işlevi, daire veya kurul kaleminde ya da kurum içinde uygun bir yerde, görevli eşliğinde gerçekleştirilir, incelemeye sunulan belgelerden örnek alınması, vekaletname ibrazına bağlıdır, ‘Dosya İnceleme İstek Formu’ dosyasında muhafaza edilir.”*³

IV. Sonuç

Hukuk devletinin teminatı ve vazgeçilmez unsuru olan yargının bağımsızlığının gerçekleşmesi ve adil yargılanmanın sağlanması için yargının kurucu unsurlarından biri olan savunmanın etkinliğinin artırılması gerekir. İşbu çalışmamıza konu görüş yazısı ile savunmanın etkinliğinin artırılmasının aksine zayıflatılması söz konusudur. Avukatlık mesleğinin icrasında dosya incelemenin günlük bir uğraş olduğu dikkate alındığında, prosedür işlemlerine tâbi tutularak avukatlardan son derecede olağan bu iş için bile dilekçeyle başvuru yapmalarını beklemek, sorunun ciddiyetini gözler önüne sermektedir. Avukatlık mesleği, tarihi boyunca birçok baskı ve engelleme ile karşılaşmıştır. Otoritenin bu tür engellemelerinin arkasında ise, hep başka kaygılar olmuştur. İşbu incelemeye konu görüş yazısı da, böyle bir düşüncenin örneğidir; ancak avukatlık mesleğinde elde edilen asırlık kazanımların, idari kaygılarla yok edilmesi, hafifletilmesi ya da içinin boşaltılması mümkün değildir.

³ Danıştay Başkanlar Kurulu'nun 11/04/2007 gün ve 2007/12 sayılı kararı.