

AVUKATIN HAKLARININ ÖNÜNDEKİ ENGELLER

LIMITATION ON THE RIGHTS OF THE LAWYER

Çağrı YÜCEL*

Özet: Genelde avukatlığın sorumluluk ve ceza boyutu incelenirken, avukatlığın en önemli unsurlarından birisi olan avukatın hakları ihmal edilmektedir. Aslında avukat sahip olduğu bu haklar sayesinde görevini ifa edebilmektedir. Ancak özellikle son yıllarda bu hakların önünde önemli engeller getirildiği gözlemlenmektedir. Bu makalede avukatın bazı haklarının önündeki engeller incelenecektir.

Anahtar Kelimeler : Avukatın hakları, avukatlık hakları.

Abstract: Although the responsibility and punishment aspect of attorneyship is commonly examined, the right of the lawyer, which is one of the most important components of attorneyship, is largely ignored. In fact, the lawyer is able to perform her or his job thanks to these rights she or he holds. However, it has been observed that important limitations on these rights have been used especially in recent years. In this article, the limitations on some of the rights of the lawyer will be investigated.

Keywords: Rights of the lawyer, rights of the attorneyship.

Giriş

Avukatlar arasında genelde Avukatlık Ceza Kanunu veya Avukatın Ceza Kanunu şeklinde adlandırılan Avukatlık Kanunu ve bu Kanun'a bağlı olarak ihdas edilen mevzuatın avukatlara birçok yükümlülük ve bu yükümlülüklere aykırılık sebebiyle disiplin ve/veya cezai sorumluluk getirdiği bilinmektedir. Nitekim avukatlık hukukuna ilişkin az sayıdaki eserde bu durum açıkça görülmektedir. Yine birçok avukat bu yükümlülüklere aykırı davranma iddiasıyla disiplin kovuşturması veya ceza soruşturmasına muhatap olmaktadır. Genel olarak staj eğitim çalışmalarında avukatın yükümlülüklerine çok geniş yer ayrılmakta, avukatın yükümlülüğü ve yükümlülüğün ihlali halinde avukatın muhatap olabileceği durumlar ayrıntılı bir şekilde işlenmektedir.

* Avukat, Eskişehir Barosu – Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

Avukatlık Kanunu ve bağılı mevzuatta sadece avukatın yükümlülükleri düzenlenmiş değildir. Aksine avukatın yükümlülüklerinin yanında avukatın hakları da yer almaktadır. Gerek Avukatlık Kanunu gerek diğer mevzuatta yer alan bu haklar sayesinde avukatlık mesleği icra edilebilmesine rağmen, çoğu zaman bunun farkına varılmamakta, aslında en haklı olunan konuda dahi bilgisizlik veya başka sebeplerle geri adım atılmakta, hakkın kullanılmasını engelleyen adli veya idari karar verildiğinde, farkında olunmayan hakkın önemi anlaşılmaktadır. İşte bu sebeple avukatın hakları da avukatın yükümlülükleri kadar ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir.

Bu çalışmanın amacı, çok geniş olan bu hakların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi değildir. Ülkemizde avukatın birçok hakkı olmasına rağmen, hakların kullanılmasının hukuka aykırı karar ve uygulamalarla engellendiği görülmektedir. İşte bu kapsamda avukatın haklarından bazılarının önüne konulan engeller ve bu engellerin hukuka aykırılığı inceleme konusu yapılacaktır.

1. Genel Olarak Avukatın Hakları

Ülkemizde maalesef avukatlık hukukunun tüm boyutlarıyla inceleyen çok az sayıda eser bulunmaktadır. Bu eserlerde avukatın haklarının farklı şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Her ne kadar avukatın haklarını, hak ve yetki şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutan bir görüş¹ bulunmaktaysa da, kanaatimizce avukatın haklarını bir bütün olarak değerlendiren ve bu hakları iş edinme, mesleki çalışma yapma, meslek örgütü ile ilişkiler, iş sahibi ilişkileri ve sosyal güvenlik yönünden sınıflandıran görüş² daha isabetlidir.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin II. fıkrası ile yargının kurucu unsuru olarak kabul edilmiş avukatın, bu görevini ifa edebilmesi için gerekli haklara sahip olması gerekmektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu, farklı düzenlemelerle, avukatın buna ilişkin haklarını düzenlemiştir. Daha önceleri bu hakların ve özellikle avukatın tekel hakkının genişletilmesi yönünde öneriler yapılmaktayken, bugün mevcut hakların nasıl korunacağı üzerine düşünülmektedir. Gerçekten bu çalışmada sa-

¹ Meral Özkan Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 2012, s.203-378. Özkan'a göre, haklar sahiplerine yetkiler de vermektedir ve bu sebeple yetki hakkın mevcudiyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

² Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, s.281-432.

dece bir kısmını inceleyebileceğimiz mevzuat, karar ve uygulamalarla, avukatın haklarının giderek budandığı, ama aslında budanan hakkın sadece avukatın değil, kişilerin hakkı olduğu görülecektir.

Gelinen aşamada sadece avukatların değil, avukatların meslek örgütü olan baroların da haklarının kısıtlanmaya çalışıldığı ve hatta kısıtlandığı tespit edilmelidir. Ancak burada da aslında hakkı kısıtlananın barolar değil, yine kişiler olduğu göz ardı edilmektedir. Çalışmamızda doğrudan avukatın haklarının önündeki engeller incelenecek olmakla birlikte, bu başlık altında baroların önemli bir hakkına getirilen kısıtlamaya kısaca değinmek isabetli olacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinin I. fıkrasında baroların hukukun üstünlüğü ile insan haklarını savunmak ve korumak amacının bulunduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye dayanan barolar, özellikle idarenin birçok eylem ve işlemine karşı idari yargıda dava açmakta ve açılan bu davalarda baroların dava ehliyeti olduğu kabul edilmekteydi³. Buna karşılık Danıştay, yıllardan beri istikrarlı bir şekilde verdiği bu kararlarından dönerek, baroların dava açma ehliyetini dar olarak yorumlamaya başlamıştır⁴. Danıştay'ın bu kararları geleceğe, avukatlığa ve barolara bakış açısı yönünden önemli işaretler vermektedir. Maalesef hukuk kültürü ve bilincinin yeterli seviyelerde olmadığı toplumlarda hak arama bilincinin de istenen seviyelerde

³ 12.D, 24.12.1997, E.1996/611, K.1997/4255 (SMİP); DİDDK, 07.10.2004, E.2004/2163, K.2004/788 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları - SMİP).

⁴ 6.D, 08.06.2011, E.2010/12920, K.2011/2120 (SMİP); 14.D, 21.09.2011, E.2011/13742, K.2011/796 (SMİP). Buna karşılık 8.D, 25.05.2012, E.2009/3301, K.2012/3510 sayılı kararında Ankara Barosu'nun, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırlarında bulunan park ve piknik alanlarında içki içilmesinin yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali için açtığı davada, Ankara Barosu'nun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen şekliyle bir menfaatinin ihlal edilmediği gerekçesiyle, işlemin iptaline karar veren Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur (Karar yayımlanmamıştır). Ancak bozma kararından sonra davaya tekrar bakan Ankara 9. İdare Mahkemesi, 19.09.2013, E.2013/1333, K.2013/1254 sayılı kararında, "...1136 sayılı Yasa'nın 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan yasal değişiklikten sonra baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır. Avukatlık Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra dava açma ehliyetini bulunup bulunmadığı saptanırken ... menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlamak gerekir. Dolayısıyla dava konusu uyumsuzluğun niteliği göz önünde bulundurulduğunda davacı baronun menfaat ilgisinin bulunduğu açıktır..." gerekçesiyle, ilk kararında ısrar etmiştir (<http://www.ankarabarusu.org.tr/images/Duyurular/9idare.pdf> - erişim tarihi: 12.01.2014).

olmaması doğaldır. Ülkemizde de bu kültür ve bilincin halen yeterli seviyelerde olmadığı dikkate alındığında⁵, baroların dava açma ehliyetinin dar yorumlanmasının yine kişilerin haklarını doğrudan etkileyeceği unutulmamalıdır. Kanaatimizce Anayasa'nın 36. maddesinin I. fıkrasında belirtilen hak arama özgürlüğü, geniş bir şekilde yorumlanarak toplumu ilgilendiren idari davalarda baroların dava ehliyetinin olduğu kabul edilmelidir.

2. Avukatın Delil Toplama Hakkının Önündeki Engeller

2.1. Avukatın Delil Toplama Hakkı

2001 değişiklikleriyle Avukatlık Kanunu'na giren avukatın delil toplama hakkı⁶ Kanun'un 2. maddesinin III. fıkrasında düzenlenmiştir⁷. Ancak belki maddenin avukatın haklarıyla ilgili olmayan bir maddede düzenlenmesi⁸, belki delil toplama yetkisinin sadece mahkeme ve savcılıklarda görülmesi ama belki de en önemlisi konuya ilişkin yeterli bilgi sahibi olunmaması sebebiyle, maalesef bu madde yeterince uygulanamamaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının ihdas edilmesindeki temel amaç, avukatın konuyla ilgili olarak tüm delillere ulaşabilmesine olanak tanınması ve bu sayede avukatın bu delillere

⁵ Belirtmek gerekir ki, barolar da bu seviyenin yükselmesi için bazı çalışmalar yapabilirler. Kişilerin hukukla ilgili bilinçsizliklerini azaltmak, farkındalığı arttırmak, kısacası kişilere haklarını hatırlatmak için konuyla ilgili kitapçıklar dağıtılması, okullarda ve mahallelerde buna ilişkin kısa ve basit konferanslar verilerek kişilerin bilgilendirilmesi, yazılı ve görsel medyada tanıtımların yapılması gerekmektedir. Böylece hem kişilerin hukuk bilinci ve farkındalığı artacak, hem de kişiler haklarının daha fazla farkına vararak avukata daha fazla ihtiyaç duyacaktır.

⁶ Danıştay'ın henüz bu değişiklik yapılmadan önce de avukatın, avukatlık hizmetinin yürütülmesi için gereken belgeleri incelemesinin mümkün olduğu yönündeki kararı için bkz. 10. D, 21.03.1996, E.1994/7677, K.1996/1617 (SMİP).

⁷ Avukatın delil toplama hakkının bulunmadığı yönünde bkz. Özkan, s.19.

⁸ AK m.2, avukatlığın amacını düzenlemekte olup, avukatın haklarının düzenlendiği AK m.35 vd.'da düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde bkz. Çelikoğlu, Cengiz Topel: "Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Delil Toplama Yetkisi, TBBD 2012, S.100, s.303. Nitekim Türkiye Barolar Birliği tarafından 2012 yılında yapılan Avukatlık Kanunu değişiklik önerisine ilişkin olarak hazırlanan Eskişehir Barosu'nun görüş ve önerilerinde de bu husus belirtilmiş, delil toplama yetkisinin Avukatlık Kanunu Değişiklik Taslağı'nın 35/B maddesi altında toplanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Barolar Birliği 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma Metnine İlişkin Eskişehir Barosu'nun Görüş ve Önerileri, s.22.

göre hukuki süreci yönlendirerek yargılama sürecinin uzamasının önlenmesidir⁹. Bu hüküm her ne kadar Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmişse de aslında düzenleme Anayasa'nın 36. maddesinin bir sonucudur. Zira Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiş olup, adil yargılanmanın en önemli unsurlarından birisi, yargılamanın makul bir sürede gerçekleştirilip bitirilmesidir. Ülkemizdeki yargılama süreçleri incelendiğinde delillerin toplanmasının yargılama sürecini geciktirdiği görülmektedir. Dolayısıyla avukatın delil toplama hakkının sınırları genişlediği ölçüde, mahkemelerin delillerin toplanması için harcadıkları süre de azalacaktır. Ayrıca bir kişinin konuyla ilgili tüm delillere ulaşabilmesi aynı zamanda savunma hakkının da bir gereğidir¹⁰.

Avukatın delil toplama hakkı kapsamında avukatın incelemesine sunulacak bilgi ve belgeler, avukatın gerek duyacağı bilgi ve belgeler olmalıdır. Bir başka ifade ile bilgi ve belge incelemek isteyen avukat, bu bilgi ve belgeyi inceleme gerekçesini bildirmelidir¹¹. Avukatın incelemek istediği bilgi ve belge ile müvekkili arasındaki ilişkiyi belirtmesi yeterli olup, bu bilgi ve belgeyi nerede, nasıl kullanacağına ilişkin açıklama yapması gerekmemektedir¹².

Avukatın delil toplama hakkının sınırı, avukatlık görevinin yerine getirilmesidir¹³. Bu sebeple, bir taşınmazın satışına aracılık etmek amacıyla tapudaki bilgi ve belgeleri toplamak isteyen avukatın faaliyeti avukatlık faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, böyle bir talebin reddedilmesi gerekmektedir. Zira bir avukatın emlak komisyonculuğu yapabilmesi mümkün değildir¹⁴.

⁹ Hasan Tahsin Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2012, s.820; Güner, s.288.

¹⁰ 1. D, 27.06.2008, E.2008/721, K.2008/800 sayılı kararına göre, "...soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu..." (SMİP).

¹¹ Gökcan, s.820; Güner, s.292; Vuraldoğan, Kemal: "Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı", EBD 2005, S.7, s.33.

¹² Vuraldoğan, s.33-34. Avukatın delil toplama hakkına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. 1. D, 10.04.2002, E.2002/26, K.2002/52 (KİBB).

¹³ Güner, s.291. Sınır belirlenirken TMK m.2'den de yararlanabileceği yönünde bkz. Çelikoğlu, s.302; Güner, s.291.

¹⁴ Delil toplama hakkının amaç dışı kullanılması durumunda avukatın sorumlulu-

2.2. Hakkın Önündeki Engeller

Avukatın delil toplama hakkının önündeki ilk engel, avukatın delil toplama hakkının düzenlendiği Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasında avukatın bilgi ve belge talebini karşılamakla yükümlü olanlar sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu saymanın isabetli bir şekilde yapıldığı iddia edilemez. Zira hükümde vakıflardan söz edilmesine rağmen, derneklerden söz edilmemiştir. Aynı şekilde hükümde, uygulaması çok geniş olan özel hukuk kişileri, özellikle şirketlerden söz edilmemesi düşündürücüdür. Uyuşmazlıkların çoğunluğunun özel hukuk kişileri arasında olduğu dikkate alındığında, özel hukuk kişilerinden delil toplanamaması önemli bir eksiklik olarak tespit edilmeli ve kapsam tüm özel hukuk tüzel kişilerini kapsayacak şekilde genişletilmelidir¹⁵.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki ikinci engel, kanunlardaki özel hükümlerin saklı tutulmasıdır. Gerçekten avukatın delil toplama hakkı sınırsız olmayıp, özel hükümler sebebiyle bu hak sınırlandırılmaktadır. Avukatın delil toplama hakkını sınırlayabilen hükümlerin hepsinin bu çalışma kapsamında incelenebilmesi mümkün değildir¹⁶. Bununla birlikte, avukatların sürekli olarak karşılaştığı iki sorunun burada daha ayrıntılı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Avukatlık Kanunu 2. maddesinin III. fıkrasında noterlerin bilgi ve belgelerin incelenmesine yardımcı olmak zorunda olduğu düzenlenmiş olmasına rağmen, noterler Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerini gerekçe göstererek bilgi vermekten kaçınmaktadır. Noterlerin her türlü bilgi ve belgeyi Noterlik Kanunu'na göre incelettirmekten imtina edebileceği kabul edildiğinde, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasındaki düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Nitekim uygulamada da çoğu zaman anlamının kalmadığı görülmektedir. Acaba noterler tarafından yapılan bu uygulama hukuka uygun mudur?

Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle Noterlik Kanunu'nun 54. ve özellikle de 55. maddesinin daha yakından incelenmesi gerekmektedir. Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinde noterlerin ve noterlik katiplerinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş ve kanunlardaki emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, öğrenilen

ğunun doğacağı açıktır.

¹⁵ Çelikoğlu, s.302-303.

¹⁶ Örneğin Ban.K m.73, VUK m.5, İYUK m.20/III.

sırların açıklanması yasaklanmıştır. Kanun'un 55. maddesinde ise noterlik evrak ve defterlerinin gizliliği ve hangi hallerde kim tarafından incelenebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu hükümde düzenlenen husus özellikle bir soruşturma veya kovuşturma ya da dava sebebiyle noterdeki bir belgenin nasıl inceleneceği, hangi koşullarda noter dairesinin dışına çıkarılacağıdır. Buna karşılık bir avukatın müvekkili ile doğrudan ilgili bir belge yönünden bu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. Uygulamada avukatlar, doğrudan müvekkillerini ilgilendiren bir ihtarname, sözleşme gibi bir belgeyi incelemek veya belgeden örnek alabilmek için notere başvurduklarında, bu talep Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddeleri gerekçe gösterilerek başvuru reddedilmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için şu basit örnek verilebilir. Avukat, müvekkiline tebliğ edildiği iddia edilen bir ihtarnameyi ve tebligat parçasını incelemek, gerekirse bu belgelerden örnek almak istemektedir. Avukatın bu talebinin Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrası kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Avukatın bu talebinin Noterlik Kanunu'nun 55. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek reddedilmesi ise mümkün değildir. Noterler, bu bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere açıklamaktan imtina edebilirler. Bununla birlikte, ihtarnamenin doğrudan muhatabı olan bir kişinin avukatının, bu ihtarnameyle ilgili bilgi talep etmesi, sır saklama yükümlülüğünü veya evrakın gizliliğini ihlal etmez. Bu sebeplerle kanaatimizce Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerinde yer alan hükümlerin, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasında belirtilen özel hükümlerden¹⁷ olduğu kabul edilse dahi¹⁸, bunun mümkün olduğu kadar dar yorumlanması ve avukatın incelemek istediği belgeyle ilgisini gerekçelendirmesi durumunda bu belgeyi inceleyebilmesi ve hatta bundan örnek alabilmesi mümkün olmalıdır¹⁹. Dolayısıyla noterlerin bu yakla-

¹⁷ AK m.2/III'te geçen "kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla" ibaresinin yürürlükteki kanunların yanında, usulünce anoylanarak Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası sözleşmelerdeki özel hükümleri de kapsadığı yönünde bkz. 10. D, 06.03.2007, E.2004/10375, K.2007/891 (SMİP). Buna karşılık, AK m.2/III'teki özel hükümlerin, idarenin kendi iç işlemlerini düzenleyen talimatları kapsamadığı yönünde bkz. Ankara 4. İdare Mahkemesi, 21.01.2003, E.2002/837, K.2003/35 (Güner, s.291 dn.16); 8. D, 22.12.2010, E.2010/8563, K.2010/7231 (SMİP).

¹⁸ Serkan Açar, / Zeynep Bahadır, "Avukatın Dosya İncelemesine Getirilen İdari Sınırlamanın Kanunu Aykırılığı", TBBD 2008, S.75; Çelikoğlu, s.299 dn.67; Güner, s.292.

¹⁹ 4. D, 16.03.2011, E.2009/695, K.2011/1094 sayılı kararına konu olayda avukat,

şımdan vazgeçmeleri için gerekirse Türkiye Noterler Birliği nezdinde girişimlerde bulunulmalı, bu girişimlerden sonuç alınamaması durumunda ise konunun yargıya taşınması ve gerekirse kanun değişikliği yapılması için çalışılması gündeme gelmelidir.

Noterlik Kanunu'ndaki düzenleme sebebiyle karşılaşılan bu sorunun bir benzeri hatta daha fazla olarak vergi müdürlüklerinde yaşanmaktadır. Vergi müdürlükleri, Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesindeki vergi mahremiyeti düzenlemesini gerekçe göstererek, avukatların müvekkilleriyle ilgili taleplerini reddetmektedir²⁰. Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde de yine tıpkı Noterlik Kanunu'nun 54, 55. maddelerindeki gibi, vergi işlemlerine ilişkin bilgi sahibi olanlar için sırların saklanması yönünde bir yükümlülük getirmiştir. Buna karşılık uygulamada bu hüküm çok geniş yorumlanmakta, avukatın müvekkiliyle ilgili bilgi talepleri geri çevrilmekte, hatta Avukatlık Kanunu'nun avukatın kanunu olduğu, kendilerini bağlamadığı dahi ileri sürülebilmektedir. Halbuki, hakkında idari bir işlem tesis edilen veya edilecek olan bir kişinin avukatı, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasına dayanarak, o işleme konu olabilecek tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktrin²¹ ve Danıştay²²

hakkında cezalı vergi tahsilatı yapılan müvekkiline ilişkin tüm tarh, tahakkuk, tahsilat vs. evraklarının vergi müdürlüğünden AK m.2/III'e göre talep etmiş ancak vergi dairesi VUK m.5'i gerekçe göstererek avukatın bu talebini reddetmiştir. Bu red işleminin iptali için dava yerel mahkemece kabul edilmiş ve söz konusu karar onanmıştır (SMİP). Bu karardan yola çıkarak noterlerin de ilgilisiyle doğrudan bağlantılı evrakları avukata incelettirmesinin bir zorunluluk olduğu söylenebilecektir.

²⁰ Vergi mahremiyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Açar, Serkan: "Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı", ABD 2012, S.2, s.369-379.

²¹ Açar, s.388.

²² 4.D, 16.03.2011, E.2009/695, K.2011/1094 sayılı kararında, "...davacı vekili tarafından, davacıdan tahsil olunan cezalı vergi işlemlerine ait tüm tarh, tahakkuk, tahsilat, evrak ve ödeme suretleriyle diğer bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin tarafına verilmesi istemiyle yapılan başvurunun istenilen bilgi ve belgelerin 213 sayılı Kanunun 5'inci maddesi gereğince vergi mahremiyetini ihlal sayılacağı belirtilerek reddedilmesi üzerine davanın açıldığı, vergi mükellefleriyle ilgili olup vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilen ilgilerin vergi dairesi yetkililerince ifşa edilememesi gerektiği, davacı vekilinin idareye yaptığı başvuru davacının işleri için ve vekil sıfatıyla yapılan bir müracaat olup bu istemin reddi üzerine menfaati ihlal edilen kişinin vekil olmayıp davacının kendisinin olduğu, tarh dosyasından rahatlıkla temin edilebilecek uyumsuzluk konusu belgeler vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden söz konusu başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Davalı idare, dava konusu yazıyla söz konusu belgelerin avukata verilemeye-

da aynı görüşte olup, vergi müdürlükleri tarafından bu taleplerin reddi halinde ret işleminin iptali için mutlaka dava açılmalı ve bu talebi açık kanun hükmüne rağmen yerine getirmeyen kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulmalıdır.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki üçüncü engel Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının yeterince bilinmemesidir. Önemle belirtmek gerekir ki, sadece bilgi ve belge sağlamakla yükümlü olanlar bakımından değil, avukatlar bakımından da bilinmezlik veya az bilinirlik söz konusudur. Ülkemizde avukatlığın en önemli sorunlarından birisi, avukatlar arasında Avukatlık Kanunu'nun belki de en az bilinen kanun olmasıdır. Bu sorunun doğal sonucu, bu temel hakkın dikkate alınmamasıdır. Öte yandan bilgi ve belge sağlama yükümlülüğüne sahip kişilere başvurulduğunda da kişiler bilgisizlik sebebiyle buna mesafeli yaklaşmaktadır. Kanaatimizce bu engelin ortadan kaldırılması için hakkın kapsamıyla ilgili olarak avukatlar ve stajyer avukatlar eğitime tâbi tutulmalı, özellikle kamu kuruluşları yetkilileri ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmelidir.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki dördüncü engel Adalet Bakanlığının bakış açısıdır. Adalet Bakanlığının 20.12.2006 tarihli 26029 sayılı görüş yazısında aynen "...1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan değişikliğim avukatlar lehine sınırsız bir serbesti tanımadığının dikkate alınarak uygulama yapılması gerektiği düşünülmektedir..." denilmektedir²³. Bu görüş yazısına ilişkin aşağıda ayrıntılı inceleme yapılacağından²⁴, burada sadece bu bakışı belirtmek yeterli olacaktır.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki beşinci engel yargı kararlarıdır. Bir yargı kararının engel olarak görünmesi çok hoş olmasa da, bu kararın hukuka aykırı olması ve kanun tarafından verilmiş bir

ceğinin belirtildiği, buna karşın vekil israfından davacı adına açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir... temyiz isteminin reddine..." denilerek, vergi mahremiyetinin avukatın delil toplama hakkının önünde bir engel olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir (SMİP).

²³ Adalet Bakanlığı 20.12.2006, 26029 sayılı görüş yazısı. Görüş yazısı için bkz. Ağar / Bahadır, s.391. Aslında söz konusu görüş yazısı, avukatın dosya inceleme hakkına ilişkin bir yazı olup, avukatın dosya inceleme hakkı başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

²⁴ Bkz. aşağıda.

hakkı ortadan kaldırdığı veya hakkın kullanımını zorlaştırdığı görüldüğünde bu terimin kullanılması zorunluluğu daha iyi anlaşılacaktır²⁵. Yukarıda farklı yerlerde anılan yargı kararları incelendiğinde, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının kanuna uygun olarak yorumlandığı ve uygulandığı görülmektedir. Zira bu kararlarda, avukatın delil toplama hakkının mevcut olduğu isabetli bir şekilde ortaya konulmuştur. Bununla birlikte delil toplama faaliyetinin avukatların yanında bulunan katipler ve stajyer avukatlar tarafından yapılamayacağına ilişkin Danıştay kararının ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Söz konusu kararda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 44. maddesinin I. fıkrası gereğince nüfus kayıt örneklerinin ancak vekillere verilebileceği, her ne kadar Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasında avukatın işlerini stajyer avukat veya sekreteri eliyle yapabileceği belirtilmekteyse de bu hükmün davalara ilişkin olduğu, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ayrı bir düzenleme yapılmadığı belirtilerek nüfus kayıt örneklerinin stajyer avukat (kararda belirtilmemekle birlikte sekreter) eliyle alınmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir²⁶. Danıştay'ın bu kararına katılabilme imkanı bulunmamaktadır.

Öncelikle nüfus kayıtlarının gizli olması, vatandaşların kimlik ve adreslerinin devlet güvencesi altında korunması, bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşımının sıkı şartlara tâbi tutulması isabetli ve zorunludur. Bununla birlikte, açık kanun hükümlerinin gereksiz bir şekilde zorlanması sonucunda, avukatın Avukatlık Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olan bir hakkının engellenmesi kabul edilemez. Avukat birçok müvekkili ile vekalet ilişkisine girebilmekte ve bu kişilerden vekaletname almaktadır. Vekaletini aldığı bu kişilerin işleri sadece mahkemeler, savcılıklar ya da icra müdürlüklerinde değildir. Bu kişilerin nüfus, tapu, kadastro, banka, sigorta şirketi gibi farklı yerlerde avukatlık hizmetine ihtiyaç duyması mümkündür. Bu yerlerden birisi de nüfus müdürlükleridir. Avukatın yetkisi Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasında açıkça düzenlendiğine göre, bu hükmün artık avukatlık hizmetinin görülmesi bakımından genel bir hüküm olarak kabul edilmesi zorunludur. Aksine bir kabul sadece nüfus hizmetlerinde değil, tüm buna benzer kuruluşlara avukatın gitmesini zorunlu

²⁵ Belirtmek gerekir ki, aynı gerekçeyle diğer başlıklar altında da yargı kararlarının bir engel teşkil ettiğinden söz edilecektir.

²⁶ 8. D, 22.03.2011, E.2008/11035, K.2011/1750 (KİBB).

tutar, Avukatlık Kanunu'ndaki hükmü tamamen etkisizleştirir ve avukatı bir bakıma sekreter konumuna getirir. Avukatlık Kanunu'ndaki bu genel düzenleme sebebiyle, her kanunda ayrıca işin sekreter veya stajyer avukat eliyle yapılabileceğinin vurgulanması gereksiz ve kanun yapma tekniğine aykırıdır. Kanaatimizce gerek Danıştay kararına konu İçişleri Bakanlığının yazısı, gerek Danıştay kararında korunmak istenen menfaat, vatandaşların nüfus bilgilerinin gizliliği ve bundan dolayı devletin sorumluluğunu azaltmaktır²⁷. Gerçekten nüfus kayıtlarının gereği gibi tutulması ve saklanmasından dolayı idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, müvekkili ile vekalet ilişkisini ortaya koyan avukatın, işi kendi yanındaki stajyer avukat veya sekreter eliyle yapabilmesi Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasının açık sonucudur²⁸. Buna karşılık, nüfus müdürlüğünden sekreter veya stajyer avukat vasıtasıyla alınan bir nüfus kaydının amaca aykırı kullanılmasından dolayı, avukatın ve eylemi gerçekleştiren sekreter veya stajyer avukatın sorumlu olacağı tartışmasızdır.

3. Avukatın Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Hakkının Önündeki Engeller

3.1. Avukatın Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Hakkı

Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin II. fıkrasında düzenlenen ve belki de avukatın her gün yaptığı işler kapsamında değerlendirilebilecek dosya inceleme ve dosyadan örnek alma işi, son yıllardaki uygulamalarla adeta ortadan kaldırılmış veya hukuka aykırı olarak güçleştirilmiştir.

²⁷ Nitekim nüfus müdürlüklerinin aynı gerekçelerle kanunların farklı hükümlerini yerine getirmekten kaçınmaya çalıştıkları görülmektedir. Örneğin, bir disiplin soruşturması sonucunu tebliğ etmek isteyen Eskişehir Barosu, muhatabın adresine ulaşamaması sonucunda, muhatabın adresini nüfus müdürlüğünden talep etmiştir. Söz konusu talep, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Halbuki AK m.141/III'te yönetim kurulunun bir soruşturma dosyası ile ilgili bilgileri, her türlü adli ve idari merciden talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu genel düzenlemeden sonra, her kurumun özel kanununa ayrıca bu hususun yazılması gerekmemektedir. Nitekim bu gerekçelerin paylaşılmasından sonra sorun çözülmüştür.

²⁸ Dikkat edilirse AK m.46/I'de işten söz edilmektedir. Hükümde kanaatimizce bilinçli olarak dava dosyası, icra takibi, adliyelerdeki iş gibi dar bir kavram kullanılmamış ve avukatın mahkemeler dışında da işleri olduğu kabul edilerek, hükmün geniş yorumlanmasına imkan tanınmıştır.

Avukatın bir dosyayı incelemesi ve gerektiğinde dosyadan dosyadaki tüm delillere ulaşabilmesi yine adil yargılanma hakkının bir sonucudur. Zira bir avukat, takip edeceği bir dosya ile ilgili tüm bilgilere ulaşabilmeli ve bu sayede dosya kapsamında gerekli avukatlık hizmetini verebilmelidir.

Avukatın bir dosyayı inceleyebilmesi için dosyaya vekaletname ibraz etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu hükmün amacı henüz vekaletname almayan avukata dosyayı inceleme fırsatı vererek gerekli araştırmayı yapmasını ve hukuki duruma göre işi alıp almayacağına karar verme imkanını sağlamaktır. Avukatın dosyayı incelemesi için vekaletname almasının zorunlu kılınması durumunda, avukat önce vekaletname alacak, bu vekaletnameyi dosyaya ibraz edecek, dosyayı inceleyecek ve ondan sonra işi almamaya karar verirse istifa ederek ya da müvekkilince azledilerek o dosyayı takip etme yükümlülüğünden kurtulacaktır²⁹. Nitekim Kanun Koyucu, bu sakıncaları görerek avukatın dosya inceleme hakkını vekaletname ibrazına tâbi tutmamıştır.

Avukatlık Kanunu, dosya inceleme için vekaletname zorunluluğu aramamış ve fakat isabetli olarak dosyadan örnek alınabilmesi için vekaletname ibrazını zorunlu tutmuştur. Dosya inceleme hakkı sadece avukata değil, aynı zamanda stajyer avukata da tanınan bir haktır.

3.2. Avukatın Dosya İnceleme Hakkının Önündeki Engeller

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki birinci engel mevzuattan kaynaklanmaktadır. Avukatın dosya inceleme hakkı kapsamında dosyanın incelenmesine ilişkin tutanak düzenlenmesi yönünde bir hüküm Avukatlık Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamasına rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 42. maddesinin II. fıkrasında bu yönde bir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemenin amacı anlaşılmadığı gibi, düzenleme normlar hiyerarşisi bakımından hem Avukatlık Kanunu hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırıdır. Maalesef aynı hüküm Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 54. maddesinin VI. fıkrasında da yer almaktadır. Bu hüküm de yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'ndeki hükmün hukuka aykırılığına ilişkin gerekçelerle hukuka aykırıdır.

²⁹ Hükmün amacına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, s.289.

Henüz engel çıkarmamış olmakla birlikte, önümüzdeki günlerde tartışılabilir bir mevzuat hükmüne de burada değinmemiz gerekmektedir. Dosya inceleme hakkı özel olarak Avukatlık Kanunu dışında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 157. maddesinde de düzenlenmekteydi. Bu düzenlemede aynen "...Her iki taraf veya vekilleri dava dosyasını tetkik ve mütalâa edebilirler" ifadesi yer almaktaydı. Buna karşılık 01.10.2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin birinci fıkrasında "Zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer'i müdahil, dava dosyasını inceleyebilir..." denilmesi sebebiyle, acaba avukatların dosya inceleme hakkının ortadan kaldırıldığı veya dosya incelemenin hâkimin onayına bağlı olduğuna ilişkin bir yorum yapılabilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Öncelikle önceki tarihli Avukatlık Kanunu, sonraki tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel bir kanundur. Kural olarak bu durumda özel kanunun uygulanacağı kabul edilmekteyse de bu ilkenin her zaman uygulanabilmesi mümkün olmadığından, kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerekmektedir³⁰. Mevcut düzenlemede kanun koyucunun iradesi araştırıldığında ise, avukatın dava dosyasını inceleyebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira bu hükmün gerekçesinde açıkça "...Davanın tarafları, katılanlar ya da Avukatlık Kanununun açık hükmüne göre avukatlar dosyayı inceleyebilecektir..." denilmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin avukatların dosya inceleme hakkını ortadan kaldırdığı düşünülse de, avukatın dosya inceleme hakkı Avukatlık Kanunu kapsamında devam etmektedir³¹.

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki ikinci engel uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Bu uygulamalardan ilki avukatın UYAP üzerinden dosya incelemesinin hâkimin iznine tâbi tutulmasıdır. Dosyada vekaletnamesi olmayan bir avukat, UYAP üzerinden dosya incelemek istediğinde hâkimden izin almak zorunda bırakılmaktadır. Avukatlık Kanunu'nda dosya inceleme hakkı bakımından herhangi bir izin şartı öngörülmemiştir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin I. fıkrasında dava ile ilgili bulunanların hâkimin izni ile dosyayı inceleyebileceği belirtilmekteyse de bu hükümde geçen "ilgili" teriminin avukatı kapsamadığı hem hü-

³⁰ Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1997, s.130.

³¹ Krş. Özkan, s.339 dn.277.

kümden hem gerekçeden açıkça anlaşılmalıdır. Mahkemelerin inceleme taleplerini reddetmesinin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Dolayısıyla avukatın herhangi bir izin almaksızın dosyayı UYAP üzerinden incelemesinin sağlanması kanun gereğidir³².

Uygulamadan kaynaklanan ikinci sıkıntı, ceza soruşturma dosyalarının vekaletname olmaksızın avukatlar tarafından incelenemeyeceğine ilişkin uygulama ve kararlardır. Konuyla ilgili son düzenleme Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik ile yapılmıştır³³. Bu Yönetmelik'in 54. maddesinde, mülga Yönetmelik'in 46. maddesindeki ifade aynen korunmuştur. Mülga Yönetmelik'e göre, vekaletnamesi olmayan bir avukatın soruşturma dosyasını inceleme talebinin cumhuriyet başsavcılığınca reddi üzerine karara itiraz edilmiş, karar sulh ceza mahkemesince kaldırılmış, karara karşı yapılan itiraz da asliye ceza mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak söz konusu karara karşı Adalet Bakanlığı kanun yararına bozma yoluna başvurmuş ve avukatın dosyayı incelemesine izin veren karar, kanun yararına bozulmuştur³⁴. Nihayet son olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 09.12.2013 tarihli duyurusu ile vekaletname olmaması durumunda avukatların soruşturma dosyasını inceleyebileceklerini ve fakat bunun için ilgilinin avukata bir talepte bulunduğu ilişkin belgenin avukat tarafından ibrazının zorunlu olduğu bildirilmiştir³⁵. Ancak maalesef aşağıda Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun kararında da geçen talep şartının hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki dördüncü ve en yeni engel Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 10.01.2013 tarihli kararıdır. Bu karar aynen "Temyiz incelemesi için Yargıtay Ceza Dairesine gelen dosyaları; sanık müdafiliğini (vekaletname, yetki belgesi, mahkeme

³² Bu sorunun çözümü için TBB ile Adalet Bakanlığı arasında görüşmeler yapıldığı bilinmektedir. Yapılan bu görüşmelerde TBB'nin önerisi, dosyanın incelenmesi talebinin sunulmasından itibaren üç gün içinde reddedilmeyen inceleme taleplerinin kabul edilmiş sayılmasıdır. Ancak kanaatimizce bu izin sürecinin tamamen kaldırılması gerekmektedir. TBB ile Adalet Bakanlığı arasındaki görüşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr/Detay19916.tbb> (Erişim tarihi: 11.09.2013).

³³ RG 06.08.2013, S.28730.

³⁴ 15. CD, 25.02.2013, E.2013/2162, K.2013/8283 (SMİP).

³⁵ Duyuru için bkz. <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Duyurular/sorusturma-asamasinda-avukat-dosya-incl.pdf> (Erişim tarihi: 14.01.2014).

kararı, tutuklu veya hükümlü ise sanık tarafından cezaevi veya mahkeme kanalıyla gelmiş dilekçe veya faks ile belgelemek, tutuksuz ise huzurda sözlü beyanıyla) kanıtlamak şartıyla avukat veya yetkilendirileceği kişilerin inceleyebileceğine 10.01.2013 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi” şeklindedir. Görüldüğü üzere Yargıtay Başkanlar Kurulu, hiçbir gerekçe göstermeye ihtiyaç duymaksızın³⁶, avukatların dosya inceleme hakkını sınırlayıcı bir karar almış ve bu kararı uygulamaya koymuştur. Söz konusu kararın iptali için dava açılmıştır³⁷. Bu kararın herhangi bir hukuki dayanağı olmadığı belki kararın gerekçesinin olmamasından da anlaşılmaktadır. Maalesef daha önce il adalet komisyonlarının hiçbir hukuki dayanağı olmaksızın duruşma zabıtlarının UYAP üzerinden alınmasına ilişkin verilen karardan sonra, yine bir hukuki dayanaktan yoksun karar ülkenin en önemli yüksek mahkemelerinden biri tarafından verilmektedir. Kararın birçok yönden eleştirisi mümkün olmakla birlikte, burada sadece kısaca şunu belirtmekle yetiniyoruz. Yargıtay normlar hiyerarşisini tamamen göz ardı etmiş, adeta kendisini bir norm yapıcı olarak kabul ederek, hukukta olmayan bir yükümlülüğü hem avukatlara hem de ilgili kişilere getirmiştir. En kısa zamanda hukuka aykırı bu karardan dönülmesi sadece avukatın hakkı bakımından değil, kişilerin hakları bakımından da önemlidir.

3.3. Avukatın Dosyadan Örnek Alma Hakkının Önündeki Engeller

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, avukatın dosyadan örnek alma hakkının önünde iki temel engel bulunmaktadır³⁸.

Bu engellerden birincisi, zorunlu müdafilik ve vekillik çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre görevlendirilen avukatların dosyadan örnek almalarının fiilen imkansız hale getirilmesidir. Bilindiği üzere zorunlu müdafilik veya vekillik çerçevesinde görevlendirili-

³⁶ Bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, Anayasa m.141/III maddesinin açık hükmüne rağmen, hukukumuzda gerekçesiz ya da yetersiz gerekçeli karar sayısı hızla artmaktadır. Yeterli gerekçeyi içermeyen yargı kararlarının olağan karşılanmaya başlandığı bir hukuk devletinde, hukuki güvenlik söz edebilmek mümkün değildir.

³⁷ Dava dilekçesi için bkz. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Detay.aspx?SYF=8100> (Erişim tarihi: 11.09.2013)

³⁸ Bazı mahkemelerin duruşma zaptını vermeyerek, UYAP’tan alınması yönündeki uygulamaları TBB ve baroların girişimleri ile sona erdiğinden, şimdilik bu engel ortadan kalkmış görünmektedir.

len avukatlar, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki ücretlerin çok altında bir ücretle avukatlık hizmeti vermektedir. Bu hizmetleri verirken avukatların bazı harcamalar yapması mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmesi ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesinin II. fıkrasında zorunlu yol giderlerinin ödeneceği açıkça belirtilmiş, buna karşılık avukatın dosyadan örnek alması sebebiyle yapacağı fotokopi harcamaları düzenlenmemiştir. Nitekim bunu esas alan Adalet Bakanlığı 27.03.2013 tarihli yazısında açıkça bu gerekçeyi göstererek, zorunlu müdafî ve vekilin fotokopi masraflarının karşılanmayacağını açıkça ifade etmiştir³⁹. Söz konusu Yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğu ve adil yargılanma hakkını engellediği tartışmasızdır. Bir avukat dosyayı incelese dahi, bu avukatın dosyanın tamamını aklında tutması beklenemez. Özellikle duruşma sırasında avukatın yeni bir soru sorması, önündeki önceki beyanlarla yeni beyanlar arasındaki çelişkileri fark etmesi ve buna göre savunmasını yapması avukatın olağan uygulamalarıdır. Aslında Yönetmelik bu hükmüyle zorunlu avukatlığın sadece şeklen bir avukatlık olduğunu, bu avuktan sadece şeklen duruşmalara girmesinin beklendiğini ikrar etmektedir. Adalet Bakanlığı'nın zikredilen yazısında da belirtildiği gibi, en kısa zamanda bu konuda bir değişiklik yapılarak, fotokopi giderlerinin de avukata ödeneğine veya doğrudan adliyelerde Adalet Bakanlığı'na ait fotokopi makinelerinin ücretsiz kullanılabilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir⁴⁰.

Hakkın önündeki ikinci engel ise, dosyadan örnek almak isteyen avuktan dilekçe istenmesi, hatta bazı mahkemeler tarafından bu dilekçenin her gelen yazı için ayrı ayrı istenmesidir. Bir başka ifade ile bazı mahkemeler, farklı kurumlardan farklı zamanlarda gelen yazılar veya karşı taraf delilleri için her defasında dilekçe talep etmektedir. Avukatlık Kanunu'nda buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, mahkemeler mülga Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 37. maddesinin I. fıkrasındaki "İş Sahiplerinin

³⁹ <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/cmk20130403.pdf> (Erişim tarihi: 11.09.2013)

⁴⁰ Aslında sadece bir gecede kanunların çok kolayca değiştirildiği ve kısa sürede yürürlüğe girdiği ülkemizde, Adalet Bakanlığı'nın bu basit yönetmelik değişikliğini hemen yapması beklenmekteyse de maalesef yazıdan sonra aradan geçen süreye rağmen böyle bir değişiklik yapılmamıştır.

her türlü istemlerinin imzalarıyla tevsiki gerekir” şeklindeki hükmü esas alıyorlardı. Aslında bu hüküm de avukattan dilekçe alınmasının dayanağı olamamakla birlikte, anılan yönetmelik Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği ile ilga edilmiştir. Bu sebeple mahkemelerin dilekçe talebine dayanak gösterdikleri hüküm de artık yoktur. Kaldı ki, böyle bir hüküm olsa dahi bu hükmün avukatın dosyadan örnek alma hakkını zorlaştıracak şekilde yorumlanabilmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce avukatın dosyadan örnek alma hakkı bir kanunda düzenlenmiş olup, normlar hiyerarşisi çerçevesinde avukatın bu hakkının bir yönetmelikle engellenmesi veya zorlaştırılması mümkün değildir⁴¹. Öte yandan avukatın dosyadan örnek alabilmesi bir hak olduğuna göre, usulüne uygun olarak ibraz edilen vekaletname ile birlikte avukat, gizlilik kararı olmayan tüm delil ve belgelere ulaşma imkanına sahip olmaktadır. Bir başka ifade ile vekaletnamenin sunulması ile birlikte, hâkimin dosyadan örnek vermeme gibi bir yetkisi olmayacaktır. Hâkimin karar verme yetkisinin bulunmadığı bir konu ile ilgili olarak ayrıca avukattan dilekçe talep edilmesi hem gereksizdir hem de dosyanın hacmini arttıran bir durumdur. Nitekim Adalet Bakanlığı da yayımlamış olduğu 23.11.2012 tarihli görüş yazısında dosyadan örnek almak isteyen avukattan ayrıca dilekçe alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir⁴².

4. Avukatın Tekel Hakkının Önündeki Engeller

4.1. Avukatın Tekel Hakkı

Avukatın tekel hakkı, belli işlerin sadece avukatlar tarafından yapılabileceğini belirtmektedir⁴³. İlk bakışta sanki avukatlara iş alanı açılabilmesi, avukatların daha fazla menfaat elde edebilmesi için sağlanan bir hak gibi algılansa dahi⁴⁴, bu hakkın amacı karmaşık hukuki

⁴¹ Ağar / Bahadır, s.392.

⁴² Bkz. <http://www.ankarabarasu.org.tr/images/diger/62/20130206binder.pdf> (Erişim tarihi: 12.09.2013).

⁴³ Tekel hakkı terimi yerine avukatlık tekel teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. İyimaya, Ahmet: “Avukatlıkta Tekel Hakkı”, Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.161.

⁴⁴ Nitekim avukatın tekel hakkının bir uygulaması olan ve bazı anonim şirketlerin avukat tutmasını zorunlu kılan AK m.35/III’ü şirketler üzerinde yük olarak gören Maliye Bakanı Mehmet ŞİMŞEK’in açıklamaları için bkz. <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/ShowNew.aspx?id=23566910> (Erişim tarihi: 16.09.2013). Bununla birlikte AK m.35/III ile getirilen zorunlu avukatlığın, tekelin amacıyla

sorunların çözümünün ve kişilerin hakkını aramasının ancak hukuk eğitimi almış belirli statüde yer alan kişiler tarafından gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmasıdır⁴⁵.

Avukatın tekel hakkının kapsamı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasında belirtilmiştir. Burada hakkın kapsamına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır⁴⁶. Ancak avukatın tekel hakkıyla ilgili olarak dikkate alınmayan veya daha az dikkate alan bir hususa dikkat çekilmelidir. Genel olarak hem toplumda, hem yargı makamlarında avukatın tekel hakkının sadece duruşmalara girmek, yargı makamlarında müvekkili temsil etmek şeklinde algılandığı görülmektedir. Halbuki Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrası "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek..." şeklinde başlamaktadır. Görüldüğü gibi avukatın tekel hakkı mahkemelerde başlamayan çok geniş bir haktır. Günümüzde bu hakkın farklı kişilerce bariz bir şekilde ihlal edildiği görülmesine rağmen, maalesef ihlal edenler hakkında gerekli işlemler yapılmamaktadır.

Avukatlık Kanunu, sadece avukatın tekel hakkını düzenlememiş ayrıca buna aykırı davranan kişiler hakkında cezai yaptırım da getirmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde cezai yaptırım düzenlenmesine rağmen, uygulamada yargı organlarının bu hükümleri uygulamakta çekingen davrandıkları görülmektedir.

4.2. Avukatın Tekel Hakkının Önündeki Engeller

Avukatın tekel hakkının önündeki birinci engel, avukatın tekel hakkı kapsamındaki işleri yapan kişiler ile bu kişilere Avukatlık Ka-

bağdaşan ölçülü bir genişleme olduğu yönünde bkz. İyimaya, s.162. Kanaatimizce günümüzde hukukun karmaşık ve farklı uzmanlıklar isteyen yapısı dikkate alındığında, sağlıklı ve büyük bir ekonomi isteyen herkesin zorunlu avukatlığı desteklemesi ve hatta genişlemesinin önünü açması gerekmektedir. Bu sayede uyumsuzluk sayısının azalacağı, yargının yükünün hafifleyeceği de açıktır. Anayasa Mahkemesi de 30.06.2011, E.2010/10, K.2011/110 sayılı kararında aynı gerekçeyi belirterek, hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir (RG, 18.02.2012, S.28208). Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, bu yarar şeklen var olan avukatlarla değil, belli alanlarda uzmanlaşan, şirketlere ihtiyaç duyulan konularda doğru danışmanlık yapan avukatlarla mümkün olacaktır. Dolayısıyla avukatlıkta uzmanlaşma konusunda daha ciddi çalışmalar yapılmalıdır.

⁴⁵ Güner, s.139; İyimaya, s.156, 161; Özkan, s.55-56.

⁴⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. Mehmet Şirin Erdoğan, "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.161; Güner, s.145-146.

nunu'ndaki yaptırımını uygulamayan yargı kararlarıdır. Bu engel kapsamında belirtilmesi gereken ilk kişiler arzuhalcilerdir. Bilindiği gibi, Türkiye'deki tüm adliyelerin yakınında bulunan, dükkanlarının girişinde açıkça "dilekçe yazılır", "dava açılır", "icra takibi için gerekli evraklar düzenlenir" yazan arzuhalciler, Avukatlık Kanunu'na açıkça aykırı işlem yapmaktadır⁴⁷. Yapılan bu aykırı işlemler aleyhine özellikle barolar tarafından suç duyurusunda bulunulmakta ve fakat bununla ilgili olarak farklı kararlar verilmektedir. Yargıtay eski tarihli bir kararında, avukat olmadığı halde başkaları için delil tespiti ve şikayet dilekçeleri yazan bir kişinin Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesine aykırı davrandığına karar vermiştir⁴⁸. İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesi de avukat olmadığı halde avukatlık yetkilerini kullanan kişinin cezalandırılmasına karar vermiştir⁴⁹. Bununla birlikte aynı konuyla ilgili olarak Eskişehir Barosu tarafından da suç duyurusunda bulunulmuş ve fakat Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı, "...şüphelilerin iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarının bulunduğu ve 'Arzuhalci' sıfatıyla büro işlettikleri, kelime anlamıyla 'arzuhalcinin'- okuma yazması olmayan kimselere para ile dilekçe, mektup vb. şeyler yazan kimse olarak tarif edildiği, nitekim şüphelilerin de bir avukata gidecek kadar parası olmayan ve adli mercilere yada diğer resmi kurumlara dilekçe yazmayı bilmeyen kişilere dilekçe vb. yazmak için büro açtıkları ... şüphelilerin bir avukat gibi takip edip avukatlara ait diğer yetkileri kullandıklarına ilişkin şikayetçi kurumun soyut iddiaları dışında delil bulunmadığından..." gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş⁵⁰, bu karara karşı itiraz edilmesine rağmen, talep bu kez de Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁵¹. Önemle belirtmek gerekir ki, avukatın tekel hakkının olduğu ve bu sebeple avukat olmayan kişilerce özellikle mahkemelerde yapılan işlemlerin

⁴⁷ Erdoğan, s.142, 153; Güner, s.146; Özkan, s.51 dn.128.

⁴⁸ 7. CD, 13.09.1973, E.1973/8935, K.1973/10002 (YKD 1975, S.2, s.138).

⁴⁹ İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 10.09.2013, E.2009/383. Karara ilişkin haber için bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=8502> (Erişim tarihi: 16.09.2013). Aynı yönde bkz. Bakırköy 18. Asliye Ceza Mahkemesi, 20.11.2012, E.2012/300 (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7505>, Erişim tarihi: 18.09.2013).

⁵⁰ Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Sor. 2013/3688, K.2013/5281.

⁵¹ Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi'nin Değ. İş. 2013/611. Bu red kararı üzerine kanun yararına bozma talebiyle Adalet Bakanlığı'na başvurulmuş olup, bu başvuru henüz sonuçlanmamıştır.

geçerli olmayacağına ilişkin birçok karar bulunmasına rağmen⁵², arzuhalçilerle ilgili güncel bir karar tespit edilememiştir. Ancak barolar hukuka aykırı bu uygulamaların peşini bırakmamalı, gerekirse tekrar tekrar farklı kişiler hakkında suç duyurusunda bulunarak, hukuka açıkça aykırı olan ve kişilerin hakkını da tehlikeye sokan bu uygulamanın son bulması için çalışmalıdır.

Avukatın bu hakkının önündeki ilk engelle ilgili sigorta hasar takibi şirketler veya kişiler de mutlaka anılmalıdır. Günümüzde rizikoların ve bu rizikolarla ilgili yaptırılan sigortaların artması sonucunda, kişiler adına sigorta şirketlerinde hasar dosyaları açan, bu dosyaları takip eden kişi ve şirketler ortaya çıkmıştır. Genellikle %20 - %30 gibi yüksek yüzdelerle işi alan bu kişiler, işlerin sigortacı nezdinde takibi için bir vekaletname almakta ve bu kapsamda parayı sigortacıdan tahsil etmektedir. Hiçbir denetimden geçmeyen ve bazı durumlarda ciddi mağduriyet yaratan bu kişiler aslında tamamen Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasını ihlal etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay, bu gibi kişilerin sadece kaza mağdurlarını sigorta şirketleri nezdinde temsil ettiğini kabul ederek, yerel mahkemenin mahkumiyet kararını bozmuştur⁵³. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Yargıtay kararında, avukatın yetkilerinin kullanılmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Aslında bu kabul, avukatın tekel hakkının sadece mahkemeler önünde olabileceğine ilişkin görüşün bir yansımasıdır. Halbuki, sigorta takipçisi diyebileceğimiz kişi tarafından kullanılan yetki tam olarak avukatların kullanması gereken bir yetkidir. Çünkü Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesinde hukuki konularda mütalaa vermenin sadece avukatlar tarafından yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir⁵⁴. Sigorta sözleşmeleri veya uygulamadaki adıyla sigorta poliçeleri daha yakından incelendiğinde, bu sözleşmelerin özel hukukun en zor sözleşmelerinden birisi olduğu açıkça görül-

⁵² 11. HD, 03.11.2003, E.2003/3657, K.2003/10218 (Muşul, Timuçin: Notlu İçtihatlı Avukatlık Kanunu-Noterlik Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s.90; 6. HD, 16.06.2010, E.2010/3612, K.2010/7391 (SMİP), 13. D, 08.06.2010, E.2010/1922, K.2010/4843; YHGK, 25.01.2006, E.2005/12-753, K.2006/13 (SMİP).

⁵³ 7. CD, 06.02.2013, E.2010/9674, K.2013/2498 sayılı kararına göre, "...1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 35. maddesinde ... şeklinde düzenleme karşısında sanığın avukatlara ait hak ve yetkileri kullanmayıp sadece sigorta şirketleri nezdinde kaza mağdurlarını temsil ettiği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilemez..." (SMİP).

⁵⁴ Avukatın kanun işlerinde ve hukuki konularda mütalaa verme hakkının kapsamına ilişkin tartışmalar için bkz. Özkan, s.50-51 dn.126.

mektedir. Birçok sözleşmedeki hak ve yükümlülükler sadece kanuna göre çözümlenirken, sigorta sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerde kanun yeterli olmamakta, genel şartlar, poliçe özel şartları ve klozları birlikte değerlendirilmektedir. Özellikle özel şartlar ile klozların, genel şartlar ve kanuna uygun olup olmadığı teknik bir konudur. Son yıllarda sigortacılar bakımından da bilgilendirme yükümlülüğünün doğması, tüketicilerin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinin farklı şekilde yorumlanması gibi etkenler, konunun teknik boyutunu daha da arttırmaktadır. Dolayısıyla böyle bir konuyla ilgili görüş bildirmek, hak sahiplerini buna göre doğru yönlendirmek için uzmanı avukatlar tarafından yapılmalıdır. Bir kez daha hatırlatılmalıdır ki, avukatın tekel hakkının amacı kişilerin haklarının sağlıklı ve doğru bir şekilde korunmasıdır. Böylesine teknik bir konunun konuyla ilgili hiçbir hukuki bilgisi olmayan kişilerce takibi, telafisi zor zararların doğmasına da sebep olabilecektir. Bundan sonra bu bakış açısıyla konu yeniden yargıya götürülmeli ve olayın arkası bırakılmamalıdır. Ayrıca sigorta şirketleri ve Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile iletişime geçilerek, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrası hatırlatılmalı, sigorta takipçileri tarafından yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğu ve tıpkı yargı kararlarında olduğu gibi, bu kişilerce yapılan taleplerin dikkate alınmaması talep edilmelidir.

Avukatın tekel hakkının önündeki ikinci engel maalesef avukatların kendisidir. Yıllar boyunca avukatlık, uyuşmazlıkların doğumundan sonra, uyuşmazlığın çözülebilmesi için mahkemeler önünde tarafların temsil edilmesi gibi algılanmış, buna karşılık avukatlığın danışmanlık boyutu göz ardı edilmiştir. Özellikle şirket sözleşmelerinin yapılması, şirket genel kurullarının toplanması gibi sürekli yapılan ve aslında tamamen hukuki birer iş olan bu işler tamamen mali müşavirlere terk edilmiştir. Her ne kadar Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2. maddesi ile bu meslekleri icra edenlere, özellikle muhasebe kayıtlarının tutulması ve bunlarla ilgili danışmanlık yapılması hakları verilmişse de, şirket kuruluş sözleşmesinin tamamen hukuki bir konu olduğu açıktır. Dolayısıyla bu konuyla ilgili de gerekli girişimler yapılmalı ve fakat öncelikle avukatların bu konuyla ilgili uzmanlıklarının arttırılması amacıyla yaygın, kapsamlı ve yeterli eğitim çalışmalarına başlanmalıdır. Bu eğitim sadece şirket kuruluşları, genel kurullar vs. ile sınırlı olmamalı, ayrıca ticari defterler, bu defterlerin okunması gibi temel muhasebeye ilişkin bilgileri de kapsamalıdır.

KAYNAKÇA

- Ağar Serkan, "Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı", ABD 2012, S.2, s.361-392.
- Ağar Serkan / Bahadır Zeynep, "Avukatın Dosya İncelemesine Getirilen İdari Sınırlamanın Kanunu Aykırılığı", TBBD 2008, S.75, s.385-293.
- Çelikoğlu Cengiz Topel, "Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Delil Toplama Yetkisi", TBBD 2012, S.100, s.281-316.
- Erdoğan Mehmet Şirin, : "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.138-155.
- Gökcan Hasan Tahsin , Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2012.
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011.
- Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1997.
- İyimaya Ahmet, "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.156-170.
- Muşul Timuçin, Notlu İçtihatlı Avukatlık Kanunu-Noterlik Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006
- Özkan Sungurtekin Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 2012.
- Vuraldoğan Kemal, "Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı", EBD 2005, S.7, s.31-36.