

İDARE'NİN YARGISAL MERCİLERDE TEMSİLİ VE TEMSİLCİLERİN SORUMLULUĞU*

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAARSLAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 11.02.2016 **Kabul Tarihi:** 10.10.2016

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

ÖZ

Kamu kurum ve kuruluşları kendi iş ve işlemleri ile ilgili olarak adli ve idari davalarla, tahkim ve icra mercilerinde taraf sıfatına sahiptirler. Bu davalarda idareleri vekil sıfatıyla hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri, avukatlar ve birim amirleri temsil etmektedir. Bu konuyu düzenleyen 659 sayılı KHK tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamamakta bu durum uygulamada temsilciler bakımından kurumdan kuruma değişen farklı hukuki statüler ve buna bağlı olarak farklı aylık ve özlük hakları sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamına alan, hukuk birimlerinin kuruluşu, yapısı ve bu birimlerde çalışan temsilcilerin mesleğe alınmasından emekliliğe kadar tüm hak ve yükümlülüklerini düzenleyen genel bir personel kanununa ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışmada mevcut yasal durum, temsilciler, temsilcilerin hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin temsili, idarenin avukatları, temsilcilerin sorumluluğu, avukat, hukuk müşaviri.

REPRESENTATION OF THE ADMINISTRATION AT
JUDICIAL AUTHORITIES AND RESPONSIBILITY
OF THE REPRESENTATIVES

ABSTRACT

Public authority and institutions hold the capacity of the concerned party in any legal and administrative cases relevant to their own business and procedures before arbitration and enforcement offices. In such cases the authorities are represented by their legal affairs managers, legal counsels, law procedures managers, attorneys and department heads in the capacity of their proxy. The Legislative Decree with no 659 which regulates this issue does not cover all public authority and institutions, due to various legal states that changes between the authorities for such representatives consequently cause different salary and personal benefits to prevail in practice. Therefore, a general employee law which covers all public authority and institutions and regulates the establishment and structure of legal departments, and all rights and liabilities of the representatives working in such departments from the start of their career in this profession until their retirement. In this study current legal status, representatives; legal, penal and disciplinary responsibilities of representatives are reviewed.

Keywords: Representation of the administration, attorneys of the administration, responsibilities of the representatives, attorney, legal counsel.

GİRİŞ

İdareler, kendi iş ve işlemleri ile ilgili olarak açılacak adli ve idari davalarla, tahkim ve icra işlemlerinde taraf sıfatına sahiptirler. Bu davalarda idareleri vekil sıfatıyla hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve avukatlar temsil etmektedir. Ancak mezkûr personelin temin edilemediği yerlerde birim amirlerine üst yönetici^[1] tarafından temsil yetkisi verilebilmektedir.

Temsil yetkisi özel hukuk kişileri tarafından kanuni ya da akdi temele dayanmasına karşın kamu tüzel kişileri bakımından kural olarak kanuni temele dayanmakla birlikte istisnaen de akdi temele dayanmaktadır. Zira özel hukuk ilişkilerinde avukat müvekkil ilişkisi vekâlet sözleşmesinin bir alt türü olarak kabul edebileceğimiz avukatlık sözleşmesine dayanmasına karşılık kanuni temsilde yasalara dayanmaktadır.

Oysaki idare ile temsilcileri arasındaki ilişki serbest avukatlar ile idare arasında yapılan hizmet sözleşmesini bir yana bırakırsak kamu görevliliği kapsamı içinde bir statüsel yapı ve ilişkiye dayanmaktadır. Bu anlamda serbest avukatlarla idarenin temsilcileri arasında haklar ve sorumluluklar bakımından ciddi farklılıklar vardır.

Yine 659 sayılı KHK^[2] yürürlüğe girmezden evvel genel bütçeye dâhil idarelerin temsili hususunu düzenleyen 4353 sayılı Kanun'a göre genel bütçe kapsamındaki idarelerin "idari yargı mercileri hariç" temsil yetkisini kural olarak Maliye Bakanlığı bünyesindeki Hazine avukatları^[3] ve yardımcı avukatlara vermektedir. İdari yargı konusundaki temsiliyeti ise ayrı bir maddede ve farklı bir şekilde düzenlemekteydi. Buna göre hazineyi ilgilendiren davalarda Hazine avukatları, bunun dışındaki davalarda ise daire amirleri, bakanlık hukuk müşavirleri ve Danıştay'daki duruşmalarda bunlara ek olarak şube amirleri tarafından temsil edilecekleri düzenlenmişti. Mezkûr düzenleme ve yapının

[1] 659 sayılı KHK'nın tanımlar başlıklı 2/e. maddesine göre Üst yönetici; Milli Savunma Bakanlığında Bakanı, diğer bakanlıklarda müsteşarı ve kamu idarelerinde en üst yöneticiyi ifade etmektedir. Ancak Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan ve kurumların görüşüne açılan "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" yasalaşırsa il özel idareleri bakımından üst yönetici valiyi ve diğer kurumlar bakımından da kurumların en üst yöneticisini ifade edecektir.

[2] *Resmi Gazete*, T.02.11.2011, S.28103.

[3] Metin GÜNDAĞ; *İdare Hukuku*, Ankara2011, s.394; İŞİLAR, s.408.

yetersiz olması nedeniyle bu alanda yeniden bir yapılanmaya ihtiyaç olduğu doktrinde dile getirilmekteydi^[4].

Bu bağlamda 659 sayılı KHK ile genel ve özel bütçeli idarelerin yargı mercilerinde temsili konusunda kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Bu KHK'da yerel yönetimler, sosyal güvenlik kurumları, üst kuruluşlar ve KİT'ler hakkında bir düzenleme yapılmamış olsa da idarelerin temsiliyeti noktasında önemli yenilikler getirilmiştir. Bu çalışmada 659 sayılı KHK ile yapılan düzenlemeler, idarenin temsilcileri, temsilcilerin hak ve sorumlulukları ele alınacaktır.

1. KAVRAM OLARAK TEMSİL

Kelime olarak temsil; birinin ya da bir topluluğun adına davranmayı ifade etmek üzere kullanılmasına karşın hukuki olarak "bir başkası namına bir hukuksal işlemi yapmak olgusunu gösteren terimdir"^[5].

Taraflar, davalarda kanuni veya iradi temsil yöntemiyle kendilerini temsil ettirebilirler. Kanuni temsil, kanuna dayanmakta ve sınırları kanunla belirlenmektedir. İradi temsil ise dava ehliyeti olan kişilerin kendi iradeleriyle, kendilerini bir vekil sıfatıyla temsil ettirmeleri olarak ifade edilmektedir.^[6]

Kanuni temsil; dava ehliyeti bulunmayanlar ile özel hukuk tüzel kişilerinin yasal temsilcilerinin bizzat ya da bir avukat vasıtasıyla dava ehliyeti bulunmayanları ve tüzel kişileri yargı mercileri önünde temsil etmesi olarak ifade edilebilir.

Özel hukuk tüzel kişileri kendilerini yargı mercileri önünde yetkili temsilcileri olan müdürler ya da yönetim kurulu üyeleri tarafından temsil ettirebildikleri gibi yasal temsilciler tarafından atanmış avukatlar tarafından da temsil edilebilirler.

Hakeza vesayet ve velayet altında bulunanların yasal temsilcileri de velayet ya da vesayet altında bulunanları bizzat ya da atadıkları avukatlar vasıtasıyla yargı mercileri önünde temsil ettirebilmektedirler.^[7]

İdareler ise bünyelerinde istihdam ettikleri avukatlar, hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri, birim amirleri ve yine hizmet

[4] Süha TANRIVER; "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2000, C.49, S.1-4, s.73.

[5] Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2005, s.1223.

[6] Seyithan DELİDUMAN, Tüzel Kişilerin Davada Temsili, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:II, S.1, Yıl:1998, s.176.

[7] İstisnai bazı durumlarda eşlerin de birbirini temsil edebildikleri görülmektedir. Örneğin Kadastro Kanunu m.31.

satın aldıkları serbest avukatlar vasıtasıyla kendilerini yargısal mercilerde temsil ettirebilmektedirler.

2. HUKUKSAL TEMELLER

İdarelerin yargı mercilerinde temsili konusunda temel hukuki düzenleme 6.4.2011 tarih ve 6223 sayılı yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılan ve 02.11.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmıştır.

Bu Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmazdan evvel idarelerce yürütülen muhakemat hizmetleri; 02.02.1929 tarih ve 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekâlet Hakkında Kanun^[8], 08.01.1943 tarih ve 4353 sayılı Maliye Vekâleti Başhukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Dâvalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilâyetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun^[9] ve yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 178 sayılı KHK'nın ilgili bazı hükümlerine göre yürütülmekteydi.

Fakat 659 sayılı KHK'nın 18. maddesiyle 1389 sayılı Kanun, 4353 sayılı Kanun ve DMK'nın konuyu düzenleyen 146/3 maddesi gibi bazı hükümler kaldırıldı. Yine 18. maddeye göre bu kanunlara yapılan atıfların 659 sayılı KHK'ya (bazı durumlarda 178 sayılı KHK'nın ilgili hükümlerine) yapılmış sayılacağı şeklinde düzenlemeyle bu alandaki temel hukuki normun 659 sayılı KHK olduğu belirlenmiş oldu. Ancak bu KHK'nın kapsamını genişleten bir Taslak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak kurumların görüşüne sunulmuştur. Bu çalışmamızda zaman zaman bu taslak üzerinden de değerlendirme ve tartışmalar yapılacaktır.

3. 659 SAYILI KHK'NIN KAPSAMI

659 sayılı KHK'nın amaç ve kapsam başlıklı 2. maddesinde bu KHK'nın genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun bir şekilde yerine getirilmesi ve bu hizmetlerin yerine getirilmesinde uygulama birliğinin sağlanması ve yine usul ve esasların belirlenmesi olarak ifade edilmiştir.

[8] *Resmi Gazete*, T.10.02.1929, S.1115.

[9] *Resmi Gazete*, T.18.01.1943, S.5307.

Kanun maddesinden açıkça anlaşıldığı üzere genel bütçe kapsamındaki tüm idareler ve bu arada TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, HSYK ve Sayıştay bu KHK kapsamına alınmıştır. Ayrıca tüm özel bütçeli idarelerin de bu kapsamda olduğu düzenlenmiştir.

Ancak genel ve özel bütçe dışındaki idarelerin bu KHK kapsamında olmadığı görülmektedir. Bilindiği üzere 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 13. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları; genel bütçe, özel bütçe, düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi, sosyal güvenlik kurumu bütçesi ve mahalli idareler bütçesi şeklinde beş ayrı gruba ayrılmıştır. 659 sayılı KHK sadece genel ve özel bütçeli idarelerin bu KHK kapsamında olduğunu düzenlediğinden mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları, ve düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar^[10] ile özerk bütçeli KİT'lerin bu KHK'nın kapsamında olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla bu KHK kapsamı dışında olan kurum ve kuruluşlar kendi kuruluş kanunlarında belirlenen sınırlar çerçevesinde muhakemat hizmetlerini yürütmektedirler. Örneğin SGK, 5502 sayılı Sosyal güvenlik Kurumu Kanunu'nun 6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle değişik 36. maddesiyle kurumu temsil edecek kişileri, bunların idareye bildirilmesi usulünü ve baro kaydı gibi hususları belirlediği görülmektedir. Ancak bu kurumların avukat dışındaki temsilcileri ile yargı mercilerinde temsili durumunda vekâlet ücretine hak kazanıp kazanmayacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış sadece vekâlet ücretinin dağıtımına ilişkin olarak 1389 sayılı Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı (m.28) ifade edilmiştir. 659 sayılı KHK'nın 18. maddesiyle de 1389 sayılı Kanun'a yapılan atıfların 659 sayılı KHK'ya yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla 659 sayılı KHK kapsamında olan ve olmayan hemen hemen bütün idareler vekâlet ücretinin dağıtımı konusunda 659 sayılı KHK'yi uygulamak zorundadırlar^[11].

Aslında bu sorunun 659 sayılı KHK kapsamında olmayan tüm idareler bakımından tartışılması gerekmektedir. Zira 659 sayılı KHK'nın 14. maddesinin 1. fıkrası bu KHK kapsamında olan idarelerin temsilcileri lehine vekâlet ücretine hükmedileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla bu KHK kapsamında olmayan idarelerin avukat olmayan temsilcileri bakımından vekâlet ücretine hükmedilmemesi ve yine kapsam dışındaki idarelerin avukat dışındaki temsilcilerinin vekil sıfatıyla davalara kabul edilmemesi gerekmektedir.

[10] Celâl İŞIKLAR, "659 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Husumete İlişkin Esaslar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:3, S.10, Temmuz 2012, s.413-414.

[11] D.2.D, T.9.4.2014, E.2013/4583, K.2014/3270, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

Bu durum uygulamada yargılama giderleri bakımından ciddi bir karışıklığa neden olmaktadır. Bu bağlamda iş bu KHK'nın kapsamının genişletilerek tüm idarelerin bu kapsama alınması usul ekonomisine uygun ve uygulamada da büyük bir kolaylığa neden olacaktır.

Ancak hemen ilave edelim ki Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan ve kurumların önerisine sunulan "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" ile bu KHK'nın kapsamı genişletilmektedir. Bu Taslağa göre 659 sayılı KHK'nın 1. maddesine yeni bir fıkra ilave edilerek genel bütçe ve özel bütçeli idareler yanında sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve il özel idareleri de bu KHK kapsamına alınmaktadır. Böylece bu taslak yasalışırsa bu idareler de muhakemat hizmetleri ve uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümünü bu KHK çerçevesinde yerine getireceklerdir.^[12]

Ancak bu taslakta da KİT, belediye ve köyler bu kapsama alınmayarak kanaatimizce ciddi bir eksikliğe neden olunmuştur. Anayasanın 123. maddesinde yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesi göz önüne alındığında KİT, belediye ve köylerin bu kapsama alınmamasının tutarlı bir gerekçesinin olmadığı söylenmelidir. Köylerin, muhakemat işlerinin pek olmayacağı bu nedenle dışarıda bırakılmış olduğu ya da unutulmuş olduğu düşünülse de ekonomik anlamda ciddi bir güç olan ve iktisadi nitelikte kamu hizmeti üreten KİT'ler ve yerel nitelikli kamu hizmetlerini yerine getiren ve büyük bütçelere sahip olan belediyeler için böyle bir gerekçenin düşünülemediği ifade edilmelidir.

4. İDAREYİ TEMSİLE YETKİLİ KİŞİLER

4.1. GENEL OLARAK

Kamu idarelerini vekil sıfatıyla yargı mercilerinde; avukatlar, hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve yine üst yöneticiler tarafından temsil yetkisi verilen merkez ve taşra birim amirleri tarafından temsil edilmektedir.

Bu temsilciler mensubu ya da temsilcisi oldukları idareleri tüm yargısal iş ve işlemlerde ülke sathında, ilk ve son derece yargı yerlerinde herhangi bir ek yetkilendirmeye gerek olmaksızın temsil kabiliyetine sahiptirler.^[13]

[12] Aslında bu Taslak yasalışırsa bu KHK kapsamında olan tüm idarelerin adli ve idari uyuşmazlıkları için sulh yolu öncelikli ve zorunlu bir aşama haline getirilmiş olmakta ve buna göre adli ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere komisyon oluşturulmaktadır.

[13] Ancak istisnai olarak ifade edebileceğimiz bazı durumlarda temyiz vb bazı yolların kullanılabilmesi için üst makamların izni aranabilmektedir. Örneğin Vergi Usul Kanunu

Ancak hemen ilave edelim ki 659 sayılı KHK öncesi temsilcilerin sahip olduğu yetkiler yer ve mahkeme dereceleri bakımından da farklılık taşıyabilyordu. Zira 4353 sayılı Kanun (m.20) merkez, il ve kaza avukatları bakımından ayrıma gitmekteydi. İl ve kaza avukatlarının görev ve yetkilerinin il ve kazalarıyla sınırlı olduğunu hatta bunların Yargıtay gibi üst mahkemelerde temyiz ve Danıştay'da temsil yetkisini kullanılabilmeleri için bakanlıkça ayrıca yetkilendirilmeleri gerektiği hükmünü taşıyordu. Fakat 659 sayılı KHK bu ayrımı ortadan kaldırmış bulunmaktadır.

İdarenin temsilcilerinin diğer bir ifadeyle kamuda görev yapan hukukçuların ikinci işlevi ise görev yaptıkları kurum ve kuruluşların işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluğu sağlamaya çalışmak suretiyle hukukun üstünlüğü ve hukuk devletini egemen kılmaya çalışmak olarak ortaya çıkmaktadır.^[14]

4.2. İDARENİN AVUKATLARI

Kamu kurum ve kuruluşları kendi bünyelerinde istihdam ettikleri avukatlar vasıtasıyla kendilerini yargı mercileri önünde temsil ettirebilmektedirler. Kurumların kendi bünyelerinde istihdam ettikleri avukatlar dar anlamda kamu görevlisi statüsünde^[15] olmak yanında bunların yürüttükleri hizmetler de kamu hizmeti niteliğini taşımaktadır.^[16] İdarenin avukatları kamu görevlilerinin tabi olduğu hak ve yükümlülüklerle sahiptirler.

Bilindiği üzere memuriyet sınıfları 657 sayılı DMK'nın 36. maddesinde 10 ayrı sınıf olarak sayılmıştır. Bu maddede avukatlar da Avukatlık Hizmetleri Sınıfı olarak sayılmıştır. Özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine haiz olan memurların bu sınıfa tabi olduğu düzenlenmiştir.

377. madde gibi.

- [14] Baroda Birlik Grubu, *Kamu Avukatlarının Sorunları ve Çözüm Projelerimiz*, Ankara 2004, s.21; Yaşar GÜÇLÜ, *Kamuda Çalışan Hukukçular*- <http://www.mecelle.com/node/452>
- [15] Serbest avukatların idare hukuku yani dar anlamda kamu görevlisi olmadıklarını, işlevsel anlamda kamu görevi ifa ettiklerini dar anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilebilmeleri için kamu kurum ya da kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını gerektiği haklı olarak belirtmektedir. Meral Sungurtekin ÖZKAN; *Avukatlık Mesleği- Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir 2012, s.23, 27; İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK; *İdare Hukuku*, İstanbul -Temmuz 2011 s.558; GÜNDAY, s.580.
- [16] GÜNDAY, s.579-580; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.557-558; ÖZKAN, s.9-10; D.11.D, T.3.5.2005, E.2003/2987, K.2005/2244, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

Hemen ilave edelim ki kurum avukatları Avukatlık Kanunu ve meslek kurallarına göre faaliyette bulunmaktadır.^[17] Ancak Anayasa'nın 135 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ek 1. maddesine göre baroya kayıt zorunlulukları bulunmamaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek 1. maddesine göre Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bu avukatların baroya kayıt yapmaması durumunda çalıştıkları yer barosuna bilgi vermesi gerekmektedir.

Bu avukatların baroya kayıt zorunluluğu olmasa da avukatlık mesleğine kabul ve ruhsatname verilmesi konusunda Avukatlık Kanunu'na tabidirler. Yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlar hakkında öngördüğü disiplin işlem ve cezaları, bu maddede sözü edilen avukatlar hakkında da avukatın sürekli görev yaptığı yer barosuna uygulanmaktadır.

Ayrıca bu avukatların kurumlarından ayrılması durumunda serbest avukatlık yapabilmeleri için baroya kayıt yapmaları gerekmektedir.

Serbest avukatlar ile müvekkilleri arasındaki ilişki akdi bir ilişki olmasına karşın kamu avukatlarının kurumları ile olan ilişkisi statüseldir. Nitekim Danıştay'da serbest avukatlarla kamu kurum ve kuruluşlarında memur kadrosunda görev yapan, maaşını bağlı bulunduğu yasalara göre alan kamu avukatlarının aynı olmadığını ve bunların kamu personeli statüsünde olduklarına karar vermiştir.^[18]

İdareler tarafından istihdam edilecek avukatlar Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmeliğe göre alınmaktadır. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları, özel mevzuatlarında sınav, başvuru, komisyon teşkili ve sınava ilişkin diğer hususlarda düzenleme yapmak kaydıyla, avukat kadro ve pozisyonlarına, KPSS (B) grubu puan sırası dikkate alınarak, alınacak avukat sayısının beş katına kadar belirlenecek adaylar arasından sadece yazılı ya da sadece sözlü veya hem yazılı hem de sözlü sınav ile atama yapabilmektedirler. Kamu kurum ve kuruluşları genellikle KPSS sınavı (B puan türü) sonrası yazılı ve sözlü sınav yaparak açıktan avukat almaktadırlar.

Kural olarak avukatlık sınavına girebilmek için DMK 48. maddede belirtilen genel şartları taşımak yanında, hukuk fakültesi mezunu olmak ve son başvuru tarihi itibarıyla avukatlık ruhsatına sahip olmak gerekmektedir. Ancak diğer bazı kurumlar bu şartlar dışında yaş vb başka koşullarda isteyebilmektedirler.

[17] Ejder YILMAZ; "Kamuda Çalışan Avukatlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2008, C.57, S.3, s.733.

[18] DİDGK, T.6.3.2008, E.2005/1588, K.2008/251, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

4.3. HUKUK BİRİMİ AMİRLERİ

Hukuk birimi, idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürüten idari birimlerdir. Hukuk birimi amirleri ise bu birimlerin genellikle merkez teşkilatındaki hukuk birimlerinin amirlerini ifade etmektedir^[19].

Hemen hemen tüm kamu idareleri ile kamu kurum ve kuruluşları kendi bünyelerinde hukuk hizmetlerini yürütmek üzere idari birimler kurmaktadır. Ancak 659 sayılı KHK'nın 4/son maddesine göre kendi kuruluş kanunlarında hukuk birimi kurulmamış idarelerde hukuk hizmetleri idare bünyesinde görev yapan avukatlar tarafından yerine getirilmektedir. İdarelerin merkez birimlerinde görev yapan avukatlardan birisi üst yönetici tarafından hukuk birimi amiri olarak atanmaktadır.

Hukuk birimleri, bünyesinde bulunduğu idarenin taraf olduğu adli ve idari davalarla iç ve dış tahkim yargılamaları, icra işlemleri ile yargıya intikal etmiş her türlü hukuki uyuşmazlıklarda idareyi temsil etmek sıfatıyla her türlü iş ve işlemi yapmakla görevlidir. Hakeza hukuk birimleri, hizmet sözleşmesiyle serbest avukatlarla takip ettirilen işleri de izleme, denetleme ve koordine etmekle görevlidirler. Dolayısıyla birim amiri başında bulunduğu hukuk biriminin yönetim, denetim ve koordinasyonundan da sorumludur.

Hukuk birimleri aynı zamanda bünyesinde buldukları idari teşkilatın hukuk danışmanlıklarını yapmakla görevlidirler. Bu bağlamda idarelerin mevzuat, sözleşme ve şartname taslaklarını hazırlamak, idare birimlerince gönderilen hukuki işlerle ilgili mütalaalarını vermek, yeni uyuşmazlıklar çıkmaması için gerekli önlemleri almak, sulhen çözümler için mütalaalar vermek şeklinde birçok görevleri vardır.

4.4. HUKUK MÜŞAVİRLERİ

Kurumların hukuk işlerini görmek, hukuki sorunlarda görüş belirtmek için kendisine danışılan kimse olarak tanımlanmaktadır.^[20] Kural olarak hukuk fakültesi mezunu olup KPSS ve DMK 48. madde koşullarını taşıyanlar arasından atanarak göreve gelmektedirler. DMK'ya göre genel idari hizmetler sınıfında

[19] Örneğin Vekâlet Ücretlerinin Dağıtımına Dair Usul ve Esaslar hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde Hukuk Birimi Amiri "İdarelerin merkez teşkilatındaki hukuk biriminin amirini" ifade ettiği belirtilmiştir. *Resmî Gazete*, T.8.7.2012, S.28347.

[20] YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s. 491.

yer almaktadırlar^[21]. 1136 sayılı Kanun'un 4/1. maddesine göre hukuk müşavirleri meslekte on yıl çalışmış olmak kaydıyla staj ve sınava gerek olmaksızın avukatlık hakkı elde etmektedirler.

Ancak hemen ilave etmeliyiz ki hukuk müşavirliklerinin yapısı ve işleyişi tüm kamu kurum ve kuruluşlarında aynı değildir.^[22] Statü ve işleyiş yönünden tüm kurum ve kuruluşlarda paralelliğin sağlanması gerekir.^[23] Zira personel alımından özlük haklarına kadar birçok farklılıkla karşılaşılabilmektedir. Bazı kurumlarda hukuk müşavirliği kadrolarına atanabilmek için belli bir süre idare bünyesinde avukat olarak çalışmak gerekebilmektedir. Örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı avukat kadrosunda olup, en az beş yılı bu kadroda olmak üzere toplam on yıl hizmeti bulunanları hukuk müşaviri kadrosuna atamaktadır.

3046 sayılı Kanun'un 25. maddesinde hukuk müşavirliklerinin görevleri, bakanlıkların diğer birimleri tarafından sorulan hukuki konularla ilgili olarak görüş bildirmek, İdarenin menfaatlarını koruyucu, anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri almak, adli ve idari davaları takip etmek ve hazineyi ilgilendirmeyen davalarda bakanlığı temsil etmek, başbakanlık ya da bakanlık bünyesinde bulunan kuruluşlardan gelen kanun, tüzük ve yönetmelik tasarıları hakkında hukuki açıdan görüş bildirmek şeklinde sayılmıştır.^[24]

Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmeliğin^[25] ek 6. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları, özel mevzuatlarında sınav, başvuru, komisyon teşkili ve sınava ilişkin diğer hususlarda düzenleme yapmak kaydıyla, hazine avukatı ve hukuk müşaviri kadroları ile avukat kadro ve pozisyonlarına, KPSS (B) grubu puan sırası dikkate alınarak, açıktan atama yapılacak kadro veya pozisyon sayısının beş katına kadar belirlenecek adaylar için yapacakları yazılı ve/veya sözlü sınavlardaki başarı sırasına göre atama yapabilecekleri şeklinde düzenlenmiştir.

Bu Yönetmeliğe istinaden birçok bakanlık, kamu kurum ve kuruluşu hukuk müşaviri kadrolarına KPSS (B) grubu puan türüne göre yazılı ve sözlü sınav

[21] YILMAZ; Kamuda Çalışan Avukatlar, s.744; Baroda Birlik Grubu, s.73.

[22] Baroda Birlik Grubu, s.21.

[23] Hatta Baroda Birlik Grubu "Hukuk Koordinasyon Yüksek Kurulu adlı bir üst kuruluşun kurulmasını önermekte ve böylece kamunun daha etkin savunulacağını ve Devletin hukuka uygunluğunun sağlanacağını ileri sürmektedir, s.21-22.

[24] Mülga 4353 sayılı Kanun'a göre hukuk müşavirleri, hem genel bütçe kapsamındaki idareleri adli ve idari mercilerde temsil hem de diğer idari ve yargısal görevleri yerine getirmek üzere görevlendirmişti.(Mülga 4353 sayılı Kanun m.18, 22)

[25] *Resmi Gazete*, T.3.5.2002, S.24744.

yaparak hukuk müşaviri almaktadır. KPSS puan türüne göre asgari puan almış olanlar sınava müracaat edebilmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşları genellikle Hukuk müşavirliği için DMK 48. maddede sayılan genel şartlar yanında hukuk fakültesi mezunu olmayı yeterli kabul etmektedirler.

Giriş sınavında başarılı olan adaylardan, ilan edilen boş kadro sayısı kadar aday, başarı sıralamasına göre hukuk müşaviri kadrolarına atanırlar. Asıl listeden hukuk müşaviri kadrolarına atanmaya hak kazanan adaylardan çeşitli sebeplerle göreve başlamayanların veya ataması yapıp herhangi bir sebeple görevden ayrılanların yerine, yeni bir sınav yapılmadan ve altı aylık süreyi de aşmamak kaydıyla yedek listeden başarı sırasına göre atama yapılabilmektedir.

Bunun yanında kurumlar arası naklen atama yöntemiyle de hukuk müşavirleri istihdam edilebilmektedir. Örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hakim, savcı, hukuk müşaviri veya avukat kadrolarında olup, bu kadrolarda en az beş yıl çalışmış olmak kaydıyla on yıl hizmeti bulunanlardan, avukatlık ruhsatına haiz ve kırk yaşını doldurmamış olanları naklen atayabilmektedir.

4.5. MUHAKEMAT MÜDÜRLERİ

Muhakemat, kelime anlamı olarak yargılamalar, muhakemeler anlamına gelmektedir. Muhakemat müdürleri ise; Hazine ile ilgili davalar ve diğer yargı işlerini yürütmek üzere Maliye Bakanlığı Muhakemat Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan muhakemat müdürlükleri amirleridirler. Devlet Memurlarının Kanunu'na göre genel idari hizmetler sınıfında yer almaktadırlar.^[26]

14.12.1983 tarihli Resmi Gazetenin mükerrer sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin^[27] 26.9.2011 tarih ve 659 sayılı KHK'nın 17. maddesi ile değişik görev başlıklı 2/b. maddesinde "Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk danışmanlığını ve muhakemat hizmetlerini talepleri halinde yerine getirmek" şeklinde bir görevin Maliye

[26] Sayıştay Temyiz Kurulu verdiği bir kararda, muhakemat müdürlerinin daha önce işgal ettikleri kadro avukatlık hizmetleri sınıfında olmasına karşın muhakemat müdürü olarak atandıklarında genel idari hizmetler sınıfına ait bir kadroyu işgal etmeye başladıklarını bu nedenle de genel idari hizmetler sınıfında yer aldıklarına karar vermiştir. Sayıştay Temyiz Kurulu K., T.5.11.1993, K.23201 ve Sayıştay 6. D, T.6.7.1999, K.9854, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[27] *Resmi Gazete*, T.14.12.1983, S.18251

Bakanlığına verildiği görülmektedir. Aynı KHK'nın Ana Hizmet Birimleri başlıklı 8/a maddesi "Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nü" ana hizmet birimleri arasında saydığı görülmektedir.

Aynı KHK'nın 9. maddesinde ise Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri sayılmıştır. Buna göre Bakanlığın, genel bütçe kapsamındaki idarelerle özel bütçeli idarelerin hukuk danışmanlığı ve muhakemat hizmetlerini yapmak, talep halinde kanun, tüzük ve yönetmelik tasarı ve teklifleri hakkında görüş bildirmek, hazine alacaklarına ilişkin davaları açmak ve takip etmek, hazineye ait taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların aynı'na ilişkin davaları takip etmek, sulh yoluyla çözümlenecek işlerle ilgili görüş bildirmek ve uluslararası tahkim ve davalarda Maliye Bakanlığını temsil etmek şeklinde sayılmıştır. Ancak Yargıtay genel bütçe kapsamındaki idarelerin muhakemat hizmetlerinin yürütülmesi yetkisini dar yorumlamaktadır. Örneğin İçişleri Bakanlığı lehine verilmiş olan bir yargı kararını, Maliye Bakanlığı icraya koymuş ancak Yargıtay HGK husumet yokluğu sebebiyle icra takibini iptal ederek bu yetkinin Maliye Bakanlığı tarafından kullanılamayacağına karar vermiştir.^[28]

Doğal olarak bütün bu görevler sadece muhakemat müdürleri tarafından değil Maliye Bakanlığı bünyesinde bulunan Başhukuk Müşavirliği, Muhakemat Genel Müdürlüğü, hukuk müşavirleri, müşavir hazine avukatları ve hazine avukatları tarafından birlikte yerine getirilmektedir.

Aynı KHK'nın 659 sayılı KHK'nın 17. maddesiyle değişik Muhakemat Birimleri başlıklı Ek 24. maddesinde Muhakemat birimlerinin, muhakemat müdürlükleri ve müdürlük olmayan yerlerde Hazine Avukatlığı Servisinden oluşacağı düzenlenmiştir. Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün il ve ilçelerdeki görev ve yetkileri Muhakemat Müdürlükleri ve Hazine avukatlıkları vasıtasıyla yürütülmektedir.

178 sayılı KHK'nın 26.09.2011 tarih ve 659 sayılı KHK'nın 17. maddesiyle değişik 42/c maddesine göre muhakemat müdürü ve muhakemat müdür yardımcısı kadrosuna atanabilmek için Bakanlık tarafından yapılacak yazılı ve sözlü sınavlarda başarılı olmanın şart olduğu bunun ile ilgili esas ve usullerin yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir.

09.08.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliği'nin 5. maddesine

[28] Yargıtay HGK, T.23.1.2013, E.2012/12-668, K.2013/148, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

göre Muhakemat Müdürlüğü ve Muhakemat Müdür Yardımcılığı Maliye Bakanlığının yönetim hizmetleri grubu olarak sayılmıştır.

Aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde Muhakemat Müdürü ve Müdür Yardımcısı olmak için gerekli koşullar belirlenmiştir. Buna göre Muhakemat Müdürü olabilmek için en az altı yılı Hazine Avukatlığında olmak üzere sekiz yıl hizmeti bulunmak, Müşavir Hazine Avukatı ya da Hazine avukatı olarak çalışıyor olmak gerekmektedir. Diğer bir yöntem ise en az iki yılı Hazine Avukatlığında olmak üzere Hâkimlik, Savcılık ya da kamuda Avukat unvanında altı yıl çalışmış olanlar muhakemat müdürü olarak atanabilmektedir.

Muhakemat Müdür Yardımcısı olarak atanabilmek için ise en az dört yılı Hazine Avukatlığında olmak üzere asgari altı yıl Hazine Avukatı ya da Müşavir Hazine Avukatı olarak çalışıyor olmak veya iki yılı Hazine Avukatlığında olmak üzere Hâkimlik, Savcılık ya da kamuda Avukat unvanında dört yıl çalışmış olanlar Muhakemat Müdür Yardımcısı olarak atanabilmektedir.

4.6. HAZİNE AVUKATLARI

Hazine avukatı; Maliye Bakanlığı Muhakemat Genel Müdürlüğü bünyesinde Muhakemat Müdürlükleri ve Hazine Avukatlığı Servisleri bünyesinde 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinde belirtilen görevleri yapmak üzere Avukatlık Kanunu çerçevesinde avukatlık stajını yaparak avukatlık ruhsatını almış avukatlar arasında sınavla istihdam edilen avukatlardır. Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde sayılan avukatlık hizmetleri sınıfında yer almaktadırlar.

Hazine avukatları 4353 sayılı Kanun yürürlükteyken genel bütçe kapsamındaki idarelerin hukuk ve ceza davaları ile icra işlerini ayrıca Hazineyi ilgilendiren idari davalarda da sadece Hazineyi ilgilendiren konularda temsille görevliydi.^[29] Dolayısıyla Hazineyi ilgilendirmeyen davalarda idareyi temsil edemeyecekleri gibi vekâlet ücreti de alamayacaklarına^[30] Danıştay tarafından da karar verilmekteydi.^[31]

Aslında temsille görevli oldukları konularda dahi yetkilerinin sınırlı olduğu, kesin kaybedilecek dava ve temyiz yollarına dahi gidip gitmeme konusunda kendilerine herhangi bir takdir yetkisi verilmediği gerekçesiyle doktrinde

[29] D.12.D, T.15.12.2009, E.2009/3018, K.2009/7069, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

[30] İŞİLAR, s.409

[31] DİDDGK, T.5.3.2009, E.2008/970, K.2009/538, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

eleştirilmektedir.^[32] Bu bağlamda 659 sayılı KHK ve bu KHK'yi değiştirmek üzere hazırlanan Taslakta sadece Hazine avukatlarına değil hukuk birimlerine ve idarelere bu konularda oldukça geniş yetkiler verilmiştir.

Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliği'nin 41/A. maddesine göre KPSS'den belli puan türlerinden barajı geçmek ve akabinde yapılacak yazılı ya da hem yazılı hem de sözlü sınav yapılmak suretiyle atanabilmektedirler. Hazine avukatları önceleri doğrudan KPSS sınavı ile atanıyorken bu Yönetmelikte 18.12.2013 tarih ve 28855 sayılı Resmi Gazeteye yapılan değişiklikle KPSS sonrası yazılı ve sözlü sınavla atanmaktadır.

Hazine Avukatı olabilmek için 657 sayılı DMK'nın 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımak, avukatlık ruhsatına sahip olmak ve KPSS'den istenen puan türünden barajı geçmiş olmak yanında Bakanlıkça yapılacak yazılı ve sözlü sınavı geçmek gerekmektedir. Ayrıca hakim ve savcılar ile kamuda en az 2 yıldır çalışan hukuk müşaviri ve avukatlar ile önceden hazine avukatlığında çalışmış olup da asaleti tasdik edilenler de naklen atanabilmektedirler.

4.7. İDARELERİN SERBEST AVUKATLARLA TEMSİLİ

4.7.1. SERBEST AVUKATLIK

Avukat; “Hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki uyumsuzluk ve sorunların adalet ve hakkaniyete uygun biçimde uygulanması konusunda yargı organları ve hakemlerle, kamusal ve özel kurul ve kurumlarda faaliyet gösteren ve yasalar tarafından gerekli koşulları tamamladıktan sonra kamu hizmeti yapan ve serbest çalışan kimse” olarak tanımlanmaktadır.^[33]

Avukatlık mesleği binlerce yıllık bir gelişimin sonucunda bugünkü konumuna ulaşmış ve bu gelişimin süreceği gözükmektedir.^[34] Türk hukuk tarihi açısından ise avukatlık mesleğinin Osmanlı döneminde Tanzimat'la birlikte başladığı kabul edilmektedir.^[35] Bu dönemde temel haklar konusunda atılan yeni

[32] TANRIVER, s.73-74.

[33] Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011, s.169; YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 113; Seyithan DELİDUMAN, “Medeni Yargıda Avukatlık”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:VII, S.1-2, Haziran-2003, s.378.

[34] YILMAZ, *Kamuda Çalışan Avukatlar*, s.734.

[35] Seda ÖRSTEN ESİRGEN; *Tanzimat'tan Cumhuriyete Avukatlık*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S.4, Yıl: 2014, s.738.

adımlar ve yine maddi hukuk ve usul hukuku konusunda getirilen yenilikler avukatlık konusunda bir kurumsallaşmayı beraberinde getirmiştir.^[36]

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest meslek olduğunu ve yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsi ettiğini belirtmektedir. Şüphesiz bağımsız savunma, aynı zamanda adalet için iddia etme ve dava açmayı da kapsamaktadır.^[37] Kanunun 2. maddesinde ise 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 ifade edilmiştir. Avukatlar hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis etmektedirler. Ancak bu tahsis avukatların müvekkil, mahkemeler ve idareye karşı bağımsız olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.^[38]

Avukat olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak, avukatlık stajını tamamlamak, baroya kayıtlı olmak ve avukatlık mesleğine engel halinin olmaması gerekmektedir.

İdareler baroya kayıtlı avukatlarla sözleşme yapmak suretiyle taraf oldukları davalarda kendilerini serbest avukatlarla temsil ettirebilmektedirler.^[39] 659 sayılı KHK'nın 5. maddesinde idarelerin muhakemat hizmetleri ihtiyaçlarını hukuk birimlerinde istihdam edecekleri hukuk müşavirleri ve avukatlardan ve yine Maliye Bakanlığından talep etmek suretiyle gidereceklerini düzenlemiştir. Mezkûr yöntemlerle ihtiyaçların giderilememesi ya da özel uzmanlık isteyen durumlarda ilgili bakanın onayı ile 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen doğrudan temin yöntemiyle serbest avukat ya da avukat ortaklıklarından hizmet satın alınabilmektedir.

İdare ile serbest avukat arasında yapılan sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesidir ve idare ile serbest avukat arasında oluşan hukuki ilişki de akdi bir ilişki olmuş olmaktadır. Bu şekilde kendilerinden hizmet satın alınan serbest avukatlar da ilgili mevzuata göre idareleri temsile yetkili personelin sahip olduğu yetkilere sahiptir.

[36] ÖRSTEN ESİRGİN, s. 738

[37] YILMAZ, Kamuda Çalışan Avukatlar, s.735.

[38] PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.170-171; YILMAZ; Kamuda Çalışan Avukatlar, s.739; Özcan ÇİNE, *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2014, s.21.

[39] Baroda Birlik Grubu, s.36.

Hizmet satın alınan avukat sözleşmeyi imzalamayı müteakip takip edeceği dava ve işlerle ilgili belgeleri zimmet karşılığı teslim almaktadır. Serbest avukatlar, idareleri vekil sıfatıyla temsile yetkili olan görevlilerle aynı yetkilere haizdirler. Kusurları nedeniyle doğacak her türlü zarardan sorumludurlar. Mevzuattan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmedikleri takdirde genel hükümler dairesinde idareye karşı sorumlu olacaklardır. Davaların idarelerin personeli olan avukatlarla birlikte takip ediliyor olması hizmet satın alınan serbest avukatların yükümlülüğü ve sorumluluğunu azaltmamakta ve ortadan kaldırmamaktadır.

4.7.2. SERBEST AVUKATLARDAN HİZMET SATIN ALINMASI USULÜ

Kamu kurum ve kuruluşları hukuki iş ve işlemlerinden ötürü ihtiyaç duydukları avukatları kendi kadrolarında istihdam edemedikleri ve diğer idarelerden temin edemedikleri takdirde serbest avukatlardan avukatlık hizmeti satın alabilmektedirler.^[40] Doktrinde kurum hafızası ve yapısını bilmeyen serbest avukatlar tarafından idarelerin hukuk hizmetlerinin yürütülmesinin sağlıklı olmadığı ileri sürülmektedir^[41].

Serbest avukatlardan hizmet satın alınması “Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”^[42] hükümlerine göre yapılmaktadır. Bu yönetmeliğin 1. maddesinde “Bu Yönetmeliğin amacı; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idareler tarafından ulusal ve uluslararası yargı mercileri ile tahkim davalarında, hizmet satın alınması, hizmet satın alınacak serbest avukatların nitelikleri, görevleri, sorumlulukları, mali hakları ile takip ve denetimine ilişkin usul ve esasları belirlemektir” şeklinde ifade edilmiştir.

İdareler, muhakemat hizmetlerini kendi hukuk birimlerinden, bakanlıklarından veya bağlı kuruluşlarından ve Maliye Bakanlığından temin edemediği ya da hizmetin özel uzmanlık gerektirdiği ilgili bakan onayı ile belirlendiği hallerde, serbest avukatlardan hizmet satın alabilmektedirler. Söz konusu hizmet bir veya birden fazla dava ve icra işinin takip ve sonuçlandırılması için olabileceği gibi belirli bir yerdeki dava ve icra takiplerinin belirli bir süreyle sınırlı olarak

[40] 4353 sayılı Kanun’un 22/2. maddesine göre genel bütçe kapsamındaki idarelerin ihtisas gerektiren ve ihtiyaç duyulan idari davalarında serbest avukatlardan hizmet satın alınabileceği düzenlenmiştir.

[41] YILMAZ; Kamuda Çalışan Avukatlar, s.742; GÜÇLÜ, s.1.

[42] *Resmî Gazete*, T.17.01.2013, S.28531.

görülmesi şeklinde de olabilmektedir. Hizmet alımı 4734 sayılı Kanun'un 22 maddesine göre doğrudan temin^[43] yöntemiyle yapılmaktadır.

Yapılan sözleşme süreli ya da belirli bir işle sınırlı olarak yapılabilir. Serbest avukat, sözleşme süresi boyunca hukuk birimince denetlenebilir. Bu denetim sırasında hizmet satın alınan avukat idarenin davaları ile ilgili tüm evrakları vermek zorundadır. Denetim sırasında sözleşmeye aykırı davrandığı tespit edilen avukatların sözleşmeleri fesh edilir. Hakeza sözleşme yapılabilmesi için aranan koşulları taşımadığı sonradan ortaya çıkan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesindeki yasaklara aykırı hareket eden, davaları layıkıyla takip etmeyen serbest avukatın sözleşmesi ihtar ve süreye tabi olmaksızın fesh edilmektedir.

4.8. BİRİM AMİRLERİ

Kural olarak idareleri adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi; hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve avukatlara verilmiştir.

Ancak 659 sayılı KHK'nın 6/3. maddesinde; 5. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen usullere göre muhakemat hizmeti temin edilemeyen hallerde adli ve idari davalar ile icra takiplerini yürütmek üzere merkez ve taşra birim amirlerine üst yönetici tarafından temsil yetkisi verilebilmektedir. Merkez ve taşra birim amirlerine temsil yetkisi verebilme yetkisi, üst yönetici tarafından hukuk birimi amirine de devredilebilmektedir.^[44]

Ancak merkez ve taşra birim amirlerinin kendilerine devredilmiş olan bu yetkileri bir başkasına devretme yetkileri yoktur. Örneğin üst yönetici, orman müdürlüğü teşkilatı olan yerlerde orman müdürüne temsil yetkisini verebilmesine karşın orman müdürü bu yetkiyi bir başka personele devredememektedir. Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi de üst yönetici tarafından merkez ve taşra birim amirlerine temsil yetkisinin verilebileceğine karar vermiş olmasına karşın yetkilendirilmiş olan birim amirlerinin bu yetkilerini bir başkasına devredemeyeceğine bu nedenle dava takip memuru tarafından verilen teyviz

[43] Doğrudan temin; 4734 sayılı Kanun'un 18. maddesinde 4964 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

[44] 659 sayılı KHK ile kaldırılan 4353 sayılı Kanun'un 18/3. maddesinde de genel bütçe kapsamındaki idarelerin dava ve icra işlerinde temsiliyeti konusunda hazine avukatı bulunmayan yerlerde daire amirleri tarafından temsil edileceği belirtilmişti.

dilekçesinin temyiz yetkisi olmayan kişi tarafından verilmesi sebebiyle temyiz talebinin reddine karar vermiştir.^[45]

Hemen ilave edelim ki vali ya da kaymakamların üst yönetici tarafından ayrıca yetkilendirilmesine gerek yoktur. Zira 5442 sayılı Kanun'la illerin başı olarak vali ilçelerin başı olarak ise kaymakam belirlenmiştir. Bunun sonucu olarak il ve ilçeleriyle ilgili olarak açılacak davalarda il ve ilçelerini temsile yetkilidirler. Ancak temsilcisi oldukları il ve ilçeleri temsil yetkisini bir başka personele devredemezler.^[46] Buna karşın avukat unvanına sahip bir personeli il ya da ilçeyi temsil etmek bakımından görevlendirebilirler. Nitekim Danıştay'da vermiş olduğu bir kararda valilik oluru ile valiliği temsil etmek üzere atanmış bir idare avukatının valiliği temsile yetkili olduğuna karar vermiştir.^[47]

5. TEMSİLCİLERİN MAHKEMELERE BİLDİRİLMESİ VE BİLDİRİLME USULÜ

659 sayılı KHK'nın 6/5. maddesine göre İdareleri vekil sıfatıyla temsil etmek üzere hukuk birimi amiri, hukuk müşaviri ve avukatların bir listesi idareler tarafından ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına, bölge idare mahkemeleri başkanlıklarına, askeri savcılıklara ve AYİM Başkanlığına verilmektedir. Bu listeler Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından kendi görev alanındaki mahkemelere, bölge idare mahkemelerine verilmiş olan listeler ise bölge idare mahkemelerinin görev alanında bulunan idare ve vergi mahkemelerine gönderilmektedir.

Yüksek mahkeme ve bölge adliye mahkemelerinde de yine bu listeler ilgili cumhuriyet başsavcılıklarına ve başkanlıklara bildirilmekte ve bunlar vasıtasıyla daire ve mahkemelere gönderilmektedirler.

Bu listelerde adı bulunanlar baroya kayıt ve vekâletname ibrazı olmaksızın idareyi vekil sıfatıyla her türlü dava ve icra dairelerinde temsil edebilmektedirler. Söz konusu listede adı bulunmayan temsilcilerin baroya kayıt ve vekâletname ibraz etmeleri gerekmektedir. Ancak bu vekâletnamenin noterler tarafından düzenlenmesine gerek yoktur. Yetkili amir tarafından verilen vekâletnameler yeterlidir.^[48]

[45] Y.3.CD, T.24.10.2013, E.2013/21265, 2013/36487, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[46] Ancak hazırlanan Taslak yasalarsa; bakanlıkların taşra birimlerinin iş ve işlemleri ile ilgili olup valilik ve kaymakamlıkların taraf olduğu dava ve icra takiplerini ilgili bakanlığın taşra birimlerinde görevli avukatlar tarafından yapılacağı yeni bir fıkra olarak düzenlenmiştir.

[47] D.11.D, T.6.5.2013, E.2013/6585, K.2013/4571, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[48] A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, *İdare Hukuku Cilt II- İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 2014, s.796.

Mezkûr listelerde ismi bulunan temsilcilerin idareyle ilişkisi kesildiği takdirde ya da idare içinde farklı bir görev alanında görevlendirildikleri takdirde söz konusu listelerden aynı usulle bildirilmek suretiyle silinmektedirler.

6. BİRDEN FAZLA İDARENİN TARAF OLDUĞU DAVALARDA TEMSİL

Bilindiği üzere özel hukuk gerçek ya da tüzel kişilerinin davacı ya da davalı olduğu davalarda her şahıs kendisini bizzat ya da avukat olan bir ya da birden çok temsilci vasıtasıyla temsil ettirebilmektedir. Kural olarak avukat dışındaki bir kişinin davalarda temsilci olması da mümkün değildir. Ancak kanuni temsil olarak ifade edilen dava ehliyeti olmayanların davalarda kanuni temsilcileri vasıtasıyla temsil edilmesi istisnai bir durumdur. Örneğin kısıtlılar, vergi sorumluları ve şirket müdürlerinin bu yetkilerinin olduğu görülmektedir.

Dolayısıyla birlikte açılan davalar bakımından özel hukuk kişileri bizzat ya da avukatları vasıtasıyla ayrı ayrı kendilerini temsil etmek zorundadırlar.

Ancak idareler bakımından bu durum biraz farklı olarak düzenlenmiş durumdadır. Kural olarak idareler, kendi iş ve işlemleri ile ilgili olarak açılacak adli ve idari davalar, icra işlemleri ile tahkim yargılamalarında taraf sıfatına haizdirler ve bu işlemleri tek başlarına yürütebilmektedirler. Bu bağlamda dava ve icra takipleri üst yönetici veya uyuşmazlıkla ilgili merkez ya da taşra birim amirinin talebiyle başlamaktadır. İdarelere karşı açılan dava ve takiplerde ise görevli ve yetkili merkez veya taşra birimleri doğrudan takibe başlamaktadırlar.

Ancak aynı dosya da birden fazla idareye karşı açılan davalarda ise 659 sayılı KHK farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre 659 sayılı KHK'nın özel takip ve temsil yetkileri başlıklı 7. maddesinde müşterek kararnemelerle ilgili açılan dava ve bunlarla ilgili icra işlemlerinde, davaya taraf olan tüm idarelerin vekili sıfatıyla müşterek kararnemeyi teklif eden veya uygulayacak olan bakanlığın hukuk birimi tarafından dava takip edilmektedir.^[49]

Bakanlar Kurulu kararları ve düzenleyici işlemlerle ilgili açılan Başbakanlığın da taraf olduğu davalarda Başbakanlık tarafından yetki verilen idare hukuk birimince dava ve icra işlemleri yürütülür. Görevlendirilen idare hukuk birimi aynı zamanda Başbakanlığın da temsilcisi sıfatıyla hareket eder.

[49] GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.790, 791; IŞIKLAR, s.410, 417..

Adalet bakanlığı tarafından hazırlanan Taslak yasalarsa 659 sayılı KHK kapsamına giren idare sayısı artacağından Bakanlar Kurulu kararları ve Başbakanlığın taraf olduğu düzenleyici işlemler hariç kararneme ve düzenleyici işlemlerle ilgili olarak açılacak davaları ilgili idare hukuk birimi tarafından takip edileceği düzenlenmektedir.

Yine ulusal ve uluslararası mahkeme ve tahkim mercilerinde hükümet ya da idarelerin taraf veya müdahil olduğu tüm davalardan Başbakanlıkça uygun görülenlerin takibi Başbakanlık hukuk birimince yürütülür. 3056 sayılı Kanun'a göre Başbakanlık hukuk birimi ihtilafa ilgili idarelerin vekili sıfatıyla da bu görevi ifa eder.

Görüldüğü üzere Bakanlar Kurulu kararları, genel düzenleyici işlemler, müşterek kararname, ulusal ve uluslararası dava ve tahkim işlerinde birden fazla davalı idare olsa dahi takip ve müdafaası görevi temelde Başbakanlık yetki ve uhdesinde toplanmıştır. Yine bu uyuşmazlıklardan Başbakanlıkça uygun görülenlerin takibi ve müdafaası görevinin diğer davalı idarelere verilebileceği şeklinde düzenlemeye gidilerek asli yetkili makamın Başbakanlık olduğu düzenlenmiştir.

Ancak genel ve özel bütçe içinde yer almayan ve ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının kendilerini ayrı ayrı temsil etmeleri gerekmektedir. Örneğin üst kurullarla merkezi idarenin birlikte dava edildiği ya da bir bakanlıkla bir belediyenin birlikte dava edildiği durumlarda tarafların genel hükümlere göre kendilerini ayrı ayrı temsil etmeleri gerekmektedir.

7. DAVALI İDARE TEMSİLCİLERİNİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

7.1. TEMSİLCİLERİN HAKLARI

7.1.1. KAMU GÖREVLİLERİNE TANINAN HAKLAR BAKIMINDAN

İdare tarafından hizmet satın alınan serbest avukatlar hariç idareyi temsile yetkili olan hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve idarenin avukatları aynı zamanda kamu personeli olduklarından içinde buldukları statünün kendilerine bahsettiği maaş, izin, güvenlik, emeklilik, görevde yükselme vb tüm haklara sahiptirler.

Aynı şekilde idareyi temsile yetkili bu personeller üçüncü kişilere karşıda güvenceye alınmıştır. İdareyi temsile yetkili personele karşı işlenecek suçlar ceza mevzuatında daha ağır yaptırımlara tabi kılındığı gibi üçüncü şahıslar tarafından bu personele karşı açılacak davalar bakımından da Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı DMK'nın 13. maddeleri ile yaptığı iş, işlem ve eylemlerden ötürü güvenceye alınmıştır.

7.1.2. MALİ HAKLAR (AVUKATLIK ÜCRETİ) BAKIMINDAN

İdareyi temsile yetkili hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve idarenin avukatları kamu görevlisi olmanın kendilerine bahsettiği maaş vb mali haklar yanında 659 sayılı KHK'nın 14. maddesi ile de kendilerine ilave haklar tanınmıştır.

659 sayılı KHK'nın 14. maddesinde, tahkim usulüne tabi olanlar dâhil adli ve idari davalar, icra dairelerinde yürütülen işlerle ilgili olarak vekil sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalarda bu takip ve duruşmaların idare lehine sonuçlanması durumunda idare lehine vekâlet ücreti takdir edilmesi hükme bağlanmıştır.^[50] Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21.12.2012 tarih, 2012/883 esas ve 2012/3186 sayılı kararında “avukat olmasalar dahi hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirleri tarafından takip edilip İdare lehine sonuçlanan davalarda idare lehine vekâlet ücreti takdir edilmesi gerektiğine” hükmetmiştir.^[51]

Ancak 659 sayılı KHK'da belirtilen idareyi vekil sıfatıyla temsil etme yetkisine sahip personel dışındaki kişiler tarafından idarenin temsil edilmesi durumunda vekâlet ücretine hükmedilememektedir. Örneğin vali, kaymakam ya da bakan tarafından verilen yanıt ve savunmalar üzerinden vekâlet ücretine hükmedilememektedir. Nitekim Danıştay da 659 sayılı KHK'da belirtilen temsilciler tarafından temsil edilmek gerektiğini doğrudan bakan tarafından verilen ya da bakan adına hukuk birimi ya da hukuk müşaviri tarafından verilen savunmaya dayanılarak avukatlık ücretine hak kazanılamayacağına karar vermiştir^[52]. Hakeza bakanlığı temsilen duruşmaya katılma durumunda da vekâlet

[50] Ancak Danıştay vekâlet ücretine hükümlenabilmesi için takipte bulunma, duruşmaya katılma veya davaya katkısının bulunması şeklinde ortaya çıkacak somut bir hukuki yardımın olması gerektiğine yasal süresinde cevap dahi vermemiş idare temsilcileri lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermek suretiyle temsilcilerin belli bir emek vermesi gerektiğine bu emeğin verilmemiş olması durumunda vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. D.10.D, T.8.5.2013, E.2012/3167, K.2013/4252; DİDDGK, T.24.2.2005, E.2005/53, K.2005/45, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

[51] DİDDK, T. 21.12.2012, E.2012/883, K.2012/3186; D.2.D, T.4.5.2012, E.2012/923, K.2012/2270; D.5.D, T.27.2.2014, E.2012/3909, K.2014/1393; Ancak idari yargıda müdahil lehine avukatlık ücretine hükmedilememektedir. D.10.D, T.9.3.2010, E.2008/2007, K.2010/1843 ve D.2.D, T.21.3.2008, E.2006/470, K.2008/1391, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*

[52] D.10.D, T. 11.9.2013, E.2013/2521, K.2013/6135; VDDGK, T.28.9.2011, E.2011/376, K.2011/493, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*; bu durum hukuk müşavirleri arasında büyük yakınmalara sebep olmaktadır, Baroda Birlik Grubu, s.65.

ücretine hükmedilmemiştir.^[53] Danıştay bu kararlar da idare temsilcilerinin aynı zamanda vekil sıfatıyla idare adına savunma yapmaları gerektiğine karar vermiştir. Ancak Danıştay'ın bu kararlarla çelişkili başka kararları olduğuna da işaret etmek gerekmektedir^[54]. Bütün bu veriler, idarenin temsiliyeti noktasında yapılan düzenlemeye rağmen henüz uygulama birliğine ulaşamadığını göstermektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere muhakemat müdürleri Hazine avukatları arasından atanmaktadır. Dolayısıyla avukatlık ruhsatına sahiptirler. Ancak işgal ettikleri kadro, özü itibarıyla hukuksal faaliyetlerle ilgili ve önemli ölçüde avukatlık faaliyetleri ile örtüşse dahi avukatlıktan farklı bir statüdür ve idare hukukunun bir statüler hukuku olduğu göz önüne alındığında ancak bu statünün kendilerine sağladığı haklara sahip olabilmelidirler. Bu statüde avukatlık statüsü olarak kabul edilemeyeceğinden avukatlık statüsüne ait bir hak olan vekâlet ücretinden yararlanmamaları gerekmektedir. Ancak 659 sayılı KHK ile açık bir düzenleme yapıldığından bu KHK'nın yürürlük tarihinden sonraki davalarda muhakemat müdürleri ile temsil edilen idareler lehine vekâlet ücretine hükmedilmektedir. Oysaki bu KHK yürürlüğe girmezden önce muhakemat müdürleri davalara vekil olarak kabul edilmedikleri gibi vekâlet ücretine de hak kazanmıyorlardı.

Aslında sadece muhakemat müdürleri gibi avukat olmayan temsilciler değil avukat olmasına rağmen 4353 sayılı Kanun'un 22. maddesinde belirtilen temsilcilerden olmayan idare avukatı lehine dahi vekâlet ücreti hükmedilmemektedir. Zira Danıştay 11. Daire 30.12.2009 tarih, 2009/3057 esas ve 2009/11177 sayılı kararında^[55] Avukatlık Kanunu kapsamında bir temsil ilişkisi bulunmayan, 4353 sayılı Kanun'un 22. maddesinde idareyi temsile yetkili kılınmış kişilerden olmayan idare personeli avukat lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.

Yine 659 sayılı KHK öncesi hukuk müşavirleri de davalara vekil olarak kabul edilmedikleri gibi vekâlet ücretine de hak kazanmıyorlardı. Zira hukuk müşavirleri kural olarak avukatlık ruhsatına sahip olmadıkları gibi avukatlık kriterlerini de taşımamaktadırlar. Ancak 659 sayılı KHK sonrası yargı tarafından vekil sıfatıyla kabul edildikleri gibi vekâlet ücretine de hükmedilmektedir.^[56] Hakeza 659 sayılı KHK sonrası hukuk birimi amirleri lehine de vekâlet ücretine hükmedilmektedir.

[53] DVDDGK, T.27.6.2012, E.2011/594, K.2012/239, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[54] D.5.D, T.11.03.2014, E.2013/3697, K.2014/1859, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[55] D.11.D. T.30.12.2009, E.2009/3057, K.2009/11177, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[56] D.5.D, T.11.03.2014, E.2013/3697, K.2014/1859, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

659 sayılı KHK ve Vekâlet Ücretlerinin Dağıtımına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe göre idareler lehine karara bağlanan ve tahsil olunan vekâlet ücretleri davayı takip eden hukuk biriminin bağlı olduğu idarenin merkez teşkilatında bulunan bir emanet hesapta toplanmakta ve fiilen o hukuk biriminde görev yapan personele dağıtılmaktadır. Buna göre davayı takip eden hukuk birimi amiri, muhakemat müdürü, hukuk müşaviri ve avukata takdir edilen vekâlet ücretinin % 55'i verilmektedir. Kalan % 45'lik kısmın % 40'ı altı aydan fazla bir süre o birimde fiilen çalışmış olan hukuk birimi amiri, muhakemat müdürü, hukuk müşavirleri ve avukatlara eşit bir şekilde dağıtılmaktadır. Kalan % 5'lik kısmın ise hukuk biriminde görev yapan diğer personele eşit olarak dağıtılacağı düzenlenmişti.

Dağıtılacak miktar hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10.000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayıyla çarpımı sonucu bulunacak rakamın 12 katını geçememektedir. 2015 yılında bu rakam yaklaşık olarak 9.970,08 TL civarındadır.^[57] İdare lehine hükmedilen vekâlet ücretinin tamamının temsilcilere dağıtılmaması kamu personel rejimindeki ücret dengesi bakımından doğrudur.^[58] Zira vekâlet ücretlerinin sınırlama olmaksızın dağıtılması durumunda özellikle dağıtılacak rakamların çok büyük olması ihtimalinde kamu personel ücret dengesi bakımından ciddi sorunlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle kazanılan vekâlet ücretinin tamamının dağıtılması yerine idareyi temsile yetkili personelin aylık ve özlük haklarının iyileştirilmesi ve savcılara yaklaştırılması daha isabetli bir çözüm olacaktır^[59].

Ancak diğer personele dağıtılacak % 5'lik pay bakımından 11.10.2011 tarih ve 666 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle değişiklik yapılmıştır. Buna göre hukuk biriminde görev yapan diğer personele verilecek % 5'lik pay ile yine bu personel için öngörülmüş olan 6.000 gösterge rakamının aylık memur maaş katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak rakamın 12 katı kadar bir pay verileceğine ilişkin hüküm kaldırılmış ve akabinde Anayasa Mahkemesi 666 sayılı KHK'yla yapılan bu değişikliklerin 666 sayılı KHK'nın yetki yasası olan

[57] Ankara Barosu Kamu Avukatlar Kurulu tarafından hazırlanan Kamu Avukatları Kanunu Tasarı Taslağı'nda idare lehine hükmedilen vekâlet ücretinin tamamının kamuda çalışan avukatlar arasında paylaşılması önerilmektedir. (m.14) Benzer görüş için bkz. Baroda Birlik Grubu, s.27-28, 37.

[58] YILMAZ, Kamuda Çalışan Avukatlar, s.747.

[59] Baroda Birlik Grubu, s.29, 73.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle yapılan bu düzenlemeleri iptal etmiştir^[60].

Ancak Vekâlet Ücretlerinin Dağıtımına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Geçici 1. maddesine 02.11.2011 ila 31.12.2011 dönemine ilişkin olarak emanet hesapta tutulan % 5'lik kısım hukuk birim amiri, hukuk müşaviri, muhakemat müdürü ve avukat dışında hukuk biriminde görev yapan personele 2011 yılında almış oldukları vekâlet ücretleri de dâhil olmak üzere yıllık tutarı, (6.000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarın on iki katını geçmemek üzere dağıtılacağı düzenlenmiştir.

11.10.2011 tarih ve 666 KHK ile yapılan değişiklik sonrası hukuk birimlerinde görev yapan personele vekâlet ücretlerinden herhangi bir ödeme yapılamamaktadır. Nitekim belediyenin hukuk biriminde çalışan bir personelin açmış olduğu davada Danıştay vekâlet ücretlerinden idari personele herhangi bir ödemenin yapılamayacağına karar vermiştir.^[61] Yukarıda da işaret edildiği üzere vekâlet ücretlerinin dağıtımına ilişkin 659 sayılı KHK'nın ilgili maddeleri tüm kamu kurum ve kuruluşlarında uygulanmaktadır.

Ancak hemen ilave edelim ki hizmet satın alınan avukatlara yapılacak ödemeler bu madde kapsamı dışında tutulmuştur. Bunlara Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesine göre hizmet sözleşmesinde öngörülmüş olması durumunda dava konusu işle ilgili asıl alacak, faiz ve yargılama giderleri gibi idareye ait tüm alacaklar tahsil edildikten sonra yargı mercileri, hakemler ve icra dairelerinde idare lehine hükmedilip tahsil edilen vekâlet ücretleri yasal kesintiler yapıldıktan sonra serbest avukata ödenmektedir.

Ayrıca serbest avukatlarla idare temsilcilerinin birlikte yürüttükleri davalarda hükmedilen vekâlet ücretleri de tarafların emeği, yargılama süresi, katkısı vb kriterler göz önüne alınmak suretiyle idarenin hukuk birimlerince belirlenmekte serbest avukata düşen pay serbest avukata, idare temsilcilerine düşen pay ise 659 sayılı KHK ve Vekâlet Ücretlerinin Dağıtımına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe göre ödenmektedir.

Ancak bu noktada tartışılması gereken asıl husus avukatlık ruhsatı olan herkesin işgal ettiği kadro ve memuriyete bakılmaksızın avukatlara tanınan bu

[60] Anayasa Mahkemesi T.27.12.2012, E.2011/139, K.2012/205, *Resmî Gazete*, T.10.10.2013, S.28791.

[61] D.2.D, T.9.4.2014, E.2013/4583, K.2014/3270, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

haklardan yararlanıp yararlanamayacağı hususudur. Örneğin avukatlık ruhsatına sahip bir kaymakam, başında bulunduğu kaymakamlık aleyhine açılan bir davada birim amiri sıfatıyla kaymakamlığı temsil ettiğinde vekâlet ücretine hak kazanmamaktadır. Zira kaymakamın buradaki sıfatı avukatlık değil mahalli mülki amirlik sıfatıdır ve bu nedenle avukatlık haklarından faydalanmamaktadır.

Yine 659 sayılı KHK öncesi hukuk müşavirleri de davalara vekil olarak kabul edilmedikleri gibi vekâlet ücretine de hak kazanmıyorlardı. Zira hukuk müşavirleri kural olarak avukatlık ruhsatına sahip olmadıkları gibi avukatlık kriterlerini de taşımamaktadırlar. Ancak 659 sayılı KHK sonrası yargı tarafından vekil sıfatıyla kabul edildikleri gibi vekâlet ücretine de hükmedilmektedir.^[62]

Hakeza hukuk birim amirlerinin de avukat olması zorunluluğu olmadığından bunlar lehine de vekâlet ücretine hükmedilmesi yukarıda izah edilmeye çalışılan sebeplerle hukuka ve hakkaniyete aykırıdır.

Son olarak ilave edelim ki yargılama giderleri ve vekâlet ücreti hak arama hürriyetiyle yakından ilgilidir.^[63] Yargılama giderleri ve vekâlet ücreti miktarı ülkemizdeki ortalama gelir seviyesi ile mukayese edildiğinde hak arama hürriyetini etkileyebilecek noktada olduğunu söylemek gerekir.^[64] Bu nedenle yargılama giderlerinin önemli bir kalemini oluşturan vekâlet ücretinin idarenin avukatları ve avukat olmayan temsilcileri lehine hükmedilmesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini zorlaştırmaktadır. Özellikle idari yargıdaki iptal davalarının birincil sonucu menfaati ihlal edilen davacının hakkının teslim edilmesi olsa da en az bunun kadar önemli bir diğer sonucu da idarenin hukuka bağlılığını sağlamaktır. İdare lehine hükmedilebilecek vekâlet ücretini hesaplayan bir kamu görevlisi ya da asgari ücretlinin hak arama hürriyetini kolay kolay kullanamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle yargı mercilerinde idarelere karşı açılan davalar bakımından bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır. Örneğin iptal davası gibi bir kısım davalarda idare lehine vekâlet ücretine hiç hükmedilmemesi^[65] ya da daha düşük seviyelerde tutulması yine diğer davalar bakımından ise idarenin avukat olmayan temsilcileri lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi daha doğru bir çözüm olarak önerilebilir.

[62] D.5.D, T.11.03.2014, E.2013/3697, K.2014/1859, *Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası*.

[63] Nusret İlker ÇOLAK-Dursun ÖZDEMİR; "İdari Yargıda İdare Lehine Vekâlet Ücreti ve Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi," <http://www.ilkercolak.com.tr/kategori/makaleler/>, s.1.

[64] ÇOLAK-ÖZDEMİR, s.1.

[65] ÇOLAK-ÖZDEMİR, s.6.

8.2. TEMSİLCİLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Bilindiği üzere serbest avukatların avukatlık faaliyetini yapabilmesi için büro edinme baroya kayıt gibi bir kısım zorunlulukları vardır. Ancak idarenin temsilcileri ister avukat olsun ister olmasın büro edinme, baroya kayıt zorunluluğu bulunmamaktadır.

İdarenin avukatları tıpkı serbest avukatlar gibi meslek kurallarına uymak zorunda olmalarına karşın idarenin diğer temsilcilerinin Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymak zorunluluğu yoktur. Yine idare temsilcilerinin usulüne göre mahkemelere bildirilmeleri durumunda vekâlet sunma zorunlulukları da bulunmamaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3256 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değişik 14. maddesine göre Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri, müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar buralardan ayrıldıkları tarihten iki yıl geçmeden ayrıldıkları idarelere karşı dava ve takipte bulunamazlar. Kanun bu kurumlarda çalışanların tamamı bakımından bir yasak getirmiştir. Dolayısıyla mezkûr idarelerde çalışan kamu görevlilerinin hukuk birimi amiri, muhakemat müdürü, hukuk müşaviri ya da avukat olup olmadığına ya da hukuk birimlerinde çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın tüm personelin ayrıldıkları andan itibaren iki yıl boyunca ayrıldıkları idareye karşı dava almaları yasak kapsamına alınmıştır.

Ayrıca bu yasak 659 sayılı KHK ile getirilmediğinden bir başka ifadeyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile getirilmiş olduğundan sadece genel ve özel bütçeli idareler bakımından değil tüm kamu kurum ve kuruluşları bakımından uygulanacaktır. Örneğin bir personel, ister bir bakanlıkta personel servisinde çalışıyor olsun ister bir belediye de çalışıyor olsun işten ayrıldıktan sonra staj ve baro levhasına kayıt yapsa dahi bakanlıktan ayrılan bakanlığa karşı belediyeden ayrılan ise belediyeye karşı 2 yıl boyunca dava alamayacaktır.

9. TEMSİLCİLERİN SORUMLULUĞU (HUKUKİ, CEZAİ VE DİSİPLİN SORUMLULUĞU)

9.1. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere 659 sayılı KHK'da sayılan hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve idarenin avukatları aynı zamanda dar anlamda kamu görevlisidirler.^[66] Zira bu personellerden hukuk birim amirleri,

[66] ÖZKAN; s.27.

muhakemat müdürleri ve hazine avukatları memur statüsündedir. İdareyi temsile yetkili hukuk müşavirleri ve diğer kurum avukatları ise memur ya da sözleşmeli personel statüsünde olabilmektedirler.

Bunun sonucu olarak kamu görevlisi statüsünde olan bu personeller kamu personel hukukuna tabidirler. Ancak avukat olan idare temsilcileri aynı zamanda Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan hukuki rejime de tabi olmaktadır.

9.2. TEMSİLCİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Temsilcilerin dar anlamda kamu görevlisi olması hukuki sorumluluk bakımından serbest avukatlarla ciddi farklılıklara sebep olmaktadır. Bilindiği üzere vekâlet akdinden doğan sorumluluk için sözleşmenin ihlal edilmiş olması, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekmektedir.

Sorumluluk; sözleşmeyle üstlenilmiş olan borcun yerine getirilmemesinden veya haksız fiilden kaynaklanabilmektedir.^[67] Bu anlamda serbest avukatların müvekkilleri ile olan ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk akdi temele dayanmakta ve özel hukuk kuralları uygulanmaktadır.

Ancak idarenin temsilcileri ile idare arasındaki ilişki kamu personel hukukuna dayandığından kamu hukuku kuralları uygulanmaktadır. Gerek serbest avukatlar gerekse idarenin temsilcilerinin sorumlulukları kusur esasına dayanmaktadır. Bazen kasıt bazen de ihmal suretiyle gerçekleşmektedir. Kusurun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ortalama bir avukatın gösterdiği özen esas alınmaktadır. Bu kriter idarenin temsilcileri bakımından da geçerlidir. Bir davanın kazanılabilmesi için ortalama bir avukat tarafından gösterilmiş olan özen idarenin avukat ya da avukat olmayan temsilcileri tarafından gösterilmiş ise artık sorumluluktan bahsedilemez.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre avukatın sözleşmeyle üzerine aldığı işi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda iş sahibinin uğrayacağı maddi ve manevi zararlardan sorumlu olacağı açıktır.^[68] Buradaki sorumluluk 1136 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre 1 ve 5 yıllık zamana aşımı süresine tabidir.

[67] Refik KORKUSUZ/M.Halit KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Bursa 2014, s.195.

[68] R. KORKUSUZ/M.H. KORKUSUZ, s.196; ÇİNE, 231.

Ancak İdarenin temsilcilerinin hukuki sorumluluğu hususunda 659 sayılı KHK da açık bir düzenleme yoktur.^[69] Sadece 659 sayılı KHK'nın 8/2. maddesine göre dava açılmasını ve icra takibinde bulunulmasını isteyen idarenin bilgi ve belgeleri zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri de göz önüne almak suretiyle hukuk birimlerine göndermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Yine süresinde gönderilmeyen ve eksik ya da hatalı gönderilen bilgi ve belgelerden doğan sorumluluğun bunları gönderen idare ya da birime ait olduğu düzenlenmiştir. Aynı zamanda temsilciler de idarenin tüm birimlerinden her türlü bilgi ve belgeyi isteme hakkına sahiptirler ve istenen bilgi ve belgeler yasal süreler göz önünde bulundurulmak suretiyle temsilcilere ulaştırılmak zorundadır.

Dolayısıyla 659 sayılı KHK'da özel bir düzenleme olmadığı için idarenin temsilcilerinin sorumluluğu hususunda kamu personeli ile ilgili genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir. Devlet memurlarının idareye verdikleri zararlarla ilgili olarak 657 sayılı DMK ve "Devlete Ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi Ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik"^[70] hükümleri bağlamında bu zararlar; personelin rızası ya da rücu davası ile tazmin edilmektedir. Yönetmeliğin 12. maddesine göre bu zararların tazmini hususundaki zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu'nun 10 yıllık genel zamanaşımı süresi olacaktır.

İdarenin temsilcilerinin vekil sıfatıyla yürüttükleri davalar sebebiyle sorumlu tutulabilmeleri için sadakat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması ve bunun sonucunda da bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Sadakat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasına rağmen sonucun olumsuz olmasından temsilci sorumlu tutulamayacaktır. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi vekilin görevini sadakat ve özen ile yerine getirmiş olmasının yeterli olduğunu ayrıca istenen sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinden sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.^[71] Dolayısıyla bir rücu davasına muhatap olan idare temsilcisinin özen ve sadakatle görevini yapmış olması sorumluluktan kurtulması için yeterli kabul edilecektir.

Hatta Yargıtay'ın avukatlar bakımından vermiş olduğu bazı kararlarda salt temyiz süresinin kaçırılmış olmasının tek başına vekilin sorumluluğuna sebep olmayacağını, karar temyiz edilmiş olsa mutlaka müvekkil lehine bir sonucun çıkacağına da müvekkil tarafından ispat edilmiş olması gerektiğine

[69] Oysaki 4353 sayılı Kanun'un 32. maddesinde bozulması mümkün olan bir kararlar ilgili olarak kanun yollarına gidilmemek suretiyle idareyi zarara uğratan avukat ve daire amirlerinden bu zararın tazmin edileceği hükmüne amirdir.

[70] *Resmi Gazete*, T.13.8.1983, S.18134.

[71] Y.13.H.D., T.5.2.1991, E.1990/7902, K.1991/1070, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

karar vermiştir.^[72] Aynı kriterlerin idare temsilcilerinin hukuki sorumluluğu bakımından da geçerli olacağı tabidir.

İdarenin temsilcileri avukat olsun olmasın ilgili birimce kendisine aktarılan hukuki meseleyi incelemek, bilgi edinmek ve hukuksal durumu tespit etmek zorundadır.^[73] Temsilcilerin bu incelemeyi bizzat yapması gerekir. Bu anlamda temsilcilerin astı konumunda olan personel tarafından yapılabilecek hatalardan temsilcinin bizzat kendisi de sorumlu olacaktır.

Temsilci tarafından yapılan hukuki değerlendirme neticesinde idarenin yetkili birimlerine çözüm konusunda tavsiyelerde bulunmak zorundadır. Özellikle dava rizikosunu doğru şekilde izah etmek suretiyle idarenin davadan vazgeçme ya da sulh yolunu önlemesi gibi idarenin lehine bir çözüme kavuşmasını sağlamakla sorumludur. Bu bağlamda 659 sayılı KHK'nın 9 ve devamı maddelerinde idareler, dava açmadan ve icra takibine başlamadan önce sulh yolunu denemeleri gerekir. Aynı şekilde idareye karşı adli yargıda bir dava açılacağı duyumu üzerine yine sulh yolu öncelikle denenmek durumundadır.^[74]

659 sayılı KHK ile yapılan bu düzenleme ve Taslakta yapılması düşünülen düzenlemeler dünya da gelişen ve hızla yaygınlık kazanan alternatif uyuşmazlık çözümü olarak ifade edilen "alternatif dispute resolution" (ADR) gelişmelerin^[75] ülkemizdeki yansımaları olduğunu söyleyebiliriz. İdari uyuşmazlıkların yar-

[72] Y.13.H.D., T.12.10.2004, E.2004/6495, K.2004/14240; Y.13.H.D., T.9.5.1996, E.1996/3956, K.1996/4329, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

[73] Zariye ŞENOCAK, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları" *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/2, s.8.

[74] Kamu menfaati gerektiriyorsa bakanlıklarla ilgili uyuşmazlıklarla bakan diğer kurumlarda ise üst yönetici uyuşmazlıkları sulh yoluyla çözmeye yetkilidir. Değeri 1.000.000,00 TL ye kadar olan uyuşmazlıklarda hukuk biriminin görüşü alınarak harcama yetkilisinin teklifi ile üst yönetici tarafından sulhe karar verilebilmektedir. 1.000.000 ila 10.000.000 TL arasında olanlarda hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun görüşü, üst yöneticinin teklifi ve ilgili bakanın onayı ile sulh olunabilir. 10.000.000 TL'den fazla olanlarda ise ilgili bakanlık hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak ilgili bakanın önerisi ile Bakanlar kurulu tarafından sulhe karar verilmektedir. Bu yetkiler kısmen vali ve kaymakamlara da devredilebilmektedir. (659 KHK m.11)

Benzer bir yöntem idari uyuşmazlıklarla ilgili olarak aynı KHK'nın 12. maddesiyle getirilmiştir. İdari işlemler dolayısıyla hakları ihlal edilmiş olanların dava açma süresi içinde idareye başvurması durumunda hukuki uyuşmazlıkları değerlendirme komisyonu tarafından tanık, bilirkişi incelemesi dahil her türlü inceleme yapılır ve sonuç olarak bir rapor hazırlanır. Hazırlanan bu rapor 659 sayılı KHK'nın 11. maddesinde belirtilen yetkililere sunulur ve kabul edilmesi durumunda ilgiliye imzalaması için 15 günlük süre verilir. Bu süre zarfında ilgili sulh tutanağını imzalarsa bu tutanak ilam niteliği kazanmış olur.

[75] YILMAZ; Kamuda Çalışan Avukatlar, s.737.

gılama dışı usullerle çözümünün teşviki konusunda Avrupa Konseyi (2001) 9 sayılı tavsiye kararı ile İdari merciler ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların dostane çözüm, uzlaştırma, arabuluculuk vb alternatif yöntemlerle çözümü konusunda tavsiye kararı aldığı görülmektedir.^[76]

Yargılama sürecinde temsilci, idarenin menfaatlerini koruma ve özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Bu süreçte iddia veya savunmayı kurgularken en güvenilir ve en tehlikesiz yolu izlemelidir.^[77] İdarenin temsilcileri gerek bir memur olmak gerekse vekil olmak hasebiyle idarenin hiyerarşi yetkisi altında olsa da yargılama faaliyeti konusunda bağımsızdır. Bu bağlamda yargılama sırasında nasıl bir yol izleyeceği hususunda temsilcilere emir ve talimat verilemez. Zira uzmanlık gerektiren konular hiyerarşik denetim ve kuralların dışındadır.

Ayrıca bir özel hukuk ilişkisi olarak vekâlet akdi ya da avukatlık sözleşmesinde müvekkil vekile kanuna aykırı olmamak kaydıyla talimat verebilmesine karşılık idare cihazı kanunlarla düzenlendiğinden gerek temsilcilerin gerekse amirlerin görev ve yetkileri özel hukuk ilişkisine göre daha belirli ve sınırlı olduğundan bu talimatlar çok daha sınırlı olarak verilebilecektir.

Ancak idarenin temsilcisinin kasıt ya da ihmaline rağmen ortaya bir zarar çıkmamış olabilir. Vekâlet akdinde kasıt ya da ihmale rağmen zarar ortaya çıkmamış ise avukat sorumluluktan kurtulur. İdarenin temsilcileri de kasıtlı ya da ihmali hareketlerine rağmen zarar ortaya çıkmamış ise mali sorumluluktan kurtulur ancak idarenin temsili noktasındaki kasıt ve ihmalleri sebebiyle disiplin hatta suç boyutuna varmış bir kasıt söz konusu ise cezai sorumlulukları^[78] devam edecektir.

Kasıt ya da ihmal sonucu ortaya bir zarar çıkmış ise bu zararlar kasıtlı ya da ihmali hareket arasında illiyet bağı olmak kaydıyla idarenin temsilcilerinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Avukat müvekkil ilişkisinde vekâlet akdinden doğan sorumluluk sebebiyle taraflar arasında adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre bu zarar giderilir. İdarenin temsilcilerinin kasıtlı ya da ihmali davranışları sebebiyle idare bir zarara uğradığı takdirde idare bu zararını yine asliye hukuk mahkemelerinde açacağı rücu davası ile temsilcisi olan personelinden tazmin edecektir. Ancak serbest avukatlardan hizmet sözleşmesiyle aldığı hukuk

[76] Mustafa ÖZBEK; "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.57, 2005, s.82-83.

[77] ŞENOCAK, s.18.

[78] Y.13.HD., T.12.10.2004, E.2004/6495, K.2004/14240 sayılı kararında davayı temyiz etmeden kesinleşmesine sebep olan avukat hakkında görevi ihmal sebebiyle mahkumiyet kararı çıkmasına karşın zarar oluşmadığı gerekçesiyle tazminat davası red edilmiştir.

hizmeti sırasında kasıtlı ya da kusurlu hareketler sebebiyle bir zarar söz konusu ise idare bu zararlarını serbest avukata karşı tamamen özel hukuk hükümleri bağlamında adli yargıda açacağı tazminat davasıyla giderecektir.

İdarenin uğramış olduğu zararın ağırlıklı olarak maddi zarar olduğunu ancak manevi zarara da idarenin uğrayabileceği söylenebilir. İdareyi hatta bir bütün olarak Devleti zan altında bırakacak olan bir dava ya da olayla ilgili olarak dava açılmaması ya da açılmış olan davanın takip edilmemesi veya aleyhe çıkmış olan kararın temyiz edilmemesi sebebiyle ortaya bir manevi zararın çıkması söz konusu olabilecektir. Örneğin idareyi faili meçhullerin faili olarak gösteren ya da terör örgütleri ile işbirliği yaptığına yönelik açık ithamlar bulunan bir mahkeme kararının temyiz edilmeden kesinleşmesi sebebiyle idarenin manevi zarara uğrayacağı açıktır. Böyle bir durumda bu kararı temyiz etmeyen idare temsilcilerinin ortaya çıkan bu zarardan sorumlu tutulması gerekir.

Ancak yukarıda kısmen işaret edildiği üzere her kaybedilen dava sebebiyle temsilcilerin hukuki sorumluluğu doğmaz. Takip edilen her davanın kazanılacağına da hiçbir garantisi yoktur. Kaldı ki davayı garanti etmek avukatlık etik kuralları bakımından da yasaklanmıştır. Burada kastedilen zarar özenli davranılmış olsaydı ortaya çıkmayacak olan zarardır. Yargıtay'ın bazı kararlarına da yansıdığı üzere temyiz süresinin ya da dava süresinin kaçırılmış olmasının tek başına tazmin edilmesi gereken zarar olarak kabul edilemeyeceği^[79] ayrıca temyiz edilse ya da dava açılrsa kesinlikle lehe sonuçlanacağına ispat edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle zararlar avukatın ya da idarenin temsilcisinin kusurlu davranışı arasında illiyet bağının olması gerekir.

Hizmet sözleşmesiyle avukatlık hizmeti satın alınanlar serbest avukatlar bakımından "Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin" 13. maddesinde bunların idareye karşı sorumlulukları belirtilmiştir. Serbest avukatların idareyi temsile yetkili diğer avukatlarla aynı haklara sahip olacakları ve kusurları sebebiyle de genel hükümlere göre idareye karşı sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

9.3. TEMSİLCİNİN CEZAI SORUMLULUĞU

9.3.1. GENEL OLARAK

Serbest avukatlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre kamu görevlisi sayılmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 57. maddesine göre "Görev

[79] Y.13.HD., T.12.10.2004, E.2004/6495, K.2004/14240, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.”

Dolayısıyla avukat olan idarenin temsilcisi de aynı hukuki korumadan yararlanacaktır. Ancak avukat olmayan idare temsilcilerine karşı işlenen suçlar bakımından bu temsilcilerin memur olması hasebiyle memurlara karşı işlenmiş olan suçlar kapsamında değerlendirilecek ve cezalandırılacaktır.

Buna karşın avukat ve idarenin temsilcilerinin işlemiş olduğu suçlar bakımından ise Avukatlık Kanunu kapsamında işlenen suçlar ve TCK kapsamında işlenen suçlar olarak temelde ikili bir ayrıma tabi tutmak suretiyle incelemek mümkündür. İdarenin temsilcileri bu suçları ihmali ya da kasti hareketlerle işleyebilmektedirler.

9.3.2. AVUKATLIK KANUNU KAPSAMINDAKİ SUÇLAR

9.3.2.1. ÇIKAR KARŞIĞI İŞ GETİRME

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 48. maddesinde herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ya da aracı kullananların altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu suçun memurlar tarafından işlenmesi durumunda cezanın bir yıldan aşağı olmayacağı belirtilmiştir.

Bilindiği üzere idarenin temsilcilerinden hizmet satın alınan serbest avukatlar hariç dar anlamda kamu görevlisi statüsündedirler. Bu nedenle bu personelin ücretli ya da ücretsiz olarak dışarıda çalışması veya iş alması yasaktır. Dolayısıyla kamu görevlisi olan idare temsilcileri kendilerine iş getirilmesi için aracı kullanma fiilini işleyemezler. Ancak bu personelin “herhangi bir çıkar karşılığı” bir başka avukata diğer bir ifadeyle bir serbest avukata iş götürme fiilini işleyebilirler. Bu durumda idarenin temsilcilerinin alacağı ceza suçun diğer faillerine nazaran en az iki katı olarak uygulanacaktır.

Bu suçun maddi unsuru olan hareket idare temsilcileri tarafından bir avukata iş gönderilmesi ya da aracılık edilmesi suretiyle bir avukata iş gönderilmesidir. Ancak hemen ilave edelim ki ister avukat olsun ister olmasın idarenin temsilcilerinin bu suçu işleyebilmeleri için suçun maddi unsuru yanında manevi unsurunun da tamamlanmış olması gerekir. Bu suçu manevi unsur bakımından ele aldığımızda ise bu suçun işlenmesi için genel kastın yeterli olmadığı özel kastın da gerçekleşmesi gerektiği görülmektedir. Bu suç tipi için özel kast, maddi ya da manevi herhangi bir çıkar ya da çıkar vaadi karşılığında bir avukata iş götürülmesi oluşturmaktadır.

Ancak idarenin hizmet satın almış olduğu serbest avukatlar kamu görevlisi olmadıklarından hem aracı olarak hem de aracı kullanmak suretiyle bu suçun faili olabilirler. Bunlar bakımından da yine suçun manevi unsuru olan özel kastın yani maddi veya manevi bir çıkar ya da çıkar vaadinin olması gerekir. Ancak idarenin bu temsilcileri memur olmadıklarından memuriyetten kaynaklanan ağırlaştırılmış hal uygulanmayacaktır.

9.3.2.2. ASLI OLMAYAN BELGE ÖRNEĞİ DÜZENLEME VEYA ASLINA AYKIRI ÖRNEK VERME SUÇU

Kanun koyucu, avukatların görevlerini yargılamanın diğer taraflarına göre eşit bir şekilde yapabilmeleri için avukatlık mesleğini icra edenlere bir kısım özel yetkiler tanımıştır. Bu bağlamda avukatlar aslı kendilerinde bulunan belgelerin suretlerini onaylamak suretiyle yargı mercileri ve adalet dairelerinde kullanabilme ve örnek verebilme yetkilerine sahiptirler.

İdarenin avukat olan temsilcileri ile avukatlık hizmeti satın aldıkları serbest avukatlar asılları kendilerinde olmak kaydıyla vekâletname başta olmak üzere yargı ve adalet mercilerinde kullanacakları belgeleri onaylama ve örnek çıkarma yetkilerine sahiptirler.

Ancak idarenin avukat olmayan temsilcilerinin böyle bir yetkisi yoktur. Zira 659 sayılı KHK'nın 6/5. maddesinde idareleri temsile yetkili hukuk birimi amiri, hukuk müşaviri ve avukatların bir listesinin Adalet Bakanlığı'nın belirlediği esaslar çerçevesinde yazılı olarak yargı mercilerine bildireceğini listede ismi yer alanların baroya kayıt ve vekâletname ibrazı olmaksızın idareleri vekil sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen temsilcilerin idareleri vekil sıfatıyla temsil edebilecekleri belirtilmiş ancak bunlara Avukatlık Kanunu tarafından avukatlara tanınan bir kısım imtiyazların tanınacağı hususunda herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Bunun sonucu olarak idarenin avukat olmayan temsilcilerine aslı kendilerinde olan belgelerin suretini onaylama ya da örnek çıkarma yetkisinin verilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Zaten usulüne uygun olarak yargı mercilerine bildirilen temsilcilerin vekâletname ibraz etmelerine gerek olmadığı ve yine bu temsilcilerin çalıştığı kurumların bu belgeleri onaylama ve örnek çıkarma yetkisinin olduğu da göz önüne alındığında bu temsilcilerin böyle bir yetkisinin olmaması doğal kabul edilmelidir.

Bu nedenle idarenin avukat olmayan temsilcileri bu suç işleyemezler. Ancak idarenin avukatları ile idarelerin avukatlık hizmeti satın aldıkları serbest avukatlar bu suçun faili olabilirler.

9.3.2.3. BARO LEVHASINA YAZILI OLMAYAN VEYA YASAKLI AVUKATIN AVUKATLIK YAPMASI

Yukarıda izah edildiği üzere idarenin temsilcilerinin baro kaydı olmadığı gibi idarenin avukatlarının da baroya kayıt zorunluluğu yoktur. Bu nedenle baroya kayıtlı olmadan da idarenin avukatları ve temsilcileri vekil sıfatıyla idareleri temsil edebilmektedirler. Bu temsilci ve avukatlar için Avukatlık Kanunu ve 659 sayılı KHK ile muafiyet tanınmış olduğundan baroya kayıtlı olmadan avukatlık yapma suçunun işlenmesi idarenin temsilciler bakımından mümkün değildir. Bu alanda kanunla yapılan düzenlemeyle hukuka uygunluk hali oluşturulduğu görülmektedir.

Ancak “yasaklı bir avukatın avukatlık yapması” idarenin avukatları ve idarelerin avukatlık hizmeti satın aldığı serbest avukatlar tarafından işlenebilecek bir suçtur. Buna karşın İdarenin avukat olmayan diğer temsilcileri bakımından ise bu suç işlenmemektedir.

Bilindiği gibi idarenin avukatları baroya kayıtlı olsun ya da olmasın Avukatlık Kanunu kapsamında işledikleri disiplin suçları sebebiyle üyesi oldukları baro ya da barolara üye değilse çalıştıkları yer barosunca haklarında disiplin işlemleri yürütülmektedir. Dolayısıyla idarenin avukatları da avukatlıktan yasaklanmış olabilirler. Baro tarafından verilen disiplin cezası ile yasaklanan idarenin avukatı idareyi yargı mercilerinde avukat sıfatı ile temsil edemeyecektir. Bu yasağa rağmen avukat sıfatı ile idareyi yargı mercilerinde temsil eden idare avukatı bu suçun faili olabilecektir. Aynı şekilde idarelerin avukatlık hizmeti satın aldıkları serbest avukatlarda bu suçu işleyebileceklerdir.

7.3.3. TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDAKİ SUÇLAR

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda avukatların işleyebileceği suçlar olarak; görevi kötüye kullanma, zimmet, rüşvet, irtikap, hakaret, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, iftira vb çok sayıda suç sayılabilir. Bu suçların hemen tamamı idarenin avukatları ve avukat olmayan diğer temsilcileri tarafından da işlenebilecektir.

İdare temsilcileri bu suç tiplerinin büyük çoğunluğunu kasıtlı bazı durumlarda ise ihmal suretiyle işleyebilmektedirler. İdarenin temsilcileri tarafından bu suçların işlenmesi memuriyet vasfından dolayı bazı durumlarda nitelikli hal olarak kabul edilmekte ve ceza ağırlaştırılmaktadır.

İdarenin temsilcileri ister avukat olsun ister olmasın görevleri sebebiyle ve görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından 4483 sayılı Kanun’a tabidirler.

Zira idare adına vekil sıfatıyla temsil görevini yaptıkları sırada ve görevleri sebebiyle suç işlemleri durumunda yetkili amirlerden izin alınmak suretiyle ancak haklarında soruşturma ve koğuşturma açılabilir.

İdarenin avukatları da tıpkı serbest avukatlar gibi ağır cezayı gerektiren suçüstü hali hariç hakim kararı olmadan üstü, aracı ve odası aranmayacaktır. Bu avukatların idarenin memuru olması Avukatlık Kanunu'nun kendilerine bahsettiği bu hakları kullanmalarına engel değildir. Dolayısıyla idarenin avukatlarının da aracı ve odası hakim kararı üzerine, savcı ve baro temsilcisi eşliğinde aranacaktır.

Ancak idarenin avukat olmayan temsilcileri bakımından herhangi bir muafiyet söz konusu değildir. Tıpkı diğer devlet memurlarının tabi olduğu hukuki rejime tabidirler.

9.3.2.4. CEZA YARGILAMASINDA USUL

9.3.2.4.1. AVUKATLAR BAKIMINDAN

İdarenin avukat olan temsilcileri ve idarelerin avukatlık hizmeti satın aldığı serbest avukatlar tarafından yürütülen avukatlık faaliyetleri veya Türkiye Barolar Birliği ya da baro organlarındaki görevleri sebebiyle ve görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı Adalet Bakanlığı tarafından verilecek izin üzerine haklarında soruşturma ve koğuşturma yapılabilir.

İdarenin avukatları ve hizmet satın alınan avukatların bir suç işlediği haber alındığında suçun işlendiği yer savcılığı tarafından avukatın ifadesi alınmaksızın gerekli inceleme ve araştırmalar yapılır, kaybolma ihtimali olan delillerin toplanır, müştekinin ifadesi alınır ve gerektiği durumlarda tanıkların ifadesine başvurulmak suretiyle soruşturma dosyası hazırlanır. Hazırlanan bu dosyada savcı da kanaatini belirtmek suretiyle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne izin verilmesi için talepte bulunulur.

Bakanlık tarafından verilecek izin üzerine dosya suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilerek beş gün içinde iddianame hazırlanarak ağır ceza mahkemesine sunulur.

Bakanlık tarafından soruşturma izni verilmesi kararlarına karşı hakkında soruşturma izni verilen avukat idare mahkemelerinde iznin iptali için dava

açamaz.^[80] Ancak soruşturma izni verilmemesi kararlarına karşı ilgililerin iptal davası açması mümkündür.^[81]

9.3.2.4.2. DİĞER TEMSİLCİLER BAKIMINDAN

Anayasanın 129/son maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü haklarında koğuşturma açılabilmesi kanunla belirlenmiş olan yetkili merciin iznine bağlıdır. 657 sayılı DMK'nın 24. maddesi de Devlet memurlarının görevleri ile ilgili ve görev sırasında işledikleri suçlardan ötürü özel hükümlere tabi olduğu düzenlenmiştir.

Bu bağlamda idarenin avukat olmayan temsilcilerinin de memur veya diğer kamu görevlileri kapsamında yer aldıklarından görevleri sebebiyle işledikleri suçlar bakımından 4483 sayılı Kanun'a göre haklarında soruşturma izni verilmesini müteakip ceza davası açılacaktır.

9.4. TEMSİLCİNİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

9.4.1. GENEL OLARAK

Disiplin hukuku kısaca, bir kurum ya da kuruluşun iç veya çalışma düzeninin sağlanmasına yönelik kurallar ve bu kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar ile bunlara ilişkin usul ve esasları inceleyen bilim dalı olarak ifade edilebilir.^[82]

İdareleri mahkemeler, icra daireleri ve hakemler önünde temsil etmekle görevli temsilciler kamu görevlisi olmak hasebiyle öncelikle kamu personelinin tabi olduğu disiplin hukukuna tabidirler.

Bunun yanında idarenin avukat temsilcileri aynı zamanda 1136 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine göre avukatlar için öngörülmüş olan disiplin hukukuna tabidirler. Ancak idarenin avukatlık ruhsatına sahip olsun ya da olmasın avukatlık dışındaki bir kadroda istihdam edilen temsilcileri bakımından Avukatlık Kanunu'nda öngörülen disiplin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle idarenin avukat temsilcileri ile avukatlık ruhsatına sahip olsun ya da olmasın avukatlık dışındaki bir kadroda

[80] R.KORKUSUZ/M.H.KORKUSUZ, s.217.

[81] ÇİNE, s.171; D.8.D, T.21.10.1999, E.1999/3805, K.1999/5313

[82] Tahir MURATOĞLU, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S.30-31, Yıl: 2014, s.80.

istihdam edilen temsilcileri şeklinde ikili bir ayırım yapmak suretiyle konuyu incelemek gerekecektir.

9.4.2. İDARENİN AVUKATLARI

İdarenin avukatları ister hizmet sözleşmesiyle avukatlık hizmeti satın alınmış olsun ister idarenin kadrolarında asli ve sürekli olarak istihdam edilmiş olsunlar bunlar hakkında Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan disiplin hükümleri uygulanacaktır.

Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte disiplin rejimi ile ilgili özel bir düzenleme getirilmediğinden 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda öngörülen disiplin rejimi serbest avukatlar bakımından da uygulanacaktır. Serbest avukatlar dar anlamda kamu görevlisi olmadıkları için kendileri hakkında kamu personel hukukundan kaynaklı herhangi bir disiplin yaptırımı uygulanmayacaktır.

Ancak aynı zamanda kamu görevlisi olan idarenin avukatları çifte disiplin rejimine tabi tutulacaktır. Kamu personeli olan avukat işlediği disiplin suçu sebebiyle hem çalıştığı kurumdaki disiplin hukukuna hem de baro tarafından uygulanacak avukatlar için öngörülen disiplin yaptırımına tabi olacaktır. Bu durum "ne bis in idem" ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir^[83].

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ek 1. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmasalar bile görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların sahip olduğu hak ve yetkilere sahip olmak yanında baro levhasına kayıtlı avukatların ödevleriyle de yükümlüdürler. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise Avukatlık Kanunu'nun avukatlar hakkında öngördüğü disiplin işlem ve cezaları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışan avukatlar hakkında da avukatın sürekli görev yaptığı yer barosunca uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu durumda Kanun koyucu idarenin avukatlarının; avukatlık meslek kuralları ile ilgili olarak baro tarafından disiplin yaptırımına tabi tutulmasını aynı zamanda bir kamu görevlisi olması hasebiyle de memur disiplin hukukunun uygulanmasını istemiştir.

[83] MURATOĞLU, s.115

Avukatlık disiplin cezaları 1136 sayılı Kanunda uyarı, kınama, para cezası, işten çıkarma ve meslekten çıkarma cezaları şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin avukat veya iş sahibi tarafından vaat olunan veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve bu eylemi yapanlar memur ise verilecek ceza bir yıldan aşağı olamaz demektir. Bu durumda idarenin avukatları ücret ya da başka bir çıkar karşılığında serbest avukatlara iş götürür ise ceza yargılaması sonucunda çıkacak mahkûmiyet kararı sonrası baro disiplin kurulu tarafından idarenin avukatına kınama cezası verilecektir. Aynı zamanda bir memur olmak hasebiyle de yetkili idari mercilerce de 125/D-c bendine göre de her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlama fiilini işlediği için kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını alacaktır.

Bir başka örnek vermek gerekirse baro tarafından meslekten (avukatlıktan) çıkarma cezası ile cezalandırılmış olan bir idare avukatının kural olarak memuriyetten de çıkarılması gerekir. Zira 657 sayılı DMK'nın 98/B maddesine göre "Memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi" hallerinde memurluğunun sona ereceği düzenlenmiştir. Bu durumda idareler avukat istihdam ederken avukatlık ruhsatına sahip olmayı özel şartlar arasında saydıklarından bu şartın kaybedilmesi durumunda idare tarafından avukatın görevine son verilmelidir.

9.4.3. İDARENİN AVUKAT OLMAYAN TEMSİLCİLERİ

Aslında yukarıda açıklandığı üzere idarenin avukat olmayan temsilcilerinden muhakemat müdürlerinin tamamı, diğer temsilcilerden hukuk birimi amiri ve hukuk müşavirlerinin ise önemli bir kısmı avukatlık ruhsatına sahiptir. Bu durumda bu temsilcilerin avukat olduğu ya da avukatların tabi olduğu hukuka tabi olması gerekip gerekmediği hususu açık değildir.

Zira bu temsilcilerden avukatlık ruhsatı olup da baro levhasına kaydı olanlar hakkında avukatlık disiplin hükümlerinin uygulanacağı pek tabidir. Zira memurların baroya kaydını yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Bu durumda bu memurların aktif olarak avukatlık yapmaları memuriyet hukuku bakımından yasak olsa da Avukatlık Kanunu açısından baroya kayıtlı olmalarında hukuki bir engel yoktur. Bu durumda tıpkı diğer üyeler gibi Avukatlık Kanunu ve disiplin hükümlerine tabi olacaklardır.

Ancak avukatlık ruhsatı olmasına rağmen baro kaydı olmayan ve idarenin avukat kadrosunda da bulunmayan temsilcilere avukatlık disiplin hükümleri

uygulanmayacaktır. Çünkü bu personel ister idarenin temsilcisi olsun ister olmasın baronun aktif bir üyesi olmadığı gibi idarenin avukatlık kadrolarında da istihdam edilmemektedir. Diğer bir ifadeyle kamuda asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışmıyor olanlar avukatlık disiplin hukukuna tabi olmayacaklardır.

Yine idarenin avukat olmayan temsilcilerine avukatlık disiplin hukukunun uygulanmaması gerektiğine yönelik tezi ispat eden bir başka kanıt olarak mülga 4353 sayılı Kanun'un 19/son maddesi gösterilebilir. Bu maddeye göre Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Umum Müdürlüğü kadrolarına dâhil olanlardan Devlet dairelerini kaza mercilerinde avukat sıfatıyla temsil edenler hakkında Avukatlık Kanunu'nun disiplin hükümlerinin vazife gördükleri yerin barosu tarafından uygulanacağı hükmü yer almaktaydı. Buda Kanun koyucunun idareleri avukat sıfatıyla temsil edenler ve diğer temsilciler bakımından bir ayrıma gittiğini, bunun aksine işaret eden bir düzenlemenin 659 sayılı KHK veya 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yer almadığı göz önüne alındığında hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri, hukuk birimi amirleri ve avukatlar dışındaki diğer temsilciler bakımından avukatlık disiplin hükümlerinin bunlara uygulanmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira bu temsilcilerin 4353 sayılı Kanun döneminde de görev yaptığı varsayıldığında bu tezin doğru olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla idarenin avukatlar dışındaki diğer temsilcileri avukatlık ruhsatları olsun ya da olmasın baroya kayıtlı değilse ve idare bünyesinde işgal ettikleri kadro avukatlık kadrosu değilse baro tarafından kendileri hakkında disiplin işlemi uygulanamayacaktır.

10. İDARENİN AVUKAT OLMAYAN TEMSİLCİLERİYLE İLGİLİ ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

10.1. GENEL OLARAK

Hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirlerinin vekil sıfatıyla davaya kabulü ve bu temsilcilere AAÜT üzerinden vekâlet ücretine hükmedilmesinin Anayasaya uygun olup olmadığı hususunun incelenmesinde yarar vardır.

659 sayılı KHK'nın 6 ve 14. maddeleri avukat olup olmadığına bakılmaksızın idare temsilcilerinin vekil sıfatıyla davalara kabul edilmeleri ve lehlerine vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin düzenlemeler Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini ve avukatlık mesleğinin tekel olarak düzenlenmesinin Anayasal temelini oluşturan 135. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu “kanun işlerinde ve hukuki meselelerde müta-laa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir” demek suretiyle avukatlık mesleğini tekel olarak düzenlemiştir.

659 sayılı KHK ile ilgili Anayasaya aykırılık durumu temelde iki noktada toplanmaktadır. Birincisi avukat olmayanların “vekil” sıfatıyla mahkemelerde idareyi temsil etmesi imkânını getirmiş ikinci olarak ise bunların avukat olmasalar dahi “vekâlet ücretine” hak kazanacakları düzenlenmiştir.

10.2. VEKİL SIFATIYLA TEMSİL KONUSU

Şüphesiz davalı idare kendini avukatlar ve temsilcileri vasıtasıyla temsil ettirebilmektedirler. Bu durumda herhangi bir Anayasa ya aykırılık da yoktur. Zaten kısıtlılar, tüzel kişiler bir kısım özel hukuk kişileri kendilerini yasal temsilcileri vasıtasıyla temsil ettirebilmektedirler. Ancak 659 sayılı KHK “vekil sıfatıyla” hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirlerine temsil yetkisi tanımıştır. Oysa idare dışındaki diğer bireyler bakımından vekil sıfatıyla temsil ancak avukatlar tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla özel hukuk kişileri bakımından avukatlar dışından vekil sıfatıyla temsil imkânı yokken İdareye hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirleri vasıtasıyla bu yetkinin tanınması Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini ihlal etmekte ve Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Yine bu düzenleme Anayasa'nın 135. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bilindiği üzere davacı ya da davalıyı mahkemeler ve icra daireleri önünde vekil sıfatıyla temsil etme yetkisi tekel olarak baroya kayıtlı avukatlara verilmiştir. Diğer bir ifadeyle baroya kaydı olmayan kişilerin avukatlık stajı ve avukatlık için gerekli diğer şartları taşısalar dahi baroya kayıtlı olmadıkları sürece avukat sıfatıyla temsilci olamamaktadırlar.

Bunun tek istisnası Anayasanın 135/2. fıkrasında düzenlenen kamu kurum ve kuruluşları ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme zorunluluğu olmadığına ilişkin düzenlemedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye istinaden 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 08.05.1984 tarih ve 3003 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile ek 1. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları kendi isteklerine bırakılmış fakat avukatlık mesleğine kabul, ruhsat verilmesi, hak, yetki ve ödevler bakımından yine avukatlık yasasına tabi olacakları düzenlenmiştir. Hatta baroya

kaydı olmayan kurum avukatının çalıştığı yerdeki baroyu durumdan haberdar etmesi de yasayla getirilmiş bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Ancak yargı mercilerinin vekil sıfatıyla yapılan temsilin ayrıntısına inmedikleri görülmektedir. İdare mahkemesi tarafından verilen bir kararda 659 sayılı KHK çıkarılmadan önce bakan adına hukuk müşavirleri tarafından yapılan savunma işlemleri sonrası yürürlüğe giren 659 sayılı KHK'ya göre vekâlet ücretine hükmedilmemiş ve gerekçe olarak ise “yapılan savunma ve yazışmaların bakan adına yetki devri suretiyle imzalandığını oysa KHK'nın vekil sıfatıyla hukuk müşavirleri tarafından aslen imzalanması gerektiğini” belirterek idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmemiştir. Ancak Danıştay 5. Daire vekil sıfatıyla temsil ya da bakan adına imza devri tartışmalarına girmeyerek ve tatmin edici bir gerekçe de sunmaksızın vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.^[84]

Sonuç itibarıyla vekil sıfatıyla temsil yetkisi Anayasa'ya göre kural olarak baroya kayıtlı avukatlara, istisna^[85] olarak da baroya kayıtlı olmamakla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan avukatlara verilmesine karşın 659 sayılı KHK ile bu yetki hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirlerine de verilmek suretiyle Anayasa'nın 135. maddesine aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

10.3. VEKÂLET ÜCRETİ BAKIMINDAN

Aynı gerekçelerle hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirleri üzerinden hükmedilen vekâlet ücreti de yine Anayasa'nın 10 ve 135. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

[84] D.5.D., T.11.03.2014, E.2013/3697, K.2014/1859, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*.

[85] Aslında uygulamada dava vekilliği ve dava takipçiliği şeklinde iki ayrı kurumun varlığından söz etmek mümkündür. Ancak her iki kurumunda günümüzde uygulamasının hemen hemen olmadığı söylenmelidir. Zira dava vekilliği ruhsatlarının en son 1939 verildiği varsayıldığında aradan 76 yılın geçtiği dolayısıyla bu ruhsata sahip kişilerin en iyi ihtimalle 95-100 yaşında olduğu varsayıldığında fiilen bu işi yapanların kalmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. (Recep AKCAN, “Avukatlık Kanunu Geçici 13'de Düzenlenen dava Vekili Kurumunun Mevcudiyeti Hakkında bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:3, S.2, Yıl:2012, s.8.)

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Geçici 17. Maddesine göre dava takipçileri ise en az üç avukat ve dava vekilinin olmadığı yerlerde, yargı mercilerinde en az 10 yıl süre ile başkatip, zabıt katibi, icra memurluğu ya da yardımcısı olarak çalışmış olanların baroya kayıt yapmak koşuluyla hukuk mahkemeleri ve icra-iflas dairelerin iş takibi yapabilecekleri düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere idari yargıda yargılama giderleri İYUK'ta ayrıca düzenlenmemiş ve İYUK 31. madde yollamasıyla 6100 sayılı HMK'nın uygulanacağı düzenlenmiştir. HMK'nın yargılama giderlerini düzenleyen 323. maddesinde vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır.(m.323/1-ğ)

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücreti başlıklı 164. maddesinde ise avukatlık ücretinin avukatın hukuki yardımının sonucu olduğu, 168/son. maddede ise hukuki yardımın tamamlandığı ya da dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesinin esas alınacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere Kanun koyucu 1136 sayılı Kanunda avukatın hukuki yardımından ve yine avukatlık yasasına dayanılarak çıkarılan ve avukatların alacakları asgari ücreti düzenleyen avukatlık asgari ücret tarifesinden bahsetmektedir.

AAÜT üzerinden hükmedilen vekâlet ücreti avukat olan temsilciye yaptığı hukuki yardımların karşılığı olarak verilmektedir. Bir başka ifadeyle vekâlet ücreti sadece avukatlara ödenmesi gereken bir yargılama gideri olarak karşımıza çıkmaktadır. 1136 sayılı Kanun'un 164/son maddesine göre "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir" demek suretiyle bu ücretinin muhatabının avukat olduğu ifade edilmektedir.

Yine aynı Kanun'un 168. maddesine dayanılarak hazırlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin konu ve kapsam başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında "Mahkemelerde, tüm hukuki yardımlarda, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandıran her türlü merci kararlarında ve ayrıca kanun gereği mahkemelerce karşı tarafa yükletilmesi gereken "avukatlık ücretinin" tayin ve takdirinde, Avukatlık Kanunu ve işbu tarife hükümleri uygulanır demek suretiyle yargılama sırasında tarafları temsil eden herkese değil sadece avukatlara verilecek ücretin belirleneceği düzenlenmektedir. Yine nihai olarak bu tarifeyi belirleyen Türkiye Barolar Birliği de Avukatların bağlı bulunduğu baroların çatı örgütü olduğu göz önüne alındığında vekâlet ücretinin avukatlık mesleğini icra eden ve avukatlık unvanını kullananlar için öngörülmüş bir hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla avukat olmayan idare temsilcileri bu düzenlemenin kapsam ve sınırlarının dışındadır ve idarenin avukat olmayan temsilcilerine bu tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilmesi Anayasa'nın 135. maddesine aykırıdır.

Kaldı ki bir özel hukuk gerçek ya da tüzel kişinin kanuni temsilcisi tarafından takip edilen bir dava da özel hukuk kişileri lehine vekâlet ücreti hükmedilmemesinin Anayasanın eşitlik ilkesiyle de çeliştiği ifade edilmelidir.

Nihayetinde bir kamu tüzel kişisi olan idarelerin avukat olmayan personelleri tarafından temsilleri ile bir ticari şirketin yetkili temsilcisi tarafından temsili arasında bir farklılık yoktur. Bu nedenle şirket temsilcisi ya da kendi davasını bizzat yürüten özel hukuk gerçek kişisi lehine de vekâlet ücreti hükmedilmesi gerekir.

Sonuç olarak tekel olarak düzenlenmiş ve yürütülmekte olan avukatlık mesleğine tanınmış olan bir kısım hak ve ayrıcalıkların kanuni dayatmayla idarenin temsilcisi sıfatı verilmiş bir kısım personele verilmesi Anayasanın 135. maddesine de aykırı olacaktır.

SONUÇ

İdarelerin, yargı mercilerinde temsili hususunda 659 sayılı KHK yürürlüğe sokulmak suretiyle 4353 sayılı Kanun'un karmaşık yapısından kısmen de olsa idareler ve yargı mercileri kurtulmuştur. Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanmış olan "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" 659 sayılı KHK'nın kapsamı ve içeriğinde önemli değişiklikler yapmak suretiyle var olan sorunları en aza indirmeye çalışmaktadır.

Ancak yapılması düşünülen değişiklikler de sorunları kalıcı çözüme kavuşturmamaktadır. Öncelikle belirtelim ki 659 sayılı KHK ve bu KHK'da değişiklik yapmayı öngören Taslak; KİT'ler, belediyeler ve köyleri kapsamına almamıştır. Bu nedenle Taslak'la yapılacak değişikliklerle Türk İdare teşkilatının tamamının KHK kapsamına alınması daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Aslında idareleri yargı mercilerinde temsil edecek personel ile ilgili çerçeve bir Kanun çıkarılması suretiyle idarelerin hukuk birimlerinin yapısı, nasıl kurulacağı bu birimlerde çalışacak personelin statüsü, hakları, atanması, adaylığı, hukukçuların kaç farklı gruba ayrılacağı, aylık ve özlük hakları, denetimi, hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu, emekliliği gibi tüm konular düzenlenmelidir. Böylece tüm kamu kurum ve kuruluşlarında yeknesak bir yapı oluşturulmak suretiyle hem hukuk birimlerinin hem de bu birimde çalışacak olan personelin eğitimi, takibi ve denetimi kolaylaşacak ve yine benzer mali imkânlar sunulmak suretiyle eşitlikleri sağlanabilecektir.

Örneğin statüsü farklı olan ya da farklı kurumlarda çalışan temsilciler farklı haklardan yararlanmakta buda eşitsizliğe sebep olmak yanında kalifiye personelin

daha iyi imkânlar sunan kurumlara geçmelerine ya da serbest avukatlığa dönmek suretiyle kalifiye personeller kaybedilmektedir.^[86]

Yargı mercilerinde idareleri temsil edecek tüm temsilcilerin avukatlık unvanına sahip olması ve yargı mercilerinde temsiliyet görevini yerine getirirken de avukatlık unvanlarıyla idareleri temsil etmeleri sağlanmalıdır. Böylece vekil sıfatıyla temsil ve vekâlet ücreti konusunda ki Anayasa'ya aykırılık sorunu da aşılmış olacaktır.

Yüzün üzerinde Hukuk Fakültesi olan ve her yıl binlerce hukukçunun mezun olduğu ülkemizde idarelerin, avukat olmak biryana hukukçu dahi olmayan birim amiri müdürler tarafından yargı mercilerinde temsil edilmesi ve hukuki sorunların bunlar tarafından çözülmeye çalışılması sadece ekonomik sebepler ve bütçe imkânları ile açıklanamayacağı kanısındayız. Maalesef bu durum aynı zamanda plansızlığın da olağan bir sonucudur.

[86] GÜÇLÜ, s.1.

KAYNAKÇA

AKCAN, Recep: "Avukatlık Kanunu Geçici 13'de Düzenlenen Dava Vekili Kurumunun Mevcudiyeti Hakkında bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S. 2, Yıl: 2012.

Baroda Birlik Grubu: *Kamu Avukatlarının Sorunları ve Çözüm Projelerimiz*, Ankara 2004.

ÇİNE, Özcan: *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2014.

ÇOLAK, Nusret İlker/ÖZDEMİR, Dursun: "İdari Yargıda İdare Lehine Vekâlet Ücreti ve Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi," <http://www.ilkercolak.com.tr/kategori/makaleler/>

DELİDUMAN, Seyithan: "Medeni Yargıda Avukatlık", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:VII, S.1-2, Haziran-2003.

DELİDUMAN, Seyithan: Tüzel Kişilerin Davada Temsili, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: II, S.1, Yıl: 1998.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman; *İdare Hukuku*, İstanbul -Temmuz 2011 s.558.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt II-İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 2014.

GÜÇLÜ, Yaşar: Kamuda Çalışan Hukukçular- <http://www.mecelle.com/node/452>

GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, Ankara 2011.

İŞIKLAR, Celâl: "659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Husumete İlişkin Esaslar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 3, S.10, Temmuz 2012.

KORKUSUZ, Refik/KORKUSUZ, M. Halit: *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Bursa 2014.

MURATOĞLU, Tahir: "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S. 30-31, Yıl: 2014.

ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: Tanzimat'tan Cumhuriyete Avukatlık, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S.4, Yıl: 2014.

ÖZBEK, Mustafa: "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.57, 2005.

ÖZKAN, Meral Sungurtekin: *Avukatlık Mesleği-Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir 2012.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011.

ŞENOCAK, Zarife: “Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları” *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/2.

TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2000, C. 49, S.1-4.

YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2005.

YILMAZ, Ejder: “Kamuda Çalışan Avukatlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, C.57, S. 3, s.733.

