

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İZMİR OLAĞANÜSTÜ GENEL KURUL
G Ü N D E M İ

Toplantı Tarihi: 30.Nisan
1-2 Mayıs 1976
Toplantı Yeri : Atatürk Kütüphanesi, Konak-İzmir.
Toplantı Saati : 10.00

1. Yoklama
2. Birlik Başkanının toplantıyı açışı.
3. Bir Başkan, bir Başkanvekili ve iki üyeden kurulu Genel Kurul Başkanlık Divanı seçimi.
4. Saygı duruşu.
5. İzmir Barosu Başkanının konuşması.
6. Avukatlık Yasası değişiklikleri hakkındaki önerilerin ve bilgilerin derlenmesine ilişkin Yönetim Kurulu Raporunun okunması.
7. Avukatlık Yasasında yapılması gerekli değişikliklerin üzerinde görüşme açılması ve karara bağlanması.
8. Adli hizmetlerin daha iyi bir şekilde görülmesi konusunda genel bir görüşme açılması hakkında İzmir Barosunun önerisinin görüşülmesi.
9. Türkiye Barolar Birliği Ölüm Yardımı'nın yaşlılık nedenleri ile işden ayrılma halini kapsayacak şekilde değiştirilmesinin görüşülmesi ve bir karara varılması için İzmir Barosu teklifinin görüşülmesi.
10. 1975 yılı içinde vefat eden Avukatlara 1976 yılı içinde vefat edenlere yapılacak yardımın % 50'si oranında yardım yapılması ve bu yardımın kaynağının sağlanması amacı ile bir defaya mahsus olmak üzere 10,-TL. giriş aidatı alınması hakkında Ölüm Yardımı Esasları'na geçici bir madde eklenmesi yolunda Kütahya Barosu teklifinin görüşülmesi.
11. Dilçkler.
12. Kapanış.

FÖ/SA.

I. G İ R İ Ő

1-Kronoloji:

1 Aralık 1938 günde yürürlüğe giren ve 7 Temmuz 1969 gününe kadar uygulanan, 27 Haziran 1938 günlü ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, mesleğimizi "amme hizmeti mahiyetinde bir meslek" olarak kabul etmesine rağmen arada geçen sürede mesleğimizin gereklerini karşılayamayacak hale gelmiş ve bu suretle 1136 sayılı kanun hazırlanmış ve 7 Temmuz 1969 günü yürürlüğe girmişti. Bu kanunla Türkiye Barolar Birliği kurulmuş, Barolarımızın yetkileri arttırılmış, Kanunun uygulanmasında Birlik ve Barolar daha geniş yetkilerle donatılmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da Birliğimiz ve Barolarımız için 1136 sayılı Kanunun maksada ters düşen, kusurlu ve yetersiz bazı hükümlerini, ayrıca Kanundaki boşlukları saptamak olanağı elde edilmiştir.

IX.Genel Kurulumuzda Avukatlık Kanunu değişikliği üzerinde görüşmek üzere olağan üstü bir toplantı düzenlenmesine karar verilmiştir. Bu nedenle X.Genel Kurulumuza Yönetim Kurulumuzun sunacağı raporun bir öneri biçiminde değil, Genel Kurulumuzu aydınlatma, bu konuda derlenen bilgi ve istekleri takdire sunmak niteliğinde olmasını uygun bulduk. Genel Kurulumuzda belirecek eğilimlerin Yönetim Kurulumuzca saptanacak "Avukatlık Kanunu değişiklik tasarısı"nda temel sayılacağı pek tabiidir.

Raporumuzun (I) işaretli bölümü genel düşünceleri; (II) işaretli bölümü Türkiye Barolar Birliğinin ve Baroların "Bağımsızlığına ilişkin hükümleri" kapsamaktadır. (III) işaretli bölüm ise madde sıralarına göre tertiplenmiştir.

Genel Kurulumuzun çalışmalarının Raporumuzda gösterilen konulara indirgeli kalacağı düşünülemez. Ortaya atılacak yeni konuların bulunabileceğini öngörmekteyiz.

Raporda konular objektif ölçülerle yansıtılmış, bağlayıcı olmayan bir yöntem seçilmiştir. Bu biçimle delege meslekdaşlarımızın her konu hakkında kanılarını, değerli düşüncelerini açıklamaları olanağı sağlanmak istenilmiştir.

Raporumuzun hazırlanmasından evvel Kanunumuzdaki değişiklikler hakkında bütün Barolarımızın mütalâası rica edilmiş, gelen mütalâalardaki önerilerin rapora alınması mümkün olabilmiştir.

2-Mesleğimizin Geleceği:

Çeşitli kaynaklardan derlenen ve bilgilerinize sunulan değişiklik önerileri bu günkü metni esas tutmaktadır. Bununla beraber çağımızda "Avukatlık mesleğinin geleceği" üzerinde de dış ülkelerde bazı tartışmalara rastlanmaktadır. Bu tartışmaların yasal kurallara bağlandığı söylenemez. Fakat bu tartışmaların düşündürücü ve belki de üçüncü bir Avukatlık Kanununun hazırlanmasını fazla geciktirmemek gereğini ortaya koyabileceği düşüncesi ile Genel Kurulumuza -kısa da olsa- bu açıdan maruzatta bulunmak uygun görülmüştür.

Kanunumuza göre Avukatlık "kamu hizmeti" niteliğinde, "Serbest Meslekler"den biridir. Böyle olunca çağımızda serbest mesleklerin genel görünümü ve geleceği nedir? Bu konuda "Fransız Avukatları Millî Derneği" 7-9 Haziran 1973 tarihinde, diğer serbest meslek temsilcileri ile birlikte bir toplantı tertipledi. Aynı dernek 30, 31 Mayıs ve 1 Haziran 1974 tarihinde Marsilya'da 46.kongresini yaptı. Aşağıdaki bilgiler, bu toplantıların tutanaklarından derlenmiştir (Gazette du palais, 1973 n.360, 16 Temmuz 1974, n.195):

a-Serbest meslek ve teknik: Serbest meslekleri bağımsızlık temsil eder. Bu bağımsızlık aynı zamanda "hizmete amade olmaklık", "kamuya itimat telkin ederlik", "insanlık", "sır tutmak" gibi özellikleri kapsar. Çünkü bunlar ancak mesleğin "serbest meslek kalması" ile mümkündür.

Diğer taraftan "kamu faydası" iddiası ile müdahaleci bir tutum, mesleğin serbestliğini ve bağımsızlığını daraltmak eğilimindedir.

Bu genel görünüme bir unsur daha ilâve etmek gerekir: Teknik gelişmenin serbest mesleklere etkisi nedir? Örneğin bugünkü teknik, mimarlıkta "imkânsız" kelimesini hemen hemen kaldırmıştır. Bazı mesleklerde teknik ile mesleği ayırmak mümkün değildir. "Teknik,Tıp'a yardımcı mıdır?" sorusu anlamsızdır. "Teknik olmazsa, Tıp da yoktur", fakat teknik ilerlemekte, bunun sonucu bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. İnsanlık şimdiye kadar görülmemiş türde bir "tutsaklık tehlikesi" ile karşı karşıya mıdır? Sosyal ilimler, tekniği insanın emrinde tutmak için yeni kurallar getirmek zorunda değil midirler?

b-Sermaye ve Serbest Meslek: Serbest meslek-sermaye ilişkisi üzerinde durulmaktadır. Şikâyet konusu şudur: Sermaye, serbest mesleklerde yeni bir "yatırım alanı" görmeğe başlamıştır.

Yalnız sermaye sahibi olan kişilerin serbest meslek sahibi olanları bir girişim, bir kuruluş halinde toplanmalarında bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Meslekdaşlar arasında "gruplaşma"larda bile böyle bir sakınca görülebilir. Mesleğe sermayenin dıştan sızmasında ise mesleğin icrasında bağımsızlık ve bağımsızlığın sağladığı faydalar tehlikeye girer.

Sosyal açıdan serbest meslekler şöyle bir görünümde-dir: Bazı meslekler birbirine çok yakındır, örneğin bir kimseyi tedavi etmekle savunmak arasında yakınlık fazladır. Fakat bütün serbest mesleklerin ortak özü şudur: İnsana, onun isteğince, faydalı olmak. O halde bazı mesleklerin serbest oluşu kişilerin özgürlükleri ile ilgilidir. Devlet bu mesleklerden kişinin faydalanması olanaklarını arttırmakla görevlidir. Sağlık açısından güvenlik sistemleri, adalet açısından adli müzaheret ve benzeri tedbirleri böyle düşünmek lâzımdır. Bu müdahalenin akışında ferdin isteğini, tercih hakkını kaldırıcı tedbirler, mesleğin tabiatını değiştirecek, hatta "s e r b e s t m e s l e k"leri lüzumsuz hale getirecektir.

Serbest meslek, bugün tam bir "ç a l ı ş m a f e l s e f e - s i"dir. Bu felsefenin genel bir toplum görünümü yansıttığı görülür: Otomatik veya hayvansal düzen belki daha başarılıdır. Karıncaların, arıların yaşama düzeni bizi şaşırtır. Fakat bu düzende eksik olan, insanın vazgeçemeyeceği şu ayrıcalıktır: İnsanların kurduğu düzende "i n s a n ı n d e ğ e r i", "adalet fikri" esastır. Mesleğin kendi düzenini kendisi kurması, resmî düzen zorlanmasına, bu bakımdan, üstündür.

c-Meslek Kurallarının Birleştirilmesi: Meslek kurallarının birleştirilmesi: Serbest mesleklerin geleceği üzerinde düşünürken akla gelen soruların bir kaçı şunlardır: Her serbest meslekte "m e s l e k k u r a l l a r ı" tespit edilebilir mi? Bu kurallarda ortak nitelikte olanlar bütün meslekler için "genel kurallar" hâline getirilebilir mi? Bir serbest meslek deontolojisi kurmak mümkün değil midir? Serbest mesleklere Devletin müdahalesinin ölçüsü ne olmalıdır; Serbest meslekte alınan ücretler "kafa ürünü" olmasına, bunların, herhangi bir "irat" sayılması mümkün bulunmamasına nazaran, ayrı bir vergi sistemi ve oranına veya bazı muafliklara tâbi tutulması gerekmez mi? Buna mukabil "vergi ziyası" isnatlarını gidermek için meslekî kadro içinde tedbir alınabilir mi?

İş sahibinden alınacak ücretin ölçüsü ne olmalıdır-Kamu niteliğinde sayılan çeşitli kuruluşların kanunî statülerinde tek biçimlilik sağlanmaz mı? "Meslek alanında baskı gurupları" olabilmek için ne yapabiliriz? Mesleklerimize giren konularda alınacak kararlarda "resmen görevli" olabilmek için ne yapılabilir? Serbest mesleklerde haksız ithamlara fazlaca rastlanır. Kanunî takiplerde teşhiri önlemek için "takibe izin mercileri"nin ihdası veya mevcut olanların yetkilerini kullanmaları bir ölçüye bağlanamaz mı?

ç-Fikir İşçiliği: 1959 yılında "Fikir İşçileri Milletlerarası Konfederasyonu" fikir işçisini şöyle tanımladı: "Tamamiyle bağımsız, emir altında olmayan, serbest bir mesleği icra eden ve fikrî niteliği üstün, emeğini ve bilgilerini başkasının hizmetine arzeden kimse, fikir işçisidir".

Serbest mesleklerin geleceği her şeyden evvel Demokrasinin varlığına ve bu mesleklerin, demokrasilerin "Sosyal Devlet" kavramına doğru gelişmesine uyabilmek yeteneklerine bağlıdır.

Kişinin resmî merci veya memur sayılanlar dışında bazı meslek sahiplerine serbestçe başvurabilme haklarının tanınması Demokrasinin başta gelen koşullarından biridir. Jandarma-Devletten Sosyal Hukuk Devletine doğru gelişme, diğer bir deyimle "çok görevli Devlet" kavramının ortaya çıkması bu çeşit meslekleri daha da lüzumlu hale getirmiştir. Zira Devletin etkisi büyüdükçe, alanı genişledikçe ferdin korunması sorunu daha yoğunlaşmaktadır.

d-Avukatların Sosyal Sorumluluğu: Fransız avukatları milli derneğinin 46.Marsilya kongresinin genel teması "tehdit altında olan insanın Avukatına sığınması" deyimini ile özetlenebilir.

Avukat sosyal bir "sınıf"a mensuptur. Yetişme şekli, Fakültede aldığı kültürün, Roma Hukukundan gelen, çağlar boyu yapaylaşarak süren şartlanmanın dışında düşünöbilmek olanağı yitirilmek istenen avukatın yine de her toplumda "öncü" olabilmemesinin bir nedeni bulunmak gerekir. Bu neden avukatın "kendine sığınan insan"ın (ne yazıkki buna müşteri, müvekkil gibi adlar takılır) onun sorunlarının etkisi altında kalmamasını sağlayacak bir "tedbir" bulunmamış olmasındandır.

En kötü koşullarda, en ağır baskıların sürdürüldüğü dönemlerde "tehdit altında insan" istediğinde ve istediğini duyurabildiğinde, yanbaşıda "Avukat"ını bulabilmiştir. İşte bu, tarih boyunca hiç değişmeyen bir gerçektir, bir anlamı da bulunmak gerekir.

e-Bağımsızlık Kavramında Değişiklik İstekleri: "Avukatın Bağımsızlığı" kavramı günümüzde yerilmeğe başlanmıştır. Yerme nedenleri şöyledir:

aa.Avukatın Bağımsızlığı 19.yüzyılda ve 20.yüzyılın ilk bölümünde "kendini koruyucu bağımsızlık", diğer bir deyimle "zayıfların bağımsızlığı" anlamında benimsenmiştir. Böylesine bağımsızlık avukatı zamanının büyük sosyal ve siyasal akımları dışında kalmağa zorlamıştır. Fakat ikinci dünya harbi sonrası ekonomik ve sosyal yakıntılar "inzivaya çekilmiş olmanın bağımsızlığı" nı anlamsız kılmış, "avukatın bağımsızlığı" kavramının başkalaşması zorunlu hale gelmiştir. Artık kurallarla sınırlı "düşünsel inziva"ya dayanan bağımsızlığı -istesek de- sürdürmek elimizde değildir. "Tehdit altında insan" Avukatından yalnız hayatının, özgürlüğünün kurtarılmasını, menfaatinin korunmasını değil, "Kuramsal Adalet" ile çatışan fikirlerinde de avukatını yanında görmek istemektedir.

bb.19.ve kısmen 20.yüzyıl avukatlarına yapılan bu tenkitler haklı sayılamaz. Bu yüzyıllarda büyük olaylara karışan Avukatlar az değildir. Tarih boyunca gerçek Avukat, herçesit diktatörlükler tarafından bünyeleri dışına atılmıştır, çünkü avukatlığın şartları onlara uygun düşmemiştir. O halde toplumlarda Avukatlığın, -siyasal rejimler ne olursa olsun- bir başka "yeri" vardır.

Bağımsızlık kavramında değişiklik elbette olacaktır. Toplumda "sosyal adalet" fikri genişledikçe "Avukatın sosyal sorumluluğu" da bazı değişikliklere uğrayacaktır. Kuşkusuz 20.yüzyılın Avukatı 19.yüzyılın kuralları içinde görev yapamaz. Eski devirlerde mutlakiyet dönemlerinde fert biçimsel olarak daha az özgür, fakat gerçekte daha serbestti. Çünkü Devlet kuvvetlerinin topluma sızma ve yayılma olanakları yoktu.

Ulaşım ve diğer teknik gelişme sonunda Devlet gücü ve denetimi liberal demokrasilerde bile, mutlakiyet dönemlerindekiinden daha çok yaygın ve daha çok etkilidir. O halde yaşadığımız çağda fert, eskisinden fazla "t e h d i t a l t ı n d a i n s a n"dır. Avukatın sosyal sorumluluğu, görevi ve bağımsızlığı bu açıdan da incelenmelidir.

Bu düşüncelerin Avukatlığın yasal statüsü anlamında "Avukatlık Yasaları"na etkili olması gerekir.

II. BAROLAR BİRLİĞİNİN ve BAROLARIN BAĞIMSIZLIĞI

Kuşkusuz Avukatlık Kanununun değiştirilmesinde bağımsızlık ön plânda yer alacaktır. Bağımsızlığı (=kendi kendini yönetim) istemekteki amacımızı ve bu isteğin niteliğini açıklamamızın zaruri olduğuna inanmaktayız. Bir takım yanlış yorumların önlenmesi için isteğimizin niteliğini yansıtacak hukuki ve teknik temellerin açıklanmasının onun ne kadar haklı bir istek olduğunu göstermek bakımından faydalı olabileceğini tahmin etmekteyiz. Şöyleki:

1- Avukatlık Kanunu Barolara bağımsızlık tanımamıştır. Kanunun gerekçesinde şu satırlara rastlanmaktadır: "Barolar Birliğinin kurulmuş olması dahi, Adalet Bakanlığının Barolar ve Avukatlar üzerindeki yetkilerinin tamamen ortadan kalkmasını gerektirmeyecektir.... Anayasanın 122.maddesi muvacehesinde idarî hiyerarşiye tâbi olmaları tabii ve hattâ zaruri bulunan Türkiye Barolar Birliğinin ve Baroların Adalet Bakanlığı ile hiç bir ilgisi olmamasını düşünmek caiz değildir". Geçici Komisyon raporunda da "...idarî vesayet makamı olan Adalet Bakanlığının vesayet hakkının sınırlarında bir daraltma yapılmıştır" denilmektedir. O halde Barolar ve Türkiye Barolar Birliğinin yürütmenin "vesayet"i altında olduğu böylece ve resmen açıklanmıştır.

Kanunun gerekçesinde yazılanlar meselâ Odalar Birliğine Hükümetin müdahalesini belki izah edebilir. Fakat Barolar ve TBB sadece bir "meslek kuruluşu" değildir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. "İdarî hiyerarşi" kavramına verilen (!) anlam da isabetli olamamıştır.

Adalet Bakanlığının vesayetinin sınırlı olduğu iddiası ise doğru değildir, zira:

Baroya yazılma istemi kararına karşı itiraz üzerine TTB tarafından verilen kararın (8) stajiyer listesine yazılma istemi hakkın TBB.'nin itiraz üzerine verdiği kararın (20), cezaen levhadan silinme hakkında itiraz üzerine TBB.'nin verdiği kararın (74), disiplin kovuşturmasına yer olmadığına dair işlemin itiraz üzerine tasdikine dair kararın (142) ve TBB.Disiplin Kurulu kararlarının (157) Adalet Bakanlığınca onaylanmadan yürürlüğe girmesi (182) mümkün değildir. Bakanlık, onay mercii olarak verdiği kararların yerine getirilmemesi halinde Baro organının feshini Danıştaydan (77) isteyebilir.

Yönetmelikleri tekemmül ettirmek Baroların elinde değildir.

Vesavet altında Barolar çağdaş Baro anlayışına uygun düşmemektedir.

Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun 1955-1966 yılları arasında yaptığı toplantılara ait bilgiler bir kitap halinde yayınlandı (1966) bu kitapta:

"Barolar kendi üyelerini kabulde ve disiplin işlerinde bağımsız olmalıdırlar", "mesleğe ait hususların Barolara bırakılması gereklidir", "Baroların görevleri hukukçuların yetişmesinden başlar", "hukukun üstünlüğünü sağlamak hizmetinde başarı meslek teşekküllerinin özerk ve serbest olması ile mümkündür", (s.40-43).

Klecatsky "hukuk üstünlüğü" adlı makalesinde (Klecatsky (H.), (Réflexion sur la primauté du droit, Rev. de la com.inter. de juristes, 1963, n.2 s.215). Bu kavramın müteaddit unsurlardan kurulmuş olduğunu, bu unsurlar arasında önem farkı düşünülmesi gerektiğini, bunlardan birinin tehdit altına girmesinin bütünü etkileyeceğini bildirmiş ve hukukun üstünlüğü kavramının altı unsurdan kurulu olduğunu açıklamış ve bunları şöylece sıralamıştır: 1.Kuvvetler ayrılığı, 2.Hâkim bağımsızlığı, 3.Temel haklar, 4.İdarî tasarrufların kanuniliği, 5.Kanunların ve idarî tasarrufların bağımsız hâkimlerce denetlenmesi, 6."Hukuk üstünlüğü kavramını savunmaya kendini hasretmiş, yürütme karşısında bağımsız Baronun mevcudiyeti". Bu satırlar, Baroların bağımsızlığının çağdaş anlayışta hangi unsurlarla önemde eşit ve mevcudiyette zaruri sayıldığını açıkça göstermektedir.

İngiliz "Baro Genel Konseyi" (=General concil of the Bar) daha 1946 yılında bazı esaslar koydu. Bunların başlıcaları şunlardır: Baronun şerefini, itibarını ve bilhassa bağımsızlığını sağlamak, adli makamlarla ve Hükümet ile olan ilişkilerde Baroyu savunmak" (bk.Boulton, W.Des professions judiciaire et droit, le barreau d'Angleterre, Rev.de la com.inter.de juristes, 1957, n.1).

Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun 1959 toplantısı bir kitap halinde yayınlandı: (Commission internationale de juristes, le principe de la légalité dans une société libre, raport sur les travaux du congrés international de juristes tenu'a New Delhi, Janvier 1959, s. 303).

Bu kitapta -özetle- şu düşünceler yer almaktadır: Kanunilik prensibine bağlı özgür bir toplumda hâkimlerle Baronun görevi birbirine sıkıca bağlıdır. Gerçekten Avukatlığın "serbest meslek" olup olmadığı sorulabilir. Nasıl hâkimlik keyfilik değil ise, nasıl hâkimler bu anlamda bağımsız değil ise, Avukatlar da bağımsız değildir. Bu itibarla Barolar faaliyetlerinde yürütme müdahalesi dışında kalmalıdır.

2- Vesayet altında Baro Anayasamızın ruhuna uygun sayılamaz. Kuvvetler ayrılığı bir anayasal prensip olduğuna göre Baroları vesayet altında tutan bir sisten, dolayısıyla adliyeye de müdahale etmiş duruma girer. "Adliyenin bağımsızlığı" fiilen ve tamamen sağlanmış olmazsa "hâkimlerin bağımsızlığı" eksik kalmış demektir.

Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun Delhi toplantısına 53 ülkeye mensup hukukçular katıldı. Yayınlanan bildiri de şunlar yer almaktaydı: "Hukukun üstünlüğünün ve haklı bir adliye idaresinin kurulabilmesi için hâkimlerin ve Baroların bağımsızlığına ihtiyaç vardır". Delhi kararları bütün Devletlere resmen duyurulmuştur. O halde kanunumuzda "vesayet" hükümleri milletlerarası tutuma bilerek karşılanır.

Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun Atina Kongresi (1955) kararında aynen şu cümle yer alır "Bütün Dünyanın Avukatları mesleklerinin bağımsızlığını korumaya mecburdurlar". O halde biz de kanunumuzun gözetim (belki de bir anlamda dıştan gözetleme) hükümlerinden şikâyetçi durumda olmak zorundayız.

Alman Kanununda (§ 1) "Avukat adaletin tevziinde müstakil bir organdır" hükmü yer almaktadır.

Avukatın görevinde nazari olarak bağımsızlığı yeterli değildir. Avukat görevinde kendini gerçekten hür hissetmelidir (bk. La profession d'Avocat, Bulletin de la con.inter.de juristes, 1965, n.24, s.6). Avukatlık Kanununa göre (1/2) "Avukat, görevini yerine getirmede bağımsızdır". Fakat mensup olduğu ve kendisini destekleyecek ve koruyacak kuruluş bağlı ise Avukat böyle bir duygu içinde olacaktır.

"Vesayete muhalifim", "Anayasanın 122.maddesine göre Adalet Bakanının Baroları denetlenmesini kabul etmek münkür değildir" (Özden, Ekrem:İstanbul) "Adalet Bakanlığını. TBŞ.üstünde bir karar mercii haline getiren hükümlere muhalifim" (Betil, Zihni: Tokat)

Onbeş sene hizmet etmiş, şu kadar Baro temsilcisinin seçecekleri kuruluşun keyfî karar vermesi mümkün değildir. Kaldı ki: "...hiç bir müessese Türkiye'de keyfî karar veremez, bunu Anayasa önlemiştir" (Ülker, Reşit:İstanbul).

3- Avukatlık Kanununun isabetli hükümleri az değildir. Fakat Barolar ve özellikle TBB.'nin "vesayet" altında kabulü çağ dışı bir anlayıştır. Kanun mutlaka düzeltilmelidir. Bağımsızlık bir "ayrıcalık" sayılmaz, görev icabıdır.

Baroları vesayet altında tutmak, örtülü şekilde "savunma hakkı"nın sınırlandırılması isteğinden gelir. Savunmaya herhangi bir tehdit bu hakkın özü ile bağdaşamaz. Bu sebeple -iddialı bir görüşe nazaran- savunmayı Usul Kanununa bağlamanındahi bir tahdit olduğu ileri sürülmüştür (kşz.Funaro, G.la difesa del processo penale, Riv.Penale, 1955, s.807). "Savunma disiplini" çok kere savunma hakkının tahdidine götüren bahane -fikir- dir. Avukatlığın tarihi, usul hukukunun tarihidir. Usul hukuku doktrininde hiç bir yön değişikliği yoktur ki Avukatın görevine etkili olmasın (Bellavista, Lezioni..., 1960, s.195). Bu görev özgür kalabildikçe faydalı olabilmıştır. "Gerçekten müdafî, görevini yaparken hür ve serbest olmalıdır. Hür ve serbest olmayan bir müdafî, şeklen müdafî olup hakikatte müdafî değildir" (Kunter, N.Ceza Muhakemesi Hukuku, 1961, n.254).

4- Barolar Birliğinin ve Baroların bağımsız olamayacakları iddiası Anayasanın ruhu ile çelişmeli bir yoruma dayanmaktadır.

Bu hususta Geçici Komisyon Başkanının izahları şöyledir: "Anayasanın 120.maddesinde, özerk bir kuruluş olan Üniversitelerin kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yürütüleceği ve aynı zamanda denetleneceği hükmünün sevk edilmesi suretiyle, kendi kendini denetleme kavramının ancak özerk teşekkül için söz konusu olduğu ve 122.maddede buna muvazi bir hüküm sevk edilmediğine göre kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları bakımından merkezi idarenin denetleme hakkının mahfuz tutulduğu" (!).

Bu mütalâada özerklik ile bağımsızlık kavramları karıştırılmaktadır. Serbest meslek mensuplarının kuruluşlarında özerklik pek tabiidir, ayrıca tasrihine bu sebeple lüzum görülmemiştir.

Konu, "bağımsızlık"tır. Hâkimlerin bağımsızlığı ne ise Baroların ve Birliğin bağımsızlığı da odur. Baroların ve Birliğin görevlerinde bağımsız olmaları için Anayasada sarahate lüzum yoktur. O halde kanunun vesayet hükümleri, anayasal mesnedi olmayan bir müdahaleden başka bir şey değildir.

5- 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, Avukatlığı (kamu hizmeti ve serbest bir meslek) saymış, Baroların idaresinde Adalet Bakanlığının onaylanca ve denetimini hafifletmiş, Türkiye Barolar Birliğini kurmuş ve eskiden Adalet Bakanlığınca yürütülen bir çok iş ve işlemleri bu yeni kuruluşa bırakmış bulunmaktadır.

7 Temmuz 1969 gününden bu yana yapılan uygulama, Türkiye Barolarının ve Barolar Birliğinin, (kendi kendilerini yönetmede) yeterlice ulaşabildiklerini göstermiştir. Yargıya ilişkin meslek kuruluşu olan Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin (kendi işlerini yerinden idare) biçiminde Anayasanın gerekçesinde yer alan ilkeye ve demokratik usullere daha fazla yaklaşmak zorunlu hale gelmiştir.

İşte bu gerekçe ve görüşler altında düzenlenecek tasarıda 1136 sayılı Avukatlık Kanununun aşağıda belirtilen hükümlerinde değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

İlke olarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararlarının "kesin karar" olması kabul edilmeli, ancak, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararlarına karşı Adalet Bakanlığının ve ilgilinin Danıştay'a başvurma hakkı tanınmalıdır. Bu suretle Anayasanın öngördüğü (yargı denetimi) de sağlanmış olacaktır.

Görülüyorki öneri kolaylıkla gerçekleştirilebilecektir. Onaya bağlı karar sistemi terk edilmiş olacak, fakat Bakanlığın kararlarını Danıştay'da dava etmek yetkisinin Birliğe ve Barolara verilmesi yerine kararlarının kesin olması benimsenecektir. Fakat hiç bir zaman İdari Yargının etkisini inkar etmek gibi bir düşünceden hareket edilmiş değildir. Bu anlayış içinde Kanunumuzun 8, 20, 71, 74, 77, 95, 121, 142, 155. geçici 13.madde aşağıdaki gibi değiştirilmiş olacaktır.

III. MADDE SIRA NUMARALARINA GÖRE DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

Madde-2:

(Avukatlığın amacı)

a-Avukatlığın amacı "yargı organlarına yardım" etmek değildir. Avukat, "adaletin sağlanabilmesi açısından hukukun tam uygulanmasına çaba sarfeden kimsedir." Bu nedenle birinci cümlenin:

"Avukatlığın amacı, hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını yargı organlarının asli unsuru olarak sağlamaktır".

biçiminde olması gerekir.

b-Bu maddede de "Adli merciler ve diğer resmi daireler avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmakla yükümlüdürler" hükmü yer almakta ise de bunun gereğinin tam anlamı ile gerçekleştirilemediğini söylemek mümkün olamamaktadır. Bu nedenle bu hükmün açıklığa kavuşturulması gereklidir. Zira görevde "yardımcı olmak" vazih değildir. Bu nedenle maddenin sonuna "Adalete intikal etmiş konuda Avukattan evrak saklanamayacağı", "Avukatın ceza kovuşturmalarında -soruşturma hangi aşamada olursa olsun- müvekkili ile temas edebileceği", "sanığın avukatının önünde yapılmış olmayan ikrarının geçerli olmayacağı", "ceza davalarında müdafinin sorularını doğrudan doğruya sorabileceği", (veya müdafinin talebi halinde çapraz sorgu imkânının mutlaka tanınmış olacağı", "sanıkla avukatın görüşmesi sırasında herhangi bir memurun bulunamayacağı", "sanığın ve ya hükümlünün avukatı ile yazışmalarının tevkif veya cezaevi idaresinin sansüründen geçmeyeceği", "savunma görevinin itham ile aynı anda başlayacağı ve bu suretle başlayan görevin hertürlü icaplarına idarenin ve zabıt makamlarının hiçbir engel koyamayacağı" gibi açıklayıcı hükümlerin bu maddenin sonuna açık deyimlerle ve hüküm halinde eklenmesi zaruri görülmektedir. Hazırlık soruşturmasında müdafiiye karşı da dermeyan edilen aşırı gizlilik iddiasının hukuki mesnedi yoktur. Bununla beraber fiili bir dirençin bahis konusu olduğu da bir vakıdır. Bu nedenle ve özellikle hazırlık soruşturmasındaki bazı hakların (özellikle kanunun tanıdığı itiraz haklarının kullanılabilmesi) için "ithamın başladığı anda savunmanın başlayacağı tabii olduğundan müdafiiiler için hazırlık tevkifatının gizliliği iddiasının dermeyan edilemeyeceği"nin kuralleştirilmesi gereklidir.

Filhakika soruşturma'nın gizli tutulmasında zaruret görülebilir. Fakat bu gizlilik ithama kadardır. Bir kinse itham edilmiş ise artık gizlilikten söz edilemez. İthamı öne alıp gizliliği de sürdürmek suretiyle (diğer bir deyimle delilsiz ithamı gizlilik örtüsüne bürümekle) savunmayı etkisiz hale getirmek hukuk devleti kavramına uygun düşmez. Görülüyorki "ithamın başlamasıyla savunmanın da başlayacağı" kuralını benimsemekte isabet vardır. Fakat ithamın ne zaman başlamış sayılacağı'nın da açıkça belirtilmesi zaruridir. Örneğin "bir kinse tutuklanmış veya sanık sıfatı ile sorguya çekilmiş ise itham başlamıştır" yolunda bir kurala ihtiyaç vardır.

Ayrıca, "Adli merciler" terimi bütün yargı organlarını kapsamadığından bunun yerine "yargı organları" deyimini kullanılmalıdır.

c-Toplumun adaletten şikâyetçi olduğu açıkça bellidir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Bunlardan biri de münhal hâkimlikler, izinli, tedavide bulunan hâkimlerin yerine bakacak başka hâkim bulunmamasıdır. Usul Kanunlarının kabul ettiği bazı engellerle davaya bakabilecek hakimlerin bulunmaması da bir başka sebeptir. Memleketimizde savcının bulunmaması sebebi ile kamu davasının aylarca açılmadığına rastlanmaktadır. Hakkını almak için bin meşakkatle mahkemenin bulunduğu il merkezine veya ilçeye gelen; hâkini, savcıyı bulamadığı için geri dönen vatandaşların nasıl sızlandıklarını görüp de şaşkıncu bir umursamazlık içinde kalabilen sorunluların pek çok maddî olanaksızlıklardan söz ettikleri görülmektedir. Halbuki geçici tedbirlerle de olsa davaların duraklamasını önlemek mümkündür. Tedbirlerin geçici olması şarttır. Zira hiç kimse hâkimin yerini tutamaz.

Olanakları bizden daha bol ülkelerde bile "Hâkinsiz mahkeme" den şikâyetler olmuştur. Fransa'dan bir örnek verilebilir:

Fransa'da eğer bir mahkeme, bir üyenin bulunmaması yüzünden toplanamıyorsa Baroya kayıtlı bir avukat bu hizmete çağrılabilir. Hizmet geçici ve ücretsizdir. Bu hizmeti gören kişi avukatlık ünvanını muhafaza eder ve nemur sayılmaz. Bu suretle avukatların Ağır Ceza Heyetine ve İstinaf Mahkemesine katılması mümkündür. Bu usul Savcılığa da teşmil edilmiştir. Fransız Yargıtay'ı asıl görevlinin bulunmaması nedeninin hizmete çağırma kararında gösterilmemesini bozma sebebi saymıştır.

Böylece göreve çağrılmış avukat diğer hâkimlerin haklarına sahiptir, aynı şekilde sorumludur. Müzakere sırrı ile de bağlıdırlar.

Çağrıldığı halde heyete katılmayan avukat disiplin cezasına çarptırılır.

Göreve çağrılan avukat ayrıca yenin etmez, kendi meslek yeni ni yeterli sayılmıştır.

Aynı davada hâkimlik ve avukatlığın birleşemeyeceği tabiidir. Aksi takdirde heyet usulüne göre kurulmuş sayılır (Payen-Duveau, n.369).

Bu sistem mevzuatımıza yabancı sayılamaz. Hâkimlikten avukatlığa, belli bir süreden sonra avukatlıktan hâkimliğe geçişi mümkün gören kanunlarımız, sadece "Gecikmiş adalet"den kaçınma çaresi olan Fransız örneğini reddetmiş sayılamaz. Bunun bir kanun konusu olması tabiidir.

Bir sonuca varmak istersek şöyle düşünmeliyiz. Adalet kapısını açık tutan Devlet, içeri girince hâkimi, savcıyı bulamayanlar karşısında çok şey kaybeder. Uygur anlarda "Devlet" olmak kolay değildir.

Yukarıda gösterilen nedenlerle böylece geçici bir görevin avukatlara tevdi olanağının sağlanması yerinde olacaktır.

Madde-4 (Fıkra-1) :
(İstisnalar)

Maddenin 1.fıkrasında bulunan; (...kuruluşlarında avukat bulunan Bakanlıklar ve katma bütçe ile yönetilen genel müdürlükler hukuk müşavirliği görevlerinde...), ibaresi çıkarılmalıdır. Çünkü; Bakanlık ve Genel Müdürlükler Hukuk Müşavirliği, o idarenin iç işleriyle ilgili mütalâalar ile meşgul olup, yargı organlarındaki davaların kovuşturmasını yapmadıkları gibi bir avukat yanında staj yaparak bilgi ve tecrübe sahibi olmak imkânından da yoksundurlar.

Madde-8 :
(Karara itiraz)

a-Adayın Baroya kayıt isteninin reddi halinde Türkiye Barolar Birliğine itirazının Birlikce incelenmesi süresi olan bir aylık sürenin bazı olaylarda yeterli olmaması yüzünden isteğin reddi sonucunun ortaya çıkması sakıncalı görüldüğünden 8.maddenin 3.fıkrasındaki sürenin iki aya çıkarılması isabetli olacaktır.

b-Maddeye "Danıştay'da dava açılması halinde, dava sonucuna kadar hiç bir işlem yapılmaz" hükmünün ilâvesi gerekli görülmektedir. Bir fıkranın eklennesi de uygun olabilecektir: Danıştay'da dava açılmasına rağmen Avukatlığa başlayan ve sonradan davası reddedilen adayın özürülü bir halde avukatlık yapması/ⁿⁱengellemektedir.

Madde-9 :

(Ruhsatname)

4.Fıkradaki "bastırılır" sözcüğü yerine "düzenlenir" ve "bastırılır" denilmesi gerekir. Burada asıl amaç, bu ruhsatnamelerin hangi merci tarafından düzenleneceğidir. Ayrıca ruhsatnamelerin Baro Başkanından başka Türkiye Barolar Birliği Başkanlığınca da inzulânmasının ve Türkiye Barolar Birliği mührünü taşımasının tek biçimliliği daha iyi sağlayabileceği düşünülmektedir. Bununla beraber mer'i usulün daha isabetli olduğunu düşünenler de vardır.

Madde-12 (Bent-a) :

(Milletvekilliği, Senatörlük)

Bu maddede avukatlıkla birleşebilen işler gösterilmiştir. Bu madde 11.maddede yer alan "avukatlıkla nelerin birleşemeyeceği"ne ilişkin kuralın istisnaları gösterilmektedir. Bu bentler arasında özellikle Senato üyeliği ve Milletvekilliği ile avukatlığın bağdaşıp bağdaşamıyacağı konusu üzerinde durulmaktadır. Bu görevleri bağdaşmazlığa almak veya 2. fıkradaki sınırlamaları arttırmak veya olduğu gibi bırakmak yolunda önerilere rastlanmaktadır. Bu nedenle Genel Kurulunuzun bu konudaki eğiliminin bilinmesinde büyük faydalar vardır. Zira konu TBMM.nde incelenmektedir:

a-Anayasada açıkça gösterilen bağdaşmazlıklar dışarda kalanların saptanmasında objektif ölçülerin ne olabileceğini araştırmak, bundan sonra noticeye varmak gerekir.

Meclisler üyelerinin göreve devamını sağlamak veya benzeri ölçülerin "bağdaşmazlık" kavramı ile ilgisi yoktur. Bu ihtiyacı karşılayacak tedbirlerin başka nitelikte olmaları gerekir.

Bağdaşmazlık konusunda Anayasa Hukuku tenkinli hareketi gerektirir. Yasama görevini, dolaylı yoldan kısıtlamak için "yapay bağdaşmazlıklar" yaratmak, esas görevden uzaklaşılması ile sonuçlanabilir.

Örneğin bazı meslek mensuplarının yasanada görev almalari gibi bir isteğe alet olabilir. Bu nedenlerle sorunların Parlatenterlerin "Hukukî Statüsü" nün Anayasa hukuku içinde, çözümlenmesine dikkat edilmelidir. Parlamento üyeliği bir meslek değildir. "Siyasal Haklar"ın uygulamada devanıdır. Ancak bazı sınırlamalar haklı olabilir.

T.B.M.N.Üyelerinin devansızlığını önlemek için "çalışma yasağı" getirmek ayrı kalması gereken iki konuyu karıştırmak olur. Esasen devansızlığın müeyyidesi Anayasa'da (80) ayrıca gösterilmiştir. Örneğin Federal Almanya Anayasasında bağdaşmazlığa ilişkin hüküm yoktur. Üyeliğe seçilen serbest meslek sahibi kimseler mesleklerini icra edebilirler. Görevi aksatmalarını İçtüzükle sağlanmıştır. Alman Parlamento İçtüzüğüne göre (16) devana "üyelerin yükümlü olduğu" açıklanmış, bu hüküm yeterli görülmüştür. Finlandiya Anayasası (16) devansızlıkta, naaştan yoksunluk veya kesintiyi müeyyide olarak öngörmüştür.

Bağdaşmazlık kavramının hukukî bünyesine uygun iki ölçü düşünülebilir: Yasana-Yürütme ayrılığı ilkesini zedeleyecek halleri ve Parlatenterlerin meslekî faaliyetlerini sınırlanayı haklı kılan halleri saptamak.

b-Aşağıdaki öneriler, bu iki ölçünün uygulanmasından ibarettir:

Mukayeseli Hukuk; Diğer memleket Anayasalarını iki gurupta toplayabiliriz. Bir kısmı bağdaşmazlık konusuna hiç değinmemiş, (Almanya, İsveç gibi), bir kısmı ise bağdaşmazlıkları göstermeyi tercih etmişlerdir. Bağdaşmazlığa değinmemiş olanların bir kısmı da bu konuya meslek kanunlarına veya seçim kanunlarına bırakmışlardır. İtalyan Anayasası (65) "milletvekilliği ve senatörlüğe engel haller ve bağdaşmazlıklar kanunda gösterilir" denekle yetinmiş, 1953 tarihli bir kanun (yani 1947 Anayasasından altı sene sonra) engelleri ve bağdaşmazlıkları saptamıştır. Lüksemburg Anayasası (54) bağdaşmazlıkları saymış, bir sonraki maddesinde de (55) şu hükmü koymuştur: "Yukarıki maddede bağdaşmazlıkların gösterilmiş olması, gelecekte kanunla başkaca bağdaşmazlıkların kabulüne engel değildir".

Görüldüğü üzere "başka hiç bir işle meşgul olmanak" yolunda kesin bir yasaklanaya mukayeseli hukukta rastlanmamaktadır. Yalnız İsviçre Anayasasında (95-104) Federal Konsey (yedi kişidir) üyelerinin, "gerek konfederasyonda, gerek bir kantonda görev almayacakları, herhangi bir meslek icra edemeyecekleri"ne (97) değinilmiştir.

Anayasa: Anayasamız (78) T.B.M.M. üyeliği ile bağdaşmayacak işlerin bir kısmını saymış, sayılanlar dışındaki "görev ve işler" in kanunda gösterileceğini açıklamıştır.

-Sayılan İşler: Anayasanın saydığı bağdaşmazlıklar şunlardır: T.B.M.M. üveleri "Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda, Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya veya dolayısıyla katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda, kamu yararına çalışan derneklerden özel gelir kaynakları ve özel inkânları kanunla sağlanmış olanların yönetir kurullarında ve başka işlerinde görev alamazlar".

"Bunların herhangi bir yüklenmiş işini doğrudan doğruya veya dolayısıyla kabul edemezler".

T.B.M.M. üveleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onayına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilenezler".

Anayasamızın bu hükmü bağdaşmazlıkları sayma niteliğinde ise bu uygulamada farklı yorumları önleyebilecek açıklıkta değildir. Bu hükmün, amacı gözönünde tutularak uygulanmada "genişletici yorum" daha isabetli olacaktır. Yorum yeterli görülmezse özel kanunla açıklayıcı hükümler getirilebilir.

-Diğer Görev ve İşler: Anayasamızda "T.B.M.M. üyeliği ile bağdaşmayan diğer görev ve işler kanunla gösterilir" denilmiş olmasına nazaran, üyelerin "kanunla gösterilen görev ve işler" dışında kalanları yapabilecekleri kabul edilmiş denektir. Diğer bir deyişle türden yasaklara mümkün değildir.

O halde konu "diğer görev ve işler"i saptanaya indirgelidir.

c-Öneriler Şunlardır:

-Yasama - Yürütme ayrılığı ölçüsü: Bir anlayışa göre Milletvekili ve senatörlerin avukatlık yapamayacağı yolunda bir yasağın getirilmesi Anayasa ve Mukayeseli Hukuk açısından isabetli değildir. Ancak bazı hususların hazırlanacak kanunda açıklanması yerinde olacaktır.

-Yürütmenin verdiği görevler: Yürütme ile ilgili olan bütün görevlerin (440 sayılı Kanuna tâbi İktisadî Devlet Teşekkülleri, müesseseleri ve iştirakleri dahil) parlamento üyeliği ile bağdaşmayacağı zannındayız. Kuvvetlerin ayrılığının titizlikle muhafazası yerinde olur.

Lelçika Anayasasında (36) geniş yoruna elverişli şu hüküm mevcuttur: "Bakanlık hariç olmak üzere Hükümet tarafından atanılan ücretli herhangi bir görevin kabulü anında parlamentoda üyeliği sona erer". Fransa'da "Ekonomik Konsey"de (Plânlamaya benzer bir kuruluş) Parlamento üyeleri görev alaraz (1946 Anayasası, 24/2). Bazı kuruluşlarda, bazı dönemlerde görev birleşmesi memleketimizde bir çeşit "parti komiserliği" görünümünü kaydetmiştir.

-Yürütme dışında kalmak zorunluğu: Avukatlık Kanununda (12) üyelerin "Hazine'nin, belediye ve özel idarelerin il ve belediyelerin yönetir ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzelkişilerinin ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait şirket ve kuruluşların aleyhindeki dava ve işleri takip edemeyecekleri" açıklanmıştır. Üyelerin, sayılan müesseselerin yalnız aleyhlerine değil, onlar adına da görev almaları -yukarıdaki ilke gereğince- yerinde olacaktır. Kanunda böyle bir hükmün yer alması doğru olur. Her türlü siyasal kayırma görünümünü engellemekte, uzaklaştırmakta isabet vardır.

-Ceza Davaları: Ceza davaları açısından uygulamada mevcut bir tereddüt şöylece giderilmelidir: T.B.M.M. üyeleri Devletin maddî çıkarlarının bahis konusu olduğu ceza davalarında (zinnet, ihlâs, döviz, kaçakçılık suçları gibi) müdafilik görevi almalıdırlar. Fransız Seçim Kanununda (14) şu hüküm yer alır: "...Devlet malıyla ilgili olup haklarında cezai takibat yapılmakta olan suçların bahis konusu olduğu işlerde, Baroya kayıtlı bir avukat, milletvekili sıfatını haiz olunca, mesleğini, Yüce Divan dışında, ne doğrudan doğruya, ne de ortağı aracılığı ile icra edemezler". Bizim Anayasamız sisteminde göre "Yüce Divan" bakımından dahi bir istisna kabul edilmez. Zira Anayasamız (90) "Yüce Divana sevk kararı"nı T.B.M.M.'nin yetkisinde görmüştür.

ç-Parlamento üyelerinin meslekî faaliyetlerinde sınırlama: Meslekî kuruluş olarak bazı hususlara daha değinmek zorundayız:

-Çifte ünvan: Parlamento üyelerinin bazılarının avukatlık ünvanı ile "Milletvekili, Senatör" gibi ünvanları birlikte kullandıkları görülmektedir. Bu husus Avukatlık Kanununda sarıh bir hükümle (55) yasaklanmış olmasına rağmen fiilî durumun farklı olması nedeni ile "karne ünvan" kullanılmaması yasağının, hazırlanacağı bildirilen kanunda, Yüce Meclis üyeliği açısından da açıklanması isabetli olabilecektir.

"Avukatlıkla birleşebilen işler" arasında Parlamento üyeliğinin de sayılmış olmasından (A.K.12/a) milletvekilliği veya senatörlük ünvanının da kullanılabilceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Zira kanun avukatların "özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat ünvanı ile akademik ünvanlarından başka sıfat kullanmalarını" yasaklamıştır. (A.K.55. bk.neslek kuralları 7,8).

-Reklâm: "Reklam yasağı"na ilişkin bir hükmün de kanunda yer alması doğru olur (Kşz.Avukatlık K.55). Fransız Seçim Kanununda şu hüküm (150) yer almıştır: "Milletvekillerinin malî, sınaî veya ticarî işletmelere ilişkin bütün reklâmlarda ismini sıfatıyla birlikte kullanması veya kullandırılması yasaktır. Ticarî, sınaî veya malî gaye güden işletme veya şirketlerin kurucuları, müdürleri veya idarecileri, idare ettikleri veya kurmayı tasarladıkları işletme yararına yapılan reklâmlarda bir milletvekilinin ismini sıfatı ile birlikte kullanmaları ve kullandırmaları halinde bir aydan altı aya kadar hapis ve ... para cezası hükmolunur". Belçika Kanunu (6 Ağustos 1931) (3) bu yasağa riayet etmeyen kâr gayesi güden şirketlerin reklâm ve ilânlarında bu sıfatlarını zikreden matbaacıları dahi cezalandırmaktadır.

-Nüfuz Ticareti: "Milletvekili veya siyasi parti kademelerinde fiilî vazife almış olanlar" hakkındaki TCK.(278/2) hükmünün öngördüğü durumlar görüntüsünü verebilecek halleri bertaraf edecek sınırlamalar yerinde olacaktır. Ayrıca "iş takipçiliği", kavram olarak belirtilmeli (bk. Avukatlık K.35) ve yasaklanmalıdır.

-Ticarî İşler: Memleketinizde icrası özel bir kanunla düzenlenmiş serbest meslekler vardır. Bu mesleklerin belli bir disipline tâbi olmaları bazı sakıncalı davranışları önleyebilir. Fakat bazı alanlarda T.E.M.M.üyesi sıfatı kuşkulara sebep olabilmektedir. Ticaret bankalarında ve her türlü sermaye şirketlerinde yönetin kurulu başkan ve üyelikleri gibi görevlerde bağdaşmazlık getirilmelidir. Fransız Seçim Kanununda (146/2) "Kazanç gayesi güden şirketler" de görev almak yasağı yer almıştır. 5.2.1953 tarihli "Parlamento üyeliği ile bağdaşmayan haller" hakkındaki İtalyan Kanununda (5) kooperatifler hariç olmaz üzere "gayesi kâr temini olan bankalar ve şirketlerde görev" yasaklanmıştır. (bk.İtalyan Anayasası 65). Hiç bir "mesleki düzenleme" ve "meslek kuralları" bulunmayan ticaret veya taahhüt işlerinde sınırlamalar üzerinde durulmak gereklidir.

d-Bağdaşmazlık süresi: Mevzuatımızdaki asıl boşluk bazı görevlerden ayrıldıktan sonra T.L.M.H. üyeliğine seçilme olanağının bulunmuş olmasıdır. Bazı görevlerin ilerde üyeliği sağlayıcı şekilde kullanıldığı görülmüşünden uzak kalmak gerekir.

Bunun aksi de aynı derecede sakıncalıdır. Yasama Meclisi üyeliği veya Bakanlar Kurulu üyeliğinden sonra bazı görevlere geçilmesini önleyen hükümlere ihtiyaç vardır. Belçika Kanununda (4) şu hüküm yer alır: "Eski Bakanlar, Bakanlıkları sırasında kendi delâletleri ile Devlete işgörebileceği (cessionnaire de l'Etat) ilân edilen bir şirketin idare ve yönetiminde çalışamaz. Bu yasak Bakanlıktan çekilmeden itibaren beş sene devam eder. Yasanın riayetsizlik halinde 1.000 Frank'tan 10.000 Frank'a kadar para cezası hükmolunur". İtalyan Kanunu da (6) aynı esası ve süreci kabul etmiştir.

Seçilmene halinde bir göreve atanma olasılığının yasama-yürütme ilkesini zedeleyebileceği düşüncesi ile bu olasılığı bir süre için kaldıran yabancı kanunlar vardır. Belçika Kanununa göre (5) "Her iki Meclis üyeleri, üyelik sıfatlarının sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ücreti Devletçe ödenen hiç bir göreve atanamazlar".

e-Yabancı Hizmetler: Mevzuatımız yabancı kaynaklı menfaatlere karşı belli bir tutum içindedir (örneğin bk.TCK.127/5). Tüm den bilimsel çalışmalarını yansıtan yabancı kuruluşlar dışındakiler açısından bir düzenleme yararlı olabilir.

Fransız Seçim Kanununda (143) şu hüküm vardır: "Yabancı bir Devlet veya Milletlerarası bir kuruluş tarafından verilen ücretli görevler üyelikle bağdaşmaz."

f-Avukatlık Meslek Kuralları: "Bağdaşmazlık" ile "Meslekî Davranış Kuralları" (Meslek Kuralları) kavram olarak birbirlerinden ayrıdır. Fakat bazı hallerde birbirlerine etkili oldukları, "etkilerin sırayeti"ni önlemek ihtiyacının duyulduğu da bir vakiadır. Bu nedenlerle konuyu Meslek Kuralları açısından genişletmeyi, aşağıdaki mülâhazalardan isabetli görülenlerin tasarıda, uygun hükümler halinde yer almasını takdirlerinize arz ederiz.

-Parlamento üyeliği ile avukatlık genellikle diğer mesleklerde de birlikte yürütülen mesleklerden sayılırlar. Bunun nedeni değerli bir hukukçunun yasamaya etkili olmasında görülen kamusal faydadır. Bu düşünceye katılıyoruz.

Kanunî yasaklar dışında kalan bazı hallerde de dikkat edilecek hususlar yok değildir. Dunlardan bir kısmı Anayasa hukukundan gelir. Parlamento üyesi avukat, yasama, yürütme erklerinin ayrılığı kuralını zedeleyecek tutumlardan kaçınmak zorundadır.

-Bu konuda kanunda açıkça yazılanlar dışında bazı kayıtlar yabancı doktrinde önerilmektedir: Parlamento üyelerinin, hâkinlere kıyasla, kendi seçin çevrelerindeki mahkemelere girmeneleri gibi (Payen-Duveau, Les règles de la profession d'avocat, 1966).

-Paris Barosu Yönetmeliğine göre parlamento üyesi milletvekili avukatlık yapabilir, fakat avukatlık işleri ile parlamento üyeliği görevi arasında etkili olabilecek her davranıştan titizlikle kaçınmak zorundadır. Yine aynı yönetmeliğe göre (47/6) "Baro Başkanının özel bir izni olmaksızın, parlamento üyesi hiç bir avukat, teklif ettiği veya raporörlülüğünün yaptığı bir kanunun, cezaî veya hukukî alanda uygulanması veya yorumu ile ilgili dava alanaz". Bu konuda yazılmış eserlerde (Payen - Duveau, n.172) bu kural "tedbirli ve âkil bir kural" diye alınmaktadır. Kendisinin teklif ettiği kanun hakkında o parlamento üyesinin yapacağı yorum hâkin üzerinde, yargı dışı, bir etki doğurabilir. Baro Başkanı takdirini böyle bir etkinin muhtemel olup olmasına göre kullanır.

-Parlamento üyeliğinin, meslekî çalışmalarda ayrı bir dikkati gerektirdiği tabiidir. Zira "avukat, kanunun bulunduğu başka mevki ve olanakların meslekî çalışmalarına etkili olmasına dikkat eder." (Meslek Kuralları 9).

-Parlamento üyesi avukatların yapamayacakları işler kanunda gösterilmiş ise de, parlamentoda yapamayacakları işler hakkında nezuatınızda sarahat yoktur. Parlamantoya tevdi edilmiş, adli (kazaî) nitelikte hizmetler vardır (cezaların affı gibi). Bu açıdan Meslek Kurallarının 9 uncu maddesi uyarınca bazı boşluklar doldurulabilir.

-Konu "Avukatın Bağımsızlığı" açısından da incelenebilir. Meslek Kurallarında avukatın bağımsızlığı ilke olarak kabul edilmiş ve avukatın bu "bağımsızlığını zedeleyecek iş kabulünden kaçınmak" zorunda olduğuna işaret edilmiştir. (Meslek Kuralları 2).

Madde-14 :

(Bazı görevlerden ayrılanların Avukatlık edememe yasağı)

1- Bu maddenin getirdiği yasağın (14/1), sonradan ihdas edilen "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Üyeleri ve Kanun Sözcüleri, Askerî Hâkim ve Savcılar" ibarelerinin konulması suretiyle genişletilmesi gereklidir.

2-Maddeye yer alan "...hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde ...avukatlık yapmaları yasaktır", ibaresi uygulamada "...gördükleri işler"e kadar sınırlanmış, Danıştay'da aynı anlayış benimsenmiştir. Eski görevlinin aynı bölgede avukatlık etmesi pek çok sakıncalar doğurmakta, Barolarımızdan Birliğe intikâl ettirilen şikâyetler yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle yasağın "...hizmet görülen yargı bölgesi"ni kapsadığı açıkça gösterilmelidir.

Madde-15 :

(Staj)

1-Staj süresinin birbuçuk yıldan bir yıla indirilmesi bazı Barolarımızca önerilmiştir.

2-Nezdinde staj yapılabilecek "Mahkeme ve Adalet Daireleri" ibaresine "Yüksek Mahkemeler" in (örneğin, Danıştay, Askeri Yargıtay) de eklenmesi veya bunlardan bazılarının maddeye alınması isabetli görülebilir. Ayrıca Noterliklerde de staj önerilerine rastlanmaktadır.

3-"Stajiyerlerin yetiştirilmesi için Adalet Bakanlığı ve Barolar Birliğince üç senede bir defa müştereken hazırlanacak programlar uygulanır" hükmünün maddeye eklenmesi önerilmektedir.

Madde-24 :

(Staj raporları)

a-Yanında staj yapılan avukatın vereceği raporun "yaptırılar işleri, adayın mesleki ilgisini, ahlaki durumunu kapsaması, ayrıntılı olması yolunda maddenin son fıkrası hükmünün değiştirilmesi,

b-Maddeye "avukat, stajın verimli yapılmasını sağlamak zorundadır" hükmünün maddeye eklenmesi önerilmektedir.

Madde-27 :

(Stajiyerlere yardım)

Yürürlükteki kanunun 27.maddesi stajiyerlere yardımı sağlam esaslara bağlanmış değildir. Halbuki stajiyerlerin durumu gün geçtikçe ağırlığını duyuran bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır. Yürürlükteki metin stajiyerlere yardımı ihtiyari kılmış, Türkiye Barolar Birliğine de sadece yardımın esaslarını saptamak görevini vermiştir.

Yapılacak bir değişiklikle "stajiyerlerin maddi ve manevi yönden gelişmelerini sağlamanın Baro Yönetim Kurullarının görevleri arasında göstermek", "yardımı mecburi kılmak" gibi öneriler mevcuttur. Maddi yardımın yanında staj görülen avukat tarafından esgarisi belli bir ücrete bağlanması da düşünülmektedir. Öneriler arasında Devlet yardımı da vardır.

Madde-32 :

(Sınav)

1-Yılda beş defa -sınav tertibi- pek güç olmakta, sınavdan evvel yapılması gerekli yazışmalar, işlemler yetiştirilmektedir. Bir sınavı başaranca müteakip sınava hazırlanması için kâfi süre kalmamaktadır. Bu itibarla sınavın eğitim süreleriyle yılda üç defa yapılması maksadı daha iyi temin edebilecektir.

2-Sınav sorularının saptanmasında yol gösterici ölçülerin kanunda yer alması ihtiyacı duyulmaktadır. Bu nedenle maddeye üçüncü fıkra olarak (özellikle Anayasa Hukuku, Medeni Hukuk -Borçlar Hukuku dahil- Sosyal Güvenlik Hukuku, Ticaret Hukuku, Ceza Hukuku, Usul Hukukları, İcra İflas Hukukuna önem verileceği", "Avukatlık Kanunu", "Avukatlık Meslek Kuralları" hükümlerinin eksiksiz bilinmesini gerektirecek biçimde ve ayrıntılı bilgilerin edinildiğini ortaya koyacak nitelikte" sınavın gerçekleştirilmesi önerilmektedir. "Mülakat"ın, yazılı sınavın başarılı olması halinde de zorunlu sayılması da önerilmektedir. Ayrıca sınavın kaldırılması önerisi olduğu gibi sınavın bir aşama olduğu, genişletilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.

Madde-34 :

(Meslek Kuralları)

Bu maddeye "Meslek Kurallarına da uymak yükümlülüğü" eklenmesidir.

Madde-35 :

(Avukatlık işleri)

Mesleğimizde kazanç olanaklarının daraldığı açıkça bellidir. Özellikle bu durum yeni mesleğe girenler açısından ağır bir sorun halinde gözükmektedir. Filhakkın 35.maddenin ilk şekline avukatlara bazı olanaklar tanınmış idi. Fakat haksız da olsa bazı tepkiler karşısında bu hüküm değiştirildi. Bununla beraber avukatlığın bir ihtisas işi olmadığı söylenemez. Bu nedenle bazı işlerin avukat eliyle takip edilmesinde iş sahibinin ve adaletin faydası büyük olacaktır.

Yalnız açılan davalarla hakkın kaybolması önlenebilecektir. Bu sebeple "müdderibihi liraya aşan veya bu değerde bulunan dava layihalarının bir avukat tarafından imzalanmış olması ve liradan fazla olan davaların ise avukat eliyle yürütülmesi zorunludur" yolunda bir hükmün 35.maddede yer alması isabetli olacaktır.

Asliye Hukuk ve Ceza davalarında (genel olarak veya nüfusu belli bir sayının üstünde olan)merkezlerde "mecburi müdafilik" usulünün benimsenmesi de önerilmektedir.

Ayrıca: "her türlü ortaklık sözleşmeleri ile taşınmaz mal satış vaadi, evlat edinme sözleşmesi, vasiyetnamelerde avukat imzası bulunmadıkca bu belgeler Noterlerce düzenlenemez, onaylanamaz, Avukat imzası bu belgelerin geçerlik koşuludur", yolunda bir hükmün,

- "..... liradan fazla her türlü sözleşme"nin, Avukat imzası ile tasdikinin şart olduğu, yolunda bir hükmün maddeye eklenmesi önerilmektedir.

Maddenin ilk şekli Adalet Bakanlığınca düzenlenmişti. Sonradan yapılan itirazlarla bugünkü halini almıştır.

Kabul etmek gerekirken; madde, kişiler arasındaki anlaşmazlıkların nükün olduğu kadar avukat eliyle çözümlenmesi ilkesini zedelemiştir. Aslolan bu olduğuna göre maddenin bu ilke doğrultusunda düzenlenmesi gerekir.

Maddenin son kısmına, 1136 Sayılı Avukatlık Konunundan önce bazı Milletvekillerinin tekliflerinde yer alan hususlar konmalıdır. Şöyleki:

"Noterlerce düzenlenecek her türlü şirket mukavelelerinde, gayrimenkûl satış vaadi, evlat edinme ve miras mukaveleleriyle 50.000,- lira veya daha çok değere ilişkin hertürlü mukavele, borç senedi, taahhütname gibi hukukî işlemlerde bir avukatın imzasının bulunması şarttır. Avukatın imzası, bu işlemlerin geçerlilik şartıdır."

Madde-36 :

(Meslek sırrı)

Meslek sırrı açısından bu maddedeki hükmün yeterli olmadığı, özellikle görevden ayrılanların sırla bağlı kalmalarının gerektiği hakkında maddeye bazı hükümlerin eklenmesinde zaruret vardır. Meslek sırrı konusu kanunda daha etraflıca düzenlenmek ihtiyacını göstermektedir. Şöyleki:

Avukatlık Kanununun 36.maddesine göre "Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek Avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve Barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır".

Bu yasak hükmü, TCK.'nun 198.maddesinde yer alan "bir kinse.... sıfatı veya meslek ve san'atı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa etmek" hükmünün, meslek gereklerine uydurulmasından ibarettir. Avukatlık Kanununun 36.maddesi hükmünün müeyyidesi TCK.'nun 198.maddesindeki cezalardır.

Avukatlık sırrının tutulması görevi sır sahibinin değil, kamunun faydasına dayanır. Faki meslek mensuplarına başvurmadaki "zaruret" in karşılığı olarak kanunda "sır masuniyeti" kabul edilmiştir. Sırrın açıklanacağından korkmadan hastanın hekime, müvekkilin avukatına başvurmada "karu faydası" vardır.

a-Yasağın Süresi: Kanun "Avukatlar" dan, Barolar Birliği ve Baroların memurlarından bahsetmekte ise de TCK.hükmü "sıfat" ı esas tutmuştur. Bu itibarla "stajiyerler", "avukat kâtipleri" (A.K.45, 46), "dava vekilleri", "dava takipçileri" (A.K.geçici 17) de yasakla bağlıdırlar. "Arızı yardımcılar" ın meslek sırrı ile bağlı olmadıkları iddia olunmuştur. (Heim (W.), le secret médical dans le code pénal suisse (Lausanne, 1944), s.26, 60). Fakat şöyle düşünmek doğru olur: Eğer Avukat, yardımcısının sırda vakıf olmasını önleyemeyecek durumda ise, yardımcı da sır ile bağlı olmak durumundadır.

b-Sırrın Niteliği: Avukatlık Kanununun 36.maddesi netninde "öğrenilen hususlar" dan, maddenin başlığında ise "sır" dan bahsedilmektedir. Her halde "sır" olmayan bir hususun açıklanması yasak değildir, fakat bazı hallerde (A.K.110/3) "meslek gelenekleri" ne aykırılık görülebilir..

Bir hususun "Avukatlık sırrı" sayılabilmesi için Avukatlık mesleği dolayısıyla öğrenilmiş bir "sır" olması lâzımdır. Sır, gerçekten mevcut olmalıdır. Failin, uydurduğu bir hususu mesleği dolayısıyla öğrendiği bir sır olarak açığa vurnması, TCK.'nun 198.maddesindeki nüeyyidevi gerektirmez. Bir hususun "Avukatlık sırrı" sayılabilmesi için sır sahibi tarafından tevdi edilmiş olması da şart değildir, hatta ilgilisiböyle bir hususu bilmemiş de olabilir. Avukatlık Kanununda "tevdi edilen sır" ile "görev dolayısıyla öğrenilen sır" ayrı ifade olunmuştur.

Bir şeyin, açıklanması yasaklanmış Avukatlık sırrı sayılabilmesi için "ifşasında zararın melhuz bulunması" şart mıdır? Avukatlık Kanununda gösterilmiştir ise de, aksine sarahat bulunmaması sebebi ile, genel kural olan TCK.'nun 198.maddesi uyarınca bu şartı aramak gerekir. Fakat bu şart, zararın tahakkuk etmiş olmasını değil, zarar ihtiralinin ifade eder. Zarar, tahakkuk etmiş ise, şiddet sebebi sayılır (TCK.198/2).

Zararın, kişisel olması ile kanuva ilişkin olması, zararın, sırrın sahibinden gayrisine (meselâ sır sahibinin ölmüş olmasından dolayı mirasçılara) etkili olması arasında da fark yoktur.

Ancak nüvekkile ait sırrın yasağa giren "Avukatlık sırrı" olduğu iddia edilemez. Masrın, dava ile ilgisi olmayan bir sırrının öğrenilmesi halinde de yasak hükmü uygulanır. Parolar ve Parolar Birliği organlarındaki görevler sebebi ile öğrenilen ve Avukatın tamamile yabancı olduğu kinselere ait sırlar da "Avukatlık sırrı" sayılır.

c-Açığa vurnak: Avukatlık Kanunu sırrın açığa vurulmasını (=ifşasını) yasaklamıştır. Açığa vurnanın şekli kanunda gösterilmiştir değildir. İcabî hareketle (söylenecek gibi) selbî hareket (sırrı başkasının öğrenmesine kasıtlı müsamaha gibi) arasında fark yoktur (Manzini,IV, n. 1313). Herkesce bilinen bir husus "sır" değildir, fakat nüphen olan bir hususa kesinlik veren bir beyan "açığa vurna" sayılmalıdır. Bir şey bilenlerin adedinin çokluğu, onu sır olmaktan çıkarmaya yetmez. Nasıl bir "parola" çok kişi tarafından bilinmiş olmasına rağmen sır ise Avukatlık sırrının, o dava ile alâkalı pek çok kinselerce bilinmiş olması onu sır olmaktan çıkaramaz (Schaffner (H.A.), L'autorisation de révéler un secret professionnel -Lausanne,1952-, s.12). Alenilesen bir hususun sonradan, zaman geçmesile, sır haline gelebileceği ileri sürülmüştür (Chaffner, s.38)."Memnu hakların iadesi"nden, "adlî sicilden kaydın silinmesi"nden sonra ilgili Avukatın sırla bağlı olduğu düşünülmemektedir. /./.

Kendileri de meslek sırrı ile bağı olanlara, meslekî zaruretlerle, sırdan bahsetmek, onu açığa vurmak sayılmalıdır. Nasıl mütehas-sis hekimin ihtisas yapan hekimlere bir hastadan ve hastalıktan bahset-mesi sırrı açıklanmak sayılmazsa bir Avukatın da stajiyerlerine ve hatta hasır taraf Avukatına böyle bir konudan bahsetmesi yasağa aykırı sayıla-maz.

Sır sahibinin ölümü, sır bağıllığını kaldırmaz. Sırrın, miras-çılara karşı da tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır. Mirasçının, ölenin devanı olduğu, kanunun mirasçıya mirasın şerefini de savunmak hakkını ta-nıdığı (TCK.488) nazara alınarak sır üzerinde tasarruf hakkının mirasçı-ya geçtiği fikri çoğunlukla benimsenmiştir (Giafferi-Gibrie, s.24).

ç-Mesru sebeple açıklanmak: TCK.'nunda sırrın "meşru bir sebe-be müstenit olmaksızın ifşa"sı suç sayılmıştır. Böyle bir kayıt A.K.nun 36.naddesinde mevcut değildir. Fakat bu konuya hususî hükünde dokunulma-dığından "mazeret sebebi" Avukatlık Kanunu için de varit sayılmalıdır.

"Mesru sebep" deyimi, "haklı sebep" anlamındadır. Fakat her se-bebi haklı bulmak, Avukatlık sırrını ortadan kaldırmak olur. Bununla be-raber "zaruret hali"ne girebilecek (TCK.49/3) konularda sebep meşrudur. Bizzat kendisi ceza takibine maruz kalmış bir avukatın kendini savunabil-mesi için sırdan bahsetmek zaruretinde kalması halinde suç yoktur. Bunun-la beraber "yakın ve ruhakkak tehlike" kavramının her zaman gerçekleşeme-yeceği (Schaffner, s.40), dolayısıyla "zaruret hali" kavramının "meşru sebep" in yegâne ölçüsü olmayacağı fikrinde bulunanlar da vardır.

Diğer bir anlayışa göre Avukatlık sırrının "meşru müdafa" (TCK.49/2) şartları içinde açığa vurulması mümkündür. Meselâ "iftira"ya uğramış bir avukat, savunma zarureti ile sırrı açığa vurabilir. Fakat ak-sini düşünenlere göre böylesine olaylarda sırrın açığa vurulması, bir "savunma" değil, bir "karşılık" (mukabele)dir.

Ücretini veya yaptığı masrafları tahsil edebilme için Avukat meslek sırrını açığa vurmak sonucunu doğuracak işlemlerde bulunabilir mi? İtalyan Yarıntayı "tedavi ücretini ödeneyen hastayı dava eden ve bu su-retle hastalığı açıklayan hekimin meslek sırrını ihlâl etmiş sayılacağı"na karar vermiştir (İtalyan Yg.kararı (il foro italiano, 1916, XLI, s.1082 -bk.Heim, s.28, nt.1). Fakat bunun Avukatlık sırrı için ersal ola-mıyacağı zannındayız. Zira "ücret" özel bir olacaktır. "Avukatlık sırrı" ise mesleğin faydasıdır.

d-Sır sahibinin rızası: Sır sahibinin, sırrın açığa vurulmasını Avukatından istemesi veya buna rıza gösterdiğini bildirmesi halinde açığa vurmamak yasağa aykırı sayılacaktır. Sır sahibinin rızasının yeterli olduğunu kabul edenler çoğunlukta. Aksini düşünenlere göre meslek sırrının tutulması ne sahibinin, ne de sırla bağlı olanın menfaatinde, sırra bağlılığın esasında "sosyal fayda" vardır. Sır sahibinin rızasına rağmen, açıklanmasında "sosyal zaruret" mevcut olmakta devan edebilir. Kaldı ki, sır sahibinin rızası ile açıklananın rüknün olacağını kabul halinde, rızalı olmanın bir çeşit "zınnî ikrar" sayılması gibi bir sakınca doğrus olacaktır (Hein, s.90).

Yukarıdaki iki anlayıştan hangisinin Avukatlık Kanununda benimsenmiş olduğu anlaşılmalıdır. Fakat 36/2.maddede sır sahibinin muvafakatına rağmen tanıklıktan bile çekinmek hakkı Avukata tanınmış olmasına göre kanunumuzun ikinci anlayışı benimsediği neticesine varmak rüknündür.

e-Sübjektif unsur: Avukatlık sırrını açığa vurmamak "kasıt" lı (TCK.49) olursa "suç" değildir. Bu hususta "meslek kuralları" bir düzen getirmelidir. Bununla beraber meslek sırrının açığa vurulmasında "ihmal" ile "kasıt"ı birbirinden ayırmanın kolay olmadığı gerekçesile ihmalin dahi suç sayılmasını isteyenler vardır (Hein, s.73).

f-Tanıklıktan çekinme: A.K.'ne göre Avukatların "tanıklık edebilecekleri, iş sahibinin muvafakatını almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi Avukat tanıklık etmekten çekinebilir" Ceza Usulü Kanunundaki hüküm şudur: "Müdafilere, bu sıfatları... ile vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebilirler" (CMUF.48/1.) Bir taraftan meslek sırrının açığa vurulmasının suç sayılması, diğer taraftan tanıklıktan sebepsiz çekinmenin yasaklanmış bulunması çözümlü zor durumlar ortaya atabilir.

Bir anlayışa göre tanıklık herkes için genel bir "ödev" dir. Buna, meslek sırrı dolayısıyla bir istisna getirmenin doğru olmadığı, her ne kadar meslek sırrının korunmasında kamu faydası varsa da, bu faydanın adaletin gerçekleşmesinden de üstün olduğunun düşünüleneceği ileri sürülmektedir. Avukatlık kanunu bu anlayışı benimsenmiştir. Kanunumuz tanıklıktan çekinmeyi Avukata "hak" olarak tanımış, bunu kullanıp kullanmanın takdirini de kendisine bırakmıştır.

Mesleğin terki veya alâkalı kişinin Avukatlığından ayrılmak çekinme hakkını kaldırmaz. "Evvelden bir dâvada sanığın müdafii olan, hat- ta sanığın müdafii tâyin etmek niyeti ile kendisine müracaat eylediği kim- seler" de (kantar, s.76; bk.Cordero-F.-, Tre studi sulle prove penali -mi- lano, 1963- s.191), aynı durumdadır.

Ceza Usulü Kanunu ile Avukatlık Kanunu sır sahibinin rızası konusunda farklı hükümler kabul etmişlerdir. Ceza Usulü Kanununa göre A- vukat "sır sahibi muvafakat ederse şahitlikten çekinemez" (CMUK.48), Avu- katlık Kanununa göre Avukatların "tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin mu- vafakatını almalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi Avukat tanıklık et- mekten çekinebilir". Ceza Usulüne göre Avukatın tanıklık etmek veya etme- mek hususunu kendisinin takdir etmesi gereklidir, yalnız sır sahibi muva- fakat ederse tanıklık etmeğe mecburdur. Halbuki Avukatlık Kanununa göre Avukatın tanıklık edebilmesi her halde sır sahibinin muvafakatını gerek- tirir. Fakat sır sahibi muvafakat etse dahi Avukat tanıklığa mecbur de- ğildir. Avukatlık Kanunu "meslekî vicdan"ı esas tutmuştur.

Avukatın tanıklıktan çekinmesi bir "şüphe karinesi" doğurabi- lir. Amerikan Yüksek Mahkemesi şu kanıdadır: "Bir müdafinin şahadetten çeki- kinmesinden, nüvekkili aleyhine netice çıkarmağa mahkemenin hakkı yoktur. Aksinin kabulü, bir hakkın denetlenmesi sonucunu verir ve Anayasanın red ettiği engizisyon usulünü ihya etmek olur" (Cour suprême des Etats-unis -380 U.S.609-, bk.Revue de la commission internationale de juristes -1965, VI, n.2- s.3688). Bu anlayış kanunumuz bakımından da isabetlidir.

Maddeye Avukatların "görevleri nedeni ile aleyhlerine açılan davalarda savunma delili olarak gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri ib- raz edebilecekleri, Parolan veya Türkiye Parolar Birliğinden isteyebile- cikleri" hakkında bir hükmün eklenmesi önerilmektedir.

Herhalde avukatlık sırrı açısından açıklayıcı, daha ayrıntılı yasal hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Madde-37-38 :

(İşi reddetme hakkı)

Konu, oldukça önemli, çözümü güç sorunlar ortaya atmaktadır.

Kanunumuza (37) göre "Avukat, kendisine teklif olunan işi se- bep göstermeden red edebilir". Bunu takip eden maddede "reddi zorunlu iş- ler" gösterilmiş ve bunlar arasında Avukat "kendisine yapılan teklifi

haksız... görür yahut sonradan haksız olduğu kanaatine varırsa" işi red etmek zorunluğunda olduğunu açıklamıştır.

Kanunun bu hükmünü değerlendirebilmek, uygulamada takdirin ölçüsünü bulabilmek için bu kuralın tam karşıtını kabul eden İngiliz hukukuna değinmek faydalı olacaktır. Bu hususta Boulton (Boulton -W- Les professions judiciaires et le droit: Le barreau d'Angleterre et du pays de Galles -Rev.de la com.int.de juristes,1957,n.1- ss.127) şunları yazmaktadır:

İngiltere'de, işin güçlüğü ve gerçeklediği emekle orantılı ücret verildiği takdirde Avukat işi alnağa mecburdur. İngiliz hukukçusunun düşüncesine göre bu mecburiyetin haklı sebepleri vardır. Toplumun tepki gösterdiği davalar dahi müdafisiz kalmamalıdır. Eğer işi red hakkı tanınmış olursa görevden kaçabilmek için Avukata inkân tanınmış olur. İngiltere'de işi kabul mecburiyeti meslek kuralı olarak 1792 de hüviyet kazandı. O tarihlerde Tom Paine isimli bir kişi "insan hakları" isimli bir kitap yayınlamıştı. Bu kitapla Krala saygısızlık edildiği iddia olunuyordu. Sanığın savunması T.Erskine üstüne aldı, büyük baskılara maruz kaldı. Jüri önünde şunları söylemişti: "İngiliz Barosunun vakarı, bağımsızlığı olmadan, İngiliz Anayasasının en önemli bölümü olan Kralın adaleti de mevcut olamaz. Kral ile sanık arasına girip girmemek hakkı Avukata tanınmış olursa İngiltere'de hürriyetler tehlikede demektir. Eğer Avukat işi red ederse kendisini hâkim yerine koymuş olur, hükümden evvel, şöhret ve itibarı oranında sanık aleyhine (belki de hatalı) bir fikrin husulüne sebep olur".

1920 yılında İngiltere'de bir başka olaya daha rastlandı: Parlamento üyesi olan iki Avukat siyasî hasınları durumunda olan bazı kimselerin müdafiliğini kabul ettiler. Bilhassa basında tenkitlere uğradılar. Tenkit şöyle idi: Avukat işi red edemez. Bu bir meslek kuralıdır. Fakat Parlamento üyesinin Devlete karşı da görevi vardır. Siyasî hasmının müdafiliğini alan kinse Parlamento üyeliğinin icap ettirdiği ve kendi seçmenlerine ve vatandaşlara karşı görevini yerine getiremez. Bu tenkitlere rağmen İngiliz Barosu ilgilinin Baroya mensup olduğu sürece meslek kuralının daha üstün sayılacağını, zira meslek kuralının adalet hizmeti niteliğinde olduğu kanaatini muhafaza etti.

İkinci Dünya Harbinde, Halk nazarında büyük nefret toplayan casusluk ve beşincikol mensuplarının savunmasını İngiliz Avukatları yapabilmışlardır.

Amerikan tatbikatı, İngiltere'den ayrılmıştır. Amerikan Avukatlarının işi kabul veya red hakları vardır. Fransız, Alman tatbikatı da böyledir. Alman Kanununa göre (§44) işi kabul etmek istemeyen Avukat "ademi kabulünü derhal beyan etmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu beyanın kusurlu gecikmesinden doğan zararı tazmin ile mükelleftir".

Görülüyor ki İngiliz teamül hukuku hariç diğer menleketlerin heron hepsinde işi red hakkı Avukatlara tanınmıştır. Bu sebeple kanunumuzun genel anlayışa uygun olduğu söylenebilir. Fakat İngiliz meslek kuralının doğru gözükken yönleri yok değildir. Kanunumuzun "sebep göstermemek" "iş başından haksız görmek", "sonradan haksız görmek" ibarelerini bu açıdan, meslek şuuru içinde bir takdire bağlamak zorunluğu vardır.

Bu konuda Genel Kurulumuzun bir eğilimi ortaya çıkarsa tasarının hazırlanmasında değerlendirilecektir.

"Bilirkişi olarak rapor düzenlemiş olmak halinin de işi red etme sebepleri arasında gösterilmesi" önerilmektedir.

Madde-38 :

(Bağdaşmazlık)

Birliğimize intikal eden bazı bilgilerden menfaati zıt kişilerin savunmasını deruhte etmekten gelen çeşitli şikâyetlerden, mesleğe gölge düşüren davranışlar kaydedilmiştir. Bu nedenle Kanunumuzun 38/b. maddesi üzerinde Genel kurulumuzun tevakkuf etmesi, gerekli görürse talimatını esirgemesini niyaz etmekteyiz, şöyleki:

Coza Usulü Kanununun 142.maddesine göre "birden fazla maznunların menfaatleri birbirine uygun ise hepsinin müdafaası bir müdafie tevdi olunabilir". Bu hüküm resen seçilen müdafileri de kapsar.

Lir sanığın dilediği adette müdafii tutabileceği kuraldır. Usul Kanununun 136.maddesine göre sanık "bir veya birden ziyade müdafiiin yardımına müracaat edebilir". Fakat aynı müdafiiin birden ziyade sanığın savunmasını alabileceğine ilişkin böylesine açık bir hüküm yoktur.

Kanunun 142.maddesinin lâfzına nazaran her sanığın bir müdafii olabileceği, savunmanın aynı müdafide birleşmesi için "menfaat uygunluğu" şartının aranması gerektiği anlamı çıkmaktadır.

Bağdaşmazlık sebebi, sanıklar bakımından "menfaat zıtlığı" mıdır? Kanunda sanıkların "menfaatleri birbirine uygun ise" aynı müdafii görev alabileceği zikredilmektedir. Kanun müşterek müdafilik için "müsbet şart" olarak "menfaat uygunluğu"nu aramış gibidir. Buna mukabil Mevaz kanunda (§146) kullanılan ve "savunma menfaati çatışmıyorsa" anlamına gelen deyim "savunma icaplarına aykırı bulunmamak", "müdafaa vazifesine aykırı düşmemek" şeklinde anlaşılmaktadır (Ek.Kantar -Üsul,1.122; Schwarz-Taşkın, § 146; Daguin-Arıkın, Ankara,151). "Menfaat zıtlığı" kavramı ise değişik anlamdadır. Birbirine zıt menfaatler, birbirine uygun değildir. Bu sebeple iki sanıktan biri suçu kendisinin değil diğerinin işlediğini iddia suretiyle "aftı cürüm"de bulunuyorsa menfaatler zıt demektir. "Aftı cürüm varsa ayrı müdafii lâzındır" (4.CD.11.3.930, K.1161 -bk.Perinçek-Tüzün CMUK,Ankara 1954, m.146,nt,1). Fakat birbirine zıt olmayan menfaatler her zaman birbirine uygun sayılamaz. İki sanıktan birinin suçunu ikrar etmesi ve ikrarında suçu diğer sanık ile beraber işlediklerini bildirmesi halinde menfaatlerde zıtlık yoktur. Fakat bu iki sanığı birlikte savunma zorluğu açıkça görülür. Bu durum karşısında kanunun kullandığı "menfaat uygunluğu" deyimini -Mevaz kanununda olduğu gibi- "savunma icapları" ile takdir etmek lâzındır. Kanunun değiştirilmesi halinde en isabetli deyim "savunmalarda bağdaşmazlık" olacaktır (bk.Carnelutti -Lezioni...- II,s.172), bu terim "menfaat uygunluğu", "menfaat çatışması" gibi deyimlerden daha isabetli konunun gerçek anlamını yansıtmaktadır. Esasen "menfaat" kelimesi bu konuda eksik anlamlıdır.

Eski Avukatlık Kanunu (n.27) "aynı işte menfaati zıt" tarafların müdafiliğinin alınmayacağını bildirmekteydi. Bu ifadenin dahi -ceza dâvalarında- isabetli olduğu söylenemez.

Bağdaşmazlığın ölçüsü şu olmalıdır: Mantık kurallarınca çözümlenen sanıklardan birinin savunmasının doğru olarak kabulü diğerinin reddini gerektiriyorsa bağdaşmazlık vardır (bk.Carnelutti -Lezioni...- II,s.172).

Bağdaşmazlığı kim takdir edecektir? Birden ziyade sanığın savunmasını alan müdafinin bağdaşmazlığı evvelâ kendi "neslekî vicdan"ına göre teerrül etmesi gerekir. Fakat bunun sadece müdafie ait yetki olduğu sanılmamalıdır. Bağdaşmazlık bulunup bulunmadığına talep üzerine veya resen mahkenece de karar verilebilir. Yalnız mahkemenin bu kararının tercih edilecek sanığı da tâyin şeklinde veya savunmaya baskı anlarına gelecek tarzda olmaması lâzımdır. Mahkemenin bağdaşmazlık hakkındaki kararına "itiraz" münkündür (Schwarz-Taşkın, § 146). Herne kadar bu karar bir "mahkeme kararı" ise de -bir bakıma- "üçüncü şahıslara taallük eden karar"lardandır (CMUK.298/2).

Bağdaşmazlık sonradan hasıl olursa müdafinin sanıklardan birini tercih suretile göreve devam etmesi tathikatta münkün görülmektedir. Her iki sanığın isnadı red şeklinde olan ifadelerinden dönerek "aftı cürün"e başlanmaları halinde bağdaşmazlık sonradan hasıl olmuştur. Müdafinin için tercih zaruri hale gelir. Fakat böyle hallerde terk edilen ile tercih edilen sanık arasında "tercih sebebi" düşündürücüdür. Ayrıca o ana kadar müdafie intikal etmiş "neslek sırları" bakımından güç durumlar hasıl olabilir. Sonradan husule gelen bağdaşmazlıkta dahi müdafinin tanamıyla çekilmesi "neslek kuralları"na daha uygun olacaktır.

İtalyan Ceza Usulü Kanununda, Kanunumuz hükmüne benzer bir hükme rastlanmaktadır: İtalyan Usul Kanununa (n.133) göre "eğer bağdaşmazlık yoksa birden ziyade sanığın savunması müşterek bir müdafie tevdi edilebilir". Aynı kanuna göre (n.133) bağdaşmazlık iddiasını bunda menfaati olanın, öğrendiğinde dermeyan etmesi ve her halde bu iddiasını usul ruamelelerini talik etneksizin yeni müdafinin takibine elverişli zaman içinde ileri sürülmesi lâzımdır. Aksi takdirde kanun yolunda bunu bir bozma veya itiraz sebebi olarak kullanamaz.

İtalyan Anayasa Mahkemesi zamanında dermeyan edilmeyen bağdaşmazlık iddiasının kanun yolunda da artık ileri sürüleceği yolundaki kanun hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur, gösterilen sebep şudur: "Menfaat çatışması savunmayı kötürünleştirir ve bağdaşmazlığı, sanığın yardımından mahrumiyetine inkılâp ettirir".

Bu hüküm ahval ve şeraitte göre, bilhassa borçlu olunan meblâğın pek küçük olması dolayısıyla dosyaları ve kâğıtları elde tutmanın iyi niyete aykırı olduğu hallerde uygulanmaz". Görülüyorki bu kanun dahi ifratı korunmadığını açıkca ifade etmektedir.

b-Hapis hakkını red eden sisten: Belçika Avukatları bir geleneksel kuraldan istifade ederler. Bir evrakın kendilerine tevdi edildiği veya edilmediği, iade edildiği hususlarında avukatın beyanı esas tutulur. Buna mukabil avukatın evrakı hapis hakkı yoktur. Vekâlet ücretini almanın, olsa dahi, gecikmeden evrakı iadeye mecburdur (Nyssens, A.introduction à la vie du Barreau, Bruxelles, 1956, s.28. n.36).

c-Hapis hakkını daraltarak kabul eden sisten: Buna İtalyan Avukatlık Kanunu misal gösterilebilir. İtalyan MK.nun 2235.maddesi şu hükümü koymuştur: "Hizmet yükümlüsü, meslekî kanunlarına göre bizzat kendi haklarının hinayesi için gereken süre dışında, almış olduğu vesika ve şeyleri elinde tutamaz." Görülüyorki MK. meslek kanununa atıfta bulunmaktadır. İtalyan Avukatlık Kanununun 66.maddesindeki hüküm şöyledir: "Avukatlar, kendilerince ödenen masrafların iade edilmemesi yahut kendilerine karşı mecbur olunan haklar ve ücretlerin ödennememesi nedeniyle müşteriden alınan evrak ve dava belgelerini ellerinde tutamazlar. İlgilinin müracaatı üzerine yönetin kurulu, avukata, vesika ve ruamelelerin makamına teslimini eureder. Ve ihtilâfın dostlukla çözümü konusunda hizmet eder. Uzlaşma olduğu takdirde hüküm ve neticeleri yönünden kesin hüküm değerindeki tutanağa geçirilir. Uzlaşma tutanağı, mahallî mahkeme kalemine teslim olunur ve talep halinde bir sureti verilir".

İtalyan Yargıtayı şöyle bir karar vermiştir: "Kendisinden vekâletinin alındığı Baroya kayıtlı meslek mensubu, yönetin kuruluna itirazda bulunmasa bile, ücretlerin eksik ödendiği gerekçesile dâva dosyası ve müşterinin vesikalarını elinde tutamaz, fakat bir başka ruamele için bunlardan yararlanabilir" (Cass.20 apr.1943, in Foro it.1,727).

İtalyan tatbikatı hakkında şu bilgiler verilmiştir: "Müdafi, vekâletinin yerine getirilmesi amacıyla müşteri tarafından kendisine teslim edilen vesika ve şeyleri elinde tutamaz. Hapis hakkı yasağı, masraflarının ödennememiş veya ücreti kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş olduğu hallerde de geçerlidir.

Avukat, meslekî kanun hükümlerinin öngördüğü biçimde ancak kendi haklarını himaye amacıyla ve fakat yalnız amacın sıkı sıkıya gerektirdiği bir süre için ilgili vesika ve şeyleri elinde tutabilir". (Vigorita-Jorio, Codice delle professioni forensi, Napoli, 1961, s.19).

Yukarıda özetlenen sistenlere göre kanununuzun kabul ettiği hüküm oldukça geniştir.

2)Hapis hakkına ilişkin hükmün gelişini: Yürürlükteki hüküm, evvelki kanundakinden farklı değildir.

a-Evvelki kanun: Eski kanunun 28/2.maddesindeki hüküm suçur: "Avukat ücreti ödenmedikçe, evrakı iadeye mecbur değildir".

b-Yeni kanun: 1136 Sayılı Kanunun Tasarısında (n.42) hüküm şöyle idi: "Avukat, ücreti veya yapmış olduğu masraflar kendisine ödenceye kadar, evrakı müvekkiline geri vermiyebilir". Kanunun gerekçesinde bu maddenin "Mer'i kanundakinin tekrarından ibaret olduğu, yeni hüküm getirmediği" bildirilmiştir. Geçici Komisyonun raporunda sadece şu kayıtlar yer almaktadır: "Son fıkraya, avukatlık ücreti ile aynı nitelikte bulunan (avukatın ücreti ve yapmış olduğu giderleri) ibaresi ithal edilmiştir". Madde genel kurulda okunmuş, tartışmasız kabul edilmiştir.

3)Hapis hakkının analizi: Bu şekilde nizarlanan bir hakka tam anlamı ile "hapis hakkı" demekle tereddüt edilebilir. Evrakın paraya çevrilmesi mümkün değildir. (kşz.MK.865, 867). O halde bu hakkın bir zorlama tedbiri sayılması mümkündür. Bu hakka "eksik hapis hakkı" adı da verilmektedir. (Cansel, E.Türk Hukukunda hapis hakkı, Ankara, 1961, s.153).

Bir anlayışa göre "paraya çevirme selâhiyeti vermemesi hariç tutulursa, bu hapis hakkında da MK.864/1 in aradığı bütün şartların tahakkuk etmesi lâzımdır". "Bu şartları haiz olarak hapis hakkı doğduğu anda üçüncü şahıslara karşı da kabili dermeyandır" (Aynı eser, s.153).

Eğer bahis konusu hapis hakkı için de "hapis hakkının genel koşulları" aranacak olursa, sonuçta bu hak bazı sınırlanmalara bağlanacaktır, örneğin: avukatın alacağı için "muacceliyet şartı" aranacaktır (ME.864).

Hapis hakkı yalnız "avukatlık ücreti"ni değil, avukat tarafından yapılan masrafları da kapsar. Ücret deyinine, anlaşma yoksa, "asgarî tarife ücreti" de dahildir.

Her ne kadar kanunda vekâlet ücreti ve yapılan giderlerden bahsedilmekte ise de avukatın "vekâleti ifa dolayısıyla uğranmış olduğu zarar ve ziyan" dahi hapis hakkına girer (BK.394).

4)Sonuç: Avukatlık Kanunu oldukça geniş bir "hapis hakkı" kabul etmiş olmasına rağmen bu konuda, yukarıda işaret edilen açıklanalar ve rukayeseli hukuk, avukatın bu hakkını neslekî vakar açısından hangi ölçülere göre kullanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Madde-41 :

(Avukatın vekaletten çekilmesi)

Avukatın vekâletten çekildiğini bildirirken hangi adresi seçeceği hususundaki tereddütleri gidermek için "vekâlette gösterilen veya vekâletnameden sonra avukata yazı ile bildirilmiş olan adrese..." kaydının ilâvesi faydalı görülmektedir.

Madde-44 :

(Ortak Avukat Bürosu)

Bu müessese (veya cevaz) 1136 sayılı kanunla uygulamaya girmiştir. Kanun, fiilen meydana gelen bu tür "birlikte çalışma"yı düzenlemek istemiş, fakat yeteri kadar örnek olmaması nedeni ile -yabancı Avukatlık kanunlarına kıyasla- çekingen bazı hükümlerle yetinmediği tercih etmiştir. Mesleğinizin geleceği açısından "Ortak Büro" kavramına karşı Genel Kurulumuzun eğilimi saptamak ve maddenin değiştirilmesi açısından ona göre bir davranışı tercih etmek gerekir.

Kanunumuzun ortak büro (n.44) hakkındaki hükmü nasıl yorumlanacaktır? Konu konuya demokratik esaslarda benzer sistemlerle değil, zıt sistemlerdeki durumu incelenek ile başlanak doğru olur. Polonya Kanununa göre (n.4) Avukatlık mesleği kollektif çalışma esasına dayanır. Adliye Nazırı, kollektif büroların adedini ve menkukat içinde dağılışını ve her büroya bağlı olacak Avukatların asgari ve âzami haddini, tâyin eder. Bu bürolar teşekkül ettikleri şehrin adını alırlar, aynı şehirde birden fazla iseler, numaraları vardır. Her büronun bir başkanı ve bir de yardımcısı bulunur. Bunlar vazifelerini ihmal ederlerse veya kamu faydası gerekli kılıyorsa her zaman değiştirilebilir. İş sahipleri ile sadece büronun başkanı tenas eder. Vekâlet ücretleri büro hesabına ödenir. Avukatlar maaş alırlar. Her büronun bir genel kurulu bulunur.

Bu kurul kendi üyelerinin ve stajiyerlerinin meslekî, ahlâki ve sosyal vasıflarını, inceler, karara bağlar (bk. Bulletin de la com.inter.de juristes, 1964, n.19, ss.19). Görülüyorki ortak büro teşkilâtı "kamu faydası" adına, yürütmenin Avukatlık mesleğine müdahalesine vasıta olmaktadır.

Yukarıdaki esaslar Sovyet Rusya ve bazı değişikliklerle komünist Çin Baro Teşkilâtını da aksettirmektedir (Çin'de Avukatlık için bk. Sao-Tchouan leng, le barreau dans le republique populaire de chine- Rev.inter. de la com.de juristes, 1, 962, n.1-ss.37).

Bununla beraber "ortak büro" sadece bir rejim zorunluğu değildir. Fek çok demokratik ülkede ortak büro usulü kabul edilmiştir.

Bu sistemin tam aksine özellikle İngiltere'de rastlanmaktadır. İngiltere'de Avukatlar hiç bir ortaklık kuramazlar. İngiliz Avukatları ortak büronun şahsiyeti ve sorunu dağıtacağı, iş sahibinin ferden tercih inkânını kaldıracağı kanaatindedirler. "Avukatın ortağı" (!) anlamsız veya sakıncalı bir kavramdır. Avukat iş sahibi ile ücret hususunda koruşamaz. Bu işi her Avukatın sekreteri yapmaktadır (Boulton -W.-; Les professions judiciaires et le droit: Le barreau d'Angleterre (Rev.de la com.inter.de juristes,1957, n.1.) s.125).

Bu iki zıt sistemin karşısında konumuzun hükmünü değerlendirmek lâzımdır. Avukatlık Kanununun 44.maddesinde: "Birden çok Avukat, çalışmalarını bir -ortak avukat bürosu- şeklinde birleştirebilir. Bu halde birlikte çalışan Avukatlardan birinin veya bir kaçının söz ve soyadlarının yanında (ortak avukat bürosu) ibaresi kullanılabilir". Kanunun gerekçesinde "madde açıklama yapmayı gerektirmeyecek açıklıktadır" denilmekle yetinilmiştir. Geçici Komisyon Gerekçesinde de "birden fazla avukatın çalışmalarını ortaklık şeklinde birleştirebilecekleri" açıklanmıştır. Kanunun bu hükmü mesleğe herhangi bir müdahale inkânını vermemektedir. Bu açıdan sakıncalı değildir. 38/f.madde ki "Avukatın ortağı" deyini de 44.madde anlamında kabul edilmiştir. Fakat ortak büro yoluyla müvekkilin Avukatını seçme serbestisinin sınırlandırılması olması mümkündür. Çok tanınmış bir Avukatın isminin kullanılması ile "reklâm yasağı" (A.K.55) ihlâl edilmiş olabilir. Ortak büro mensup Avukatların âzemi adedi konusunda gösterilmemiştir. Adetce mübalağalı ortaklıkların sakıncalar doğurması mümkündür. Türkiye Barolar Birliğinin bu madenin uygulanmasında bazı meslek kuralları vaz'etmesine ihtivaç duyulabilecektir. "Vergi mükellefi" olarak ortak bürolara "tüzel kişilik" tanınması da önerilmektedir.

Madde-46 :

(Evrakı inceleme hakkı)

1-"Evrakı incelemek hakkı" özellikle ceza kovuşturmalarında önem kazanmakta, şikâyetler bu konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ceza Usulü Kanununa göre (CMUK.143) son soruşturma döneminde evrakın incelenmesi tünden sebesttir. Bu safha açısından büyük şikâyetler yoktur. Bundan evvelki dönemde ise: (a) soruşturmanın gayesine hâlel vermeyeceği anlaşılırsa müdafinin evrakı tetkik etmesine müsaade olunacaktır. O halde müsaade şartına bağlı bir inceleme hakkı tanınmıştır. Fakat (b) sanığın sorgusunu ihtifa eden tutanağın, bilirkişi raporlarının ve sanığın hazır bulunmağa yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklarını müdafinin incelenmesine "hiç bir vakit muhalefet edilmez".

Ceza Usulü Kanununun bu hükümlerinin nehaz kanundan farklı tercüm edilmiş, anlamının iyi saptanmamış olması, adli uygulamada "gizlilik"ın tartışılması sorucu müdafilerin incelenmesine tenahiyle açık tutulması kanunen zorunlu olan evrakı dahi incelemeye fiilî inkân bulamadıkları bilinmektedir. Özellikle "tahkikatın gayesine hâlel vermeyeceği anlaşılırsa her çeşit evrakı inceleyebilmek hakkı"nın gerçekte mevcut olduğu söylenemez.

Bu nedenlerle hazırlıkta savcılığın, ilk soruşturmada sorgu hâkiminin incelemeyi engelleyen tasarruflarına karşı "acile itiraz" niteliğinde bir hükme ihtivaç vardır. "Avukatların evrakı incelemek yolundaki isteklerinin reddine dair kararların itirazı kâbil (örneğin ağır ceza mahkemesine itiraz) olduğuna ilişkin bir hükmün Avukatlık Kanununun 46.maddesine son fıkraya olarak eklenmesi yerinde olacaktır. Fakat bu isabetli usul Avukattan hiç bir evrakın saklanamayacağıdır.

2-"Gecikmeli İtham" ve Müdafinin Hakları:

a) Konu: Tanık olarak dinlenen bir kimse sonradan sanık sıfatı ile yarışılabilir mi? (bk.Spitéri (P.), Le problème des inculpations tardives; Merle (R.) -Vitu (A.), Traité de droit criminel (Paris, 1967), n.985) Eğer "sorgu" yalnız soruşturma aracı değil, aynı zamanda savunma aracı ise bir kimsenin sanık olarak geç itham edilmiş olmasında sakınca görmek mümkünür. Kaldığı "sanık" usul hukukunda, "tanık"ın faydalanmadığı bir himayede müdafinin yardımından istifade eder. Tanıkların tâbi tutulabilecekleri "tazyik tedbirleri" (CMUK.63) sanıklar hakkında uygulanamaz.

Sanığın ön soruşturmada da bazı hakları olduğu düşünülürse ilgiliye "sanık" sıfatının verilmesinde, ithamın geciktirilmesinde sakıncalar ortaya çıkabilir. Bu sebeple "itham"ın zamanı önemlidir. Kötü niyetle ithamın geciktirilmesi ise pek sakıncalıdır. Gerçekten "sanık" olması gereken kişinin son ana kadar "tanık" olarak kabulü her zaman onun lehine değildir (bk.Poncét (D.), L'instruction contradictoire dans le système de la procédure pénale genevoise (Genève, 1967), s.25).

Bu konuda, itham edilmesi gerekli kimsenin bir süre tanık olarak muhafazasında kamu açısından fayda, kişi bakımından sakınca görmek mümkündür. İki menfaatin çatıştığı bu konuda mesele "delil toplamada dürüstlük" (Spitéri, n.2) kavramı ile ilgilidir.

Sanığı koruyucu usul hükümleri arttıkça "gecikmeli itham" ın sakıncaları artar. Eğer bir usul sisteminde bu nitelikte hükümler yok ise konu hiç bir önem taşıyanıyacaktır.

"Gecikmeli itham"ın Usul Kanununa açıkça aykırı olduğunu ileri sürmek haklı gözükmeyebilir. Fakat sadece Usul kanununuzun "tanıkların dinlenmesi" ile "sanığın sorgusu"nu ayrı hükümlere bağlanmış olması dahi böyle bir uygulamanın usulsüzlüğünü ortaya koyar. Anayasana göre (33/4) "kinse kendisinisuçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya zorlanamaz".

Bir ceza davası sonunda verilen nakhûniyet veya beraet kararında o dâvada tanık olarak dinlenmiş olan kimsenin suçun ortağı veya faili olduğunun, fakat hakkında kamu dâvası mevcut bulunmadığından bir işlem yapılmadığının kaydedildiğine tatbikatta rastlanmaktadır. Böylece durumların da "gecikmeli itham" sayılması mümkündür.

b)Müeyyide: Eğer "gecikmeli itham"a sanığı haklarından mahrum etmek gayesile bilerek sebebiyet verilmiş ise bu oldukça ağır bir kusurdur, yetkinin kötüye kullanılması sayılmalıdır. Eğer böyle bir tutana delillerin beklenmedik durumlar yaratması sebep olmuş ise bunun bir usul müeyyidesi ile (bozma sebebi sayılması gibi) karşılanması gereklidir. Bazı hallerde sırf bir müdafinin yardımıyla yoksun bırakılarak, bilgisizliğinden faydalanmak suretille bir kirseyi tanık olarak dinlemek ve artık bu tutana devam üzere kalmadığı anda ona bundan sonra "sanık" olacağını tebliğ etmek yolundaki uygulamadan şikâyet edilmektedir. (bk.Merle-Vitu, 985).

Görülüyorki "gecikmeli ithan"ın müdafilik mesleğine etkili bir yönü de vardır.

Fransız Usul Kanununun 105.maddesine göre, suçlu olduğu hakkında kuvvetli emare mevcut olmasına rağmen bir kimsenin şahit olarak dinlenmesi ve bunun o şahsı savunma teminatından mahrum bırakarak için yapılması açık bir hükümle yasaklanmaktadır.

Fransız Yargıtayı gecikmeli ithanın gayesi ve neticesinin savunma haklarının ihlâlini teşkil etmesi halinde usule aykırılık ve "ağır kusur"un mevcut olduğuna karar vermiştir. (Fransız Yağ.kararı: 26.10.1964; bk.Merle Vitu, s.934, nt.3).

c) İtham istemek hakkı: Bir kimse "tanık" değil, "sanık" olarak sorguya çekilmesini istemek (itham edilmesini istemek) hakkına sahip midir? Usul Kanunumuzda böyle bir inkân açıkça gösterilmiş değildir. Fakat doktrin de usul kanunlarındaki bir hükümden, bir şahidin, kendisine sorulan ve vereceği cevap ile kendisini ceza takibine uğratabilecek suallere cevap vermekten çekinebileceği hükmünden (CMUK.50) kendisinin sanık sayılmasını istemek yolunda bir "hak" sahibi olduğuna ileri süren bir görüş vardır (bk.Spi-téri, n.7).

ç) Tedbir: "Gecikmeli ithan"a karşı, eksik de olsa, şöyle bir tedbirin şiddetlik içtihad yoluyla, alınması mümkündür: Sonradan sanık olarak itham edilenin tanık olarak evvelce vermiş olduğu ifadelerin hükme nesnet sayılabileceği müdafii tarafından ileri sürülürse, bu husus kendiliğinden sabit olmuş sayılmalıdır. Nasıl tanıklıktan sonradan çekilen kimsenin evvelki ifadeleri okunmazsa (CMUK.245) buna "kıyas"la böyle bir kanun kuralının tesisi mümkündür sayılabilir.

Madde-49 :

(Resmî Kılık)

Bu maddeyi resmî kılığın hangi hallerde giyileceği, hangi hallerde giyilemeyeceğini saptamak yetkisinin Türkiye Barolar Birliğine tanındığı hususunda bir eklene bazı tereddütleri giderebilecektir. "Resmî kılık" ın kaldırılmasını öneren görüşler de vardır.

Madde-50 :

(Barolara ve avukatlara ayrılacak yer)

a-Lu yerlerin tahsisinde Barolarla bazen adlî, bazen idarî mekanlar arasında çekişmeler meydana gelmekte, Birlikçe Baroların

istekleri merkezde de ısrarla takip olunmakta ise de zaman zaman idarî direncin sürdürüldüğü görülmektedir."...ayrılacak yerler, Adalet Binalarının plânları üzerinden, Adalet Bakanlığı ile Barolar Birliğince müşterek tesbit edilir" ilâvesi maksadı temin edebilir.

b-Harçların yatırılması açısından veznelerin uzaklığı vakit ve enek kaybına yol açtığından benzer bir hükümlü Maliye Bakanlığı ve Barolar Birliğine tesbit imkânı tanınmış olmalıdır.

c-Aynı ihtiyaç Adalet Binalarında postahanelere de duyurulmaktadır.

Madde-55 :
(Reklâm yasağı)

Bu maddenin müphem deyinlerle yazılmış olmasından reklâm sayılması gerekli hususların nüeyyide dışı kaldığı görülmektedir. Uygulanada "Milletvekili Avukat...", "...den emekli Hâkin", "...partisi...başkanı", "hesap uzmanı ve avukat...", "nürafaa avukatı" gibi deyinler tesbit edilmiştir. Reklâm yasağının yeni baştan düzenlenmesinde zaruret görülmektedir. Şöyleki:

Kanunumuza göre (55) "Avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında Avukat ünvanı ile akademik ünvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır".

Görülüyorki bu hükümlü "reklâm yasağı" getirilmiş ise de nelerin reklâm sayılabileceği açıklanmış, yasak "her türlü teşebbüs" ibaresi ile oldukça geniş tutulmuş tabela ve basılı kâğıtlarda sayılanlardan gayri ünvanların kullanılması "özellikle" reklâm sayılmıştır. Bu hüküm yasağı getirilmiş, muhtevasının tâyini meslek kuruluşuna bırakılmıştır. Bu muhteva nasıl tâyin edilecektir?

İngiliz tatbikatında reklâm en kesin surette yasak olarak devan etmiş, bu husus bir gelenek olarak muhafaza edilmişti. Fakat bundan bir süre önce Konsey bu konuyu yazılı hale getirmek ihtiyacını duydu. Tesbit edilen kurallar bir rehber olarak basıldı ve bütün Avukatlara dağıtıldı. Bu rehberdeki kuralların başlıcaları şunlardır.

-Hiç bir Avukat kâğıtlarında, kartvizitlerinde, gazete ve dergide çıkan nakalcelerinde herhangi başka bir ünvanı, Avukat ünvanına ekleyemez, bundan sadece hukuk dergileri hariçtir.

-Hiç bir Avukat hayatı, kazancı, neslekî faaliyeti hakkında reklâm nahiyetinde yayınlarda bulunamaz.

-Devan eden veya eskiden ilgilendiği herhangi bir dava hakkında gazetelere deneç veremez.

-Gazetelerde, dergilerde Avukat olarak resminin çıkması için teşebbüslerde bulunamaz.

-Yarğılanması devan eden herhangi bir konuda, Korscyin müsaadesi olmaksızın, radyoda konuşamaz, televizyonda görünemez.

O halde "reklâm yasağı"nın düzenlenmesinde, kanunumuz hükmünün uygulanma yoluyla vorunulanmasında "ölçü" nesleğin niteliğine uygun düşmek zorundadır. Bununla beraber reklâm yasağına riayetini sağlanabildiği kanısında değiliz. Bu nedenle "reklâm yasağı"nın daha etkili biçimde kanun kullarına bağlanması zorunluğuru takdirlerinize arz ederiz.

"Avukatlar izledikleri, henüz kesin karara bağlanmamış dava ve takipler hakkında basın toplantısı yapamazlar", "gazetelerde, dergilerde ve diğer her çeşit yayın araçlarına reklâm sayılacak duyurmalarda bulunmaları, basılmış, çoğaltılmış nektuplar göndermelerinin yasağa dahil" olduğu yolunda açıklayıcı hükümlerin reddede yer alması önerilmektedir. Meslek içi hizmet ünvanlarının kullanılabilceği de önerilmektedir.

Madde-56 :

(Örnek çıkarma)

Tek tip vekâletnamenin saptanması olması, örnek çıkararak avukatın kesit dışı yanlışlıklara sebep olabildiği görülmüştür. Vekâletnamelerin belli tiplere irca edilerek basitlesmesi uygulamada pek çok kolavlıklar sağlayabileceğinden "tek tip vekâletname örneklerinin Noterler Birliği ve Barolar Birliğinin müşterek çalışmaları ile saptanması" yolunda bir hüküm kanura eklenmesi zarurî hale gelmiştir.

Madde-58 :

(Soruşturma)

1- Avukatlar hakkında görevlerini ifa sırasında veya görevlerinden doğan suçlarından dolayı haklarındaki soruşturmanın Adalet

Bakanlığının iznine tâbi tutan hükmün bir güvence olmadığı uygulama ile anlaşılmıştır. Bu nedenle Savcılığın izin talebinden sonra Bakanlıkca ilgilinin savunmasının ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun da mütalâasının (vazılı görüşünün) alınması zorunlu hale getirilmelidir. Bakanlık Birliğinin mütalâası ile bağlı olmasa bile mesleki özelliklerin mütalâada belirtilmesi haksız takipleri azaltabilecektir. Böyle bir usulün ensali de vardır. Hekimlerin işledikleri suçlar bakımından tebabet ve şubatı sanatlarının tarzı icrası hakkındaki kanunun 73.maddesine göre Yüksek Sağlık Şurasının mütalâasının alınması şarttır. Haksız isnatlara maruz kalmak açısından hekimlerle avukatlar arasında hiç bir fark yoktur. Böyle bir hükmün Sıkı Yönetim Mahkemelerinin görevlerine giren işlerde de uygulanacağına netne alınması isabetli görülmektedir.

2-Duruşmanın inzibatını bozan "her şahıs"ın duruşmadan çıkarılabileceği yolundaki Usul Kanunlarındaki hüküm bazı olaylarda yersiz uygulamalara sebep olmuştur. Bu konu üzerinde durulmasında zaruret vardır.

Avukatlık Kanununa göre "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadarki, bu hükümlere göre Avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında hafif hapis veya hafif para cezası da verilemez".

a)Duruşmanın inzibatı: "Duruşmanın inzibatı reise aittir" (CUK.378/1, bk.HMUK.150).

"Duruşmanın inzibatı" gereklidir, fakat "savunma görevi" ondan aşağı değildir. O halde "duruşmanın disiplini bakımından yetkiler, müdafinin hürriyetine engel olmamalı"dır (Kunter N., Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul,1961), n.473 (bk.n.254). "Avukat, görevini yerine getirmede bağımsızdır" (A.K.1/2). Duruşmanın inzibatı kavramının nakul olmayan bir anlayışa bağlanması halinde, başkasının alacağı tedbirin "savunma serbestisi"ni fiilen kaldıracağı muhakkaktır. Avukatın davasını "bütün belâgatı ile müdafaa edebilmesinde, jestleriyle, hareketleriyle müdafaasını kuvvetlendirebilmesinde sosyal ve meslekî zaruretlere bulunduğu inkâr edilemez" (Belgesay M.R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (İstanbul,1947, s.51).

Bir taraftan "savunma dokunulmazlığı" (TCK.486), diğer taraftan "duruşmanın inzibatı" nazara alınırca başkanın duruşmadan çıkarılma tedbirini alırken ne kadar dikkatli olması gerektiği kolaylıkla anlaşılır. Kaldı ki "şahsî sebep ve maksatlarla disiplin kararı ittihaz eden yargıç aleyhine cezaî veya hukukî mes'uliyet davası da açılabilir" (Belgesay, s.58).

b)Avukatın duruşmadan çıkarılması: "Duruşmanın inzibatını bozan herşahsî, reis, mahkeme salonundan çıkartır" (CMUK.378/1. bk. HMJK.150). "Münasip olmayan hal ve tavır vekilden sadır olmuştur ihtarda bulunulur. İhtara rağmen ısrar halinde vekil mahkemeden çıkarılır" (Bilge -N.-, Medenî Yargılama Hukuku (2.Bası:Ankara,1967), s.248; bk. Kuru Baki, Hukuk Mahkemeleri Usulü (Ankara,1964,s.80).

Duruşmanın inzibatını bozan "her şahıs"dan bahsedilmesine (CMUK.378/2) Avukatlık Kanununun 58/2.maddesinde CMUK. ve HMUK. nun "duruşmanın inzibatına ait hükümlerin saklı" olduğunun bildirilmiş bulunmasına göre başkan (veya hâkim) Avukatı duruşmadan çıkarabilecektir.

Kanunun bu hükmü isabetsizdir. Savcı da "her şahıs" tabiri-ne girer ve savcı da "münasip olmayan hal ve tavır"da bulunabilir. Fakat savcının katılmadığı mahkeme "kanun dairesinde teşekkül etmiş" sayılmaz, bu "k e s i n b o z n a s e b e b i"dir. (CMUK.308/1). "Avukat, nüdafî sıfatı ile, kendisine savcı ile eşit muamele yapılmasını isteneceği haklıdır" (Belgesay s.51). O halde savcı duruşmadan çıkarılamayacağına göre Avukatın duruşmadan çıkarılması izahsızdır. Böyle durumlarda duruşmanın tehirî usulü benimsenmeliydi. Duruşmadan çıkmayan Avukat hakkında zor kullanılması pek ağır sonuçlar doğurabilir.

Toplu Mahkemelerde başkanın Avukatı duruşmadan çıkartmak hakkındaki "tedbir"inin "kabule şayan olmadığı" hususu "duruşmada alâ-kadar olanlar"dan biri tarafından ileri sürülürse mahkemenin bu yolda karar vermesi gerekli midir? Böyle hallerde başkanın tedbirini karara bağlamak zorunluğunu hakkındaki usul hükmü (CMUK.231) başkanın "duruşmanın idaresine müteallik görevleri"ne ilişkin tedbirleri kapsar. Halbuki "duruşmanın inzibatı reise aittir" (378/1). O halde mahkemeden karar istenenecektir. O halde Avukatın duruşmadan çıkarılamayacağı hakkında kesin bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır.

3-Avukat Bürolarında Arama: Adalet Bakanlığı 1.8.1960 gün ve 58/35 sayılı bir tebliğle, avukatların vazifeden doğan veya vazife sırasında işledikleri suçlar ile Avukatlık Kanununun soruşturma yönünden tanıdığı teminat prensibinin ışığı altında şahsî suçlarından dolayı yapılacak olan soruşturmanın da zabıta makam ve mercilerine bırakılmayarak doğrudan doğruya C.Savcısı veya yardımcıları tarafından yapılması keyfiyetini açıkça belirtmiştir. "Genellikle bir suçun subut vasıtalarının elde edilmesini teminen yapılan ve hazırlık soruşturmasının bir cüzünü teşkil eden aramanın, hangi şartlar altında ve kimler tarafından icra edileceği hususu CMUK.nun 94 ve müteakip maddelerinde tesbit edilmiş ve bu cümleden olarak hangi istisnai hallerde bu işlemin zabıta memurları tarafından yapılabileceği de açıkça belirtilmiş bulunmaktadır." Bilhassa ilgili kanun 97.maddesinin, "Ancak tehirinde nazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumileri ve Müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler" şeklindeki hükmünün de arama hususundaki işlemin, esasında hâkin ve C.Savcılarına verilmiş bir görev olduğunu teyit etmektedir. Bu itibarla, usul hükümlerinin gösterdiği istisnai haller dışında, avukatlara ait yazıhanelerdeki aramaların savcı veya yardımcılar tarafından yapılmasına âzami dikkat ve itinanın gösterilmesi" lüzumu tamamen (Adalet Bakanlığı tebliği 27.3.1971, 11/37 bk.TBBB.n.7) savcılıklara bildirilmiştir. Türkiye Barolar Birliğinin teşebbüsleri sonunda yapılan bu genelge ileriye doğru isabetli bir adım ise de yeterli değildir:

a) Konunun önemi: Arama, en ağır bir soruşturma tedbirinin (Derrida -F.-, Perquisition et saisies chez les avocats, des avoués et les notaires. Rev.de science criminelle et de droit pénal comparé 1953, n.1, s.224). Zira bu tedbir kişinin temel haklarını (mesken masuniyeti, sırasuniyeti gibi) ihlâl eder. Kolaylıkla verilen arama kararları bu tedbirin niteliğinin anlaşılmasını gösterir. Avukatların yazıhanelerinde arama ise daha vahim bir haldir. Zira avukatlar tan bir güven içinde bulunamazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir "iş mahalli" (CMUK.96) değildir. Avukatının yazıhancısının aranabileceğini düşünen bir nüvekkilin avukatına güvenmesine inkân yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzığa düşer (Derrida,s.225). Şüphe edilen bir şahsın avukatı varsa, onun bürosunda delil bulunabileceği ümidine

kapılan zabıta savunma emniyetine en büyük darbeyi vurmuş olur. Zabıtaya "savunma özgürlüğü"nü inkâr intiyazını tanıyan bir kanun hükmü yoktur.

"Savunma özgürlüğü" yalnız duruşmada serbestce savunma yapabilmek olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeneğe de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikâl etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir.

Fransa'da daha 1672 yılında Toulouse parlemarı bir avukat yazıhanesinde yapılan aramayı ve bu sırada ele geçen bazı delillerin zıbtını iptâl etmişti (Derrida, s.226).

b)Usul Kanunu: Usul Kanununuzun arama tedbiri bakımından avukat büroları hakkında ayrı bir hüküm getirmediği söylenebilir. Fakat "aramanın yapılması... zabtedilecek eşyanın... aranılacak.... mahallerde bulunduğunu istidlâl ettirebilecek vakıaların vücuduna bağlıdır" (CMUK.95,f 2). Her şeyden evvel bu vakıaların takdirinde savunma özgürlüğünü düzenleyen kuralların ve bu arada özellikle avukatın meslek sırrına bağlılık görevini koruyan hükümlerin nazara alınması lâzımdır.

CMUK.nun 89.maddesine göre sanık ile müdafii arasında "teati olunan mektuplar bu kimseler yanında buldukça... zabtedilemez". O halde bunları elde etmek için arama kararı da verilmez. Usulde kıyas geçerliği uyarınca bu sonuç mektuptan gayri yazıları da kapsar.

Fakat bu yazılar vesair şeylerin mahiyeti nasıl takdir olunacaktır? Bir anlayışa göre (Derrida, s.227) ölçü, iddia ve savunma için zarurî olmaklıktır. Fakat bu her halde pek dar bir ölçüdür. Avukat bürolarında arama özelliği, savunma özgürlüğüne ve meslek sırrına dayandığına, arama kararı verecek hâkimin yalnız Usul Kanunundaki arama hükümleri ile yetinmeyeceğine göre konu bu açıdan ele alınmalıdır. "Meslek sırrı" mesleğin icrası sırasında öğrenilen her sırrı kapsar. Bu husus kanun kurallarında açıkça belirtilmiştir (bk.TCK. 196, CMUK.48).

c) Yazılı Deliller: CMUK.nun 89.maddesine göre sanık ile avukatı arasındaki mektuplar "bu kimselerin yanında buldukça zabte-dilemez" bu kimseler yanında bulunmak, onların muhafazası altında ol-mak anlamına gelir. Mevaz kanunda (n.97) böyle bir kayıt yoktur. O hal-de sanığın avukatına gönderdiği mektuplar postahannede zabtedilebilecek midir? "Postahannede zabt"a cevaz veren hükümde (CMUK.91) sanık ile a-vukatı arasındaki mektupların ayrı tutulduğunu gösteren bir ibare yoktur. Fakat bu yorum naksada uygun değildir. Fransız Yargıtayının pek eskiden beri kurulmuş içtihadı şöyledir: "Avukatların müşterile-rinden aldıkları mektupların bürolarında zabtedilmezliğinin tabii sonu-cu, onlara gösterilen, fakat henüz ellerine geçmeyen mektupların da zabtedileneyeceğidir" (Fransız Yğ.kararı:12.3.1886, bk.Derrida, s.233, nt.1).

Nancy Barosunun itirazı üzerine, böyle bir olayda Fransız Yargıtayı şu kararı vermiştir: "Nancy avukatlarının itirazı savunmaya daima tanınmış hakların verilmesinde haklı bir istektir". Aynı Fransız Yargıtayı, bir sanığın, suç ortağının kendi avukatına yazdığı mektubun zabtı kararını dahi iptal etmiştir (Derrida, s.233). Fransız doktrini-ne göre avukatı ile nüvekkil arasındaki mektupların zabtı ve okunması görevliler bakımından disiplin kovuşturmasını gerektirir (Derrida, s. 245). Bu davranış suç da sayılabilir (TCK.195).

Türk doktrininde dahi "zabtı namnu mektuplara istinat eden hüknün bozulacağı" kanaati hâkindir (Seviğ I, s.110, bk.Cordero (F.), Tre studi sulle prove penali (Milano,1963), s.164).

Avukat kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda değildir, meslek sırrına bağlılık bunu gerektirir. Bu itibarla sanığın adresini öğrenmek için avukat bürosunda arama yapılamaz (Derrida, s.232).

Hakkında gıyabî tutuklama kararı olan bir şahsın avukatı-nın bürosuna geldiği sırada yakalanması mümkün müdür? Fransa'da 1861 de böyle bir olay cereyan etti, Paris Baro Başkanlığı bu işleri kanuna aykırı bularakla beraber böyle bir uygulamanın avukat vakarına ve do-layısıyla Baronun bağınsızlığına aykırı sayarak protesto etti. O ta-rihten beri Fransa'da, avukatının bürosunda iken hiç bir sanık yakalan-mamakta, büroyu terk ettikten sonra zabta görevini yapmaktadır.

Böylece kurulmuş olan zabıta geleneği sorucunda, Fransa'da kendire sığınan sanığı, zabıta tazyikinden kurtarmak için, avukatının adli makamlara teslim edeceğini ifade ettiği zaman zabıta buna rüsaade etmektedir (bk. Derrida, s.231, nt.2). Bu uygulama Usul Kanununuzun 95.maddesinin yürürlüğünde isabetli bir örnek olabilir.

ç)Suçur dışında kalmak: Avukat bürolarının aranada özel takdire haklı olmaları elbette ispat edilen suçun dışında kalmaları kanunun deyişini ile "maznun ile şeriklerinden ve yatağından gayri kinse" kalabilmeleri şartına (CMUK.95) bağlıdır. Avukatın şahsen bir ayrıcalık, dokunulmazlık taşıdığı iddia edilemez.

Avukatın suça iştiraki veya yataklığı bahis konusu olan hallerde dahi Fransız tatbikatı şu yoldadır: Aranadan evvel, avukattan arananlar istenir, avukat vermezse arama yapılır. Ayrıca hâkim, aramanın uygun olup olmayacağı hakkında savcının mütalâasını alır. Aramanın bizzat hâkim tarafından yapılması tercih olunur. Ayrıca arandan, Baro Başkanına haber verilir, Paşkan aranda hazır bulunabilir. Bütün bu tedbirler, kanunda bir hüküm olmasına rağmen, uygulanmaktadır.

d)S o n u ç : Avukat bürolarında arananın hukuk dışı uygulamalarına rastlanmaktadır. Bu konuda Türk Usul Hukukunda yeni kurallara ve hukuka uygun geleneklerin kurulmasına ihtiyaç vardır. Bu konuda Türkiye Barolar Birliğine büyük bir görev düşmektedir.

Avukatlık Kanunu Tasarısına bazı hükümler konabilir.

Madde-63 :

(Avukatlık ünvanı)

Ünvanın yetkisiz kullanılmayacağı kuralı karşısında "meslekten ayrılmış olanları, kendi istekleri üzerine en son mensup oldukları Baro Yönetim Kurulunun takdiri mahiyetteki kararı ile ve başka bir meslek ünvanı ile birleştirilmemek şartıyla avukat ünvanını kullanma izni verilebileceği", uygulananın yönetmelikte gösterilebileceği önerilmektedir.

Madde-64 :

(Özel görevler)

Barolarımızın meslektaşlardan isteyecekleri hizmetlerin aksanması amacıyla "Baro tarafından verilecek meslek ya da Baro ile

ilgili görevleri özürsüz yerine getirmeyenler hakkında da bu maddenin uygulanabileceği" yolunda bir kaydın maddede yer alması faydalı görülmektedir. "Barolar, Birliğin görevine giren hususlara ilişkin taleplerini geciktirmeksizin yerine getirirler" hükmüne ihtiyaç hissedilmektedir. Birlik aidatının gönderilmemesinin de önemli bir boyuta ulaştığı görüldüğünden etkili bir usulün saptanması gereklidir.

Madde-65 :

(Kesenekler)

Maddeye 2.fıkra olarak "kamü kesini kadrolu avukatların keseneklerinin bağlı oldukları kuruluşlarca ödeneceği" hükmünün ilâvesi -her ne kadar konu kısmen çözümlenmiş ise de- uygulananın eksiksiz olarak gerçekleşmesini sağlayacaktır.

Madde- 67 :

(Avukatlığın sürekli olarak başka bölgede yapılması)

Sürekli olarak başka bölgede çalışanlar, buna rağmen naklini yaptırmayanlar Barolar arasında ihtilaflara yer vermektedir. Bu nedenle maddeye şu ilâvenin yapılması önerilmektedir: "...gönderilir ve süre içinde Barosu bölgesine dönünçeye veya bulunduğu yer Barosu levhasına yazılincaya kadar avukatlık yapması geçici olarak yasaklanır". Bu düşünceye karşı "silme yetkisinin eski Barosuna bırakılması, silme zorunluğunun müeyyidelendirilmesi önerilmektedir.

Madde-69 :

Barodan Baroya nakillerde yeniden giriş parası ödenmesini haklı görmeyen düşünceler ve şikâyetler Birliğe iletilmiştir. Nakillerde giriş parası alınmaması veya süreye göre alınması veya eksik tanımlattırılması gibi öneriler vardır.

Ayrıca farklı giriş parası ve kesenek saptanması yerine Genel Kurulca tek biçimliliğin sağlanmasını gerektirecek bir değişiklik de önerilmektedir.

Madde-76-111 :

(Siyaset yasağı)

1)Siyaset kavramı: Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin "siyasetle uğraşamazlar" ibaresinin yanlış, çağ dışı anlamlara çekilmek istendiği ve Barolara ve Birliğe baskı aracı olarak kullanılmak istendiği bilinmektedir. Siyasetten ne anlaşılması gerektiği IX.Genel Kurul raporunda açıklanmış ve Birliğin belirtilen ölçüler içinde kaldığına deyinilmiştir.

Bununla beraber yukarıda iki maddede "siyasetle uğraşamaz" deyimine ihtiyaç yoktur. Eğer mutlaka bir sınırlanmaya gidilecekse "... günlük siyasetle uğraşamaz" yolunda bir değişikliğe gidilebilir.

Baroların veya Barolar Birliğinin siyasetle uğraştıkları iddiası asılsızdır. IX.Genel Kurula sunulan raporda demokratik düzen içinde "Başlı gurubu" olmak zorunluğu ve buna ilişkin konular ve özellikle siyasetin ölçüsü üzerinde durulmuştur.

Her şeyden evvel şunu kabul etmek gerekir: Az gelişmiş ülkelerde Hukukun görevi özellikler gösterir. Bazı yapay sınırlanmalarla bu görevin yerine getirilmesini önlemek haksız ve isabetsiz bir tutumdur:

2)Az gelişmişlik ve siyaset: Az gelişmiş ülkelerde hukukçunun görevini, dinamik unsur olarak, diğerlerinden fazla avukatlar temsil etmektedir. Bu konu Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun bazı kongrelerinde bütün ayrıcalıkları ile tartışıldı. Bunların önemlileri, Delhi (1959), Rio de Janeiro (1962), Bangkok (1965) ve Lagos toplantılarıdır. Bu kongrelerde konu "Gelişmekte olan ülkelerde hukukçunun görev ve sorunu" olarak ele alındı, varılan sonuçlar, -özetle- şunlardır:

a)Sosyal ve ekonomik sorunlar: Hukukçular, kendi memleketlerinin sosyal ve ekonomik sorunları ile ilgilenmek zorundadırlar. Zira bu sorunların çözümü hukukçuya muhtaçtır. Her memlekette, bilhassa gelişme yolunda belli bir hız kazanabilmiş ülkelerden hukukçular özel bir mevkie sahiptirler. Bu bir vâkiadır. Bu itibarla hukukçu ekonomik ve sosyal gelişmeye en etkili yardımcı bulunmakla görevli ve sorunludur. Bangkok toplantısında bu göreve girebilecek konulara misal olarak şunlar gösterilmiştir:

Toprak reformu, millileştirme, millî kaynakların işletilmesi, sosyalizasyon tedbirleri, işsizlikle, fakirlikle mücadele, hayat seviyesini yükseltme, kendi menleketini iyi tanıma.

Sadece günlük işlerle, uygulama işlemleri ile yetinmek, görevi eksik yapmaktır. Bangkok toplantısında hukukçu "sosyal konuların yüksek mühendisi" diye tanınlanmıştı. Gelişmekte olan bir ülkenin hukukunda daima yenilenmesi gerekli "hukuk tekniği"ne ihtiyaç vardır. Bunların lüzumunu göstermeğe, aranıp bulunmasına, hukukçu, toplunca memur edilmiştir.

Rio toplantısında şu karara varmıştı: Az gelişmiş ülkelerde hukukçular "hukuk reformu"nu gerçekleştirmek zorundadırlar. Gelişmekte olan menleketlerin sosyal ve ekonomik sorunları o kadar karışık ve bileşiktir ki bunlar arasında, geçiş döneminde, neyin neyi sönmüdüğünü toplunda sezebilenler azdır. Bunları teşhis yeteneği özellikle hukukçuca aranır. Bu açıdan gerekli reformların gecikmesinden hukukçular sorumludur.

"En zorunlu sosyal problemlerin çözümünde dinamik metod olarak hukuk" başlıkla konferansında, Hindistan Adliye Nazırı şunları söylemişti: Gerçekten sosyal demokrasilerde hukuk dinamik bir rol oynamaktadır. Sosyal-ekonomik adaleti hukuk sağlar. Hukuk, demokrasilerde, sosyal-ekonomik çatışmaları çözebilecek en kudretli silâhtir. Eğer toplunda vatandaş, fakirlik, cehalet, hastalık, işsizlik problemlerinin çözüleceğine inandırılırsa demokrasi ve hukukun üstünlüğü başarı kazanacaktır. Bu düşünceler, Hindistan Avukatlar Birliğinin Allahabad'da yaptıkları, "Hukukun ve hayatın sınırları" konulu toplantıda daha etraflıca incelenmiş ve bu konular karşısında avukatların tutumu tesbit edilmiştir.

b) Kanunlar: Barolar ve hukukla ilgili meslek kuruluşları ekonomik ve sosyal sorunlara da yeteri kadar zaman ve emek ayırmalıdır. Zira bu sorunların "kanunilik" içinde çözümü onlara düşer. Kanunlar bu açıdan elden geçirilmelidir. Eğer nevzuat, gelişmeyi izleyenemisse ve ya engelleyici ise, tünden değiştirilmelidir.

- Bu konuda, parlamento üyesi hukukçu ile örneğin bir avukat, bir hukuk müşaviri arasında fark yoktur. Hukukçunun, özellikle avukatın görevi "müşteri" sini daima aşmaktır.

Rio toplantısında varılan kararlar arasında şunlara önem verilmiştir: Avukatlar yasama yetkisinin demokratik seçinle kurulmuş meclislerde, yargının bağımsız mahkemelerde, savunmanın bağımsız barolarda kalmasını sağlayacaklardır. İnsan hak ve hürriyetlerinin gerçekten korunması onların elindedir. Hukukçu geri kalmış ülkelere sefalet, cehalet ve eşitsizlikle mücadele etmelidir. Bunlar giderilinceye, "insan haysiyeti"ne uygun hukuk ortamı kuruluncaya kadar hukukçunun mücahede devanı edecektir.

- Hukuk düzeninde ekonomik ve sosyal etkenler küçümsenemez. Fakat hukukun üstünlüğü "siyasal etken" olarak bütün ağırlığını duyurmalıdır. Diğer yönden hukukun üstünlüğü gelişmeye doğru, yürürlükteki, hukuk düzenini itici - fikirdir.

- İdareci-hukukçu: Gelişmekte olan ülkelere idarecinin hukukçu olmasındaki ihtiyaç açıkça kendini hissettirmektedir. Bu gelişmenin teminatıdır. İdarede takdir yetkisi genişledikçe hukukçu-idareciye ihtiyaç artar.

- Hukuk öğrenimi: Ondokuzuncu yüzyılda, yeni başlayan büyük sosyal problemler karşısında hukukçu ne teknik ve ne de bilgi açısından donatılmış değildi. O çağın tutuculuğundan bugün dahi hukuk öğretimi kendini kurtarananmıştır. Buna rağmen gelişmiş ülkelerin hukukçuları ilerleri adımlar atabildiler. Az gelişmiş memleketlerin, klâsik batı kanunlarını benimsemeleri olayı ise bir süre sonra faydasını yitirdi. Bunlara dayanan hukuk öğrenimi fosilleşmiş fikirlere hayat kazandırmak çabaları şeklinde ziyan olup gitmektedir. Gelişen toplumu bu klişelere sığdırmak mümkün değildir. Barolar kendi aralarına alacakları genç avukatların nasıl yetiştirilmeleri gerektiği hakkında istek sahibi olmalıdırlar. "Avukatlık intihanı"nın bir maksadı da budur.

Plânlı ekonomiden sosyal güvenlik konularına kadar hukukçunun yardımı öncülükte toplanır. Az gelişmiş ülkelerin hukukcularını yetiştirmekte bazı özellikler olabileceği kabul edilmelidir.

Sonuç Şudur: Gelişmekte olan ülkemizde Avukatların ve Baroların görevlerini yapay "siyaset yasağı" ile etkisiz hale getirmek isabetli değildir.

3) 76.maddeden Baroların "...kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu", 109.maddeden de Türkiye Barolar Birliğinin "... kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" olduğu yolundaki ibarenin çıkarılması gerekli görülmekte ve yerine "Barolar ve Türkiye Barolar Birliği Adalet örgütü içinde, tüzel kişiliği olan bağımsız kuruluşlardır" ibaresinin yer alması gereklidir.

4) "Resnâ törenlerde Barolar İl Savcısının, Türkiye Barolar Birliği Cumhuriyet Baş Savcısının yanında yer alır. Barolar ve Birlik yargı organları içinde sayılır" hükmünün 76.maddeye eklennesi kanunun nüphen deyinlerinden kuruluşlarımız aleyhine soruç çıkarmak isteyen bir akımı önleyebilecektir.

Madde-77 :

(Baro organlarının feshi)

Adalet Bakanlığının Baro organlarının feshini istemek yetkisi izahsız kalmaktadır. Maddenin 5.fıkrasında özellikle onay mercii olarak Bakanlığın verdiği kararları yerine getirneyen organların feshi bahis konusudur. "Onayla tamamlanan karar" kavramı kaldırılınca maddenin bu günkü biçimi ile yürürlükte kalması anlamsızdır. Konuyu "Baro organlarının feshi" açısından evvela bu günkü haliyle incelenekte fayda vardır:

Avukatlık Kanununun (76) Baroları "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" saymış olmasında ancak bir derecceye kadar isabet vardır. Esasında Barolar ve Barolar Birliği Anayasanın yargı bölümünde yer alması gereken kuruluşlardır.

Barolar "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" sayılınca, diğer kuruluşlar hakkındaki idareye tanınmış "feshi istemek hakkı" Baroları da kapsamına alacaktır. Bununla beraber Avukatlık Kanununun bu hususta bazı özellikleri olduğu sanısındayız:

Anayasana (122) göre "idare, seçilmiş organları, bir yargı mercii kararına dayanmaksızın geçici veya sürekli olarak görevden uzaklaştıranaz" Avukatlık Kanununa göre (77) Adalet Bakanlığı bazı hallerde "...Baro organının feshine karar verilmesi için keyfiyeti Danıştaya bildirir. Danıştay, bildirme tarihinden itibaren en geç üç ay içinde karar verir". Avukatlık Kanununun bu hüknü Anayasaya uygun mudur?

Anayasamız fesih için "yarğı mercii kararına dayanmak" zorunluğunu getirmiştir. Avukatlık Kanunu ise, feshi gerektireceği kanaatinde ise Bakanlığın keyfiyeti Danıştay'a bildirmek gibi bir çeşit "ihbar hakkı"na sahip olduğuna işaret etmektedir.

Bu yolla Danıştayca verilen karar "yarğı kararı" mıdır? İdarî bir karar mıdır?

Bir anlayışa göre "yarğı mercilerince verilen kararlar yarğı kararıdır". Anayasa Mahkemesi (2.6.1964, 1964/44) "Anayasa gereğince, yüksek mahkemelerden biri olan Danıştay'ın idarî veya kazaî görev yapımları bakımından bir ayrıma tâbi tutulmadan bütün daireslerini birer yarğı mercii saymak gerekeceği" kanısındadır. Genel mahkemelerde de "hasımsız dava" açılması ve bu davalar hakkında "yarğı kararı" verilmesi mümkündür.

Bunun karşıtı anlayışta daha fazla isabet görmekteyiz. Fesih kararları Danıştay 3.Dairesince verilmektedir. Danıştayımızın içtihadına göre Dairenin verdiği karar "yürütülmesi gerekli idarî bir karar"dır. Ve Daire kararının iptâli Dava Daireleri Kurulunda, istenebilir. Başka kamu kuruluşu niteliğinde reslek kuruluşları hakkında ensal de vardır (Dava Daireleri Kurulu: 26.3.1971, 72/268).

İdare, Daireden fesih kararı alınca, "yürütmenin durdurulması" kararı getirilmediği takdirde fesih kararını uygulayabilecek midir? Anayasaya aykırılık bu noktadan başlanmaktadır. Çünkü Anayasamız, idarenin fesih işlerinin mutlaka bir "yarğı mercii kararı"na dayanmasını şart koştur. Bunun onları idarenin ancak "fesih davası" açabileceğidir. Üçüncü Dairenin aldığı fesih kararlarını, Dava Daireleri Kurulu "iptal" edebilmektedir. İptal, idarî kararlar için mümkün olduğuna göre Daire kararı, (belki) bir "yarğı mercii" kararıdır, fakat "yarğı kararı" değildir.

Fesih istemek yetkisinin kaldırılması Anayasamıza en uygun bir çözüm olacaktır. Baroların ve Firlığın Genel Kurulları her zaman organlarını değiştirebilirler. Bu yeterlidir. Kaçınmak istenen husus "siyasî müdahaleyi önlemek" olduğuna göre talep yetkisinin Başsavcılığa tanınmasını öneren görüşler de vardır.

Madde-86 :

(Toplantılar)

Genel Kurul toplantılarının istenilen katkıyı görmediği anlaşılmaktadır.

Çok önemli kararların pek cüz'i adette katılanlarla alınması bu kararların gerçek bir çoğunluğa dayanıp dayanmadığında kuşkular uyandırmaktadır. Konumuzun Baro Başkanının takdirine bıraktığı müeyyidenin de çeşitli nedenlerle uygulanmadığı görülmektedir. Bu durumda müeyyidenin zorunlu hale getirilmesi, para cezasının miktarının da arttırılması önerilmektedir. Bu nedenle "Baro levhasında yazılı her avukatın gerek olağan, gerekse olağanüstü Genel Kurul toplantılarına katılmakla ve toplantı sonuna kadar toplantıda bulunmakla yükümlü olduğu", "bu görevi haklı bir engeli olmadan yerine getirmeyenin ilk seferinde..... liradan liraya kadar, tekerrüründe liradan liraya kadar para cezası ile cezalandırılacağı" yolunda bir hükrün kabulü istenmektedir. Bununla beraber müeyyidenin tünden kaldırılmasını isteyen görüşler de vardır. Ayrıca seçimlerde mevcudun belli bir oranından (örneğin yarısından) fazla oy almanın şart koşulması ileri sürülmekte, buna mukabil balotaj uygulamasını sakıncalı sayan görüşlere de rastlanmaktadır.

Madde-89 :

(Kuruluş)

Mevcudu fazla Barolar bakımından Yönetim Kurulu üye sayısının arttırılması önerisine karşın adedin artmasının çalışma hızını azaltacağı kuşkuları da ileri sürülmektedir.

Madde-90 :

(Kıdem sorunu)

Kanunumuzun 90.maddesinde Yönetim Kurulu üyeliği için 5 sene, 96.maddesinde Baro Başkanlığı için 15 sene, 104.maddesinde Disiplin Kurulu üyeliği için 5 sene, 108.maddesinde Denetçilik için 5 sene, 114.maddesinde Türkiye Barolar Birliği üyeliği için 15 sene, kıdem şartı aranmaktadır. O halde genel bir sorun olarak şöyle düşünülebilir: Kıdem şartı haklı mıdır? haklı görülüyorsa tünden kaldırılmalı mıdır? yoksa kıdem koşulu süresinin indirilmesi ni daha isabetli olacaktır? Yönetim Kuruluma intikal eden başvurularda bu üç ihtimali benimseyen fikirler yer almaktadır. Yasamızın değişikliğinde kıdem konusunda genel kurulumuzun "talimat"ına ihtiyaç duyulmaktadır.

a)Kıdem muhafazasını daha doğru bulanların gerekçesi şöylece özetlenebilir: Baro ve Birlik organlarındaki bazı görevler tecrübeli meslekdaşlarla yürütülebilir. Esasen her meslekte idari görevlerde kıdem koşulu aranmaktadır. Organların diğer meslekdaşların mukadderatı hakkında verebilecekleri kararlar arasında pek vahim olanları da vardır. Bu nedenle kıdem koşulu bir güvenceyi yansıtır.

Ayrıca Barolarımızın mevcutlarının, organlara kıdemli üyenin bulunmasının olanaklarının arttığı bilinmektedir. Kıdemnin kaldırılması için açılan bir dava da Danıştay'da reddedilmiştir.

b) Kıdemnin kaldırılmasını haklı bulanların düşünceleri şöyle özetlenebilir: Avukatlık sıfatının elde edilmesinden sonra avukata tahsis edilen yetkiler arasında en ağır görevlerin, en sorunlu görevlerin de yer aldığı maldur. O görevler için kanunen yetenekli sayılanların, kendi mesleki kuruluşlarında ancak bir süre sonra görev alabilmeleri çelişmelidir. Diğer yandan Genel Kurullara ilginin yeterli olmanası nedenlerinden biri de kıdem şartıdır. Çünkü seçilme olanağı olmayanın seçmek için kurullara katılmasını istemek etkisiz kalmaktadır. Ayrıca üye sayısı az olan Barolarda organların seçilenenmesi gibi durumlara rastlanmaktadır. Bütün bunlardan ayrı olarak avukatlık mesleğinin başda gelen niteliklerinden biri olan eşitlik ilkesini kıdem koşulu zedelenmektedir.

c) Sürelerin kısaltılmasını veya eşit hale getirilmesini isteyenlerin düşünceleri şöyle özetlenebilir: Süreler kısaltılırsa asgari tecrübe elde edilmiş olacak, sakıncalar ortadan kaldırılmış olabilecektir. Diğer yandan yürürlükteki hükümlere göre beş yıl kıdemli meslekdaş örneğin Yönetim Kuruluna üye olabilmekte, buna karşın Barosunu Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda temsil edememektedir. Çünkü bu Genel Kurula katılmak için seçin koşulu 15 yıllık kıdeme sahip olmaktır. Bu nedenle süreler hem kısaltılmalı, hem de eşit hale getirilmelidir. Örneğin "Barolar ve Birlik organlarına seçilmek için beş yıl kıdem şartı aranır" gibi tek biçimli bir hüküm benimsenmelidir. Konu sadece "yönetime katılma" olarak ele alınamaz. Organların görevlerinin belki de en önemli konularından biri de yarıya çok yaklaşan kararların alınmasıdır. Bununla beraber yeknesak 5 yıllık kıdem bazı konularda (örneğin yanında staj yapılabilecek avukatın en az beş yıllık kıdemli olması hakkındaki 15.madde) fazla veya lüzumsuz olduğu, üyesi az Barolarda stajiyerlerin belli kimselerde terenküz etmesi gibi sakıncalardan da bahsedilmektedir.

ç) Görevlerin önemine göre farklı kıdem koşulları aranması da önerilmektedir.

Madde-98 :

(Başkanlık Divanı)

Mevcudu 1500'ü aşan Barolarda, Başkanlık Divanına ayrıca bir de "Genel Sekreter Yardımcısı"nın ilâvesi önerilmektedir.

Madde-110 :

(Türkiye Barolar Birliği'nin görevleri)

Birliğin görevleri arasında "meslekî kadro içinde sosyal güvenlik tedbirleri almak, gerekli esasları koymak", "Hukukun Üstünlüğü ilkesinin gelişmesini, yerleşmesini, korunmasını sağlayacak her türlü girişimlerde bulunmak" ibarelerinin yer alması isabetli görülmektedir. Birliğe yapılan başvurmalarda genel ve ortak konularda merkezî orçanın tek biçimliliği sağlanması, Baroların farklı, bazen zıt görüşler ileri sürmelerinin sakıncaları bulunduğu, bu nedenle 110.maddenin bu konuda daha vazih hâle getirilmesi de önerilmektedir.

Madde-114 :

(Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu)

"Baro Başkanlarının Genel Kurulun tabii üyesi olmaları" yolunda maddeye hüküm ilâvesi ihtiyaç halinde duyulmaktadır. Bundan başka delegeli süresi ile organlarda görev süresinin eşit hale getirilmesinin hizmetin sürekliliğini sağlayacağı düşünülmektedir.

Madde-138 :

(Baroya yazılmadan önceki davranışlar)

Maddenin birinci fıkrası Baroya yazılmadan önceki davranışları (mekten çıkarma cezasını gerektirmiş olmadıkça) disiplin kovuşturmasına konu yapılamayacağı kuralını getirmiştir. Bu fıkraya "staj döneminin bu hükmün dışında tutulacağı"nın açıklanması isabetli olacaktır.

Madde-141-146 :

(Disiplin kovuşturmasının açılması)

1)Maddenin 2.fıkrasına "Yönetim Kurulu, soruşturma maksadiyle, her türlü Adlî, İdarî ve Kazaî Mercilerden bilgi ve belge isteyebilir, ilgili dosyaları celp ve tetkik edebilir" hükmünün eklenmesi zarurî görülmektedir. Aynı hükmün Disiplin Kurulu için 146.maddeye eklenmesi gereklidir.

2)Hakkında birden çok şikâyet sebebiyle bir kaç disiplin kovuşturması dosyası bulunan avukatın durumu veya kovuşturmanın niteliği gerektiriyorsa dosyaların birleştirilerek görülmesine dair maddeye bir fıkra eklenmesinde yarar vardır.

Madde-144 :

(Disiplin Kurulunda duruşma)

Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulunun iletmesi üzerine inceleme yapmaktadır. Ancak, gönderilen dosya içinde şikâyetli avukatın sicili yoksa bu konu yazışmalara ve soruşturmanın uzamasına sebep olmaktadır. Bu nedenlerle maddeye "dosya ile birlikte avukatın sicili de gönderilir" biçiminde bir fıkra eklenmesi yerindedir.

Madde-154 :

(İşten zorunlu yasaklama)

1)Bu maddede Avukatın "tutuklanma"sını veya bazı suçlardan hakkında son soruşturmanın açılmasını işten yasaklanmaya yeterli saymaktadır. Tutuklanma ve ithanın niteliği ve nedenleri üzerinde durmaksızın yasaklanmanın zorunlu kabulü bazı olaylarda haksız olmaktadır.

2)42.madde uyarınca geçici görevi yerine getirmeyenlerin, ücreti iade etmeyenlerin neslekten yasaklanmasını zorunlu sayan kayıtların fiil ile müeyyidesi arasında oranlılık kuralını ihlal ettiği görülmektedir.

3)Bu sebeple 154.maddenin 153.maddeye paralel olarak değiştirilmesi; Kurulların, haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatlar hakkında da işten yasaklanma kararı vermek hususunda muhayyer bulduklarının kabulü gerekir.

Ayrıca, maddenin sonuna, "işten yasaklanılan sürenin, ilerde verilecek disiplin cezası süresinden indirileceği"ne ilişkin bir hüküm koymak yararlıdır.

Madde-156 :

(Yasaklama kararının kaldırılması)

Bu maddenin 1. ve 2.fıkraları arasına:

"Disiplin Kurulunun doğrudan doğruya veya şikâyetli avukatın itirazı (isteni) üzerine, davanın niteliğini veya soruşturmanın son durumlarını gözönünde tutarak, işten yasaklanma kararının devam edip etmeyeceğine her zaman karar verebileceği" şeklinde bir fıkra eklenmesi çok yerinde olur.

Madde-157 :

(İtiraz)

Baro Disiplin Kurulu kararı aleyhine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi halinde dosyanın hemen Birliğe gönderilmesini, taraflara ait tebligat parçalarının hepsi geldikten sonra ve otuz günlük itiraz süresinin sonunda gönderilmesine ilişkin bir değişiklik öngörülmüştür.

Madde-158 :

(Birleştirme)

Bir olayda Danıştay, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun; şikâyetli avukat hakkındaki bir kaç dosyayı birleştirerek karar vermeye (1136 Sayılı Avukatlık Kanununda hüküm bulunmadığından) yetkisi olmadığına karar vermiştir.

Bu noksanlığı gidermek amacıyla, 158.maddenin 1. ve 2.fıkraları arasına, bir fıkra eklenmesi ve disiplin kurullarına, "avukat hakkında birden çok işlen dosyası bulunması halinde, gerek görüldüğünde, bu dosyaların birleştirilerek karar verebilecekleri" hakkında yetki tanınması, yerinde olur.

168.ve Müteakip Maddeler :

(Avukatlık Ücreti)

A.Genel Görünüm: Avukatlık ücreti sadece bir "ücret" niteliği taşımamaktadır. Bu kavramın kendine özgü nitelikleri yürürlükteki kanunda saptanmamış, ayrıca Yargıtavın bazı kararları bu kavramın yozlaşmasına sebep olmuştur. Konunun açık kanun hükümleri ile çözümünden gayri bir yol kalmamış bulunmaktadır.

Avukatlık ücretine ilişkin sorunların çözümünde doğru ve haklı sonuçlara varılabilmesi genel anlamda "ücret teorisi -veya sosyal ekonomi- içinde avukatlık ücreti kavramı"nın berraklığa kavuşturulması ve konunun "geniş açı" dan değerlendirilmesi gereklidir. Aşağıdaki mülahazalar bu ihtiyacı -kısmen de olsa- karşılayabilir:

1.Ücretin Niteliği: Avukatlık Kanunu (163) ücreti "vekâlet ücreti" olarak değil, "avukatlık ücreti" olarak isimlendirir ve şöylece tanımlar."Avukatlık ücreti, avukatın vekâlet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder" bu hukukî açıdan bir tanımlamadır.

"Sosyal ekonomi" açısından avukatlık ücretini açıklamak ayrı bir konudur. "Çağımızda ücret yalnız ekonomik yönü üzerinde durulan bir olay değildir. Ücretin bu yönü yanında, sosyal bir yönünün de bulunduğu kesin olarak kabul edilmiş bulunmaktadır" (Talas, Cahit, Sosyal Ekonomi, II, 1972, Ankara s.3).

"Avukatlık ücret"i herhangi bir "malın değeri" gibi ölçülemez. Bu ücreti tüm avukatlık mesleğine ilişkin "vakar"dan ayırmak da mümkün değildir.

Avukatlık ücretini, maddî anlamda herhangi bir şeyin karşılığı da sayamayız. Örneğin, masum olduğu dava sonunda anlaşılan bir sanığa avukatın yaptığı hizmetin maddî karşılığını bulmak mümkün olamamaktadır. Ölüm cezasını önleyebilmiş bir avukatın ücretini insan hayatının maddî değeri ile mi ölçeceğiz?

2.Genel anlamda ücret: Genel anlamda ücret ile avukatlık ücreti arasında yapısal fark vardır: İşveren, işçinin ücretini "sermaye" sinden öder. Fakat bu ücret "mal"a dönüşecek, tüketiciden alınacak, diğer bir deyimle ödenen, "kâr" ile birlikte, işverene geri gelecektir. "Ücret işçi bakımından bir gelir, işveren bakımından bir maliven unsurudur" (Talas) bu iki nitelikten hiç birini, özellikle "maliyet unsuru"nu ve hatta kesin hesaplanabilecek bir "amortisman karşılığı"nı avukatlık ücretinde görmek mümkün değildir.

Bir işveren, kurduğu işyerinde başkasını çalıştırırsa, diğer bir deyimle bir kimse baskasının işinde çalışırsa "ücret" ödenir. Avukatın bu anlamda bir işyerinde çalıştığı düşünülemez. Usul Kanunlarına göre yargılama, "kollektif yargılama"dır. Avukatlarla beraber adalet mensuplarının ortak emeği ile bir sonuç elde edilir. Bu sonuç "müvekkil" için doleyisiyle bir "faide"dir. Asıl sonuç adalette toplanır.

Genel olarak ücret, meslekler arasında farklılık gösterir. Bunda sosyal ekonomi açısından eşitsizlik ileri sürülebilir. Eğer ücreti, "emek gücü" nün karşılığı sayarsak, "beyin gücü"ne daha fazla pay verilmesinde ayrıcalık yoktur.

3.Düşük ücret-mübalâgalı ücret: Düşük ücretin sebep sayıldığı, genel anlamda işsizlikten "aydın işsizliği"ne ve bunun içinde yer alan "avukat işsizliği"ne kadar uzanan olayların sosyal ekonomideki

değerlendirilmeleri kuşkuların, umutsuzlukların, belki de daha önemli başkaca olayların nedeni olabilir.

Mübalâğalı ücret ise hizmetin tam karşılığı değildir, bunda yabancı bir unsur kendini daima hissettirecek ve çeşitli ihtilâtlara sebep olacaktır.

Genel anlamda düşük veya mübalâğalı ücret farklı sonuçlar verir. Düşük ücret, verini azaltır, ekonomik gelişim hızı da düşer, "işçilik mesleğine rağbeti azaltır" (Talas, s.7). Mübalâğalı ücret ise maliyeti arttırır, tüketimi azaltır. O halde "avukatlık ücret"inin düşük veya mübalâğalı olmasının bazı etkileri bulunabilecektir. Bu etkilerin adalet üzerinde toplanması konunun önemini daha fazla arttırır.

Bir iddiaya göre, yüksek ücret işsizliği arttırır. Tartışmalı olan bu iddia şu gerekçelere dayanmaktadır: Ücret yükseltilirse iş veren işçi tasarrufuna yönelecektir. Ayrıca maliyetin artması bazı girişimlerin üretinden çekilmesine, bunun sonucu olarak da işsizlik oranının artmasına sebep olacaktır. Bu düşüncenin avukatlık ücretine uygulanması yaklaşık sonuçlar vermektedir:

Mübalâğalı ücret, "adlî müzaharet"e olan ihtiyacı arttıracak, adlî müzaharet olanakları yetersiz kalınca Avukat eliyle takip "talep"leri azalacaktır. Bu ise tüm meslek zararınadır. Görülüyor ki avukatlık ücretinin "serbestce takdir"i sanıldığı gibi sınırsız değildir.

4. Ücretin değişgenliği: Yıldan yıla bir avukatın talep ettiği ücretin daima artış göstereceğini ileri sürmek mümkündür. O halde "hizmetin karşılığı olan ücret" ölçüsü sabit kaldığı halde bu artış nasıl izah olunacaktır? Bunun bir tek gerekçesi vardır: Enflasyonun yükünü bir tek sınıfın çekememesi. Bununla beraber ücret arttırılması açısından "serbest meslekler"in, diğerlerinden daha fazla olanaklı oldukları da bir gerçektir.

5. Millî gelir: Millî gelirden alınan pay çağımızda üzerinde durulan ölçeklerden biridir. O halde Türk toplumunda avukat millî gelirden ne pay alıyor sorusu düşündürücüdür.

Millî gelirden paydaşlar arasında avukat "vermeden-alan"lar sınıfında değildir. Hizmetin karşılığı ile oranını muhafaza edebildiği takdirde avukatın millî gelirden fazla pay çekenler grubunda yer almadığı kabul edilmek gerekir.

6. Asgarî ücret: Genel ücret açısından "asgarî ücret" ile avukatlık açısından "asgarî ücret" arasında hem ilişki hem de farklar görünür. Asgarî ücret tarifesinde yazılı olandan aşağı inmemek mesleği belli bir seviyede tutmak isteğine dayanır. Fakat asgarînin tesbitinde genel ölçülerden esinlenmekte de zaruret vardır. "İnsan haysiyeti sebebi ile sosyal bakımdan uygun asgarî bir yaşama seviyesi" (Talas) bütün ücretlerde temel ölçüdür. Fakat asgarî ücrette, her işleme göre sarfedilecek "emek" ve ayrıca "zaman" ölçüsü de etkilidir. "Asgarî ücretin altına inmemek zorunluğu" serbestce kararlaştırılan ücretin mübalâğalı olup olmadığını kestirmekte etkisiz değildir. Eğer asgarî ücret maliyete makûl bir kârın ilâvesi ile elde edilen rakkam ise mübalâğalı ücret "fahiş kâr" gibi gözükebilir.

7. Teşvik edici ücret: Daha fazla çalışmaya "teşvik edici ücretler" avukatlık ücretinin niteliği ile bağdaşmaz. Daha fazla çalışsan işçive, verimi arttırdığı için ek olarak ödenen prim ve benzerlerini avukatlık ücretinin bünyesinde yabancı unsurlardır.

Teşvik edici ek ücretler veya yüksek ücret, pazarlama sağlanabilirse, üretimi sınırsız arttırmakla izah olunabilir. Fakat daha fazla veya daha az adalet düşünülmez.

8. Sonuca göre ücret: "Sonuca göre ücret" kavramı ile "avukatlık ücretinin hizmetin karşılığı" olduğu tanımı arasında tutarsızlık vardır. Zira sonuç sadece "vekâlet hizmeti"nin ürünü değildir. Adalet örgütü olmazsa hizmet de olmaz. Sonuca bağlı oranla, karşılık kavramı arasında bağdaşmazlık vardır.

9. Ücretin serbest takdiri: Müvekkil ile vekil arasında ücretin "serbestce kararlaştırılması" olanaklara bağlıdır. Avukatlar arasında pek farklı ücretler, bir süre sonra "avukatlar arası ücret dengesi"nin kurulması ile sonuçlanır. Arızî ve mübalâğalı ücret olavları normal değildir.

Müvekkilin maddî imkânına göre avukatlık ücretinin tâyini mübalâğalı ücret haline gelirse izahsız kalır. Zira avukatlık ücreti serbestce kararlaştırılırsa da bu ücret belli bir "hizmetin karşılığı" dır. Müvekkilin malî durumu bu karışıklığın dışında kalan bir konudur. Ücretin serbestce tâyini, sınırsız anlamına gelmez. Bir şey değerinin karşılığı ise ikisi arasında bir ilgi kurulacaktır. O halde mübalâğalı ücretin teşhisinde bu da bir ölçüdür. ./..

B. İhtivaç duyulan hükümler:

a-Tarifeye ilişkin korular: Kanunumuzun 168.maddesindeki usule göre üç yılda bir yeni tarifelerin hazırlanması için Baroların Yönetim Kurulları Türkiye Barolar Birliğine tarife önerilerini gönderecekler, bu önerileri de gözöründe tutacak olan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Baroları guruplara ayıracak, tarifeleri saptayacak ve Adalet Bakanlığının onayına sunacak, Bakanlık lüzurlu gördüğü değişiklikleri de yapabilecektir. Bu hükümlerden şikâyetçi olduğumuz yanlar vardır.

- Bakanlık, bazı tarife önerilerinde değişiklik yapmış ve hatta teklif nakamı olan Barolar Birliği Yönetim Kurulunun teklif etmediği hususları ta tarifeye koymuştur. Bu açıdan onay Makamının, öneri nakanının önermediğitarifeye alamayacağı yolundaki hukuka uygun davamız da Danıştay'da reddedilmiştir. O halde konunun bir kanun hükmü ile çözümlenmesinden gavrı çare kalmamıştır.

- Kanunun 168.maddesine "tarifeler, yürürlüğe konulduktan sonra karara bağlanıp sonuçlanan bütün işlerde uygulanır" hükmünün eklenmesi, haksız bazı yorumları önleyebilecektir.

b-Kanunumuz Baroları guruplaştırmayı emretmektedir. Birinci, ikinci gibi guruplaştırmaların bazı Barolarımızın itirazlarına yol açtığı görülmektedir. Her ne kadar Yönetim Kurulumuz Barolarımızın hangi gurupta yer almak istedikleri hususundaki istekleri daima yerine getirmiş ise de onama nakanının tasarrufları bu şikâyetlere yol açmıştır. Yönetim Kurulumuz kanunun istediği "guruplar"ı, sadece iki gurup benimsenerek suretiyle asgariye indirmiş ise de konunun genel kurulumuzca bir talimata bağlanması isabetli olabilecektir. Bu itibarla bu günkü uygulamanın devamı veya gurup sisteminin terk edilerek "tek tarife" esasının benimsenmesi üzerindeki tartışmalar pek faydalı olacaktır. Her ne kadar Yönetim Kurulumuz her ilin ekonomik durumunu resmî kaynak ve belgelere dayanarak bir incelemeye tâbi tutmakta ve mümkün olduğu kadar objektif kısıtlara bağlı kalarak guruplaşmayı gerçeğe uygun saptamak çabası içinde ise de sorun ilkeye ilişkin gözükmektedir.

c-Bir şikâyet konusu da tarife döneminin üç yıl olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bazı şikâyetler menleketimizde, özellikle sor yıllarda, para değerinin çok hızla kayıplara uğranması karşısında, asgari ücret tarifesinin gerçekleri izleyemediğine, ekonomik duruma uymadığına ilişkindir.

Sürenin kısaltılması, veya yeni tarife yapmak önerisinin Birliğin takdirine bırakılması veya Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kuruluna kat sayıyı saptamak yetkisinin verilmesi gibi düşünceler ortaya atılmış bulunmaktadır.

ç-Vekâlet Ücretinin Barolarca tahsili : Bazı meslekdaşlarımız ve Barolarımızın vekâlet ücretinin tahsilindeki güçlükten, tahsil için kişisel uğraşının bazen mesleğin onurunu zedeleyebileceği kuşkusundan hareket ederek tüm ücretlerin Baro aracılığı ile ve resmî kayıtlara dayanılarak ve avukatlık ücretinin tahsilinde bazı kolaylıklar (öncelik gibi) sağlayan bir sistemi önermektedirler. Böyle bir çalışmanın olanak dışı sayılması mümkündür. Kuşkusuz bugün Barolarımızın personel olanakları böyle bir ek görevle elverişli değildir. Fakat yeni bir sistemin maddi olanaklarını da içeren bir usulün bulunması için sebep de yoktur.

d-Hernekadar 164.maddede karşı tarafa yüklenecek ücretin Avukata ait olduğu açıklanmış ise de uygulamadaki yanlış yorumları önlemek için bu hususun hükünde açıkca tasrihi lüzununun maddede belirtilmesi uygun nütalâa edilmiştir. "Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir" biçimindeki son fıkra, önce Yargıtay 12.Dairesince, sonra Öbür Dairelerce:

"Madde, HUMK.423. maddesinde yer alan ve yargılama gideri ve bu meydana avukatlık ücretinin taraflara aidiyeti ve hükünde onlar adına yazılacağına dair kuralı değiştiremez, olsa olsa avukatla nüvekkil arasındaki durumu ilgilendirir."

Şeklinde yorumlanmış ve kararlar bu doğrultuda çıkmıştır.

Halbuki madde açıkca "Mahkemece takdir edilip karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağını" ifade etmektedir. Ancak, Yargıtayın bu yanlış yorumunda ısrar etmesi gözönünde tutularak aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

"Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata ait olup, bu husus Mahkemece tespit edilerek hüküm fıkrasında avukatlık ücretinin avukata ait olacağı ve doğrudan doğruya avukat tarafından takip ve tahsil olunabileceği açıkca belirtilir."

e-Avukatlık ücret sözleşmesinin resmî belge niteliğinde olduğu, buna müsteniden mahkemelerin (terminat aranmaksızın) ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verilebileceğinin maddede tasrihi isabetli ve zarurî görülmektedir.

f-165.maddeye "iş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, Sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretlerinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar" biçiminde açıklık getirilmesi önerilmektedir.

g-170.maddeye "Her dava ve her işe ayrı ücret takdiri zorunludur" hükmünün eklenmesi bazı yorumları önlemek bakımından zarurî görülmüştür.

186.ve Müteakip Maddeler:

(Sosyal Güvenlik Konuları)

Kanunumuzun sosyal güvenliğe ilişkin konuları hakkındaki şikâyetler yoğunlaşmakta, özellikle bunlar kanunumuzdaki boşluklar üzerinde toplanmaktadır. Avukatlık Kanununun yürürlüğe girdiği dönemde Sosyal Sigortalar ve Emekli Sandığı dışında sürekli ve güçlü bir kuruluş yoktu. Avukatlık Kanunu Sosyal Sigortayı tercih etti. Bundan sonra kurulan Bağ-Kur ile yeni bir güvenlik kuruluşu meydana geldi. Bunun sonucu olarak bazı çelişmeli durumlar ortaya çıktı. Diğer yönden avukatların Sosyal Sigortanın kapsamına alınmaları Avukatlık Kanunu hükümleri uyarınca gerçekleştirilmiş, fakat Kanunun uygulanması ile ancak anlaşılması mümkün çelişmeler, haksızlıklar öngörülmemişti. Ayrıca bu sistemin yürüyeneyeceği yolundaki kanaat bazı meslekdaşlarımızı terkinli harekete sevk etmişti. Halen bu kuşkuvarın giderildiği bir döneme gelmiş bulunuyoruz. Bu nedenle Sosyal Güvenlik hükümlerinin, boşlukları da dolduracak biçimde, yeniden ele alınmasında zaruret görülmektedir. Yönetim Kurulumuzun bu raporunda konunun en bariz örneklerinin Genel Kurulumuza arzında fayda görülmüştür:

1-Serbest meslekten Avukatlığa geçenler; Bazı meslekdaşlarımız diğer bir serbest meslekte uzun yıllar çalıştıktan sonra Avukatlık mesleğini tercih etmişler, dolayısıyla yaşları ileri, fakat Avukatlık mesleğinde az kıdemli halde mesleğe başlamışlardır. Arada Bağ-Kur Kanunu çıkmış, aynı meslekdaşımızın serbest meslekte kalan emsalleri eski hizmetlerini saydırmışlar, fakat Avukatlığa geçenler bu inkândan

faaydalanamamışlardır. Bu gurupta olan meslekdaşlarımızın Birliğe israrla başvurdukları görülmekte ve bir çözüm yolunun bulunmasını istemektedirler.

2-Boşluk : 189.maddenin 26.11.1970 tarih ve 1238 sayılı Kanununun 6.maddesi ile kaldırılmış olması (emekli sandığından aylık alanlarla, 506 Sayılı Kanununun 20.maddesine tâbi olanların istekleri üzerine Topluluk Sigortasına tâbi olabilmeleri) bir boşluk yaratmış ve bazı meslekdaşlarımız sosyal güvenlikden yeteri kadar faydalanmak olanağını yitirmişlerdir. Hükûnün ihyası yerinde olacaktır.

Ayrıca geçici 3.maddenin kabul ettiği sürelerin icapsız hak düşününe ilişkin kayıtlarının tashihi gerçelidir.

Borçlandırma konularının yeni baştan ele alınmasında zaruret görülmektedir.

3-Tip sözleşne: Kanunumuzun 191.maddesinin 2.fıkrası açıkça "Tip sözleşnenin değiştirilobiloceğini" tasbih etmiştir. Arada geçen süreye göre tip sözleşnenin bazı hükümlerinin değiştirilmesi gerekli hale gelmiştir. Özellikle "Basamak seçnek yetkisi" açısından yeni bir ayarlanmanın yapılması istekleri yoğunlaşmıştır.

Tip sözleşnenin değışebilirliliği kanunda açıkça gösterilmiş olmasına rağmen sözleşnenin diğerk taraflarını değışikliğe ikna etmekte bazı güçlülere rastlanmakta olduğundan "Barolar Birliğinin isteği üzerine tip sözleşnede yapılacak değışiklikte de yukarıdaki fıkrâ hükümü uygulanır" biziminde 191.maddenin 2.fıkrasının değıştirilmesi isabetli olacaktır.

4-İntibaklar: Kanun kuvvetindeki 12 sayılı kararnameyle avukatlık stajı müddeti esasen arne hizmeti olarak kabul edilmiş, intibaklarda dikkate alınmış ve böylece avukatlar staj süresinde renuriyet yapmış gibi terfi ve kıdem kazanmışlardır. Terfide, kıdemde, intibakta sayılan, dikkate alınan staj müddetinin emeklilik nevzuunda muteber sayılması büyük bir tenakuz olup, hukuka aykırıdır.

Hâkinler kanunu ile avukatlık kanununun nevzuumuzla alâkalı hükümleri tetkik olunduğu zaman görülecektir ki, hâkin stajiyerleri ile avukat stajiyerlerinin yaptıkları vazife ve tâbi tutulduğu yetişme bakımından arada hiç bir fark yoktur.

Buna rağmen sadece hâkim stajiyerliği emekliliğe sayılmakta avukatlık stajı sayılmamaktadır. Avukatlık nesleği aleyhine olan bu mesnetsiz taffikin giderilmesi gereklidir."

Madde-188 :

(Topluluk Sigortasına girmeyenler)

5-Bu madde hükmüne göre 506 sayılı Kanunun 20.maddesindeki koşullara uygun bulunan sandıklara (özellikle Bankaların Emekli Sandıklarına) tâbi olanlar Topluluk Sigortası dışında bırakılmışlardır. Bu sandıkların bir kısmı Sosyal Sigortaya tâbi olanlara kıyasla çok üstün yardımlar sağlamakta ise de bazı sandıkların pek cüz'î olarak sağladıkları, bu gurupta olan meslekdaşlarımızın bundan zarar gördükleri anlaşılmaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu, zaman zaman bu çeşit sandıkları bünyesi içine almak istemiş, bu sandıkların direnci ile karşılaşmıştır.

Bu durum karşısında çalıştıkları Müessesenin içinde adeten azınlıkta olmaları nedeni ile kararlarda etkili olanayan, diğer yönden bir kısmı Topluluk Sigortasına göre yetersiz, bir kısmı çok daha üstünde olanaklardan faydalanan iki gurup meslekdaşlarımız açısından "506 sayılı Kanunun 20.maddesini veya Topluluk Sigortasını tercihte irade beyanına dayanan bir usulün hükümleştirilmesi" gerekli görülmektedir. Kuşkusuz geçici, nüktesep hakları koruyucu hükümlerde ihmal edilmecektir.

Madde-193 :

(Sandıkların organları)

Sandıkların idare ve temsilinin sandık genel kurulları, sandık yönetim kurulu ve denetleme kuruluna ait olduğu yolundaki hükme ihtiyaç duyulmaktadır.

Avukatların Sosyal Güvenliđi sistemindeki boşlukların doldurulması:

Genel olarak Sosyal Güvenlik hakkında pek çok açıklamalar yapılmış olduğundan bu hususu tekrar etmeğe lüzum görmemekteyiz. (Avukatların Sosyal Güvenliđi) adı ile Türkiye Barolar Birliğince yayınlanan broşürü hatırlatmakla yetineceğiz. (Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:4)

Sosyal Güvenlik Konusunda Uygulanan Sistem:

21.Ağustos.1967 gün ve 12697 sayılı resmi gazetede yayınlanan 2.Beş Yıllık Kalkınma Plânında:

"Çeşitli gruplar için ayrı ayrı hazırlanmış olan Sosyal Sigorta mevzuatı, bu grupların özellikleri gözönünde bulundurularak yaklaştırılacak ve birleştirilecektir. Esnaf ve sanatkârlar, bağımsız çifciler, serbest meslekte çalışanların hastalık, ihtiyarlık ve ölüm hallerinde gelir güvenliklerini sağlamak için uygulama şekil ve şartları tesbit edilecek ve kendi aralarındaki yardımlaşma ve dayanışma kuruluşlarından yararlanabilecek sosyal sigortalar kurulacaktır. Kurulan bu sigorta kurumları ilerde Sosyal Sigortalar Kurumunda birleştirilerek tek bir güvenlik sistemi içine alınacaktır."

Denilmek suretiyle genel güvenliğe gidiş çalışmaları başlamış ve 19.3.1969 günü kabul edilen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile Avukatlar Sosyal Sigortalar kapsamına alınmakla kalkınma planlarının ön gördüğü genel sosyal güvenliğe gidişin ilk adımı atılmıştır.

2.Eylül.1971 gününde kabul edilen 1479 sayılı (Esnaf, Sanatkâr ve diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu)'nun gerekçesinde:

"Serbest meslek sahiplerinin özel durumları ve topluluk sigortasının arzu edilen neticevi sağlayamamış olması karşısında yeni bir sosyal güvenlik müessesesi kurulması yoluna gidilmesinde zorunluk görülmektedir. Bu suretle serbest meslek sahiplerinin uzun vadeli sosyal güvenlikleri sağlanırken bu görevleri yerine getirecek bir örgütün kurulması gerekmiş, her iki husus tek kanun içerisinde düzenlenmiştir.

Devlet Plânlarına Teşkilâtının sosyal güvenlik kuruluşlarını tek elde toplama ve yönetme görüşünü de ilerde gerçekleştirecek biçimde; bu kurum, forlarını geliştirdikten ve güçlendirdikten sonra birleştirilmeleri öngörülebilecektir. Böyle bir birleşimin 10 yıl içinde gerçekleşmesi beklenir.

Denilmektedir.

Gerek İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planında, bütün çalışanların sosyal güvenliğinin bir kurum altında toplanması hakkındaki prensip kararı ve gerekse bundan sonra kabul olunan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu gerekçesinde bütün çalışanların güvenliklerinin bir tek güvenlik sistemi altında toplanmasının düşünüldüğü açıklanmış olmasına göre ana güvenlik sistemi olan Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamına alınmış olan Avukatların geçici bir sosyal güvenlik sistemine bağlanmayıp, ana sosyal güvenlik sistemi olan Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında kalması yerinde görüldüğünden Bağ-Kur ile ilişki kurulması öngörülmemiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Millet Meclisi Geçici Komisyonunda görüşülmesi sırasında Avukatların Sosyal Sigortalar Kapsamına alınması prensip olarak kabul edilmiş ve 1136 sayılı Kanunun 186 ve bunu takip eden maddelerinde hükümler getirilmiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun geçici 1,2,3,4,5. maddelerinde uygulanma hakkında bazı hükümler getirilmiş ve 1238 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle sosyal güvenlik bakımından bir düzenleme yapılmak istenilmiş ise de mevcut hükümler ve yapılan değişiklikler ihtiyaca cevap verememiştir.

Uygulamada Görülen Aksaklıklar:

1-Hernekadar Avukatlar Sosyal Sigortalar kapsamına alınmışlar ise de Avukatlar, diğer sigortalılara tanınan haklardan ayren yararlanmamaktadırlar.

506 Sayılı Kanunun 1186 sayılı kanunla değiştirilen 60.maddesinde kadın 50, erkek 55 yaşında emekli olmak olanağı kabul edilmiş olduğu halde 1136 sayılı Avukatlık Kanununda erkek ve kadın ayırımı olmaksızın emeklilik yaşının 55 olarak kabul edilmiş olması kadın avukatlarımızı haklı olarak şikâyete sevk etmiştir. Yaş bakımından eşitliğin sağlanması gerekir. Hernekadar Bağ-Kur Kanununda da 506 sayılı kanuna paralel olarak yaş düzeltmesi yapılması hakkında değişiklik tasarısı hazırlanmış ve Millet Meclisine sunulmuş ise de Avukatlık Kanunundaki yaş durumunun düzeltilmesi yoluna gidilmemiştir. Bu nedenle kadın avukatların 50 yaşında emekli olma haklarının kabulü için değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

2-Çalışma Bakanlığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Türkiye Barolar Birliği arasında yapılmış olan tip sözleşmeye göre Avukatların bildirdikleri günlük kazançları her yıl ancak % 10 arttırılabilmektedir. Bir çok nedenlerle bazı meslektaşlarımız günlük kazanç bildirimlerinde kendi yaş ve kıdemlerine uygun günlük gelir bildiriminde bulunmamış veya bazı sebeplerle her yıl arttırılması gereken % 10 arttırmayı yapmamış olduklarından

emeklilik süresinin tanımlanması halinde en yüksek günlük kazanç üzerinden emekli olma hakkını elde edenmiş bulunmaktadır. Bu durum aynen Bağ-Kur üyeleri arasında da meydana gelmiş olduğundan 1803 sayılı Af Kanununun 9.maddesinin (F) fıkrasında Bağ-Kur üyelerine yeniden basamak seçmek hakkı kabul edilmiş olduğu halde aynı durumda olan avukatlara bu haklara hakkı tanınmamıştır. Sigorta primine esas olacak günlük kazanç asgari ücretten az olamayacağına ve asgari ücretlerin her zaman artması sakınılmaz olduğuna göre 1912 sayılı kanundan evvel 506 sayılı kanunda yapılar değişiklikle en az ücret günlük 12 liradan 18 liraya ve 18 liradan 40 liraya çıkarılmış ve bu arada avukatların da prime esas günlük ücretleri buna göre ayarlamak zorunluğu meydana gelmiş ve son kabul olunan en az ücret ile en çok ücret arasındaki basamaklar için ayarlama yapılmak üzere bütün ücretlere birincisinde % 35 ve ikincisinde % 22 zam yapılmış bulunmaktadır.

Günlük 18 lira gelirin 40 liraya çıkarılması üzerine o sene sigorta kapsamına giren avukat ile 5-6 yıl kıdemli olup S.S.Kurumuna prim ödemiş Avukatlar günlük 40 lira primde birleşmiş olduklarından evvelce 18 liradan başlamış olan bir avukat 25 yıllık sigortalılık sonunda en yüksek günlük kazanç ulaşılanmakta ve bu nedenle yaşlılık aylığında zarara uğramaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi günlük kazanç bildirimlerinde yeni bir ayarlama yapılması olanağı sağlandığı takdirde herhangi bir sebeple kıdem ve yaşına uygun günlük kazanç bildirenemiş veya bazı nedenlerle yıllık % 10 artırmayı yapamamış olanların ve prime esas en az günlük kazançların artırılması nedeni ile kıdemine uygun günlük kazanç üzerinden prim ödeyeneyenlerin uğradıkları haksızlık giderilmiş olacaktır.

3-506 Sayılı Kanunun geçici 8.maddesine paralel olarak kabul edilmiş olan 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun geçici 1.maddesinde, sigortalılığın başladığı tarihten önceki 10 yıl içinde meslek çalışmış olanlara tanınmış hak dolayısı ile gerek süre belgelerinin zamanında verilmiş olması ve gerekse hizmet birleştirmeleri konusunda sosyal sigortalar kurumu ile uyumsuzluk bulunmaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumu hizmet birleştirmelerinin zorunlu olduğu hakkında uzun bir zaman ısrarda bulunmuş ve sonradan hizmet birleştirmelerinin isteğe bağlı olduğunu kabul etmiş ise de bazı barolar tarafından 10 yıllık süre belgelerinin zamanında verilmesi sebebi ile Avukatların bu süreden yararlanacakları noktasında ısrar etmektedir.

Bu nedenle bir çok meslektaşlarımız emeklilik hakından yoksun kalmaktadır. Bu cihetinde kanun değişikliğinde gözönünde tutularak giderilmesi gerekir.

4-Stajiyerlerin de Avukatlar gibi sosyal güvenlikten yararlandırılmaları, sosyal güvenlik ana prensipleri gereği bulunmaktadır. Kanunda bu yolda bir açıklık bulunması yararlı olacaktır.

5-Emeklilerin hizmet birleştirmesi:

1136 Sayılı Kanunun, 1238 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan 189.maddesinde, Emekli Sandığından emekli olanlar ve buna benzer avukatların S.S.K.na girmeleri isteğe bağlı tutulmuş iken sonradan yapılan değişikliklerle bu gibi kimselerin topluluk sigortasına giremeyecekleri hükmü getirilmiştir.

Herhangi bir nedenle ve çok düşük bir dereceden emekli olan bir avukatın Sosyal Güvenlik Kapsamına alınmaması, onun yoksulluk ve sefalete terk edilmesi demektir. Emekli Sandığından emekli olan bir kimsenin yeniden Emekli Sandığına tâbi bir işte çalışması halinde bu son hizmeti eski emeklilik hizmeti ile birleştirildiği gibi S.S.K.ndan emekli olan bir kimsenin de yeniden S.S.kapsamına giren bir işte çalışması halinde bu son hizmeti eski hizmetleri ile birleştirilerek emekli maaşı buna göre ayarlanmaktadır. Bunlara uygun olarak, emekli olan bir avukatın avukatlık yaptığı sürece Sosyal Sigortalar kapsamına alınması ve yaşlılığı zamanında yoksulluğa düşmesinin önlenmesi gereklidir.

6-Prin borcunun süresinde ödenmemesinin sakıncaları:

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 190.maddesi, topluluk sigortası prinlerinin zamanında ödenmesi halinde Avukatın baro levhasından silinmesi zorunluğunu getirmiştir.

Hiçbir işyerinde ve işkolunda sigorta prininin ödenmemesi halinde işçinin işinden yasaklanacağı hükmü bulunmaktadır. İşverenler sigorta prininin bir kısmını işçiden kestikleri halde S.S.K.na ödemeleri halinde kendileri işçinin bu parasından yararlandıkları halde işyeri işten yasaklanmaktadır. Prin ödenmesi halinde işten yasaklanma yalnızca Avukatlık Kanununda bulunmaktadır. Yolculuk, hastalık ve sair nedenlerle primi zamanında ödeyeyen bir avukatın neslekten ner edildiği hakkın da mahkemeler, savcılık ve icra dairelerine bildirim yapılması, sonradan prin ödenerek bu sakınca ortadan kaldırılrsa dahi avukatın durumu tamamen sarsılmış ve birçok haklar kaybedilmiş olur. Bu nedenle neslekten yasaklanma hükmünün sakıncalarının giderilmesi zorunludur.