

TBB. Yayınlarından : No. : 25



MESLEK KURALLARI

(ŞERH)

(3. Bası)

Avukat Faruk EREM

Ankara - 1977

Sevinç Matbaası, Ankara - 1977

Tel. 25 03 53

Yayıncı: Sevinç Matbaası

Bu kitabımı, TBB. nin ilk dönem yönetim kurulundan bugüne kadar birlikte görev aldığımız ve değerli fikirlerinden güç kazandığım aziz meslekdaşlarım Atila Sav, Azmi Soydan, Cengiz İlhan, Emin Baltaoğlu, Enver Arslanalp, Erdoğan Bigat, Fehmi Özçelik, Hikmet Tuncay (rahmetli), Hilmi Becrik, İhsan Saraçlar, İlhan Kutay, Mehmet Kavaklılar, Osman Kuntman, Rahmi Mağat, Sadeddin Tokbey, Sebahattin Allıoğlu, Tacettin Sırmalı, Vedat Burcuoğlu, Zeki Yücel, Ziya Bilge'ye saygı ve sevgilerimle ithaf ediyorum.

Avukat Faruk EREM

İÇİNDEKİLER

MESLEK KURALLARI

- I. Giriş 1-6
Eski yunanda avukatlık (1-3) 2. Romada avukatlık (3-5) 3. Sonuç (5-6).

I. GENEL KURALLAR

1. Bağımsızlık 7-30
1. Metinler (7-8) 2. İdari vesayet (8-9) 3. Anayasa (9-10) 4. Avukatlık kanunu (10-11). Anayasal yorum (11-13) 6. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu (13-16) 7. Baro organlarının fethi (16-17) 8. Barolar ve kamu oyu (17-19) 9. Baskı gurupları ve barolar (19-28) 10. Baro, örgüt ve karar kavramları (28-30)
2. Avukatın bağımsızlığı 30-45
1. Kaynaklar (30-31) 2. Kavramın kapsamı (duygusal bağımsızlık) (31-33) 3. Tanıklık (33-34) 4. Bilirkişilik (34) 5. Bağdaşmazlık (34-35) 6. Sanıklar ile ilişkiler (35) 7. Savunmada çatışma (35) 8. Parlamento üyeliği ve avukatlık (36-42) 9. Mesleğimizin geleceği (42-45)
3. Kamu inancı, meslek güveni 45-52
1. Kamu inancı, (45-46) 2. Mesleğe güvenilmesi (46) 3. Usul hiylesi, (kavramın mahiyeti, hiylenin çeşitleri, sanığın hiylesi, hiylenin müeyyidesi) (46-50) 4. Sadakat (50) 5. Mesleki çalışma (sosyal ekonomik sorunlar, kanunlar) (50-52)
4. Meslek itibarı 52-63
1. Meslek itibarı (52) 2. Siyasi davalar (takdiri tutumlar, müdafinin tarafsızlığı, örgütlerin örtülü müdahalesi, cesaret aleliyet sonuç) (52-55) 3. Olağan dışı yargılamalar (55-62) 4. Özel yaşantı (62) 5. Protokol (62-63)

5. Objektiflik	63-66
1. Objektiflik (63) 2. Sözlü savunma (63-65) 3. Sataşmalar (65-66) 4. Savunma dokunulmazlığı (66) 5. Hukuk dışına çıkılmaması (66)	
6. İddia ve savunmanın hukuki yönü	67-67
7, 8. Reklâm yasağı	67-74
1. Metinler (67-68) 2. Yasağın nedeni (rekabetin reddi, adalet hizmeti) (69) 3. Yasağın mahsus şekli (ingilteredeki uygulama, bern kuralları, meslek kuralları) (69-71). 4. Diğer reklâm şekilleri (büro açılması, adres değişikliği, telefon rehberi, uzmanlık ilânları, yayın araçları ile ilişkiler, ortak büro, bölgesel avukatlık) (71-74)	
9. Diğer olanaklardan faydalanma	74-75
1. Diğer görevler (74-75) 2. Avukatlık sıfatı (75)	
10. Karşıt istekler yasağı	75-75
1. Aynı dava (75) 2. Kademeli savunma (75)	
11. Dayanışma ve düzen	76-76
12. Büro	76-76
13. Bürodan uzaklaşma	76-76
14. Görev kabulü zorunluğu	76-77
15. Aleyhe açılan davalar	77-77
16. Belgelerin açıklığı	77-77
17. Hakim ve savcılarla ilişkiler	77-84
1. Hizmetin özelliği (77-80) 2. Duruşmanın inzibati (avukatın duruşmadan çıkarılması, avukatın tevkifi, inzibati ceza, savunma diyalektiği, kademeli savunma, itham, savunma, hüküm üçlüsü, eşitlik, doğruyu bilmek hakkı) (80-84)	
18. Yasaklılık	85-86
19. Yakınlıklar	86-87
20. Resmi kılık	87-91
1. Resmi kılık kavramının dayanağı (savunma tekeli, görev ayrılığı, eşitlik) (87-88) 2. Nerede giyileceği (bağımsız	

lık uygulama) (88-90) 3. Giysi (90-91) 4. Resmi kılığın korunması (91)

21. Duruşmayı terk hakkı 91-98
1. Metinler (91) 2. Duruşmayı terk hakkının niteliği (91-92). 3. (91-92) 3. Duruşmayı terk hakkı ile davadan çekilme hakkı (92) 4. Müsaade (92) 5. Avukatın ihzarı veya celbi (92-93) 6. Susturma (93) 7. Avukattan evrak gizlenmesi (93-95) 8. Savunma sınırının aşılması (95-97) 9. Duruşmalara girmemek (97-98)
22. Davayı uzatmamak görevi 98-98
23. Red ve şikâyet hakkının kullanılması 98-98
24. Tanıklarla temas 98-99
25. Görevlilerle temas 99-99
26. Şikâyetlerin açıklanması 99-100
27. Kişisel görüşlerin açıklanmaması 100-101
28. Nezaket ziyareti 101-101
29. Meslekdaşlararası yardımlar 101-101
30. Mesleki dayanışma 101-104
1. Mesleki dayanışma (102) 2. Usuli yardımlar (103) 3. Özeldir kaydını taşıyan yazışmalar (103) 4. Meslektaşın dava edilmesi (103-104)
31. Hasım tarafla temas 104-105
32. Örnek vermek 105-105
33. Stajiyerler 105-106
34. Sonuç hakkında teminat vermemek 106-108
1. Yardım (106-107) 2. Temsil (107) 3. Savunma (107-108)
- 35-36. Birden fazla taraf vekilliği 108-116
1. Metinler (108-109) 2. Birden ziyade sanığın müdafiliği (109-111) 3. Ortak büro (ortak büronun niteliği, ortaklık anlaşması, tüzel kişilik, ticari nitelik, ortaklararası ilişkiler, avukatın ortağı deyimi, ortak adedi, bürodan ayrılma) (111-116)

37. Meslek sırrı	116-129
1. Metinler (116-117). 2. Avukatlık sırrı (117-124) 3. Avukat bü- rolarında arama (124-129)	
38. İşi reddetmek hakkı	129-132
1. Metinler (129-130) 2. Karşıt görüş (130-131) 3. Karşıt ol- mayan görüş (131-132)	
39. Başka avukat tutulması	132-133
40. Basına Açıklama	133-133
41. Müvekkile zarar vermek	133-134
42, 43. Avans ve sair akçalar	134-134
44, 45. Hapis hakkı	134-138
1. Metinler (135) 2. Avukatın evrakı hapis hakkı (135-137) 3. Hapis hakkına ilişkin hükmün gelişimi (137-138)	
46. Adli müzaharet	139-139
47. Ücret	139-149
1. Ücret kavramı (139-141) 2. Sosyal ekonomi açısından avu- katlık ücreti (141-148) 3. Teminat (148-149)	
48. Görev bağdaşmazlığı	149-149
49. Yürürlük ve uygulama	150-150
50. Kuralların kabulü ve yayımı	150-150

MESLEK KURALLARI

GİRİŞ*

Baro Başkanı Rouse şöyle demişti : «Biz bütün memleketlerin yerlisiyiz, bütün yüzyılların da çağdaşı». (Chammard, G. B. *Les Avocats, Paris, 1976, s. 12*).

Bugün her uygar devletin avukatlık kanunu ve meslek kural-ları şaşılmaz kadar birbirinin aynıdır. Bunun nedeni tarih boyunca, değişmez temellere dayanmaktadır. Avukatlık mesleğinin, şekil ka-zanmağa, belirlenmeğe başladığı dönem olarak eski Yunan-Roma uygarlığı kabul edilir. Bunun nedenini belki de yazılı kaynakların bu dönemde yoğunlaştığında bulmak gerekir, (bk. Falchi, G. F. *Diritto Penale I. Pedavo 1937, önsöz*).

1. *Eski Yunanda Avukatlık* : Eski Yunanın ilk günlerinde ta-raflar hâkimin önüne gitmeğe mecbur idiler (Eski Yunan Ceza hukuku için bk Thonissen. *Le droit pénal de la République Athéni-enne, Bruxelles, 1875*). Solon kanunu da, hâkimin önünde dâvala-rını, savunmalarını, bizzat izaha tarafları mecbur tutuyordu. Fa-kat bir akraba veya bir dost taraflara yardım edebiliyor, onların izahlarını tamamlayabiliyordu. Bunlar sonradan «synagore» ismini aldılar. Bir süre sonra taraflara evvelden savunma hazırlayan ve «Legographes» adını alan yardımcılara rastlandı. Bunların ilki Antiphon'dur. Mahkemede söylenecek sözleri bir nutuk halinde yazıyor, ilgililere ücret mukabili veriyor, ilgililer bunları ezberle-yerek hâkimin önünde tekrarlıyorlardı. (Rousselet M. *Histoire de la justice. Paris, 1968, s. 16*). Mesleğe Démosthène'de bir Legographe olarak başlamıştı (Rousselet, s. 17).

(*) Memleketimizdeki gelişim için bk. Türkiye'de savunma mesleğinin ge-lişimi (TBB. yayınları, no. 5, Ankara 1972).

Bunlar arasında, Lysias, İsocrate, Démosthène en ünlüleridir. İlgililerin iyi ezberlememeleri, unutmaları, şaşkınlıkları karşısında yardımcıları onların yanında bulunmağa başladılar. Logographe'ların hazırladığı dilekçeler dâvaya giriş mahiyetini taşıyor, tartışmalar bunlar üzerinde cereyan ediyordu. Nihayet Logographe'lar hakiki «a v u k a t» haline geldiler. İlk «B a r o» Atina'da kuruldu.

Dracon ve *Solon* Atina Barosuna çok sert bir disiplin getirdiler: Ancak hür kişiler avukatlık edebiliyordu, esirlere bu hak tanınmamıştı. «Böyle asil bir görevi esirler yapamazdı» (Molierac, 'Initiation au Barreau, Paris, 1947, s. 43). Ana babalarına saygısızlıktan cezalandırılanlar, vatan savunmasına veya bazı kanuni görevlere katılmayı reddedenler, ahlâka aykırı işlerle uğraşanlar, sefahat yerlerinde görülenler, miras yolu ile kendilerine intikal eden serveti, lüks içinde yiyip bitirenler, avukatlık edemezlerdi. Mahcup olmaları nedeni ile kadınlar da Baroya kabul edilmezlerdi (Rousselet, M. Histoire de la Justice, Paris, 1943, s. 15).

Aréopage, kutsal bir yer sayılıyor ve duruşmadan evvel iyice yıkılıyor, temizleniyordu. Bundan maksat hâkimlere ve kâtiplere buraya temiz ve saf olandan gayrisinin giremeyeceğini hatırlatmaktı (Molierac, s. 43).

Eski Yunanda, duruşma başlamadan evvel bir nidacı konuşmacılara davayı kazanmak için heyecan doğurucu hiç bir harekette bulunmamalarını, bağırarak ilân ederdi. Her konuşmacının konuşma süresi üç saatle sınırlı idi. Konuşmacıların hakarete kaçmamaları, acı sözler söylememeleri, duruşmadan sonra sakince çekilip gitmeleri, etraflarına kalabalık toplamamaları şart koşulmuştu. Bu kurallara uymayanları p a r a c e z a s ı n a çarpıttırlardı (Chammard, s. 20).

Eski Yunanda mahkemeye itham edenin ve kendini savunmanın dostları da gelir, bu suretle itham ve savunmaya ağırlık verilmesi sağlanırdı.

Hitabeti avukatlığa sokanın Péricles olduğu kabul edilir. Bununla beraber, «H i t a b e t» in sakıncalarından korkulmuş ve bazı sınırlamalara gidilmiştir.

Şöyle bir olaydan bahsedilir. Ahlâk dışı davranıştan sanık güzel Pryné'nin savunmasını yapan Hypérides, Aéropag'ın önünde

müvekkilesinin göğüslerini örten tülü yırtmış, kadının güzelliğinin etkisi altında kalan hâkimler beraat kararı vermişlerdi. Fakat bu skandaldan sonra savunma daha sert tedbirlere tâbi tutulmuştu. Hatiplerin, hâkimlerde merhamet veya nefret uyandıрмаğa yönelmiş konuşmaları yasaklandı. Bazı Yunan Cumhuriyetleri konuşmadaki hünerleri ile hissi, akla galip kılan konuşmacıları hudut dışına çıkarmışlardı. Konuşmacılar tevazu içinde kalmakla görevlendirildiler, hâkimler nezdinde tavassut, hakaret, acı sözler, ayağını yere vurma, kırıcı hareketler yasaklandı. Mesleğin vakar ve onurunu sağlamağa yönelmiş bu kurallar, Roma avukatlarına örnek oldu.

Avukatlığın tarihinde «S ö z l ü S a v u n m a» dan daima kuşku duyulmuştur. Buna rağmen sözlü savunma (özellikle ceza dâvalarında) yüzyıllar sonunda kural haline geldi. Metinlere göre, sözlü savunmadan kuşku-lara ilk kez eski Mısırlılarda rastlandı. Mısırlılar, sözlü savunmayı kabul etmiyorlardı. Bir hatibin konuşması ve hareketleri ile hâkimleri etkileyeceğinden korkuyorlar ve savunmanın yazılı olmasını istiyorlardı.

Tanrıyı somutlaştırdığı kabul edilen Firavun hem yüksek hâkim, hem de en yüksek yönetici sayılıyordu. Avukatlar ise adaletin yardımcısı sayılmışlar, savunma ve adalette temsil tekeline elde etmişlerdi.

2. *Roma'da Avukatlık* : Roma'da da yalnız erkekler avukatlık yapabiliyorlardı. Kadınlar, evvelâ babalarının, evlenince de kocalarının otoritesine bağlı olduklarından avukatlığa ehil sayılmazlardı.

Romanın ilk döneminde yalnız Patrisiyenler ve din adamları kutsal kuralları biliyorlardı. Eğer bir patron bir plebe yardımı kabul ederse, onu her alanda korur ve adalet huzurunda savunurdu, plebin de patronuna sadakat borcu vardı. Patron için bu pek ağır, fakat en onurlu bir görev sayılırdı.

Eski Romada Plebisien harpte de, duruşmada da patronunun peşinden giderdi. Fakat patron da ona her alanda yardım ederdi. Dâvasında da avukatı idi (Chammard, s. 18).

Roma'da avukatlar savunmalarını daha etkili kılmak için «alkışlayıcılar» (Laudiceni) tutarlar, bunlar evvelden saptanan yerlerde konuşmayı alkışları ile keserlerdi (Marquiset, s. 18).

Milâttan 350 yıl kadar evvel Patrisiyen Appius Cladius'un yardımcısı Caius Flavius, onun evrak ve formüllerini gizlice aldı ve kitap halinde yayınladı. Bu nedenle plebler, Flavius'a minnet duyular. Patron ile müşteri arasındaki ilişkiler zayıflıyordu. Plebler,

müdafiielerini seçmekte özgür hale geldiler. Patronun yerini «A v u k a t» aldı (Molierac, s. 46). Böylece müdafaiini serbestçe seçmek hakkı doğdu.

452 yılında oniki levha kanunu ilân olundu (bk. Charles R. Histoire du droit pénal, Paris, 1963,) s. 14). Bu suretle hukuk herkesçe anlaşılabilir hale geldi. Plebler eşit haklar elde ettiler. Bundan sonra Avukat «uzman kişi» sayıldı (Chammard, s. 20). İmparatorluk zamanında Baro disiplini kazandı. Fakat Baro hiçbir zaman bağımsızlığını elde edemedi. Çünkü avukatları «Yüksek Hâkim» tayin ediyor ve haklarında disiplin tedbirleri alıyordu.

Romalı avukat her dâvaya başlarken doğruluk yemini ediyordu. Bu yemin Adaletin zaferini sağlamak, müvekkilin haklarını eksiksiz savunmak, dürüstlük yolundan ayrılmamak unsurlarını kapsıyordu. Fakat bu yemin sadece hukuk dâvaları içindi. Ceza dâvalarında avukat yemin etmezdi, zira suç esasında haksız bir hareketi (Chammard, s. 21).

Avukat dâvanın haksızlığını anlayınca, dâvadan çekilmek zorunda idi, «d â v a d a n ç e k i l m e h a k k ı»nın doğuşu bu dönemden başlar.

İlk zamanlarda avukatların ücret almaları yasaktı. Ovide'in şu sözleri tekrarlanırdı: Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir tanığın tanıklığını, bir hâkimin hükmünü, bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir.

Avukatlar ücret almıyordu, fakat Avukatlık Cumhuriyette yüksek görevlere giden yolu açıyordu. Avukatlar evleri önündeki bir palmye ağacı ile tanınırdı. Cicéron, Consul olduğu zaman avukatı. César da Roma Barosunda avukattı (Rousselet, s. 21).

Disiplininin sertliği ile ün kazanmış ve her söylevini «Kartaca ortadan kaldırılmalıdır» cümlesi ile bitiren Caton (M.Ö. 237-142) Avukatı şöyle tanımlamıştı: «Konuşmasını, inandırmasını bilen namuslu adam.».

Cumhuriyet döneminde dâvalara ücretsiz bakılırdı. Fakat bu kurala bazan uyulmadığı görüldü. Milâttan 204 yıl evvel, Cincia Kanunu ücret veya hediye kabulü suretiyle dâva alınmasını yasakladı (Rousselet, s. 21). «Alınan ücretle orantılı savunma» anlamsızdı. Fakat bu Kanun uzun süre uygulanamadı. Claude, avukatların

ücret alabileceklerini, fakat ücretin belli bir tavanı (onbin sesteres) aşamayacağını yasalaştırdı (Marquiset, Z.-Les gens de justice, Paris, 1967, s. 20; Rousselet, s. 21). (Garçon, s. 185).

«Hasılı dâvâ» ile orantılı ücret yasağı pek eskidir. Roma hukukunda da «quota litis» yasağı vardı. Bu yasak daima «Avukatın bağımsızlığı» kuralına dayanmaktadır. Böylesine bir ücret anlaşması Avukata bağımsızlığını kaybettirir, onu müvekkilin ortağı haline getirir. Avukat dava ile şahsen ilgili olmamalıdır.

359 yılından itibaren, imparatorluk döneminde avukatlar topluluklar halinde örgütlenmeye başlamışlardı. Daha sonraları Barolara raslandı. İlk zamanları, levhaya yazılma tarihine göre en kıdemli olan Baro Başkanı sayılıyordu. Avukatlar bir sayı ile bağlı idiler ve adetleri sınırlı olarak resmen tayin olunurlardı.

İmparatorluk dönemi, Roma tarihi kitaplarında, bütün kuruluşları ile yerilmiştir. Avukatlık müessesesi de bunun dışında kalmadı. Artık eski Roma Avukatlığı değişmişti. «Roma yaşantısı» adlı yapıtında Paoli şunu yazdı : «Cicéron avukattı, artık avukat Cicéron değildi.»

Kuşkusuz Romanın en ünlü avukatı Ciceron'du. 43 yılında Antoine'ın askerleri tarafından öldürüldüğünde 63 yaşında idi. 37 yıllık meslek ve siyaset yaşamında inanılmayacak kadar çok eser verdi (Marquiset, J. Les gens de justice, Paris, 1967, s. 17). İlk başarısını babasını öldürmek ithamı ile haksız yere suçlanan Roscius isimli kişinin savunmasında, Verrès'i, Sicilya'yı haraca bağlamakla ithamda elde etmişti (Rousselet, s. 21).

3. *Sonuç* : Yukarıdaki kısa tarihçe mesleğimizin gelişmesini göstermek bakımından ilginçtir. Eski Yunan ve Roma döneminden sonra Orta Çağda hiç bir gelişme görülmedi. Çünkü bu çağ «S a v u n m a h a k k ı» na karşı idi. «İ ş k e n c e» ile «İ t i r a f» elde edildiğine göre «s a v u n m a» lüzumsuz sayılıyordu. (bk. Vidal, cour de droit criminel, Paris 1935, s. 721. nt. 1).

Rönesansta Avukatlık bir gelişme gösterdi. Tanım şu idi: «*Yumuşak, sâkin, Tanrıdan korkan, hakikati ve adaleti seven.*» Fransız parlamanları kurulunca, bunların başka başka şehirlere giderek duruşma yapmaları nedeni ile avukatlara «adaletin gezici şövalyeleri» denilirdi. 1327 tarihinde Philippe de Valois ilk defa bir «tableau» ihdas etti ve adına «Matricule» veya «Rolle» denildi. Bu suretle «Avukatlık Levhası» ortaya çıktı. 1344 yılında «staj» mües-

sesesi kuruldu ve avukatlar üç sınıfa ayrıldı : «Conciliarii» (müşavirler) (bunlara mahkemeler hukuki konularda danışıyorlardı) «Advocati» (mahkemelerde iddia ve savunma yapanlar), «Novi» (stajyerler). Avukatlık şövalyelik gibi bir düzene bağlandı, «Kanun şövalyeleri» şövalyelik onuru ile bağlı idiler, onurlarını, olayların üstünde tutmak zorunda idiler.

Ne yazık ki, Fransada, iki avukatın raporu üzerine 1789 da Baro kaldırıldı. Ne tuhaftır ki 1810 yılında, Avukatlardan nefret eden Napoleon tarafından yeniden kuruldu (Toulouse, A. Önsöz: Chammard, G.B. Les Avocats, Paris 1976).

Bu kısa tarihçeden bir başka sonuç daha çıkarılabilmektedir. Yunan-Roma uygarlığında kabul edilen Usul sistemi «İ t h a m u s u l ü» idi. Savunma mesleği gelişti. Orta çağ «e n g i z i s y o n s i s t e m i» ni kabul etti. Meslek adetâ ortadan silindi. Rönesans itham sistemine döndü, mesleğin yeniden ve hızla gelişmeye yöneldiği görüldü (bk. Leone, Trattato di Diritto Perocessuale Penale, I. Napoli 1961, s. 21; kşz. Larqier, J.-La procédure pénal. Paris, 1963, s. 10). Rönesanstan sonra İngiltere (Anglo Sakson Hukuku) itham sistemine sadık kaldı. Bugün Anglo-Sakson ülkelerindeki gelişmeye Batı Kara Avrupası hâlâ ulaşamamıştır. Nedeni şudur : Kara Avrupası, Kilise Hukukundan arınmamış, usulünü itham- tahkik (engizisyon) karması (uzlaştırıcı) bir sistem halinde sürdürmüştür. Kanunlarını onlardan alan Türkiyemizin aynı karma usulü benimsemiş olmasının sakıncalarından biri de Avukatlık mesleğinin gereken düzeye ulaşmasını bu usulün engellemiş olmasıdır.

I. GENEL KURALLAR

1 — Türk avukatları baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığı gereğine inanmışlar ve bu konuda kendilerine gerek kişi, gerek kuruluş olarak düşen görevleri başarma kararına varmışlardır.

1. *Metinler* : Yeni 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 tabi olmaları tabii ve hattâ zarurî 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*». O halde Barolar ve Türkiye Barolar Birliğinin yürütmenin «*v e s a y e t*» i altında olduğu böylece ve resmen açıklanmıştır.

a) Kanunun Gerekçesinde yazılanlar meselâ Odalar Birliğine Hükümetin müdahalesini belki izah edebilir. Fakat Barolar ve Barolar Birliği sadece bir «*meslek kuruluşu*» değildir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. «*İdarî hiyerarşi*» kavramına verilen (!) anlam da isabetli olamamıştır.

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

Baroya yazılma istemi kararına karşı itiraz üzerine TBB tarafından verilen kararın (8) stajiyer listesine yazılma istemi hakkında 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.

«Barolar ile Türkiye Barolar Birliği organlarının pek yerinde olarak verdiği pek çok kararlar Adalet Bakanlığınca onaylanmaması nedeni ile yürürlüğe girememiş ve bunun Avukatlık mesleği için giderilmesi olanaksız zedeleyici zararları oluşturmuştur». (Yörük, S. Savunma ve Avukatın Bağımsızlığı, Cumhuriyet: 1.1.1977).

2. *İdarî vesayet* : Vesayet altında Barolar çağdaş Baro anlayışına uygun düşmemektedir. «Yapılagelmekte olan çalışmalar olumlu neticeler verir ve Avrupa Barosu kurulursa, muhtar, muhtakil bir Baronun mensupları olmadıklarından Türk Avukatları Avrupa Barosuna kabul edilmezlerse bunun sorumluluğu her halde Türk Avukat camiasına ve Türkiye Barolarına ait olmayacaktır» (Dereli F. İstanbul Baro Derg. Özel sayı, 1969, önsöz, s. 21).

a) Milletlerarası Hukukçular Komisyonununun 1955-1956 yılları arasında yaptığı toplantılara ait bilgiler bir kitap halinde yayınlandı (1966), bu kitapta :

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

b) Klecatsky «h u k u k ü s t ü n l ü ğ ü» adlı makalesinde : (Klecatsky (H.), Réflexion sur la primauté du droit, Rev. de la com. inter. de jurites, 1963, n. 2 s. 215). bu kavramın müteaddit unsurlarından kurulmuş olduğunu, bu unsurlar arasında önem farkı düşünülemediğini, 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. «H u k u k ü s t ü n l ü ğ ü k a v r a m ı n ı s a v u n m y a k e n d i n i h a s r e t m i ş , y ü r ü t m e k a r ş ı s ı n d a b a ğ ı m s ı z B a r o n u n m e v c u d i y e t i». Bu satırlar, Baroların bağımsızlığının çağdaş anlayışta hangi unsurlarla önemde eşit ve mevcudiyette zaruri sayıldığını açıkça göstermektedir.

Ziya Gökalp (dördüncü mebnas : Hukuki Türkçülük) eserinde şöyle yazar : «Hukukî Türkçülüğün birinci gayesi, asrî bir devlet vücuda getirmek olduğu gibi, ikinci gayesi de, meslekî velâyetleri, velâyeti âmmenin müdahalesinden kurtararak mütehassısların salâhiyetine müstenit meslek muhtariyetleri tesis etmektir. Sanayî, Ziraat kanunları, Darülfünun, B a r o , Tabibler cemiyeti, Muallimler cemiyeti, Mühendisler cemiyeti ilh... gibi mes-

lekî teşekküllerin meslekî muhtariyetlerine dair kanunlar yapmak da bu gayenin icabatındadır».

c) 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, adlî makamlarla ve Hükümet ile olan ilişkilerde B a r o y u s a v u n m a k» (bk. Bolton, W. Des professions judiciaire et droit, le barreau d'Angleterre, Rev. de la com. inter. de juristes, 1957, n. 1).

ç) Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun 1959 toplantısı bir kitap halinde yayınlandı : (Commission internationale de juristes, le principe de la legalité dans une société libre, rapport sur les travaux congres 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.

3. *Anayasa* : Vesayet altında Baro Anayasamızın ruhuna uygun sayılamaz. Kuvvetler ayrılığı bir anayasal prensip olduğuna göre Baroları vesayet altında tutan bir sistem, dolayısıyla adliyeye de müdahale etmiş duruma girer. «A d l i y e n i n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı» fiilen ve tamamen sağlanmış olmazsa «h â k i m l e r i n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı» eksik kalmış demektir.

a) Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun Delhi toplantısına 53 ülkeye mensup hukukçular katıldı. Yayınlanan beyannamede 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 «v e s a y e t» hükümleri milletlerarası tutuma bilerek karşıdır.

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.

b) Alman kanununda (m. 1) «Avukat adaletin tevziinde müstakil bir organdır» hükmü yer almaktadır.

Avukatın görevinde nazarî olarak bağımsızlığı yeterli değildir. Avukat görevinde kendini gerçekten hür hissetmelidir. (bk. La profession d'Avocat, Bulletin de la com. inter. de juristes, 1965, n. 24, s. 5). 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 olamayacaktır.

«Vesayete muhalifim». «Anayasanın 122. maddesine göre Adalet Bakanının Baroları denetlemesini kabul etmek mümkün değildir» (Özden, Ekrem : İstanbul) Adalet Bakanlığını, TBB. üstünde bir karar mercii haline getiren hükümlere muhalifim» (Betil, Zihni : Tokat) Onbeş sene hizmet etmiş, şu kadar Baro temsilcisinin seçecekleri kuruluşun keyfi karar vermesi mümkün değildir. Kaldı ki : «... hiç bir müessese Türkiye'de keyfi karar veremez, bunu Anayasa önlemiştir» (Ülker, Reşit : İstanbul) «Barolar bağımsız olmalıdır» Sariibrahimoglu, Adana).

«Baroların bağımsızlığı, savunmanın bağımsızlığının doğal sonucudur. Avukatlık Yasası'nda bu yoldaki değişiklik bütün topluluğun benimsediği ve beklediği bir çözümdür» (Sav. A. Barolar Birliği ve savunma özgürlüğü, Milliyet : 12.1.1974).

c) Adaletin üç unsuru görevde eşittir. Hâkim-Savcı-Avukatın aynı prensiplere tabi tutulması şarttır. Yeni Anayasamızdan sonra hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatı sağlandı. Bu gelişme içinde yeni Avukatlık Kanunu izahsız kalmaktadır. Adalet Bakanlığı savcayı tayin edemezken aynı Bakanlığın bir kimsenin Avukatlığa kabul edilip edilmemesi ve disiplin konularında «son söz» ün sahibi kılınması yersizdir.

4. *Avukatlık kanunu* : Yeni 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 tahdit bu hakkın özü ile bağdaşamaz. Bu sebeple -iddialı bir görüşe nazaran savunmayı Usul Kanununa bağlamanın dahi bir tahdit olduğu ileri sürülmüştür (krş. 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; 1967, n. 126).

5. *Anayasal yorum* : Barolar Birliğinin ve Baroların bağımsız olamayacakları iddiası Anayasanın ruhu içinde çelişmeli bir yorumu dayanmaktadır.

a) 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 hükmününün sevk edilmesi suretiyle, kendi kendilerini denetleme kavramının ancak özerk teşekkül için söz konusu olduğu ve 122. maddede buna muvazi bir hüküm sevk edilmediğine göre kamu kurumunu niteliğinde meslek kuruluşları bakımından merkezi idarenin denetleme hakkının mahfuz tutulduğu» (!).

Bu mütalaada özerklik ile bağımsızlık kavramları karıştırılmaktadır. Serbest meslek mensuplarının kuruluşlarında kendi kendini yönetim 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 şey değildir.

b) Anayasanın 122. maddesine göre :

- «Kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşları kanunla meydana getirilir»;
- Bu kuruluşların «organları kendileri tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilir»;
- «İdare, seçilmiş organları, bir yargı mercii kararına dayanmaksızın geçici veya sürekli olarak gözden uzaklaştırılmaz»;

— «Meslek kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz».

O halde Anayasamız kamu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında şu prensipleri kabul etmiştir : Kanunilik; demokrasiye uygunluk; kendi kendini idare; görevde süreklilik. Bu esasları açıklamak gerekir :

a') Anayasamıza göre «k a m u k u r u m u n i t e l i ğ i n d e m e s l e k k u r u l u ŷ l a r ı» bahis konusudur. Bu hükümden çıkan anlam şudur : Bu kuruluşlar, kamu kurumu değildir, o niteliktedir. O nitelikte olmalarındandır ki kuruluşları «k a n u n»la olur. O halde bu kuruluşların işleyişlerine hukuka bağlı kalmak şartı ile ancak yasamanın müdahalesi meşrudur. Eğer yasama, bu müdahale yetkisini, kanun ile de olsa, yürütmeye verirse, bu kanun Anayasaya uygun olamaz. Diğer bir deyimle bir şeyin ancak kanunla yapılabileceği, yürütmenin müdahalesini meşru kılmağa yetmez. Bu formül, bunun tam aksini ifade eder. Kanun ile de olsa, Barolara müdahale yetkisi yürütmeğe verilemez.

b') Anayasamızın sistematığı kendine göre bir anlam içinde hazırlanmıştır. Diğer bir deyimle Anayasanın sistematığının dayandığı bir «f i k i r» vardır. 120 madde Üniversitelerden, 121 madde TRT. den, 122. madde de kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlardan söz eder. O halde Barolar Birliğinin kamu vesayeti ile ilgisi «çüçncü derece» dir. Halbuki 1. ve 2. derecede olanlardan daha fazla, yürütmeye bağlanmıştır.

c') Anayasanın başlıkları da önemsiz değildir. Başlıkların metinden sayılamıyacağı doğrudur (Anayasa 15). Fakat bu başlıkların, kuralların çelişmesini önlemek gibi bir görevi olduğu da açıktır. Anayasamızda «ö z e r k k u r u l u ŷ l a r» (—a. üniversiteler - b. radyo, televizyon ve haber ajansları) gösterilmiş, başlık değişmiş, «kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları» ayrı bir bölüm olarak ele alınmıştır. O halde lâfzî bir yorumla, özerk olanlar sayılmıştır, bunlar arasında barolar yoktur, düşüncesi, kavram karışıklığından ileri gelen bir tutumdur.

ç') Kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, idare hukukunda yöresel yönetim (ademi merkezîyet) zarureti ve faydaları ile izah eden bir anlayış vardır. Bu anlayışın bir dereceye kadar Anayasaya etkili olduğu da söylenebilir. Anayasanın 122. maddesi ge-

rekçesinde «çeşitli meslekî faaliyetlerin kanun tarafından kamu hizmeti düşünçesile, birer kamu tüzel kişisi olarak teşkilâtlandırılması halinde bu gibi kamu kurumu niteliğindeki meslekî kuruluşların, kendi işlerini yerinden idare esasına göre görebilmesini ve seçilmiş organlarının da teminata bağlanmasını sağlamak için mahallî idareler hakkındaki hükümlere muvazi bir surette sevk edilmiştir».

d') Bu anlayışta kolaylıkla Ticaret ve Sanayi Odaları ile «Barolar» bir arada mütalâa edilebilir. Böylesine yanlış bir idare hukuku anlayışının, Anayasanın hazırlanması sırasında etkili olabilmesi, Anayasa koyucusunun gerçek isteğine uygun sayılamaz (Kşz. Onar, S.S. İdare Hukukunun Umumî Esasları, II, 3. Bası, s. 899).

e') Bu anlayış içinde «Barolar» ve Barolar Birliği'ni ademi merkezîyet zarureti veya faydası ile izah etmek kadar anlamsız bir tutum düşünülemez. Zira adalette görev alanların «ademi merkezîyet» ile ilgisi yoktur. «Hata» etkisini devam ettirmiş ve 1136 sayılı Kanun dahi -bilmeden- yapıldığı anda eskimeyi göze almıştır. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 109/2. maddesinde yer alan şu deyim, meslek adına övülecek bir tarafı yoktur : Barolar Birliği «tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur» (!). «Barolar» ve «Barolar Birliği» mahkemeler teşkilâtı ve usul kanunlarında yerini bulması gereken kuruluşlardır. Barolar, Barolar Birliği ve tek tek bütün avukatlar «idarî anlayış»a karşı çıkmak zorundadırlar. İdarî anlayış, adalete sızmak için, tarihin her çağında yollar, olanaklar aramış, bulmuş ve hattâ bunlar bir süre başarı sağlamıştır. 1136 sayılı Kanundan evvelki kanun bunun tam bir örneğidir. 1136 sayılı Kanun ise onun etkisinden tamamen kurtulmuş değildir. «Barolar» Anayasanın üçüncü bölümünde («y a r g ı» diye adlandırılan bölümde), yani «mahkemelerin bağımsızlığından (132), hâkimlerin teminatından (133), söz eden bölümde yerini almalıydı. Anayasa hazırlanırken, bu vahim ihmal tarihen yapmakla görevli oldukları görevi kavrayamamış olanların kasıtsız sorumluluğudur. Bugün ilkel bir Baro anlayışı içinde olmağa Türk avukatları müstehak değildir.

6. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu : Avukatlık Kanunu «kamu niteliğinde meslek kuruluşu deyimi» ile faydalı değil, zararlı olmuştur. Anayasanın 122. maddesinde aynen «k a m u k u r u m u n i t e l i ğ i n d e k i m e s l e k k u r u l u ş l a r ı n»

dan bahsedilir. Anayasa ile 1136 sayılı Kanunun deyimleri kelimeleleriyle aynıdır. Bu deyimlerin uysalca, kabulü ile ortaya çıkan hatalı durumun tashihi kolay olmayacaktır.

a) Anayasa hazırlanırken Baroların niteliğinin -örneğin Üniversiteler kadar, örneğin Hâkimlerin bağımsızlığı kadar- ısrarla ilân ve müdafaası yoluna gidilse idi, «Barolar» adlarını ve yerlerini Anayasada kolayca ve isabetle bulabileceklerdi.

Anayasanın 122. maddesinin içinde bulunduğu bölümün (C bölümü) adı, «i d a r e»dir. Türkiye Baroları ve Barolar Birliği «idare» midir (?) (!).

Baroların bağlı kalmaları asla devam edemez. Barolar kanunla değişebilecek müesseselerden değildir. Bazı yazarlar, Baroları «tabiiî hukuk müesseseleri»nden sayarlar. Zira «savunma hakkı» bağımsızdır (Garraud, II, n. 516).

b) Yukarıdaki açıklamalar 1961 Anayasası hakkındaki kanaata, ona verilecek anlama göre haklı veya haksız kabul edilebilir. Bu sebeple «A n a y a s a n l a y ı ş ı» üzerinde durulacak bir kavramdır.

Anayasayı «temel» deyimini izah edememektedir. Anayasa bir «Kaynak» kabul edilmelidir. Anayasaya aykırılık kavramı da, bir Kanunun bu kaynağın ürünü olmak niteliğini taşıyıp taşımadığına göre belli edilmelidir. Bu anlayış bizi Anayasa kurallarını yorum tekniğine götürür. Eğer «lafzi tefsir» esas sayılırsa Anayasa kolaylıkla «tutucu kurallar topluluğu» haline gelecektir ve eskime hızı da artmış olacaktır. O halde soru şöyle düzenlenmelidir.: 1961 Anayasası Baroların Bağımsızlığını reddeden bir Anayasamıdır? Anayasa genel tutumu ile bağımsızlığı reddetmiyorsa, bağımsızlığı kabul etmeyen bir kanun Anayasaya (yani kaynağa) uygun değildir.

Görüliyoruzki «Anayasada özerk müesseseler sayılmıştır, bunlar arasında Barolar yoktur. O halde Barolar özerk değildir» mantığı sadece «lafzi tefsir»dir. «Kaynak yorumu» değildir. Bu mantık baroların Bağımsızlığına yapılan, en kuvvetli değil, en anlamsız itirazdır.

Tekrar edelim : Avukatlık Kanunu yapılırken büyük bir hata işlenmiş ve Barolar «meslek teşekkülü» formülüne bağlanmış, böylece barolar 122. maddeye girebilecek kuruluşlara benzetilmiş ve üzerinde «yürütmenin denetimi» zaruri kuruluşlarla aynı düzeye indirilmiştir.

1961 Anayasası bazı kurum ve kurullarla Türkiye'mizde Adalet Problemini çözmek istedi, kısmen de çözdü. Fakat bu davranış

Adaletin kendi (öz) ihtiyaçlarını karşılamak için değildi. Bu istek eksik kurum ve kurullarla Adaletin siyasal akım ve kuruluşları koruyamamış olması sebebine dayanıyordu veya başlıca sebebi bu idi. Adaletin öz ihtiyaçları üzerinde durulmamış olmasının sonuçları küçümsenmemelidir. Bu savsamanın etkisi kendisini duyurmağa başladı. Baroların Bağlılığı şikâyetleri buna ancak bir örnektir.

«İ s p a t h a k k ı» kavramının Anayasaya alınmasının nedenleri dahi siyasal çatışma olaylarından gelir. Türk Adaletinde reform başka nitelikte ve yüzeyde kalmayacak bir anlayışa geçilmezse, başarısızdır. Fakat bunun için bazı engeller kaldırılmalıdır. Bu engellerden biri de «Baroların Bağlılığı»dır. 1961 Anayasası Adalet organlarına müstesna bir yer sağlamakla onlara yürürlükteki yasaları «i l e r l e t i c i y o r u m»la süresiz geliştirme görevini verdi. Zira «H u k u k Ü s t ü n l ü ğ ü» böyle bir geliştirme çabasına girilmezse sadece tutucu bir kavrama dönebilir.

Daima ileri sürülen şudur. Baroların bağımlılığı hakkında diğer demokratik memleketlerde kanunî hükümlere rastlanmamaktadır. Bu iddia kısmen haklıdır. Fakat o memleketlerde tabii olan bir şey için kanun hükmü düşünülmemiştir. Buna bir misal verelim :

Payen-Duveau, Avukatlık mesleğinin kuralları ve Paris Barosunun temayülleri isimli eserinde (Paris, 1966, s. 19, n. 4) Baroların bağımsızlığı başlıklı bölümde şöyle demektedirler : Baroların bağımsızlığı kuraldır. Her Baro bağımsız olarak kendi iç yönetmeliği ile görevini yapar. Mesleği düzenleyen kanun oldukça geniş deyimler kullanarak her Baroyu kendi yönetiminde bağımsız kılmıştır. Meslek disiplini konusunda da Barolar serbesttir. Fakat kararları İstinaf Mahkemesinin denetimine tabidir. Eğer bir avukat bir Baronun levhasından silinmiş ise, diğer bir Baro onu kabul etmez. Bir Barodan rızası ile ayrılan bir avukatın, diğer bir Baro tarafından levhaya yazılma isteği reddedilebilir. Bir Baronun, vakıaları, diğer bir Barodan farklı mütalâa etmesi mümkündür. 10 nisan 1954 tarihli Kanununun 16. maddesine göre Baroların «yetkileri dışında veya kanuna aykırı kararları savcının başvurusu üzerine İstinaf Mahkemesince bozulabilir».

Görülüyor ki Baroların bağımsızlığı hakkında kanunu olmayan Fransa'da Baroların gerek Adalet Bakanlığına, gerek diğer Barolara karşı da bağımsızlığı vardır. Memleketimizde Adalet Bakanlığının vesayetini izah imkânsızdır, çağ dışı kalmaktadır.

«Tüzel kişilikli kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını oluşturan Türkiye Barolar Birliğinin (1136 sayılı Kanun-Madde 109) ve baroların (Aynı kanun-madde 76) gözetim ve denetimleri altında hak arama hürriyetinin (Anayasa-madde 31) işleyişine destek olan; hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere, resmî ve özel kurul ve kurumlara yardım etme ereğini güden hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına adanmış, görevlerinin yerine getirilmesine adli mercilerin ve öteki resmî dairelerin kendilerine yardımcı olmakla yükümlü tutulduğu (1136 sayılı Kanun-madde 2) bir meslek topluluğunun, avukatlığın faaliyetlerinin kamu yararı ile olan sıkı ilgisi, bu ilginin de işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı ve bunun serbest meslek kavramıyla bağdaşabilir ve o kavramı, 1136 sayılı Kanunun hükümlerinde görüldüğü üzere, sınırlar bir nitelik olduğu ortadadır.» (Anayasa mahkemesi kararı : 21.1.1971, 33/7, RG 23.8.1971, m. 13935).

Sonuç, Yargıtay Başkanının şu cümlesiyle özetlenebilir : «Baroların bağımsızlıklarını sağlayacak, onları idarenin vesayetinden kurtaracak yasa değişikliği yapılmalıdır» (Yargıtay Başkanı, Menteş, C. 1974-1975 Adalet yılı açış konuşması, Ankara, 1974, s. 13).

7. *Baro Organlarının Feshi* : Avukatlık Kanununun (76) Baroları «kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu» saymış olmasında isabet yoktur. Esasında Barolar ve Barolar Birliği Anayasanın yargı bölümünde yer alması gereken kuruluşlardır.

Barolar «k a m u k u r u m u n i t e l i ğ i n d e m e s l e k k u r u l u ŷ u» sayılınca, diğer kuruluşlar hakkında idareye tanınmış «feshi istemek hakkı» Baroları da kapsamına alacaktır. Bununla beraber Avukatlık Kanununun bu hususta bazı özellikleri olduğu sanısındayız :

Anayasamıza (122) göre «*idare, seçilmiş organları bir yargı mercii kararına dayanmaksızın geçici veya sürekli olarak görevden uzaklaştıramaz*» 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 hükmü Anayasaya uygun mudur?

Anayasamız (142) fesih için «yargı mercii» kararına dayanmak zorunluğunu getirmiştir. Avukatlık Kanunu ise, feshi gerektireceği kanaatinde ise Bakanlığın keyfiyeti Danıştaya bildirmek gibi bir çeşit «ihbar hakkı»na sahip olduğuna işaret etmektedir.

Bu yolla Danıştayca verilen karar «yargı kararı» mıdır? İdarî bir karar mıdır?

Bir anlayışa göre «yargı mercilerince verilen kararlar yargı kararıdır». Anayasa Mahkemesi (2..6.1964, 1964/44) «Anayasa gereğince, yüksek mahkemelerden biri olan Danıştayın idarî veya kazâî görev yapmaları bakımından bir ayrıma tabi tutulmadan bütün dairelerini birer yagı mercii saymak gerekeceği» kanısındadır. Genel mahkemelerde de «hasımsız dâva» açılması ve bu dâvalar hakkında «yargı kararı» verilmesi mümkündür.

Bunun karşıtı anlayışta daha fazla isabet görmekteyiz. Fesih kararları Danıştay Üçüncü Dairesince verilmektedir. Danıştayımızın içtihadına göre Dairenin verdiği karar «yürütülmesi gerekli idarî bir karar»dır ve Daire kararının iptali Dâva Daireleri Kurulunda, istenebilir. Başka kamu kuruluşu niteliğinde meslek kuruluşları hakkında emsal de vardır (Dâva Daireleri Kurulu : 26.3.1971, 72/268).

İdare, Dairenden fesih kararı alınca, «yürütmenin durdurulması» kararı getirilmediği takdirde, fesih kararını uygulayabilecek midir? Anayasaya aykırılık bu noktadan başlamaktadır. Çünkü Anayasamız, idarenin fesih işleminin mutlaka bir «yargı mercii kararı»na dayanmasını şart koşmuştur. Bunun anlamı idarenin ancak «fesih davası» açabileceğidir. Üçüncü Dairenin aldığı fesih kararlarını, Dâva Daireleri Kurulu «iptal» edebilmektedir. İptal, idarî kararlar için mümkün olduğuna göre Daire kararı, (belki) bir «yargı mercii» kararıdır, fakat «yargı kararı» değildir.

Sonuç : Baroların bağımsızlığı yıkılabilir, fakat kısa sürede yeniden kurmak ihtiyacı duyulacaktır. Fakat arada çok şey yitirilmiş olacaktır. Bir sistemi yıkmak, örneğin bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmağa benzemez.

8. **Barolar ve Kamu Oyu :** «K a m u o y u» deyince akla «D e m o k r a s i» ve özgürlükler gelir. Açık veya örtülü diktatörlüklerde kamu oyu değersiz sayılan veya yapay olarak yaratılması faydalı görülen bir «kavram»dır. (Sauvy, A. L'Opinion Puclique, Paris, 1971, s. 5).

Demokrasilerde «B a s k ı G u r u b u» olan Barolar ve Birlik «Kamu Oyu» üstündeki etkisini kullanırken nelere dikkat etmelidir?

«Sınırsız kamu oyu» sistemi ile «yasak bölgesi kamu oyu» sistemi ayırt edilmelidir. Bu ikincisine «kararsız demokrasiler» de rastlanır. Seçimler, iktidara «genel yetki» vermiş sayılır. Fakat belli bir konuda sonradan ortaya çıkan veya değişen kamu oyunu saptamak olanağı (özellikle referandum ve benzeri usulleri kabul etmemiş demokrasilerde) bulunmamaktadır. (bk. Sauvy, s. 14) Kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri -bir dereceye kadar- bu boşluğu doldurmuş olabilir. «Tek düşünce tek millet» formülüne bağlanmış bir toplumda yaşanılıyorsa kamu oyuna ihtiyaç yoktur. Böylesine toplumlarda bir «varsayım» kamu oyunun yerini almıştır.

Diktatörlüklerde bir kamu oyu oluşması veya değişmesi «ihtilâl başlangıcı» sayılır, ceza kanunlarındaki bazı hükümler ancak bu şekilde izah edilebilir. Demokrasilerde ise kamu oyu normal, hatta faydalı sayılır. Kamu oyunu yok edici tedbirler alınırsa Demokrasiden söz edilemez. Bu açıdan bazı kanunlarımızın, yeni bir anlayışla gözden geçirilmesi gereklidir. Bu konuda Barolara ve Birliğe görev düşmektedir. Demokrasiye geçiş her yönü ile başarılmış değildir. Batı demokrasileri ile doğu demokrasileri arasında fark bulunduğu iddiasına (bk. Sauvy, s. 15) son verilmelidir.

Diktatörlüklerde Kamu oyunun bulunmadığı iddiası doğru değildir. Her rejimde kamu oyu vardır. Bir bakıma diktatörlüklerde de Hükümet Kamu oyundan haberdar olabilir. Fakat bunun açıklanmasını önler. Örneğin Fransa'da Vichy hükümeti, koyduğu sansürle okuduğu mektuplardan kendisine karşı gittikçe artan direnci pek iyi anlayabiliyordu. Basında çıkan haberler, yorumlar, yazılar, diktatörlüklerde bile kamu oyunda birşeyler olduğunu hissettirebilir.

Diktatörlüklerin yaptığı «resmî propoganda» ile kamu oyunun oluşması önlenmek istenir. Bu aynı zamanda bir «toplumsal şartlandırma» tekniğidir.

Kamu oyu, deyince, belli bir ülkede kamunun ne düşündüğü akla gelir. Bu nedenle «d ü n y a k a m u o y u» deyimine ihtiyaç duyulmuştur. Bu ikisi çatışmaya düşebilirler. Bir dönemde ırkçılık gerçekten Alman Kamu oyu idi. Fakat ırkçılığı reddeden «Dünya Kamu Oyu» üstün geldi. Sömürgecilik konusunda da böyle olmuştur (bk. Sauvy, s. 16).

Kamu niteliğindeki meslek kuruluşları böylesine bir çatışmayı önlemekle görevlidirler. Bu kuruluşların uzmanlıkları, Bilimin Milletlerarası tarafsızlığı onlara bu görevin bilincini vermiş olmalıdır.

«Kamu oyu olgunlaşma süreci» ölçümlenmeye, ne de ölçülmeyle elverişli değildir. Kırksekiz saat içinde de «kesin kamu oyu» belirmiş olabilir. (Kıbrıs Barış Harekâtında olduğu gibi). Fakat bu düzeysel bir değerlendirmedir. Bir anlık sayılan olayların bile sessiz ve sürekli bir «kuluçka süresi» vardır. Barolar Birliğinin öncülüğünü yaptığı «Hukukun Üstünlüğü» bu açıdan değerlendirilmelidir.

«K a m u o y u n u h a z ı r l a m a k»tan söz edilir. Siyasal partilerin kamu oyuna etkisi böyle olabilir. Partiler Kamu oyunu kendi inançlarına çekmek gayreti içinde olabilirler. Fakat kamu niteliğindeki kuruluşların etkisi «kamu oyunu oluşturmak (aydınlatmak) niteliğini» taşır. Barolar ve Birliğin bu niteliği yitirmemeleri gerekir.

Kamu oyu ile çoğunluğun oyu ayrı kavramlardır. İkisinin birleştiği dönemler olabilir. Bundan faydalanarak, gerektiğinde ayrılma olanağının kaldırılması, «siyasal fırsatçılık»tır. Demokrasilerde «Kamu oyunun sağlığını korumak» hukuk kuruluşlarına düşer.

Dönem, dönem Barolar ve Birlik «H ü k ü m e t» ile fikirsel çatışmaya düşmüş olabilirler. Bu demokratik düzen için olağandır. Kamu oyunu belli bir noktada saptamak ve yanında tutmak isteyen hükümet ile Kamu oyunun toplumsal gösterge yeteneğini yitirmemesinde görevli kamu niteliğindeki kuruluşların tutumu elbet farklı olacaktır.

Bu görev pek soyludur. Kamu oyunun yanığı sosyal felâketlere yol açabilir. Onu sağlıkta tutan kuruluşların sorumluluğu da ona göre oranlıdır.

9. *Baskı gurupları ve Barolar*: Baroların ve TBB. nin bir «B a s k ı G u r u b u» olduğu ileri sürülmektedir. Bu konunun bilimsel değerlendirilmesinde yarar vardır:

a) *Terim*: Yabancı dillerde kullanılan terim şudur; «pressure groups», «Les groupes de pression». Bu terim dilimize «Baskı gurubu» olarak çevrilmiştir.

Bazen başka bir terim de kullanılır : «Interest groups». Bu terim «menfaat gurupları» anlamına gelir.

«Baskı gurupları» ile «Menfaat Gurupları» deyimini eşanlamda değildir. (Kapani, M. Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1964, s. 190; bk. Aybay, R. Baskı Gurupları, İHF. Derg. XXVII, s. 271; Sauvy, A. L'opinion publique Paris, 1971, s. 101).

b) *Yığın - Gurup Farkı* : Sosyal psikoloji açısından belki bir derecelenme gözlenebilir : yığın, menfaat gurubu, nihayet baskı gurubu. «Kamu Niteliğinde Meslek Kuruluşları» da bu sonuncuların özel bir türü gibi gözükmektedirler.

Yığınlar, «şekilsiz topluluklar» dır. Bir rastlantı sonucu, birbirleri ile ne sosyal ne çıkarca hiçbir bağlantısı olmayan kimselerin biraraya gelmeleri ile oluşan yığınların bir «gurup» sayılmaları olanağı yoktur. Buna karşıt «Menfaat Gurubu» ile «Baskı gurubu» arasında ortak nitelikler de yok değildir.

c) *Menfaat Gurubu* : Bununla beraber bu iki gurubu birbirinden ayırmak kolay değildir : «İkisi arasındaki başlıca fark, bir gaye ve metod farkı olarak kendisini gösterir» (Kapani, s. 190). «Menfaat gurubu ile baskı gurubu farklı şeylerdir. Baskı gurubu ile menfaat gurubu arasında temel bakımından bir ayrılık yoksa da, bunların sosyal ve siyasî hayattaki yerleri ve etkileri bir fark yaratmaktadır». (Aybay, s. 279).

«Menfaat gurubu, aralarındaki fiilî bir menfaat ortaklığı bulunan insanlardan meydana gelmiştir. İnsanların iradelerinin dışında, sosyal ve ekonomik hayat sonucunda ortaya çıkan bu ortaklaşa menfaat çok çeşitli biçimlerde olabilir» (Aybay, s. 272).

Aynı olan menfaat insanları bir gurup saymağa yeterli olabilir. Fakat bunlar yalnız o menfaat açısından bir gurupturlar. «Şekilli topluluklar» haline dönüştükçe, «Baskı gurubu» haline gelebilirler. Örneğin, dış ülkelerde çalışanları bazı çıkarları yönünden bir gurup sayabiliriz. Bunlar örgütlesseler Baskı Gurubu haline gelebilirler. Çünkü bu birleşme sonucunda genel memleket sorunları amaç haline gelecektir.

«Menfaat Gurubunun tanımlanmasında en önemli unsur, bu gurubu meydana getirmiş olanların arasındaki bir birlik şuurunun olmamasıdır. İnsanlar, bazı durumlarda sosyal ve ekonomik hayat

sonucunda ortaya çıkan ortaklaşa menfaatlerini hissedememektedirler» (Aybay, s. 272).

Şu tanım isabetli gözükmektedir: «Menfaat gurubu tabiri ile her modern ve girift bünyeli cemiyette faaliyet gösteren, diğer guruplardan muayyen taleplerde bulunan, müşterek tavırlara sahip bir topluluk kastedilmektedir» (Abadan, N. Devlet idaresinde menfaat gurupları, SBF. Derg. XIV. n. 1. s. 232).

Menfaat Gurupları bölgesel guruplar halinde görülebilir (büyük şehirlerde kiracılık gibi), yaygın da olabilirler (tarımla geçenler gibi). Buna karşılık Baskı Gurupları, yurt çapında olmakla, bu niteliği kazanabilirler.

«Menfaat Gurubu» aktif bir şekilde çalışmasını sağlayacak bir teşkilattan yoksundur. Menfaat gurubu, hükümete, yasama organına, kamu oyuna etki yapabilmek için disiplinli bir şekilde çalışamaz» (Aybay, s. 273).

«Menfaat gurupları... teşkilât kurmaya, sistematik propoganda gayretlerine girişmeğe başladıkları anda birer baskı gurubu haline gelirler» (Abadan, N. s. 234).

İşte bu nedenlerle «bütün menfaat gurupları birer baskı gurubu olmadıkları gibi, her baskı gurubu da mutlaka bir (menfaat) gurubu değildir» (Kapani, s. 191).

Menfaat guruplarının Anayasal kişiliği yoktur. «Menfaat gurupları hukuk dışı sosyal kuvvetler olarak başıboş bırakıldıkları takdirde kudret ve tesir derecelerine göre siyasi hayatın hakkaniyet ve adalet dairesinde ceryanını ihlâl tehlikesini taşıyabilir» (Abadan, s. 245).

ç) *Siyasal ortam ve Baskı Gurupları*: «Klâsik demokratik teoriler, menfaat guruplarına meşru bir yer tanımamışlardır. Rousseau, hertürlü menfaat temsilini, genel iradeye zarar verecek özel iradelerin belirtisi olarak görmüştür. Fransız devriminde çıkarılan 1791 tarihli Le chapelier kaunu, Rousseau'nun demokrasi anlayışından esinlenerek, Devletle birey arasında yeralan bütün (ara kuruluşlar)'ı ortadan kaldırmıştır. Aynı dönemde Amerika'da liberal siyaset felsefesinin temsilcilerinden biri olan Madison (hizip) olarak adlandırdığı siyasi gurupları, toplumun genel ve sürekli menfaatlerini tehdit eden topluluklar olarak nitelendirmiştir. Modern totaliter ve otoriter rejimler de, genellikle, baskı gurup-

larına karşı olumsuz bir tutum takınmakta, çeşitli menfaatlerin temsilini, toplumda yaratmak istedikleri sun'i ve mutlak birliğin gereklerine aykırı görmektedirler». (Özbudun, not, s. 4).

«Demokratik ülkelerde, fertle Devlet arasında yeralan ve fertlerin menfaatleri için iktidara baskı yapan guruplar, totaliter devletlerde iktidarın ferde baskısını sağlamağa yaramaktadır. Siyasi iktidar, bu baskısını yürütebilmek için, baskı gurubu olabilecek kurumların idarecilerinin (güvenilir) kimseler olmasına çalışır. Bu gurupların kendine bağlı olması veya böyle bir kanaatin uyandırılması için elinden geleni yapar. Totaliter ülkelerde bu gurupların herhangi bir isteğinin kabul edilebilmesi için, herşeyden önce gurubun iktidara bağlılığını açıkca belirtmesi gerekir. Meselâ Nazi rejiminde bütün guruplar doğrudan doğruya partinin denetimi altında bulunuyorlardı. Bunlardan, özellikle ticaret ve endüstri alanında bulunanların liderleri, Nazilerle işbirliği yapmak zorunda kalmışlardı» (Aybay, s. 282).

Modern Devlet, evvelki çağlara kıyasla, müdahalecidir. «Müdahale edilen alanlar teknikleştikçe, Devletin durumu güçleşmektedir. İşte Baskı Gurupları bu durumlarda Devletin yardımcısı olabilmekte ve teknik konularda devlet bürokrasisini aydınlatmaktadır» (Aybay, s. 279).

Fakat bazı Baskı Guruplarının görevi tam tersine yöneliktir: Yürütmenin bazı alanlara (bilerek veya bilmeyerek) sızmasını önlemek. Baskı gurubu olarak Baroların en önemli görevleri budur.

«Bugün de birçok memleketlerde başlıca gayeleri temel hak ve hürriyetleri korumak olan dernekler ve birlikler vardır. Uyanık ve ülkücü vatandaşların meydana getirdikleri bu topluluklar, şuurlu ve sistemli çalışmaları ile (Hürriyetin bekçiliği) görevini yerine getirmekte ve bazen son derece etkili bir baskı gurubu hüviyetini kazanabilmektedir» (Kapani, s. 192).

Baskı gurubu olarak Baroları ve Barolar Birliğini kamusal yaşamın yönünü saptamak veya yönünde tutmakta bilinçli istekleri yansıtmakla görevli bir kuruluş saymak gerekir.

«Batı dünyasında demokratik gelişme vetiresine bir göz atıldığı zaman, bazı belirli hak ve hürriyetlerin tanınması için mücadele etmiş çeşitli baskı guruplarının bu gelişmede geniş payları bulunduğu görülür» (Kapani, s. 191).

«Baskı guruplarının modern devlet idaresinde hiç de küçümsenmeyecek bir rol oynadıklarına şüphe yoktur» (Kapani, s. 190).

Çoğulcu Batı Demokrasilerinde, Baskı guruplarının meşruluğu, kesinlikle kabul edilmektedir. Bu tür demokrasilerde onlara karşı çıkmak değil, daha faydalı, daha etkili olmaları çareleri aranmaktadır.

Bununla beraber güçlenen gurupları siyasallaştırmak eğilimlerine de zaman zaman rastlanır. Baskı guruplarının yöneticilerini parti'ye yakınlıkları ile tanınmışlardan seçtirmek için, dolaylı tedbirlere de başvurulmaktadır.

Herhangi bir parti ile (fiilen) birleşme baskı gurubunu yozlaştırır, bu gözlem gurup yöneticilerine bazı görevler yüklemektedir. Fakat partilerin de gurubu «ele geçirme» çabasına düşmemeleri gerekmektedir.

d) *Siyasal Partiler Baskı Gurupları*: «Partilerle, baskı guruplarının ilişkileri bakımından kesinlikle söylenebilecek söz, partilerin, bu gurupların etkilerini ister istemez hesaba katmak zorunda olduklarıdır» (Aybay, s. 281).

Siyasal partilerle Baskı Gurupları arasındaki bir fark da, Baskı Guruplarının yürütmeyi üstlenmek değil, sadece belli yönlere çevirme çabası içinde olmalarıdır.

Tek parti dönemlerinde (veya seçim sonucu muhalif partilerin çok zayıf düşmesinde) bile baskı Gurupları başarılı bir direnç gösterebilir, denge sağlayabilirler.

Siyasi partilerle, «Kamu niteliğindeki meslek kuruluşları» arasındaki farkı belirtmek yoluyla bazı sonuçlara varılabilir. Bir siyasî partiye katılıp katılmamak isteğe, tercihe bağlıdır. Fakat bir «Meslek»i seçmişsek, o meslek «k a n u n n i t e l i ğ i n d e m e s l e k k u r u l u ş u» ise ve kamusal bir düzenlemeye bağlanmışsa, onun organlarının kararlarına uymak zorunluğu, bu zorunluğa uyacaklardan fazla karar organlarında görev alanları düşündürmelidir. «Meslektaş»ının uymağa mecbur olduğu karar, her yönü ile düşünülmesi gereken bir karardır.

e) *Yürütme ve Baskı Gurupları*: Baskı gurupları siyasal iktidar karşısında bağımsızlıklarını, tarafsızlıklarını korumak zorundadırlar. Nasıl siyasal partilerin «menfaat gurubu» haline dö-

nüşmesi gerçek niteliklerini yitirmekle sonuçlanırsa kamu niteliğindeki meslek kuruluşları için de aynı tehlikeye karşı uyanık kalmak zorunluğu vardır.

Baskı gurupları ile yürütmenin ilgisi birçok memleketlerde olağan hale gelmiştir. Bu konuda özellikle İngiltere örnek sayılabilir. Bütün kanun tasarıları uzun komisyon çalışmalarından sonra yürütmenin malı olur. Komisyonlarda ağırlık daima meslek kuruluşlarındadır. Bu nedenle hükümete «komisyonlar hükümeti» adı takılmıştır (Meynaud, s. 73).

f) *Sendikalar - Baskı Gurupları*: «Zamanımızda belli başlı baskı guruplarından birini teşkil eden sendikaların, demokratik düzen içindeki özel rollerini birkaç kelime ile belirtmek yerinde olur. Geçen yüzyıl içinde işçi kütlelerinin haklarını topluca korumak için teşkilatlanmaları ile başlayan ve o günden bugüne dev adımlarla gelişen sendikacılık hareketi ile, kamu hürriyetleri alanının sosyal yönde genişlemesi ve olgunlaşması olayı arasında yakın ve sıkı bağ bulunmaktadır. Gerçekten yeni hürriyetlerin -sosyal ve ekonomik hakların- tanınmasını sağlayan ceryan iki koldan beslenmiştir: Bir yandan sosyalist düşünce akımı doktrin alanında gerekli ortamı hazırlarken, öte yandan pratik alanda sendikalar -çok defa çetin mücadeleler sonunda- adım adım yeni hakları geliştirme yolunu tutmuşlardır. Böylece sendikacılık hareketinin, modern hürriyet anlayışının doğuşunda ve yerleşmesinde birinci plânda bir rol oynadığını çekinmeden söyleyebiliriz». (Kapani, s. 192).

g) *Baskı Guruplarının Özellikleri*: Bir anlayışa göre menfaat gurupları «teşkilatlanmış devlet sahası dahilinde gurupların geniş bir muhtariyetten faydalanmak suretiyle sosyal muvazenenin kurulmasına yardım ederler». Bunlar adeta, «görünmez hükümet» tirlere (Abadan, N. s. 236).

Baskı guruplarının gücü, mensuplarının sayısınca orantılı değildir. Örneğin üyesinin sayısınca bir «sendika» güçlü sayılabilir. Fakat «fikirceler baskı gurupları» çok farklıdır.

«Baskı guruplarının, politikaya önemli etkileri olduğu açık bir gerçektir. Baskı guruplarının kuvvetini yaratan öğeler, gurupların niteliğine göre değişir. Bazı gurupların kuvveti üyelerinin kalabalıklığına, bazılarının kuvveti ise zenginliğe ve ekonomik hayattaki yerlerine dayanır.

Üyeler arasındaki dayanışma duygusu, düzenli teşkilât ve Kamu oyu üzerine etkili olabilmek için elde bulundurulmuş araçlar da baskı guruplarının etkili olmasını sağlayan etkenlerdir» (Aybay, s. 279).

Kamu niteliğinde Baskı kuruluşu olarak Barolar Birliğinin gücü sayıda toplanmamaktadır. Tam bir kuruluşu sahip olmaları, stratejik mevkiileri, bütün toplum olayları ile ilgili olmaları gibi unsurlar onların gücünü sağlar.

Baskı guruplarının, kendi üyeleri ile olan ilişkileri üzerinde de durmak gerekir. Fert, guruba üye olunca kişisel alanda «tecrit» edilmişlikten çıkar, bir çeşit «sosyalleşmeye» girmiş olur, yeni bilgiler, deneyler kazanır.

Genellikle Baskı guruplarının siyasal iktidarın kararlarına etkili olmak çabasını yansıttığı ileri sürülür. Bizce bu dolaylı bir etkidir. Baskı guruplarının gerçek amacı kamu oyunu oluşturmaktır. Yol, iktidardan geçmemelidir.

Bir konuda daha isabetli politikanın saptanmasında ilgili baskı gurubunun işbirliğini sağlamak çoğulcu demokrasilerde tercih edilen bir yöntemdir. Kaldı ki, bir gurubu yakından ilgilendiren bir politikayı, o gurubun rızası ve işbirliğini sağlamadan yürütmeye çalışmak olanağı kalmamıştır. Barolar ve Birlik bunu kanıtlanmışlardır.

h) Kamu Niteliğindeki Serbest Meslek Kuruluşları: Baskı gurubuna katılanları birleştiren şey ile menfaat gurubunu birleştiren şey aynı değildir. Bazen baskı gurubunda da, «yarar birliği»ne rastlanır, fakat «hâkim vasıf» daima düşünsel düzeydedir. Böyle kalması gerekli görülen alanlarda Baskı gurubu daha fazla önem kazanır, kanunla düzenleme yoluna gidilir.

«Serbest meslek»lerin kamu niteliğinde kuruluşlar haline gelmesi önerilerin hertürlü çıkarılıktan uzak kalmalarını sağlamak içindir. Genel anlamda Baskı Gurupları (evleviyetle menfaat gurupları) ile kamu niteliğindeki Baskı gurupları arasındaki diğerk bir fark da sorumlulukta toplanır. Bu sonuncular her açıdan sorumluluk taşırlar. Bu sorumluluklar kanunla belirtilmiştir.

27 Mayıs devriminden sonra Bilim Kurulunca hazırlanan ön tasarıda Cumhuriyet Senatosunun 85 üyesinden 40 üye Barolar ve

diğer meslek kuruluşlarından seçiliyordu. «Bu ön-proje kabul edilse idi, meslek teşekküllerinin hızlı bir gelişme ve baskı gurubu faaliyeti göstermeleri beklenebilirdi» (Aybay, s. 284).

Kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarının önemi belirtince bundan bir sonuç çıkar. Yasama organı, ancak Anayasanın 122. maddesindeki ölçülere uyan guruplara «kamu niteliği» tanınmalıdır. Memleketimizde düşünülmeden bu sıfatın özel kanunlarla dağıtılmış olması isabetli sayılamaz.

i) *Siyaset - Baskı Gurupları* : «Baskı guruplarının birçokları, ısrarla siyasî nitelik taşımadıklarını bildirmeğe önem verirler. Fakat gurup menfaatlerinin korunması ve savunulması, onları, ister istemez siyasî hayata sokar» (Aybay, s. 29). Bizce konuya şu soru ile girmek lâzımdır : Siyaset yapmak nedir?

Siyasetle uğraşma yasağına ilişkin hükmü yorumlayan Yargıtay kararı esas alınarak «siyaset ile iştigal» yasağının anlamını tayin olanağı vardır. Yargıtay bir bozma kararında aynen şöyle içtihad etmiştir : «... bir Bakanın iddia edilen beyanına karşı izhar edilen ve bir olaya münhasır kalan bildirideki düşüncenin siyasetle iştigal kasdına müsbet bir eylem ve hareket niteliğinde bulunmadığı nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi» yolsuz sayılmıştır (4 CD. 4.2.1967, 5429/6861, Resmî kararlar derg. 1968, n. 5-6, s. 106).

Görülüyor ki, «s ü r e k l i l i k» bir ölçü olarak belirlemedir. Fakat bu ölçü yeterli sayılamaz. Siyasî organ ve kuruluşları «belli bir yönde» sürekli olarak etkilemek amacının güdüldüğü de açıkca sabit olmalıdır. Bu ikinci ölçü «siyasal uğraşıma katılma» niteliği olarak da kabul edilebilir.

Siyasetle iştigal kasdının «açıkca anlaşılır» olması zorunluğuna, yukarıdaki kararda «iştigal kasdına müsbet bir eylem ve hareket»in vukuu şartı ile işaret olunmuştur.

Partiler Kanununun 1. maddesine göre «siyasî partiler, toplum ve devlet düzenini ve kamu faaliyetlerini, TBMM. üyeliği ile özel kanunlarına göre mahallî idareler seçimleri ile belirli görüşleri yönünden yönetmek, denetlemek ve etkilemek için sürekli çalışma amacını güden ve propogandası açık kuruluşlardır». Görülüyor ki «siyasî partilerin sürekli çalışmaları» bir ölçü olarak kabul edilebilir.

Avukatlık Kanununun 76/2. maddesine göre «Barolar, kanunda belirtilenler dışında herhangi bir işle ve siyasetle uğraşamazlar». Barolar Birliği için kanunun 111. maddesinde kullanılan ibareler farklıdır : «Birlik, kuruluş amacına aykırı işlerle ve siyasetle uğraşamaz».

Avukatlık Kanununun gerekçesinde «Anayasanın hükmü uyarınca, tüzel kişiliği haiz olan Baroların hepsini içine alan bir Birliğin kurulmasındaki zaruret münakaşaya yer vermeyecek derecede açıktır... Birliğin amacı, yalnız avukatlık mesleği ve avukatlar yönünden değil, fakat hukuk alanında memleket yararı yüzünden de ele alınmış ve bunu sağlayıcı hükümler vazedilmiştir. Bu suretle millî hukukun inkişafında, avukatların bilgi ve tecrübelerinin daha geniş çapta rol oynayacağı muhakkaktır».

«Birliğin amacı» ancak, «Birliğin görevleri» ile saptanabilir. Bu görevler arasında (Av. K. 110/6) şu hüküm de yer almaktadır : «Kanunların memleket ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda yayınlarda bulunmak, gerekirse, öntasarımlar hazırlamak». Bunlar, siyasî olan veya belli bir dönemde siyasî nitelik kazanan konulara ilişkin olursa nasıl hareket edilecektir? Eğer Türkiye Barolar Birliğinin ele aldığı konu, görevleri arasında ise, görevi yerine getirmek «siyasetle uğraşma» sayılamaz. Fakat bu yapılırken siyasî organları belli bir siyasî yönde, sürekli şekilde etkilemek amacı güdülmemelidir.

Birliğin ve Baroların siyasetle uğraşmaması asıldır. Fakat siyasetle uğraşmamanın ölçüsü «idareye mutlak bağlılık» olarak benimsenirse müdahaleye bahane bulunmuş olur. Siyasî mahiyet kazanmış bir konu, esasında, Birliğin görevine giriyorsa, siyasî nitelik, görevin yerine getirilmesine engel veya görevin yapılmaması için bir mazeret sayılamaz. Nasıl, siyasî konulu bir dâva, mahkemeye intikal edince o mahkemenin siyasetle uğraşdığı iddia edilemezse, Türkiye Barolar Birliğinin görevini yapmak takdirini kullandığı zaman siyaset yapmış sayılamaz. Anayasa Mahkemesine intikal eden pek çok konu siyasîdir. Fakat, bu sebeple Anayasa Mahkemesi siyasetle uğraşmış sayılamaz.

Nasıl bir davranışın «siyasetle uğraşmak» sayılacağı hususunda, doktrin, Dernekler Kanunu ve içtihattan alınan ölçüler Baroların ve Birliğin tutumunu tâyinde isabetli sayılmalıdır. Bu nedenlerle;

- a — Barolar ve Birlik «sürekli» bir şekilde;
- b — Siyasî organları «belli siyasî bir yönden etkilemek amacı ile»;
- c — «Kaunda gösterilen görevleri dışında» kalan siyasî konularda; faaliyette bulunursa, ancak o zaman «siyasetle uğraşmak» isnadı altında kalabilir.

Parttilerle kamu niteliğindeki Baskı guruplarının farkı «siyaset» yapmak veya yapmamakta değildir. Fark «tarafsızlık»da toplanır. «Siyaset yasağı»nın ters anlaşılması fikirce, «yasak bölgeler» yaratırsa bu tür guruplar resmî makamlara dilekçe vermekten gayrısını yapamayacak hale gelirler.

j) *Kamu niteliğindeki Kuruluşların Menfaat Gurubuna Dönüşümü*: Kanunla kurulmuş kamu niteliğinde serbest meslek kuruluşlarının kamusal kimliklerini yitirmemeleri gerekir. Bu kuruluşların amaçları kamu yararını gerçekleştirmektir. «Bu kuruluşlar kamu hukukundan doğan bazı güç ve yetkilere sahiptirler, kamu hizmeti görmektedirler» (Üskül, M. Z. Ticaret ve Sanayi Odaları, Cumhuriyet 10.7.1975). O halde bazı kuruluşların, bu niteliklerini savsayarak bir «menfaat gurubu» olduklarını (örneğin Özel Sektör temsilcisi olduklarını) ileri sürmeleri şaşırıktır. (Ayrıntılı bilgi için bk. Üskül, M. Z. Ticaret ve Sanayi Odaları, Cumhuriyet 10.7.1975).

10. «Baro» «örgüt» ve «karar» kavramları: Barolar birer «örgüt»tür. Kanunla kurulmuş olmalar,, «kamu niteliğinde meslek kuruluşu» sayılmaları onlara rızalı örgütler dışında bir özellik verir. Fakat mesleğe giriş rıza dışı değildir.

Bu yasal örgütleşmede, en önemli olan «karar verme görevi»dir. Tek kişinin verdiği karar ile «örgüt kararı» yapısal farkı gösterir. Karar ve itiraz «mecrii»lerinin bulunuşu, sonuçta kararın «kollektif karar» olmasını sağlar. Bunda, herkesin kararı olmak vardır. O halde örgüt kararı gerçekten «k o l l e k t i f k a r a r» niteliğini yansıtmalıdır. Sapmalara karşı dikkatli olmak, kişisellikten uzak kalmak gereklidir.

Bazı örgütler «iç içe giriş» halindedir. Bütünsellik böylece kurulmuştur. Dıştan sadece bütün gözükür. Bazı örgütlerde ise her biri ayrı olan bütünler topluluk haline gelmişlerdir, hepsine ait

olan, fakat hiç birine hasredilmesi imkânsız görevlerin tamamlanması için kapsayıcı bir sistem kurulur. Avukatlık Kanunu bu sistemi benimsemiştir. Eşit Barolar olduğu için Barolar Birliği vardır. Baroların «y a s a l e ş i t l i ğ i» anlayışı esas tutulmuştur.

«İçiçe girmiş» örgütleşmede «k a r a r» tektir. Hazırlayıcı safhadaki çelişmelerin «resmî değer»i yoktur. «T a b a k a l a ş m ı ş ö r g ü t l e r» de kararlar tek tek vardır, bunların birbirinin zıddı olmaları da mümkündür.

Karar vermekte «zihni ameliye» hâkim vasıftır. Duygusal karar bu anlamda karar değildir. Bazı kararlar «h ü k ü m» e benzer, «i t i r a z» üzerine verilen kararlar gibi. Bunlar bir çatışmayı çözerler. Bunlarda «tercih»den kaçınmak gerekir.

«Karar» ile «olanak» farklı kavramlardır. Fakat «yönetim kararları» olanaklara (= uygulama olanaklarına) bağlıdır. Yönetmeyi, karardan ayıramayız. Fakat kararlar arasında, daha sürekli nitelikte «i l k e k a r a r ı» ayrımı yapılabilir. İlke kararları, bir süre sonra, onları verenlerin kişiliğinden uzaklaşır, daha «objektif karar» niteliğini kazanır.

«Görüş» veya «ortak görüş» ile «karar» arasında bir fark bulunmak gerekir. Örgüt olarak Baroların amacı «kişisel çıkar» değildir. Mesleğin geliştirilmesinde bile kişisellik yoktur.

Barolar, sadece «y ö n e t i c i ö r g ü t» sayılamaz. Kuruluşun amacında her açıdan kamuya yararlı olmak vardır. O halde Barolar «görevi gerçekleştirmek aracı»dırlar.

«Siyasal Partiler» de birer örgüttürler Kuruluşları «kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarına»na benzemez. Karar etkenleri arasındaki fark büyüktür. «Gruplaşmalar» siyasal partilerle geçerli, kamu niteliğindeki kuruluşlarda ise gruplaşma, kararların isabetine zararlıdır. Örgüt kararının «grup kararı» gibi gözükmesi, işleyişinde «sistem ahengi» içinde kalmak zorunluğunu bozar.

Barolar ve Barolar Birliğinde verilecek kararlar «örgütsel karar» niteliğini yitirmemelidirler. «ussal karar» çerçevesi aşılamalıdır.

Örgütsel karar niteliğini bozan etkenlerden birisi de, örgütün, yapısına yabancı bir «makam»ın gözetimi altında tutulmasıdır. Bu makama «kararları onamama» yetkisinin tanınması veya verdiği

kararın örgütçe kabulünün zorunlu sayılması, sistemi zedeler. Ayrıca ortaya iki ayrı karar türü çıkar. «*Kendi kendini yönetme*» yetkisi kısıtlanmış örgütler başarılı olamamışlardır.

«Yönetim örgütünü bir sistem olarak ele alıp, bunu hemen yasama ve yargı organlarıyla, baskı grupları ve halkla ilişkilerini, hem de kendi içindeki ilişkilerini inceleyebiliriz. Bundan başka, ayrı ayrı yönetim kuruluşlarını birer sistem olarak görebiliriz» (Onaran (O), Örgütlerde Karar verme, (Ankara 1971) s. 22).

2 — Meslekî çalışmasında avukat bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.

Avukatlık Kanununda (1/2) açık bir şekilde avukatın mesleğini icrada bağımsızlığından söz edilmekte, meslek kurallarında (2) ise avukata iki görev verilmektedir: Meslekî çalışmalarında avukatın bağımsızlığının korunması, bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınması. Avukatların mesleklerini icrada bağımsızlıkları tabii görünmesine rağmen kanunda ve meslek kurallarında bunun açıklanma sebebi nedir?

1) *Kaynaklar*: Bu kurala, diğer memleketlerin meslek kurallarında da rastlanmaktadır.

a) *Belçika Kanunu*: Belçika Usul Kanununda (437/4) avukatın kabul edebileceği hizmetlerin bağımsızlığını tehlikeye düşürmeyecek işler olduğuna işaret edilmiştir.

b) *Bern kuralları*: Bu kurallara nazaran (3/1) «mesleğini icra ederken avukat bağımsızlığını korur».

c) *Uluslararası Barolar Birliği*: Birliğin Oslo toplantısında (1956) aldığı kararlar (3) arasında şu hükme rastlanmaktadır: «Avukat meslekî görevlerinin ifasında bağımsızlığını koruyacaktır», «tek başına veya ortaklık halinde çalışırken bağımsızlığının kaybına sebebiyet verebilecek hiç bir iş, ve meşguliyet kabul edemez».

Ünlü Baro Başkanı Carpentier şöyle demişti: «Bağımsızlık? Bütün bir fikrî ve manevî âlemi kapsayan kelime: Bütün düşünceleri, hasletleri, bir ferdi insan sürüsünden ayırıp onu insan kılan her şeyi kapsayan kelime» (Moliérac, s. 245).

Bir ülkenin uygarlıkta hangi düzeye ulaştığını görmek için en iyi ölçü o memlekette avukatların ne derecede özgür olduklarına bakmaktadır.

O halde «avukatın bağımsızlığı ilke-kavram olarak mevcuttur. Bu ilkedен çıkacak sonuçlar önemlidir.

2) *Kavramın kapsamı* : Bu kavramın kapsamı geniştir, buna göre uygulanmalıdır :

a) *Duygusal bağımsızlık* : Toplum bir «kişi»den nefret edebilir. Avukatın mutlaka red etmesi gerekli duygu bu «nefret duygusu»dur. Bir kimsenin nefret edilen yanları ile bir insan olması birbirlerinden tamamen ayrıdır. Avukat insanın bu yanı ile ilgilidir.

Bazı dönemlerde «a v u k a t l ı k y e m i n i» politik unsurları da içerirdi. Demokratik ülkelerde yemin sadece laik değildir, siyasal da değildir. Bu özellikle siyasal dâvalarda önemlidir.

Avukatın bağımsızlığını pek geniş anlayan yazarlara rastlanmıştır : (Payen - Duveau, n. 420) *Avukat, daha evvelce savunduğu bir tezin tam aksini savunma zorunluğunu getiren dâvayı kabul etmemelidir. Çünkü avukat kendi kendine karşı da bağımsızlığını korumak durumundadır. Fransa'da eski bir karara göre, avukat, kendisi ile bir şeref meselesinden dolayı düello ettiği bir şahsa karşı dâva alamaz. Aynı anlayışa göre, hakkında hakareten şikâyette bulunduğu kimselerin hasımlarının dâvalarını da alamıyacaktır. Buna karşılık, eski bir müvekkiline karşı, konusu ne kadar farklı olursa olsun dâva almamak, sadece tavsiye olunmaktadır (!).*

b) *Siyasal dâvalar* : Siyasal dâvalarda müdafilik, bu açıdan bazı özellikler gösterir: Hâkimin tarafsızlığı kadar müdafinin de tarafsızlığı esastır. Bu tarafsızlık kanun kuralları ile pekleştirilmiş değilse de meslek kuralı olarak mevcuttur. Bu bakımdan bir avukatın mahkemeye tarafsız müdafî olarak görünmemesi mümkündür. «Daha objektif kalabilen avukat daha iyi sonuç alabilmektedir» (Martin-Achard, s. 28). Dâva dışı mukabil ithamlarla etkili olabilmek isteği ile ölçülü ve akla dayanan sakin savunmayı tercih siyasî dâvalarda iki ayrı tutumdur.

Siyasî dâvalarda mensup oldukları örgütlerce seçilen avukatları kabule sanıkların zorlandıkları görülmektedir. Bu suretle müdafî müvekkilinden fazla, örgütün dâvasını savunur. Bu arada sanığın faydalanması mümkün hususların (meselâ tahfif sebeplerinin) örgüte zarar vereceği düşüncesi ile ihmal edilmesine de rastlanmıştır (Martin-Achard, s. 28). Eğer sanık dahi, ideolojisi bakımından susmayı tercih ederse karar, aydınlanmamış bir dâva sonucu kararların bütün kusurlarını taşımış olacaktır.

Siyasî dâvalarda, «o r t a k s a v u n m a», «sanıkların aynı müdafileri tutmaya zorlanması» gibi örtülü baskılara rastlanmıştır. Bunlar savunma mesleğinin bağımsızlığına aykırıdır.

«Siyasal suç» genellikle «f i k i r s u ç u»dur. Bu suçlara karşı «A d l î i s t i c a l» abartılmış hükümlere sebep olabilir. Özellikle olağanüstü (istisnâî) mahkemeler ve usuller, olağan mahkemelerin istenen sertlikte olmadığı şikâyetine dayanır. Esasında bu şikâyet «hasımlarını yargı yoluyla tasfiye» isteğine dayanır. Siyasal nitelikteki dâvalarda avukatlar ile mahkemeler arasında rastlanan çekişmeleri bu açıdan değerlendirmek gerekir. «İsimleri (ihtilâl mahkemeleri, karma mahkemeler, Devlet mahkemesi, Adalet Divanı, Yüksek Askerî Mahkeme) ne olursa olsun, bu mahkemeler, arkalarında saygı değer bir anı bırakmamışlardır» (Garçon, M. L'Avocat et la Moralle, Paris, 1963, s. 120).

Bu konuda şu sorun ortaya atılmaktadır: Mademki «o l a g a n ü s t ü m a h k e m e l e r» gerçek mahkeme değildir, o halde Avukatlar bu mahkemelere girmemelidirler, girmeleri onların meşruluğunu tanımak olur.

Buna karşı düşünce şudur: Hangi koşullarda olursa olsun, hayatı veya özgürlüğü tehdit altında olan kimseyi savunmamak onu yalnız bırakmaktır. En usulsüz mahkemede sadece avukatın hazır bulunuşu bile daha kötüyü önler. Savunma makamı boş kalmaz.

c) *Başka görevler*: «Kısmen de olsa, hattâ sadece manevî açıdan olsa dahi, bağımsızlıktan feragatı gerektiren her meslek veya görev avukatlıkla bağdaşamaz» (Payen - Duveau, n. 136).

«Avukat bir gazetenin idare müdürlüğünü kabul edemez. Böyle bir görev, geçici de olsa, ticarî nitelikte sayılır» (Payen-Duveau, n. 152).

Paris Barosu, 1830 tarihli bir kararı ile, aralarında mal ortaklığı bulunan kimsenin karısının tacir olması halinde, avukatlık yapamayacağına, aksinin kabulü halinde, yasağın kolayca bertaraf edileceği sonucuna varmıştır. Diğer bir kararın gerekçesi de şudur: Böyle hallerde koca, karısının borcundan sorumlu olduğundan, avukat, zaruri olan, «*fikrî huzur*» ve «b a ğ ı m s ı z l ı k» dan yoksun kalacaktır (Payen-Duveau, n. 153).

Bir avukatın, aynı zamanda hekimlik yapabileceğine, yalnız basılı kâğıtlarında, tabelasında iki mesleği bir arada yazamayacağına 1855 de karar

veren Paris Barosu 1913 de aksini içtihad etmiş, iki mesleğin birlikte yürütülemeyeceğine karar vermiştir. Her ne kadar gerekçe olarak, hastasını, meselâ bir kazada yaralanan ve tedavi ettiği hastasını, rahatlıkla savunamayacağı gösterilmiş ise de, daha ziyade iki mesleğin gelenek ve kurallarının farklı oluşu, yeterli zamanın tahsis edilemeyeceği sebep olarak gösterilmektedir. (Payen-Duveau, n. 167).

Avukatın bağımsızlığı, avukatın bir üstün, fikren emrinde olacağı her türlü görevin reddini gerektirir. Hattâ bu görev ücretsiz olsa da (bk. Payen-Duveau, n. 165).

3) *Tanıklık* : Aynı dâvada tanıklığın ve avukatlığın bağdaşamayacağını kabul etmek lâzımdır. Kanunda açıkca yasaklanmamış olmasına rağmen avukat bu duruma düşmemelidir, zira görevini yapamayacaktır. Eğer müdafî aynı zamanda tanık ise, kendi tanıklığını, yeremeyecek, takdir edemeyecektir. Eğer avukat, müvekkili lehine şahadet ederse bu tanıklık şüphe ile karşılanır. Mesleğe böyle bir zarar verilemez. Aleyhe şahadet ederse avukat müvekkilinin itimadını kaybeder, kaldı ki böyle bir hal meslek ahlâkına da aykırıdır (bk. Faessler, P. le défenseur en matière pénale, 1969, s. 56).

Ayrıca bazı imkânsızlıklar da vardır : Tanıklık ederken aynı zamanda savunmanın tanıkları denetim görevini yapamayacaktır. Duruşmada tanık, kendinden evvelki tanıkların dinlenmesinde bulunamayacağından (CMUK. 54) sanık, müdafîsiz kalacaktır. Bu sakınca şöyle cevaplandırılmak istenir. Bu hüküm tanıkların birbirlerini etkilememesi için konulmuştur. Müdafî için bu mümkün değildir. Çünkü dosyayı bilmektedir.

Hâdisе tanığının, bilhassa bu sebeple, avukat olarak seçilmiş olması meslek vakarına da (. K. 34) aykırı düşer. Fakat Yargıtayımız içtihadı şöyledir : «*Duruşma sırasında savunma tanığı olarak dinletilmiş olan bir kişinin bundan sonra o sanığın müdafîi olarak kendisini temsil etmesini engelleyen hiçbir kanun hükmü mevcut değildir*» (CGK. 13.3.1967, 67/91).

«Avukat müvekkilinin izni olmak şartı ile tanıklık edebilir» (TBB. Yönetim K. 11.7.1971, 459/17).

Alman Yargıtayı bu konuda pek temkinlidir ve her olayda hâkimin en uygun kararı vermesini içtihad etmiştir. Bu içtihad tenkit edilebilir. Zira böyle bir konu takdire bırakılırsa hâkimin iki halden birine karar vermesi kolay değildir ve «ihtisası rey» endişesi

kararı etkileyebilir. Özellikle siyasî dâvalarda etkili olabileceğinden kuşku duyulan kudretli bir avukatı bertaraf etmek için takdirin dâva dışı saiklerle kullanılması da imkânsız değildir (Faessler, s. 61).

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 10) : Avukat «İstisnai olarak ve tanıklıktan çekinemeyeceğini takdir ettiği hallerde ve Baro Başkanının önceden müsaadesini almak şartı ile tanıklık edebilir. Bu hal dışında Avukat, mesleğini icra ederken öğrendiği bir husus hakkında tanıklık edemez. Meslek sırrına ilişkin hükümler saklıdır».

4) *Bilirkişilik* : Bağdaşmazlık hallerini hâkimlerin memnuniyet sebepleri (CMUK. 21) ve red sebeplerine (CMUK. 23) benzetmek kabildir. Fakat avukat red edilemez. Bununla beraber «meslek bilinci» avukatın işi reddetmek veya çekilmek yetkisini kullanmasını emreder. Bir örnek verelim :

Avukatlık Kanununda bilirkişinin aynı dâvada avukatlık kabul edip edemeyeceği hakkında açık bir hüküm yoktur. «Meslek bilinci» esas tutulursa bunda bağdaşmazlık görülmelidir. Bilirkişi iken mütalâası, ilgili tarafın lehinde olsa dahi, görev karışıklığı adalete güvenceyi sarsabilir.

5) *Bağdaşmazlık* : Bazı bağdaşmazlıkların kabulü savunma müessesesinin niteliğinden gelir. Dâvada, diğer görevliler ile bazı hısımlık ilişkilerinin bağdaşmazlık sayılması yetkilerin kötüye kullanılması kuşkusundan gelmez, zira bu çeşit kuşkuşların yakıştırılmayacağı kimseler azınlıkta değildir. Konu, «müdafiin bağımsızlığı» açısından ele alınmalıdır. Müdafî, her açıdan kendisini bağımsız duymalıdır. Müdafî, sadece müvekkili açısından taraf olmalıdır. Başkaca bir ilgi görevin yerine getirilmesinde bağıllık doğurabilir. Bu gerekçeye dâvada birbirinden ayrı tutulmasında kanunun zaruret gördüğü görevlerin birbirine karışmasını önlemek dileği de eklenmelidir.

«Kanun, avukatlara, mesleğin vakar ve haysiyeti ile bağdaşmayan her türlü davranışlardan sakınmak; görev ve yetkilerini adalet icaplarına uygun olarak yapmak ve kullanmak, yolsuz ve haksız gördükleri teklifleri red etmek, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya oy vermiş yahut daha önce aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile bakmış ise davayı kabul etmemek gibi bir çok zorunluklar yüklemiş ve görevin gereği olan birtakım ayrıcalıklar sağlamış ve onları geçici olan işten çıkarmaya veya temelli olan meslekten çıkarmaya kadar varan çeşitli disiplin cezaları koymuştur» (Anayasa mahkemesi : 4.2.1964, 161/II).

Avukatın, kendisinin sanık olduğu bir dâvada, diğer sanık veya sanıkların müdafiliğini alıp alamayacağından tereddüt edilmektedir, meslek törelerinin buna engel olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bir avukatın hangi çeşit toplantılarda avukat sıfatı ile hazır bulunabileceği üzerinde durulmuş bir konudur. Şirketlerin, derneklerin toplantılarında müşavir olarak bir avukatın bulunabileceği genellikle kabul edilmiştir. 4 Haziran 1957 tarihli bir Kararname ile Fransa'da avukatların, kat mülkiyeti sahiplerinin toplantılarında hukuki konularda fikrine müracaat edilmek üzere bulunmasına müsaade olunmuştur (Payen-Duveau, n. 401). TBB. Yönetim Kurulu, ücretli «yönetici»liği kanununa aykırı saymıştır.

6) *Sanık ile ilişkiler* : Ceza dâvalarında müdafî «v e k i l» değildir. Bu sebeple sanığın «maddî savunması» ile müdafîin «teknik savunması»nın birbirine uygun düşmesi zorunluğu yoktur. Aksi takdirde «g ö r e v d e b a ğ ı m s ı z l ı k»ın anlamı kalmazdı. Avukat, sanığın cübbe giymiş suç ortağı değildir (Faessler, s. 22).

«Avukat, Müvekkilinin her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve denemelerini Yasalar ve Adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi bir kamu hizmetidir.» (4 HD. 23.11.1970, 2497/8629).

Kanun yoluna gidip gitmemekte müdafîin takdiri «görevde bağımsızlık» kavramı ile çözümlenmelidir. Müdafî bu takdirini serbestçe kullanmalıdır. Fakat bu takdirin, görev savsamasını mazur göstermeyeceği tabiidir.

Buna mukabil «Müdafî, tecrübeli bir hukukçu olarak, hiç bir fayda sağlamayacağına emin olsa dahi, sanığın Temyize başvurma isteğinde, temyiz lâyihasını yazmakta ona yardım etmeğe mecburdur» (Fransız Askerî Yargıtay kararı, Faessler — den naklen), s. 15, nt. 10).

7) *Savunmada çatışma* : Meslek kurallarında (36) menfaatleri birbiri ile çatışanların vekâletini alamıyacakları yolunda hüküm ve bu konuda Usul Kanunlarının koyduğu yasakların dayandığı çeşitli sebeplerin başında «a v u k a t ı n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı» gelir. Çatışan menfaatleri savunan avukatın bir anlamda bağımsızlık içinde olmadığı, özgürce bir savunma yapamayacağı düşünülmüştür. Ayrıca incelenmeğe değer görüldüğünden (Erem, Birden ziyade sanığın müdafiliği, Ankara 1969) burada yalnız konuya işaretle yetinilmiştir.

8) *Parlâmento üyeliği ve avukatlık* : Anayasa'da açıkça gösterilen bağdaşmazlıklar dışında kalanların saptanmasında objektif ölçülerin ne olabileceğini araştırmak, bundan sonra neticeye varmak gerekir.

Meclisler üyelerinin göreve devamını sağlamak veya benzeri ölçülerin « b a ğ d a ş m a z l ı k » kavramı ile ilgisi yoktur. Bu ihtiyacı karşılayacak tedbirlerin başka nitelikte olmaları gerekir.

Bağdaşmazlık konusunda Anayasa Hukuku temkinli hareketi gerektirir. Yasama görevini, dolaylı yoldan kısıtlamak için « y a p a y b a ğ d a ş m a z l ı k l a r » yaratmak, esas görevden uzaklaşılması ile sonuçlanabilir. Örneğin bazı meslek mensuplarının yasamada görev almaları gibi bir isteğe alet olabilir. Bu nedenlerle sorunların Parlâmenterlerin « Hukukî Statü » lerinin Anayasa Hukuku içinde, çözümlenmesine dikkat edilmelidir.

TBMM. üyelerinin devamsızlığını önlemek için « çalışma yasağı » getirmek ayrı kalması gereken iki konuyu karıştırmak olur. Esasen devamsızlığın müeyyidesi Anayasa'da (80) ayrıca gösterilmiştir. Örneğin Federal Almanya Anayasasında bağdaşmazlığa ilişkin hüküm yoktur. Üyeliğe seçilen serbest meslek sahibi kimseler mesleklerini icra edebilirler. Görevi aksatmamaları iç tüzükle sağlanmıştır. Alman Parlâmento İç Tüzüğüne göre (16) « üyelerin yükümlü olduğu » açıklanmış, bu hüküm yeterli görülmüştür. Finlandiya Anayasası (16) devamsızlığı, maaştan yoksunluk veya kesintiyi müeyyide olarak öngörmüştür.

Bağdaşmazlık kavramının hukuki bünyesine uygun iki ölçü düşünülebilir : Yasama - Yürütme ayrılığı ilkesini zedeleyecek halleri ve Parlâmentonun onurunu (Anayasal bir değeri) gölgeleyebilecek durumları önlemek.

Aşağıdaki öneriler, bu iki ölçünün uygulanmasından ibarettir.

a) *Mukayeseli Hukuk* : Diğer memleket Anayasalarını iki gurupta toplayabiliriz. Bir kısmı bağdaşmazlık konusuna hiç değinmemiş, (Almanya İsveç gibi), bir kısmı ise bağdaşmazlıkları göstermediği tercih etmişlerdir. Bağdaşmazlığa değinmemiş olanların bir kısmı da bu konuyu Meslek Kanunlarına veya seçim kanunlarına bırakmışlardır. İtalyan Anayasası (65) « milletvekilliği ve senatörlüğe engel haller ve bağdaşmazlıklar kanununda gösterilir » demekle yetinmiş, 1953 tarihli bir kanun (yani 1947 Anayasasından altı sene sonra) engelleri ve bağdaşmazlıkları saptamıştır. Lüsemburg Anayasası (54) bağdaşmazlıkları saymış, bir sonraki madde-

sinde de (55) Őu hųkmų koymuŐtur : «Yukarıkı maddede baėdaŐmazlıkların gųsterilmiŐ olması, gelecekte kanunla baŐkaca baėdaŐmazlıkların kabulųne engel deėildir».

Gųrųldųėų ųzere «baŐka hiė bir iŐle meŐgul olmamak» yolunda kesin bir yasaklamaya mukayeseli hukukta rastlanmamaktadır. Yalnız İŐviėre Anayasasında (95-104) Federal Konsey (yedi kiŐsidir) ųyelerinin «gerek konfederasyonda, gerek bir kantonda gųrev alamıyacakları, herhangi bir meslek icra edemiyebilecekleri»ne (97) deėinilmiŐtir.

b) *Anayasa* : Anayasamız (78) TBMM. ųyeliėi ile baėdaŐmazacak iŐlerin bir kısmını saymıŐ, sayılanlar dıŐındaki «gųrev ve iŐler» in kanunda gųsterileceėini aėıklamıŐtır.

Sayılan İŐler : Anayasanın saydığı baėdaŐmazlıklar ūnlardır:

— TBMM. ųyeleri «Devlet ve diėer kamu tųzel kiŐilerinde ve bunlara baėlı kuruluŐlarda, Devletin veya diėer kamu tųzel kiŐilerinin doėrudan doėruya veya dolayısıyle katıldıėı teŐebbųs ve ortaklıklarda, kamu yararına çalıŐan derneklerden ųzel gelir kaynakları ve ųzel imkânları kanunla saėlanmış olanların yųnetim kurullarında ve baŐka iŐlerinde gųrev alamazlar».

— «Bunların her hangi bir yųkleme iŐini doėrudan doėruya veya dolayısıyle kabul edemezler».

— TBMM. ųyeleri, yųrųtme organının teklif, inha, atama veya onamasına baėlı resmų veya ųzel her hangi bir iŐle gųrevlendirilemezler».

Anayasamızın bu hųkmų baėdaŐmazlıkları sayma niteliėinde ise de uygulamada farklı yorumları ųnleyebilecek aėıklıkta deėildir. Bu hųkmųn, amacı gųzųnųnde tutularak «g e n i ū l e t i c i y o r u m» daha isabetli olacaktır.

— *Diėer gųrev ve iŐler* : Anayasamızda «TBMM. ųyeliėi ile baėdaŐamayan diėer gųrev ve iŐler kanunla gųsterilir» denilmiŐ olmasına nazaran, ųyelerin «kanunda gųsterilen gųrev ve iŐler» dıŐında kalanları yapabilecekleri kabul edilmiŐ demektir. Diėer bir deyimle tųmden yasaklama mųmkųn deėildir.

O halde konu «diğer görev ve işler»i saptamaya indirgelidir.

c) *Yasama - Yürütme ayrılığı ölçüsü* : Milletvekili ve senatörlerin avukatlık yapamayacağı yolunda bir yasağın getirilmesini Anayasa ve Mukayeseli Hukuk açısından isabetli bulmamaktayız. Ancak bazı hususların hazırlanacak kanunda açıklanması yerinde olacaktır :

aa. *Yürütmenin verdiği görevler* : Yürütme ile ilgili olan bütün görevlerin (440 sayılı Kanuna tabi iktisadi Devlet teşekkülleri, müesseseleri ve iştirakleri dahil) parlamento üyeliği ile bağdaşmayacağı zannındayız. Kuvvetlerin ayrılığının titizlikle muhafazası yerinde olur.

Belçika Anayasasında (36) geniş yoruma elverişli şu hüküm mevcuttur: «Bakanlık hariç olmak üzere Hükümet tarafından atılan ücretli her hangi bir görevin kabulü anında parlamento üyeliği sona erer».

bb. *Özerk Kuruluşlar* : Anayasamız bazı kuruluşlara «özerklik» tanımıştır. Bu kuruluşlarda Milletvekillerinin görev alması «özerklik ilkesi»ni zedeleyebilir. Nitekim Fransa'da «Ekonomik Konsey»de (Plânlamaya benzer bir kuruluş) parlamento üyeleri görev alamaz (1946) Anayasası, 24/2). Özerk kuruluşlarda görev birleşmesi, bazı dönemlerde, memleketimizde bir çeşit «parti komiserliği» görünümü kaydetmiştir.

cc. *Yürütme dışında kalmak zorunluğu* : Avukatlık Kanununda (12) üyelerin «Hazinenin, belediye ve özel idarelerin il ve belediyelerin yönetim ve sermayesinin yarından fazlası Devlete ait şirket ve kuruluşların aleyhindeki dava ve işleri takip edemeyecekleri» açıklanmıştır. Üyelerin, sayılan müesseselerin yalnız aleyhlerine değil, onlar adına da görev almamaları -yukardaki ilke gereğince- yerinde olacaktır. Kanunda böyle bir hükmün yer alması doğru olur. Her türlü siyasal kayırma görünümünü engellemekte, uzaklaştırmakta isabet vardır.

ç) *Ceza davaları* : açısından uygulamada mevcut bir tereddüt şöylece giderilmelidir : TBMM. üyeleri Devletin maddi çıkarlarının bahis konusu olduğu ceza davalarında (zimmet, ihtilas, döviz, kaçakçılık suçları gibi) müdafilik görevi almamalıdır. Fransız Seçim Kanununda (149) şu hüküm yer alır : «... Devlet maliyle ilgili olup haklarında cezaî takibat yapılmakta olan suçların

bahis konusu olduğu işlerde, Baroya kayıtlı bir milletvekili mesleğini, Yüce Divan dışında, ne doğrudan doğruya, ne de bir ortağı aracılığı ile icra edemez». Bizim Anayasamız sistemine göre «Y ü c e D i v a n» Bakımından bir istisna kabul edilemez. Anayasamız (90) «Yüce Divana sevk kararı»nı TBB. nin yetkisinde görmüştür.

d) Çifte Ünvan : Parlamento üyelerinin bazılarının avukatlık ünvanı ile birlikte «Milletvekili, Senatör» gibi ünvanları birlikte kullandıkları görülmektedir. Bu husus Avukatlık Kanununda sarih bir hükümle (55) yasaklanmış olmasına rağmen fiili durumun farklı olması nedeni ile «karma ünvan» kullanılmaması yasağının, hazırlanacağı bildirimler kanunda, Yüce Meclis üyeliği açısından da açıklanması isabetli olabilecektir. «Avukatlıkla birleşebilen işler» arasında parlamanto üyeliğinin de sayılmış olmasından (A. K. 12/a) milletvekilliği veya senatörlük ünvanının da kullanılabileceği 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. Meslek Kuralları 7, 8).

e) Reklâm : Reklâm yasağına ilişkin bir hükmün de kanunda yer alması doğru olur (Kşz. Avukatlık K. 55). Fransız Seçim Kanununda şu hüküm (150) yer almıştır : «Milletvekillerinin mali, sınaî veya malî gaye ve 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) (md. 3) bu yasağa riayet etmeyen kâr gayesi güden şirketlerin reklâm ve ilânlarında bu sıfatları basan matbaacıları dahi cezalandırmaktadır.

f) Ticari işler : Memleketimizde icrası özel bir kanunla düzenlenmiş serbest meslekler vardır. Bu mesleklerin belli bir disipline tabi olmaları bazı sakıncalı davranışları önleyebilir. Fakat bazı alanlarda TBMM. üyeliği sıfatı kuşkulara sebep olabilmektedir. Ticaret Bankalarında ve her türlü sermaye şirketlerinde Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri gibi görevlerde bağdaşmazlık getirilmeli-

dir. 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 olmak üzere «gayesi kâr temini olan Bankalar ve şirketlerde görev» yasaklanmıştır (bk. İtalyan Anayasası 65).

g) *Bağdaşmazlık süresi*: Mevzuatımızdaki asıl boşluk bazı görevlerden ayrıldıktan sonra TBMM. üyeliğine seçilme olanağının bulunmuş olmasıdır. Bazı görevlerin ilerde üyeliği sağlayıcı şekilde kullanıldığı görüntüsünden 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 (concessionnaire de l'Etat) ilân edilen bir şirketin idare ve yönetiminde çalışamaz. Bu yasak Bakanlıktan çekilmeden itibaren beş sene devam eder. Yasağa riayet-sizlik halinde 1000 Franktan 10.000 Franka kadar para cezası hükümlenir». İtalyan Kanunu da (6) aynı esas ve süreyi kabul etmiştir.

Seçilmeme halinde bir göreve atanma olasılığının yasama - yürütme ayrılığı 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 Devletce ödenen hiç bir göreve atanamazlar».

h) *Yabancı hizmetler*: Mevzuatımız yabancı kaynaklı menfaatlere karşı belli bir tutum içindedir (Örneğin bk. TCK. 127/5). Tümünden Bilimsel çalışmaları yansıtan yabancı kuruluşlar dışındaki kiler açısından bir düzenleme yararlı olabilir.

Fransa Seçim Kanununda (143) şu hüküm vardır: «Yabancı bir Devlet veya Milletlerarası bir kuruluş tarafından verilen ücretli görevler üyelikle bağdaşamaz».

i) *Sonuç*: «Bağdaşmazlık» ile «Mesleki davranış Kuralları» (Meslek Kuralları) kavram olarak birbirlerinden ayrıdır. Fakat bazı hallerde birbirlerine etkili oldukları, «etkilerin sirayeti»ni önlemek ihtiyacının duyulduğu da bir vakiadır. Bu nedenlerle konuyu Meslek Kuralları açısından geniş-

letmeği, aşağıdaki mülâhazalardan isabetli görülenlerin tasarıda, uygun hükümler halinde yer almasını dileriz.

— Parlamento üyeliği ile avukatlık genellikle diğer memleketlerde de birlikte yürütölen mesleklerden sayılırlar. Bunun nedeni değerli bir hukukcunun yaşamaya etkili olmasında görölen kamusal faydadır. Bu düşünceye katılıyoruz.

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

— Bu konuda kanunda açıkca yazılanlar dışında bazı kayıtlar yabancı Doktrinde önerilmektedir: Parlamento üyelerinin, hakimlere kıyasla, kendi seçim çevrelerindeki mahkemelere girmemeleri 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 (m. 6) «Baro Başkanının özel bir müsaadesi olmaksızın, parlamento üyesi hiç bir avukat, teklif ettiği veya raportörlüğünü yaptığı bir kanunun, cezaî veya hukukî alanda uygulanması veya yorumu ile ilgili dava alamaz». Bu konuda yazılmış eserlerde (Payen-Duveau, n. 172) bu kural «tedbirli ve âkil bir kural» diye anılmaktadır. Kendisinin teklif ettiği kanun hakkında o parlamento üyesinin yapacağı yorum hakim üzerinde, yargı dışı bir etki doğurabilir. Baro Başkanı takdirini böyle bir etkinin muhtemel olup olmamasına göre kullanır.

— Parlamento üyeliğinin, mesleki çalışmalarda ayrı bir dikkati gerektirdiği tabiidir. Zira «avukat, kanunen bulunduğu başka mevki ve olanakların mesleki çalışmalarına etkili olmamasına dikkat eder» (Meslek Kuralları 9).

— Parlamento üyesi avukatların yapamıyacakları işler kanunda gösterilmiş ise de, parlamentoda yapamayacakları işler hakkında Avukatlık Kanununda ve meslek kurallarında sarahat yoktur. Parlamentoya tevdi edilmiş adlî (kazâî) nitelikte hizmetler var-

dır (cezaların affı gibi). Bu açıdan meslek kurallarının 9. maddesi uyarınca bazı boşluklar doldurulabilir.

— Konu, «A v u k a t ı n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı» 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). Bu nedenle bir partiye bağlılığın gerektirdiği siyasi bir inançla görev arasında «duygusal bağımsızlığı» bağdaştırmak bazı olaylarda pek güç görünebilir.

— Yabancı bazı memleketlerde siyasi davalarda mensup oldukları örgütlerce seçilen avukatları kabule sanıkların zorlandıkları görülmektedir. Bu suretle müdafî müvekkilden ziyade örgütün fikrini savunur. Bu arada sanığın faydalanması mümkün hususların (meselâ tahfif sebeplerinin) örgüte zarar vereceği düşüncesi ile ihmal edilmesine de rastlanır (martin -Achard, Procès politique, Revue de la commission iut de juristes, 1971, n. 6, s. 28).

9. *Mesleğimizin geleceği*: Yasaya göre avukatlık «Kamu hizmeti niteliğinde, Serbest Meslekler»den biridir. Böyle olunca çağımızda serbesi mesleklerin genel görünümü ve geleceği nedir? Bu konuda «Fransız Avukatları Millî Derneği» 7-9 Haziran 1973 tarihinde, öbür serbest meslek temsilcileri ile birlikte bir toplantı tertipledi. Aşağıdaki bilgiler, bu toplantı tutanaklarından derlenmiştir (Gazette du palais, 1973 n. 360).

Serbest meslekleri bağımsızlık temsil eder. Bu bağımsızlık aynı zamanda «hizmete amade olmaklık», «kamuya itimat telkin ederlik», «insanlık», «sirtutmak» gibi özellikleri kapsar. Çünkü bunlar ancak mesleğin «serbest meslek kalması» ile mümkündür.

Öte yandan «kamu yararı» iddiası ile müdahaleci bir tutum, mesleğin serbestliğini ve bağımsızlığını daraltmak eğilimindedir.

Bu genel görünümüne bir unsur daha eklemek 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 ilerlemektedir. Bunun sonucu uzmanlıkların daha fazla parçalanmasıdır.

Teknik ilerleme karşısında bazı kuşklar doğmaktadır. 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?

Serbest meslek «s e r m a y e» ilişkisi üzerinde durulmaktadır. Şikâyet konusu şudur : Sermaye, serbest mesleklerde yeni bir «y a t ı r ı m a l a n ı» görmeğe başlamıştır. Meslekatşlar arasında «gruplaşma» larda da böyle bir sakınca görülebilir. Mesleğe sermayenin dıştan sızmasında bağımsızlığın sağladığı yararlar tehlikeye girer.

Görevimizi yaparken «kimseye, ne müvekkile, ne kâkime hele ne iktidara tabiiz. Bizim aşağımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiç bir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı» (bk. Moliérac s. 96).

«Oysa, özgürlük demek, zorunlu olarak, (bağımsızlık) demektir. Avukatın, bu yeni insanın, ülkenin ekonomik selülleri olan tröstlere, sendikalara sokulması, böyle bir tehlikeyi arttırmasına rağmen, ona, daha önce kabul edemediği bazı «talimatın» verilebileceğini düşünmek söz konusu değildir. Özgürlük iktidar karşısında olduğu gibi, para bakımından da bağımsızlığı gerektirir. Geleceğin avukatının vicdan bakımından bugünün avukatından üstün olacağına inanmamız için ne sebep mevcut olabilir? Bu noktada ne iyimserlik, ne de kötümserlik mümkündür. Korkulacak olan, şey, avukatın bağımsızlığının, her gün biraz daha ekonominin hâkimiyetini arttırmakta olan teknokrasi tarafından tahrip edilmesidir. «Yeni avukat», bu yalnız insan, önemli malî faaliyetleri olacağı, bir takım usulî sorumlulukları bulunacağı için, ister istemez bir kontrol altına girecektir» (Perrod, A. Modern dünyada avukatlığın gelişimi, Konferans, Ankara, 1973, s. 9).

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 özgürlükleriyle ilgilidir. Devlet bu mesleklerden kişinin faydalanması olanaklarını arttırmakla görevlidir. Sağlık açısından güvenlik sistemleri, adalet açısından adli yardım, kolaylık ve benzeri tedbirleri böyle düşünmek lâzımdır. Bu müdahalenin akışında ferдин isteğini, tercih hakkını kaldırıcı tedbirler, mesleğin tabiatını değiştirecek, hatta «s e r b e t m e s l e k»leri lüzumsuz hale getirecektir.

Serbest meslek, bugün tam bir «çalışma felsefesi» dir. Bu felsefenin genel bir toplum görüşünü yansıttığı görülür : Otoma-

tik 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 zorlamasına, bu bakımdan üstündür.

Serbest mesleklerin geleceği üzerinde düşünürken akla gelen soruların birkaçı şunlardır : Her serbest meslekte «meslek kuralları» tespit edilebilir mi? Bu kurallarda ortak nitelikte olanlar bütün meslekler için «genel kurallar» haline getirilebilir mi? Bir serbest meslek deontolojisi (mesleklere ilişkin ödev bilgisi) kurmak mümkün değil midir? Mesleğin özü «b a ğ ı m s ız l ı k» olduğuna göre meslek kuruluşunun saptadığı kurallar bu ilkeye aykırı değil midir?

Bu soru yanlış bir gözlemden esinlenmiştir. Meslek kuralları koymak gereksinmesi nedenlerinden, belki de başta gelenlerinden biri, mesleğin bağımsızlığını sağlamaktır. Bu amaçtan saptıran kurallar konursa «maksat dışı»na çıkmış olur. 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 muafıklara tabi tutulması gerekmez mi? Buna karşılık «vergi ziyayı» isnatlarını gidermek için meslekî kadro içinde tedbir alınabilir mi? İş sahibinden alınacak ücretin ölçüsü ne olmalıdır? Kamu niteliğinde sayılan çeşitli kuruluşların kanuni statülerinde tek biçimlilik sağlanamaz mı? Demokrasimizde mesleklerimiz açısından ve «meslek alanında etki grupları» 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, «t a k i b e i z i n m e r c i l e r i» nin ihdası veya mevcut olanların yetkilerini kullanmaları bir ölçüye bağlanamaz mı?

Meslek kurallarının çağdaş toplumlardaki gelişmeye uyamadığı, meslek kurallarının her ülkede meslek geleneklerinden geldiği, geleneklerin utucu olduğu, bir zamanların pek itibarda olan el sanatları nasıl sanayileşmekle silinmiş ise ekonomik ve sosyal koşulların değişmesiyle avukatlığın da kendini yenilemezse silinip gideceği ileri sürülmektedir (bk. Garçon, M. L'avocat et la morale, Paris, 1963, s. 8).

Bu anlayışa göre serbest meslek, geçmişin bir kalıntısıdır. Yakında kaybolup gidecektir. Başka bir anlayış, serbest meslekleri şöyle korur : Toplum gittikçe yoğunlaşan gayriinsaniliğe yönelmektedir. İnsan ve vatandaşın özgürlüklerini koruyacak görev, kamu niteliğindeki serbest mesleklere düşmektedir.

1959 yılında «Fikir İşçileri Milletlerarası Konfederasyonu» fikir işçisini şöyle tanımladı :

«Tamamiyle bağımsız, emir altında olmayan serbest bir mesleği icra eden ve fikri niteliği üstün emeğini ve bilgilerini başkasının hizmetine sunan kimse, fikir işçisidir».

Serbest mesleklerin geleceği her şeyden önce demokrasi'nin varlığına ve bu mesleklerin, demokrasilerin «S o s y a l D e v l e t» kavramına doğru gelişmesine uyabilmek yeteneğine bağlıdır.

Kişinin resmî merci veya memur sayılanlar dışında bazı meslek sahiplerine serbestçe başvurabilme haklarının tanınması demokrasinin başta gelen koşullarından biridir. Jandarma - Devletin Sosyal Hukuk Devletine doğru gelişme, başka bir deyişle, «ç o k g ö r e l i d e v l e t» kavramının ortaya çıkması bu çeşit meslekleri daha da gerekli hale getirmiştir. Zira, Devlet'in etkisi büyüdükçe, alanı genişledikçe ferdin korunması sorunu daha yoğunlaşmaktadır.

3 — Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.

1. *Kamu inancı* : Bazı meslekler, diğerlerinden farklı olarak «doğruluk karinesi»nden faydalanırlar. Hekimlik, avukatlık gibi. Bu mesleklerin kanunlarla düzenlenmiş olması da bunu gösterir. Toplumda «*bazı ilişkilerin gelişebilmesi için kollektif inanca, diğer bir deyimle herkesin doğru olarak kabule haklı sayılacağı şeklinde bir kamu inancı*»na (bk. Erem, Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, Ankara 1968, II, s. 1, Borettini, A. il documento nel diritto penale, Padova, 1936, s. 3) ihtiyaç vardır. Kişilerin, bu meslek mensuplarına inanması kuraldır. Her şeyin isbatlanması zorunlu olursa bu çeşit meslekler kendinden bekleneni sağlayamazlar.

«Avukatların mesleğin haysiyet ve vakarı ile telifi mümkün olmayan hertürlü hal ve hareketten içtinap etmek mecburiyetinde bulunmaları lâzım

gelmektedir. Bu mecburiyet bizzat mesleğin mahiyeti itibarile avukata telkin ettiği bir hal olup, Avukatlar cemiyet içindeki her türlü faaliyetlerinde ve kişilerle olan münasebetlerinde dürüst ve vakur davranmak durumundadırlar. Avukatlık emniyet ve itimat üzerine müesses bir meslektir.» (TBB. Disiplin kurulu kararı 9.5.1970, 3/10).

Bern kuralları (1): «Avukat meslekî faaliyetlerini resmî makamların ve kamunun inancını sağlayacak şekilde yerine getirir». Alman Avukatlık Kanunu (43): «Avukat mesleğini vicdanlı bir şekilde ifa eder».

Vod Kantonu meslek kuralları (1973) m. 2/2: «Avukat kendisine verilen dâvayı özenle inceler, yürütür».

Avukatlık Kanununun 35. maddesi iş takibi tekeli avukatlara tanı-
mıştı. Bu tekel TBB. nin isteği ile kaldırıldı. Doğrudur. Şu soru hiç unutulmamalıdır. Bizim, avukat olarak, «asıl görevi»miz nedir?

2. *Mesleğe güvenilmesi*: Bahis konusu olan «meslek güveni» değildir, bu kuralla «kamunun avukatlık mesleğine güveni»nin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışma zorunluğu ifade olunur.

«Meslek deontolojisi» çalışmalarında esas tutulacak ölçü kuşkuları içdenlikle ortaya koymak ve hisse değil, akla sığınarak sonuçlara varmaktır. Bazı davranışların yasalara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat «hukuka uygunluk» ölçüsüne bağlıdır. «Hukukun üstünlüğü» kavramı «Meslek deontolojisi»nin ilkelerinde «tükenmez kaynak»dır.

Avukatlıkta iki vasıf başta gelir: Bilgi ve dürüstlük (bk. Moliere, s. 22)

Mesleğimiz, sonunda servet sağlayan türden değildir. Bu hep böyle olmuştur. Zamanın ünlü avukatı Berryer, fakirlik içinde ölmek üzere iken, genç meslekdaşları «üstad, sizin ayaklarınızın dibine altın torbalar koymuşlardı, neden almadınız» demişlerdi, cevap şöyle oldu: «almak için eğilmek lâzımdı» (bk. Moliere, s. 103; Perrod, konferans).

3. *Usul hiylesi*: Genel anlamda «dâva»nın taraflar arası bir mukavele kavramına dayandığı fikrinden, dâvanın kamu vasfına inktikali, «usul hiylesi» kavramına da etkili olmuştur:

a) *Kavramın mahiyeti*: Dâvanın mukavele fikrinden kamu kavramına geçişi «şahsî intikam»dan Devletin cezalandırmak hakkına geçişine benzemektedir. Dâvada tarafların iradesi haricinde, bir üçüncü kuvvet, ihtilâfların çözümü ile görevlidir. Bu anlayış dâvayı taraflar arasındaki ihtilâfın haline matuf bir anlaşma (mu-

kavele) sayan fikir ile izah edilemez. Dâvada hususiyet hâkimin temsil ettiği «üstün irade» de toplanır.

Dâvaya hiyle karşıtılması dâvanın bir «adlî mukale» olarak izahı ile dâvanın kamu vasfında olması, neticesinde fark yoktur. Her iki anlayışta da irade (ikincisinde hüküm verecek olan üstün irade) ifsat edilmiş, dolayısıyla doğru olan karar verilmemiştir. Dâvada hiylenin «pasif süje»si daima «yargıçtır. Carnelutti'nin dediği gibi taraflar, birbirlerine değil, daima «yargıç»a hitap ederler.

b) *Hilenin çeşitleri* : Tarafların anlaşmalı hilesi, tek taraflı hile, olmak üzere, başlıca iki çeşit hile tefrik olunur. Tâli tefrikler de mümkündür. «Anlaşmasız tek taraflı hile» gibi. Bu çeşit hilede iki tarafın birbirlerine karşı hile kullandığı görülür. Anlaşmalı hile de ise taraflar arasında hile hakkında bir iştirak mevcuttur. Bazen hile taraf olmayanlardan da gelebilir, şahidin hilesi (yalan şahadeti) gibi.

Bütün hile çeşitlerinin birleştiği bir nokta mevcuttur : Hile, yargıcın adaleti bulma çabasını şaşırtır veya güçleştirir. Konuyu bu yönden ele almak lâzımdır. Hilenin, hükme tesirine göre müeyyidelenirilmesi doğru olmaz. Zira yargıcın hükmünü hazırlayan «saik»lerin tahlili şu veya bu yöne göre bölünmesi âdeta imkânsızdır. Bununla beraber pek müşahhas bazı hallerde «hile» ile hüküm arasında «sebe-sonuç bağı» açık olarak görülebilir. Bu itibarla hükümlerde «gerekeçe» ve delile dayanan vicdanî kanaat», sebep-sonuç bağını göstermesi dolayısıyla hükmün değerlendirilmesi bakımından da zarurîdir.

Usul hilesinin «hile» olarak, mahiyeti itibariyle «umumî hile» (meselâ borçlar hukukundaki hile) kavramına benzeyeceği tabiidir, fakat doğrudan doğruya yargıca matuf olması, kamu vasfında bir usul münasebetine taallük eylemesi bakımlarından usul hilesi «umumî hile»den ayrılır.

Yargıcın iradesini ifsat eden bir kavram sayılması suretiyle ve ya dâvada tarafların bağlı olmaları lâzım gelen ve dâva münasebetinin esasında mevcut sayılan «hüsniyet vazifes»nin ihlâli şeklinde «hile»vi izah etmekte —zannımıza göre— isabet yoktur. Hile kanunların kazaî yol ile tatbikine karşı, yani yargılamaya karşı fiildir. Bu fiilin herhangi bir dâvada «hukukî meseler»le alakalı olabilir.

c) *Sanığın hilesi* : Dâvada sanığın hususî durumu sebebi ile onun tarafından yapılan hilenin bir hususiyeti olmak lâzım gelir. Her ne kadar sanığın da «dâva münasebeti»ne bağlılığı ve dolayısıyla iyi niyetle hareket vazifesi iddia edilebilirse de, ithamın hedefi olması sanığın hususî durumunu meydana getirir. Zira kanun sanığa kendini müdafaada en geniş serbestiyi tanımak istegindedir. Fakat bunun müdafii de kapsadığı söylenemez.

Sanığın sorgusu hakkında kanunların ihtiva ettiği hükümler ve bilhassa sanığın sorgusunun, kendi lehinde olan hususları bildirmesine mâni olmayacak tarzda icrası hakkındaki kaide (CMUK. 135) kanun vazının istegini açıkça gösterir. Bazı kanunlarda bu serbestinin, sanığın hüviyeti hakkında yanlış bilgi vermesinin cezalandırılması suretiyle, tahdidi yoluna gidildiği görülmektedir (bk. İtalyan CK. 496. kşz. TCK. 343).

Filkhakika sanığın hüviyeti hakkında doğru bilgi vermesi hususundaki böyle bir hükmün haksız olduğu iddia edilemez. Zira hüviyeti hakkında bilgi vermek sanığın «müdafaa serbestisi»ni tahdit etmiş olamaz. Kaldı ki hüviyeti hakkında sanığın yanlış bilgi vermesi, hattâ bilgi vermekten çekinmesi masum üçüncü şahısların haksız bir itham altında kalmasına da sebebiyet vermiş olabilir.

Usul Kanununun gerekçesinde şu kanaat izhar olunmuştur : «*İştivabın bir hedefi de, maznunun hüviyetinin ve suça ve cezaya mücssir olabilecek ahvali şahsiyesinin tesbitidir. Binaenaleyh hâkim bir taraftan maznunun hüviyetini tesbit edecek vesai ki taharri diğer cihetten sevabıki ahvali, içtimaî vaziyeti, temayülâtı ruhiyesi, ailesi, vaziyeti akliye ve bedeniyesi gibi şahsın maddî ve manevî anasını tahkik ve tesbite çalıştır*».

Tatbikatta ceza dâvalarında rastlanan «a t f ı c ü r ü m» (sanığın suçu bir başkasına atması) hâdisesi müdafaa serbestisi içinde mütalââ edilmez. Bu müdafii için de düşündürücü bir konudur. Böyle hallerde «iftira»nın diğer şartları mevcut ise sanık bu yönden de takibe ugrayabilir. Zira haksız atfı cürüm, neticede bir «hile »dir Esasen iftira bakımından «saik»in ehemmiyeti yoktur.

Görülüyor ki sanığın hilesi esas itibariyle «müdafaa hakkı»nın zarurî neticesi olan serbestiden istifade etmektedir. Bununla beraber, müstakil suç sayılan bir hareket (meselâ sahte vesika ibrazı) suç olmakta devam edecektir. Sanık için, hoşgörü ile karşılanan bir davranış, müdafii için vahim bir tutum sayılabilir.

ç) *Hilenin müeyyidesi* : Usulde hilenin bir çeşit «usul dolandırıcılığı» sayılması lâzım gelip gelmediği üzerinde de durulmuştur. Hukuk dâvasında taraflardan biri, yargıcı aldatır ve diğer tarafa maddî zarar veren bir karar alırsa, bu hallerde «dolandırıcılık» mevcut mudur? (bk. Logaz, I, m.148, n. 6). Eğer taraflar, yalancı şahit veya hakikat hilâfî bilirkişi temini gibi yollara sapmak veya sahte vesika ibraz etmek gibi şekillerle yargıcı hataya düşürmüşlerse, bu hareketler ayrı birer suç teşkil ettiklerinden ait oldukları hükümlere göre cezalandırılır. Ceza dâvasında durum biaz daha değişiktir. Zira «m ü d a f a a h a k k ı», bazı ahvalde buna inzımam eden «müdafaa masuniyeti» sanığa kısmen serbesti tanımıştır. Fakat bu serbesti «savunma pervasızlığı» anlamına gelmez. Müdafî çok dikkatli olmalıdır.

«Usul hilesi» terimi adliye aleyhine suç veya herhangi hususî bir suç teşkil etmeyen bir hareket ile yargıcı aldatmak suretiyle karar istihsal etmek mânasına alınabilir. Bu suretle «usul hilesi» bağımsız bir kavram olarak usul hukukumuzda girebilir. Belki de bunda zaruret vardır. Bu mânada usul hilesinin müstakil bir suç sayılması için Ceza Kanununa bir hüküm ilâvesi doğru olur mu? Doğru ise böyle bir suçun yeri dolandırıcılık hükümleri mi, yoksa adliye aleyhine suçlar bölümü müdür? Liszt, bu hilenin, mer'î hükümlere göre dolandırıcılık sayılacağı düşüncesindedir (Liszt, II, s. 266 : diğer Alman müellifleri için bk. Escobedo studi sul reato di truffa (1928). s. 160). Tolemei'nin fikrine göre, hilesine kanunî bir şekil vermek suretiyle yargıçtan hakkı olmayan bir şey istihsal etmiş bulunmak cezasız kalmamalıdır. Hile, adlî makamlara matuf olunca daha ağır sayılmalıdır (Escobedo (= dan naklen), s. 161). Lozgoz, Federal Mahkemenin —hiç olmazsa şimdilik— meseleyi menfi olarak karara bağladığını, bunun gerekçesi olarak da yargıcın dâvadaki hususî durumunu nazara aldığını bildirmektedir (Logoz, I. m. 148, n. 6). Goldschmidt ise dâvada taraflardan birinin «y a l a n»ının suç sayılamıyacağı, zira hâkimin tek tarafın iddiasına itimat etmeyeceği kanaatindedir (Goldschmidt, in torno al concetto di truffa (Riv. italiano di diritte penale, (1936), ss. 210).

Zannımıza göre kanunun hususî hükümlerle müeyyideye bağladığı hileler dışında kalabilen «usul hileleri»nin umumî ve tamamlayıcı bir hükümle cezalandırılması zaruridir. Dava, ciddî bir ame-

liyedir.«y a l a n», «H i l e»nin yargıç huzurunda olunca bir çeşit muafiyetten faydalanması mantıksızdır. Bundan «müdafaa hakkının zarar göreceği düşünülemez. Zira yalan, hile, tasni «savunma aracı» olamaz.

4. *Sadakat* : «İ ş i n s a d a k a t l e y ü r ü t ü l m e s i » yalnız ahlâki gerekleri değil, ihmalden kaçınmağı da kasteder.

«Kanun adamları (avukat, dâva vekili, noterler...), bütün kazaî kararları yayınladıkları tarihin akabinde bilmekle mükellef tutulamazlar. Lâkin, mutad surette ifa ile mükellef oldukları meslekî muamelelere müteallik ehemmiyetli meseleleri halleden ve resmî derlemelerde veya kantonun içtihadı mehakim dergilerinde neşredilen kararları takip etmesi ve makul ve münasip bir müddet içinde, bir kaç hafta veya en çok birkaç ay zarfında, onlara ittıla kesbetmesi icap eder» Arık, F. Avukat yeni içtihadı takip etmemekten mes'ul müdür? Adliye Ceridesi, 1944, n. 7, s. 569).

Danimarka Usul K.: «Avukat kendisine tevdi edilen işi sadakatle takip eder». İstanbul Barosu İç Yönetmeliği (20): «Avukatlar adaletin dağıtımını amacı ile üzerlerine aldıkları görevleri, bu görevlerin kutsallığına yakışır bir şekilde ihtimam, sadakat, doğruluk, şeref ve vakar ile yerine getirmek mecburiyetindedirler».

«Avukatına hakareten sanık olan kişinin görevini tam yapmadığına inandığı avukatı hakkında şikâyette bulunmuş olduğuna göre, vekilinin, görev sınırını aşip aşmadığı veya keyfi davranışlarda bulunup bulunmadığı hususlarının saptanması için, soruşturma sonuçlarının araştırılması gerekir» (CGK. 4.2.1974 289/61, bk. TCK. 272).

5. *Meslekî çalışma* : Avukatın «m e s l e k î ç a l ı ş m a»sını sınırlamak kolay değildir. Toplumdaki ilişkilerin tümü bu çalışmalara girebilir : Az gelişmiş ülkelerde hukukcunun görevini, dinamik unsur olarak, diğerlerinden fazla avukatlar temsil etmektedir. Bu konu Milletlerarası Hukukcular Komisyonunun bazı kongrelerinde bütün ayrıcalıkları ile tartışıldı. Bunların önemlileri. Delhi (1959), Rio re Janerio (1962), Bangkok (1965) ve Lagos toplantılarıdır. Bu kongrelerde konu «*Gelişmekte olan ülkelerde hukukcunun görev ve sorumu*» olarak ele alındı, varılan sonuçlar, —özetle— şunlardır :

a) *Sosyal ve ekonomik sorunlar* : Hukukcular, kendi memleketlerinin sosyal ve ekonomik sorunları ile ilgilenmek zorundadırlar. Zira bu sorunların çözümü hukucuya muhtaçtır. Her memlekette bilhassa gelişme yolunda belli bir hız kazanabilmiş ülkelerde hukukcular özel bir mevkie sahiptirler. Bu bir vakiadır. Bu itibarla hukukçu ekonomik ve sosyal gelişmeye en etkili yardımda

bulunmakla görevli ve sorumludur. Bangkok toplantısında bu göreve girebilecek konulara misal olarak şunlar gösterilmiştir : Toprak reformu, millileştirme, millî kaynakların işletilmesi, sosyalizasyon tedbirleri, işsizlik, yoksullukla mücadele, hayat seviyesini yükseltme, kendi memleketini tanıma.

Sadece günlük işlerle, uygulama işlemleri ile yetinmek, görevi eksik yapmaktır. Bangkok toplantısında hukukcu «sosyal konuların yüksek mühendisi» diye tanımlanmıştı. Gelişmekte olan bir ülkenin hukukunda daima yenilenmesi gerekli «h u k u k t e k n i ği»ne ihtiyaç vardır. Bunların lüzumunu göstermeğe, aranıp bulunmasına, hukukcu toplumca memur edilmiştir.

Rio toplantısında şu karara varılmıştır : Az gelişmiş ülkelerde hukukcular «hukuk reformu»nu gerçekleştirmek zorundadırlar. Gelişmekte olan memleketlerin sosyal ve ekonomik sorunları o kadar karışık ve bileşiktir ki bunlar arasında, geçiş döneminde, neyin neyi sümürdüğünü toplumda sezebilenler azdır. Bunları teşhis yeteneği özellikle hukukcudadır. Bu açıdan gerekli reformların gecikmesinden hukukcular sorumludur.

«En zorunlu sosyal problemlerin çözümünde dinamik metot olarak hukuk» başlıklı konferansında, Hindistan Adliye Nazırı şunları söylemişti : Gerçekten sosyal demokrasilerde hukuk dinamik bir rol oynamaktadır. Sosyal bir rol oynamaktadır. Sosyal-ekonomik adaleti hukuk sağlar. Hukuk, demokrasilerde, sosyal-ekonomik çatışmaları çözebilecek en kudretli silâhtir. Eğer toplumda 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 de yeteri kadar zaman ve emek ayırmalıdır. Zira bu sorunların «k a n u n i l i k» içinde çözümü onlara düşer. Kanunlar bu açıdan elden geçirilmelidir. Eğer mevzuat, gelişmeyi izleyememişse veya engelleyici ise, tümünden değiştirilmelidir.

Bu konuda, parlâmento üyesi hukukcu ile örneğin bir avukat, bir hukuk müşaviri arasında fark yoktur. Hukukcunun, özellikle avukatın görevi «müşteri»sini daima aşmaktadır.

Rio toplantısında varılan kararlar arasında şunlara önem verilmiştir : Avukatlar yasama yekisinin demokratik seçimle kurulmuş

meclislerde, yargının bağımsız mahkemelerde, savunmanın bağımsız barolarda kalmasını sağlayacaklardır. İnsan hak ve hürriyetlerinin gerçekten korunması onların elindedir. Hukukcu geri kalmış ülkelerde sefalet, cehalet ve işsizlikle mücadele etmelidir. Bunlar giderilinceye, «i n s a n h a y s i y e t i»ne uygun hukuk ortamı kuruluncaya kadar hukukcunun mücadelesi devam edecektir (bk. Kutay, İlhan, Savunma tenkiği ve sanatı Ank. Baro derg. 1972, n. 6).

4 — Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür.

1) *Meslek itibari*: Bu deyim «meslek vakarı» anlamındadır. Meslek itibarı «ticarî itibar» değildir. Bazı mesleklerin gerçekten varlığı belli bir «vakar»ın varlığına bağlıdır. Meslek vakarı «ortak», «manevî mamelek»dir.

«Avukatların müvekkileri ile ve yazıhaneleri ile teması olan kimselele itinalı bir mesafe bırakarak münasebette bulunması avukatlık mesleğinin telkin ettiği vakarlı tutum ve davranışının tabii bir neticesi olmak lâzım gelir» (TBB. Disiplin kurulu kararı 26.6.1976, 25/11).

Ceza veya tevkif evlerinde müvekki ile temas konusunda aşırı ve kırıcı idarî davranışlar kanunsuzdur. Avukatlık görevinin «onur içinde» icrası kuralı ve adlî ve idarî mercilerin «Avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak yükümlülüğü» (A.K. 2/3, 34) esas tutulmalıdır. Görüşme yerlerinin avukatlık onuruna uygun olması, alçaltıcı nitelik taşımaması, bunun aksine nizam ve talimat hükümlerinin kanuna aykırı olduğu ileri sürülmektedir. (bk. Payen-Duveau n. 248).

İtalyan Avukatlık K. (12): «Avukatlar, adalet hizmetinin gerektirdiği vakar ve haysiyet içinde mesleklerini icra ederler». Bern kuralları (3/2): «Avukat, Baronun itibarına aykırı her türlü faaliyetten çekinir», Uluslararası Barolar Birliğinin Oslo (1956) kararları (2): «Avukat mesleğinin şeref ve haysiyetini koruyacaktır».

Bazı yazarlar, savunmanın plağa geçirilmesine ve bu şekilde satılmasına engel bir kuralın bulunmadığını bildirmektedirler (Payen - Duveau, n. 364). Fakat bu halin «meslek vakarı»na uygun olduğu söylenemez.

2) *Siyasî dâvalar*: Meslek vakarının korunması özellikle «s i y a s î d â v a l a r» da önem kazanmaktadır :

«Siyasî dâvalar»ı siyaset dışı tutabilmekte dâvaların görevli sùjeleri (hâkim, savcı ve avukat) arasından ortak sorumluluk vardır. Zira siyasî dâvaların propaganda aracı haline getirilmek istendiği açıkça görülür. Parti çekişmelerini, ideolojileri dâvalara sirayet ettirmek eğilimi meslek kurallarına aykırı sayılmalıdır.

Âdi bir suç faili müvekkilin, duruşmada, gösteri niteliğinde elini sıkamak meslek vakarına aykırı sayılmıştır. Siyasî suç sanıkları için aynı şekilde düşünülemediğini ileri süren yazarlar vardır (Payen - Duveau, n. 366).

Siyasî dâva avukatlığı her memlekette özellikler göstermiştir (bk. Toulemon, ss. 75 : Les avocats politiques). Memleketimizde bir partinin diğer bir partiye karşı denmesi mümkün dâvalarda ün yapmış, sonra siyasete atılmış avukatlara rastlanmıştır. Fakat bunların çok defa siyasî faydayı amaç, avukatlığı araç hline getirmek kusuruna düştükleri görülmüştür. Parti karşı parti ayrımının müvekkil ayrımı ile neticelenmesi mesleğe ayrıca zararlı olmuştur.

a) *Takdirî tutumlar* : Siyasî dâvaların çok defa mer'î usul kanunu kurallarına uygun şekilde yürütüldüğü görülür. Fakat bu şekilde yargılamalarda da yadırganan hususlar olabilmektedir. Usul kanunlarında, ender hallerde kullanılması öngörülen bazı yetkilerin fazlaca ve sert bir şekilde kullanılması dâvanın görünüşünü değiştirmektedir. Hâkimin «*D e v l e t i n t e m s i l c i s i*» gibi gözükmesi, avukatı bunun karşısında yer almağa zorlar.

Dâvanın aşamalarında yürütme organının, özellikle gizli istihbarat makamlarının etkilerini örtülü şekilde sürdürmelerinin büyük sakıncaları vardır. Dosyayı incelemekte, sanık ile görüşmekte çıkarılan güçlükler, hazırlanmağa yetmeyecek çok kısa mehiller, duruşma hâkimi veya savcılardan gelen dolaylı tehditler ve benzeri tutumlar dâvayı haksızlığı yaklaştırmaktadır. Savunma heyecanı ile çok defa makul karşılanan davranışların makama hakaret sayılması, işlem yapılmış gibi tutumlar siyasî dâvalar sonucu hükümlerin topluma kendini kabul ettirmesine engel olmaktadır (bk. Jaffé, Y.F. Les tribunanux d'exception, Paris, 1962, s. 28).

Genel af'ın avukatlığa kabule engel olup olmayacağı hakkında Fransız içtihadı şöyledir : Genel af suçu kaldırmıştır, fakat işlenen fiili kaldıramaz. Barolar fiilin ahlâken değerlendirilmesinde serbesttirler. Fakat Af Kanununda ilgilinin Baroya kayıt edileceğine veya benzeri sarîh bir kayıt varsa Baro bununla bağlıdır (Payen - Duveau, n. 128).

b) *Müdafiin tarafsızlığı* : Hâkimin tarafsızlığı kadar müdafiin de tarafsızlığı esastır. Bu tarafsızlık kanun kuralları ile pekleştirilmiş değilse de meslek kuralı olarak mevcuttur. Bu bakımdan bir avukatın mahkemeye tarafsız müdafi olarak görünmemesi mümkündür. «Daha objektif kalabilen avukat daha iyi sonuç alabilmektedir» (Martin - Achard, E. Procès politique, Revue de la commission int. de juristes, 1971, n. s. 28). Yürütmeyi hedef tutan dâva dışı mukabil ithamlarla etkili olabilmek isteği ile ölçülü ve akla dayanan sakin savunmayı tercih siyasî dâvalarda iki ayrı avukat grubu yaratmaktadır. Birinci tutum siyasî dâvaların yoldan çıkmasına sebebiyet verebilir. Müdafilik imkânından kendi düşüncelerini bir kere daha açıklamak da, faydalanmak isabetli bir meslek tutumu değildir.

c) *Örgütlerin örtülü müdahalesi* : Yabancı bazı memleketlerde siyasî dâvalarda mensup oldukları örgütlerce seçilen avukaları kabule sanıkların zorlandıkları görülmektedir. Bu suretle müdafi müvekkilinden fazla, örgütün fikrini savunur. Bu arada sanığın faydalanması mümkün hususların (meselâ tahfif sebeplerinin) örgüte zarar vereceği düşüncesi ile ihmâl edilmesine de rastlanmıştır (Martin-Achard, s. 28). Eğer sanık dahi, ideolojisi bakımından savunmayı tercih ederse karar, aydınlanmamış bir dâva sonucu kararların bütün kusurlarını taşımış olacaktır.

ç) *Cesaret* : Siyasî dâvalarda avukatın cesareti göze çarpar. Savunma mesleğinin tarihinde şerefli örnekler az değildir. Siyasî dâvalarda kendini, hattâ mesleğinden olacağını dahi düşünmeden savunma yapanlar pek çoktur. Marie-Antoinette'in avukatı Chauvau-Largarde savunması sonunda tutulanmıştı. Berriyer şunları söylemişti. «Ben, konvansyona iki şey sunuyorum : Hakikati ve kafamı. Birinciyi dinledikten sonra ikincisi hakkında dilediğiniz gibi karar verebilirsiniz» (Martin, s. 29).

Napolyona suikasitan sanık Moreau, avukat Bonnet tarafından savunuluyordu. Napolyon, mahkemenin ölüm cezası vermesini temin için mahkemeye hükümden sonra onu affedeceğini duyurdu. Hâkimlerden, eski avukat Clavier'nin şu cevabı ün kazanmıştır : «Onu af edecek! ya bizi gelecek kuşaklar önünde af edebilecek mi?» Mahkeme sanığı iki sene hapse mahkûm etti, Napolyon ise onu sürgüne gönderdi.

Toplumda bazı kişiler şu kuralı güderler : «Mutlu yaşamak için gizli yaşamak lâzımdır». (Toulemon, s. 42). Bu kural avukatlar için

geçerli değildir. Avukatlar «sesizce yaşamak hakkı»na sahip değildir.

18. Louis'nin «eğer Fransa Kralı olmasaydım, Bordeaux'da avukat olmak isterdim» dediği söylenir (Toulemon, s. 24).

d) *Aleniyet* : Siyasî dâvalar kadar «duruşma aleniyeti»ni zaruri kılan dâva çeşidi yok gibidir. Fakat siyasî dâvalarda «şekil aleniyeti»ni sağlamak usullerine de rastlanır. Görünüşte dinleyici vardır, gerçekte bunlar manken gibidirler. Daha aşırı usullere de raslanmıştır. Sanık aktör gibi çalıştırılır, aleni celsede öğretilen şekilde suçunu itiraf eder. Bu aleniyet değil, aldatmadır. Bazı yabancı memleketlerde rastlanmış, büyük siyasî dâvalarda, aklın almayacağı aleni itiraflar böylesine bir teknik (!) ürünüdür.

e) *Sonuç* : Siyasî dâvalarda «kanunîlik kurallarına saygı gösteren Devlet, kendi onur duygusunu ve ulaştığı uygarlık derecesini kanıtlamış olur» (Martin-Achard, s. 30).

Nobel ödülünü kazanan, fakat çeşitli baskılara maruz kalan Sovyet yazarı Solzhenitsyn'in «Adalet» tanımı şudur : «Adalet insanlığın çağlar boyu ortak mirasıdır... Bu insan tabiatına kenetli bir kavramdır, çünkü başka hiç bir yerde ona rastlanmamıştır. Adalet ona inanan pek az sayıda kişi var olduğu zamanlarda dahi yaşayabilmiştir. İzafi adalet yoktur, vicdanlarda izafilik olmadığı gibi. Zira, Adalet, kişinin değil, bütün insanlığın şururudur. Kendi vicdanının sesini dinleyen Adaletin sesini dinliyor demektir. Bana öyle geliyor ki vicdanımıza aykırı düşmeyecek en iyi yolu bize Adalet göstermektedir. Hangi sosyal olayda olursa olsun Adaletle uygun hareket ederseniz asla hataya düşmezsiniz» (Solzhenitsyn : Notes documentaires, Penguin Presse; bk. Revue de la commission internationale de juristes, 1971, n. 6, s. 4).

Montesquieu, «Lettres Persanes» isimli eserinde bir hâkime şunları söyler : *Avukatlar bizim için canlı kitaplardır, görevleri şudur : Bizi aydınlatmak*. «Y a r a t ı c ı i ç t i h a d» avukatın araştırmacılıkta, yaratıcılıkta yeteneğine bağlıdır. Hâkimin «müstakar içtihad»a bağlı tutulup tutulmaması ayrı bir konudur. Fakat gerekirse avukatın görevinde bu bağlılığa karşı çıkması lüzumlu hale gelebilir.

3) *Olagan dışı yargılamalar* : Olagan dışı yargılamalarda «Avukatın görevi», tutumu, davranışları evvelden öngörülemeyecek kadar sorunlarla doludur. Konu bilinirse en doğru yol bulunabilir.

İnsanlık tarihinde «o l a ğ a n d ı ş ı y a r ğ ı l a m a l a r»a rastlanmıştır. Hemen her dönem ve her ülkede bu tür yargılama-

ların ortak nitelikleri vardır : Adalet görüntüsü altında Adaletsizliği sağlamak.

a) *Adalet kavramı* : «Merhamet» adalet değildir. «Merhametli hakim» makbul sayılmamalıdır. Fakat «insafli hakim»in adalet yaklaşılabilmekle yeteneği çok daha fazladır. «K a n u n» adalet hizmetinde sadece bir araçtır; kanun adalet demek değildir.

Adaleti tümünden maddî bir olay haline getirmek çabasına da rastlanmaktadır. Bu anlayışa göre adalet, çıkarların çatışması halinde, herkes tarafından kabulü uygun görülen bir hal şeklindedir. O halde adalet bir çeşit «faydacı kavram»dır.

Bu görüş yanlıştır. İnsan bilinci adaletin sadece bir denge sayılamayacağını fark edebilmiştir.

Herhangibir memlekette özgürlüğün olup olmadığı hakkında bir kaniye varmak için uygulanan kanuna bakmak da yeterli değildir. Şunu sormak lâzımdır : «*Fikir suçları*» (!) hakkında kim karar veriyor?

b) *Yılgı Adaleti* : Zaman zaman adliyenin aczinden bahsedilir ve «Teşkilâtlı tedhiş sistem»lerine istekliler ortaya çıkar. Bu istekler kolaylıkla «olağan dışı yargılama»ya dönüşür. Adli tedhişin öbürlerinden hiç bir farkı olmaz. Suçsuz insanlar da korkuyorsa ortada adliye yok demektir. Zira tedhiş götürü adalet fikrine dayanır. «*Arada haksız yere cezalandırılanlar da olsa suçu önlemek için adaletsizlik mübahdır*» iddiası içtenlikten yoksundur.

«Suç ile ceza arasındaki oransızlık halkın sempatisini suçlunun üzerine çeker» (Laski).

Hak, haktan fazla bir şey değildir. Haksızlık ise haksızlıktan çok fazla bir şeydir. Yargılama olağan dışına çıktıkça haksızlık yoğunlaşır.

«*H i d d e t e b ü r ü n m ü ş a d a l e t*» gerçek adalet sayılmaz, «*g ö s t e r i a d a l e t i*»dir, bir tarafı noksan adalettir. Hiddetli adaletin «intikamcı adalet» halini almasından korkulur. Oysa adalet «intikam»a karşıdır.

Hukuku değil, kendini hukukun üstünde sayan kanun anlayışıyla kurulan mahkemeler sadece «gösteri adalet»ini sağlamışlardır. «Robespierre'in idamındaki özellik şu ki binlerce insanı giyotine

gönderen bu adam, Meclisten hemen hemen zorla çıkarttığı bir kanun uyarınca, kanun dışı edilip yargılanmaksızın idam olundu. Yani, hakkındaki ölüm kararını yine kendisi vermiş oldu» (Tiryaki-oğlu, s. 101).

İzleyeceği usulün özel kanunla saptanmış olması bir kuruluşun «m a h k e m e» sayılmasına yetmez. Jeanne d'Arc «dinsel - siyasal» mahkemede yargılandı. Ölüme mahkûm oldu. Sonra da «azize» ilân edildi (!). Yargılama usule uygundu, fakat bu usul, «engisizyon usulü» idi.

c) *Peşin hükümlü Adalet* : Adalet «peşin hüküm»lerden uzak kalmalıdır, bunlar arasında en sakıncalı olanı «kollektif peşin hükümler»dir. Mahkeme hükmü, peşin hükmün tescili demek değildir. Araştırmak ve doğruyu bulmak gayreti sonunda verilen hükme «mahkeme hükmü» denir.

Fransız yazarları Petain'in yargılanmasını şöyle tanımlarlar : Kötü bir dava. Çünkü, hâkimleri daha sanık mahkemeye çıkmadan, onu makûm etmişlerdi (Jaffré, Les Tribunaux d'exception, Paris, 1963, s. 120).

«Mutemed hâkim» usulü ile bir «h ü k ü m» elde edilebilir. Fakat bu türden kararlar bir «mahkeme kararı» olamıyolar.

Laval davasında Avukatlar Fransız Barolarının kabul edemeyeceği biçimde yapılmış hazırlık tahkikatını derinleştirme taleplerinin kabul edilmemesi karşısında hep birlikte davadan çekilmişlerdi. Yalnız dinleyiciler bölümünde Paris Barosu temsilcilerine ayrılan yerlerde avukatlar dinleyici olarak bulunuyorlardı. Sanığın bazı taleplerini reddeden başkanın gerekçe olarak sadece «sorumluluğu üstüme alıyorum» demekle yetinmesi üzerine avukatlar hep birlikte salonu terk ettiler (Jaffré, s. 130).

Tarihte peşin hükümlü yargılamanın ünlü örneği «Sokrat'ın yargılanmasıdır». Fakat Sokrat'ı ölüme mahkûm eden 501 Atinalı «Hâkim»den hiç biri bugüne kadar yaşabilmiş değildir. «Sanık-Sokrat» hâlâ kendini savunuyor.

ç) *Siyasal Adalet* : Adalet aynı zamanda siyasal bir meziyettir. Başka bir deyimle siyasal kuvveti, kaba kuvvetten ayıran özelliklerin başında âdil olmak gelir. «Siyasal adalet» teriminin ise birbirine zıt iki sözcükten kurulu bir deyim olduğu açıktır. Siyasete göre adalet tehlikeli bir karışımdır.

«Siyasette Adalet olmaz» denir. Bu hukukçuyu ilgilendirmez. Fakat «adalette siyaset» korkunç bir kavramdır. Bundan ötürü «s i-

y a s î m a h k e m e»yi (veya onun bulaşığı mahkemeleri) savunmak aldatmacadır.

Mahkeme «s i y a s î m a h k e m e»ye yaklaştıkça yozlaşır, mahkeme olmak niteliğini yitirir.

Siyasal konulu adalet her toplumun siyasal geriliminin arttığı dönemlerde raslanır. Bu gerilimden adaletin zararsız çıkabilmesi, kolay değildir. Bunun için «büyük yargıçlar»a ihtiyaç vardır.

«A d a l e t» olmazsa toplum dağılır, inancı, «adalet mülkün temelidir» kanısı ceza usulünün devamlılığını izah eder. Sürekli olmayan, her olayda elde edileceği kesin surette bilinmeyen adalet, yokluğuna eşittir. Adaletin bazan olmaması, toplumda hiç olmadığı kanısına döner. Her şeyin sonunda âdil bir mahkemenin bulunabileceği toplumda en büyük «emniyet duygusu»nu sağlar. Bu bakımdan «adalete güven» toplumu tutan bağların başında gelir. «A d a l e t i n b u l u n m a d ı ğ ı b i r ü l k e d e h e r k e s s u ç l u d u r» (Duverger).

Olağan dışı yargılamalar hiçbir dönemde, hiçbir ülkede toplumu birleştirememiş, gerilim döneminin ardında sürekli düşmanlıklar bırakmıştır.

d) *Arı Adalet* : Oranı ne olursa olsun «yabancı unsur» ile derhal bozunlan biricik kavram «a d a l e t»tir. Örneğin, % 90 altın, % 10 bakır tozu karışımında yine % 90 altın mevcuttur. Fakat % 1 dahi olsa yabancı unsurun müdahale ettiği şey, «adalet» değildir. Bu sebeple adalete müdahale yol ve olanakları kaldırılmalıdır.

Halbuki «olağan dışı yargılama usullerinin tek amacı» şudur : Yargıya, ona yabancı bazı unsurları katmak.

e) *Adaleti ele geçirme çabaları* : «Ceza adaleti kimin elinde ise iktidar ondadır» (Buch), sözü yargının neden yasama ve yürütmeden ayrı, onlardan bağımsız bir kuvvet sayılması gereğini de açıklar. Ceza adaletini «ele geçirmek» için sarfedilen üstü kapalı ve teknikle örtülü çabalar, böylece teşhis edilmeli ve önlenmelidir.

Adaleti ele geçirmenin yolları nelerdir, Şu çarelere rastlanmaktadır :

Sanık fiilen ve hukuken «tecrit» edilir (!). Sanığı tamamen veya kısmen «kanunî haklar»dan yoksun kılmak usulüne sık rastlanır :

16. Louis'nin avukatı Deséze mahkemede şunları söylemişti: «16. Louis'nin kaderi hakkında karar vermek istiyorsunuz ama, onu suçlayan yine sizlersiniz. İsteğinizin ise ne olduğunu açıklamış bulunuyorsunuz. Sanık Louis, kendisi için hiç bir kanunun, hiç bir usulün mevcut olmadığı tek Fransız olacaktır» (Tiryakioğlu, S. Siyasî Davalar, İstanbul, 1963, s. 69).

f) *Çağdaş Engiziyon*: Hukuk gerçek görevine ihanet etmemelidir. Kandırma aracı hukuk olunca, kandırılan insanın gücü kırılır. Toplum umudunu böyle yitirir. Bundan öteside hınç başlar, korkulur.

Adalet, konusu bakımından, bilmeden, hissetmeden, engiziyona kayacak durumdadır, bu suretle ortaya çıkan uygulamaya yeni bir buluş gözü ile bakıldığı da olmuştur. Oysa bu yolla «ç a ğ d a ş e n g i z i y o n»a bir örnek verilmiştir. Ceza adaletinde insanlığın geçtiği yolun dönüşü yoktur. Olağan dışı yargılama çabaları beyhudedir, yapana da onur getirmez.

— Halbuki, «insanlık; fikirleri, içtihatları, örnek tutum ve davranışları ile temayüz eden ve bu türlü hizmetleri adaletle yürüten kişilere (= hâkimlere) ötedenberi ihtiyaç duymuş ve değer vermiştir» (Sunay: Yargıtay'ın 100. yıldönümü açış konuşması).

— Çağdaş engizisyon bir çeşit «Adalette türmörleşme»yi yapay yollarla sağlayarak gerçekleştirilir :

— Hemen her memlekette «olağan dışı mahkemeler» kuşku ile karşılanır. Bu mahkemeler bazı dönemlerde ve her memlekette denenmiş, dönem kapanınca arkalarında daha ağır sosyal sorunlar bırakarak silinip gitmişlerdir. Bunun (kendini ve Adaletini topluma kabul ettirememenin) nedenini bu mahkemelerin ortak özelliklerinde aramak gerekir. Bu özellikleri şöylece özetleyebiliriz.

— Olağan dışı mahkemelere gereksinme olağan mahkemelere güvenmemekten gelir. Asıl neden budur. «Daha hızlı adalet» ve benzeri düşünceler «bahane»dir. Kaldı ki bu mahkemelerde de beklenen hız hiç bir zaman elde edilmemiştir. Çünkü «h a r p d i v a n ı» mahkeme değildir.

— Olağan dışı yargılamada itham daima «müphem» ve duraksamalıdır. Bu sebeple sanıkların savunmaları suçlama biçiminde ortaya çıkar. Sık rastlanan şudur: «*O da bizim kadar sorumludur, fakat serbest dolaşılıyor*». *Vichy hükûmetinin Riom mahkemesinde*, Fransayı harbe hazırlamamaktan yargılanan sanıklar, Mareşal Pétain'i suçluyorlardı. Mareşal de Millî Savunma Bakanlığı, üçüncü

Cumhuriyetin son yıllarında yüksek askeri şura başkanlığı yapmıştı.

— Olağan dışı mahkemelerin uyguladıkları ölçülerle suçlamayı sınırlamak olanağı yoktur. Bu nedenle «h ü k ü m» topluma daima, siyasal bir tercih gibi gözükür. Bütün koşullar, tedbirler hükümden evvel hükümlülüğe yöneliktir. Yargılama, topluma, gerçeği aramak gibi değil, peşin hükmün «tescil»i, bir sahneye koyuş, bir kurgu gibi gözükür.

— Mahkemeden, onun veremeyeceğini istemek, hiç bir ülkede başarı sağlayamamıştır. Halbuki olağan dışı mahkemeler kurmak Adaleti gerçekleştirmekten fazla, belli bir dönemde «toplumsal yığılma» yaratmak amacı ile kurulur. Bu istek yoğunlaştıkça o kuruluşun mahkemeden gayri bir kuruluş haline geldiği, Adalet düzeni içinde tümörleştiği görülür.

— Gerçek adaletin bulunduğu yerde halkın en kötü bir Hükûmete dahi tahammül ettiği görülmüştür. Devletin kuruluşunda, Hükûmetin işleyişinde az ya da çok kusur bulunanabilir. Fakat adalet sosyal yapıyı sağlıkta tutar. Bir memlekette adalet kudretini ve haysiyetini kaybederse «s o s y a l b a ğ» kopar. «Mülkün temeli adalettir» deyiminin bir anlamı da budur. «İnsanları insanlar cezalandırıyor» değil, *insanları adalet cezalandırır*» kanısını verebilmek. Bütün mesele budur (Carrara). Olağan dışı yargılama bunun tam karşıtıdır.

g) *Savunmanın kısıtlanması*: Bütün «sisyasî mahkemeler» de avukat tutulması engellenir (İngiliz Kralı Charles Stuart davasında olduğu gibi) veya savunma kısıtlanır (16. Louisnin yargılanmasında olduğu gibi).

Mithat Paşa, kendini yargılayanlara «bir avukat ile iştişareye hakkımız var mıdır» diye sormuş, «biz üç avukatın adlarını tespit ettik. Bunlardan birini seçebilirsiniz» cevabını almıştı. Olağan dışı mahkemelerde «mutemed hâkim» kadar «mutemed avukat» da hukuk dışıdır.

Günümüzde «avukata başvurma yasağı» uygulamak olanağı kalmamış, fakat «savunmayı kısıtlamak» yolları siyasal nitelik taşıyan yargılamalarda devam etmiştir. Bu açıdan DGM. Kanununu tasarısı hükümleri şaşılacak kadar ilkelidir.

h) *Örnek mantığı*: Hukukta düşünme yetersizliğinin ürünü «örneklerle göre sonuç çıkarmak»tır. Memleketimizde Devlet Güvenlik Mahkemelerini savunanlar, «Fransız örneği»ni göstererek, haklı olduklarını kanıtlamak istegindedirler. Halbuki Fransız hukukçularının bu mahkeme hakkında ne düşündüklerine değinilmemektedir. Fransız hukukçusu bu «örnek» ile övünmemekte, utanç duymaktadır. Fransada, Devlet Güvenlik Mahkemesi «olağan dışı mahkeme» sayılmakta, faydasızlığı, sakıncaları, hukuk ve hukukçuya onur vermediği açıklanmaktadır.

Bir Fransız yazarı, Yves-Frederic Jaffré, yakın zamanların «olağan dışı mahkemeler»ini inceledi (Les Tribunaux d'exception, 1940 - 1962, Paris 1963). Yazar yapıtının giriş bölümünde «olağan dışı mahkeme» kavramını şöyle tanımlar : «*Olağan dışı mahkeme, geleneksel adli düzende bir yıkıntıyı gerektirir ve genel mahkemelerden, kuruluşları —üyelerinin iktidarca seçilmesi—, savunma hakkını kısıtlamaları, kararlarına karşı kanun yolunun kapalı oluşu ile ayrılırlar*».

Yukarda yapıtına değindiğimiz Fransız yazarının kanısı şudur: «Fransa yetmiş yıldır, istisnaî Adalet'ten uzak kalmıştır. Üçüncü Cumhuriyet hiç bir dönemde, genel mahkemelerden ayrılmamakla övünecektir. İstisnaî mahkemeye Vichy hükümetinde rastlandı. Bu hükümetin «Yüksek Adalet Divanı» siyasal bir mahkeme idi. Bu dönemin kapandığını sanmıştık. Fakat Cezayir olaylarından sonra 1961 yılında durum değışti.

Yirmi yıldan beri onbine yakın Fransız vatadaşı yargılanmıştır. Bu Fransız tarihinde emsali olmayan bir olaydır. İstisnaî mahkemeyi uygarlık tarihimiinde (tesadüfî bir olay) bir (kaza) saymıştık. Halbuki uygarlığımızın ürünü «Adalet Fikri»ni yaratan ilkelerin pek ağır ihlâli ile karşılaştık. Tarih bunu Fransız uygarlığının aleyhine kaydedecektir».

Yukarda düşüncelerini özetlediğimiz yazar, yapıtının başında Anatole France'ın «Tanrılar Susamışlardı» adlı kitabından aldığı şu deyimlere yer vermiştir : En güç şey «Vatanseverle, vatan hainini ayırmaktır».

i) S o n u ç : Olağan dışı yargılamada geleneksel kurallar ustaca kenara itilir. Örtülü biçimde kaldırılan kuralların çoğu «savunma hakkı»na ilişkindir. Bundan yasal destekli «Adli keyfilik» başlar. Bunun bir süre sonraki toplumsal sonucu şudur : Hüküm giyenler «m a s u m», böylesine yargıyı kuranlar, itham edenler,

mahkûm edenler «s u ç l u» sayılırlar toplumda oluşan bu yargıya karşı hiç bir «kanun yolu» da yoktur, sürüp gider.

Olağan dışı yargılamada görev alanlar eğer «yargıç sınıfı»nda iseler, davalar devam ettikçe «sosyal çevrenin değişikliği» diye isimlendirilen etkinin onlar üzerinde ağırlaştığı görülür. Zaman zaman «istifa» tehdidinde bulunurlar, fakat istifa edemezler. Evveden düşünölmüş, bu olanak önlenmiştir.

Mahkeme hükmünün yasalara göre «k e s i n h ü k ü m»e dönüşmesi ile sosyal anlamda gerçek görevini başarabilmesi (= toplumlardaki çekişmeye son verebilmesi, barıştıracılığı) aynı ölçüleme bağılı değildir. Olağan dışı mahkemelerde başarısızlık tepe noktasına ulaşır. «Sosyal kinler» büyür, genişler, sonra da kökleşir.

Vardığımız sonuç şudur : Toplumlar olağan yargılamalardan uzaklaşma oranına göre insanca uygarlıktan kayıplara uğramışlardır, böylesine kayıpların, doğurduğu lekeyi tarih sicilinden silmeğe yeterli güç bulunanmıyor. Hiç bir ülkede siyaset adamlarının insanlığa karşı bu kadar kabaca haksızlığa yetkileri yoktur.

Eğer orta çağ, derebeylerini yargılayabilse idi, orta çağ olmazdı. Eğer bizim çağımız da kendi derebeylerini yargılayabilse bizim çağımız olmaktan çıkardı» (S. Auban).

Hukukun bütün tarifleri eksiktir. Doğrusu şudur : Hukuk insanlıktır. Gerçek hukukçunun çabası bundadır. Onu başarıya götürecek tek araç «A k ı l Ç a ğ ı»na yakışır olandır. Geri kalana inanmamalı. Geri kalanı sahtedir.

4) *Özel yaşantı* : Özel yaşantının etkisiz kalmayacağı mesleklerden biri de avukatlıktır.

Alman Avukatlık K. (43) : «Avukat, meslek içinde ve dışında avukatlık mevkiinin telkin ettiği hürmet ve itimada lâıyk olmalıdır. Uluslararası Barolar Birliğinin Oslo (1956) kararları : «Avukat, iş hayatında olduğu gibi, özel hayatında da mesleğinin itibarını düşürecek davranışlardan kaçınacaktır».

5) *Protokol* : *Hiç kimsenin arkasında yer almamak için, Paris Barosu, adli törenlere katılmamaktadır. Bu tutumun ender istisnaları olmuştur. 1904 yılında, Medenî Kanunun yüzüncü yılı nedeni ile Sorbon Üniversitesinde yapılan törene Baro Başkanı katılmış ve Baro adına konuşmuştur. Paris Barosunun bu çekimser*

durumunun sebebi protokolde yerini belli eden bir kanun hükmünün mevcut olmamasıdır.

Paris Barosunun yapacağı ziyaretlerde de çok ölçülü olduğu görülmektedir. Yönetim kurulu, Poincaré, Millerand ve Dumergue'i Cumhurbaşkanlığı seçilmelerinden sonra, Paris Barosu mensubu olmaları nedeni ile resmen ziyaret etmiştir. 1922 yılında Paris Barosu Mareşal Foch'u kabul etmiş, bu vesile ile yönetim kurulunun yaptığı olağanüstü toplantının tutanağını Mareşal'de imzalamıştır.

5 — Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır.

1. Objektiflik : Adaletin üç organından biri olması avukatı objektif kalmaya zorlar. Dâvanın konusu ile sınırlı, inceleme ürünü olan söz ve yazılarda objektiflik muhafaza edilmiş olur.

«Müvekkilinin verdiği kanıtlarla, bir şahıs hakkında belirli bir şikâyeti yapmak veya davayı açmak vekilin kanundan doğan görevidir. Önemli olan böyle bir başvurma, yakınmayı yaparken veya davayı açarken Avukatın, karşı taraf için objektifliği ihlâl eden ve mesleğin gerektirdiği saygı ve güvene yakışır tarzı aşan ibareler kullanmaması ve böylece de müvekkilinin şahsi kin ve garezine alet olmamasıdır» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 27.9.1975, 32/35).

Bern kuralları (4) : «Avukat gerek kalem, gerek konuşması ile, fikirlerini seviyeli ve objektif bir şekilde ifade eder», Danimarka Usul K. (133) : «Avukatlar mahkeme önünde uygun olmayan söz ve yazılardan çekinirler».

2. Sözlü savunma : Diktatörlerin hemen hepsi sözlü savunmaya karşı çıkmışlardır. Napolyon en kudretli zamanlarında «avukatların dilinin kesilmesi»nin doğru olacağını söylüyordu (Toulemon, Barreau de Paris, 1966, s. 11). Yıllar geçti, Napolyon kaldırılan Baronun yeniden kurulmasına on sene sonra razı oldu. Fakat avukatların yeminine şu ibareyi koydurdu : «İmparatora sadık kalacağım» (Garçon, M. l'Avocat et la morale, Paris, 1963, s. 61).

1966 yılında ünlü Paris Barosu Başkanı Charpentier şöyle demişti : «Sözlü duruşma ve savunmayı kaldırınız, arkasından engizisyon gelir». Adalette yüzyıllar boyu yerleşmiş savunma kurallarını, toplumların zaman zaman geçirdiği sarsıntılara bakarak, ortadan kaldırmak, büyük hata olur. Bu kurallar mutlaka geri gelir, fakat arkalarında ne bıraktıkları bilinmez.

Fransız Yargıtayı «yazılı savunma»yı, savunmanın esası saymaz (bk. Toulemon, s. 10) yazılı metnin hazırlanması avukatlığın tekelinde bile değildir, onu avukat olmayan herhangi bir hukukçu da hazırlayabilir. Asıl savunma sözlü olandır (Toulemon, s. 10).

Bununla beraber mahkemelerimizde meslekdaşlarımızın sözlü savunmasını kesen Mahkeme Başkanlarından şikâyetçi oldukları bilinmektedir. Başkanların bu tutumu sözlü savunmanın anlamını anlayamamış olmalarından gelir. Sözlü savunmanın uzunluğu, kısalığı gibi konularda onun faydalı olması veya olmamasından daha fazla savunmanın aleniyetini sağlaması bakımından önemi büyüktür (Toulemon, s. 11).

Bir avukatın savunmasını kesmek, özgürlük adına, en büyük kusurdur. Avukat genç olabilir, tecrübesiz olabilir, yaşlanmıştır, sözü uzatabilir, bunların hiç biri savunmayı kesmek kusurunun özü olamaz.

Siyasi davalarda sözlü savunmanın genellikle uzatıldığı inancı vardır. Bu düzeysel bir inançtır. Bir siyasi davada savunmayı üstlenen avukat sayısız vicdani sorunlarla karşıkarşıyadır (Garçon, s. 99). Sözlü savunmanın makul ölçüsünü avukatın takdirine bırakmak gerekir. «Yalnız kendi vicdanına karşı sorumluluk avukatın tükenmez güç ve başarı kaynağıdır, fakat bu kaynak kurtulmamalıdır.

Avukat Sèze, ihtilâl mahkemesi önünde müvekkili sanık «kıral»ı savunurken şunları söylemişti: «Hâkimleri arıyorum önümde gördüklerim sadece ithamcılar» (Toulemon, s. 127).

Avukattan, sözlü savunma yerine yazılı savunma verilmesini istemek suretile zaman kazanılacağı çok kere bir bahanedir. Eğer yazılı savunma, karar sırasında gerçekten okunacak ise, zaman kazanılmış olmayacaktır. Bazı memleketlerde, mahkeme başkanına, avukattan, konuşmaya başlamadan evvel savunmasının ne kadar süreceğini sormak yetkisi tanınmıştır. Bu bir tedbirdir. En uzun konuşan avukat bile başta söylediği süreyi aşmamaya daima gayret etmiştir.

Sözlü savunma yerine yazılı savunma istemekle yetinmek Ceza Usulünün ilkesine aykırıdır. Zira kanunumuz tahkik (engizisyon) usulünü değil, «itham usulü»nü tercih iddiasındadır.

Avukatın, çok iyi hazırlanması, fakat metinden okuyarak savunma yapmaması esastır. Avukatlar serbestçe konuşmak ayrıcalığını lüzumsuz kılacak görüntülerden kaçınmalıdır (bk. Payen-Duveau, n. 275).

«Parlak, gözkaşırtıcı, fakat faydasız belagat» günümüz avukatlığında itibar görmemektedir. Bu bir gelişmedir. «Boş emeklerin temsilcisi» olmak dönemi kapanmıştır. Ayrıca «mesleğin objektifliğini ihlal eden ve mesleğin gerektirdiği saygı ve güvene aykırı düşen ibareler kullanmaktan kaçınmak, böylece müvekkilinin şahsi kin ve garezine alet olmamak» lâzımdır (TBB. Disiplin kurulu kararı: 27.9.975, 32/35).

Bununla beraber, mesleğin «konuşma ayrıcalığı»nı çok iyi kullanmak gereklidir. Victor Hugo «İyi konuşan kimse, meselâ bir saat konuşmak için bir bütün gün, bir hafta, bir ay, hattâ bazan bir ömür boyu düşünen kimsedir» derdi (bk. Toulemon, s. 12).

Çok iyi konuştuğu, hâkimleri teshir ettiği için başarılı avukat iddiası gerçek dışıdır. Güzel sözlerle dâvalar kazanılamaz. Eğer kazanılırsa zaten Adalet anlamsızdır. Dâva kazanılırsa avukatın karşı taraftan savcıdan, müdahilden, hâkimden daha iyi çalışıp, daha iyi düşünmesinden ileri gelirse bir anlam kazanır, övüneceksek bununla övünmeliyiz.

Savunmayı sabırla dinlemek hakim için görevdir. Bu belkide biçimsel bir tutum sayılabilir. Usul Hukuku belki bir biçimden ibarettir. İhering şöyle demişti : «Biçim, özgürlüğün ikiz kardeşi dir, çünkü keyfiliğin düşmanıdır, Usul Hukukunun biçimselliği bu açıdan değerlendirilmelidir.

3. *Sataşmalar* : Savunma heyecanına rağmen hasım tarafı kışkırtıcı davranışlardan çekinmek zorunludur.

Belçika Usul K. (444) : «Dâvanın mahiyeti zaruri kılmadıkça, şahısların şeref ve haysiyetini rencide edecek iddialardan kaçınacaktır»; İstanbul Barosu İç Tüzüğü (20/ç) : «Avukatlar görevin gereği olmadıkça karşı tarafın kişiliğine dokunan söz ve hareketlerden sakınmak» zorundadırlar.

«Avukata, mesleğini icra ederken bilhassa geniş tutulmuş bir serbesti tanımak lâzımdır. O, müvekkilinin verdiği malumattan, bunların hakikate uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak mecburiyetinde olmaksızın, dâvada istifade etmeğe mezun olmalıdır. O, vekili olduğu tarafın menfaatlerini, vaziyetten izahı kabil olan tam bir merhametsizlikle müdafaa edebilir. Fakat o dahi, haklı menfaatleri korumanın çizdiği sınır önünde durmak zo-

rundadır : Hasım tarafın şahsi münasebetlerini rencide edebilecek mahiyette olan maruzatı, dâvanın maksadı haklı göstermelidir, bu maruzat esasa yaramalı, hatta zaruri olmalıdır. Federal mahkeme bu gibi beyanlarda, bunların «hakların ve menfaatlerin müdafaası için zaruri olan hadde sıkı sıkıya münhasır bulunmasını» arıyor. Beyanlar, da şekil bakımından bile haysiyette bir tecavüz teşkil etmemeli ve aksi bilindiği halde, târizlerde bulunmuş olmamalıdır (30 II 443, 34 II 22, 35 II 606, 42 TT 593) (Egger, s. 299).

4. *Savunma dokunulmazlığı* : TCK. nun savunma dokunulmazlığını kabul eden hükmüne şöyle bir ilâvede bulunulmuştur : «Hakareti tazammun eden yazı ve sözler dâva ile ilgisi olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşarsa» dokunulmazlık dışına çıkmış olur. Meslek kuralları (5) yeterli sayılmalıydı. Ceza Kanununa eklenen bu hüküm uygulamada savunma dokunulmazlığını tahrif etmiştir. Bu hüküm Mehaz Kanunda (398) yoktu, 6123 sayılı Kanunla TCK.na eklendi. Savunma etkili olmak zordur. Savunmanın bu yönünü zayıflatacak her kuşku, sonuçta adaletin zararına olur (bk. Erem, Ceza Hukuku Hususî Hükümler, II, Ankara 1968, «Müdafaa Masuniyeti, § 244, s. 419).

«Avukatlık kamu hizmeti niteliğinde bir meslek olup amacı, hukuk bilgi ve denemlerini adalet hizmetine bağlama, yanların hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarının hakka uygun olarak çözümlenmesinde, mahkemelerle öteki resmî mercilere yasaların tam uygulanmasında yardımda bulunmaktır. (Avukat, müvekkilinin çıkarlarını, hasmının zararlarını gözetmeden sert bir biçimde savunmak zorundadır, çünkü, meslek ödevi bunu gerektirir. Nitekim Türk Ceza Yasasının 486. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin bir kararında benimsendiği üzere, sözlü ve yazılı savunmalar da ancak iddia ve savunmanın sınırını aşan ve hakareti kapsayan sözlerin koğuşturmayı gerektirmeyip çıkarılacağı açıklanmıştır. Savunma dokunulmazlığının sınırı, bu görevin dışına çıkılarak kişisel hakların halele uğratılması durumudur. Avukatın yetkisi, üzerine aldığı işi gereği gibi en sert biçimde savunurken korunan çıkarın haklı gösterdiği sınırını aşmamaktadır ve bu sınırın aşıltıp, gereksiz karşı yanın kişiliğinin amaç tutulmamasıdır». (4. HD. 2.5.1975, 1160/5782).

5. *Hukuk dışına çıkılması* : Bunun dar anlaşılması gereklidir. Zira «hukuk ilmi» bütün sosyal problemlerin hukuk yanı ile ilgilenmek zorundadır.

6 — Avukat iddia ve savunmanın hukukî yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır.

«Dâvayı benimsemek» ile «çekişmenin içine girmek» aynı şey değildir. Olayın ancak hukuk yönü avukatı ilgilendirir. «Partili avukat», «örgüt avukatlığı» gibi uygulamalarda «anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmak» mümkün olmamaktadır.

İstanbul Barosu İç Yönetmeliği (22) : Avukat müvekkilinin «istek ve taşkınlıklarına ve şahsî kin ve garazına alet olamaz».

7 — Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınılmalıdır.

- a) Avukat, yalnız adres değişikliğini reklâm niteliğini taşımayacak biçimde ilân yoluyla duyurabilir.
- b) Avukatın başlıklı kâğıtları, kartvizitleri, büro levhaları reklâm niteliği taşıyabilecek aşırılıkta olmaz.
- c) Avukat telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabilir. Bunun dışında farklı büyüklükte harflere, ya da ilân niteliğinde yazılara yer verdirmez.
- ç) Ortak büro kuran avukatlar büronun reklâm aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmesine dikkat ederler.

8 — Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir.

1) *Metinler* : Avukatlık Kanununa göre (55) «Avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında Avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır».

Fransız Kanununa göre (1971 Kanunu m. 1) «Avukatlar, Avukat deyimi yanında Üniversitedeki ünvanlarını ve meslekî temayüz ünvanlarını kullanabilirler» Avukatlık ünvanının korunması bakımından Fransız 1971 kanunu 74. maddesinde şu hükmü getirmiştir: «gerekli koşullara sahip olmadığı halde halkın zihninde, bir kanunla düzenlenmiş olan meslek ve ünvanlarla karışıklığa meydan verebilecek ünvanlar kullanan kimse ceza kanununun 259/1. maddesinde öngörülen cezalarla cezalandırılır». Fransız ceza kanununda, bu maddedeki ceza altı aydan iki seneye kadar hapis ve 1500 franktan 30.000 franka kadar para cezasıdır (bk. Blance s. 140).

Bir baroya yazılı olmayan bir kimsenin «Milletlerarası Avukat» deyimini kullanmasını Fransız mahkemeleri suç saymışlardır (Blance, s. 141). Aynı şekilde «Müşavir-Avukat» deyimini de yasaklanmıştır (Blance, s. 141).

Görülüyor ki bu hükümlerle «r e k l â m y a s a ğ ı» getirilmiş ise de nelerin reklâm sayılabileceği açıklanmamış, yasak «her türlü teşebbüs» ibaresi ile oldukça geniş tutulmuş, tabela ve basılı kâğıtlarda sayılanlardan gayri unvanların kullanılması «özellikle» reklâm sayılmıştır. Bu hüküm yasağı getirmiş, fakat muhtevasını tâyin etmemiştir. Hangi davranış, ne sebeple «reklâm» sayılacaktır? Bu konunun incelenmesi gereklidir :

«A. K. nun 55. maddesinde avukatların tabelâlarında ve basılı kâğıtlarında avukat ünvanlarıyla akademik ünvanlarından başka bir sıfat kullanılmıyacakları hükme bağlanmıştır. Madde metninde zikri geçen akademik ünvanın ise Üniversiteler Kanunu mücibince Üniversite öğretim üyelerinin haiz oldukları ilmî ünvana matuf olduğu ayrıca izaha ihtiyaç göstermeyecek kadar açıktır. Muteriz avukatın Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsüne müdavemetle ihraz eylediğini beyan ettiği (Uzmanlık) sıfatının bir akademik ünvana tekabül ve tenazur eylemediği de besbellidir. Bu nedenle Avukatlık Kanununun Altıncı Kısmında yazılı reklâm yasağına riayet edilmemiştir». (TBB. Disiplin kurulu kararı, 8.12.1973, 27/27).

a) *Meslek kuralları* : Meslek kurallarında (8) şu hüküm yer almaktadır : «Avukat, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir». O halde TBB, «genişletici yorum»u benimsemiştir.

b) *Yabancı kaynaklar* : TBB.nin benimsediği kurala benzer hükümlere yabancı kuruluşlarda da rastlanmaktadır.

— Amerikan Avukatları Ahlâk yasasına göre (27) «Avukatın sirkürler veya diğer vasıtalı veya vasıtasız yollarla reklâm yapması yasaktır».

— Bern kuralarında (5) kısaca şu hüküm yer alır : «Avukatın iş araması yasaktır.»

— Uluslararası Barolar Birliğinin 1956 Oslo toplantısında aldığı karar (8) şu idi : «Reklâma başvurmak, avukatlık vakar ve şerefi ile bağdaşamaz».

— Paris Barosu İç Yönetmeliğinin 37. maddesine göre : «Reklâm niteliğinde her davranış yasaktır».

— Vod Kantonu meslek kuralları (m. 4) : «Avukat, reklâm sayılabilecek her şeyden kaçınmağa mecburdur. Meslekî faaliyetinin üstüne kamu-nun dikkatini çekmek için dâvaları hakkında yayında bulunamaz. Müvekkili adına, istisnâî olarak ve Baro Başkanının evelden müsaadesini aldıktan sonra ve ancak kesin surette zaruri olan hallerde Avukat basına, radyo ve televizyona bilgi verebilir.

Vod Kantonu Avukatlık Kanunu (1944) m. 27 «Avukat kendi ismini kendi sorumluluğu altında kullanır. Avukatın ismini kiralaması yasaktır».

2) *Yasağın nedeni* : Reklâm yasağının gerekçesi araştırılırsa sonuca varmak mümkün olabilir :

a) *Rekabetin reddi* : Reklâm, «serbest rekabet» kavramı içinde yer alır. Avukatlar, rakip değil, «meslekdaş»dırlar. Reklâm yasağının bir gerekçesi de budur. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre (bk. Chaulmontet, P. Contribution à l'étude de la profession d'avocat, Lozan, 1970, s. 92) genel olarak da mesleğin reklâma ihtiyacı yoktur. Çünkü avukatlık mesleğinin icrası kanunî bir tekele bağlanmıştır.

b) *Adalet hizmeti* : «Avukatlık ... serbest bir meslektir» (A. K. 1/1). O halde neden «reklâm yasağı» (A. K. 55) getirilmiştir? İsviçre Federal Mahkemesinin (Chaulmontet, s. 92) içtihadına göre : Avukatlar, adaletin yardımcısıdır. Gürültü veya ticarî bir reklâm yalnız onlara zarar vermekle kalmaz adaletin itibarını ve dolayısıyla devletin esas müesseselerinden birini de zedeler.

3) *Yasağın mahsus şekli* : Avukatlık Kanunu reklâm yasağının mahsus şeklini şöylece ifade etmiştir : Avukatların «... özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır». «Dr. ünvanı akademik ünvan sayılmıştır» (TBB. Yönetim K. 25.11.1972, 799/45). Fahri doktorluk akademik sayılmaz. Bu hükmün yabancı memleketlerde benzerlerine rastlanmaktadır.

«Emekli hakim sıfatının kullanılması, muhataplarda tecrübe ve bilginlik fikri uyandırmak isteğinin bir sonucudur. Bu sıfatın kullanılması, muhatapta müsbet veya menfi tesir icra edebilir. Ancak bu sıfatı kullananın açık kastı kendisinin ayrıcalığının bulunduğunu ifade etmektir.» (TBB. Disiplin kurulu kararı: 12.11.1975, 58/61).

«Şikâyetli avukatın ilânında yazıhanesinin mevcut adresinden yeni adresine naklinden başka kendisinin Yargıtay Dairesi Başkanlığından isteği ile ayrılarak Avukatlığa başladığı da yazılı bulunmaktadır. Şu durum karşısında iş bu ilân yalnız yazıhane nakli ve adres değişikliği mahiyetinde kabul edilemez. Avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 55, ve Meslek Kurallarının 7/a ve 8. maddelerine aykırı görmüştür.» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 27.9.1975, 36/22).

Herhangi bir kimse Barodan ayrılmasından sonra, isminin yanında «eski avukat» deyimini kullanabilir mi? Bu hale, disiplin nedenleri ile meslekten uzaklaştırılmış kimselerce, başvurulduğu görülmüştür. Buna mukabil temiz bir duygu ile manevî bir tatmin niteliğindeki davranışları yasaklamak da doğru olmayabilir.

a) *İngiltere'deki uygulama* : İngiliz tatbikatında reklâm en kesin surette yasak olarak devam 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 kurallardan biri şudur : «*Hiç bir avukat kâğıtlarında, kartvizitlerinde, gazete ve dergide çıkan makalelerinde herhangi başka bir unvanı, avukat unvanına ekleyemez, bundan sadece hukuk dergileri hariçtir.*».

b) *İsviçre'deki uygulama* : İsviçre Federal Mahkemesi (bk. haulmontet, s. 96) bir avukatın «eski vergi müdürü» olduğunu ilân etmesini, diğer bir avukatın alacağı vekâlet ücretini veya bazı işlerden ücret alamayacağını (hâdisede, asker ailelerinden istişare ücreti almadığını) ilân etmesini reklâm yasağına aykırı saymış ve bu ilânın rekabet sayılacağını, aldatıcı olacağını, içtihad etmiştir.

c) *Bern kuralları (8)* : Bu kurallarda şu hüküm yer almaktadır : «*Basılı kâğıt başlıkları ve levhalar herhangi bir reklâm için vesile edilemez. Levhaların şekil ve ebadında itidal muhafaza edilir.*».

ç) *Meslek kuralları* : TBB. nin kabul ettiği kural (7/b) şöyledir : «*Avukatın basılı kâğıtları, kartvizitleri, büro levhaları, reklâm niteliğini taşıyabilecek aşrılıkta olamaz.*» Avukat, bürosunun bulunduğu yapının dışında ve içinde ve yapının uygun bir yerinde ve büronun kapısına reklâm özelliği göstermeyen boyutlarda, renk ve biçimde tabela asabilir. Tabelada «Avukat» ünvanı ile avukatın adı ve soyadının bulunması zorunludur. Bunun dışında varsa akademik ünvanı ve «Dr.» ibaresi bulunabilir. Başkaca ünvanlar, deyimler ve reklam niteliğinde sayılabilecek araç ve gereçlerden oluşan tabela kullanılamaz» (Ankara Barosu iç yönetmeliği, 88). «Avukatlar mühür biçiminde damga kullanamazlar» (TBB. yönetim K. 23.7.1972, 505/26).

TBB. nin kabul ettiği bu metin ile uygulamada rastlanan bazı tutarsızlıkların bağdaştırılması mümkün değildir.

Avukatlık Kanunu nelerin yazılabileceğini saymış olduğundan bunlardan gayrısının (milletvekili, emekli hâkimlik, parti başkanlığı gibi) yasağa gireceğini kabul etmek gerekir.

Hekimler bakımından tıbbî deontolojisi tüzüğü (9) şu kuralı koymuştur: «Tabip ve dış tabibi, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilânlarda ve reçete kâğıtlarında, ancak ad ve soy adı ile adresini, tebabet ihtisas nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik ünvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilir. Muayenehane kapılarına veya buraların dışına asılacak tabelânın ebadı ve adedi, mahallî tabip odaları tarafından tesbit edilir. Tabipler ve dış tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler».

«Tabelâlarda en çok iki renk kullanılabilir. Işık verici vasıtalarla tabelâları süslemek yasaktır.»

4) *Diğer reklâm şekilleri*: Avukatlık Kanununda açıkça gösterilen yasaktan gayri davranışlar üzerinde durulmakta zaruret vardır :

a) *Büro açılması, adres değişikliği*: TBB. nin kabul ettiği meslek kuralına (7/a) nazaran «Avukat, yalnız adres değişikliğini reklâm niteliğini taşımayacak biçimde, ilân yolu ile duyurabilir». TBB. nin kabul ettiği bu kuralın yabancı memleketlerde daha geniş bir uygulamasına rastlanmaktadır.

«A. K. nun 55. maddesinde, avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları men edilmiş olmasına rağmen, şikâyetli avukatın bürosunun açılışı münasebetiyle bastırılmış bulunduğu davetiye, buna mütenazır olarak yapılmış olan ilân ve basılı kâğıtlarında, Kanunun altıncı kısmında yazılı bu reklâm yasağına uyulmamış olduğu açıkça görülmektedir» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 2.2.1974, 35/2).

«Bir avukat yazıhanesini nakletmesi halinde, bu nakil keyfiyetini mutad vasıtalarla ve meselâ gazete ile ilân eylemesi pek tabii ise de; bu ilân keyfiyetinin sadece nakil hadisesini anlatır tarzda olması da gereklidir. Bunun dışında bir nakil ilânında (Kırşehirli, Çiçekdağlı, Yozgatlı, Bursa ve tüm işçi ve işveren kardeşlere duyurulur) tarzındaki ibarelerin nakil hadisesinin vukuundan ziyade iş celbi niteliğini taşıyacağı aşîkârdır» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 8.12.1973, 29/24).

— Bern kuralları (7) na nazaran: «Avukat, ancak bürosunun açıldığını, adres değiştirdiğini, bir meslekdaşının kendisine katıldığını veya ayrıldığını, üç aydan fazla olmamak şartı ile bir fasıladan sonra tekrar çalışmaya başladığını ilân edebilir. Bu ilânlar kesin surette zarurî kayıtlardan fazlasını ihtiva edemez ve aynı gazetede ancak iki defa yayınlanabilir».

— Vod Kantonu meslek kuralları (m. 5): «Avukat ancak bürosunu açtığını, taşındığını, Baroya mensup bir ortak ve yardımcısının kendisine katıldığını veya ayrıldığını, uzun bir fasıladan sonra tekrar çalışmaya başladığını ilân suretiyle bildirebilir.

— Madrit Barosu (13): «Avukatların meslekleri ile ilgili ilân vermele-ri yasaktır» hükmünü kabul etmiştir.

— İsviçre Federal Mahkemesi (Chaulmontet, s. 101) bir avukatın büro açtığını, meşgul olacağı başlıca işleri (ticarî, idarî, vergi dâvaları vesaire gibi) ilân etmesini reklâm saymamıştır.

— İsviçre Federal Mahkemesi (bk. Chaulmontet, s. 99) bürosundan kısa süre ayrılış ve gelişleri (tetkik seyahatinden dönme gibi) gazetlerde ilân etmenin «kendini hatırlatma» maksadını taşıdığına ve reklâm yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir, meselâ Bern Kanununa göre üç aydan fazla ayrılışlarda ilân mümkündür.

— Vod Kantonu meslek kuralları (m. 5) : «Avukat, ancak bürosunu açtığını, taşındığını, Baroya mensup bir ortak ve yardımcısının kendisine katıldığını veya ayrıldığını, uzun bir fasıladan sonra tekrar çalışmaya başladığını ilân suretiyle bildirebilir.

b) Telefon rehberi : Telefon rehberlerinde meslek bölümünde, arayan için kolaylıktan gayri bir görüş doğru değildir. TBB. nin kabul ettiği kural (7/c) şudur : «Avukat telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırılabilir. Bunun dışında farklı büyüklükte harflere, ya da ilân niteliğinde yazılara yer verilemez». Bern Barosu kurallarında aynı hükme şu şekilde rastlanmaktadır : «Adres kitaplarında ve telefon rehberlerinde ismi gözüken avukat bunun koyu harflerle ilân şeklinde yazılmamasına ihtimam gösterir».

TBB. Yönetim Kurulu avukatların mühür biçiminde damgalar kullanılmasını «Meslek Kuralları»mızın ruhuna aykırı olduğuna ve bu davranışlardan çekinilmesi gerektiğinin genelge ile Barolarımıza duyurmasına karar vermiştir (23.7.1972, 505/26).

c) Uzmanlık ilânları : İhtisaslaşma istenen bir şey olduğuna göre bu çeşit deyimlerin reklâm yasağı dışında kaldığı düşünülemez mi? İhtisas ilânları hakkında İsviçre Federal Mahkemesi (Chaulmontet, s. 107) şu kararı vermiştir: Hekimlikte ihtisas mevcuttur ve kanunidir. Avukatlıkta böyle bir şey yoktur. Avukatlık henüz böyle bir iş bölümünü zorunlu kılacak halde değildir.

İsviçre doktrinine göre bir avukatın belli konu veya konularda ihtisası olduğunu ilân etmesi «reklâm sayılmalıdır. Zira bunlar, mesleğin tabii konularıdır. Bilmeyenler için, böyle bir ilân, avukatın diğer meslekdaşlarına kıyasla bir üstünlüğü olduğu inancını verebilir (b. Chaulmontet, s. 96).

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 5) : «Avukat, Baro Yönetim Kurulunun müsaade etmesi hali hariç olmak üzere meslekî ihtisası gösteren herhangi bir ibare kullanamaz».

«Şikâyetli Avukat, kartına «ceza davaları avukatı - yalnız Yargıtay (temyiz) Ceza Dairelerinde mürafaa kabul edilir» cümlelerini yazdırmıştır. Avukatlık Yasasının 55. maddesi Avukatların iş elde etmek için reklâm sayılabilecek hertürlü teşebbüs ve harekette bulunmalarını ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında Avukat ünvanı ile Akademik ünvanlarından başka sıfat kullanmalarını yasaklamıştır. Şikâyetli Avukatın, kartında mevcut «Ceza Davaları Avukatı» ibaresini ihtisas sahibi olmadığı işler için kendisine yapılacak başvuruları önlemek amacıyla yazdırdığı yolundaki savunması içtenlikle bağdaşmamaktadır. Yasanın 37. maddesi -maddenin son fıkrası istisna dışında- Avukata, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddetmek olanağını tanımıştır.» (TBB. Disiplin kurulu kararı. 18.6.1976, 42/41).

ç) *Yayın araçları ile ilişkiler* : TBB. nin kabul ettiği kurala göre (7/a) «Avukat, salt ün kazandırmağa yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır». Meslek kuralları arasında basın ve diğer yayın araçları ile avukatın ilişkileri hakkında başkaca bir hükme rastlanmamaktadır.

— İngiliz Avukatları Konseyinin koyduğu kurallar şunlardır: «Hiç bir avukat hayatı, kazancı, meslekî faaliyeti hakkında reklâm mahiyetinde yayınlarda bulunamaz», «devam eden veya eskiden ilgilendiği herhangi bir dâva hakkında gazetelerde demeç veremez», «gazetelerde, dergilerde avukat olarak resminin çıkması için teşebbüslerde bulunamaz», «yargılaması devam eden herhangi bir konuda, Konseyin müsaadesi olmaksızın, radyoda konuşamaz, televizyonda görünemez».

— İsviçre'de bir televizyon şirketi, ünlü bir ceza dâvasını, televizyon da göstermek maksadile, o davada otuz yıl evvel müdafilik görevini yapmış bir avukata müracaat etmiş, avukat bu teklifi «meslek kuralları»na aykırı bulunduğundan, red etmiştir (Chaulmontet, s. 102).

— Fransız Yargıtayı kendisinin iştiraki bulunan bir gazetede, medih edici bir yazı ile fotoğrafının yayınlanmasına müsaade eden avukatın disiplin cezasına çarptırılmasına karar vermiştir (12 Ocak 1942 tarihli karar, bk. Payen-Duveau, n. 450).

Paris Barosu (24 Şubat 1953) şu kararı vermiştir: «hiç bir avukat bakıldığı dâva hakkında başkalarına, özellikle basına bilgi veremez. Duruşma haricinde sözlü veya yazılı açıklamalarda bulunamaz. Avukat gördüğü dâva hakkında polemige giremez».

Bazı yazarlara göre «bir savunmayı, avukatın izni olmaksızın kısmen veya tamamen yayınlamağa, basının hakkı vardır. Fakat bu hak geçicidir. Avukat, eserinin sahibi olmakta devam eder, savunmasının, kitap veya dergilerde müteakip yayınıni menedebilir» (Payen-Duveau, n. 364). Fransız mahkeme içtihadına göre «savunma, fikir yapıtıdır. Bu nedenle sahibine fikrî hak sağlar. Yapıtın sahibinin maddî ve manevî hakları vardır» «sahibinin rızası olmadan bir savunma, örneğin bir belagat örnekleri antolojisine alınamaz» (bk. Payen-Duveau, n. 364).

— «Adliye haberleri» ile «gazetelere beyanat vermek», «açık oturumlar düzenlemek» birbirinden ayırt edilmelidir. Adliye haberlerinde, gazeteci ile avukat arasında reklâm konusunda bir anlaşma yoksa bir şey söylenemez.

d) *Ortak büro* : Avukatlık Kanununun getirdiği yeniliklerden biri de «ortak büro»dur. TBB. meslek kurallarında (7/ç) şu hususa deyinilmiştir : «Ortak büro kuran avukatlar büronun reklâm aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmemesine dikkat ederler». Tanınmış bir ismin, iş celbi maksadı ile sadece kullanılması halinde de yasağa aykırılık vardır.

e) *Bölgesel Avukatlık* : Bazı ülkelerde «Bölgesel Avukatlık» sistemi uygulanmaktadır, bu sistemde avukatlar barolarının bölgesi dışında duruşmalara giremezler. Fakat genellikle diğer ülkelerde uygulanan sistem ülkenin her yerinde avukatlık yapabilmektir. Fransada 1822 tarihli avukatlık tüzüğü'nün 39. maddesine göre bir avukatın Barosu bölgesi dışında dâvaya girmesi Baro Başkanının olumlu mütalâası ve Adliye Nazının müsaadesi ile mümkündür. O tarihlerde isyandan suçlu bir general, özgürlükçü düşünceleri ile tanınmış Paris Barosu avukatlarından birini seçmek istedi. İsteği reddedildi. Kendisine mahalli barodan bir avukat tayin edilmek istendi, bu defa sanık seçilene kabul etmedi (Garçon, M. L'Avocat et la morale, Paris 1963, s. 100). Bu örnek de göstermektedir ki bölgesel avukatlık sistemi sakıncalıdır. Konu sanığın müdafiiini serbestçe seçebilmek açısından ele alınmalıdır.

9 — Avukat, kanunen bulunduğu başkaca mevki ve olanaklarının meslekî çalışmalarına etkili olmamasına dikkat eder.

Avukat meslekî çalışması dışında kişisel anlaşmazlıklarda avukatlık sıfatının özelliklerinden yararlanamaz.

1. *Diğer görevler* : Avukatlık diğer bazı görevlerle birleşebilir, görevlerin olanaklarından yararlanmak kurala aykırı düşer Milletvekilliği, siyasî kuruluşlardaki sıfat ve mevkilerden istifade etmek ve benzeri örneklerden kaçınmak gereklidir.

«Aniden meslek değiştirme». Bu üzerinde durulacak bir olaydır. Sertliği ile tanınmış bir vergi dairesi âmirinin, birden «vergi uzman avukatı» iddiası ile ortaya çıkması, bulunduğu idarî mevkiler nedeni ile adı çok duyulmuş kişinin birden «iş takipçisi-avukat» karması şeklinde görünmesi düşündürücüdür. Bazı «gümrükçü»lerin avukatlığa başlaması ise daha il-

ginçtir. Baroya gelmekte «gecikmiş avukat» (!) Biraz daha erken olmaz mı idi? Diğer yönden bir patron emrinde uzun süre çalışanlar iyi avukat olmazlar. Çünkü «avukatın bağımsızlığı» sonradan kazanılamayan ender hasletlerdendir.

2 — *Avukatlık sıfatı* : Bu sıfatın meslek dışında kişisel anlaşmazlıklarda kullanılmasını kural yasaklamıştır.

Paris Barosu İç Yönetmeliğinin 31. maddesi, avukatların kâğıtlarında, büro levhalarında «hukuk doktoru», «öğretim üyesi», «baro başkanı», «eski baro başkanı» deyimlerini kullanabileceklerini bildirmektedir.

10 — Avukat aynı dâva için birbirine karşı isteklerde bulunamaz.

1. *Aynı dâva* : Bu deyim «aynı iddia», «aynı konu» anlamına almak zorunludur. Başka mahkemelerde veya ayrı lâyihalarda açılmış olan dâvaların konusu ayrı ise bu haller kuralın dışında kalmaz.

2. *Kademeli savunma* : İki ihtimal üzerinde savunma (meselâ subutu red eden savunma ile beraber subutun kabulü halini farz ederek yapılan savunma) usul uygulamasındaki zaruretlerden ileri gelmektedir. Bunlar «birbirine karşıt istek» sayılmazlar (bk. Bellavista, Lezioni ... 1960), s. 181; De Marsico, s. 25; Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1970, n. 86/b).

Avukatın sanığa susmak hakkını kullanmasını tavsiye edebilmesi belki haklı olabilir. Fakat susmayıp yalan söylemesini (= ifade öğretmek) telkin edebilir mi? Avukat görevini «doğruluk içinde» (A. K. 34) yapacaktır. O halde yalan söyleyemez. Böyle olunca sonuç şudur : Avukat, müvekkiline de yalan söyletmez.

Sanığın «s u s m a k h a k k ı» vardır. Bu hakkını kullanmasını telkin etmeğe avukat yetkili midir? Şusmanın sanık aleyhine sonuç verdiği bir dâvada avukatın zor bir duruma düşmesi mümkündür. Alman Yargıtayı bir kararında avukatın böyle bir telkinde bulunabileceğine, diğer bir kararında bunu bazı koşullarla ve istisnaî olarak yapabileceğine, karar vermiştir (bk. Faessler, s. 128).

11 — Avukat, Türkiye Barolar Birliğince kabul olunan meslekî dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorundadır.

Meslek kurallarının TBB. genel kurulunda kabul edilmiş olmaları, Birliğin «uyulması zorunlu meslek kurallarını tesbit» ile görevli kılınmış bulunması (A.K. 110/16) ve avukatların «meslek kurallarına uygun davranmak yemini»ni etmiş olmaları (A.K. 9), meslekî dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorunluluğunun kökenidir.

12 — Avukat, bürosunun görevin vakarına uygun biçimde tutulmasına çaba gösterir.

Ölçü «meslek vakarı»dır. Bu maddenin lüks ve mübalâğayı da reddettiğini kabul etmek gerekir. «Büro mesleğin onuruna, ağırbaşlılığına ve bağımsız olarak yapılmasına uygun yerlerde seçilmelidir» (Ankara Barosu iç yönetmeliği, 83).

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 22) : «Avukat, müvekkillerini bürosunda kabul eder». (m. 22) : «Özel durumlar dışında, avukat, istişare için müşterisinin meskenine gidemez».

«Avukat büroları meslekle ilgili işler ve meslek hizmetleri dışında amaçlara tahsis edilemez. Avukatlar büro işlerinde yalnızca sekreter, daktilo ve odacı ile avukat veya avukat stajyerleri çalıştırabilirler. İş takipçisi, komisyoncu, iş adamı gibi kişilerin her ne adla olursa olsun büroda birlikte çalıştırılması veya büronun başka meslek sahipleri ile paylaşılması yasaktır.

Barodan çıkartılmış veya baroya kabul edilmemiş olanlarla işbirliği veya ortaklık yapılması kesinlikle yasaktır.» (Ankara Barosu İç Yönetmeliği, 87).

13 — Uzunca bir süre bürosundan uzak kalmak zorunda bulunan avukat, işlerine bakacak müvekkillerini kabul edecek meslektaşının adını barosuna bildirir.

Sürenin uzunluğunu avukat takdir edecektir. Bazı yabancı kanunlar daha kesin hükümler koymuşlardır :

Alman Avukatlık K. (53) : «Bir haftadan fazla bir zaman için mesleğini icraya mâniî bulunan avukat umumî bir temsilci tâyin etmeğe mecburdur».

... **14 — Avukat meslek kuruluşlarınca verilen görevleri haklı sebepler dışında, kabul etmek zorundadır.**

«H a k l ı s e b e p» meslek kuruluşunca takdir olunacaktır. Verilen görevleri kabul zorunluğu hizmetin meslekle ilgili konulara ilişkin olmak koşuluna bağlıdır.

Seçimle verilen görevleri de kabul zorunludur.

Bir meslekdaşın ölümü, meslekten veya işten çıkarılması, iş- den yasaklanması, geçici olarak iş yapamaz hale gelmesi (tutuklanmak, sıkıyönetimce göz altına alınma gibi) haller görev verilmesine misallerdir (A.K. 42). Görevden istifa imkânını görevi kabul zorunluğuna göre çözümlenmek lâzımdır. Bu sebeple meslek kuruluşlarınınca verilen görevden istifa «haklı sebep»in bulunmasına ve meslek kuruluşunun bunu böyle kabul etmesine bağlıdır.

Avukatlık Kanununun 37. maddesi davayı kabul zorunluğu getirmektedir. Fakat avukatın bir hakkı daha vardır: Avukat TBB. ince tesbit edilen Meslek kurallarına uymak ve işi «zorunlu olarak» reddetmek durumundadır (A.K. 38). Meslek kurallarınının 19. maddesinde de «yakınlıklar» da redde sebep olabilecektir. Bunun takdiri ise avukatın mesleki vicdanına göre yapacağı takdire tevdi edilmiştir.

15 — Mesleki çalışmasından ötürü aleyhine açılan dâva lâyihasının bir örneğini avukat barosuna verir. Baronun hukukî anlaşmazlıklarda ki arabuluculuk teklifini kabul etmek zorundadır.

Bu kural ceza ve hukuk dâvası ayrımını yapmamaktadır. Avukatın açtığı dâvalar, meslek çalışmaları ile ilgili olsa dahi, bu kuralın dışında kalmaktadır.

Baronun arabuluculuğu hukukî anlaşmazlıklara özgüdür.

16 — Avukat kendisiyle ilgili her türlü belgeleri baroda görmek hakkını haizdir.

Evrakı görmek hakkı, suret almağı da kapsar.

II. YARGI ORGANLARIYLA VE ADLİ MERCİLERLE İLİŞKİLER

17 — Hâkim ve Savcılarla ilişkilerinde avukat hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.

1. Hizmetin özelliği: Bu kuralın istediği davranış «adalet hizmetinin özelliklerinden gelen ölçüler»e uygun olan davranıştır.

Avukat hâkim'in değil, Adaletin yardımcısıdır. Aradaki fark büyüktür. Avukatın bağımsızlığı, hâkime yardımcılıkla bağdaşamaz. Adaletin gerçekleşmesinde ortak çaba bahis konusudur. O halde teknik açıdan «Adalet» nedir? Eğer Adalet kanunu uygulamaksa avukat hâkimin yardımcılığına indirilmiş olur. Adalet, Kanunu hukuka (özellikle hukukun üstünlüğüne) uygun olarak uygulama çabasıdır. Böyle olunca, bütün «dâva süjeleri» bu çabada yardımcı değil, ortaktırlar.

Yeni Fransız Avukatlık Kanununun 3. maddesine göre «Avukatlar Adaletin yardımcılarıdır». Bu «Hakimin yardımcısı» deyiminden farklıdır. Fransız doktrini (bk. blanc, E. La Nouvelle profession d'avocat, Paris, 1972 s. 40). «Adaletin yardımcılığı» ile «Adliye idaresine (adli hizmetlere) yardım»ı birbirinden ayırır. Adaletin de bir açıdan «kamu hizmeti» olduğu düşünülürse «Adliye idaresine yardım» olanakları avukatlara açık tutulmalıdır.

Baro (Barreau) kelimesi 13. yüzyılda doğdu, bu kelime «barre» (Barra) kökünden gelir. O tarihlerde mahkeme salonunda avukatların yeri bir Barla (parmaklıkla) ayrılmıştı. Avukatlar ancak bu parmaklığın önüne kadar gelerek savunmalarını yaparlardı. Halen böyle bir parmaklık yoktur. Fakat o devirden kalma gelenek devam etmektedir. Bu nedenle bir avukat, örneğin, yürüyerek, yer değiştirerek savunma yapamamaktadır. Bu konuda Amerikan avukatları geleneğin dışına çıkabilmişlerdir (bk. Payen-Duveau, s. 18).

Avukatın mahkemede ayakta konuşması, hâkime saygının sembolüdür (Payen-Duveau, n. 275). Tarafların (ara kararlarını) ayakta dinlemeleri uyulması gerekli kökleşen bir usul, mahkemeye karşı gösterilmesi gereken saygı ve nezaket kuralı icabıdır. Türk ananesine göre ayağa kalkmak saygı gösterisidir. Dâvacının davranışı sebebiyle 70 inci madde uyarınca işlem yapan hâkimin hukukî sorumluluğunu gerektiren bir yön bulunmamaktadır.» (HGK. 29.3.1967, 184/162).

Uluslararası Barolar Birliğinin Oslo toplantısındaki kararı (6): «Avukat mahkemeye saygısını daima muhafaza eder». Fakat bu tutum karşılıklı saygı esasına dayanır. Bern kuralları (11): «Avukat hâkimlere ve resmî makamlara gereken saygıyı gösterir ve aynı saygıyı onlardan bekler». Amerikan Ahlâk Tüzüğü (22): «Avukatın gerek mahkeme ve gerek diğer avukatlarla olan münasebeti samimiyet ve dürüstlük esasları dahilinde cereyan eder».

Vod Kantonu meslek kuralları (M. 8): «Avukat duruşmada vakarlı ve nezaketli davranmağa mecburdur».

«Muteriz avukatın şikâyet sahibi Hakim hakkında müvekkiline yazdığı mektupta (Hakim ya tesir altında kalmıştır, yahut da acemidir) söz-

lerini sarfettiği ihtilâfsızdır. Bu beyan; Avukatlık vekar ve ciddiyeti ile kabili telif olmadığı gibi, hakimlerle avukatlar arasında cari olması lâzım gelen mücemele kaidelerine de uygun bulunmamaktadır.» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 8.12.1975, 31/33).

Hâkimler, savcılar ve resmî makamlarla olan ilişkilerde avukat «meslekî vakar»ı saygının sınırı olarak kabul edecektir. İstanbul Barosu İç Tüzüğündeki şu hüküm (25/a) isabetlidir: «Avukat bu saygıyı gösterirken mesleğinin ağır başlılık ve bağımsızlığını sarsmaktan sakınmaya mecburdur».

Müdafinin duruşmada sadece ithamı karşılamakla görevli olduğunu iddia etmek nazari bir görüştür. Müdafinin daha başka, bazan çok tehlikeli, dâva dışı ve gizli hasımlar»la uğraşmak zorunda kaldığı bir gerçektir.

Herşeyden evvel olay hakkında bilgisi pek az ve taraf tutan basının yönettiği «k a m u o y u» kendini hissettirir.

Duruşmaya çıkmadan evvel hâkim dosyayı inceleyecektir. Bu şüphe-siz gereklidir. Hattâ dosyayı incelemiş olan hâkime iyi hâkim denir. Fakat bu dosya fiilen «e n g i z i s y o n s i s t e m i»ne uygun olarak hazırlanmıştır. Bu dosyaya ithamcının dosyası diyebiliriz. O halde böylesine hazırlanmış bir dosyanın etkisi altında tek taraflı bir peşin hükme kapılmış hâkim duruşmaya çıkmış olacaktır. Hâkimin böyle bir kanaat ile duruşmayı idareye başlamasındandır ki duruşmada pek çok çatışmalarla karşılaşılır. İşte bu sakıncayı gidermek maksadiledir ki müdafinin ön soruşturmaya müdahalesini genişletmek gerekir. Hâkim, bu suretle karşılıklı delilleri bilir, zaman kazanır, dâvalar uzamaz. Çünkü savunma makamının istekleri ön soruşturmada yerine getirilmiş olur.

«Ne hâkimin nede avukatın yekdiğerini küçümsememeleri lâzımdır. Avukat sırf görülen davadaki hakikata ulaşmak bakımından yardım gayesiyle, hâkimi tenvir için bazı menbalar ve bazı kitaplar işaret eder. Hâkimler görülmüştür ki bu yerinde ikaz ve yardımı âdeta kendilerine karşı bir hakaret telâkki etmiş (biz onun kadar bilmiyormuyuz) gibi yanlış bir fikre kapılmışlardır. Bu, geçen senelerin avukat telâkkisi hususundaki kötü fikirlerin bu güne kadar gelen ufak tefek izleridir» (Arıkan Baha, Konferans: 27.2.1954, Ank. Baro derg. ss. 89).

«Avukatın davayı rüyet eden hakime hakarete bulunmuş olduğu sevk edildiği Ağır Ceza Mâhkemesinin kararıyla mahkûmiyetine karar verilmiş olmasıyla sabittir. Ancak, yine aynı Mahkeme ilâmında hakimi vazifesi hududunu aşan tutum ve davranışının ve keyfi hareketlerinin böyle bir olayın meydana çıkmasına sebebiyet vermiş olduğu açıkça belli edilmiş ve bu nedenle avukat hakkında tertip edilen cezanın Türk Ceza Kanununun 272. maddesi uyarınca tamamen ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. Şu durum karşısında duruşmayı sevk ve idare eden ve tamamen keyfi davranışlarda bulunan hakime karşı bu durumunu ve tutumunu anlatmak maksadıyla muteriz avukat tarafından söylenmiş ve disiplin kurulu kararında ay-

nen yazılmış olan sözler hakime vazife hudutlarını göstermek ve onu görev çerçevesi içine ithal etme maksadiyle sarf edilmiş sözler suretinde telâkki edilmek lâzımdır. Bu nedenle avukatın ayrıca disiplin cezasıyla tecziyesine mahal yoktur». (TBB. Disiplin kurulu kararı, 8.12.1973, 25/34).

2. *Duruşmanın İnzibatı*: Avukatlık Kanununa göre «*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre Avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında hafif hapis veya hafif para cezası da verilemez*».

a) *Duşmanın inzibatı*: «*Duruşmanın inzibatı reise aittir*» (CUK. 378/1, bk. HUMK. 150).

«*Duruşmanın inzibatı*» gereklidir, fakat «*savunma görevi*» ondan aşağı değildir. O halde «*duruşmanın disiplini bakımından yetkiler, müdafinin hürriyetine engel olmamalıdır*» (Kunter N. Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul, 1961), n. 473 (bk. n. 254). «*Avukat görevini yerine getirmede bağımsızdır*» (A.K. 1/2). Duruşmanın inzibatı kavramının makul olmayan bir anlayışa bağlanması halinde başkasının alacağı tedbirin «*savunma serbestişi*»ni fiilen kaldıracağı muhakkaktır. Avukatın dâvasını «*bütün belâgatı ile müdafaa edebilmesinde, jestleriyle, hareketleriyle müdafaasını kuvvetlendirebilmesinde sosyal ve meslekî zaruretler 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 alınırsa Başkanın duruşmadan çıkarma tedbirini alırken ne kadar dikkatli olması gerektiği kolaylıkla anlaşılır. Kaldı ki «*şahsî sebep ve maksatlarla disiplin kararı ittihaz eden yargıç aleyhine cezâi veya hukukî mes'uliyet dâvası da açılabilir*» (Belgesay, s. 58).

Belli içtihat kuralları içinde «*resmen geçerli*» olanı belirtmekle görevli yargıç, daima itibar görecektir. Böyle olması gereklidir. Hukukun sonsuz gelişmesini sağlamakla nankörce görevli avukat pensilini bulan Dr. Fleming'e benzer. Tüpün kenarındaki küfte mikrobun neden üremediğini görebilmiştir. Yüce hâkimlerimizin yasal koşullardan şaşmamalarını pek «*isabetli*» buluruz, ama avukatın görebilmekle görevli olduğu unutulmamalıdır. Rekabetin tek anlamsız olduğu alan Adalettir. Her birimizin görevini gereği gibi yapmasını sağlamakla yükümlü olmamızın, nedeni, Adaletin ne olduğuna değil, ona nasıl ulaşabileceğimizi anlayabilmiş olanların başarılı olmasına bağlıdır. Hâkimin de, savcının da, avukatın da başarısı bundadır.

b) *Avukatın duruşmadan çıkarılması*: «*Duruşmanın inzibatını bozan herşahsı, reis, mahkeme salonundan çıkartır*» (CUMK. 378/1, bk. HUMK. 150). «*Münasip olmayan hal ve tavır vekilden sadır olmuşsa 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 hükümlerinin 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» sayılamaz, bu, «*k e s i n b o z m a s e b e b i*»dir (CMUK. 308/1). «*Avukat, müdafî sıfatı ile, kendisine savcı ile eşit muamele yapılmasını istemede haklıdır*» (Belgesay, s. 51). O halde savcı duruşmadan çıkarılmıyacağına göre Avukatın duruşmadan çıkarılması izahsızdır. Duruşmadan çıkmayan Avukat hakkında zor kullanılması pek ağır sonuçlar doğurabilir.

«Duruşmadan çıkarma vekâletten azle müncer olamayacağından avukat sonraki duruşmalara girebilir» (TBB. Yönetim K. 31.1.1971, 32/5).

Toplu mahkemelerde başkanın Avukatı duruşmadan çıkartmak hakkındaki «tedbir»inin «kabule şayan olmadığı» hususu «duruşmada alâkadar olanlar»dan biri tarafından ileri sürülürse mahkemenin bu yolda karar vermesi gerekli midir? Böyle hallerde başkanın tedbirini karara bağlamak zorunluğu hakkındaki usul hükmü (CMUK. 231) başkanın «duruşmanın idaresine müteallik görevleri»ne ilişkin tedbirleri kapsar. Halbuki «*duruşmanın inzilatı reise aittir*» (378/1.) O halde mahkemeden karar istenemeyecektir.

Bu yoldaki karara «*itiraz*» edilebilir mi? Bu karar «duruşmaya taallük etmeyen kararlar»dandır (CMUK. 297). Dâvanın esasına etkili olmayan konulardaki kararın dâvanın devamı sırasında temyizi mümkün bulunmadığından (CMUK. 306), itirazın mümkün olduğu düşünülebilir. Fakat kanunda «kesin» olduğu yazılı karar-

lara karşı «kanun yolu» kapalıdır ve bu karar da kesindir (CMUK. 379).

Vod Kantonu meslek kuralları (1973), m. 16: «Avukat, duruşmalar bittikten, dâva karara bağlandıktan sonra, hükme etkili olabilecek her davranıştan çekinmeğe mecburdur».

c) *Avukatın tevkifi*: Avukatlık Kanununa göre Avukat «muhakeme sırasında mahkemeye karşı münasip olmayan bir kavil veya fiil» de bulunmuş olsa dahi tevkif edilemez (bk. CMUK. 379, A.K. 58/2). Esasen tevkif tatbikatına daha evvel de son verilmişti (73 sayılı K. 1, 28.1.1962).

ç) *İnzibatî ceza*: «Muhakeme sırasında mahkemeye karşı münasip olmayan kavil veya fiilde» bulunanların «inzibatî mahiyette», «bir haftaya kadar hafif hapis veya yirmibeş liraya kadar hafif para cezası»na çarptırılmasına «mahkemece» karar verilebilir. (CMUK, 379). Avukatlar hakkında bu cezalar uygulanamaz. (A.K. 58/2).

«İstenmeyen avukat»ın duruşmadan çıkarılması üzerinde durulacak bir konudur. Duruşmanın inzibatî kavramı, mahkemece bazı müdafilerin «istenmeyen avukat» olarak kabulü yetkisini de kapsadığı anlamında değildir.

d) *Savunma diyalektiği*: *Diyalektiğin şöylece tarif edildiği görülmüştür: «Her şeyin, ustalıkla ve incelikle tartışılması sanatı». Fakat bu tarif diyalektik ile retorik'i birbirine karıştırmaktadır. Esasta diyalektik sadece «sözlü tartışma sanatı» değildir. Saint Thomas diyalektiği «kısır bir tartışma sanatı» diye anlatırken haksız değildi (bk. Gurvitceh, *Dialectique et sociologie* (Paris, 1962), s. 15; Bellavista (Lezioni... 1960, 164). Muayyen düşünce şekillerini zorunlu kılmak suretiyle insan aklına hükmetmek eğilimi diyalektikte görülen kusurlardandır. Suçlamada ve savunmada kanundan veya tatbikattan gelen kısıntıların böylece kusurlu sayılmaları mümkündür. Her halde diyalektik bugün dar olmayan bir anlam kazanmıştır. Bir fikirden (veya esastan) müsbet veya menfi bütün sonuçları - eksiksiz çıkarabilmek bir «s a n a t» sayılabilir ve «m ü d a f i l i k s a n a t ı»nın büyük bir kısmı burada kendini gösterir. Fakat bu mantık amelîyesi aldatıcı veya gerçeğe sadece benzer olmamalıdır, gerçeğin kendisi olabilmelidir. Stoiciens'lerin ustalığı daima aldatıcı olmuştur. «Dıştan görünüşün mantığı» olarak da savunma diyalektiği makbul değildir (bk. Hilâv, s. 59).*

Diyalektik «pozitivist savunma» ya zarar vermemelidir. Sadece vakıalara dayanmak, boşlukların ikmalinden kaçınmak, kelime bolluğunda gerçeği kaybetmekten her an korkmak bütün usul diyalektiğinde esas olmalıdır. Bu anlamda ihmal dahi bir hayâldir, buna dayanan her şeyde (örneğin, karinelere göre mantıkta) «h a t a» açıktır.

e) Kademeli savunma : İki ihtimal üzerine savunma (meselâ sübutu red eden savunma ile beraber mahkemece sübutun kabulü halini farz ederek yapılan savunma) çok kerre «s a v u n m a z a a f ı» sayılabilir. Fakat buna sebep olan usul tatbikatının isabetsizliğidir. Kaide şu olmalıdır, sübüt üzerinde savunmadan sonra (eğer böyle bir savunma yapılacak ise) bir karar verilmeli, bunu takiben «k a n u n h ü k ü m l e r i n i n t a t b i k i» yönünden «h u k u k î s a v u n m a» ya geçilmesine imkân bulunabilmelidir. Zira zıt iki esasın, herhangi bir konuda mesnet olmasına diyalektik kaideleri imkân vermemektedir. «T e z a t», «m ü b a y e n e t» diyalektikte kusurdur.

Duruşmayı hâkimin (başkanın) idaresi usulü (ki memleketimizde ifrat halindedir) diyalektiğin beklenen faydayı vermesine engel olmaktadır. «Diyalektik dokusu» sun'i bir müdahale ile kusurlanabilir «Eşit silâhla çarpışma» kaidesi bozulmamalıdır (Bellavista, Lezioni... 1969), s. 181; De Marsico, s. 25).

Diyalektiğin yegâne kaynağının «mantık» olduğu yolunda felsefenin benimsediği anlayıştan ziyade, esasen diyalektiği «i n s a n g e r ç e ğ i»ne bağlı, ona uygun bir çeşit metot, gerçek bir davranış sayan ümanist görüş, «s a v u n m a d i y a l e k t i ğ i»ni izah edebilmektedir.

f) İtham, savunma, hüküm üçlüsü : «Savunmanın gereklerini yerine getirmek imkânı» (Laski-Sayman, s. 26; bk. Foschini (G.), Giudicare ed essere giudicati, Milano, 1960 ss. 81) olmazsa savunma diyalektiği sonuç vermeyecektir. «Hiç bir şey kendi karşıtı olmaksızın ortaya çıkamaz (Hilâv, s. 55). İtham, savunma ve hüküm «kendini tanımlamak istediği zaman, kendi karşıtına muhtaçtır» (Hilâv, s. 75). Hüküm için itham-savunma diyalektiği zorunluğundan bundandır.

«Bütünsellik (Totalité) ilkesi, diyalektik düşüncesinin en kapsayıcı ilkesidir. Bu ilke en geniş anlamıyla, herhangi bir şeyin tek

başına ve içinde bulunduğu bütünden ayrı olarak ele alındığı zaman kavranamayacağını ileri sürmektir», «bütünsellik ilkesi açısından gerçeklik, bir organizma olarak düşünülür. Bu organizmada parçalar, bütüne bağlıdır. Nitekim bütün de parçalarına bağlıdır.» (Hilâv, s. 116). Savunma diyalektiğinde bütünsellik ilkesi daima gözönünde tutulmalıdır. Bu bakımdan itham ve savunma eksik olmamalıdır. Bunun etkisi hükümde görülecektir. Eksik hüküm de -bir bakıma- yanlıştır.

«İ t h a m - s a v u n m a - h ü k ü m i l i ş i ğ i» düşündürücüdür. Oksijen ile Hidrojen birleşirse su olur, fakat ikisi yan yana konulsa su olmayacaktır, birleşmeleri gereklidir, birleşince de su her ikisinden ayrı niteliktedir. «İ t h a m - s a v u n m a - h ü k ü m» ilişkisi de böyledir. İlk ikisi olmazsa, hüküm de yok demektir.

g) Eşitlik : Ceza dâvalarında «a v u k a t» ile «m ü v e k k i l»i arasındaki mukaveleyi bir vekâlet (veya hizmet) akdi olarak görmeğe imkân yoktur. Çünkü bu davalarda hiç bir mukaveleye giremeyen bir konu mevcuttur : Sanık, kaderini müdafisine tevdi etmiştir. Bu bir mukaveleye konu olabilecek bir şey değildir, geniş anlamda bir mes'uliyet konusu olabilir. Ceza dâvasında müdafie başvurmada sanık ile avukat aynı derecede eşitlik içinde değildirler. Avukat bu anlaşmada sanığa insanca eşitliği sağlamak zorundadır.

h) Doğruyu bilmek hakkı : Tıpta, çok vahim ve öldürücü bir hastalığı, hekimin hastadan saklamağa hakkı olduğu iddia edilir. Hattâ Fransa'da le code de deontologie, 31. maddesinde şu hükümü ihtiva eder : Vahim bir teşhisin, hastadan saklanması meşrudur. Fakat buna mukabil hastanın «i n s a n l ı k h a y s i y e t i»nin ona «d o ğ r u y u b i l m e k h a k k ı»nu verdiği kuvvetle savunulmaktadır. Hattâ bazı ameliyatlardan evvel hasta gerçeği bilmelidir ki ameliyat için verdiği rıza muteber olsun (bk. Metzler Léon, L'humanisme juridique, Bruxelles, 1952, s. 103). İşte bunlara benzeyen durumlarla müdafilerin de karşılaşması mümkündür. Müdafii, davanın muhtemel neticesini sanıktan saklamaması icap eder. Kötü niyetlerle davanın neticesini sanıktan saklamak, hattâ aksini söylemek ile, muvakkat da olsa, sanığa bir huzur sağlamak gibi iyi niyetle hareket edilmesi arasında, sonuçta fark yoktur, zira sanığın bilmek hakkı ihlâl edilmiş olur.

18 — Avukat daha önce hâkim, savcı, hâkem ya da başkaca resmî bir sıfatla incelediği işte görev alamaz.

Bu kuralın esası «avukatın bağımsızlığı» kavramıdır. Böyle anlaşılınca bilirkişilik, adli zabıta âmirliği gibi sıfatlar ve herhangi resmî bir görev (A.K. 38/e) kuralın kapsamına girer.

«1136 sayılı Avukatlık Kanununun 14 üncü maddesi, emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan hakimler, C. Savcıları, Anayasa Mahkemesi asli ve geçici raportörleri, kanunsözcüleri, Danıştay Dava Daireleri Başyardımcıları ile yardımcılarının, hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılmaları tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapamayacaklarını hükme bağlamıştır. Sözü edilen maddede belirtilen kişilerin, hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde iki yıl süre ile Avukatlık yapamayacakları hakkındaki istisnai hükmün, kanun koyucunun maksadına aykırı bir şekilde yorumlanarak ilgilinin bulunduğu yargı çevresindeki bütün yargı organlarını kapsayacak tarzda genişletilmesi hukuk esaslarına uygun bulunmamaktadır. Hernekadar Avukatlık Kanununun 14 üncü maddesindeki yasaklılık durumunun mevcut olup olmadığının takdiri ilgili avukatın vekâlet görevini deruhte ettiği davalara bakan yargı mercilerine mevdu bulunmakta ve idare hukukunda idarenin içyapısı ve işleyişi ile ilgili işlemlerden sayılan genelgelerin, idari dava konusu olamayacakları kabul edilmekte ise de, böyle bir tasarruf mevcut hukuk düzeninde değişiklik yapar, sübjektif hakları ihlâl eder ve tanzimi bir mahiyeti haiz olursa dava mevzuu teşkil etmesi tabii bulunduğundan T. Barolar Birliği Genelgesinin dava konusu yapılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Bu nedenlerle İstanbul Asliye 8 inci Hukuk Mahkemesi Hakimliğinden, emekliye ayrılan davacının, iki yıl süreyle İstanbul Mahkeme ve icra dairelerinde avukatlık yapamayacağına ilişkin İstanbul Barosu Başkanlığının işleminin ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 14 ncü maddesi hükmüyle ilgili Türkiye Barolar Birliğinin 13/1/1970 günlü ve 1970-80-6 sayılı genelgesinin iptaline». (Danıştay 8. D. 8.11.1971, 1798/2513) karar verilmiştir. Bu karar isabetli değildir.

«Daha önce hâkim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşklar yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya yer yoktur. (Anayasa mahkemesi: 4.2.1962, 161/II).

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 dâvaya bakabilecek hâkimlerin bulunmaması da bir başka sebeptir. Memleketimizde savcının bulunmaması sebebi ile kamu dâvasının aylarca açılmadığına rastlanmaktadır. Hakkını almak için bin meşakkatle mahkemenin bulunduğu il merkezine veya ilçe-

ye gelen; hâkimi, savcuyu bulamadığı için geri dönen vatandaşların nasıl sızlandıklarını görüp de şaşırtıcı bir umursamazlık içinde kalabilen sorumluların pek çok maddî olanaksızlardan söz ettikleri görülmektedir. Halbuki geçici tedbirlerle de olsa dâvaların duraklamasını önlemek mümkündür. Tedbirlerin geçici olması şarttır. Zira hiç kimse hâkimin yerini tutamaz.

Belçikada Mahkemeler Kuruluş K. (442) : «Avukatlar, kanunda gösterilen belli hallerde çağrıldıkları takdirde hâkimlik, savcılık etmeğe mecburdurlar», görev bağdaşmazlığı halleri hariç, hizmeti kabule mecburdurlar.

Olanakları bizden daha bol ülkelerde bile «Hâkimsiz 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 memur sayılamaz. Bu avukatın, aynı zamanda Parlâmento üyesi olması bir engel değildir. Bu suretle avukatların Ağır Ceza Heyetine ve İstinaf Mahkemesine katılması mümkündür. Bu usul Savcılığa da teşmil edilmiştir. Fransız Yargıtayı asıl görevlinin bulunmaması nedeninin hizmete çağırma kararında gösterilmemesini bozma sebebi saymıştır.

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

Çağrıldığı halde heyete katılmayan avukat disiplin cezasına çarptırılır.

Göreve çağırılan avukat ayrıca yemin etmez, kendi meslek yemini yeterli sayılmıştır.

Aynı dâvada hâkimlik ve avukatlığın birleşemeyeceği tabiidir. Aksi takdirde heyet usulüne göre kurulmamış 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. Hazırlanacak kanuna her türlü, ayrıntılı hükümler konulabilir.

«A. K. nun 13. maddesine göre eşi hâkim olan avukat eşinin bir celse dahi girdiği veya tutuklama kararı verip bir daha bakmadığı davada avukatlık yapamaz» (TBB. Yönetim K. 28.2.1971, 119/24).

19 — Hâkim ve savcı ile hısımlık ya da evlilikten gelen engelleri gösteren kanun hükmünde yazılı derece dışında kalan hısımlıklar ve başkaca yakınlıklarda avukat meslek onuruna en uygun biçimde takdirini kullanır.

CMUK. ve HMUK. hükümleri dışında kalan hallerde avukat takdirini kullanacaktır. Hâkimin «dâvaya bakmaktan memnu oldu-

ğu haller» kavramı dışında, hâkimin «tarafsızlığını şüpheyeye düşüren haller» de reddini haklı gösterecek sebepler bu takdirde nazara alınmalıdır, nişanlılık, yakın dostluk gibi.

20 — Avukat mesleğe yaraşır bir kılıkla adalet önüne çıkar. Mahkemelerden başka yer ve zamanlarda avukatlık resmî kılığının giyilmesi zorunlu haller Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanacak yönetmelikte gösterilir.

Hâkim, savcı, avukat belli bir giysi içinde görev yaparlar. Giysi görevin gerektirdiği vakarı somutlaştırır. Giysi ortaçağın meslek loncasına mensup olmanın işareti gibi bir şey sayılmamalıdır. Giyside «m e s l e k a h l â k ı»na bağlılık taahhüdünden gayri eşitliği kabul anlamı da vardır. Çünkü eşitlik, meslek dışı değerlerin fark yaratmayacağı iddiasını taşır. Hâkim, savcı, avukat cübbelelerinin ortak rengi siyahtır.

Eşitlik, tek biçimliliği de gerektirir. Tek biçimlilik kavramı «adli usuller»de de kendini gösterir. Duruşmada hâkimlerin, savcılarının, avukatların davranışları, sözleri yazıları belli bir ölçü kazanmıştır. Alışılmamış sözler, yazılar, «iddialı davranışlar» meslek vakarına uygun değildir (bk. Rolland, M. La justice pour quoi faire? La pjustice en question, Paris, 1970, s. 140).

Fransada yeni Avukatlık Kanunu Mecliste görüşülürken «cübbe»nin çağımı doldurduğu, terk edilmesi gerektiği önerildi. Bir milletvekili avukat, Paris Barosunun ünlü başkanlarından Carpentieres ile ilgili şu anısını belirtti: «Bir gün vestiyerden cübbemi alıp giydim, koşarak duruşmaya yetişmek istiyordum. Vakarlı yürüyüşü, bembeyaz sakalı ile Başkan Carpentieres'e rastladım. Kendisi aynı zamanda 1914 dünya harbinin kahramanlarındandı. Kenara çekilip hürmetle eğildim. Durdu «hayır, dostum dedi. Böyle davranmayınız, üstünüzde cübbeniz var». Fransız parlamentosu cübbenin muhafazasına karar verdi (bk. Blanc, s. 41).

1. *Resmî kılık kavramının dayanağı*: Cübbenin anlamı şudur:

a) *Savunma tekeli*: «S a v u n m a t e k e l i»nin Baroya kayıtlı avukatlar aracılığı ile yerine getirildiğini somut olarak göstermek.

b) *Görev ayrılığı*: Adalet huzurunda «görev karışıklığı» sakıncalıdır. İtham makamaı ile savunma makamının ve karar makamının ayrı olduğu açıkça görünür olmalıdır. Üç kılık ayrılığının bundan gayri nedeni yoktur.

Giysiler, her üç makamın, kanunlara ve meslek kurallarına bağlılık içinde görevli tutulduklarının âlâmetidir. Bu itibarla avukatlık cübbesinin ardındaki anlam tüm meslek törelerine bağlılık ve bunun sonucu olan sorumluluktur.

c) *Eşitlik* : Savunma görevi avukatlar arasında eşitliği gerektirir. Cübbe, bir açıdan bunun âlâmetidir.

Bununla beraber bazı memleketlerde (örneğin bk. Belçika Mahkemeler Kurulu K. m. 439) Yargıtay ve Danıştay'da avukatlık yapabilmek ayrı hükümlere bağlanmış, yüksek mahkemelerde avukatlık yapabilmek için bazı koşullar öngörülmüştür.

Paris Barosu avukatları, herminden bir omuzluğu (Omuzdan sarkan genişçe bir atkı) merasimlerde ve ceza dâvalarında cübbe-lerinin üstünde taşımaktadırlar (bk. Payen - Duveau, n. 275). Fakat bu atkı üzerinde herhangi bir farklılık işareti (meselâ hukuk doktorluğu işareti) bulunamaz. Savunurken herkes eşittir.

«Resmî kılık», avukatın diğer görevlilere nazaran düşük dereceli olduğunu göstermek anlamına gelmez. Örneğin avukat, hâkime kıyasla, bir «ast» değildir. Cübbenin bir madünlük âlâmeti sayılması doğru olmaz. Aksi takdirde «bağımsızlık» kuralını koyan bir kanunun (A.K. 1), «avukatlık kılığı»-nı zorunlu kılması (A.K. 94) çelişmeli olurdu.

Eğer bu düşünceler «ilke» sayılırsa, cübbe ile ilgili konuları isabetle çözmek mümkün olabilir.

2. *Nerede giyileceği* : Avukatlık Kanununun 49. maddesine göre «Avukatlar, mahkemelere, Türkiye Barolar Birliğinin belirteceği resmî kılıkla çıkmak zorundadırlar» Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunca kabul edilmiş «meslek kuralları»nın 20. maddesinde şu hüküm yer almaktadır : «Mahkemelerden başka yer ve zamanlarda avukatlık resmî kılığının giyilmesi zorunlu haller Türkiye Barolar Birliğince hazırlanacak Yönetmelikte gösterilir». İstanbul Barosu İçyönetmeliğinin 27 ve onu takip eden maddelerinde avukatın resmî kılığını giyebileceği hallere ilişkin kurallar yer almaktadır.

«Avukatlar, mahkemelerde, Türkiye Barolar Birliği ve baro disiplin kurullarında görev yaparken ve avukatlık and içme törenlerinde, Türkiye Barolar Birliği'nin belirteceği resmî kılığı giymek zorundadırlar. Bunların dışında, Türkiye Barolar Birliği ve Baro genel kurullarında yargı kuruluşları mensuplarının resmî kılıkları ile katıldıkları resmî törenlerde de giyebilirler. Avukatlar, mahkemelerde, münhasıran vekâlet görevi ifa ettikleri davalar dışında resmî kılık giyemezler.» (A. K. Yönetmeliği 40).

Fransız içtihadına göre disiplin kurulunda bir meslekdaşını savunan avukat cübbe giymeğe mecburdur (Payen - Duveau, n. 277).

Müvekkilinin çarpıldığı ölüm cezasının infazında bulunan avukat (TCK. 12), infazda bulunan hâkim gibi, cübbe giyemez (Payen - Duveau, n. 280).

Stajiyerler, vekâlet alabilecekleri hallerde de (A.K. 26) cübbe giyemezler (bk. A.K. 9, 49).

a) *Bağımsızlık* : Konu avukatın kendi dâvasında cübbe giyip giyemeyeceği sorusuna ilişkin olunca tereddüt etmemek mümkün değildir. Bu konuda yalnız İstanbul Barosu İcnyönetmeliğinde (m. 30) bir hüküm vardır : «Avukat şahsına ait dâva dolayısıyla veya bilirkişi sıfatı ile hâkim huzuruna çıktığında dilerse kisve giyebilir. Sanık sıfatıyla sorgu hâkimliğinde veya duruşmada bulunduğu sırada kisve giyemez».

Hukuk dâvasında avukatın tek başına âsaleten, başkaları adına vekâleten aynı dâvada bulunması mümkündür. Genellikle hukuk dâvasında cübbe giyilmesi sakıncalı görünmemektedir.

Avukatın ceza dâvasında şahsen müdahil dâvacı veya şahsî dâva açtığı hallerde şahsî dâvacı veya aynı ceza dâvasında kendisinin sanık, diğer bir sanığın da müdafii olması hallerine rastlanmaktadır. Genellikle ceza dâvalarında, bu gibi hallerde cübbe giyilmesinin uygun düşmeyeceği ileri sürülmektedir.

Adalet görevinin başta gelen niteliği tarafsızlıktır. Fakat avukatın böyle olması yetmez, tarafsız kabul edilmesi de gereklidir. Aynı dâvada taraf sıfatı da olan avukatın bu nitelikte görünmemesi mümkündür.

Savcı reddedilemez, hasım taraf da avukatı reddedemez. Fakat görev sebebi ile taraf olmakla şahsen taraf olmak aynı değildir. Bu itibarla «u s u l m ü n a s e b e t i» diye anılan teori, dâvada taraf değil, «dâvanın görevli süjeleri» deyiminin kullanılmasını haklı bulur.

Bu konunun «a v u k a t ı n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı» ile de ilgisi vardır. Kendisinin de sanık olduğu bir dâvada avukatın bağımsızlık içinde kalamıyacağından kuşku duyabilir. Esasında kendisinin de sanık olduğu bir dâvada avukat vekâlet almamalıdır. Meslek kuralları (2) buna mânidir. Karma durumlarda meslek onuru-

nu tercih etmek, cübbe giymemek doğru olur. Böyle düşününce hukuk ve ceza dâvası arasında da fark görülmemektedir.

b) *Uygulama* : Bu konuda şu karar ilginçtir : «*Dosyada mevcut Barolar Birliğinin 21 Haziran 1971 tarih ve 1787 sayılı cevabî yazılarda (Aynı dâvada hem sanık hem de müdafî olan avukatın resmî kılık taşıyıp taşıyamıyacağına ilişkin bağlayıcı meslekî bir gelenek bulunmamakla beraber mesleğin niteliği bu durumda cübbe giyilmemesini gerektirir. Nitekim 1136 sayılı Yasanın 182 nci maddesi uyarınca Birlikce hazırlanmakta olan Yönetmeliğe bu yolda bir hüküm konulması düşünülmektedir.*» denilmekte olmasına ve bir avukatın her şeyden evvel kendi örgütünün görüş ve statüsüne uyması da en tabii ve bedihî bir keyfiyet olmasına ve Barolar Birliğinin mezkûr görüşü mahkemece de musip görülmekte bulunmasına mebni dâvamızda sanık ve avukat olarak bulunan A. nın duruşmada bu sıfatla bulunduğu sıralarda cübbe giymemesine ve yukarıda zikri geçen görüş dairesinde dâvayı takip edebilmesine» karar verilmiştir (İzmir Toplu Basın Mahkemesi 25.8.1970, 1970/4).

Bu suretle, bir avukatın kendisinin de sanık olduğu bir dâvada müdafîlik kabul edebileceği, fakat müdafîlik görevini yaparken cübbe giyemeyeceği kabul edilmiştir. Her halde böyle bir durum, uygulamada meslek açısından mutlu sonuç vermez. Vekâlet almak gereklidir. «*A v u k a t ı n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı*» hakkındaki meslek kuralı (2) bunu zorunlu kılmaktadır.

Fransız mahkeme içtihadına göre de avukat kendisinin sanık olduğu bir ceza dâvasına cübbe ile giremez: İsnat edilen suçun niteliği nazara alınmaz (Payen - Duveau, n. 276).

3. *Giysi* : Ceza dâvalarında, müdafîin, «*a v u k a t*» olması zorunluluğu haklı mıdır? Bir sanığın avukattan gayri bir kimse ile kendisini savunduramamasının «*m u t l a k s a v u n m a h ü r r i y e t i*»ne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Zira bu suretle kanun, müdafîi belli bir meslek çevresinden seçme zorunluluğu koymakla bu hürriyeti bir açıdan sınırlamış olmaktadır. Müdafîin serbestçe seçilebilmesi usulü Fransız ihtilâli sırasında denenmiştir, 1890 tarihli bir kanun şu hükmü koymuştu : «*Kanun adamları ne baro, ne meslek teşekkülü kuramazlar. Görevleri sırasında özel bir giysi taşıyamazlar*». Bu uygulama feci sonuçlar verdi.

Eğer müdafî, meslekden değilse, yargılama aksar. sanığın maddî savunması dışında teknik savunma yapılamamış, mah-

keme aydınlatılmamış olur. Hem adaletin, hem sanığın menfaati «s a v u n m a t e k e l i» sistiemini doğurmuştur.

4. *Resmî kılığın korunması* : Hakkı olmadan sadece cübbe giymek dahi suçtur. Cübbe giymek suretiyle meslekî bir faaliyette bulunulmuş ise ceza arttırılır (TCK. 253) (bk. Payen - Duveau, n. 279). Cübbe giymeksizin «Avukatlık Kanununun avukatlara tanıdığı yetkilerden istifadeye kalkışmak ve avukatlık unvanını taşımak 1136 sayılı Kanunun 63/2. maddesine muhalefet sayılır».

21 — Avukat duruşmayı terkedemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmadan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal baroya bilgi verir.

Avukatın «duruşmayı terk hakkı» oldukça tartışmalıdır. Her memleketin uygulamasında ayrılık görülür :

1) *Metinler* : Avukatın duruşmayı terk edebileceğini kabul eden yabancı memleketler çoğunluktadır. Buna mukabil daha ziyade totaliter eğilimli uygulamalar bu hakkı red eder. Madrid Barosu meslek kurallarında (19) şu hükme raslanmıştır : «Avukatlar, mahkemede işgal ettikleri mevki, ancak başkanın müsaadesi ile terk edebilirler». İtalyan Ceza Usulü Kanununa göre (129) «müdafî sanığı yardımdan mahrum bırakacak şekilde, hattâ savunma hakkının ihlâl edildiği inancı ile olsa dahi, duruşmadan ayrılamaz».

«Avukat, mahkeme başkanının savunma özgürlüğünü ihlâl ettiği iddiası ile de olsa, duruşmayı terk edemez» (Payen - Duveau, n. 335).

Görülüyor ki duruşmayı terk hakkını kabul ve red eden iki ayrı sistem mevcuttur.

2) *Duruşmayı terk hakkının niteliği* : TBB. Genel Kurulunca kabul edilen «meslek kuralları»na (21) göre «avukat duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmadan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal Baroya bilgi verir».

a) Görülüyor ki TBB. «duruşmayı terk hakkı»nı istisnaî hallerde kabul etmiştir. Kural, duruşmanın terk edilmemesini emreder. İstisna iki halde kabul edilmiştir : Kişisel sebepler, meslek onurunun zorunlu kıldığı haller.

b) Kişisel sebepler, avukatın şahsen uğradığı haksız taarruzlardır, müvekkilin avukatını rencide edecek söz veya hareketlerde bulunması gibi. Müvekkilin beyanlarının kişisel inançlarına uymadığı gibi sebeplerle (kişiyeye taarruz sayılması imkânsız nedenlerle) ve bunları beyan suretile duruşmayı terk kurala uygun değildir. Böyle durumlarda duruşma haricinde «dâvadan çekilme hakkı» kullanılabilir.

c) Meslek onuru, tüm savunma mesleğine yönelmiş taarruzlarda bahis konusudur. Fakat bunun için belli kişilere değil, mesleğin tamamını hedef tutan sataşmalar söz konusu olmalıdır.

3) *Duruşmayı terk hakkı ile dâvadan çekilme hakkı* : Bu iki hakkın birbirlerine etkili olacakları tabiidir. TBB. meslek kurallarında (38) «müvekkile zarar vermeyecek biçimde kullanılmak» koşuluna bağlı olarak avukata «dâvadan çekilme hakkı» tanınmıştır. Avukatlık Kanunu (37) «işin haksızlığının sonradan anlaşılması» halinde çekilme hakkını kabul etmiştir.

Bununla beraber duruşmayı terk hakkı ile dâvadan çekilme hakkı aynı şey değildir. Dâvadan çekilmenin, aleni celsede beyanla duruşmayı terk hali, avukatın şahsî meselesi haline dönüşebilir veya böyle bir görüntü yaratabilir. Bunun yapılmaması gereklidir.

4) *Müsaade* : Sayılan istisnaî hallerde başkanın müsadese (izni) olmadan duruşmayı terk edebilmenin mümkün olup olmadığında tereddüt edilebilir. Bazı mahkemelerin TBB. ne başvurularında «duruşma salonunu izinsiz terk» halinden şikâyet olunmuştur. Duruşmaya gelip gelmemek avukatın hakkıdır, bu konu müvekkil ile olan ilişkisine giren bir konudur. Bu itibarla istisnaî hallerin bulunduğu kanaat getiren avukatın duruşma salonunu terk etmesi için, diğer bir deyimle hakkını kullanması için izne muhtaç olduğu söylenemez.

«Sanıkların Avukatları duruşmayı terk etmekle istifa etmiş olsalar bile Avukatlık Kanununun 41 nci maddesine göre görevleri 15 gün daha devam edeceğinden Avukatların duruşmanın tehir edildiği günde Mahkemede hazır bulunmaları gerektiği yolundaki sıkı yönetim mahkemesinin kararı yanlıştır (1. sıkıyönetim mahkemesi 19.10.1971, n. 181).

5) *Avukatın ihzarı veya celbi* : Nasıl dâvadan çekilme hakkını kullanmış avukatın celbi ve ihzarı bahis konusu olamazsa duruşmayı terk hakkını kullanan avukatın da sonraki celseye gelmeye zorlanması, kanuna aykırıdır. Dâvadan çekilen avukatın görevi-

nin onbeş gün daha devam edeceği yolundaki Avukatlık Kanunu-hükmünden (41) celp ve ihzar olunacağını çıkarmağa imkân yoktur. Zamansız çekilme hali müvekkil-avukat arasında başka kurullarla düzenlenmiş bir konudur.

6) *Susturma* : Avukat susturulabilir mi? Bir anlayışa göre (Faessler, s. 97) eğer müdafî dâvaya yabancı bir gaye güdüyorsa, beyanlarında ciddiyet yoksa, kanun onu korumak durumunda değildir. Fakat bunun sınırı nedir? Söylenenlerin savunma için faydalı veya zarurî olup olmaması mı? Bu nasıl takdir olunacaktır.

Diğer bir anlayışa göre savunmanın niteliğini ve uzunluğunu müdafî takdir eder. Fakat uygulamada müdafîin sözünün kesildiğine misal bulmak imkânsız değildir. Böyle hallerde dürüst bir uygulama bu «olay»ın tutanağa geçirilmesidir. Zira savunma hakkının tahdidi bir bozma sebebi olabilir.

7) *Avukattan evrak gizlenmesi* : Yirminci yüzyılda avukattan vesika saklamak niteliğinde bir hükmün kanunlarımıza girmesi ve bunun yeni bir buluş (!) olarak takdimi Türk Adaletine gölge düşürecektir. Sadece bir tek tarihi olayı hatırlatmak isteriz :

1894'de, Fransada yüzbaşı Dreyfus, askerî mahkemeye tevdi edilen, fakat sanık ile avukatından gizlenen bir «vesika»ya dayanılarak mahkûm edilmiştir. O tarihlerde Aurore isimli gazetenin yazarı Emile Zola Dreyfus'un mahkûmiyetini haksız bulan ve Cumhurbaşkanı Félix Faure'a hitap eden bir açık mektubu yayınlamaktan Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanıyordu. Parlamentoda, Clemenceau, yalnız mahkemenin bilgisine sunulan «gizli vesika» uygulamasına şöylece karşı çıktı : «g i z l i v e s i k a» (!). Bunun ne demek olduğunu biliyormusunuz? Bu, bir insanın, ondan gizlenen bir vesikaya dayanılarak, yargılanması, mahkûm edilmesi, kendisinin, karısının, çocuklarının, ona yakın herkesin şerefsizliğe hüküm giymesi demektir. Baylar, içinizden hanginiz bu şartlar altında mahkûmiyete isyan etmezsiniz. Şekil gerçeğe tercih edilmemelidir. Vatan, sadece toprak parçası değildir, aynı zamanda, fikirleri ne olursa olsun, dost olsun, düşman olsun, bütün insanların birleştiği adalet vatandır. Bu herkesin ısındığı ocak, güvenlik, herkes için eşit olan adalettir. Adaletin olmadığı bir vatan düşünülemez». Bu çabalar sonuç verdi. «Gizli vesika» usulünün uygar devletlerce nefretle reddedilmesinde «Dreyfus dâvası»nın etkisi büyük olmuştur.

Memleketimizdeki durum nedir? Bu konuda oldukça vahim bir hüküm getirilmiştir. Danıştay Kanununun 82. maddesine eklenen fıkra şöyledir. «Görevli daire veya kurul veya kanun sözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge taraf ve vekillerine incelettirilemez». 1602 sayılı Askerî İdare Mahkemesi Kanununun 54. maddesinden esinlenerek yapılan bu genelleştirme büyük sakınca doğuracaktır.

Dâvada taraf olan kişi veya vekili, kendi aleyhlerine olan bir belgeyi göremeyecektir. Memleketimizde, resmî yazışmalarda gizlilikte ne kadar ifrata gidildiği düşünülürse uygulamada bir kimşenin kendisini nasıl savunacağını kestirmek mümkün değildir.

Bu hükmün Anayasaya aykırılığı bakımından şöyle düşünülebilir. Anayasamızın 31. maddesine göre «herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir». Kendilerine ilişkin bir konuda ilgililer, gizlilik iddiası ile dosyalarını göremezlerse dâva ve savunma hakkını nasıl kullanacaklardır?

Usul Hukukunda savunma hakkının ön koşulu «İthamı Öğrenmek Hakkı»dır. İdarî işlemi dâva eden ilgili idarenin gizlilik iddiası ile Danıştay'a gönderdiği evrakı göremezse hakkındaki ithamı nasıl karşılayacaktır.

Anayasanın 31. Maddesinin gerekçesinde, «klâsik haklar» arasında bulunan, 1924 Anayasasında kabul edilen «s a v u n m a h a k k ı» na ve hakkını aramak özgürlüğüne», yeni Anayasamızda, yargı bölümünde değil «Temel Haklar» bölümünde yer verilmiştir. Anayasamızın, temel hakları herkesin «kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetler» olarak tanımlaması karşısında «H a k A r a m a k Ö z g ü r l ü ğü»nü kısıtlayan hükümlerin Anayasa'ya açıkça aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanunla temel hakkın özüne dokunulabileceği yolundaki Anayasa değişikliği dahi eklenen hükmü haklı göstermez. İdarenin «gizli» damgasını bastığı her varaka böyle bir ayrıcalıktan faydalanırsa, artık savunma hakkından bahsetmeğe imkân kalmayacaktır.

Eklenen hükmün Anayasa'da yer alan duruşmaların aleniyeti kavramını da zedelediği görülmektedir. İdarenin gizli dediği evrak duruşmada da okunamayacaktır. Halbuki bu evraka dayanmak

suretiyle «h ü k ü m» veya «v i c d a n î k a n a a t» tees-süs edecektir.

Bu dâvalarda Danıştay verdiği kararda «gizli vesika»dan ya söz edemeyecek veya ne ne ihtiva ettiğini göstermeksizin sadece böyle bir varakanın mevcudiyetine işaretle yetinecektir. Bu suretle ne hakkını arayan, ne de kamu oyu, dâvanın ne sebeple reddedildiğini anlamayacaktır. Bu durumda Danıştay'da aleniyetten söz edilemez.

8) *Savunma sınırının aşılması* : Türk Ceza Kanununun 486. maddesinde «savunma dokunulmazlığı» yer alır. Bu hükmü göre kendini savunanların veya müdafilerin «dâva hakkında» yazdıkları ve söylediklerinde «hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılamaz». Fakat aynı maddeye şu istisna hükmü eklenmiştir : «Dâva ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıki fıkra hükmünden hariçtir».

O halde getirilen bu istisna karşısında memleketimizde «savunma dokunulmazlığı» var mıdır? Yok mudur? Bu üzerinde durulacak bir sorundur. İstisnayı getiren hüküm Ceza Kanununun ilk metninde ve Mevaz Kanunda da mevcut değildi. Ceza Kanununa sonradan eklendi.

Kural ile istisnayı birlikte yorumlayıp mantıklı bir sonuca varmak mümkün olamamaktadır. Zira itham ve savunma sınırı içinde kalınmış ise zaten bir suçun bulunduğu bahsedilemez. Sınır aşılmış, savunma suç görülebilecek hale gelmiş olmalıdır ki «savunma dokunulmazlığı»ndan söz edilebilsin. Kanun, kendisini savunanın sözlerinde, yazılarında hakaret olsa dahi onu bazı sebeplerle bağışlamış olmalıdır ki bir dokunulmazlıktan söz edilebilsin. O halde istisna gibi görülen husus, esasında kuralın örtülü şekilde ilgası çabasıdır. Bu istisnayı getirenler bir şeyi düşünememişlerdir : Kanunu uygulamakla görevli olanların «hukukun üstünlüğü» kavramı önünde insanca sorumluluklarını. Bu sorumluluk duygusu «dogru yol»un bulunmasını mutlaka sağlayacaktır.

Savunma etkili olmak zorundadır. Savunmanın bu niteliğini zayıflatacak her türlü kuşku, sonuçta adaletin zararına olur. Ceza korkusu altında, söylenmesi gereken söylenemezse bunun zararını

adalet çeker. Bu avukatlık mesleğinin bir ayrıcalığı da değildir. Zira dokunulmazlıktan, avukat olmayanlar da faydalanır.

Kanunun gerekçesinde dâva ile ilgili olsa dahi «yapılması ve söylenmesi zaruri olmayan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin istisna»yı teşkil ettiği belirtilmiştir. İthamı red etmek için neyin zarurî olduğunu, neyin olmadığını saptamak mümkün değildir. Savunma dokunulmazlığı sınırının aşılanıp aşılanmadığını böyle bir zaruret kavramına bağlamak, sonuçta dokunulmazlığın her zaman kaldırılabileceği anlamını taşır. Bu bir güvence değildir.

İstisnanın Anayasaya aykırılığı iddia edildi. Anayasa'nın 31. maddesinde «Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanarak savunma hakkına sahiptir» hükmü yer almıştır. Anayasanın bu hükmü tasarıda şöyle idi: «Herkes, bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretile yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir». Bu hüküm Temsilciler Meclisinde görüşülürken savunma vasıta ve yollarının meşru olması şart koşuldu. Anayasa Mahkemesi de bu değişikliği esas tutarak bahis konusu istisnanın Anayasa'ya aykırılığı hakkındaki bir dâvayı reddetti (8.5.1965, 165/17-35).

Anayasa Mahkemesinin bu yorumu «lafzi yorum» ne kadar başarılı ise ancak o kadar isabetlidir. Meşruluk koşulunun tek anlamı, taraflardan birinin usulsüz elde ettiği bir delili kullanmasını önlemektir. Başkasına gönderilen mektubun, müvezzinin tatmini suretile ele geçirilmesi ve mahkemeye sunulmuş bulunması, şahadetten çekilmiş olan bir şahsın veya sanığın avukatı ile telefon konuşmasının gizlice dinlenmiş ve banda alınmış olması halinde bu bant delil olarak kullanılamaz. Zira «ş a h a d e t t e n ç e k i n m e h a k k a»nın, «m e s l e k s ı r r ı»nın ihlâli suretile elde edilen delil, meşru sayılamaz. İşte «meşru olmayan vasıta ve yollar» deyiminin tek anlamı mudur.

Anayasa Mahkemesi kararının muhalefet şerhinde işaret olunduğu üzere «Anayasa'nın müzakeresi sırasında yapılan konuşmalarından (meşru vasıta ve yollar) tabirinden (hukuk nizamına uygun vasıta ve yollar)ın kastedildiği anlaşılmaktadır», «iddia ve savunma hudutları içinde kalan hususlar için bir dokunulmazlık hakkının kabulüne lüzum ve ihtiyaç yoktur. Zira iddia ve savunmanın icap ettirdiği ve meşru kıldığı hususlarda, hakareti mutazammın olsalar dahi, kasdın bulunmaması dolayısıyla bir suçtan bahsetmek

imkânı olmamak iktiza eder. Asıl iddia ve savunma hududunun aşıldığı ileri sürülen hallerdir ki iddia ve savunma hakkını himaye bakımından bir dokunulmazlık söz konusu olabilir. Haddizatında iddia ve savunma hakkında bir sınır ve onun nerede başlayıp bittiğini tâyin eden sarih bir ölçü bulmak da mümkün değildir. Bu sınır iddia ve savunmanın mahiyetine göre değişebileceği gibi sanıklara, dâvacılara ve bunların müdafilerine ve nihayet hâkimlere göre de değişebilir. Daima takdire bağlı bir husustur. Binaenaleyh tâyin ve tesbiti indi kalacak bir keyfiyettir. Her an bu gayrı sabit sınırı aşmamak gayret ve endişesi bundan mütevellit tereddütler savunmayı bağlayacaktır». Halbuki savunma serbest olabilsin diye dokunulmazlık getirilmiştir. 1950 dönemlerinde siyasi kişileri bir zırha bürümek maksadı ile savunma dokunulmazlığına getirilen bilim dışı istisnanın Türk adaletine gölge düşürmekte devam etmesine rıza göstermek içdenlik değildir. Bu istisnayı getirenler de «hukukcu» (!) idiler. Acı olan budur. Fakat onlar, hukukun değil, «siyaset»in üstünlüğünü benimsemişlerdi. Hukukun, bir başka şeyin aleti olamayacağına inanmadıkça, adaleti aramak lüzumsuzdur.

Hukuk, evvelâ «savunma dokunulmazlığı»nı kabul etmiştir. O halde gerçek «irade» savunma dokunulmazlığıdır. Üstünlük, öncelik ondadır. «İstisna» dar yorumlanacaktır. Bundan sapma «istisna ayrıcalığı»nı getirir. Hukukcu «kanunla yapılan haksızlıkların aracı» değildir. «Binlerce öğrencisinden biri olmakla övündüğüm» hocamın bir sözü vardır : «Kanunun metni, onu basacak mürettibi bağlar». Kanunu uygulamak her halde bu değildir.

9) *Duruşmalara girmemek* : Bu tartışmalı bir konudur. TBB. genel kurulu, «yargı kararlarını uygulamayı kınama günü olarak 4 mart 1977 günü»nü saptamıştı. Karşıtı kararlar da mevcut olmakla beraber Yargıtay Birinci Ceza dairesi şu kararı vermiştir:

«Türkiye Barolar Birliğinin 22.2.1977 günlü ve 327 sayılı Dai-remize hitaben yazı ve yazıya bağlı ekte yargı organları kararlarının yürütme yetkisi tarafından yerine getirilmemesi hareketinin hak arama özgürlüğünü yok edici ve yargının engellenmesi anlamına olarak kınadıklarını belirtmek amacıyla 4.3.1977 günü duruşmalara girmeme kararını aldıklarının bildirilmiş olduğu anlaşıldığından yasal bir örgütün üyesi bulunan savunma makamının bu karara uyduğu gelmemesiyle anlaşıldığından savunmaya olanak sağlamak için sanık vekiline yeniden tebligat yapılmasına ve du-

ruşmanın ... gününe talikine oybirliği ile karar verilmiştir» (Yar-gıtay 1. CD. 4.3.1977, D. 169).

22 — Avukat savunma için zorunlu olmadıkça dâva-nın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır.

Ne gibi isteklerin savunma için zorunlu olduğunu avukat tak-dir edecektir. Bazı isteklerin sırf dâvayı uzatmak maksadına da-yandığını teşhis etmek güç değildir. Kaybedileceği belli olan dâva-nın konusundan müvekkilin biraz daha faydalanmasını sağlamak, dolması yakın olan zamanaşımına ulaşmak istekleri gibi.

Hâkim savunma için gerekli zamanı vermelidir. Adaletin bü-yük kısmı «sabır»dır (bk. Moliérac, s. 6). Söylemesi gereken her şeyi söylemiş ise avukatın, her şeyi dinlemiş ise hâkimin vicdanı rahattır (bk. Moliérac, s. 6).

Danimarka Usul K. (133) : «Avukat, dâvaların, zarurî olmayan veya sa-ir sebeplerle gecikmesi sonucu verecek gecikmelere meydan vermeyecektir».

23 — Hâkimin reddi savcıların ve başkaca adalet gö-revliilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve ge-nellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmıyacak biçimde açıklar.

Red veya şikâyet dilekçelerinin bir örneği de baroya verilir.

Hukuk dâvasında, dâvacı ve dâvalının, ceza dâvasında sanık ve müdahilin red ve şikâyet haklarının varlığı dâvada taraf olanla-rın adalete katılması anlamına gelir. Bu olanağa sahip olanlar hak-larında verilecek olan karara katılmış sayılacaklardır. Red ve şikâ-yet hakkının kötüye kullanılması kanunî himayeye lâyık sayılmaz.

Paris Barosu İç Yönetmeliğinin 43. maddesine göre «hiç bir avukat, evvelden baro başkanına haber vermeden, hâkim, avukat, savcı veya diğer bir adalet yardımcısı hakkında, şikâyet dilekçesi veremez».

24 — Avukat ilerde tanık olarak dinlenecek kimseler-den istisnaî olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetin-de kalmış olursa onları etkilemiş olma şüphesi altına düş-mekten kaçınmalıdır. Avukat tanıklara tavsiyelerde bulu-namaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez.

Kural, tanıklarla temasa istisnaî hallerde olanak tanımıştır. Bu kuralın gösterdiği hususlara özellikle dikkat olunmak gerekir.

Bern kuralları (12) : «Avukat, ilerde şahit olarak dinlenecek kimselerden istisnaî olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa onları tesir altında bırakmış olmak şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat bu kimselere beyanlarını ihtiva eden tutanak imzalatamaz. Meğerki, bir delili ilerde ikame etmek mümkün olmasın. Avukat şahitlere tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde şahadet edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında onlara talimat veremez».

Duruşmadan evvel müdafî, tanıklarla temas edebilir mi? Disiplini ün kazanmış Paris Barosu Başkanlarından Pajen şunları söylemişti : Tanıklarla temas hem meslek kurallarına hem tarafların ve hem de adaletin menfaatına aykırıdır. Böyle bir temas, kötü maksatla olmasa dahi sakıncalıdır.

Görülüyor ki tanıklarla teması kesin olarak red eden bir anlayış, bu teması bazı hallerde kabul eden anlayışlardan daha isabetlidir.

25 — Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırlığına uygun tutum ve davranışlarını korur.

Adliye personeli ile lâubali davranışları, ilişkileri kural kesin olarak yasaklamıştır.

III. MESLEKTAŞLAR ARASI DAYANIŞMA VE İLİŞKİLER

26 — Hiçbir avukat, bir meslektaşının meslekî tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikâyetlerin merci'i yalnız barolardır.

Kıdemli - kıdemsiz ayırımına önem verilmemeli, fakat bu işkiye dikkat edilmelidir : Büyük avukat! Bunun için bir insan bulalım, ona en gelişmiş fikirce yetenek tanıyalım, karakteri herkes-ten üstün olsun, hayatının çok büyük bir kısmını çalışarak geçirmişliğe ulaşsın, aynı zamanda edebiyatçı, yericî, yaratıcı olsun, ahlâkçı olmanın ilericiliğini sezmiş bulunsun, çok yaşlı kişiler kadar tecrübeli, çok genç kişiler kadar yürekli olsun. Bütün bunları yapsak da, yapmak elimizde olsa da bir örnek avukat yaratmış olamayız. Kıdemli - kıdemsiz birleşmezse hiç bir şey yapılamaz.

Genç avukat, eskilerin kuşaklar boyunca, yavaş topladıkları bilgi ve tecrübeleri, meslek davranışlarını, önünde hazır bulacaktır. Birgün o da eskiyecek, kıdemliler arasına girecek, bilgi ve tecrübe «hazine»sine o da katkısını yapmış olacaktır. Bu anlamda Baro bitmeyen bir «yeniden diriliş»tir (Moliérac, s. 91).

Kendisine meslekdaşı tarafından kamu oyuna bildirilmiş isnatlara mukabele, cevap, düzeltme hakkı şeklinde dahi olsa bu tür açıklamalar kurala aykırı düşer. Meslekdaşına isnatta bulunan avukat hakkında meslekî kovuşturma talebi ile yetinilmelidir.

«Avukatlık Kanununun 38. maddesinin avukatların baro yönetim kurulunun iznini almadan başka bir avukat aleyhine dava açmalarını yasaklayan ve acele durumlarda önce baro yönetim kuruluna bildiride bulunmalarını ve davayı açtıktan sonra yine izin istemelerini zorunlu kılan üçüncü fıkrası hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verildi» (Anayasa mahkemesi : 21.1.1971, 19/9).

«Sanıkların müdafisi tarafından neşredilen ve dosya ile ilgisi bulunmayan (İtham ediyorum) adlı kitabı sanıklar ve müdafaalarıyla ilgisi bulunmadığından ibraz edene iadesine» karar verilmiştir (1 CD. 30.11.1972, 4362/4838).

27 — Hiçbir avukat, herhangi bir meslekdaşı özellikle hasım vekili meslekdaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmez.

Kural özel görüşmeleri de kapsar. «Küçük düşürücü nitelik» yalnız hakaret anlamına gelecek yoğunluktaki açıklamalara özgü değildir. Mesleğe ilişkin olmak koşulu da aranmaz.

«Avukatların birbirlerini şikâyetleri halinde isnat ve savunmaların onur kırıcı ve küçültücü olmamasına dikkat edilmelidir» (TBB. Yönetim K. 1.11.1970, 456/31).

Bern kuralları (32/1) : «Hiç bir avukat, hasım tarafın vekili hakkında şahsî mülâhazalarda bulunamaz»; Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (4) : «Avukat meslekdaşlarına karşı en büyük nezaket ve hakbilirlik kurallarına uygun bir şekilde davranacaktır».

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 17) : «Meslekdaşlar arası ihtilâflar mümkün olduğu kadar dostça çözümlenir. Bu maksatla her iki avukat tecrübeli meslekdaşlarının, Baro Başkanının, Yönetim Kurulunun mütalâasını alır».

«Avukatlar birbirleriyle olan münasebetlerin ve vekâlet vazifesi ifa ettikleri esnada avukatlık mesleğinin telkin ettiği doğruluk, zarafet, ince

lik ve meslekdaşlık ruhuna uygun tutum ve davranış içerisinde bulunmak zorunluğundadırlar. Bir meslekdaşımı küçük düşürücü herhangi bir beyan meslek icaplarına yakışmadığı gibi avukatlık sıfatında uygun bir davranış şeklinde mütalâa edilemez. Zaten Meslek Kurallarınının 27. maddesi de bu yolda muharrerdir». (TBB. Disiplin kurulu kararı, 22.4.1977, 10/12).

28 — Bir başka baro bölgesinde ilk kez bir dâvaya giden avukat o yer baro başkanına nezaket ziyaretinde bulunmaya gayret eder.

Bu hükümde zorunluk yoktur. Bahis konusu olan «nezaket ziyareti»dir.

Fransa (10.4.1954) avukathğa ilişkin kararname (6): «Avukatlar başka bir bölgeye gittikleri takdirde duruşmaya çıkacak mahkeme başkanına, savcıya, Baro başkanına dâvada karşı taraf olan avukata kendilerini tanıtmak mecburiyetindedirler».

29 — Bir meslekdaşının ölümü veya başkaca nedenlerle baro başkanınca görevlendirilen avukat kabul edilebilir bir neden göstermeksizin bu görevi reddedemez.

Bu kural, meslek kuruluşlarınca verilen görevi kabul zorunluğuna ilişkin diğer bir kuralın (14) ve Avukatlık Kanununun (42) muayyen bir olayda, daha açıkca belirtilmesinden ibarettir.

«Kabul edilebilir neden» (29) ile «haklı sebep» (14) meslek kurallarında eş anlamda kullanılmıştır.

Alman Avukatlık K. (55): «Bir avukat ölünce eyalet adliyesi diğer bir avukatı yazıhaneyi tasfiyeye memur edebilir»; İtalyan Avukatlık K. (67): «Avukatın ölümü halinde, mirasçıları, masraf ve vekâlet ücreti alacakları için üç senelik bir süreden ve özel hükümden faydalanırlar».

30 — Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımlar ve kolaylıkları esirgeyemezler.

Duruşmaya geç kaldığı için hakkında gıyap kararı alınan avukat hemen gelmişse, diğer taraf vekilli olan avukat gıyap kararının kaldırılmasını veya düzeltilmesini istemek zorundadır.

Bir başka yerdeki duruşmasına mazereti nedeniyle gidemiyen avukat, karşı taraf avukatı bir başka yerden geliyorsa mazeretini önceden meslektaşına bildirmelidir.

Avukatlar arasında «özeldir» kaydı taşıyan yazışmalar yazının rızası alınmadan açıklanamaz.

1) *Meslekî dayanışma* : Sürekli bir çatışmayı temsil eden avukatlıkta «meslekî dayanışma» diğer mesleklerdekinden daha gereklidir.

Politika ile mesleğin birbirine pek yaklaştığı hallere hemen her memlekette rastlanır. Siyasî suç niteliği taşıyan davalarda sanık avukatların duruşmalarına gözlemci (= müşahid) göndermek isteğinde bulunan Barolar ile Yargı mercileri arasında daima çatışmalar olmuştur. Fransa'da bir Baro Başkanının, böyle bir dâvada, Baro Yönetim Kuruluna, duruşma salonunda belli bir yer tahsisi hakkındaki isteği Mahkeme Başkanınca şu gerekçe ile reddedilmiştir : «Dâvanın, uzaktan, yakından meslekî faaliyet ile bir ilgisi yoktur. Yönetim Kuruluna mahsus yer ayırmak suretiyle resmî bir işlem mümkün değildir» (Payen - Duveau, n. 387).

Eğer avukatın sanık olduğu dâvanın meslekî faaliyeti ile ilgisi olmasa da Baronun gözlemci göndermek isteğinin reddi haklı sayılmaz. Bir başka dâvada yaptığı savunma nedeni ile veya diğer bir meslekî eylemi dolayısıyla avukat yargılanıyorsa Baronun talebinin kabulü zorunludur. Bu istek, bir avukatın haksızlığa uğramamasını sağlamak şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu açıdan herhangi bir vatandaş ile avukat arasında fark olduğu düşünülemez. Bu istek «avukatlık mesleğinin bütünü»nü ve «meslek dayanışması» ilkesini ilgilendirir.

Fransız Yargıtayı, belli bir mahkemeye giimemek, bir mahal savcısı ile temasa geçmemek yolunda Baronun verdiği kararların gayri meşru olduğu, yetki aşılması nedeni ile kusurlu sayılması gerekeceği sonucuna varmıştır. Gösterilen gerekçe avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu ve bu hizmetin sürekliliğinin ihlâl edilemeyeceğidir (12 mayıs 1958 tarihli karar; bk. Payen - Duveau, s. 71).

Baronun «grev» kararı alıp alamayacağı tartışmalıdır (bk. Payen Duveau, s. 71). Yasak olan «memur grevi»dir. Avukat kamu hizmeti görüyorsa da «memur» değildir. Avukatlar sendika kurabilir. Bunun tabii sonucu grev yetkisidir.

2) *Usulî yardımlar* : Meslekdaşlar arasında «usulî yardımlar «en geniş şekilde» uygulanacaktır. Özellikle gıyap uygulamasında meslek zaruretleri ve güçlükleri gözönünde tutulmalıdır.

İstanbul Barosu İç Yönetmeliği (23/c, h) : «Avukat usule ait işlemlerde ve dosya incelemelerinde meslekdaşına kolaylık gösterir», «duruşmaya geç kaldığı için aleyhine gıyap kararı alınan avukat hemen gelmişse diğer taraf avukatı gıyap kararının düzeltilmesini veya kaldırılmasını istemek zorundadır».

TBB. Yönetim kurulu kararı (26.2.1977) : «Meslek kurallarınının 30/2. maddesi hükmü karşısında şikâyet edilen avukatın davranışı kuralı ihlal eder mahiyette görüldüğünden (koridorda meslekdaşını gördüğü halde gıyabı kesinleştirmek) itirazın kabulüne karar verilmiştir».

3) «*Özeldir*» kaydı taşıyan yazışmalar : Yazanın rızası alınmadan açıklamamak zorunluğu ile TCK. (197) hükümleri arasında ilgi vardır. Meslek kuralı (30) «zarara sebebiyet» koşulunu aramamıştır.

Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (5) : «Avukatlar arasında kurulan her türlü sözlü ve yazılı irtibat kural olarak, mahkemeler karşısında gizli mahiyette kabul edilecektir, meğerki bu irtibat müvekkil adına yapılmış bir vaad veya ikrar mahiyetinde ola».

Taraflar ve avukatların bir uzlaşma denemesi için toplandıkları sırada açıklanan hususları, uzlaşma olmasa dahi, ifşadan yasaklandıkları Fransız doktrininde açıkca ifade olunmaktadır (Payen - Duveau, n. 458).

Hasım tarafın (meslekdaşının değil) kendisine yazdığı mektubu avukat açıklayabilir mi? Fransız doktrini bunun da meslek sırasına girdiğini ileri sürmektedir (Payen - Duveau, n. 458).

Avukatların birbirlerine yazdıkları mektupların herhangi bir makama ibraz edilip edilemeyeceği üzerinde durulacak konulardandır. Fransız Yargıtayı, Baro Başkanının müsaadesi olmaksızın, dâvada ibraz edilen böyle bir mektubun dosyadan çıkarılmasına karar vermiştir (bk. Payen - Duveau, n. 414).

4) *Meslekdaşın dava edilmesi* : «1136 sayılı Kanunun 38. maddesinin inceleme konusu üçüncü fıkrasıyla getirilen yasak hak arama hürriyetinin sınırlandırılması niteliğini taşımaktadır. Bu hükmeye göre bir hakkın aranmasında karşı taraf avukat ise avukatlık hiz-

metnin doğrudan doğruya işlemeye geçişinin olanağı yoktur. Avukat ya önceden baro yönetim kurulunun iznini alacak yahut da acele durumlarda yine baro yönetim kuruluna önceden bildiriye bulunacak ve izin verilmesini davayı açtıktan sonra isteyecektir. Bu zorunluluk, kendi başına, bir engel demektir. Kaldı ki iznin verilmesi her zaman için söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ise ya avukatlık hizmetinden yararlanmaktan daha o zaman vazgeçilmesi gerekecek; yahut da baroların kararlarına itiraz edilmesi ve itiraz kesin sonuca varıncaya dek işin takibi yolu tutulursa bu arada hakkın kaybolması gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Sınırlama hükmünün, açıkça beliren niteliğine göre, kamu yararına, başka deyimle bir haklı nedene dayandığı da ileri sürülüp savunulamaz. İncelenen hüküm şu haliyle hak arama hürriyetini zedeler niteliktedir ve Anayasa'nın 31. maddesine aykırıdır. Hükümün iptali gerekir.

Sınırlama kararına göre incelenen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin avukatların baro yönetim kurulunun iznini almadan başka bir avukat aleyhine dava açmalarını yasaklayan ve acele durumlarda önce baro yönetim kuruluna bildiriye bulunmalarını ve davayı açtıktan sonra yine izin istemelerini zorunlu kılan üçüncü fıkrası hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliğiyle ve Anayasa'nın 147., 151 ve 152. maddeleri uyarınca 21.1.1971 gününde karar verildi». (Anayasa mahkemesi, 19/9, RG. 18.4.1971).

31 — Avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir.

(Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kahr. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir.

Bu kural hem, hasım tarafı temsil eden meslekdaşını ve hem de kendi müvekkilini yersiz şüphelere düşürmemek için avukatları uyarmak amacını güder.

Bern kuralları (31) : «Vekili varsa hasım taraf ile doğrudan doğruya temas edilemez. Eğer hasım tarafın vekili yoksa Avukatın onunla teması ihtiyatlı ve ölçülü olacaktır»; Amerikan Ahlak Tüzüğü (6) : «Avukat, taraflarla bütün münasebetlerinden ... müvekkilini haberdar eder», Uluslararası Avukatlar Birliği Oslo (1956) kararları (7) : «Bir dâvada başka bir meslek

daşının temsil ettiği bir kimse ile meslekdaşının izni haricinde asla doğru-
dan doğruya temasa geçemeyecektir».

Paris Barosu İç Yönetmeliğine göre «Kanunen uzlaşmaya elverişli her
ihtilâfın başında, dâvadan evvel, avukat, müşerisinin muvafakatı ile, hasım
tarafı temasa geçer. Bunun için metni Baro Yönetim Kurulunca tesbit
edilmiş, arka arkaya iki mektup gönderir. Hasım taraf ile görüşme ancak
avukatın bürosunda, müşterinin huzurunda cereyan eder. Avukatın bürosun-
da hazırlanmış bir anlaşma, ancak tarafların imzasını taşıyorsa geçerlidir.
Anlaşma halinde dahi avukat yalnız kendi müşterisinden ücret alabilir.

**32 — Avukat, dâva türü ve usulü ne olursa olsun mah-
kemeye verdiği lâyiha ve önemli belgelerin birer örneğini
(istenmese de) karşı taraf vekili meslekdaşına verir.**

Usulî yardımlara ilişkin meslek kuralları (30) ile bu maddede-
ki kural aynı niteliktedir. Ceza dâvalarında da örnek vermek zorun-
lu hale getirilmiştir. Karşı taraf vekilinin birden fazla olması ha-
linde tek örnek vermek yeterlidir.

Bern kuralları (32/2) : «Her avukat, tek nüsha ibraz edilen evrakın, bir
suretini talebe lüzum kalmaksızın hasım taraf avukatına tevdi eder»; İs-
tanbul Barosu İç Yönetmeliği (23/i) : Avukat «...mahkemelere ve makam-
lara verilen dilekçe ve lâyihalarla ibraz edilen bütün belgelerin örneklerini
istem halinde diğer taraf avukatına gönderir».

Paris Barosu İç Yönetmeliğinin 34. maddesine göre «avukat hasım tar-
raf avukatı olan meslekdaşına, duruşmada ibraz edeceği her vesikanın su-
retini verir. Suretler, eksiksiz, önceden ve istenmeden verilecektir».

Vod kantonu meslek kuralları (m. 15) : Medeni hukuk ve idare hukuku
konularında müvekkili adına hâkim ve bilirkişi nezdinde yaptığı her te-
şebbüsten, avukat hasımı olan meslekdaşını haberdar eder ve verdiği dilekçe
layiha ve sair evrakın bir suretini ona tevdi eder. Eğer bir ceza dâvasına
bir kaç avukat katılmış ise her türlü dilekçe, layiha ve sair evrakın suretle-
rini, birbirlerine verirler.

**33 — Yanına stajyer almayı kabul eden avukat staj-
yerlerin iyi yetişmesi için gerekli dikkati ve ilgiyi göste-
rir ve olanaklarını hazırlar.**

Stajyerin «iyi yetişmesi» için özel bir çaba harcanacaktır. Staj-
yerin «hukuk tatbikatı yönünden, hukuk prensiplerini ve mevzuat
hükümlerini olaylara uygulayabilme yeteneğini» kazanmasına
(A.K. 32) yardım edilecektir.

Alman Avukatlık K. (59) : «Avukat, stajını yanında yapan stajyeri bir
avukatın vazifelerine alıştırmaya, onu yönetmeğe ve ona pratik çalışma yap-
ma imkânını vermeğe mecburdur».

Brüksel Barosu Tüzüğü (1969, m. 1) : Her avukat sitajiyeri, baroya başvurduğu zaman yazı ile «şimdiye kadar avukatlığın vakar ve onuru ile bağdaşmayacak hiç bir eylemde bulunmadığını, özellikle avukat olarak kabülüne engel hiç bir faaliyette bulunmadığını, ne Belçikada, ne de yabancı ülkelerde hiç bir ceza takibine uğramadığını, affa uğramış veya memnu hakların iadesine konu olmuş bulursa dahi hiç bir hükümlülüğü olmadığını, ne Belçikada, ne de başka bir ülkede bir disiplin kovuşturması veya disiplin cezasına mahkûmiyeti bulunmadığını» bildirmek zorundadır.

IV. İŞ SAHİPLERİYLE İLİŞKİLER

34 — Avukat müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukukî görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir.

İçdenlik kuralı dosyaya uygun olmayat beyanlardan kaçınmak zorunluğunu gerektirir. Avukat dosyaya aykırı beyanda bulunduğu görüntüsüne istemeyerek de olsa sebebiyet vermemelidir. Bu nedenle dosya çok iyi incelenmelidir. Yalnız dosyadaki evrakın değil, bir içtihad zikrediliyorsa onun da en doğru şekilde okunması gereklidir (bk. Payen - Duveau, n. 322).

Özellikle ceza dâvalarında müdafinin üç niteliği göze çarpar : Yardım, temsil, savunma.

Bu üç nitelikten müdafiliği en çok belirten, şüphe yok ki, sonuncusudur, diğer ikisinde fer'ilik görülür (Faessler (P.), Le défenseur en matière pénale (1969), s. 13).

Tıbbî deontolojisi nizamnamesi (13) şu hükmü koymuştur : «Tabip, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı ve aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır».

1. Yardım : Bu daha ziyade «manevî yardım» yönünden önem kazanır. Sanık, çok kere, her şeyini (hürriyetini, ailesini, varlığını, belki de hayatını) kaybetmek tehdidi altında bulunan kişidir. Sanık bu tehdidin konusu hakkında bilgi sahibi olan bir «insan»ın yardımına muhtaçtır. Bu yardımı toplum ondan esirgeyemez.

Manevî yardımın yanında müdafi teknik bilgisi ile de sanığa yardım edecektir. Bu kötüye alet olmak değildir. Sanık, bilgisizlik veya yetersizliği yüzünden zarar görmemelidir.

Avukatlar, «sanıkları, maruz kalabilecekleri hatalar ve ihtiraslara karşı korurlar» (Moliérac (J), intiation au Barreau (Paris, 1947), s. 8.

2) *Temsil* : Kendisine «vekâlet» verilmesi ile avukat temsil yetkisini yüklenmiş olur. Fakat «müdafiiin hak ve görevleri»nin esası «vekâletname» değildir. Bu haklar ve görevler «kanun»dan doğar. Nitekim «resen müdafî tâyini» de bunu gösterir. Böyle olmakla beraber hukuk dâvalarında ve ceza dâvalarında temsil yetkileri aynı değildir.

«Usul hükümlerine göre müvekkil huzurunda, vekilin beyanı Mahkemede derhal nakzedilmezse, müvekkilden sadır olmuş sayılır». TBB. Disiplin kurulu kararı, 23.7.1974, 5/8).

«Vekilini azletmeden dahi dâvacı dâvasını takipten sarfınazar etmek hakkımı haizdir. Bu itibarla temsil yetkisi sona eren vekil huzuriyle ve dâvacının rızası hilâfına yargılamaya devam olunarak hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır». (2HD. 26.2.1972, 3257/3370).

Ceza dâvalarında avukat, kanunun gösterdiği istisnalar (son söz hakkı gibi) ve müvekkilin açıkça karşı koyduğu veya mahfuz tuttuğu hariç, sanığın bütün haklarını kullanabilir.

Avukatın görevini yaparken «bağımsızlık»ı ile müvekkili «temsil» görevi arasında bağdaşmazlık yok değildir. Bazı Fransız Baroları «müvekkili temsil» yetkisini kabul etmeyi yasaklamışlardır, zira böylesine bir vekâlette zaruri olarak bağlılık niteliği vardır (bk. Moliérac, s. 98). Fransada «Avoué» ler bu nedenle, avukat ile müvekkil arasında yer alıyordu. Fransada halen «Avoué» lik kaldırılmıştır. Bunu isabetsiz bulanlar, avukatın temsil yetkisine sahip olmasını bağımsızlığa aykırı sayanlar vardır.

3. *Savunma* : Avukat «savunma hakkı»nın kişi olarak görüşüdür. Savunma, kullanılabilirse, gerçekten vardır.

Ölüm cezasına çarpan Chessmann kitabında şunu yazmıştı : «Kendini yalnız kendisi savunan sanık kendisine avukat olarak bir deliyi tutmuş demektir».

Savunmayı, akla ve insanlığa uygun ve haklı gerekçelerle reddetmek olanağı hâkime gerçek güvenliği sağlar. Bu nedenle savunma belki de sanıktan fazla hâkim için gereklidir. «Savunma, sanığın hakkıdır, fakat aynı zamanda adaletin güvencesi, hakikata va-

rabilmenin en kudretli çaresidir» (Faustin-Hélie, traité de l'instruction criminelle VIII, s. 500).

Ceza adaleti objektiftir. İtham ve savunma çatışabilmek olanağını bulursa adalet objektifliğini kazanmış olabilir. Bu olanaktan yoksun olduğundan «engizisyon usulü» insanlık dışı sayılmıştır. İtham ve savunma çatışması red edildikçe objektiflikten, dolayısıyla adaletten uzaklaşmış olur.

«İtham» bir «taarruz»dur. Her taarruz bir savunmayı gerektirir. O halde itham oldukça savunma vardır. Usul kanunlarının uygarlığı ithamı da savunmayı da eşit kurallara bağlamasında, özellikle savunmayı küçümsememesindedir.

Müdafiin sanık ile temas hakkı sınırlandırılmaz. Bu hakkın kullanılmasına mâni olunmasını veya bu imkânın hazırlanmamasını «savunma hakkının mutlak ihlâli» sayanlar (bk. Faessler, s. 101) gerçek hukukçulardır.

Müdafiin duruşma sırasında sanık ile konuşup konuşamıyacağı hakkında bir usul kuralı yoktur. Bununla beraber başkanın veya hâkimin duruşmanın inzibatı hakkındaki yetkileri gözönünde tutulmalıdır. Müdafiin sanığın sorgusuna müdahalesi usule uygun sayılmaz. Fakat sorgunun usulsüz, maksatlı, telkin altında tutucu tehdit edici şekilde yapılmasına müdafiin karşı çıkması görevidir.

İçdenlik kuralı dosyaya uygun olmayan beyanlardan kaçınmak zorunluğunu gerektirir. Avukat dosyaya aykırı beyanda bulunduğu görüntüsüne istemeyerek de olsa sebebiyet vermemelidir. Bu nedenle dosya çok iyi incelenmelidir. Yalnız dosyadaki evrakın değil, bir içtihad zikrediliyorsa onun da en doğru şekilde okunması gereklidir (bk. Payen-Duveau, n. 322).

35 — Avukat aynı dâvada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini kabul edemez.

36 — Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukukî yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukukî yardımda bulunamaz.

Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar.

1. *Metinler* : Bern kuralları (15). «Avukat Menfaatleri zıt iki tarafa yardımda bulunamaz; Alman CMUK. (146) : «Savunma icap-

larına aykırı olmamak» şartı ile birden ziyade sanığın müdafiliği kabul edilebilir; İtalyan CMUK (133) : «Eğer savunma bağdaşmazlığı yoksa birden ziyade sanığın savunması bir müdafie tevdi edilebilir»; Alman A.K. (45) : Avukatın «... hukukî meselede ... karşı taraf onunla istişare etmiş ise ... diğer tarafın vekâletini alması yasaktır». Vod Kantonu meslek kuralları (m. 24) : «Aynı avukatlık bürosu menfaatları zıt veya ilerde çatışabilecek tarafların davasını alamaz».

«A.K.'nun 38/b maddesine göre aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık edilmiş veya mütalâa verilmiş olursa teklif edilen işi reddetmek mecburiyeti vardır. Muteriz buna riayet etmemiştir. Dilekçe düzenlemek, savunmayı yazmak hukukî yardım olup, bir manada mütalâa vermektir. Kaldı ki görevin de kapsamı içindedir. Aksine düşüncelerin maddenin açık ifadesi ve amacı yönünden kabulüne imkân yoktur» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 2.2.1974, 37/5).

2. *Birden ziyade Sanığın Müdafiliği* : Ceza 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.

Bir sanığın dilediği adette müdafi tutabileceği kuraldır. Usul Kanununun 136. maddesine göre sanık «*bir veya birden fazla müdafiin yardımına müracaat edebilir*». Fakat aynı müdafiin 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 «*m e n f a a t z ı t l ı ğ ı*» mıdır? Kanunda sanıkların «*menfaatleri birbirine uygun ise*» aynı müdafiin görev alabileceği zikredilmektedir. Kanun müşterek müdafilik için «müsbet şart» olarak «menfaat uygunluğu»nu aramış gibidir. Buna mukabil Mehaz kanunda (§ 146) kullanılan ve «*savunma menfaati çatışmıyorsa*» anlamına gelen deyim «savunma icaplarına aykırı bulunmamak», «müdafaa vazifesine aykırı düşmemek» şeklinde anlaşılmaktadır (Bk. *Kantar* (Usul, 1. 122; *Schwarz - Taşkın*, § 146; *Daguin - Arıkan*, (Ankara, 1951). 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 menfaatlarda zıtlık yoktur. Fakat bu iki sanığı birlikte savunma zorluğu açıkça görülür. Bu durum karşısında kanunun kullandığı «m e n f a a t u y g u n l u ğ u» deyimini -Mehaz kanunda olduğu gibi- «s a v u n m a i c a p l a r ı» ile takdir etmek lâzımdır. Kanunun değiştirilmesi halinde en isabetli deyim «s a v u n m a l a r d a b a ğ d a ş m a z l ı k» olacaktır (bk. *Carnelutti (Lezioni...)*, II s. 172), bu terim «menfaat uygunluğu», «menfaat çatışması» gibi deyimlerden daha isabetle konunun gerçek anlamını yansıtmaktadır. Esasen «menfaat» kelimesi bu konuda eksik anlamlıdır.

Eski Avukatlık Kanunu (m. 27) «aynı işte menfaati zıt» tarafların, müdafiliğinin alınmayacağını bildirmekteydi. Bu ifadenin dahi -ceza davalarında- isabetli olduğu söylenemez.

Bağdaşmazlığın ölçüsü şu olmalıdır : Mantık kurallarınca eğer 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 «meslekî vicdanına» göre teemmül etmesi gerekir. Fakat bunun sadece müdafie ait yetki aldığı sanılmamalıdır. Bağdaşmazlık bulunup bulunmadığına talep üzerine veya resen mahkemece de karar verilebilir. Yalnız mahkemenin bu kararının tercih edilecek sanığı da tâyin şeklinde ve savunmaya baskı anlamına gelecek tarzda olmaması lâzımdır. Mahkemenin bağdaşmazlık hakkındaki kararına «i t i r a z» mümkündür. (Schwarz - Taşkın, § 146.) Her ne 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 tatbikatta mümkün görülmektedir. Her iki sanığın isnadı red şeklinde olan ifadelerinden dönerek «a t f ı c ü r ü m»e başlamaları halinde bağdaşmazlık sonradan hasıl olmuştur. Müdafie 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 «m e s l e k s ı r l a r ı» bakımından güç durumlar hasıl olabilir. Sonradan husule gelen bağdaşmazlıktan dahi müdafinin ta-

mamile çekilmesi «meslek kuralları»na daha uygun olacaktır.

İtalyan Ceza Usulü Kanununda, Kanunumuz hükmüne benzer bir hükme rastlanmaktadır: İtalyan Usul Kanununa (m. 133) göre «eğer bağdaşmazlık yoksa birden ziyade sanığın savunması müşterek bir müdafie tevdi edilebilir». Aynı kanuna göre (m. 33) bağdaşmazlık iddiasını bunda menfaati olanın, öğrendiğinde dermeyan etmesi ve her halde bu iddiasını usul muamelelerini talik etmeksizin yeni müdafinin takibine elverişli zaman içinde ileri sürmesi 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 sürülemeyeceği yolundaki kanun hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur, gösterilen sebep şudur: «Menfaat çatışması savunmayı kötürümleştirir ve bağdaşmazlığı, sanığın yardımdan mahrumiyetine inkilâp ettirir» (İtalyan Anayasa Mahkemesi kararı: 27 novembre 1959; bk. Archivio penale, 1969, II, nt; bk. Lattanzi (G.) i codici penali (Milano, 1962), m. 133, nt. kşz. De Marsico (A.), Lezioni di diritto processuale penale (Napoli, 1955), n. 66).

Bağdaşmazlığın aynı dâvanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar süreceği düşünülebilir. Fakat bazı hallerde bir sanık hakkında hüküm kesinleşmiş olmasına rağmen diğer sanık hakkında henüz dâva açılmamış olabilir. Dâvada sanığın suçun faili olmadığına anlaşılması ile beraatine karar verilmesinden sonra suçlu olduğu sanılan diğer bir sanık hakkında dâva açılması halinde bu iki dâvanın birbirine ilgisiz olduğu söylenemez. «Bir sanığın müdafiliğini yapan veya yapmış kimsenin diğer bir sanığın müdafiliğini yapabilmesi, menfaatlerinin uygun olması şartı ile mümkündür» (Kunter (N.), Ceza Muhakemesi Hukuku (3. bası, İstanbul, 1957) n. 252).

«Bağdaşmazlık»ın savunma görevine imkân vermeme si «hâkimin dâvaya bakmaktan memnuiyeti»ne benzer. Bu hal müdafilikten «memnuiyet» sebebidir. Memnuiyetin —savunmanın kamu niteliği sebebiyle— tarafların rızası ile etkisiz hale getirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple İtalyan Usulündeki gibi buna dair iddiaların bir çeşit «iptidaî itirazlar»dan sayılmasında isabet yoktur (bk. De Marsico, s. 67).

3) Ortak Büro: Avukatlık Kanununun 44. maddesine göre «birden çok avukat çalışmalarını bir (ortak avukat bürosu) şeklinde birleştirebilirler».

«Ortak büroda çalışan avukatlar, A.K. nun 38, Meslek kural-
larının 36. maddesi uyarınca yararı çalışan tarafların karşılıklı
vekâletini alamazlar» (TBB. yönetim k. 16.1.1972, 37/20).

a) *Ortak büronun niteliği* : Kanunumuzun ortak büro hakkın-
daki hükmü nasıl yorumlanacaktır? Bu konuya demokratik esas-
larda benzer sistemlerle değil, zıt sistemlerdeki durumu incele-
mek ile başlamak doğru olur. Polonya Kanununa göre (m. 4) Avu-
katlık mesleği kollektif çalışma esasına dayanır. Adliye Nazırı, kol-
lektif büroların adedini ve memleket içinde dağılımını ve her bü-
roya bağlı olacak Avukatların asgarî ve âzami haddini tayin eder.
Bu bürolar teşekkül ettikleri şehrin adını alırlar, aynı şehirde bir-
den fazla iseler, numaraları vardır. Her büronun bir başkanı ve
bir de yardımcısı bulunur. Bunlar, vazifelerini ihmal ederlerse ve
ya kamu faydası gerekli kılıyorsa her zaman değiştirilebilir. İş sa-
hipleri ile sadece büronun başkanı temas eder. Vekâlet ücretleri
büro hesabına ödenir. Avukatlar maaş alırlar. Her büronun bir ge-
nel kurulu bulunur. Bu kurul kendi üyelerinin ve stajiyerlerin mes-
lekî, ahlâkî ve sosyal vasıflarını, inceler, karara bağlar (bk. Bülle-
tin de la com. inter. de juristes, 1964, n. 19, ss. 19). Görülüyor ki
ortak büro teşkilâtı «kamu faydası» adına, yürütmenin Avukatlık
mesleğine müdahalesine vasıta olmaktadır.

Yukardaki esaslar Sovyet Rusya ve bazı değişikliklerle komü-
nit Çin Baro teşkilâtını da aksettirmektedir (Çin'de Avukatlık için
bk. Sao - Tchouan leng, le barreau dans la république populaire
de chine (Rev. inter. de la com. de juristes, 1962, n. 1, ss. 37).

Bu sistemin tam aksine özellikle İngiltere'de rastlanmaktadır.
İngiltere'de Avukatlar hiç bir ortaklık kuramazlar. İngiliz Avukat-
ları ortak büronun şahsiyeti ve sorumu dağıtacağı, iş sahibinin fer-
den tercih imkânını kaldıracığı kanaatindedirler. «Avukatın orta-
ğı» (!) anlamsız veya sakıncalı bir kavramdır. Avukat iş sahibi ile
ücret hususunda konuşamaz. Bu işi her Avukatın sekreteri yap-
maktadır (Boulton (W.), Les professions judiciaires et le droit : Le
barreau d'Angleterre (Rev. de la com. inter. de juristes, 1957, n.
1, s. 125). Ortaklık kavramı, avukatlık mesleği ile bağdaşamaz. Bir
kimsenin ortaklığa vekâlet vermesi geleneğe de aykırıdır. Müvekkil
ile avukat karşı karşıya gelmelidir.

Ortak büronun lehindeki düşüncelerden inandırıcısı şudur :

Bir dâvanın, hukukun ayrı dallarını ilgilendirmesi halinde çalışanlar için ortaklık kolaylık sağlar. Kaldı ki çağımızda avukat için yalnızlık pek ağır gelmektedir.

Ortak büro uygulamasının ılımlı bir şekline Fransa'da rastlanmaktadır. Konu Fransız Barolarınca geniş bir şekilde düzenlenmiştir :

Fransız yazarları (bk. Payen-Duveau, m. 432) ortak büro hakkında şu fikirleri ileri sürmektedir: Ortak büroda, her ortak meslekî kişiliğini muhafaza eder. Ortaklar arasında yalnız meslekî yeni bir ilişki meydana gelmiştir. Her ortak, müvekkiline karşı sorumlu olmakta devam erer (emirname 49). Müvekkil ortaklardan yalnız birini şahsen tevkil edeceği gibi ortaklığa vekâlet vermiş de olabilir. Böylece ortaklığa mensup her avukat şahsî sorumluluğu kabul etmiş sayılır. Menfaati çatışan müvekkillerin vekâletini almamak hakkındaki yasak ortaklığı da bağlar. Ortaklar hasım olmazlar. Ortaklardan birinin itirazı halinde, diğer ortaklar işi red etmeğe mecburdur (Paris Barosu İç Yönetmeliği 44). Bu suretle ortaklar arasında herhangi bir ihtilâfın meydana gelmesine imkân bırakılmamak istenmiştir. Ortaklar arasında temel konularda görüş birliğinin mevcut olduğu kabul edilmiştir. Ortaklar arasında her türlü ihtilâf Baro Başkanı tarafından çözümlür (Paris Barosu İç Yönetmeliği 44) (bk. Payen-Duveau, nn. 432; Banelot, B. Fransız Barolarının organizasyonu, Konferans, Ankara, 1974, s. 13).

Fransada da ortak Bürodan kuşku duyulmaktadır: «Kamu makamlarının «baskıları»na karşı koyması gittikçe daha zorlaşacak ve, özellikle meslek şirketleri, her türlü şirketin müşterek vasfı olan gerçek niteliklerini, bir menfaat sağlamak üzere sermaye ve faaliyetlerini birleştirmiş olmalarını, gizliyeceklerdir. Bu tür şirketler, bir takım maddi ve mali yükümlülüklerle karşı karşıya kalacaklar, bunlara göğüs germeğe çalışacaklardır. Bu durumda, bunların üyelerinin konuşma özgürlüğü ne hale gelmiş olacaktır- Büyük Parisli avukat, Maitre Labori, Yüzbaşı Dreyfus'u savunmayı kabul edince, mecrasından çıkmış haldeki kamu oyunundan korkusu ile, bu, sözde, vatan hainine yaklaşan her şeyden uzaklaşmaya çabalayan müşterilerinin büyük bir kısmını kaybetmiştir. M. Labori, menfaatlerini feda edebilmiştir, çünkü söz konusu menfaatler sadece kendisine ait bulunan menfaatlerdi. Eğer bir şirket (ortaklık) içinde bulunsa idi, aynı şekilde hareket edebilmesi mümkün olabilecek miydi?» (Perrod, P. Modern dünyada Avukatlığın gelişimi, Konferans, Ankara, 1973, s. 9).

Türk hukuku açısından ortak büro hakkında yeterli kaynak yoktur. Henüz ortak büronun bir kaç uygulamasına rastlanmıştır. Avukatlık Kanunu hakkında Geçici Komisyon Gerekçesinde yalnız şu kayıt yer almıştır: «*Birden fazla avukatın çalışmalarını ortaklık*

şeklinde birleştirebilecekleri». Kanunun Gerekçesinde de «Madde açıklama yapmayı gerektirmeyecek açıklıktadır» denilmektedir.

b) *Ortaklık anlaşması*: Ortaklık anlaşmasının avukatların kanunda gösterilen hak ve vazifelerini kaldırarak hükümler getirmesi geçerli sayılamaz.

Avukatların ortak büro halinde çalışmalarını birleştirmeleri, kanunen her birinin haiz olduğu hak ve yetkilerden feragat anlamına gelen bir ortaklık anlaşmasına bağlanmalarına imkân vermez. Örneğin, dâvayı red veya dâvadan çekilme haklarından (A. K 38. 41) feragat mümkün değildir. Ortak büro anlaşması «a v u k a t ı n b a ğ ı m s ı z l ı ğ ı»nı (A.K. 1/2) sınırlayıcı olamaz.

Memleketimizde hazine avukatlığının lağvı ve devlete ait işlerin ortak bürolara verilmesi yolunda önerilere de rastlanmıştır (bk. Erkün (A.Ş.), Avukatlık mesleği ve Devletçilik rejimi, Hukuk Dünyası, 1944, n. 1, ss. 44).

c) *Büronun adı*: Kanunumuza göre birlikte çalışan «avukatlardan birinin veya bir kaçının öz ve soyadlarının yanında (ortak avukat bürosu) ibaresi kullanılabilir». Avukatlık Kanununun, başka unvan kullanmak yasağı, ortak büroyu da kapsar. Bu nedenle ortak büronun isminin kanunda gösterilenden başka türlü olmaması gerekir. Ortak büronun isminin tertibinde «r e k l a m y a s a ğ ı»na karşı gelinmemelidir.

ç) *Tüzel kişilik*: Kanunumuza göre ortak büronun «t ü z e l k i ş i l i ğ i» yoktur. Ortak büroda her avukatın hak ve görevlerini muhafaza edecekleri kuralı ile tüzel kişiliği bağdaştırmak mümkün değildir.

d) *Ticarî nitelik*: Avukatların bu şekilde birleşmelerinde «yapılan iş serbest meslek çalışması olup, ticarî sayılmaz». Ticaretle uğraşma yasağının doğurabileceği kuşkuları gidermek için kanuna açık bir hüküm konulmak istenmiştir. Bununla beraber sözleşmede ticarî nitelikte hükümlerin yer almamasına dikkat olunmalıdır.

e) *Ortaklar arası ilişkiler*: Kanunumuza göre «ortak avukat bürosu halinde birlikte çalışan avukatlar kendi aralarındaki durumu, ücretleri kararlaştıracak oranlara göre paylaşmak veya bazılarının sadece belli ücret alması şeklinde düzenlemekte serbesttirler».

Fransa'da (10 nisan 1954 tarihli emirname, 49) ortak büro için bazı şekil şartları kabul edilmiştir: Ortak büro ancak yazılı bir anlaşma ile kuru-

labilir. Resmî senet şart değildir. Anlaşmada her değişikliğin yazılı olması lazımlıdır. Anlaşmadan ve değişikliklerden bir nüshası Baro Yönetim Kuruluna tevdi olunur. Talebi halinde savcıya bir nüsha verilecektir. Anlaşma, Baroya tevdi den iki ay sonra yürürlüğe girer. Anlaşmada her ortağın hak ve borçlarının, ortaklığın merkezinin gösterilmesi gereklidir.

TBB. Yönetim Kurulunca (16.1.1972, 37/2 sayılı karar) birden fazla avukatın büro açarak çalışmaları halinde kendi aralarında görev bölümü yapmaları ve bu avukatların aynı dâvanın dâvalı ve dâvacı vekili durumunda bulunmalarında sakınca olup olmadığı konusunu incelemiştir ve şu karara varılmıştır : «1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesi avukatın, işi reddetmek zorunda olduğu durumları saymış, bu zorunluluğun avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsayacağını hükme bağlamıştır. Kaldı ki bu yasak Meslek Kurallarının 36. maddesindeki (ortak büroda çalışan avukatlar da yararları çatışan tarafları temsil etmemek kuralı ile bağılıdır) cümlesiyle tekrarlanmıştır».

f) *Avukatın ortağı deyimi* : Kanunumuzun 38. maddesinin işi reddetme zorunluğunu gerektiren hallerin «avukatın ortağı»nı da kapsadığı bildirilmektedir. Bu açık hükümle kanun avukatın işi reddetme zorunluğuna bağılı olduğu hallerde ortağı bakımından çıkacak kuşkuları gidermek istemiştir.

g) *Ortak adedi* : Ortak adedinin âzamî sınırı kanunda gösterilmemiştir. Sayıca mübalağalı ortaklıklar sakıncalı olabilir.

Fransa'da ortak büroya ceviz veren 10 mayıs 1954 tarihli emirnamenin tahdidî bir hüküm getirmemiş olmasına rağmen, Paris Barosu İç Yönetmeliğine göre, 44. maddesinde, ortak büro halinde ancak beş avukat çalışabilir. Bunun nedeni, çok kuvvetli bürolar kurulmasını önlemektir (Payen-Duveau n. 430). Şüphesiz ki böyle bir sınırlama, iş alabilen eşitsizlik doğurmak açısından faydalıdır. Ayrıca şöyle düşünmek lâzımdır. Neden kanun ortak büro usulünü kabul etmiştir : Uzmanlıkları farklı kişilerin bir bütün halinde çalışma olanağı bulmaları için. O halde mübalağalı adette ortak büro maksadı aşmış olur. Meslekten yasaklılar, stajyerler, avukat olmayanlar ortak büro sözleşmesinde taraf olamazlar (bk. Payen-Duveau, n. 430). Paris Barosu İç Yönetmeliğine (44) göre ortak büro mensupları arasındaki ihtilâfları Baro Başkanı, kesin olarak çözer. Ortak büroya, ortak büronun merkezinin bulunduğu mahalde bürosu olan avukatlar girebilir. «Hiç bir avukat aynı zamanda birden fazla ortak büroya katılamaz».

Ortak bürodan farklı olarak «g u r u p l a ş m ı ş b ü r o l a r» uygulanmasına da rastlanmaktadır. Bu tür bürolar Fransa'da bir düzene bağlanmıştır.

Paris Barosu İç Yönetmeliği aynı apartman katında birden ziyade avukatın büro kurmalarını «guruplaşmış bürolar» adı altında hükme bağlamıştır. Her avukatın ayrı bürosu olacaktır, bazı mahaller (bekleme salonu gibi) ortaklaşa kullanılır. Bu hal «ortak büro» sayılamaz. Her avukatın müşterisi kendisine aittir, müvekkilin rızası olmadan, bir avukat yerine dāvaya diğeri giremez. Gurup halinde büro açılması yazılı bir anlaşma ile olur. Bu anlaşmada masrafların nasıl paylaşılacağı gösterilir. Anlaşmanın bir sureti Baro yönetim Kuruluna verilir, anlaşma tevdiiden iki ay sonra yürürlüğe girer. Baro Yönetim Kurulunun müsaadesi olmaksızın gurup halinde büro açılmaz. Bu konuda bütün ihtilâfları Baro Başkanı kesin olarak çözmeğe selâhiyetlidir (Payen - Duveau, nn. 442).

h) Bürodan ayrılma : Kanunumuzda ortak bürodan ayrılma şekli hakkında sarahat yoktur. Anlaşmada veya süresiz veyahut ihbar süresi şeklinde bir kayıt geçerli görülmektedir.

Fransız hukukuna göre ortak bürodan, her avukatın her an çekilmek hakkı kısıtlanamaz (Payen-Duveau, n. 428). Paris Barosu İç Yönetmeliğine (44) göre «iki aydan fazla süre ile meslekten geçici olarak men edilenler ortak bürodan ayrılmış sayılırlar ve yeniden büroya girmeleri Baro Yönetim Kurulunun müsaadesine bağlıdır».

i) Sonuç : Ortak büro konusu 1136 sayılı Kanunla kabul edilmiş, fakat ayrıntıları düzenlenmemiştir. Bu bakımdan TBB. nin bu konuya berraklık getirmesi beklenilmelidir.

37 — Avukat meslek sırrı ile bağlıdır.

- a) Tamkılıktan çekinmede de bu ölçüyü esas tutar. Avukat dāvasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslekten ayrılmak bu yükümü kaldırmaz.
- b) Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirler alır.

1) Metinler : Bern kuralları, (14) : «Avukat, vekâletini sadakatle icra ve meslek sırrını tutmakla yükümlüdür; Uluslararası Barolar Birliği Oslo kararları, (14) : Avukat sırrı «Görevden ayrılrsa da açıklamamak zorundadır», İtalyan A.K. (13) : «Avukatlar, kendilerine tevdi edilen sırlar veya görevlerini ifa ederken öğrendikleri hususlar hakkında, Ceza Usulü Kanunu'nun 351. maddesinde yazılı hal dışında, mahkemeler önünde şahadete zorlanamaz, Bern

kuralları (28) : «Hasım tarafa evrakın gösterilmesi bir anlaşma teklifi halinde meşrudur». Bern kuralları (14/2) : «Avukat, yardımcılarının ve müstahdemlerinin meslekleri kuralına uygun hareket etmelerini sağlar», Uluslararası Barolar Birliği Oslo kararları (14) : «Bu zorunluluk avukatın ortaklarını, stajyerlerini ve büro görevlilerini de kapsar».

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 27) : «Avukat stajyer ve müstahdemlerinin de meslek sırrını ihlâl etmemelerini sağlar».

Genel vekâletname almış vekil ile müvekkilin ilişkisi bir yerde sır saklama mecburiyeti nedeniyle vekilin müvekkil üzerinde güven yaratması ve müvekkilin vekiline inanmasını gerektirir. Bu ilişkinin devamı süresince müvekkil aleyhine başka bir kimseden vekâlet alıp, icra takibinde bulunmak meslek onuruna yakışmadığı gibi vekâlet münasebetinde bulunması şart olan inanç ve güveni de sarsıcı niteliktedir». (TBB. Disiplin kurulu kararı, 17.12.1976, 65/74).

2. *Avukatlık sırrı* : 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 kimse ... sıfatı veya meslek ve san'atı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa etmesi» 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. Bazı meslek mensuplarına başvurmadaki «zaruret»in karşılığı olarak kanunda «s ı r m a s u n i y e t i» kabul edilmiştir. Sırrın açıklanacağından korkmadan hastanın hekime, müvekkilin avukatına başvurmasında «kamu faydası» vardır.

Meslek sırrının, avukatın «doğruyu öğrenmek hakkı»nı kolaylaştırmak gibi bir mesnedi de vardır. Açıklanmayacağını bilen müvekkilin, gerçeği söylemekten daha az çekineceği ümit edilmektedir.

Adalet için zaruri bir kamu hizmetini temsil eden avukatlık «meslek sırrı»na bağlılık kabul edilmezse kendisinden bekleneni başaramaz.

Meslek sırrı, bazı hallerde pek düşündürücüdür. Genellikle şöyle düşünülür : Avukat, müşterisinin bir cinayeti işlemek niyetinde olduğunu öğrense de bunu açıklayamaz. Eğer mutlak sırla bağlı olmasa idi, avukata itirafta bulunulmazdı (Moliérac, s. 94). Meslek sırrı Avukatlık kadar eski bir meslek kuralıdır. Bu gibi vicdanımızca çetin durumlarda kalırsak müvekkilimizi uyarmak en doğru şekilde davranmasını sağlamak için elimizden gelen her gayreti sarfetmeliyiz. Fakat bunun dışında hiç bir şey yapamayız. Zaman zaman meslek sırrını avukattan esirgemek çabalarına raslanmış, fakat başarısızdır. Eğer meslek sırrı kaldırılırsa, belki bir kaç suçun faili öğrenilebilir, fakat binlerce önlenmiş suçun işlenmesine sebebiyet verilmiş olacaktır (bk. Moliérac s. 96).

a) *Yasağın süjesi* : 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), «dâva vekilleri», «dâva takipçileri» (A.K. geçici 17) de yasakla bağlıdır. «Arızı yardımcılar»ın meslek sırrı ile bağlı oldukları iddia olunmuştur (Heim (W.), le secret médical dans le code péal suisse (Lausanne, 1944), s. 26, 60). Fakat şöyle düşünmek doğru olur : Eğer Avukat, yardımcısının sırdaş olmasını önlemeyecek durumda ise, yardımcı da sır ile bağlı olmalıdır ki «sır dokunulmazlığı» eksiksiz korunabilsin.

b) *Sırrın niteliği* : Avukatlık Kanununun 36. maddesi metninde «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 «A v u k a t l ı k s ı r r ı» sayılabilmesi için avukatlık mesleği dolayısıyla öğrenilmiş bir «sır» olması lâzımdır. Sır, gerçekten mevcut olmalıdır. Failin, ilgilinin uydurduğu bir hususu mesleği dolayısıyla öğrendiği bir sır olarak açığa vurması, TCK.'nun 198. madesindeki müeyyideyi gerektirmez. Bir hususun «Avukatlık sırrı» sayılabilmesi için sır sahibi tarafından tevdi edilmiş olması da şart değildir, hattâ ilgili böyle bir hususu bilmemiş de olabilir. Avukatlık Kanununda «tevdi edilen sır» ile «görev dolayısıyla öğrenilen sır» ayrı ifade olunmuştur.

«Avukatlık sırrı»nın «sanığın susmak hakkı» ile ilgisi vardır.

Bir şeyin, açıklanması yasaklanmış, Avukatlık sırrı sayılabilmesi için «ifşasında zararın melhuz bulunması» şart mıdır? Avukatlık Kanununda gösterilmemiş ise de, aksine sarahat bulunma-

ması sebebi ile, genel kural olan TCK.'nun 198. maddesi uyarınca bu şartı aramak gerekir. Fakat bu şart, zararın tahakkuk etmiş olmasını değil, zarar ihtimalini ifade eder. Zarar, tahakkuk etmiş ise, şiddet sebebi sayılır (TCK. 198/2).

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

Ancak müvekkile ait sırrın yasağa giren «Avukatlık sırrı» olduğu iddia edilemez. Hasımın, dâva ile ilgisi olmayan bir sırrının öğrenilmesi halinde de yasak hükmü uygulanır. Barolar ve Barolar Birliği organlarındaki görevler sebebi ile öğrenilen ve Avukatın tamamile yabancı olduğu kimselere ait sırlar da «Avukatlık sırrı» sayılmıştır.

c) *Açığa vurmak* : Avukatlık Kanunu sırrın açığa vurulmasını (= ifşasını) yasaklamıştır. Açığa vurmanın şekli kanunda gösterilmiş değildir. İcabî hareketle (söylemek gibi) selbî hareket (sırrı, başkasının öğrenmesine kasıtlı müsamaha gibi) arasında fark yoktur (*Manzini*, IV, n. 1313). Herkesçe bilinen bir husus «sır» değildir, fakat müphem olan bir hususa kesinlik veren bir beyan «açığa vurma» sayılmalıdır. Bir şeyi bilenlerin adedinin çokluğu, onu sır olmaktan çıkarmağa yetmez. Nasıl bir «parola» çok kişi tarafından bilinmiş olmasına rağmen sır ise Avukatlık sırrının, o dâva ile alâkalı pek çok kimselerce bilinmiş olması onu sır olmaktan çıkaramaz (*Shaffner* (M. A.), *L'autorisation de révéler un secret professionnel* (Lausanne, 1952), s. 12). Alenileşen bir hususun sonradan, zaman geçmesile, sır haline gelebileceği ileri sürülmüştür. «*Memnu hakların iadesi*»nden, «*adli sicilden kaydın silinmesi*»nden sonra da ilgili Avukatın sırla bağlı olduğu düşünülmektedir.

Kendileri de meslek sırrı ile bağlı olanlara, meslekî zaruretlerle, sırdan bahsetmek, onu açığa vurmamak sayılmamalıdır. Nasıl mütehassıs hekimin ihtisas yapan hekimlere bir hastadan ve hastalıktan bahsetmesi sırrı açıklamak sayılmazsa bir Avukatın da stajiyerlerine ve hatta hasım taraf Avukatına böyle bir konudan bahsetmesi yasağa aykırı sayılamaz.

Paris Barosu İç Tüzüğü'nün 35. maddesine göre avukatlar arasındaki mektuplar «mahrem muhaberet»dan sayılır. Eğer bu muhabere taraflar arasında kesin bir anlaşmayı gösteriyorsa ve bahis konusu ihtilâf avukatı, mü-

vekilini temsile yetkili kılacak nitelikte ise mektuplar ibraz edilebilir. Demek ki avukatlar arasındaki muhaberelelerin gizliliği esastır. Bunun için «mahremdir» meşruhatına da ihtiyaç yoktur. Ancak yukarıdaki şartlar mevcut ise bu mektubun ibrazı mümkündür.

Sır sahibinin ölümü, sır bağıllığını kaldırmaz. Sırrın mirasçılara karşı da tutulup tutulamıyacağı tartışmalıdır. Mirasçının, ölenin devamı olduğu, kanunun mirasçıya murisin şerefini de savunmak hakkını tanıdığı (TCK. 488) nazara alınarak sır üzerinde tasarruf hakkının mirasçıya geçtiği fikri çoğunlukla benimsenmiştir.

Sanık ile müdafii arasındaki mektuplar meslek sırrından faydalanır. Sanığa avukatından gelen mektupların idarece açılmayacağı yazarlarca ileri sürülmektedir (Payen-Duveau, n. 248). «Görül-müştür» damgasını taşıyan mektupların bu açıdan ele alınması gereklidir. Fransız uygulamasında sırra karşı gelinmemesi için avukatın zarfının başlıklı olması ve imzasını taşıması zorunlu sayılmıştır (Payen-Duveau, n. 248). Bununla beraber avukatın, sanığın hariçle haberleşmesinde aracı olmayacağı, bunun ağır kusur sayılacağına da işaret olunmaktadır. Paris Barosu şu davranışları görevin kötüye kullanılması ve disiplin suçu saymıştır : Sanık ile ailesi arasındaki mektupların kontrol dışı kalması için aracılık etmek, üçüncü bir şahıs tarafından gönderilen parayı sanığa vermek.

Her ne kadar, cezada kesin mahkûmiyetten sonra hükümlü ile müdafii arasındaki mektupların sır olmak niteliğini yitirdiği ileri sürülmekte ise de (bk. Payen-Duveau, n. 462) bu fikre katılmak imkânsızdır. Zira meslek sırrı süresizdir (bk. Meslek kuralları 37).

ç) *Meşru sebeple açıklamak* : TCK.'nunda sırrın «*meşru bir sebebe müstenit olmaksızın ifşa*»sı suç sayılmıştır. Böyle bir kayıt A.K.'nun 36. maddesinde mevcut değildir. Fakat bu konuya hususî hükümde dokunulmadığından «*m a z e r e t s e b e b i*»,Avukatlık Kanunu için de varit sayılmalıdır.

«*Meşru sebep*» deyimini, «*haklı sebep*» anlamındadır. Fakat her sebebi haklı bulmak, Avukatlık sırrını ortadan kaldırmak olur. Bununla beraber «*zaruret hali*»ne girebilecek (TCK. 49/3) konularda sebep meşrudur. Bizzat kendisi ceza takibine maruz kalmış bir avukatın kendisini savunabilmesi için sırdan bahsetmek zaruretinde kalması halinde suç yoktur. Bununla beraber «*yakın ve muhakkak tehlike*» kavramının her zaman gerçekleşmeyeceği, dolayısıyla «*za-*

ruret hali» kavramının «meşru sebep»in yegâne ölçüsü olamayacağı fikrinde bulunanlar da vardır.

Fransız mahkeme içtihadına göre, avukat ölmüş müvekkilinin hatırasına karşı yönelmiş hakaret niteliğindeki taarruzu karşılamak maksadı ile de olsa meslek sırrını açıklayamaz (bk. Payen-Duveau, n. 460).

Diğer bir anlayışa göre Avukatlık sırrının «m e ş r u m ü d a f a» (TCK. 49/2) şartları içinde açığa vurulması mümkündür. Meselâ «i f t i r a»ya uğramış bir Avukat, savunma zarureti ile sırrı açığa vurabilir. Fakat aksini düşünenlere göre böylesine olaylarda sırrın açığa vurulması, bir «savunma» değil, bir «karşılık» (mukabele)dir.

Eğer bir avukat müvekkili tarafından suç işlendiğini değil, bir suçun işleneceğini (örneğin bir adam öldüreceğini) öğrenirse ihbarda bulunacak mıdır? Bu oldukça düşündürücü bir konudur. Fransız düşünürleri arasında şu kanıda bulunanlar çoğunluktadır: Avukat, kendisine müracaat eden kişiyi, teskine, iknaya çalışacak, dürüst bir insanın bir felâketi önlemek için elinden geleni yapacaktır. Fakat meslek sırrını ihlâlê kadar gidemez (Payen-Duveau, n. 458).

TCK. nun 138/5 ve 151. maddelerine göre, bazı ağır suçlardan «birine muttali olan her fert, bunu derhal Hükûmete haber vermeğe mecburdur». O halde avukatlık sırrı ile bu ihbar zorunluğu çatışır nasıl davranılacaktır? Böyle bir durum Frnasa'da da oldu. Fransız Ceza Kanununun 103 ve 104. maddeleri 1939 yılında değiştirildi ve «vatana ihanet» suçlarına vakıf olan herkese ihbar mecburiyeti getirildi. Fransız doktrini, yalnız bu suç için değil, bütün suçlar bakımından avukatın meslek sırrı ile bağlı olduğu kanaatinde (bk. Payen-Duveau, n. 460).

TCK. nun 151. maddesi ihbar mecburiyetini «makul bir mazere müstenit olmaksızın» yerine getirmiyenlerden bahseder. Meslek sırrı ile bağlılığın kanunî mesnedi bulunduğu (TCK. 198) göre aynı sonuca varmamız gerekmektedir. Her ne kadar TCK. 198. maddesi sırrın ancak «meşru bir sebebe müstenit olmaksızın ifşasını» cezalandırdığı, bu nedenle ağır bir suça vakıf olan avukatın ihbarı halinde, ihbarı emreden kanun hükümleri mevcut oluca, meşru sebebin de daima mevcut olacağı düşünülebilirse de Avukatlık Kanununun 36. maddesi, avukatlar için, bu hali kaldırmıştır.

Bu madde hükmüne göre «avukatların, kendilerine tevdi edilen ve ya ... avukatlık görevi ... dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır». Yasak kesindir.

Ücretini veya yaptığı masrafları tahsil edebilmek için Avukat, meslek sırrını açığa vurmamak sonucunu doğuracak işlemlerde bulunabilir mi? İtalyan Yargıtayı «tedavi ücretini ödemeyen hastayı dâva eden ve bu suretle hastalığı açıklayan hekimin meslek sırrını ihlâl etmiş sayılmıyacağı»na karar vermiştir (İtalyan Yğ. kararı (il foro italiano, 1916, XLI, s. 1082 (bk. Heim, s. 28, nt. 1). Fakat bunun Avukatlık sırrı için emsal olamayacağı zannındayız. Zira «ücret» özel bir alacaktır. «Avukatlık sırrı» ise mesleğin faydasıdır.

Fransa'da, kendi dosyasını, soruşturmayı yapan hâkime tetkik ettiren avukat, meslek sırrını açıklamaktan cezalandırılmıştır (Payen-Duveau, n. 458).

d) *Şahitlik ve sır* : CMUK. nun 48. maddesine göre «*müdafi-ler, bu sıfatları ... icabında vakıf oldukları sırlar hakkında şahitlikten çekinebilirler...*»

Kanunumuzun bu maddesi hükmüne göre şahadetten çekinme hakkı «s ı r»a ve bu sırrın «meslek sırrı» olmasına bağlıdır. Bu nedenle «mücerret bu sıfatı haiz olduğunu söylemenin çekinme hakkı vermiyeceği»ne ilişkin kararlar vardır (2 CD. 5.5.1944, n. 313).

«Yargıç tarafından muayeneye memur edilmiş olan hekimin, muayene ettiği kimse hakkında» meslek sırrını ileri süremiyeceği tabiidir (bk. Kantar, s. 76; bk. Cordero, s. 164). Buna mukabil, «resen seçilen müdafi» meslek sırrı ile bağlıdır.

Meslek sırrından çekilmeye hakkı olduğunun avukata hatırlatılması zarureti yoktur (krş. CMUK. 47/2, 48).

İlgilinin dâvasının bitmiş olması veya dâvadan çekilme hakkının ve ya davayı red hakkının kullanılmış olması, hattâ meslekten ayrılmış olmak sırla bağlılığı kaldırmaz. Şahadetten çekinme hakkı süresiz devam eder.

Usul Kanunumuza göre avukatlar «sır sahibi muvafakat eder-se şahitlikten çekinemezler» (CMUK. 48/2). Muvafakat sarîh olmalıdır. Muvafakat imkânının kalmaması (sır sahibinin ölmüş olması gibi) şahitlikten çekinme hakkını kaldırmaz. Buna mukabil şahitlik etmek için sır sahibinin muvafakatına ihtiyaç yoktur. Sır sahibi sarahaten men etse bile, avukat için şahitlik etmek mümkündür. Kanunumuz bu konuda «m e s l e k v i c d a n ı»nı esas tutmuştur.

Usul Kanunumuzun sistemi yukarda, özetlendi. Bununla beraber meslek sırlarından ötürü çekinmenin yetki değil, mecburiyet sayılmasında ve sır sahibi muvafakat etse dahi şahitlik edilmeyeceğini kabulde isabet görenler vardır (bk. Garraud, II, n. 392; kşz. Manzini, III, n. 313).

Tanıklıktan çekinmek hakkının nedenleri arasında «meslek vakarı»nı korumak isteği de yer alır. Eğer avukat müvekkili lehine tanıklık ederse belki şüphe ile karşılanabilir. Aleyhine tanıklık ederse bu her halde dürüst bir davranış değildir. Tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanmamak kararı verilirken meslek vakarı başta tutulmalıdır (b. Payen-Duveau, n. 461).

Avukatın şahadetten çekinmek yetkisi vardır. Fakat bu yetkiyi kısmen kullanabilir mi? Bazı yazarlara göre (bk. Payen-Duveau, n. 461) avukat şahadet edip etmemeye, edecekse hangi ölçüde şahadet edeceğine kendi meslekî vicdanına göre karar verir. Fakat şahadet de bir görevdir. Bildiğini kısmen saklamak yetkisi ile şahadeti bağdaştırmak mümkün sayılamaz. Bu nedenle kısmen tanıklık mümkün olmasa gerektir. Kanun, genel bir kamu menfaati olan tanıklıktan çekilmekten söz etmektedir. Tanıklıktan tamamen çekinmek veya tanıklık etmek arasında yer alan bir imkândan bahsedilmemektedir.

Fransız mahkeme içtihadına göre bir anlaşmazlıkta tarafları uzlaştırmaya çağrılmış bir avukatın, uzlaşmanın başarılmadığı hallerde, tanık olarak çağrıldığında tanıklıktan çekinmesi gerekceğine karar verilmiştir (bk. Payen-Duveau, n. 461).

Fransa'da bir suçlu, olay gün ve saatinde, evveldenberi vekili olan bir avukatın yazıhanesinde olduğunu iddia etmiş, avukat ise o gün değil, bir gün sonra sanığın yazıhanesine geldiğini bildirmiştir. Acaba avukat tanıklıktan çekinmeli mi idi? Bu durumda avukatın bilgisi mesleğini icra sırasında öğrendiği bir sır mıdır? Fransız doktrini durumun tereddüt doğurduğunu, avukatın çekilmesinin lüzumlu sayılması gerektiğini düşünmektedir. Fransız Yargıtayı ise şu içtihatıdır: Avukatın kendini bağlı sayacağı tek kural kendi meslekî vicdanıdır (bk. Payen-Duveau, n. 461).

Meslek sırrı, avukattan, kendisine müracaat edenin sadece kim olduğu sorusuna dahi cevap vermemek hakkını kapsar (Payen-Duveau, n. 461).

e) *Sır sahibinin rızası* : Sır sahibinin, sırrın açığa vurulmasını Avukatından istemesi veya buna rıza gösterdiğini bildirmesi halinde açığa vurmamak, yasağa aykırı sayılacak mıdır? Sır sahibinin rızasının yeterli olduğunu kabul edenler çoğunluktadır. Aksini düşünenlere göre meslek sırrının tutulması ne sahibinin, ne de sırla bağlı olanın menfatedir. Sırba bağlılığın esasında «sosyal fayda» vardır. Sır sahibinin rızasına rağmen, açıklanmamasında «sosyal zaruret» mevcut olmakta devam edebilir. Kaldı ki, sır sahibinin rızası ile açıklamanın mümkün olacağını kabul halinde, rıza olmasının bir çeşit «zımnî ikrar» sayılması gibi bir sakınca doğmuş olacaktır.

Yukarıdaki iki anlayıştan hangisinin Avukatlık Kanununda benimsenmiş olduğu anlaşılmamaktadır. Fakat 36/2 madde sır sahibinin muvafakatına rağmen tanıklıktan bile çekinmek hakkını gerektirir. Sır sahibi muvafakat etse dahi Avukat tanıklığa mecbur değildir. Avukatlık Kanunu «m e s l e k î v i c d a n»ı esas tutmuştur.

Avukatın tanıklıktan çekinmesi bir «ş ü p h e k a r i n e s i» doğurabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi şu kanıdadır : «*Bir müdafinin şahadetten çekinmesinden, müvekkili aleyhine netice çıkarmağa mahkemenin hakkı yoktur. Aksinin kabulü, bir hakkın denetlenmesi sonucunu verir ve Anayasanın red ettiği engizisyon usulünü ihya etmek olur*» (Cour sepreme 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.

Fransız Barosu şöyle bir karar vermiştir : «Müvekkili, kendisine izin verse dahi, avukat sırrı açıklamaya mecbur değildir. Çünkü, menfaati hakkında karar vermek yalnız müvekkile ait sayılamaz. Bunun takdiri avukata aittir. Açıklamak için müvekkilin müsaadesi zaruridir, fakat yeterli değildir» (bk. Payen-Duveau, n. 460).

3. *Avukat Büroalarında Arama* : Adalet Bakanlığı, «avukatların vazifeden doğan veya vazife sırasında işledikleri suçlar ile Avukatlık Kanununun soruşturma yönünden tanıdığı teminat prensibinin ışığı altında şahsî suçlardan dolayı yapılacak olan soruşturmanın da zabıta makam ve mercilerine bakılmıyarak doğrudan doğruya C. Savcısı veya yardımcıları tarafından yapılması keyfiyetini açıkca belirtmiştir. Genellikle bir suçun subut vasıtalarının elde edilme-

sini 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 kanunun 97. maddesinin, «*Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumileri ve Müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler*» şeklinde hükmünün de arama hususundaki işlemin, esasında Hâkim ve Savcılara verilmiş bir görev olduğunu teyit etmektedir. Bu itibarla, usul hükümlerinin gösterdiği istisnai haller dışında, avukatlara ait yazıhanelerdeki aramaların savcı veya yardımcıları tarafından yapılmasına âzami dikkat ve itinanın gösterilmesi» lüzumunu tamimden savcılıklara bildirmiştir (Adalet Bakanlığı tamimi 27.3.1971, 11/37 (bk. TBBB. n. 7). 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 tedbiridir (Derrida (F.), Perquisition et saisies chez les avocats, des avoués et les notaires. Rev. de science crismielle et de droit pénal comparé, 1953, n. 1, s. 224). Zira bu tedbir kişinin temel haklarını (mesken masuniyeti, sır masuniyeti gibi) ihlâl eder. Kolaylıkla verilen arama kararları bu tedbirin niteliğinin anlaşılmamış olduğunu gösterir. Avukatların yazıhanelerinde arama ise daha vahim bir haldir. Zira avukatlar tam bir güven içinde bulunamazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir «i ş m a h a l l i» (CMUK. 96) değildir. Avukatının yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkân 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 imtiyazını tanıyan bir kanun hükmü yoktur.

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

Fransa'da Toulouse parlemarı bir avukat yazıhanesinde yapılan aramayı ve bu sırada ele geçen bazı delillerin zabtını iptal etmişti (Derrida, s. 226). Bu olayın olduğu yıl 1672 idi (!).

Fransanın Yargıtayı, bir avukat yazıhanesinde yapılan bir arama hakkında Baro'nun savcılığa yaptığı müracaatta kullandığı bazı ibareler hakkında şu kararı vermiştir: «Yetkili makama yapılan müracaat meşrudur. Baronun şikâyet dilekçesinde kullandığı (Aramanın savunma özgürlüğünü ihlâl ettiği, gayri kanunî olduğu, hâkimin yetkileri dışına çıktığı, meslek sırrının ihlâl edilmiş olduğu, evvelce benzerine hiç rastlanmadığı, sert ve yaralayıcı bir tedbir olduğu) ibarelerinde kanunu ihlâl eden bir nitelik yoktur» (13 Mart 1893 tarihli karar; bk. Payen-Duveau, s. 70, nt. 40).

Halen Fransada avukat bürolarında arama şöyle yapılmaktadır: Arama kararı verilince, Baro Başkanı davet olunur ve aramaya nezaret eder (Garçon, s. 141).

b) *Usul Kanunu*: Kanunumuzun 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 bulundukça ... zabtedilemez.» O halde bunları elde etmek için arama kararı da verilemez. Usulde kıyas geçerliği uyarınca bu sonuç, mektuptan gayri yazıları kapsar.

Adli makamlarca müvekkillerin avukatlarına gönderdikleri mektupların teslimi istenemez. Müvekkillerin mektupları, avukatın bürosunda zabtedilemez. Fransız Yargıtayı, bir avukatın müvekkiline yazdığı bir mektupta bir hâkime hakareti tazammun eden ibarelerden dolayı ceza takibine başvurulamayacağına karar vermiştir (bk. Payen-Duveau, n. 462).

Fransada uygulama şöyledir: «Bir sanığın avukatına avukatın ceza evindeki müvekkiline yazdığı mektuplar cezaevi idaresince açılabilir, sahibine verilmesi geciktirilemez», «Avukatın cezaevindeki müvekkiline verdiği evrak ve vesikalar tetkik edilemez» (Garçon, s. 137).

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 aramada özellik, savunma özgürlüğüne ve meslek sırrına dayanmadığına, arama kararı verecek hâkimin yalnız Usul Kanunundaki arama hükümleri ile yetinemeyeceğine göre konu bu açıdan ele alınmalıdır. «M e s l e k s ı r r ı» mesleğin icrası sırasında öğrenilen her sırrı kapsar. Bu husus kanun kurallarında açıkca belirtilmiştir (bk. TCK. 196, CMUK. 48).

Şahadetten çekilmeğe mezun olan şahıslardan (CMUK. 87) «*tahkikat için subut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen eşya*»nın istenmesi (CMUK. 86) mümkün değildir. O halde avukat bürolarında bulunan, bu nitelikteki şeylerin zabtı kanuna aykırı olur. Kaldı ki bu hususta açık bir kanun hükmü de mevcuttur (CMUK. 89).

Türk doktrininde dahi «zabtı memnu mektuplara istinat eden hükmün bozulacağı kanaati hâkimdir (Sevig I, s. 110, bk. Cordero (F.), The studi sulle prove penali (Milano, 1963), s. 164).

c) *Yazılı deliller* : CMUK'nun 89. maddesine göre sanık ile avukatı arasındaki mektuplar «*bu kimselerin yanında bulunduğca zabtedilemez*» bu kimseler yanında bulunmak, onları muhafazası altında olmak anlamına gelir. Mehzaz kanunda (m. 97) böyle bir kayıt yoktur. O halde sanığın avukatına gönderdiği mektuplar postahanedeki zabtedilebilecek midir? «Postahanedeki zabt»a cevaz veren hükümde (CMUK. 91) sanık ile avukatı arasındaki mektupların ayrı tutulduğunu gösteren bir ibare yoktur. Fakat bu yorum maksada uygun değildir. Fransız Yargıtayının pek eskiden beri kurulmuş içtihadı şöyledir : «*Avukatların müşterilerinden aldıkları mektupların bürolarında zabtedilmezliğinin tabii sonucu, onlara gönderilen, fakat henüz ellerine geçmeyen mektupların da zabtedilemeyeceğidir*» (Fransız Yg. 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 yerinde bir istektir*». Yine Fransız Yargıtayı, bir sanığın, suç ortağının kendi avukatına yazdığı mektubun zabtı kararını dahi iptal etmiştir (Derrida, s. 233). Fransız doktrinine göre avukat ile müvekkil arasındaki mektupların zaptı ve okunması görevliler bakımından disiplin kovuşturmasını gerektirir. Bu davranış suç da sayılabilir (TCK. 195).

Türk doktrininde dahi «zabıtı memnu mektuplara istinat eden hükmün bozulacağı» kanaati hâkimdir (Sevig 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.

Hakkında gıyabî tutuklama kararı olan bir şahsın avukatının bürosuna geldiği sırada yakalanması mümkün müdür? Fransa'da 1861 de böyle bir olay cereyan etti, Paris Baro Başkanlığı bu işlemleri kanuna aykırı bulmamakla beraber böyle bir uygulamanın avukat vakarına ve dolayısı ile Baronun bağımsızlığına aykırı sayarak protesto etti. O tarihten beri Fransa'da, avukatının bürosunda iken hiç bir sanık yakalanmamakta, büroyu terk ettikten sonra zabıta görevini yapmaktadır. Böylece kurulmuş olan zabıta geleneği sonucunda, Fransa'da kendine sığınan sanığı, zabıta taziyekinden kurtarmak için, avukatının adlî makamlara teslim edeceğini ifade ettiği zaman zabıta buna müsaade etmektedir (bk. Derida, s. 231, nt. 2). Bu uygulama Usul Kanunumuzun 95. maddesinin yorumunda isabetli bir örnek olabilir.

ç) *Suçun dışında kalmak* : Avukatlar bürolarının aranmasında özel takdire haklı olmaları elbette isnat edilen suçun dışında kalmaları, kanunun deyişi ile «maznun ile şeriklerinden ve yataklığından gayri kimse» kalabilmeleri şatına (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 : Aramadan evvel, avukattan arananlar istenir, avukat vermezse arama yapılır. Aramanın bizzat hâkim tarafından yapılması tercih olunur. Ayrıca aramadan, Baro Başkanına haber verilir, başkan aramada hazır bulunabilir. Bütün bu tedbirler, kanunda bir hüküm olmamasına rağmen, uygulanmaktadır.

Avukat müvekkiline yüklenen suç ile ilgili delil niteliğindeki eşya ve evrakı kabul edip bürosunda saklayabilir mi? Bazı yazarlara göre (Garçon, s. 133) bir ayrımda bulunmak gerekir : Eğer bunlar savunma için gerekli iseler, zaman gelince ibraz edileceklerinden, kabul ve muhafazasında engel yoktur. Eğer bu eşya ve evrak müvekkilinin aleyhinde ise, ele geçmemeleri için büroda

saklanmak üzere verilmiş iseler kabul edilmemelidir. Çünkü bunlar suçluluğu gösterdiklerinden avukat müvekkilinin haksız (suçlu) olduğunu biliyor demektir. Avukat haksız dâvayı almamak haksızlık sonradan anlaşılması ise çekilmek zorundadır.

Avukatlar, eski müvekkileri aleyhine dâva açabilirler mi? Genellikle her iki dâva birbirinden ayrı olduğuna göre eski müvekkil aleyhine vekâlet alınabileceği düşünülmektedir. Fakat Fransız Barolarının içtihadı, evvelki dâvaya ait belgeler, açıklanan hususlar, yeni dâvaya az da olsa, etkili olacak ise meslek sırrının ifşa edilmezliği kuralı uyarınca, avukat yeni dâvayı da alamaz (Payen-Duveau, n. 458).

Yine Fransız doktrini evvelki dâvanın sonucu veya evvelki dâva ile murtabit yeni dâvanın alınamayacağını içtihad etmiş ve bunun yapılmasını meslek sırrının açıklaması şeklinde saymıştır (bk. Payen-Duveau, n. 459).

«İncelenen dosya münderecatına göre muteriz avukatın arada mevcut dostluk sebebiyle aile mahramiyetlerine girdiği ve bu sebeple de boşanma davasında müştekinin savunması imkânlarını tahdit eylediği yolunda öne sürülen iddianın da boşanma davasında bir aile sırrının faş edilmiş olması gibi bir olay cereyan etmemiş bulunması nedeniyle kabulüne imkân görülmemiştir. Herne kadar, avukatların takip ettikleri davalarda adeta taraf hüviyetine bürünmeleri tecviz edilecek bir durum değilse de, olayda avukatın bu hale bürünmüş olduğu iddiası da yer almamıştır. Binaenaleyh, muteriz avukatın aynı zamanda başka işler vesilesiyle vekili olduğu müştekinin aleyhine karısının vekili olarak boşanma davası açmış olması tamamen avukatın kendi zatî takdirine muallak mesailendir. Bundan dolayı da avukatı kusurlu görmek Meslek Kurallarına aykırı hareket etmiş telakki etmek mümkün değildir». (TBB. Disiplin kurulu kararı 8.12.1973, 26/32).

38 — Avukat kendisine teklif edilen işi gerekçe göstermeden de reddedebilir. Takdirine esas olan nedenleri açıklamak zorunda bırakılamaz.

Avukat zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmez.

Avukat dâvayı almaktan ve kovuşturılmaktan çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmaya dikkat edecektir.

1) *Metinler* : Danimarka Usul K. (132) : «Kanunun mecbur tuttuğu haller haricinde, avukat işi kabule mecbur değildir». Vod Kantonu meslek kuralları (M. 23) : «Adlî müzaharet hariç, Avukat

dâvayı kabul ve reddetmekte serbesttir. Fakat bu hak, kendisine başvuru, başka bir avukata müracaat olanağı verecek süre içinde kullanılmalıdır». Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (4) : «Avukat zaman ve yeteneklerinin elvermediği işi kabul etmemelidir», Bern kuralları (303) : Vekâletten çekilmek isteyen avukat bunu müşterisine zamanında bildirmelidir», Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (10) : «Avukat dâvadan ancak geçerli bir sebeple ve müvekkilinin menfaatine aykırı düşmeyecek şekilde çekilebilir».

«Avukatın muvafakatı alınmadan adına vekâletname çıkarılabilir. Ancak avukat lehine düzenlenen vekâletnameyi kabul edip etmemekte serbesttir. Vekâletname avukat tarafından kabulü veya kullanılması ile hüküm ifade eder». (TBB. Yönetim K. 19.5.1971, 324/36)

A.K.'na (37) göre «Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden red edebilir». Bunu takip eden maddede «reddi zorunlu işler» gösterilmiş ve bunlar arasında Avukat «kendisine yapılan teklifi haksız... görür yahut... sonradan haksız olduğu kanaatine varırsa» işi red etmek zorunluğunda olduğunu açıklamıştı. İş reddetme hakkının tek «hâkim»i avukattır (Moliérac, s. 97).

Fakat bu hakkını avukat ceza davalarında nasıl kullanmaktadır. Müvekkilinin etkisi altında kalmamak kolay değildir. Avukatına gerçeği söyleyen «sanık» çok azdır. Sanık-müvekkil, genellikle büyük bir yalanın içinde bir tutam gerçek katarak avukatına olayı anlatır, böylece müvekkile inanmamak güçleşir. Suçunu hâkim önünde inkâr edenin avukatına gerçeği söyleyebileceği sanılmamalıdır.

«Haksız gördüğü dâvayı reddetmekle görevli avukatın yüzde yüz kusurlu davranışı ile iş kazasında ölen miras bırakanları için maddi ve manevi tazminat sağlayacağını telkin ve yasanın yasaklamasına rağmen yazı ile mirasçılarına başvurup onları ikna ederek vekâletini alıp açtığı dâvanın reddolunmasıyla onların ödemekle yükümlü buldukları dâva gideriyle sorumlu tutulması zorunludur.» (4. HD. 26.6.1971, 11526/1792).

2) *Karşıt görüş* : Kanunun bu hükmünü değerlendirebilmek uygulamada takdirin ölçüsünü bulabilmek için bu kuralın tam karşıtı 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 gerektirdiği emekle orantılı ücret verildiği takdirde Avukat işi almağa mecburdur. İngiliz hukukçusunun düşüncesine göre bu mecburiyetin haklı sebepleri vardır. Toplumun tepki gösterdiği dâvalar da, red hakkı tanınmış olursa, görevden kaçabilmek için Avukata imkân tanınmış olur. İngiltere’de işi kabul mecburiyeti meslek kuralı olarak 1872 de hüviyet kazandı. O tarihlerde Tom Paine isimli bir kişi «insan hakları» isimli bir kitap yayınlamıştı. Bu kitapta Krala saygısızlık edildiği iddia olunuyordu. Sanığın savunmasını 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, hükmünden evvel, şöhret ve itibarı oranında sanık aleyhine (belki de hatalı) bir fikrin husulüne sebep olur».*

1920 yılında İngiltere’de bir başka olaya daha rastlandı : Parlâmentoda üyesi olan iki Avukat siyasî hasımları durumunda olan bazı kimselerin müdafiliğini kabul ettiler. Bilhassa basında tenkitlere uğradılar. Tenkit şöyle idi : Avukat işi red edemez. Bu bir meslek kuralıdır. Fakat Parlâmento üyesinin Devlete karşı da görevi vardır. Siyasî hasmının müdafiliğini alan kimse Parlâmento 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 topayan casusluk ve beşincikol mensuplarının savunmasını İngiliz Avukatları yapabilmişlerdir.

3) *Karşıt olmayan görüş* : 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.*

Fransız doktrini (bk. Paven-Duveau, n. 420) dâvayı kabul etmemek ve dâvadan çekilmek hakkını kabul etmektedir. Hasım tarafın sonradan ibraz ettiği bazı vesikaların o tarafın haklı olduğunu göstermesi halinde çekilmek örnek olarak gösterilir. Fakat zamansız çekilmenin (müvekkilin başka bir avukat bulmasına imkân vermeyecek bir zamanda çekilmenin) usulsüz bir davranış olduğunu da kabul etmektedir. Zamansız çekilmede cezaî ve hukukî mes'uliyeti kabul eden Fransız mahkeme kararlarına atıflara rastlanmaktadır ((Payen-Duveau, s. 351, nt. 19, 20). İşi red ve dâvadan çekilme hakkının kullanılmasında avukat sadece kendi meslekî vicdanına göre hareket edecektir. Fakat «vicdan kanısı» ile batıl inançlar ve kişisel duygu ve çıkarlar birbirlerine karıştırılmamalıdır. Bir avukatın, siyasî bir davanın sanıklarının fikirlerini yıkıcı saydığı veya bu fikirleri yanlış bulduğu düşüncesi ile dâvayı almamağa hakkı vardır. Fakat sanıkların işledikleri fiil ile nisbetsiz bir ceza talebi ile yargılandıklarına, suçun sabit olmadığına, uygulanmak istenen hükmün o olayda kanunî şartlarının bulunmadığına kanaat getirirse dâvayı kabul edebilir. Dâva ile müvekkil karıştırılmamalıdır. Hiç de makbul sayılmayan bir kişinin dâvası pek haklı olabilir.

«Adalet gereklerine uymak zorunda olan ve kendisine teklif edilen işi hiç bir sebep göstermeksizin reddetmek, aldığı işi ise, haksızlığını anlayınca bırakmak yetkisine sahip bulunan avukatın dâvanın takibinde objektif bir görüşle hakkın yerine getirilmesine yardımcı olmasında, kamu yararı vardır» (Anayasa mahkemesi : 7.3.1962, 286/53).

Görülüyor ki İngiliz teamül hukuku hariç diğer memleketlerin hemen hepsinde işi red hakkı Avukatlara tanınmıştır. Bu sebeple kanunumuzun genel anlayışa uygun olduğu söylenebilir. Fakat İngiliz meslek kuralının doğru gözüken yönleri yok değildir. «sebepl göstermemek», «iş başından haksız görmek», «sonradan haksız görmek» ibarelerini bu açıdan, meslek şuru içinde bir takdire bağlamak zorunluğudur.

39 — İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekâlet vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir.

Bu kural, evvelce tevkil edilen avukat muvafakat etmezse, sonraki avukatın vekâleti alamayacağı anlamında değildir. Bu kural A. K. nun 172. maddesinde yazılı işlemleri tahrik için konulmuştur.

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 35) : «Acele haller dışında avukat kendisinden evvelki meslekdaşının ücretinin ödenmiş olduğuna kanaat getirdiği veya rızasının mevcut olduğu hallerde dâvayı kabul eder. Acele halin sona ermesinden sonra, ancak evvelki meslekdaşının ücreti ödenmiş, eğer ihtilafli ise tevdi edilmiş olmak şartı ile vekâlete devam eder».

Toplu mahkeme, münferit hâkim. Bu uzun bir tartışmadır. Avukatlık Kanununa göre, bir avukat, kendisinden müsaade alınmazsa bir başka avukatla çalışmak zorunda değildir (Avt. K. 172). Bu hükmün bir anlamı vardır. Bu anlam avukatlığın tarihçesinde denenerek olgunlaşmıştır Halbuki toplu mahkemede görev alan üç veya beş kişilik «heyetler» birlikte çalışmağa kanunen zorunlu kılınmışlardır. Aradaki farkı nasıl izah edeceğiz. Avukat için mümkün görülmeyen, hâkimler için nasıl kabul edilebilir? Avukat için doğru olan, hâkim için de savcı için de doğru olmalıdır. Bu nedenle «toplu mahkeme» anlamsızdır, hâkim, sorumu ve insanlığı ile başbaşa «yalnız» çalışmalıdır, «savcılığın bölünmezliği» ise idare hukukunun yapıcılığını yansıtır, o kadar.

40 — Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz. Açıklamalarda Adalete etkili olmak amacı güdülemez.

Bu kural «reklâm yasağı»nı tamamlar. «Cevap hakkı»nın avukat tarafından vekâleten kullanılması da kurala aykırıdır.

«Adalete etkili olmak» icteğinin, devam eden dâvalar bakımından Basın K. hükümlerine girmesi de mümkündür.

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 4): «Avukat, reklâm sayılabilecek her şeyden kaçınmağa mecburdur. Meslekî faaliyetinin üstüne kamunun dikkatini çekmek için dâvaları hakkında yayında bulunamaz. Müvekkili adına istisnâî olarak ve Baro Başkanının evelden müsaadesini aldıktan sonra ve ancak kesin surette zaruri olan hallerde Avukat basına, radyo ve televizyona bilgi verebilir.

Vod Kantonu meslek kuralları (1973) m. 4: «Avukat, meslekî faaliyeti üzerine dikkat nazarlarını çekmek üzere dâva celseleri hakkında basına açıklamada bulunamaz».

Vod Kantonu meslek kuralları (1973) m. 4: «Avukat, müvekkili adına basına, radyoya, televizyona bilgi veremez. Eğer bu kesin olarak zarurî ise, istisnâî olarak yapılabilir. Fakat bunu yapmadan evvel Baro Başkanının müsaadesi alınacaktır».

41 — Avukat baktığı dâvada görevini savsatarak, ya da kötüye kullanarak, müvekkili zararına kendisine bir yarar sağlayamaz.

Bu genel nitelikte ve tamamlayıcı bir kuraldır. Görevin «özen», «doğruluk», «onur» içinde yerine getirilmesi (A. K. 34) ilkesinin uygulanmasında, kanunda (çekişmeli hakları edinme yasağı gibi, A. K. 47) ve meslek kurallarında özel bir hükme bağlanmamış konularda bu kural uygulanacaktır.

Amerikan Ahlâk Tüzüğü (11) : «Avukat müvekkili ile olan münasebetlerinde müvekkilinin itimadını suiistimal ederek kendisine şahsî menfaat temin edemez.

«Vekâletnamede yetkisi bulunsa dahi, müvekkilinden açıkça talimat almadan, dâvada talep edilen kalemlerden her hangi birisinden vekilin dediğince vazgeçmeye yetkisi yoktur. Aksi takdirde müvekkilin vekili azletmeğe hakkı vardır.» (H. Genel Kurulu 1.7.1972, 253/693) (B.K. 389; A.K. 132).

Bu konuda TBB. Yönetim Kurulunun «Avukatın Mahkemeden elde ettiği kararı temyiz etmemesi hukuki takdirine bağlı olmakla beraber temyiz etmeyeceği kanaatini müvekkiline bildirmesi gerekir. Bildirmeme yolundaki ihmalin takdiri Disiplin Kuruluna düşen bir görevdir» yolundaki ilke kararı vardır (5.4.1970, 154/20).

42 — Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin gereğini çok aşmamasına, avanstan yapılan harcamaların müvekkille zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstan kalan paranın müvekkille geri verilmesine dikkat edilir.

43 — Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkille duyurulur ve verilir. Müvekkil ile ilgili bir hesap varsa uygun sürelerle durum yazıyla bildirilir

«Avans» giderleri karşılamak içindir. Gideri olmayan konularda avans istenemez. Müvekkile ait olan para makul süreden fazla muhafaza edilemez.

Bern kuralları (22) : «Avukatın masraflarını karşılamak üzere avans istemesi, yalnız hakkı değil, aynı zamanda vazifesidir»; Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (15) : «Avukat müvekkili adına aldığı parayı gerektirdiğinden fazla yanında tutmamalıdır». «Avukat asgarî sarfedeceği emek ve muhtemel giderleri ile oranlı olmak şartı ile avans istemek hakkını haizdir».

Bern kuralları (16) : «Avukat kendisine emanet edilen malları titizlikle idare eder. Onları her zaman iadeye amade olmalıdır»; (17) : «Vekâlet ücreti tutarını mahsup hakkı saklı kalmak üzere avukat müvekkili adına tahsil ettiği meblâğı sahibine geciktirmeksizin intikal ettirir.»

44 — Avukat, müvekkilinden meslektaşlarına yönelecek satışmaları önlemeye çalışır; gerekirse vekillikten çekilebilir.

İstanbul Barosu İç Tüzüğü (23/ç) : Avukat «... mesleğe ve meslektaşlara karşı satışmaların önünü almağa çalışır».

«A. K. nun 38.. maddesinin E fıkrası hükmüne göre, iş sahibi meslek görevini yapan bir avukata karşı suç işlemiş ise; avukatın kendisine müracaat eden böyle bir kimsenin vekâletini deruhte etmemesi lâzım gelir Kanunun koymuş olduğu bu hüküm; avukatlar arasında cari olması lâzım gelen meslekî dayanışmanın da bir ifadesidir. Müteriz avukatın; diğer bir avukata karşı hakarete bulunmuş olan bir kimsenin ceza mahkemesinde müdafiliğini deruhde etmiş olmasına göre, kanunun bu açık hükmüne ve meslek icaplarına aykırı bir tutum içerisine girmiş olduğu açıktır». (TBB. Disiplin kurulu kararı, 22.5.1971, 8/13).

«Görevde Avukata hakaret TCK. nun 266/3. maddesine girer» (4. CD. 8.9.1976, 5728/5216).

45 — Avukat «hapis hakkı»nı alacağı ile orantılı olarak kullanabilir.

1. *Metinler* : Alman A. K. 50 : Hapis hakkı «ahval ve şeraite göre, bilhassa borçlu olunan meblağın pek küçük olması dolayısıyla dosyaları veya kâğıtları elde tutmanın hüsnüniyete aykırı olduğu hallerde cari değildir».

Avukatın, kendisine tevdi edilen belgeleri aldığı hakkında makbuz vermeyeceğine, verecek olursa bunun belki de dâva edilmesi ile neticelenebileceğine, böyle bir halin ise «meslek vakarı» ile bağdaşamayacağına ve ayrıca kendisini disiplin cezasına maruz bırakacağına Fransız mahkemelerince karar verilmiştir (bk. Payen-Duveau, n. 421). Fransız doktrini avukatın makbuz vermeyeceği gibi, belgeleri iade ederken de makbuz almayacağını ileri sürmektedir. Eğer ihtilâf çıkarsa avukatın beyanı yeterli sayılır (Aynı eser, n. 421).

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 31) : «Avukat, vekâlet ücretinin ödenmesini sağlamak için, kendisine tevdi edilmiş evrak ve vesikalar üzerinde hapis hakkı kullanamaz. Kendisinin gönderdiği veya müvekkili veya bir meslekdaşı tarafından kendisine gönderilen mektupların suretlerini vermeğe avukat mecbur değildir, kendisinin yaptığı ödemelere ait evrakı, vekâlet ücreti ödeninceye kadar alıkoyabilir».

2. *Avukatın evrakı hapis hakkı* : Avukatlık Kanununun 39. maddesine göre «avukat ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir». Maddenin başlığı «hapis hakkı»dır.

a) *Hapis hakkı tanıyan sistem* : Buna Alman Avukatlık Kanunu örnek gösterebiliriz. Bu kanuna (50) göre «avukat yatırdığı harçlar ve yaptığı masraflardan dolayı tatmin edilinceye kadar dosyaları müvekkiline vermekten imtina edebilir. Bu hüküm ahval ve şeraite göre, bilhassa borçlu olunan meblâğın pek küçük olması dolayısıyla dosyaları ve kâğıtları elde tutmanın iyi niyete aykırı olduğu hallerde uygulanamaz». Görülüyor ki bu kanun dahi ifratı korumadığını açıkca ifade etmektedir.

b) *Hapis hakkını red eden sistem* : 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 alamamış olsa dahi, gecikmeden evrakı iadeye mecburdur (Nyssens, A. introduction à la vie du Barreau, Bruxelles, 1956, s. 28. nt. 36).

Fransız hukuku, avukatın, kendisine tevdi edilen evrak üzerinde hiç bir hapis hakkı kabul etmemektedir. Zira hapis hakkının mevcudiyeti, vekâlet ücretinin rızaen ve kendiliğinden ödenmesi kuralını zedeler. Hapis hakkını kullanmak yasağına karşı gelen avukatın disiplin cezasına çarptılacağına ve mahkemelerce de tazminata mahkûm edileceğine karar verilmiştir (bk. Payen-Duveau, n. 421).

c) *Hapis hakkını daraltarak kabul eden sistem* : Buna İtalyan Avukatlık Kanunu misal gösterilebilir. İtalyan MK. nun 2235. maddesi şu hükmü koymuştur : Hizmet yükümlüsü, meslekî kanunlarına göre bizzat kendi haklarının himayesi için gereken süre dışında, almış olduğu vesika ve şeyleri elinde tutamaz.» Görülüyor ki 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 ödenmemesi nedeniyle müşteriden alınan evrak ve dâva belgelerini ellerinde tutamazlar. İlgilinin müracaatı üzerine yönetim kurulu, avukata, vesika ve muamelelerin makamına teslimini emreder. Ve ihtilâfın dostlukla çözümlü konusunda hizmet eder. Uzlaşma olduğu takdirde hüküm ve neticeleri yönünden kesin hüküm değerindeki tutanağa geçilir. Uzlaşma tutanağı, mahallî mahkeme kalemine teslim olunur ve talep halinde bir sureti verilir.

İtalyan Yargıtayı şöyle bir karar vermiştir : «Kendisinden vekâletin alındığı Baroya kayıtlı meslek mensubu, yönetim kuruluna itirazda bulunmasa bile, ücretlerin eksik ödendiği gerekçesile dâva dosyası ve müşterilerinin vesikalarını elinde tutamaz, fakat bir başka muamele için bunlardan yararlanabilir» (Cass. 20 apr. 1943, in Foro it. 1.727).

İtalyan tatbikatı hakkında şu bilgiler verilmektedir : «Müdafi, vekâletin yerine getirilmesi amacıyla müşteri tarafından kendisine teslim edilen vesika ve şeyleri elinde tutamaz. Hapis hakkı yasağı, masraflarının ödenmemiş veya ücreti kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş olduğu hallerde de geçerlidir. Avukat, meslekî kanun hükümlerinin öngördüğü biçimde ancak kendi haklarını hi-maye 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 sistemlere göre kanunumuzun kabul ettiği hüküm oldukça geniştir.

3) *Hapis hakkına ilişkin hükmün gelişimi* : Yürürlükteki hüküm, evvelki kanundakinden farklı değildir.

a) *Evvelki kanun* : Eski kanunun 28/2. maddesindeki hüküm şudur : «Avukat ücreti ödenmedikçe, evrakı iadeye mecbur değildir».

b) *Yeni kanun* : 1136 sayılı Kanunun Tasarısında (m. 42) hüküm şöyle idi : «Avukat, ücreti veya yapmış olduğu masraflar kendisine ödeninceye kadar, evrakı müvekkiline geri vermiyebilir». Kanunun gerekçesinde bu maddenin «Mer'î kanundakinin tekrarından ibaret olduğu, yeni hüküm getirmedeği» 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.

d) *Hapis hakkının analizi* : Bu şekilde nizamlanan bir hakka tam anlamı ile «hapis hakkı» demekte tereddüt edilebilir. Evrakın paraya çevrilmesi mümkün değildir. (krş. 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 sınırlamalara bağlanacaktır, örneğin : avukatın alacağı için «muacceliyet şartı» aranacaktır (MK. 864).

Hapis hakkı yalnız «avukatlık ücreti»ni değil, avukat tarafından yapılan masrafları da kapsar. Ücret deyimine, anlaşma yoksa, asgarî tarife ücreti» de dahildir. Her ne kadar kanunda vekâlet ücreti ve yapılan giderlerden bahsedilmekte ise de avukatın «vekâleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyan» dahi hapis hakkına girer (BK. 394).

Avukatlık Kanunu oldukça geniş bir «hapis hakkı» kabul etmiş olmasına rağmen bu konuda, yukarda işaret edilen açıklamalar ve mukayeseli hukuk, avukatın bu hakkını meslekî vakar açısından hangi ölçülere göre kullanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Avukat, müvekkilinin kendisine tevdi ettiği belgeleri bir makama ibraz etmedi ise, iade edecektir. Kanunumuza göre (A.K. 39) «Avukat, kendisine tevdi olunan evrakı, vekâletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Şu kadar ki, evrakın geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama yükümlülüğü, bildirme tarihinden itibaren üç ayın sonunda sona erer».

«Avukatın müvekkilinden aldığı belgeleri geri verdiğini tamkla kanıtlayabilir» (HGK. 22.12.1965, 4/468).

Bu arada müvekkilin bir alacaklısı, avukatta olduğunu öğrendiği bir evrak üzerine tedbir koydurabilir mi?

Fransa'da, evvelce böyle bir tedbire avukatın uymak zorunluğu olmadığına karar verilmiş olmasına rağmen bu içtihat sonradan değişmiş ve avukatın üçüncü kişilerin hakları üzerinde bir hâkim gibi tasarrufa yetkisi olamayacağı sonucuna varılmıştır. Fakat tedbirin kaldırılmasını istemeğe avukatın hakkı vardır (bk. Payen-Duveau, n. 421).

46 — Adli müzaheretle görülen işler, başkaca işlere gösterilen özenle yürütülür.

Bu kural A.K. nun adlî müzaheret (176-181) hükümlerinin ge-reği gibi uygulanmasını sağlamak için konulmuştur.

Bern kuralları (23) : «Adlî müzaheretle görülen işler diğer işlere gös-terilen ihtimamla yerine getirilir»; Uluslararası Barolar Birliği Oslo (1956) kararları (10) : «Adlî yardımdan yararlanan müvekkili ile ilgili olanlar dahil avukat görevini titizlikle ve özenle yerine getirir».

Resen tâyin edilen avukat için en önemli olan husus kendisini avukat-memur hissetmemesidir. Avukatın resen seçiminde, dâva-nın niteliği nazara alınmak lâzımdır. Fakat bu takdirin kullanıl-masında adalet dışı ölçüler üstün tutulursa resen müdafî tâyinin-de kanunun öngördüğü sonucun tersi ile karşılamak mukadder-dir.

Resen tâyin edilen müdafîin seçiminde sıra usulü isabetli de-ğildir. Sıra, örneğin ceza dâvalarında tatbikatı olmayan bir avuka-ta düşerse bu hal sanık için bir talih oyunu haline gelir.

47 — Ücret dâvası açacak avukat önce baro yönetim kuruluna bilgi verir. Bu konuda baro yönetim kurulunun görüşünü bildirme yetkisi vardır.

1) *Ücret kavramı* : Bu kural, ücret dâvalarının mesleğe mane-vî bir zarar verecek nitelik kazanmasını önlemek maksadile konul-muştur. «Müvekkilin ortağı durumunda avukat» (Mayer, M. Ame-rikan hukukcusu, ufuk. 1971, m. 34, s. 45) Avukatın bağımsızlığı kavramına aykırı düşer.

Fransada 1274, 1453, 1510, 1570 ve 1667 emirnameleri ücrete ilişkin hü-kümler koydu. Dayandıkları gerekçe şöylece açıklıyordu : «Bir avukat bü-tün ömrünü kanunları incelemekle geçirecek, başkalarının işi ile uğraşacak ve ücret almayacak! Bu doğal değildir» (Garçon, s. 185). Avukatlık bazı kim-selerin boş zamanlarının uğraşısı olamazdı.

Ücret'in «hak» olarak anlaşılması ve bunun kabul ettirilmesi mesleği-mizin tarihçesinde kolay olmamıştır.

1885 tarihinde yayınladığı Meslek Kuralları hakkındaki yapıtında Gres-san şunları yazmıştı : «Avukat, dâvanın, ne başında, ne sonunda müvekki-linden hiç bir şey isteyemez. Vekâlet ücreti rakkam ve istek olarak ihtiyarı ve kendiliğinden olmalıdır» (Garçon'dan naklen, s. 187).

«Azami ücret tarifesi» sisteminin kabulünde şöyle bir fayda vardır : Avukatın istediği ücretin fahiş olmadığı, miktar bakımın-

dan meşru olduğu inancı mesleğe huzur getirir. Müvekkilin işin değerini takdir edememesi mümkündür. Diğer taraftan «pahalı adalet»den kaçınmak gerekiyorsa buna etkili olan bütün unsurları tanzim etmek gereklidir.

Kanunumuzda âzami ücretin hiç sınırı olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira «avukatlık ücreti, avukatın vekâlet hizmetine karşılık olan meblâğı ifade eder» (A.K. 163). O halde hizmetle orantılı olmayan, mübalağalı ücretlerin meşruluğunu, avukatlık ücretinin iş sahibi ile avukat arasında serbestce kararlaştırılacağı» kuralı ile savunmak mümkün değildir.

Vekâlet ücreti «nakit» olarak kararlaştırılır. «Çek» nakden ödeme sayılır. Başka memleketlerde Devlet tahvili ile ödemeye rastlanmıştır. Genellikle aynı ödeme her memlekette red olunmaktadır. Kanunumuzun 164. maddesinden de bu anlam çıkmaktadır.

Bu konuda, ücrete mukabil emre yazılı senet alınıp alınmama-çağında tereddüt edilmiştir. Fransa'da 1810 tarihli bir kanun bu şekilde ticarî senet almayı yasaklamıştı. Fakat 1920 yılında yapılan değişiklik sırasında bu konudan bahsolunmadı. Halen Fransa'da bu konu Baronun teamülüne göre yasak olmakta devam etmektedir. Aynı şekilde hâmiline yazılı senet, alacağın temliki, rehin, ipotek gibi uygulamalara da yer verilmemektedir (bk. Payen-Duveau, n. 471).

«Ücret için bono alınması kanunen yasaklanmamıştır» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 27.3.1976, 8/30).

Fransız yazarları ise vekâlet ücretinin kararlaştırılması, tahsili şekli üzerinde durmaktadırlar, ticarî senet alınmasını, dâvanın sonucuna göre ücreti meslek vakarına uygun görmemektedirler (Moliérac, s. 102).

Hasılı davaya katılma şeklinde ücret anlaşması «avukatı taraflardan biri imiş gibi hareket etmek durumuna düşürecektir. Bu durumun, avukatlık mesleğinin amacı ile bağdaşamayacağı açıktır» (Anayasa mahkemesi : 7.3.1963, 286/53).

«Avukatlık ücreti, avukat ile iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılır» (A.K. (163). Buna mukabil «asgarî ücret» den aşağı inilmesi yasaklanmıştır (A.K. 163/3). Eğer avukatlık «serbest meslek ise (A.K. 1) bu yasak izahsız görülebilir. Eğer yasak haklı görülürse «âzami ücret»i aşmamak yasağının da kanunla getirilebile-

ceğini kabul etmek gerekecektir. İsviçre Federal Mahkemesi bunun yapılmasına avukatlığın serbest meslek olmasının engel sayılamayacağına karar vermiştir (Chaoulmontet, s. 113). Avukatlık hizmetinin tekelleştirilmiş olmasının karşılığında böyle bir sınırlamanın meşru olduğu ileri sürülmektedir.

Fransa'da 31 aralık 1957 tarihli bir kanun avukatların vekâlet ücreti ile ilgili dâvaları özel bir usule bağlamıştır. Bu kanuna göre evvelâ bir uzlaşma safhasından geçmek gereklidir. Bu safhada, avukatın bağlı olduğu Baronun Başkanı uzlaştıracıdır. Uzlaşma olmadığı takdirde yetkili mahkeme, avukatın bağlı olduğu Baronun bulunduğu mahal Hukuk Mahkemesidir.

Vekâlet ücreti dâvasının avukat veya müvekkil tarafından açılması durumu değiştirmez. Her iki halde de Baro Başkanına müracaat edilecek, uzlaşma istenecektir. Baro Başkanı tarafları uzlaştırmaya çalışacaktır. Fransa'da bu uzlaştırma yolu nedeni ile pek az vekâlet ücreti dâvası mahkemeye kadar gitmektedir. Mahkemeye intikal eden dâvaların ihtilâfların yalnız üçte biri olduğu bildirilmektedir (bk. Payen-Duveyan, n. 469). Uzlaştırma safhasından geçmeden mahkemeye başvurulamaz. Eğer Baro Başkanı uzlaştırmayı başaramaz ise mülâhazalarını yazılı olarak tesbit eder. Bu mülâhazalarla birlikte dosya mahkemeye intikal edecektir. Uzlaştırma teşebbüsünden itibaren 15 gün içinde iş mahkemeye intikal ettirilecektir.

Serî yargılama usulü uygulanır. Tetkikat aleni celsede değil, evrak üzerinde. Bu suretle avukatın ehliyeti, çalışması gibi hususların alenen tartışılması önlenmiş, meslek vakarı zedelenmemiş olur. Mahkeme, Baro Başkanının mülâhazasına ve tarafların ibraz ettiği evraka göre karar verir. Eğer bu evrak kendisini tatmin etmezse her türlü soruşturma tedbirini hâkim resen almağa yetkilidir. Baro Yönetim Kurulu da gerekirse gerekçeli olarak görüşünü hâkime açıklayabilir.

Hâkim dosyayı inceledikten ve tarafları dinledikten ve ayrıca savcılığın da mütalâasını aldıktan sonra kararını verir. Yalnız karar aleni celsede bildirilir.

Vod Kantonu meslek kuralları (m. 27) : «Ücret görevin gerektireceği zaman, işin güçlüğü, ihtilâflı meblağın önemi, elde edilen neticeye ve avukatın tecrübesine göre tesbit edilir. İhtilâf halinde hâkim, Barolar hakkındaki kanuna göre, ücreti uygun hale getirir». Vod Kantonu, Barolar Kanununa (1944) göre (m. 37), ihtilâf halinde hâkim vekâlet ücretini haddilayıkına indirir. Bu müracaat taahhütlü mektupla yapılır. Hâkimin kararına on gün içinde kanton mahkemesinde itiraz olunabilir. Hâkim veya mahkeme tarafından istenen her belgeyi avukat vermeğe mecburdur. Mahkemenin kararı kesindir.

2) Sosyal ekonomi açısından avukatlık ücreti :

Ücretin niteliği : Avukatlık Kanunu (163) ücreti «vekâlet ücreti» olarak değil, «avukatlık ücreti» olarak isimlendirir ve şöylece

tanımlar : «Avukatlık ücreti, avukatın vekâlet hizmetine karşıl olan meblâğı ifade eder». Bu hukukî açıdan bir tanımlamadır.

«Sosyal ekonomi» açısından avukatlık ücretini açıklamak a rı bir konudur. «Çağımızda ücret yalnız ekonomik yönü üzerin durulan bir olay değildir. Ücretin bu yönü yanında, sosyal bir y nünün de bulunduğu kesin olarak kabul edilmiş bulunmaktadı (Talas, Cahit, Sosyal Ekonomi, II, 1972, Ankara s. 3).

«Avukatlık ücret»i herhangi bir «malın değeri» gibi ölçüleme Bu ücreti «tüm avukatlık mesleğine ilişkin vakıalar»dan ve o av katın kişiliğinden ayırmak da mümkün değildir.

Avukatlık ücretini, maddî anlamda herhangi bir şeyin kar lığı da sayamayız. Örneğin, masum olduğu dâva sonunda anlaşıl bir sanığa avukatın yaptığı hizmetin maddî karşılığını bulma mümkün olmamaktadır. Ölüm cezasını önleyebilmiş bir avukat ücretini insan hayatının maddî değeri ile mi ölçeceğiz.

a) *Genel anlamda ücret* : Genel anlamda ücret ile avukatlı ücreti arasında yapısal fark vardır : İş veren, işçinin ücretini «se maye»sinden öder. Fakat bu ücret «mal»a dönüşecek, tüketicide alınacak, diğer bir deyimle ödenen, «kâr» ile birlikte, iş verene gelecektir. «Ücret işçi bakımından bir gelir, iş veren bakımında bir maliyet unsurudur» (Talas) bu iki nitelikten hiç birini, özelli le «maliyet unsuru»nu ve hattâ kesin hesaplayabilecek bir «amc tisman karşılığı»nı avukatlık ücretinde görmek mümkün değildir.

Bir işveren, kurduğu işyerinde başkasını çalıştırırsa, diğer b deyimle bir kimse başkasının işinde çalışırsa «ücret» ödenir. Av katın bu anlamda bir işyerinde çalıştığı düşünülemez. Usul Ka nunlarımıza göre yargılama, «kollektif yargılama»dır. Avukatlarla beraber adalet mensuplarının ortak emeği ile bir sonuç elde edilir. Bu sonuç «müvekkil» için dolayısıyla bir «faide» dir. Asıl sonuç, adalette toplanır.

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

b) *Düşük ücret - mübalâğalı ücret* : Düşük ücretin sebep sayıldığı, genel anlamda işsizlikten «aydın işsizliği»ne ve bunun için-

de yer alan «avukat işsizliği»ne kadar uzanan olayların sosyal ekonomideki değerlendirilmeleri kuşkularını, 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, verimi azaltır, ekonomik gelişim hızı da düşer, «işçilik mesleğine rağbeti azaltır» (Talas, s. 7). Mübalâğalı ücret ise maliyeti artırır, tüketimi azaltır. O halde «avukatlık ücret»inin düşük veya mübalâğalı olmasının bazı etkileri bulunabilecektir. Bu etkilerin adalet üzerinde toplanması konunun önemini daha fazla somutlaştırır.

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

Mübalâğalı ücret, «adli müzaharet»e olan ihtiyacı arttıracak, adli 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.

Fransada, büyük ihtilâlden sonra, 1810 tarihli bir emirname, her yazılı mütalâanın altına alınan ücretin yazılmasını emrediyordu. Fakat bu mecburiyet 1822 emirnamesi ile kaldırıldı.

c) *Ücretin değişkenliği*: Yılda 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 çekmemesi. Bununla beraber ücret arttırılması açısından «serbest meslekler»in, diğerlerinden daha fazla olanaklı oldukları da bir gerçektir.

ç) *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.

d) *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» serbestçe kararlaştırılan ücretin mübalâğalı olup olmadığını kestirmekte etkisiz değildir. Eğer asgarî ücret maliyete makul bir kârın ilâvesi ile elde edilen rakkam ise mübalâğalı ücret «fahiş kâr» gibi gözükebilir.

e) *Teşvik edici ücret* : Daha fazla çalışmaya «teşvik edici ücretler» avukatlık ücretinin niteliği ile bağdaşamaz. Daha fazla çalışan işçiye, verimi arttırdığı için ek olarak ödenen prim ve benzerleri avukatlık ücretinin bünyesinde yabancı unsurlardır. Sonuca göre ücret avukatın çekişmenin dışında kalmak görevini de zederler. Bunun sonucu avukatın bağımsızlığına da zarar verir.

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

f) *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.

«Davanın kaybı halinde karşı taraf için takdir edilecek ücreti vekâletin ve giderlerin ödenmesini taahhüt bir başka anlamda dava sonucunu taahhüt niteliğindedir. Bu hal dava açmaya davet edilen kişileri yanıltmaya ve bazı ahvalde olumsuz davaların açılmasına sebebiyet verme niteliğinde olup dava sonucunu taahhüt

esasen yasaca yasaklanmış bulunduğundan kanuna aykırıdır» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 30.4.1976, 47/33).

Vod Kantonu meslek kuralları (M. 28) : «Müdaabihin bir kısmının, vekâlet ücreti olarak avukata ait olacağı (= pactum de quota litis) veya dâvanın aleyhe sonuçlanması halinde ücretin tamamının veya bir kısmının alınmayacağı hakkındaki anlaşmalar yasaktır».

g) *Ücretin serbest takdiri* : Müvekkil ile vekil arasında ücretin «serbestçe kararlaştırılması» olanaklara bağlıdır. Avukatlar arasında pek farklı ücretler, bir süre sonra «avukatlar arası ücret dengesi»nin kurulması ile sonuçlanır. Arızî ve mübalâğalı ücret olayları normal değildir.

h) *Ücretsiz dava kuralı* : Ücretsiz dava alınmaması ve tarifenin altında dava kabul edilmemesidir. Ücretsiz dava alınması A.K. nun 163. maddesi muvacehesinde istisnai bir hüküm vazedilmiş ve 163. maddede 168. maddenin son fıkra hükmü saklıdır denilmiştir. 168. maddenin son fıkrası hükmü ise «ücretsiz dava alınması halinde keyfiyet Baro Yönetim Kuruluna bildirilir» şeklindedir. görüldüğü gibi bu hüküm istisnai bir hükümdür. Bu bildirim müddete tâbi tutulmamıştır. Ancak davanın ücretsiz takibedileceği davanın kabul edildiği anda bildirilir. Konu vakit kaybetmeksizin nedenleri ile Baroya bildirilmeli ve kanun hükmü yerine getirilmelidir. «Ücretsiz alındığı bildirilen davaların niteliği ve adedi asıl sorunu teşkil etmektedir. Şikâyetli Avukatın ücretsiz aldığı iddia ettiği davaların sahiplerinin yakınlığı hakkında bir savunma olmadığı gibi nitelikleri hakkında da bir iddia ve savunma ileri sürülmemiştir. Sonuç olarak haklı ve gerektirici sebepler izah olunmamıştır. Bu hal bir yerde 163. maddeye aykırı, ücretsiz dava alma haline dönüşmektedir. İstisna hükmünün şumulü bu derece genişletilemez» (TBB. Disiplin kurulu kararı, 19-6.1976, 37/40).

TBB. Disiplin kurulu içtihadında olumlu bir değişme olmuştur. Kurulun son kararı (5.3.1977, 60/10) şöyledir :

«Avukatlar yasanın öngördüğü koşullarla ücretsiz dava alabilirler. Özellikle bir avukat bağlı bulunduğu siyasi parti veya felsefi fikri taraftarlarının savunmalarına, yakın dost ve akrabalarının davalarına ücret almadan bakabilir. Hatta insancıl duygularla yardım etmeyi amaçladığı kimselerin davalarını da ücret beklemeden takip edebilir. Ancak bunun meslek düzenini ihlâl etmemesi, reklâm, iş celbi ve haksız rekabet yasağını, fırsat eşitliğini ve doğruluk il-

kesini ortadan kaldırmaması gerekir. Bu nedenle Barolar Avukatların ücretsiz dava almaları halinde yapacakları bildirimleri mesleğin düzeni ve o düzeni oluşturan yasal yasaklamalar açısından inceleme ve işlerin ücretsiz alınmasındaki gerçek nedenleri araştırıp bunların yasanın 34 ve 134. maddelerine uygunluğunu saptama yetkisine sahiptir. Bu Yasadaki bildirim zorunluğunun doğal sonucudur.

Diğer taraftan uygulamada disiplin Kurulları görev ve nitelikleri bakımından ceza mahkemeleri durumunda bulunmadıklarından ve genellikle meslek düzeninin kurulması onur ve itibarının korunması amacıyla görev yaparlar. Bu bakımdan verecekleri kararlar Kanunsuz suç ve ceza olmak kuralının ayrıcalığını teşkil edebilirler. Zira Disiplin Kurullarınca incelenen suç ve uygulanan cezalar Yasalar dışında tüzük, yönetmelik, meslek kuralları ve meslek geleneklerinden kaynaklanırlar. Bu bakımdan genel anlamda suç olmayan fiiller hakkında avukatlık onur ve itibarını korumak, mesleğin adalet amaç ve gereklerine ve mesleki düzen, gelenek ve adetlerine aykırı bir durum var ise ve bunların korunması gerekiyorsa disiplin kovuşturması yapılabilir ve kanıtları varsa disiplin cezaları verilebilir. Avukatlık Yasasının 158/2. maddesi bunu amirdir.

Diğer taraftan her avukatın ücretsiz kabul ettiği davaların özelikleri ve kabul nedenleri ayrıdır. Bu nedenle birinin diğerine emsal olma niteliği olmadığı gibi bir soruşturma sonunda soruşturma konusu olayın özelliğine göre olumlu oy kullanan üyenin bir diğer soruşturmada olayın özelliği açısından aykırı oy kullanmasında Yasaya aykırı bir cihet yoktur.

1135 sayılı Avukatlık Yasası 1969 yılında, 961 Anayasasından sonra kabul edilmiş ve hakkında açılan iptal davaları nedeniyle muhtelif yönleri Anayasa Mahkemesinin incelemesinden geçmiş ve Anayasa'ya aykırı bulunmayan şekliyle yürürlükte kalmıştır. Bu bakımdan yukarıda açıklanan ilkelerin Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere aykırı bulunmadığı kuşkusuzdur. Şikâyetli Avukatın itiraz ve savunmalarında bu noktalara değinen görüşleri kabul edilmiştir.

Şikâyet konusu olayda şikâyetli avukat bir yıl içinde 34 davayı ücretsiz kabul etmiştir. Bunların siyasi ve felsefi düşüncelerine uygun arkadaşlarına, yakın dost ve akrabalarına ait olanları dı-

şında 18 tanesi sırf insanlık duygusuyla alınmıştır. Şikâyetli avukatın bu yöndeki açıklamaları Baro Disiplin kurulunca inandırıcı bulunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu kararının gerekçesinde ifade olunan (mücerret tahkik olanaksızlıkları) (dosya münderecatında bulunmayan fakat sicil dosyası malumatına dayandırılan şikâyetli avukat hakkındaki hakimlik görevi sırasındaki tutum ve davranışları ile bu kerre insancıl amaçla seri halinde ücretsiz davalar izlemesinin de kabili telif görülmemiştir) kanaati ve (kuşku) ceza tayin ve uygulaması için yeterli değildir.

Ücretsiz alınan davaların iş celbi, reklâm amacı veya salt ün kazanmak ve kendine iş sağlamak amacına yönelik olup olmadığı, iş sahiplerinin yardıma muhtaç bulunup bulunmadıkları sıhriyetin ilişkisi ile davaların nitelikleri bakımından şikâyetli avukatın sa vunmalarının sıhhat derecesi tahkik edilerek Avukatlık Yasasının 34 ve 134. maddelerine aykırı davranışlarının bulunup bulunmadığı, delilleri toplanarak değerlendirilmesinden sonra bir karar verilmesi gerekirken bu cihetler nazara alınmadan şikâyetli avukatın Kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi hatalı olmuştur».

i) *Ücretin evvelden saptanması*: Ücret dâvanın başında kararlaştırılmalıdır. «Müvekkilin artık başka avukata başvurmak olanağını yitirdiği bir zamanda ücreti saptamak da bir baskı, dolayısıyla meslekî kusurdur) (Garçon, s. 191).

j) *Avukatın malî sorumluluğunu karşılama*: Bu açıdan yasallarımız yeterli değildir. «Avukatlık sigortası», «teminat» müesseselerine ihtiyaç vardır. Aşağıdaki örnek bir fikir verebilir.

Fransa'da Avukatlık Kanunu (1971) ve buna ilişkin emirnameler (1972), bazı yenilikler getirmiştir. Bunlar «Hukuki Sorumluluk Sigortası», «Äciz Hali Sigortası» ve «Teminat» olarak isimlendirilebilir:

1) Hukuki Sorumluluk Sigortası: Yeni Fransız Avukatlık Kanununun 27. maddesine göre her avukat mesleğin icrasında ihmâl veya kusurundan dolayı hukuki sorumluluğa karşı sigortalanmaya mecburdur. Bu sigorta Baro veya avukatlar tarafından gurup halinde veya ferden tahakkuk ettirilir.

25 ağustos 1972 tarihli emirnamenin birinci maddesine göre hukuki mesuliyetin malî sonuçlarını kapsayacak olan bu sigorta, bir sigorta şirketi ile anlaşma suretiyle yapılır. Sigorta her avukat için beşyüzbin franktan aşağı olamaz. Baro yönetim kurulu, Baroya kabulde, sigortanın mevcut olup olmadığını, kanunî şart olarak arar. Kanunun 77 inci maddesine göre avukat yalnız kendisinin değil, yardımcılarının da ihmal ve kusurundan sorumludur.

2) Âciz Hali Sigortası : Fransız Kanununun 27/2. maddesine göre her Baro, bir sigorta şirketi ile yapacağı anlaşma ile kendisine mensup avukatların iade ile mükellef oldukları müvekkillerine ait para veya sair kıymetlerin iadesini teminat altına alır. Bu sigorta avukatın mesleğini icra dolayısıyla aldığı kıymetleri kapsar.

Sigorta, avukatın âciz haline düşmesinde, ödemeyi yapacaktır. Alacağın muayyen ve muaccel olması gereklidir. Sigorta şirketi bakımından avukatın âciz hali, netice vermemiş olan ödeme veya iade ihtarını takip eden bir ay sonunda tahakkuk etmiş sayılır. İhtar, vakit geçirmeksizin Baro Başkanına duyurulur.

Hiç bir avukat mensup olduğu Baronun anlaştığı sigorta şirketinin teahhüt ettiği miktarı aşan değerde para veya kıymetleri kabul edemez.

3) Teminat : Fransız Kanununa göre her avukat teminat vermeğe mecburdur. Bu teminat, Kefalet Sandıkları, Bankalar veya kefalete mezun malî müesseseler tarafından verilir. Teminat, avukatın mesleğin icrası dolayısıyla aldığı ve iadeye mecbur olduğu para vesair kıymetleri kapsayan, yukarda işaret edilen âciz hali sigortasının karşılığıdır. Teminat mektubunda umumi şartlardan gayri, kefalet edilen miktar, faiz ve masraf oranı, mevcut ise mukabil teminat (kontrgaranti) gösterilir. Kefalet avukatın, evvelki on iki ay içinde iade ile mükellef olduğu meblağ veya değer azami miktarı kadar olacaktır. Eğer bir seneden az bir zamanda avukatlık bahis konusu ise avukatın, yazılı bir «şeref sözü»nde gösterdiği miktar esas tutulur.

Her yıl kefalet gözden geçirilir, gerektiğinde sene içinde değişiklik mümkündür. Baro Başkanı, ilgili her şahsa, istekleri halinde, avukatın teminat miktarını ve teminatı veren müessesenin ismini bildirir.

Verilecek kefalet mektupları şekil ve muhtevası Maliye, Adalet ve Ekonomi Bakanlıklarının müştereken hazırladıkları örneğe uygun olarak tanzim edilir. Bu mektup örneği, Fransız Resmi Gazetesinin 29 Ağustos 1972 tarihli sayısında yayımlanmıştır.

Kefalet eden müessese, kendisine yapılan tediye taleplerini derhal Baro Başkanına bildirir. Eğer kefalet, her hangi bir sebeple sona ermiş ise durum Baro Başkanına ve avukatın müvekkillerine ait para vesaireyi yatırdığı bankaya duyurulur. Baro Başkanı da avukatın evraklarına göre bu para veya kıymetleri vermiş olanlara veya ilerde kendilerine verilmesi gerekenlere bildirir. Her avukat, muhasebe evrakını, talebi halinde Baro Başkanına ibraza mcburdur.

j) *Haksız ücret* : Parlamento üyelerinin köy tüzel kişiliklerine karşı dava açamayacakları konusunda 1136 sayılı Yasanın 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kural, buyurucu bir kuraldır ve iş yapılarak bitirilmiş olsa dahi ücrete hak kazandırmaz; verilen ücretin geri alınması gerekir. Müvekkil başka bir köy olsa dahi sonuç değişmez» (4. CD. 23.10.1975, 6397/10966) (A.K. 12/2).

Müvekkilin maddî imkânına göre avukatlık ücretinin tâyini mübalâğalı ücret haline gelirse izahsız kalır. Zira avukatlık ücreti serbestçe kararlaştırılırsa da bu hizmetin «karşılık»ıdır.

V. AVUKATLARIN BAROLARLA VE

TBB İLE İLİŞKİLERİ

48 — Baro Başkanlığı, Baro Yönetim ve Disiplin kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, Yönetim Kurulu üyeliği, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığı ve üyeliği görevleri bir kişide birleşemez.

Sayılan görevler genel kurul üyeliği ile birleşebilir. Kuralda sayılanlar ile bazı görevlerin birleşmemesine sebep yönetim ve disiplin kurullarının itiraz mercii olmasındadır.

VI. YÜRÜRLÜK, UYGULAMA ALANI

49 — Yukarıdaki meslek kurallarının sürekli gelişimini sağlamak üzere Barolar, Türkiye Barolar Birliği Genel Kuruluna gündeme ilişkin hükümlere uyma şartı ile yeni teklifler getirebilir.

Meslek kuralları geliştirmeye muhtaç konuları kapsar. Yeni öneriler genel kurulda kabul edilebilir.

50 — Yukarıda yazılı meslek kuralları Türkiye Barolar Birliğinin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş ve Türkiye Barolar Birliği Bülteninde yayımı tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bern kuralları yürürlük hükmü: «Bu kurallar Bern Avukatlar Birliğinin 22 Ekim 1930 tarihinde olağanüstü toplantısında kabul edilmiş ve 1 Ocak 1939 tarihinde yürürlüğe girmiştir»; Madrid Barosu kuralları (9): «Madrid Barosuna kayıtlı avukatlar kendilerini bu kurallara bağlı sayarlar».

«Meslek kuralları»nı saptamak TBB. nin görevine girer (A. K. 110/16). Bunlara uyulması zorunludur. (A. K. 110/16). Avukat bunlara uymağa yeminlidir (A. K. 9/5).

Not: Meslek Kuralları 26 Ocak 1971 tarih ve 5 sayılı TBB'inde yayılanmıştır.