

# Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği

Hasan Tahsin Gökcan\*

## I. BİR MESLEK OLARAK AVUKATLIKLIĞIN HUKUK SİSTEMİNDE İZLEDİĞİ SEYİR

Hak arama özgürlüğünün fiilen gerçekleşmesi, avukatlık mesleğinin varlığıyla olanaklıdır. Avukatlık, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün yansıması ve bu hakkın kullanılmasının güvencesini oluşturan bir meslektir.<sup>1</sup>

Tarihsel gelişiminde fonksiyonları itibarıyla avukatlık, taraflara ve mahkemelere yardımcı olan bir meslek olarak kabul edilmekteydi. Gerçekten de, karmaşık hukuk sistemleri içerisinde bireylerin kendi bilgi ve çabalarıyla adaletin tecelli etmesini temin etmeleri pek güçtür. Avukatlar bir yandan hakkını arayan veya savunma yapan müvekkillerini hukuk bilgileriyle temsil ederek onlara yardımcı olmaktadır. Diğer taraftan da müvekkillerinin iddia veya savunmalarını hukukun yöntemine uygun forma sokmak suretiyle yargı mercilerine sunarak<sup>2</sup>, yargının doğru karara

kısa zamanda ulaşmasına katkı sağlamaktadırlar.<sup>3</sup> Nihayet son yüzyılda İnsan Hakları Hukukundaki gelişmelerin Ceza Muhakemesi Hukukuna yansıması sonucunda, avukatlık mesleğinin bir müvekkil – vekil ilişkisinden ayrıca müdafilik kurumuyla ‘savunma organı’ niteliğine bürünmesi de yargı içerisindeki en önemli yeri teşkil etmesinin nedenlerinden birini oluşturmuştur.<sup>4</sup> Böylece son yarım yüzyıl içerisinde avukatlık mesleğinin hak arama özgürlüğünün tamamlayıcı bir parçası ve savunma hakkının olmazsa olmaz ögesi niteliğine bürünerek yargı karşısında bu hakları temsil eden bir ‘organ’ mahiyetini kazandığını ve hatta aşağıda belirtileceği üzere salt ‘kamu hizmeti’ yürütüyor olmaktan öte, kanun koyucu tarafından ‘yargı görevi yapan’ bir meslek olarak kabul edildiğini görmekteyiz.

Avukatlık mesleğine verilen önemi 5237 sayılı Türk

1 **Gökcan**, H.Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usulü, Hukuki Sorumluluk, 2.Bası, Seçkin Yy. Ankara 2009, s. 51.

2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kerojarvi kararında, davacının avukatı olmaması nedeniyle mahkemenin daha özenli davranması gereğine değinirken, avukatı olmayan davacının dosyadaki bilgilerden haberdar olabileceğine ilişkin hakkını bilmeyebileceğini belirtmiş ve dosyaya getirilen bazı resmi belgeleri görme imkanının sağlanması gerektiğine değinilirken, yargılamanın; “davacının yargılamaya tam olarak katılmasını sağlayacak biçimde yapılmadığı” ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu kararda AIHM, avukatla temsilin, aslında iddia ve savunmada bulunanın yargılamaya tam olarak katılımını sağlayan bir yol olduğuna da işaret etmiş olmaktadır; **İnceoğlu**, Sibel, AIHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 319.

Diğer yandan avukatlar arasında da uzmanlaşmadan, deneyimden söz edilebilmektedir. Nitekim AHİM’ce verilen bir kararda (Goddi/İtalya), “ancak deneyimli bir avukatın böyle bir davayı üstlenip gereken hazırlıkları yapması durumunda

adil yargılanma koşulları gerçekleşmiş olacağından..” denilerek, bu görüşe yer verilmiştir; **Diñç**, Günay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı, T.Barolar Birliği D. Ankara 2004, S.54,s. 174.

3 Avukatın yargının hızlandırılması bakımından rolü ile ilgili olarak bakınız; **Sungurtekin**, Meral, Ö., Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü, Yargı Reformu 2000, İzmir Barosu, s. 137 – 151; **Uyar**, Talih, Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hakim, Taraf ve Avukatların Rolü, Yargı Reformu 2000, İzmir Barosu, s. 152-169; **Görgün**, Şanal, Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Hakim, Taraf ve Avukatların Rolü, Yargı Reformu 2000, İzmir Barosu, s. 1170-178.

4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesinde, avukat tutma imkanı olmayanlara müdafî hakkı sağlanmasının adil yargılanma hakkı içerisinde olduğu kabul edilmiştir. AIHM de uygulamasında, devletin etkili temsili sağlayıp sağlamadığı konusunda müdafînin ihmali gözetme ve tedbir alma yükümlülüğü kabul edilmiştir; **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 318. Ayrıca bkz.; **Tansel**, Cevdet, Ç., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3 Kapsamında Savunma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.2007/5, s. 2093-2117; **Yerli**, Fahrettin, Kemal, Kutsal Bir Hak : Savunma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, C.78, S. 2004/3, s. 869-906.

\* Yargıtay Tetkik Hakimi

Ceza Kanununda yeniden ele alan kanun koyucu, bu kanun sisteminde avukatı bir taraftan ‘kamu görevlisi’ olarak düzenlemiş iken, diğer yandan da avukatın hakim-savcı gibi ‘yargı görevi yapan’ kimse olduğunu kabul etmiştir (TCK m.6/1-d). Gerçekten, Türk Ceza Kanununda getirilmiş bulunan bu düzenlemeler, yargı fonksiyonu içerisinde avukatın yer ve rolünün yalnızca doktriner açıklamalar ve varsayımlardan ibaret kalmadığını göstermiş, avukatlık mesleğinin yeri ve işlevini kesin ve net biçimde ortaya koymuştur. Son düzenlemeler, yargı bağımsızlığı kavramının yalnızca hakim ve C. savcılarını için kullanılan bir kavram olmayıp, avukatlar yönünden de geçerli olduğunu gözler önüne sermiştir. Başka deyişle bu düzenlemeler, ‘avukatlık bağımsızlığının’ yargı bağımsızlığı kavramı içerisinde düşünülmesi gerektiğini net bir biçimde ortaya çıkarmıştır.<sup>5</sup>

Avukatlık mesleğinin kanunlarda öngörülen biçimde, yargı bağımsızlığı ilkesine uygun olarak faaliyet gösterilebilmesi için, avukatların çeşitli açılardan bağımsızlıklarının sağlanması gerekir.<sup>6</sup> İlk olarak avukatlık, yasama ve yürütmeye karşı bağımsız olmalı,

- 5 Belirtmek gerekir ki, avukatlık mesleğinin bağımsızlık özelliği çeşitli uluslar arası toplantı ve belgelere de konu olmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin 2000/21 sayılı Tavsiye Kararında şunlar açıklanmıştır; “Avukatların mesleklerini icra ederken bağımsızlıklarını garanti eden ve bu bağlamda hiçbir uygunsuz kısıtlama, tesir, ikna, baskı, tehdit veya müdahalenin olmadığı, doğrudan veya dolaylı, herhangi bir kesime veya nedene dayanmaksızın adil bir hukuk yönetimi sisteminin gerekliliğinin bilincinde; ...olunması tavsiye edilir.” Yine Tavsiye kararında, Prensipten ( I ) başlığı altında 4 numaralı prensip olarak; “Avukatlar mesleki standartlarına uygun davrandıkları takdirde herhangi bir ceza veya baskıyla tehdit edilmemelidir.” İlkesine yer verilmiştir; **Sert-Çelik**, Çiğdem, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Bakanlar Komitesinin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı, T.Barolar Birliği D. Ankara 2004, S.54,s.335. Uluslar arası Barolar Birliğinin 1990 yılında belirlediği meslek kurallarının 6. maddesinde; “Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlarına uygun olarak müvekkillerinin yasal işlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi veya kurumun baskı ve yasalarına maruz kalmayacaktır.”; **Gürseler**, Güneş, Baroların Bağımsızlığı, T.Barolar Birliği D. Ankara 2004, S.54, s. 305.
- 6 Avukatlık mesleğinin devlet memuriyetine tabi bir meslek olup olamayacağı konusu, yürürlükten kaldırılan 3499 sayılı Avukatlık Yasası Taslağıyla ilgili olarak Mart 1938 tarihli Hükümet Gerekçesinde tartışılmış ve bu yöntemin çeşitli ülkelerde uygulanarak başarısızlıkla sonuçlandığına işaret edilmiştir; **İlhan**, Cengiz, 3499’Dan 1136’Ya, T.Barolar Birliği D. Ankara 2004, S.54, s. 259.

bu organların tesirine karşı korunmalıdır.<sup>7</sup> Diğer taraftan avukatlık mesleğinin, işlevine katkıda bulunduğu yargı organına karşı da korunması gerekir.<sup>8</sup> Son olarak, mesleğin toplumsal baskılara karşı korunması da, bağımsızlığının sağlanması adına önemlidir.

Belirtilen nitelikleri ve bağımsızlık özelliği bakımından, avukatların görev sırasında veya görevden doğan suçlardan dolayı işledikleri suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının özel bir yargılama usulüne tabi tutulması gerekmiştir. Bu özel usulün bir ‘dokunulmazlık’ sağlanması gerekir. Ancak burada sözünü ettiğimiz dokunulmazlık, yargı mercileri ile resmi merciler önünde iddia ve savunmada bulunana tanınan ve hukuka uygunluk nedeni teşkil eden ‘savunma dokunulmazlığı’ değildir. Yargıçlık dokunulmazlığına benzer biçimde, avukatlık dokunulmazlığından söz edilmelidir. Nitekim benzer gerekçelerle yargının temel süjelerini oluşturan hakim ve C. savcılarının soruşturma ve kovuşturma yöntemleri 2802 sayılı Kanun ile özel bir düzenlemeye tabi kılınmıştır. Avukatlık kanunundaki özel soruşturma ve kovuşturma yöntemi, avukatları bir taraftan görev aldıkları uyuşmazlıkların taraflarıyla olan sorunlardan dolayı haksız ve yersiz suçlamalara karşı korumakta iken, diğer yandan da sürekli birlikte çalıştıkları adli makam ve merciler ile aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklar nedeniyle uğrayabilecekleri haksız muamelelerden korunmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Belki soruşturma ve kovuşturma izninin yargı mercileri yerine, Adalet Bakanlığına verilmesinin dayanaklarından birisi de budur. Sonuç olarak, avukatların görev suçlarının özel soruşturma ve kovuşturmaya tabi tutulmalarının, yasal nitelikleri bakımından gerekli ve yararlı olduğu belirtilmelidir. Bu özel usulün kimi yazarlarca ‘avukatlık dokunulmazlığı’ olarak adlandırılması da bu anlamda yerinde sayılmalıdır.<sup>9</sup>

## II. 765 SAYILI YASA DÖNEMİ

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanu-

- 7 **Gökcan**, H.Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usulü, Hukuki Sorumluluk, 2.Bası, Seçkin Yy. Ankara 2009, s. 649.
- 8 **Şenol**, Talay, Bağımsız Avukatlık, T.Barolar Birliği D. Ankara 2004, S.54, s. 271 vd.; **Güner**, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s. 62 vd.
- 9 **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. B. s. 97.

nunun 279. maddesinde tanımlanan ‘memur’ kavramı uygulamada dar olarak yorumlanmış ve yalnızca kamu görevini yürütenler, başka deyişle devletin üstün güç ve yetkisini temsil eden, devlet adına hukuksal tasarruflarda bulunma yetkisi bulunan kişiler (kamu idarelerinin yönetim kadrolarında bulunanlar) ile bu işlerinde onlara yardımcı olan görevliler (idare memuru, daktilo memuru gibi) ‘memur’ sayılmış, bunlar dışındaki görevliler (hizmetli, kaloriferci, aşçı, marangoz vb.), kamu hizmetini yerine getirenler olarak kabul edilmişti. Bu yasal tanım karşısında avukatlık mesleği bir kamu hizmeti olarak kabul edilmekte, ancak kamu görevi sayılmadığı için avukatlar da kural olarak TCK uygulamasında ‘memur’ sayılmamaktaydı. Fakat, avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olarak yürütülüyor olması, mesleki disipline tabi oluşu, yargı fonksiyonunun yardımcısı olması gibi nitelikleri dolayısıyla kanun koyucu, özel bir düzenlemeyle avukatların işledikleri suçlar ve kendilerine karşı işlenen suçlarda ‘memur gibi’ kabul edilmelerini gerekli görmüş, 1136 sayılı Kanuna bu yönde düzenleme yapmıştı.

1136 sayılı Yasanın 62. maddesinde, avukatlık sıfatı ile veya Barolar Birliği veya baroların organlarındaki görevleri dolayısıyla avukatların görevlerini ihmal veya kötüye kullanmaları halinde TCK 230 ve 240. maddeleri ile cezalandırılacakları kabul edilmişti.

Avukatlara karşı işlenen suçlar bakımından da 1136 sayılı Yasasında ayrı bir hüküm yer almaktadır. Avukatlık Yasasının (Av. Y.) 57. maddesi uyarınca, avukatların görevleri sırasında ya da görevlerinden dolayı kendilerine karşı işlenen suçlarda “hakimlere karşı işlenen suçlara ilişkin hükümler” uygulanır. Hakimler Ceza Yasası uygulamasında (765 s.TCY. 279) memur olarak kabul edildiklerinden, avukatlar da bu suçlarda memur olarak kabul edileceklerdir. Bu hükmün sonucu olarak örneğin, avukata görev nedeniyle ya da görev sırasında sövme suçu 765 sayılı TCY’nin 266/3. maddesindeki suçu, avukatı yaralama suçu da TCY. 271. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Bu maddelerdeki suçlar, memur olmayanlara karşı işlenen suçlara (TCY. 482, 456) göre daha ağır ceza içermektedir.

57. maddede avukatlara karşı işlenen suçlarda “avukatlar memur sayılır” ifadesi yerine “hakimlere karşı işlenen suçlar” ifadesinin yer almasının önemi şudur:

765 sayılı Ceza Yasasında memurlara karşı işlenen bazı suçlarda memurların Devlet organları içerisindeki fonksiyonları ve Devleti temsil dereceleri göz önüne alınarak bir derecelendirme yapılmıştır. Örneğin 266. maddesinde memura karşı işlenen suçlar 1. bent uyarınca 2 ay hapis cezasını gerektirdiği halde, 2. bentte düzenlenen subay veya polis komiseri vb. görevlilere karşı işlenirse bu ceza 3 aydan ve 3. bentteki milletvekilleri, hakim ve savcılar vb. kimselere karşı işlenirse 6 aydan başlamaktadır. Aynı derecelendirme, TCY. 271. maddesinde de bulunmaktadır.

Avukatlık Kanununun 57. maddesi yalnızca görev nedeniyle ve görev sırasındaki suçları kapsamaktadır. Kişisel suçlarda, avukatlık sıfatı memur sayılmayı gerektirmediğinden, avukatlara karşı kişisel nedenlerle işlenen suçlar, memur olmayanlara karşı işlenen suçlar gibi değerlendirilecektir.

### III. 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİNDE AVUKATLIK

#### A. Avukatların Kamu Görevlisi Tanımına Girip Girmedikleri Sorunu

5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisinin, *kamusal faaliyetin yürütülmesine usulünce katılan kişi* olduğu belirtilmiştir. Kamusal faaliyetin <sup>10</sup>yürütülmesine katılma ise, *kamu hukuku usulüne uygun* olmalıdır.<sup>11</sup> Kanundaki bu tanımın avukatları da kapsayıp kapsamadığı konusu tartışılmalıdır. Bu tanım gereği avukatların yargısal nitelikteki kamusal faaliyete iştirak ettiği söylenebilir ise de, bu iştirakin her zaman kamu hukuku usulünce gerçekleşmediği açıktır. Gerçekten de, tanıklar, bilirkişiler gibi mahkeme tarafından yapılan görevlendirmeler dolayısıyla gerçekleşen iştirak ilişkisi kamu hukuku ilişkisi olduğundan, önceden beri tanık ve bilirkişilere ‘memur/kamu görevlisi’ sayılmaktaydı. Bu bakımdan, yargı merciinin istemiyle görevlendirilen müdafî ve vekil avukatların da benzeri bir şekilde kamusal faaliyete katıldıklarının ve kamu görevlisi sayılacaklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Buna karşın, veka-

10 Kamusal faaliyet kavramı ve kamu görevlisi tanımıyla Yargıtay uygulaması için bkz; **Gökcan, H.Tahsin/Artuç**, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.B. Ankara 2008, s. 30 vd.

11 Kamusal faaliyetin yürütülmesine iştirak ögesiyle ilgili olarak bkz; **Gökcan, H.Tahsin/Artuç**, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.B. Ankara 2008, s. 43 vd.

let sözleşmesi kapsamında vekil veya müdafî olarak görev yapan avukatların kamusal faaliyete iştiraklerinin kamu hukuku çerçevesinde olduğunu kabul etmek güçtür. Kanaatimizce vekalet sözleşmesi kapsamında görev yapan avukatların TCK 6/1-c maddesindeki tanımdan yola çıkılarak kamu görevlisi sayılması mümkün görülmemektedir. Ancak, yeni TCK hükümlerinde bu konuyla ilgili başka düzenlemeler de bulunmaktadır.

Avukatların kamu görevlisi sayılmasını gerektiren diğer bir yasal gerekçe de Kanunun 6/1-d maddesindeki *yargı görevi yapan* kavramıyla ilgilidir. Avukatların yargı görevi yapan kişiler arasında sayılması da, yargısal faaliyeti nedeniyle avukatların kamu görevlisi sayılması gerektiği düşüncesini pekiştirmiştir. Başka bir anlatımla, aslında yargı fonksiyonunu yerine getiren ve Anayasada çerçevesi ve yetkileri belirlenen yargı organları, kamusal faaliyet yürüten Devlet organları içerisinde yer almaktadır. Şu halde, yargı alanındaki kamusal faaliyetin yürütülmesine ‘yargı görevi yapan’ olarak iştirak eden avukatların da, bu görev ve fonksiyonları nedeniyle TCK tarafından ‘kamu görevlisi’ olarak kabul edildiklerinde bir kuşku yoktur.

Türk Ceza Kanununda yer alan diğer bir hüküm, yargısal faaliyete katılma ölçütü aranmaksızın avukatların kamu görevlisi sayıldığını kabul etmeyi gerektirmektedir:

TCK 94/2-b maddesinde, işkence suçunun nitelikli hali düzenlenirken; “*avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla ... işlenmesi halinde ... cezaya hükmolunur*” denilmiştir. Anılan maddedeki “avukata veya diğer kamu görevlisine” ifadesiyle, avukatın kamu görevlisi olarak kabul edildiği açıktır. TCK 94. maddeye göre, **avukatlar ‘görevi dolayısıyla’ kamu görevlisi sayılmıştır.** Yine bu hükümde, avukatın hangi görevi dolayısıyla kamu görevlisi sayıldığına işaret edilmemiştir. Başka deyişle avukatların yargısal faaliyete ilişkin görevleriyle diğer görevleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Şu halde **1136 sayılı Yasa kapsamında avukatın görevi sayılan hususlar ile diğer yasalarda avukat sıfatıyla yüklenen görevler, ‘avukatın görevi’ olarak kabul edilmelidir.**

Avukatın görevinin neleri kapsadığı 1136 sayılı Kanunda sayılmaktadır. 1136 sayılı Kanunun 35. maddesi

sinin ilk ve ikinci fıkralarında avukatların yapabilecekleri işler gösterilmiştir. Bu bakımdan, avukatların gerek adli iş ve davaların takibiyle ilgili 35/1. maddedeki görevleri ve gerekse 35/2. maddesindeki (genel vekalet görevi; özel veya kamu kurum ve kuruluşlarında iş takibi, danışmanlık vb.) görevleri nedeniyle kamu görevlisi sayılmaları gerekmektedir.

Diğer taraftan, Kanunun ilgili maddeleri uyarınca avukatların baro organlarında görev almaları söz konusudur. Bu bakımdan, Avukatlık Kanununda belirtilen görevler içerisinde yer alması nedeniyle, **baroların veya Barolar Birliğinin organlarında görev alan avukatlar, bu görevleri nedeniyle de kamu görevlisi sayılmalıdırlar.**

5237 sayılı TCK’nın avukatlar hakkındaki bu kabulünün birtakım hukuki sonuçları da doğmaktadır.

765 sayılı TCK döneminde avukatlar, anılan yasanın 279/I. maddesindeki tanım uyarınca ‘memur’ kabul edilmemişler, ancak 1136 sayılı Yasanın 62. maddesindeki düzenlemeler ile TCK’daki kimi özel hükümler dolayısıyla bir kısım suçlarda ‘kamusal hizmet’ yürüttükleri gözetilerek ‘memur gibi’ cezalandırılmışlardır. Yine aynı düzenlemeler uyarınca da ‘memur gibi’ sayılarak, avukatlara karşı işlenen suçlar ‘hakimlere karşı işlenmiş’ kabul edilmek suretiyle uygulama yapılmıştır.<sup>12</sup>

Buna karşın, 5237 sayılı TCK ile avukatların görevleri dolayısıyla ‘kamu görevlisi’ olarak kabul edilmeleleri sonucunda, artık özel kanunlardaki düzenlemelere ihtiyaç kalmaksızın, avukatların TCK gereği ‘kamu görevlisi kabul edilmesi gerekmiştir. Bu kabulün sonucu olarak, TCK’da yer alan, ‘kamu görevlisi’ sıfatını fail veya mağdur yönünden düzenleyen tüm hükümler avukatlar için de uygulanır duruma gelmiştir. Belirtelim ki, bu düzenlemeler bir taraftan avukatla-

12 765 sayılı TCK bakımından şu değerlendirmeler yapılmaktaydı: Avukatların görevleri sırasında veya görevleri nedeniyle işledikleri suçlarla ilgili düzenleme Avukatlık Yasasının 62. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, avukatlara yasalarla verilen görevler dolayısıyla işlenebilen görevi (ihmal) savsama (TCY 230) ya da görevde yetkiyi kötüye kullanma (TCY 240) suçları bakımından avukatlık sıfatı “memur” olarak kabul edilmiş, bu suçlar dışında ise memur olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle, avukatların görevleri nedeniyle de olsa işledikleri diğer suçlarda, memurluk sıfatına ilişkin cezayı artırıcı hüküm olan TCY’nin 251. maddesi uygulanamayacaktır.

rın yargı fonksiyonu içerisindeki ve toplum gözündeki yerini güçlendirmiş iken, TCK'nın kamu görevini öngören ve bu nedenle daha ağır yaptırımlar içeren hükümleriyle muhatap kalmalarını sonuçlamıştır.

5237 sayılı TCK gereği avukatlar kamu görevlisi sayıldıklarından, yine görevleri dolayısıyla kendilerine karşı işlenen suçlarda da kamu görevlisi kabul edilmişlerdir. Bu nedenle 765 sayılı TCK dönemindeki uygulama artık değişmiştir. Fakat belirtelim ki, kendilerine karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmaları için de, suçun görevleri nedeniyle işlenmesi gerekir.

Kişisel suçlarda, avukatlık sıfatı memur sayılmayı gerektirmediğinden, avukatlara karşı kişisel nedenlerle işlenen suçlar, memur olmayanlara karşı işlenen suçlar gibi değerlendirilecektir.

### **B. Avukatların; Ceza Kanununda Düzenlenen, Kamu Görevlilerince İşlenilebilen Suçların Faili Olup Olamayacakları Sorunu**

765 sayılı TCK uygulamasında avukatların kamu görevi değil, kamu hizmeti yürüttükleri kabul edilmişti. Bu nedenle avukatların Ceza Kanununda memur faillerce işlenebilen suçların faili olamayacakları kabul edilmekteydi. Ancak avukatların yaptıkları kamu hizmetinin gereğine aykırı davranışlarının yaptırıma bağlanması da bir zorunluluktur. Bu nedenle 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 62. maddesinde görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarını avukatların da işleyebilecekleri kabul edildi. Ayrıca TCK'nın 294, 296 ve 504/8. maddesindeki özel görevi kötüye kullanma eylemleri niteliğindeki kimi suçların da avukatlarca işlenebileceği yolunda düzenlemeler yapılmıştı.<sup>13</sup> Bu nedenle bir avukatın görevi nedeniyle zimmet, rüşvet gibi suçları işleyemeyecekleri kabul edilmekte ve örneğin avukatın müvekkiline ait parayı tasarruf etmesi fiili zimmet suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktaydı.<sup>14</sup>

Buna karşın, daha önce açıklandığı üzere 5237 sayılı TCK sisteminde avukatların yargısal nitelikteki

görevleri dolayısıyla 'yargı görevi yapan' olarak ve 'kamu görevlisi' biçiminde tanımlanıp kabul edilmeleri sonucunda, artık farklı bir yorumun yapılması gerekebilecektir. Yeni yorumdan kastımız, başlıktaki soruya olumlu cevap verilirken verilmeyeceği konusuyla ilgilidir. Ancak bu konudaki yeni yorumun önünde, Avukatlık Yasasının 62. maddesinin bir engel teşkil edip etmediği sorununun öncelikle çözülmesi gerekmektedir. Çünkü anılan 62. maddede avukatların cezai sorumluluğu kural olarak görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarıyla sınırlı tutulmuştu. Bu nedenle eski dönemde avukatlar görev suçlarından yalnızca TCK'da avukatlara özgü olarak düzenlenen suçlar (294, 295, 504/8, 510) ile, memur suçlarından yalnızca 230 ve 240. maddeler ile cezalandırılmaktaydı. Dolayısıyla bu dönemde kanun koyucunun, avukatların görevlerini yerine getirmeme veya kötüye kullanma fiillerinin özel görev suçlarıyla (zimmet, rüşvet gibi) değil, genel kötüye kullanma ve ihmal suçlarıyla cezalandırılabilmesini kabul ettiği düşünülmekteydi.

Diğer taraftan 1136 sayılı yasanın 62. maddesinde 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile maddenin temel yapısı aynı tutulmuş, yalnızca eski 230 ve 240 yerine 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesine atıf yapılmıştır.

1136 sayılı Yasanın 62. maddesinin niteliğine de değinmek gerekir. Bu madde her ne kadar yaptırım içermese de, belirli türdeki eylemlerin hangi suçları oluşturacağı düzenlenerek, yaptırım içeren maddelere gönderme yapılmaktadır. Bu nedenle 62. maddenin 'maddi hukuk' normu olduğu düşünülmelidir. Ancak 5728 sayılı Kanunla değişik 62. maddenin kapsamı; tüm özel ve genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçlarını değil, yalnızca genel nitelikli olan 257. maddedeki suçları içermektedir.<sup>15</sup> Bu nedenle, 62. madde, avukatların kamu görevlisi sayıldığı hallerde, özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçlarından (zimmet, rüşvet vb.) cezalandırılmalarına engel teşkil etmemektedir. Başka deyişle avukatın kamu görevlisi sayıldığı durumlarda TCK'nın kamu görevlisiyle ilgili ceza hükmü doğrudan uygulanabilmekte, bu uygulama

13 Belirtelim ki, 765 sayılı TCK'nın 294 ve 295. maddelerindeki suçlar genel görevi kötüye kullanma suçu içerisinde mütalaa edilmiş ve 5237 sayılı TCK'da bu maddelere karşılık gelen özel bir düzenleme yapılmamıştır.

14 **Bakıcı**, Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, TCK 155-169, Ankara 2008, s. 25

15 **Gökcan**, H.Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usulü, Hukuki Sorumluluk, 2.Bası, Seçkin Yy. Ankara 2009, s. 44.

maya 62. madde bir engel oluşturmamaktadır.<sup>16</sup>

5237 sayılı TCK sisteminde avukatlar, görevleri dolayısıyla hem ‘yargı görevi yapan’, hem de ‘kamu görevlisi’ sayılmışlardır. Bu tanımlar gereğince, yargı görevi yapanların ve kamu görevlisinin fail olarak öngörüldüğü suç tiplerinin avukatlar hakkında da geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla artık avukatlar yalnızca görevi kötüye kullanma (icrai ve ihmali davranışla görevi kötüye kullanma) suçundan değil, zimmet, rüşvet vb. diğer suçlardan da cezalandırılabilirlerdir. Diğer bir anlatımla, 5237 sayılı TCY’nin yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihi ve sonrasındaki dönemde, avukatın görev gereğine aykırı fiili nedeniyle ‘kamu görevlisi’ olarak cezalandırılabilmesi için, 1136 sayılı Kanunun 62. maddesinde belirtilen türde bir hükmün düzenlenmesine ihtiyaç kalmamıştır.

Şu halde avukatlar da, kamu görevlisi sayılmalarını gerektiren görevleri dolayısıyla diğer kamu görevlileri gibi kural olarak Türk Ceza Kanununda düzenlenen ve faili kamu görevlisi olan tüm suçlarla isnat edilebilecekler ve cezalandırılabilirlerdir. Şüphesiz ki *avukatların Barolar Birliği organlarıyla baroların organlarındaki görevlerinden dolayı* da kamu görevlisi sayıldıklarının ve aynı sonucun onlar için de geçerli bulunduğu belirtilmesi gerekir.

### C. 5237 Sayılı TCK Uygulamasında Avukata Karşı İşlenen Suçlar

1136 sayılı Kanunun 57. maddesi gereği, görevi sırasında veya görevi nedeniyle avukata karşı suç işleyen fail, bu fiilini hakime karşı işlemiş gibi cezalandırılmalıdır. Ancak bunun için, ilgili suç tipinde mağdurun hakim veya kamu görevlisi olduğunun unsur veya ağırlatıcı neden olarak öngörülmüş olması gerekmektedir. Ancak, 5237 sayılı TCK hükümlerinde artık bir suçun mağdurunun hakim olması özel olarak düzenlenmemiş fakat, yapılan kamu görevi nedeniyle suçun işlenmesi öngörülmüştür.

Örneğin, hakaret suçu TCK’nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 3-a fıkra ve bendine göre, hakaret suçunun kamu görevlisine görevinden dolayı işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılmaktadır. Ancak

16 Dolaylı olarak aynı görüş için bkz; **Bakıcı**, Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, TCK 155-169, Ankara 2008, s. 25

belirtelim ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, fiilin görevden dolayı işlenmesi zorunludur. Bu nedenle, avukatın görevi sırasında ve fakat göreviyle ilgili olmayan bir nedenle hakaret edilmesi durumunda 125/3-a maddesi uygulanamayacak, görevinden dolayı hakaret varsa bu madde uygulanabilecektir.

*“Haciz sırasında) alacaklı vekili avukata ve icra memuruna aynı sözlerle sövme eyleminin 5237 sayılı TCY’nin 125/1,3-a, 125/4, 43/2. madde ve fıkralarına girdiği gözetilmeden, mağdur sayısınca hüküm kurulması yasaya aykırı görüldüğünden hükmün bozulmasına karar verildi.”*<sup>17</sup>

Benzer bir durum yaralama suçuyla ilgili 86. madde bakımından da söz konusudur. 86/3-c maddesi uyarınca, yaralamanın yerine getirilen bir kamu görevi nedeniyle işlenmesi durumunda, fiilin niteliğine göre 1. veya 2. fıkra gereği hükmedilen ceza, 3. fıkra uyarınca artırılır. Ancak, fiilin görevin yapılmasından doğmayıp, salt görev sırasında işlenmesi durumunda bu ağırlatıcı neden uygulanamayacaktır.

TCK’nın 265/2. maddesinde, görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevini yapanlara karşı işlenmesi düzenlenmiştir. Bu suç bakımından yaptırım, aynı maddenin ilk fıkrasına göre eylemin cezası 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası iken, ikinci fıkrada suçun cezası 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Avukatın yargısal nitelikteki bir görevini yaptığı sırada kendisine karşı bu suç işlenecek olursa, fail hakkında 265/2. madde uygulanmalıdır.<sup>18</sup>

*“Mağdur avukatın yürütmüş olduğu haciz işlemi sırasında haczi engellemek isteyen sanık tarafından darp edilerek gerçekleştirilen eylemin, görevliye direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kasten yaralama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”*<sup>19</sup>

17 4.CD. 11.2.2008, 8458/1349.

18 **Gökcan**, H.Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usulü, Hukuki Sorumluluk, 2.Bası, Seçkin Yy. Ankara 2009, s. 333.

19 Y.4.CD. 22.1.2008, 7779/527.