

Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir

Av. Atilâ Sav*

Giriş

Avukatlık mesleği, Cumhuriyetin hukuk devriminin oluşturduğu bir kurumsallaşmadır. Hukuk devriminin ilk adımlarının atıldığı 1924- yılında "Şer'iye Mahkemelerinin Kaldırılması ve Mahkemelerin Birleştirilmesi Kanunu" nun yürürlüğe girdiği 8 Nisan tarihinden hemen önce 460 sayılı "Mahamat Kanunu" da yürürlüğe girmişti. (Daha sonra 6 Aralık 1926 tarihli 708 sayılı Kanunla "mahami" terimi "avukat" oldu. Mahamat da "avukatlık".)¹ Böylece meslek hem işlevi, hem de adı bakımından Batı'daki savunma mesleğine koşutlanmış oldu.

Başındanberi, savunma mesleği yargı içindeki gerçek işlevini yapacak etkinliğe erişmek için aşama aşama gelişti. Bu gelişmenin ikinci aşaması 1939 tarihli 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Bu yasayla baroların örgütlenmesi ayrıntılı biçimde düzenlendi. Yasa'nın 22. maddesi mesleği şöyle tanımlıyordu: "Avukatlık amme hizmeti mahiyetinde bir meslektir."

Aynı madde, mesleğin üç işlevini şöyle belirliyordu

- Hukuk bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis,
- Tarafların hukuki münasebetlerinden doğan ihtilafların hakka uygun olarak halline tavassut,
- Umumiyetle mahkemelerle, diğer resmi mercilerde kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmek.

* Avukat, Ankara Barosu önceki başkanlarından

1 Osmanlı Devleti'nde savunma değil ama vekillik vardı. Dava vekilliği mesleği Adliye Vekalentine verilecek bir ruhsata dayanılarak yapılabilirdi. (1876) Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname uyarınca Dersaadet (İstanbul) ve bazı vilayetlerde Dava Vekilleri Cemiyeti kurulmuştur. Ancak mesleğin icrası için yazılınması zorunlu meslek kuruluşu olan baro, 1924 yılında çıkarılan 460 sayılı Mahamat Kanunu ile kurulmuştur. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Av. Ali Haydar Özkent- Avukatın Kitabı, sy. 50. İstanbul 1940. Savunma Mesleğinin Gelişimi. Cit 1. Sy. 3 ve son. TBB Yayını 5. 1972; Av. Semih Güner. Avukatlık Hukuku sy. 35 v. son. Ankara Barosu Yayını 2003. Ankara. Mahamat Kanunu, 3 Nisan 1340 (1924) Düstur 3.Tertip.5. cilt.sy. 388, Değiştiren Kanun 6 Aralık 1926 t.708 sayılı.

Bu işlevleri şöyle de tanımlayabiliriz.

- Savunma,
- Vekillik
- Danışmanlık,

Avukatlık mesleğinin gelişiminde üçüncü aşama 19 Mart 1969 tarihli 1136 sayılı Avukatlık Yasası'dır.

Yasa'nın 1. maddesi "Avukatlığın mahiyeti" başlığını taşımakta olup, "avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir" demektir. "Avukatlığın amacı" başlıklı 2. madde ise mesleğin üç işlevini düzenlemektedir.

Mesleğimizin temel işlevini belirlemek bakımından dördüncü aşamayı 2.5.2001 tarihli 4667 sayılı Yasa oluşturmaktadır. Yasa'nın 1. maddesine eklenen ikinci fıkra şöyledir: "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder."

Böylece mesleğin bağımsızlığı belirlenirken yargının üç temel ögesinden biri olduğu da belirtilmektedir. "Sav-savunma-hüküm"den oluşan yargılama diyalektiğinin eşit değerdeki üç ögesi arasındaki yerimiz de açıklığa kavuşmuş olmaktadır.

Çok bilinen böylesi bir giriş yapmamın nedeni son zamanlarda mesleğimizle ilgili kimi tartışmalara katılmak ve ışık tutmak isteğidir.

Savunma bağımsızdır.

Bu bağımsızlık, hukuk devletinin, evrensel temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Bu aşamada —nedense- yeniden gündeme gelen iki karşıt görüşü tartışmak gerekiyor.

- a) Avukatlık kamu hizmeti sayılamaz; bir serbest meslektir,
- b) Avukatlık kamu hizmeti değil, bir kamu görevidir.

Birinci görüşü gündeme getiren son çıkışlardan biri Avukat Şamil Demir'in Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanan "Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler" başlıklı yazısı oldu.²

İkinci görüşü Avukat Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları 13 Mayıs 2003 günlü Ankara Adliye Sarayı Konferans Salonunda Baromuzca düzenlenen "Savunma Günleri Paneli'nde savunmuştu.³

Birbirine karşıt; ve yasanın nitelemesine aykırı bu iki görüşün yandaşı yalnızca

2 Av.Şamil Demir, Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler. Ankara Barosu Dergisi Yıl. 67, sayı. 3. sayfa 61-70. Yazı. 2009 (Aynı görüş Prof.Dr. Lütfü Duran.)

3 Av.Prof.Dr. Zeki Hafizoğulları. Savunma Günleri Paneli Konuşması 13 Mayıs 2003. Ankara Adliye Sarayı Konferans Salonu. Direr konuşmacılar: Av.Atilâ Sav,Av.Hakkı Süha Okay,Yıldırım Aycan. (Aynı görüş N.Kunter-F.Yenisey)

bu iki değerli hukukçu değil elbette. Her iki görüş de epeyce hukukçunun da düşüncelerine uygun. Yalnızca ikisini anmamın nedeni konuyu iki aykırı doğrultuda savunan görüşleri tartışmaya açmak isteği.

Avukatlık Kamu Hizmeti Sayılamaz Görüşü

"Avukatlık kamu hizmeti sayılamaz, çünkü bir serbest meslektir." İş sahibi ile avukat arasındaki ilişki bir hizmet (vekalet) ilişkisidir. "Kamu hizmeti sunan devlet, bunu yaparken "kamu gücü" de kullanır. Avukatın böyle bir gücü olmadığı gibi, avukatlık ücretinin meslek kuruluşunca belirlenmesi de avukatlığın kamu hizmeti olduğu yolundaki zorlama görüşü geçersiz kılmaktadır. Giderek kamu hizmeti yakıştırması avukatlık mesleğinin önündeki düşünsel engeli oluşturmaktadır. Kısacası avukat çalışırken "serbest meslek" yargılanırken kamu hizmeti icra eder! Kamu hizmeti sayılan avukatlık aslında kamu hizmeti değil, bağımsız, serbest meslektir."⁴ (Buradaki (!) işaretini ben eklemedim. Yazarındır. Ünlem kimi yerde şaşma, küçümseme, güvensizlik ve alay için de kullanılır. Her bakımdan bu yazıdaki ünlemlerin yerinde olmadığını belirtmek isterim) Bu incelemede mesleğin hem ulusal, hem de ulusüstü düzeyde hukukun evrimi içindeki gelişimi ve yönelimi tartışılıyor, Bunun için mesleğin iki uygulama biçimi (yargısal işlev ve danışmanlık) konusundaki görüşler tartışmaya açılıyor.. Bu yaklaşımın mesleğe duyulan saygının ve mesleğin geleceği için beslenen umutların belirtisi olduğundan tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Danışmanlık açısından bakıldığında yasal kuruluşlar kadar, yasadışı örgütlerin danışmanlığını da avukatlar yapmaktadır. (Mario Puzo'nun Baba romanında ve romandan çevrilen filmdeki "Consigliere" de hukuk danışmanı ve avukattır. Aileden olmadığı halde ailenin en önemli kişisi gibidir)

Avukatlık Kamu Görevidir Görüşü

Sayın Hafizoğulları'nın savunduğu bu görüş, savunmanın önemini ve değerini saptama açısından yüceltici nitelikte; ama doğru mu?

Bu görüşün benimsendiği kimi bütüncül (totalitaire) düzenlerde uygulanan buna benzer bir anlayış, savunmanın bağımsızlığını zedelemiştir. Güdümlü yargının en önemli unsuru güdümlü savunmadır.

Büyük Sosyalist Devrimi'nden sonra Sovyetler Birliği'nde avukatlık kamu otoritesine bağlı bir hizmet gibi yürütülmüştür.⁵ Bunun sakıncalarını gidermek amacıyla yapılan düzeltmeler de yeterli olmamıştır. Kamu otoritesine bağlanan savunma görevlileri, seçme ve atama yoluyla belirlenince. İş sahibi kendi istediği savunucuyu bulamamış; hatta tümüyle savunmacısız kalmıştır. Atama yoluyla seçilen savunmanların, düzenin hoş göremeyeceği biçimde serbest savunma yapması ise olanaksızlaşmıştır.

4 bkz. Şamil Demir, a.g.y. sy.67

5 bkz. Özkent.a.g.e. sy. 222-250

Savunmayı "kamu görevi" olarak sunan devlet, kamu gücünü kullanmaktadır. Savunmanın da aynı gücün uygulayıcısı durumundadır. Böylesi bir oluşumun, "bağımsızlığa" çok aykırı olduğu tartışılabilir mi? (3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 117. maddesindeki bir hükmü de burada anımsatmak isterim : "Mevzuu irtica olan yahut millî vahdet ve şuurla telifi mümkün olmayan fiillere müteallik davaları deruhde etmeyi itiyad edenler; disiplin takibatına lüzum kalmaksızın baro idare meclisinin talebi üzerine haysiyet divanı kararıyla meslekten çıkarılabilir.")

Anayasa Mahkemesi'ne göre Avukatlık Kamu Hizmeti'dir

1136 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde C. Senatosu'nun 44 üyesinin imzası ile açılan davada Yasa'nın 1, 3, 35, 196. maddeleri ile geçici 1, 2, 3, 4, 5. maddelerinin Anayasanın genel kural ve ilkelerine, özellikle 12,31,41,42,48,58,62 ve 117. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştü.⁶

Kanunun 1. maddesi,yani "avukatlık kamu hizmetidir" hükmüne yapılan itirazın dayanağı Anayasa'nın (1961 Anayasası) 117. maddesidir. Madde "Memurlarla ilgili hükümler" ortak başlığının "genel kural" alt başlıklı hükmüdür. Hüküm şöyle:

"Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür".

'Memurların, nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." (Bu hüküm 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde de aynen yer almıştır. Yalnız, diğer kamu kişilerinden önce "kamu iktisadi teşebbüsleri" ibaresi eklenmek suretiyle alan genişletilmiştir).

Anayasa Mahkemesince, kararın I. fıkrasında "davacının gerekçesi" belirlenirken Yasanın 1. maddesi ile ilgili iddia şöyle özetlenmiştir:

"Madde avukatlığı" "kamu hizmeti" ve "Serbest meslek" olarak nitelemiştir. Kamu hizmetinin aynı zamanda serbest meslek olamayacağı Devletin temel ilkelerindedir. Öte yandan Anayasa'nın 117. maddesi kamu hizmetlerinin memurlar eliyle yürütülmesini buyurmaktadır. Memurun kim olduğu ise Özel kanunda belirtilmiştir. Avukatın memur sayılamayacağı açıktır. Hüküm Anayasanın 117. maddesine aykırıdır."

Görülüyor ki, bu sav, tartıştığımız konuya dayanak olan görüşün -birebir- aynıdır,

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin Kanunun 1. maddesi ile ilgili hükmü şöyledir: "1136 sayılı Kanunun 1. maddesi avukatlığı kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlamış,ayrıca avukatın görevini yerine getirmede bağımsız olduğu kuralını koymuştur.

6 Anayasa Mahkemesi Kararı. Esas.1969/33, Ka.1971/7, T. 21.1.1971 -Resmi Gazete 23.3.1971 tarihli 13935 no.)

"Davacı bu hükmün Anayasa'nın kamu hizmetlerinin memurlar eliyle yürütülmesini buyuran 117. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

"Anayasa'nın 117. maddesinin memurlar eliyle görülmesini zorunlu kıldığı işler Devletin ve öteki kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerdir. Kamu hizmetleri kavramının gerek öğretide, gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bilinmektedir. "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; hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde vs genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etme ereğini güden hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına adanmış, görevlerinin yerine getirilmesinde adlî mercilerin ve öteki resmi 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 nitelikte olduğu ortadadır.

"Şu duruma göre 1136 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasanın 117. maddesine aykırı, hatta bu madde ile doğrudan doğruya ilgili bir yönü yoktur. Davanın 1. maddeye yönelen bölümünün reddi gerekir."

Bu gerekçeden sonra kararın V. fıkrası olan "Sonuç"ta 2. bend olarak "19/3/1969 günlü 1136 sayılı Kanunun dava konusu hükümlerinin geriye kalan 1.,3. ve 5. maddelerinin ve geçici 2. maddenin A bendi ve 1238 sayılı Kanunla eklenen fıkralar dışındaki hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve davanın bu hükümlere yönelen bölümünün reddine... oyçokluğuyla ve öteki hükümlerine oybirliğiyle karar verildi" denmektedir.

Yüksek Mahkemenin kararı 1136 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan avukatlığın kamu hizmeti ve serbest meslek niteliklerinin İdare Hukuku ilkeleri ve Anayasa kuralları karşısında çelişir nitelikte olmadığını ortaya koymaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere 1136 sayılı Yasa'nın 1. maddesine 2001 tarihli 4667 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkra bu esasları pekiştirmektedir: "Yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı temsil eden savunma mesleğinin kamu hizmeti sayılması zorunludur. Yargının öbür kurucu unsurları (sav ve hüküm) gibi savunma da bir kamusal işlemdir.

Avukatlığın "kamu hizmeti" ve "yargının kurucu unsuru" olması bir anayasal

düzenlemeyi de gündeme getirmektedir. Türkiye Barolar Birliği' nin ötedenberi savunduğu bu reform projesi, T.B.B.nin ve baroların Anayasanın 135- maddesindeki "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri değil; HSYK gibi "Yargı Erki" başlıklı üçüncü bölümde yer alması önerisidir. Bu öneri giderek daha sağlam dayanaklar kazanıyor. Anayasa'da ve AİHS'de yer alan temel haklardan biri "adil (doğru) yargılanma hakkı"dır. Adil yargılanma hakkının iki temel ögesi de "hak arama özgürlüğü" ve "savunma hakkı"dır. Her ikisi de savunma mesleğini gereksindirmektedir. Savcı ile yargıcın hükmü arasında savunma vardır. Savunma yoksa, adil yargılama da yoktur.

Avukatın İşlevi

Herkes çıkarını "hak" sanır. Bunu yargı belirler. Hukuk açısından bir çıkarın hak olup olmadığını saptamak ve dava halinde yargıcın önüne sunmak avukatın işlevidir. Davayı avukat kurar.

Avukatın işi reddetme hakkı (37 md.) ve kendisine yapılan öneriyi reddetme zorunluğu (33. md) bu işlevin bağımsızlığının gerekleridir. Avukat, hakkı savunurken işini nesnel ilkelere (hukuk kuralları) bağlı olarak yapmaktadır. Davanın mutlaka kazanılması ve en yüksek verimi sağlaması; sanığın mutlaka aklanması gibi sorumlulukları üstlenemez. Bu konuda güvence veremez. Bu konuda görüş belirtirken bunun güvence olmadığını açıklaması zorunludur.(Meslek Kuralları md.34)

İşin serbest meslek boyutuna gelince. Avukatın ücreti, sağladığı hukuki yardımın, meslek emeğinin karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder. (Av.K.164) Batı dillerinde bu ücrete "honoraire" (onurluk, onur ücreti) denmesinin nedeni de bu olmalı.

Avukat, savunduğu davada ortak durumuna düşmemelidir, "Quoto litis" kuralı olarak anılan "çekişmeli hakkı edinmeme" kuralı da bu anlamdadır. Çıkarını bü-yütmek ve kazanca ortak olmak (hırsı) hizmetin bağımsızlık niteliğini zedeler.

Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışındadır. (Meslek Kuralları md.6)

Bu ilkeler ve kurallar, Meslek Kuralları'nın hemen tümünde yer alır.

1136 sayılı Yasa'nın 117. maddesinin 7. bendi "uyulması zorunlu meslek kuralları"nın belirleme yetkisini ve görevini T.B.B.ne vermiştir. Meslek kurallarına belirleyen ve uygulayan ilk meslek kuruluşu barolardır. (Tıp Deontolojisi, bir tüzük olarak Bakanlar Kurulunca belirlenmiştir)

Ocak 1971'de Adana'da toplanan IV. Genel Kurulda kabul olunan "Meslek Kuralları" hazırlanırken üç batılı kaynaktan da yararlanılmıştı. O tarihte Oslo kuralları ile Bern ve Vaud Kantonları'nın meslek kuralları dışında bu tür düzenleme bulunmamıştı. Daha sonralara yaygınlaşan uygulama ile birçok uluslararası nitelikte "meslek kuralları" metinleri yayımlanmıştır.⁷

7 Avukatlık Mevzuatı. Derleyen: Av. Özgür Eralp. A. Barosu Yayını 848 sayfa 2009 Ankara— Avukatlık Mevzuatı Derleyen: Avukat Semih Güner (föy volan)

Bu metinler incelendiğinde de görülmektedir ki, geçen kırk yıllık süre içinde "çağın gerisine düşme" durumu oluşmamıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun Statünün 15. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak öngördüğü "Tavsiye Kararı" (Hatta tavsiye kararları), Birleşmiş Milletler Konferansının 1490 tarihli Havana "Kuralları, Sydney Kuralları, CCBE (Avrupa Birliği Barolar Konseyi.) Meslek Kuralları gibi metinlerde de aynı ilkeler ve esaslar doğrulanmaktadır.⁸

Yargı Bağımsızlığı, Bağımsız Savunmadan Geçer

Bütün demokratik ülkelerde yargı bağımsızdır. TC Anayasası 138. 1924 Anayasası md.8;. 1961 Anayasası md 131,132 v.b.)

Yargının üç ögesinden ikisi (sav ve hüküm) kamu görevi yaptığı için geçimlikleri (aylık ve ödemeler) doğrudan Devletçe sağlanır. (Any.140)

Yargının üçüncü kurucu ögesi olan savunmanın ücreti ise iş sahibince karşılanır. İlkeler Avukatlık Kanununca Onbirinci Kısımda (md.163 v ve son.) saptanmıştır.

Avukatlık ücreti ve yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olanların adil yargılanma hakkından yararlanmaları da, savunma meslek kuruluşunca karşılanmalıdır. Avukatın bu konuda "iş reddetme hakkı". bulunmamaktadır» Kurallar Yasanın onikinci kısmında belirlenmiştir. (md. 176 v.son}) Adli yardım yükümü kamu hizmetinin bir gereğidir.

Ceza yargılaması ilkelerine (Any.36,AİHS 6, CMK.147) göre savunma soruşturma ile başlar. Hazırlık soruşturması başlarken şüpheliye bu hakkını hatırlatmak kolluğun görevidir. Bu halde de savunmanı belirleme görev ve yetkisi baroya verilmiştir. Bu yardımın akçalı kaynağı kamudur. Görevin barolara verilmesiyle savunmanın bağımsızlığı korunmuştur.

Parasal - anamalcı düzenlerde "hak" çıkarın(paranın) arkasında kalabilir. Büyük çıkar odakları (yasal veya yasa dışı odaklar) hem hukuku, hem de yargıyı güdümlenememek isteyebilir. Anamalcı ekonomide hukukun da bu güdüme kapılma olasılığı vardır. Bu halde çıkar, hakkın önüne geçebilir ve yönlendirilebilirse toplumsal ve siyasal denge (hukuk devleti'de) buna göre biçimlenebilir. Bu doğrultuda güç odakları öncelikle savunma ve danışma mesleğini güdümlenemeyi düşünecektir. (A.B.D'de iş sahibi avukat ilişkisi Kara Avrupasından farklı görünüyorsa, bunun payı vardır. A.B.D.'de iş sahibine "client - müşteri" denmesinin bir nedeni olabilir)

Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun Konsey Statüsünün 15. maddesine göre düzenlenen 9 Numaralı Tavsiye Kararında bu gelişmeye yumuşatılmış bir anlamıyla değinilmiştir: "Serbest avukatlık son yıllarda oldukça değişmiştir ve mesleği icra edenler işlerinde daha çok ticari yaklaşımı benimsemek zorunda kalmışlardır.

8 Adı geçen eserler.

Ancak bağımsız bir mesleğe mensupturlar ve mahkemeye ve müvekkillerine karşı sorumluluklarına uymalarını sağlayan kurallara uymalı ve mesleki statülerini korumalıdır. Yüksek kalitede hukuk hizmetlerinin verilmesi ve kişiler arasında ayırım yapılmaması sağlanmalıdır.⁹ Bu taslak gerekçenin kuşattığı kurallar avukatın üstlendiği kamusal nitelikteki görevin değerini belirlemektedir. Herhalde mesleği bir ekonomik işleve dönüştürmemelidir..

Avrupa Birliği Sürecinde Avukatlığın Temel Nitelikleri Değişmeyecektir

Avukatlığın tamamen bağımsız bir meslek olarak yapılandırılması mesleğin temel işlevini değiştirmemektedir:

- Savunma
- Vekillik
- Danışmanlık birbirinden ayrı disiplinler değildir. Danışmanlıkla ilgili çekişmeli ve çekişmesiz işleri kovuşturma yetkisi kemirilmekteyse de "meslek teke- li" kaldırılamaz. Hukukçu (avukat) olmayan kişilere bu yetki tanınmamalıdır. Avrupa Birliği ülkelerinde de farklı bir uygulama yoktur. Bu ülkelerin avukatlık yasaları da, ortak meslek kuralları da tersine bir izlenim vermemektedir. (Almanya Avukatlık Kanunu § 2, İtalyan Avukatlık Kanunu, Fransız Avukatlık Kanunu v.b.)

Hukukun alanı genişlemektedir. Uygarlık, gelişen teknoloji, ulusüstü ve uluslararası ilişkilerin yoğunlaşması ve gelişmesi adalet hizmetinin içeriğini değilse de alanını genişletmektedir. Bu gelişmenin savunma mesleği açısından bir işbölümünü geliştirmesi kaçınılmaz oluyor. Bu da iyi örgütlenmiş büroların ciddi ve doğru-dürüst hizmet üretmesini gerektirmektedir. Ancak bu gelişme avukatlığın temel niteliklerini değiştirmemelidir. Avukatın, kişisel tercihleri ya da işbirliği ve işbölümünün gerci olarak bazı hukuk dallarında deneyim edinmesi, bilgisini bir alanda yoğunlaştırması uzmanlık bölünmesi değildir.(Uzmanlıkta bir alan uzmanı, kendi alanı dışında çalışmamaktadır. Avukat savunma ve hukukî çekişmeleri çözmede uzmandır. İşbölümünü uzmanlıktan ayırd etmek gerek.

Avukatlık Mesleğinin Geleceği

Sayın Şamil Demir, yazısında bu başlık altında, hukuk kurallarına kolay erişilebilirliğin mesleğin yararlılığını tehlikeye düşürdüğüne değiniyor: "Hukuk dilindeki sadeleşme ve internet sonun başlangıcıydı" diyerek bir tehlikeyi işaret ediyor. "Gelişen arama motorları sayesinde artık kanunlara internette ulaşmak kolaylaştı ve bir konuda bilgi edinmek için o kanunun adını ve sayısını bilmenin gerekliliği kalmadı" diyor.¹⁰ Daha sonra da "son on yılda kanunlarımızdaki önemli yenilenmeler ve halen yapılan çalışmalar Arapça-Farsça bozması ağır hukuk dilinin de sonunu

9 Age.

10 Av. Şamil Demir, a.g.y. sy.63

getirmektedir. Türkçeleşme süreci ile birlikte kanunları anlamak "hukuk dili" bilmeyi daha az gerektirmektedir. Bilgiye ve tecrübeye ulaşmanın ücretsizleştigiği "hukuk forumları" sayesinde hukukçular ve vatandaşlar için "hap çözümler" bulmak konusunda daha da rahatlığa eriştiler" diyor. (Bu konuda Sayın Demir'in iyimserliğini ya da karamsarlığını paylaşmak kolay değil. Bazı yasalar var ki, kullandığı sözcüklerin çoğunluğu Türkçe de olsa anlaşılması çok güç. Yasama'nın yasa yapmada başarılı olduğu pek söylenemez. Öyle yasalar çıkarılıyor ki, yasama tekniği açısından sakatlıklarla dolu. Sayfalar süren maddeler; karmaşık ve çetrefil anlatımlarla yüklü, üstelik hukuk devletine ve Anayasaya uygunluğu tartışma konusu. (Milyonları ilgilendiren bir örnek vereyim mi? Vatandaşlık Kanunu değişti. Bu yasayı intenetten indirip de sorununu kendi başına çözeni kutlamak gerek.)

Hukuk kurallarına erişmenin kolaylaşması, hukuk devleti adına olumlu bir gelişmedir. Çünkü,"yasayı bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı ile erişilmesi, anlaşılması güç yasalar karşısında yurttaşlar tehditlerle karşı karşıyadır. Gerçi son değişiklikle bu ilke "ceza yasaları"na hasredildi (TCK md.4) ama yine de ciddi bir sorun. Ne olursa olsun, bu kolaylıklar hukukçunun işlevinin bittiği anlamına gelmez. Tersine hukuk bilgisi ve sanatın gerekliliğini artırır. Ressam da, badanaacı da "boya" kullanır. İkisinin de malzemesi aynıdır. Ama ürünleri aynı mıdır, eşdeğerli midir?

Yasayı okumak, onu anlayabilmek çok çeşitli yaşam gelişmeleri karşısında ve çetrefil anlaşmazlıklarda çözüm üretmek becerisi için yeterli midir? Tersine bilgi ve becerinin gerekliliğini artırmakta değil mi? "Bir yerde kaç hukukçu varsa, o kadar da hukuki görüş vardır" diye bir paradoks vardır. Aynı olaya bakan her hukukçu aynı çözümü mü önerir? Öyleyse kurul halinde çalışan organlarda "karşı oy" yazılarının çokluğu dikkat çekmiyor.

Bilgisayar teknik araç ve gereç olarak büyük kolaylıklar ve gelişmeler sağladı. Sağlamayı sürdürüyor da. Ama yargılama ve hüküm verme işini bütünüyle bilgisayara bırakabilecek miyiz? Bilgisayar veri sağlar,ama hüküm geliştirebilir mi?

Anayasamızda da, demokratik ülkelerin anayasalarında da yargıcın "yasalara, hukuka ve vicdani kanatine göre" hüküm vereceği belirtiliyor. Vicdan "insancıl bir yeti"dir. Bilgisayara bilgi yüklense de vicdan yüklenebilecek mi? Hiç değilse daha bir süre yargıyı tümüyle bilgisayara, bilişime terkedemeyiz gibi geliyor bana. Öyleyse savunma da insancıl ve özgürlükçü işlevini sürdürecektir, hem de onurla ve özenle. Bilimsel ve hukuki veriye kolay erişmek önemli, ama yeterli mi? Çözümü yine insan aklı sağlayacaktır. (Belki Yıldız Savaşları döneminde vicdan ortadan kalkıncaya değin)

Avukatlık Sanattır

Alman Avukatlık Kanunu'nun 2.ş'da "avukatlık serbest bir meslektir; ama zanaat değildir" deniyor. Sayın Demir'in yazısında belirttiği gibi "serbest meslek" GVK'na göre vergi yükümlülüğünü de tanımlayıcı bir deyim. Ama asıl işlevi sa-

vunmanın bağımsızlığını belirtmektir. Serbest meslek olarak icra edilen başka kamu hizmetleri de vardır.(Hekimlik gibi). Hekimlik, de kamu görevi olarak yapılabileceği gibi serbest olarak da yapılabilir (muayenehane hekimliği). Bu tür hekimlerin de kamu hizmeti gördükleri unutulamaz. Hasta hakları, yaşam hakkı gibi temel haklarla ilgili bu işi yapan hekimlerin etik kuralları da (Hipokrat andı gibi) kamusal işlevi belirlemektedir. Avukatlık, özellikle yargı önünde savunma ve hak arama yetkisi bir bakıma "sanat'tır. Batıda avukatlığın tarihinde büyük hatiplerin, yazarların olmasını böylece değerlendirmek doğru olur. Günümüzde de mesleğine saygı duyan, onu en iyi ve etkili biçimde uygulamak isteyen bir avukat önüne gelen her işte sanatsal kaygıları savsamamalı. Uzun veya kısa dilekçe yazmak, istem ve defilerinin amacına erişmesi için "dil"ine özen göstermek, "vücut dilini" başarıyla ve etkili biçimde kullanmak bir beceridir. Bu beceri sanatla açıklanabilir. Duruşmada yargıçla, savcıyla, karşı tarafla ve diğer görevlilerle iletişim kurarken "gösterilen özen ve üslûb. (biçem) bir sanat ölçümlemesi taşımalıdır. Böylesi mesleği de, meslek adamını da yüceltir.

"Gülmesini bilmeyen dükkân açmasın". Eski bir Çin atasözü olduğu söylenir. Sayın Demir de, ara başlık atmış. Doğrudur. Alış-verişte çok geçerli bir ilke. Ama avukatlıkta onun yanısıra meslek vakaları ve bilgi birikimi daha etkili olur. Meslek ustalığına böyle erişilirse savunma mesleği sanata dönüşür.

Asıl Tehlike

Asıl tehlikeye Sayın Demir de yazısında değiniyor. Hukuk öğretimi ve meslek eğitimindeki standartların yetersizliği ve dengesizliği. Asıl kaygı verici olan bu. Ülkemizde yüksek öğretimin niteliğindeki zayıflama iyi yetişmiş hukukçu düzeyini olumsuz etkiliyor. Büyük merkezlerdeki hukuk fakültelerinin öğretim kadrolarının dahi yetersizliğinden yakınıyor. (Bir dönemde lise sayısını artırmak için yapılan çalışmaların düzeyini anlatmak için "bir müdür, bir mühür" deyiimi kullanılırdı. Benzer durumun daha yukarılara tırmanmasını önlemek gerek.)

Benzer sorun staj eğitiminde de söz konusu. Hukuk fakültesi öğretimi bilgiyi, hukuki düşünme yeteneğini kazandırır. Ama meslek eğitimi stajda sağlanmalıdır. Savunma mesleği çok yönlü bir sanattır. Bu yetenek stajda geliştirilir, olgunlaşma, yoluna girer.

Üye sayısı çok olan baroların kurumlaştırmak için çaba harcadıkları staj eğitim merkezleri, üye sayısı sınırlı olan baroların olanakları ile kıyaslanabilir mi? Olanakların farklılığından doğan düzey farklılığı eğitimi de etkileyecektir. Bu sorunun çözümünü daha kapsamlı ve geniş olanakları harekete geçirerek aramak gerek.

Staj eğitimi için bir yıllık sürenin yeterliği çok tartışılıyor, Gelişmiş demokratik ülkelerde -özellikle Avrupa'da- staj süresi genellikle iki yıldan az değil. Daha uzun staj süreleri de var (örneğin Avusturya'da beş yıl). Bu sürenin hemen tümü baroda, avukat yanında. Kısmen de çalışma yardımı biçiminde Mahamat Kanunu'nun ilk

döneminde Mülazemet üç yılmiş. Daha sonra iki yıla indirildi. 3499 sayılı yürürlüğe girdiği dönemde iki yıl olan staj daha sonra bir yıla indirildi. 1135 sayılı Yasa kabulünden başlayarak stajı bir yıl olarak belirlemiştir. Bu stajın altı ayı mahkemeler nezdinde yapılıyor. Bu dönemin genellikle "az verimli" olduğu biliniyor. Çünkü, yargının iş yoğunluğu içinde stajyerle ilgilenen yargıç pek bulunmuyor. Yargıçlar daha çok yargıç stajyerlerine ilgi gösteriyor.

Bu koşullarda stajın tamamının avukat bürosunda yaptırılması daha verimli olacaktır. Ne olsa avukatlıkta usta-çırak ilişkisi de önemli.

Avukatlık Sınavının Gerekliliği

Bütün bu gelişme sürecinin düzey denetimini sağlayacak "avukatlık sınavı"dır. Bu nedenle sınav gereklidir. Bu konuda sayın Demir'in görüşünü paylaşıyorum. Yazısında ayrıntılarıyla belirttiği üzere baronun ve avukatlığın geliştiği bütün ülkelerde staj ciddi bir eğitim sürecinin sonucudur. Bu ciddiliği denetlemenin ve sınavın yolu da sınavdır.¹¹

Avrupa Birliği ülkelerinden Almanya, Avusturya,Çek Cumhuriyeti,Danimarka, Fransa, Hollanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya ve Yunanistan'da sınav yapılmakta ve bu sınavda başarılı olanlar avukatlık hakkını kazanmaktadır. İrlanda gibi bazı ülkelerde ön sınav da yapılmakta; bu sınavda başarılı olanlar staja kabul olunmaktadır. A.B.D.'de hemen bütün eyaletlerde sınav zorunluğu uygulanmaktadır. (Başkan Kennedy'nin oğlunun bu sınavı kazanmadığı için New York'ta avukatlık yapamadığı söylenir)

Avukatlık sınavının yöntemi ayrıca tartışılabilir. Bu sınavın tek merkezde yapılması uygun, ama seçmeli soru biçiminde yapılması yerinde değildir. Seçmeli soru biçiminde bir sınav, avukat adayının olgunluk ve yetişmişliğini belirlemek açısından doğru gözüküyor. Ama bunun çözümü sınavı tümüyle kaldırmak değildir. Olsa olsa daha iyiyi araştırmaktır. Baro ve Barolar Birliği, bir meslek adamına ruhsatname vermekle onun mesleğe hazır olduğunu açıklamakta ve sorumluluk üstlenmektedir. Bu yetişmişliğin kanıtı olacak bir sınav olmadan, bu sorumluluğu meslek kuruluşuna yüklemek ne derece doğrudur? Kaldı ki, bir adaya avukatlık yapma izni verilirken Onun yalnız bilgisine ve meslek birikimine değil,meslek onuru,olgunluğu ve dürüstlüğüne de güvence verilmiş' oluyor.

11 Av. Demir. a.g.y. sy .69,70