

KAMU AVUKATLARININ SORUNLARI

The Problems of the Public Lawyers

Prof. Dr. Emin MEMİŞ*

ÖZET

Ülkemiz mevzuatında Kamu Avukatlarının sorunları vardır. Kamu avukatları, memur ve sözleşmeli personel olarak istihdam edilmektedir. Özlük hakları eşit ise eşit ücret bağlamında çözümlenmiş değildir. Vekalet ücreti sorunu da çok önemlidir. 659 sayılı KHK da sorunları eşitlik bazında çözmemiştir. Mahkeme kararlarında da değişik çözümler gözlenmektedir. Bu anlamda kamu avukatları, ortak bir başlık altında, düzenleme konusu yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Avukatları, Sözleşmeli Personel, Vekâlet Ücreti.

ABSTRACT

There are issues of public lawyers in the legislation of our country. Public Lawyers be employed as a officer and contract employee. Employee personal rights is not resolved in the context of "equal pay for equal". Attorneys' fees problems seriously important subject as well. The legislative degree which is numbered by 659 is not resolve the problems on the basis of equality. Alternative solutions also observed in the Court's decision. In this sense, public lawyers should be reorganization which means collect them under the same heading.

Keywords: Public Lawyers, Contract Employee, Fee of Attorney

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

I- GENEL İDARE ESASLARI BAĞLAMINDA MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, SÖZLEŞMELİ PERSONEL VE KAMU AVUKATI ÜZERİNE

Giriş

“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Tavsiye Kararı”, “AVUKAT” sözcüğü için şu tanımı yapar: “**Mahkeme önünde savunmaya, müvekkileri adına hareket etmeye, yasayı uygulamaya, dava açmaya ya da danışmaya ve müvekkillerini temsile ulusal hukuka uygun olarak yetkili kılınmış ve bu sıfatı taşıyan kişi**”.

Bu tanımlamanın önemi, yargılamada “**silahlarm eşitliği**” ilkesi bazında, yargılama faaliyetinin kurucu unsuru olan SAVUNMANIN (avukatın) ve **savunmanın güvencesi olan yargı bağımsızlığı hakkının** üçayağından birini simgelemesidir.

Bir dönemi kavradığı için önemli olduğunu düşündüğüm ve üzerinde durulmasının yararlı olacağı amacıyla, değerlendirilmesine yer verdiğim 2 Şubat 1929 tarihinde yürürlüğe konulmuş ve nihayet 2012 yılında çıkarılan 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “ilga” edilmiş olan 1389 Sayılı “Devlet Davalarını İntac (=sonuçlandıran) Eden Avukat Vesaireye Dair Kanun”la KAMU AVUKATLARINA parasal özlük haklarını verme, en azından 1961 Anayasanın gerçekleştirdiği çoğunlukçu demokrasi anlayışından çoğulcu demokrasiye geçişin en önemli göstergesi olan **hukuk devleti ilkesi** karşısında sorgulanması gereken (ki, 1389 Sayılı Kanun 2012 yılına dek uygulanmış) bir olaydır.

Mevzuattaki “Devlet davalarını intac (= sonuçlandıran) eden AVUKAT” (1389 Sayılı Kanun Başlığı), “devlet davalarını takip edenlere”, “devlet davalarını takibe yetkili Hazine Avukatları”(3717 S.K. md.1) gibi açıklamalardan bir genelleme yapılabilir: Devleti zarara sokan durumları kaldırmak için devleti ya da kamu kurum veya kuruluşlarını savunmak için savunma refleksini üstlenen Avukatlara, kamuyu savunmalarından ötürü **Kamu Avukatı** unvanını kullanabiliriz.

Özetle devlete ve/veya kamuya karşı yapılabilecek her türlü zararları gidermek için **genel idare esasları bazında savunma ile görevlendirilmiş asli ve sürekli görevler yapan memur ya da diğer kamu görevlilerinden kamuyu savunma işlevine sahip olanlara yönelik olarak Kamu Avukatlığı mesleğini oluşturup kamuyu savunacak olan bu mesleğe kabul olunanlara Kamu Avukatı denebilir.**

Ancak mevzuatta “kamu avukatı” terimi için direkt bir tanım yapılmış değildir. Altı çizilmesi gereken nokta, *kamu avukatının*, tıpkı devleti-kamuyu-toplumunu savunan Cumhuriyet Savcıları gibi benzer bir işlev türü uygulamasıdır. Başka söylemle, dolaylı olarak bireylerin tek başına sahip olduğu kamusal boyutlu haklarının oluşturduğu kamusal boyutunun savunmasını, *kamu avukatı* yapacaktır. Böylece kamu savunmasıyla devlet ve/veya kamunun alacağını tahsil etmesi kamu hizmetleriyle bireylere dönecektir. Kamunun kazanması, kamunun yararını yoğunlaştıracak ve bireylerin dolaylı olarak yararları da toplumsal bağlamda karşılanmış olacaktır.

Gerçekten kamu avukatı, devletin, kamu idareleri ve kurumlarının işlevlerinin hukuka uygunluğunu sağlama işlevi görürken ve kamuyu (devleti) zarara sokacak olaylarda bir koruma misyonu yüklenerek yargıç ve savcıların yüklediği bazı

alanlara koşut görev yaptığı görülecektir. Üstelik yargıç ve savcı gibi eğitim almış olan kamu avukatı, kamu görevi yaparken yapılan işin birbirinden daha değerli olduğu varsayımıyla davranmak da olanaksızdır.

Devlet örgütünün konumlandığı her çalışma alanında devleti kamu avukatı savunmuyor mu? Üstelik devlet adalet paradigmasını yerine getirirken doğacak bir uyuşmazlıkta **“diğer kamu görevlileri”** gibi yine *Kamu Avukatını* göreceğiz.

Devlet kamu çalışanlarının özlük haklarını düzenlemiyor mu? Öyleyse devlet kendini savunan unsurları en azından diğerleri ile birlikte düşünmek zorunda olacaktır. Burada **vurgulanmak istenen çalışanların özlük hakları düzenlenirken** Anayasanın-hukuk devletinin maymuncuk ilkesi **eşitlik** ilkesi bağlamında statüler oluşturulması gereğidir. Usul ve yargılama hukukunda benimsenmiş olan ve ihmal asla kabul olunamayacak kurallardan biri de *tarafların eşit olanaklardan yararlandırılması* anlayışıdır. Bu anlayış, bizi **eşit işe eşit ücret** konseptine, başka deyişle sosyal adalet unsurunu içeren sosyal devlete taşımaktadır.

Kamu avukatları da kuşkusuz özlük hakları bağlamında sosyal devletin önemli unsuru olan sosyal adalet ilkesini, **eşit işe eşit ücret** bazında istemek hakkına sahip olacaktır.

Kısaca Kamu Avukatları Mevzuatı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(md.7), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md.14), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Tavsiye Karar (*Rec(2000)21*), Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları (Strasburg-28.10.1988), Anayasa, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, 657 Sayılı DEVLET MEMURLARI KANUNU(**bundan sonra kısaltılmış DMK kullanılacak**) madde 146; 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK), 2 Şubat 1929 tarih ve 1389 Sayılı **“DEVLET DAVALARINI İntaç Eden Avukat... Hakkında Kanun”** (*Bu kanun 02. 10.2012 tarihinde 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilga edilmiştir*), **Avukatlık Kanunu** (md.164), 3717 Sayılı Kanun (**ADLİ PERSONEL İLE DEVLET DAVALARINI** Takip edenlere yol gideri ve tazminat...Kanunu), 5393 Sayılı Belediye Kanunu(md.82), 1389 Sayılı Kanuna bağlı olarak çıkarılan **“1389 Sayılı Kanuna göre VEKALET ÜCRETİ Tevzi Yönetmeliği”** (Ki: Bu Yönetmelik Adalet Bakanlığının 05/07/2012 tarihli güncellemesine göre yürürlükte gözüküyor) ile **“Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği”** (31.12.2005/RG 26040), **“Sosyal Sigortalar Kurumu Vekalet Ücreti Dağıtım Yönetmeliği”** (5.8.1963 T.) ve **659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuki Hizmetlerin Yürütülmesine İlişkin KHK** ilk planda gözleyebildiğim mevzuattır.

Kamu Avukatlarının Başlıca Özlük Konuları Nelerdir?

Kamu Avukatlarını ilgilendiren ve sorunlu olan başlıca konular, statü, mali ve özlük hakları (Özellikle EK Gösterge-derece alma), görev ve makam tazminatı / yan ödeme ve özel hizmet tazminatı, teftiş ve denetleme, Baro aidatı ve VEKALET ve son değişiklikle çinden çıkılmaz durumu daha da bozan bir sorun olarak görülen **“ücret-i vekalet”** konuları olarak özetlenebilir. Bu konuların sorulu olması, hukuk devletinin önemli bir unsuru olan *“kanun önünde eşitlik”* ilkesinden kay-

naklanmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, “*kanunda eşitlik*” terimini kullanır.

Memur ve Sözleşmeli Personel

a) Anayasal bazda MEMUR nedir? (Doktrin ve Yüksek Mahkeme Analiz Örnekleri)

1982 Anayasasına (md.128) göre: Kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü olan devletin, KİT ler ve diğer kamu tüzelkişilerinde çalışan tüm görevlilerin (“**genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür**”) *memur ve diğer kamu görevlisi* olarak eklememesi, kamu hizmeti yapan kamu görevlileri terimini genişletmiştir. Oysa 1961 Anayasasında ise sadece MEMURLARDAN söz edilir.

Anayasa, gerek **memurlar**, gerekse **diğer kamu görevlileri**(md.128) sözüyle kamu görevlileri tanımına gitmeyerek, **kamu hizmeti görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla saptanacağını** işaretler. Bunun anlamı, kamu görevlileri için genel bir düzenleme yapılarak devletin ekonomik, sosyal, teknik gelişmelerle artan işlevlerini, gereksinimlerini dikkate alarak, kamu hizmeti görevlilerini “MEMUR” kapsamında yansıtmadan kamu görevi yapanların kendi içinde ayrılarak değerlendirilmesini yasamaya bırakmıştır¹¹⁸. Ancak idari rejimde görev alan sözleşmeli personel de tıpkı memurla gibi görev yapmakta, kamu hizmeti sunmaktadır. Öyleyse kamu hizmeti sunanları kategorileştirmek önem arz edecektir.

Mevzuatımızda kabaca kamu avukatlarının memur ve sözleşmeli olarak değerlendirilmek istendiği görülebilir. Ancak “idare bir bütündür”(md.123) önermesi, kamu kurum ve kuruluşlarında görev alanların aynı eğitimi almış olanlarının ayrı ayrı ücretlendirilmelere ya da değişik özlük haklarına bağlı kılınmak istenmeleri ne Avrupa normuna ne de temel norm Anayasamıza uymaktadır. Aşağıda ele alacağım, 659 Sayılı KHK 14.maddesi, hukuk devletini değil de “ben yaparım” mantığını yansıtmaktadır.

Anayasa, memur ve diğer kamu görevlileri için yine belli bir statünün uygulanması zorunluluğu yaklaşımını getirmemiş, 128/2.fıkra da güvenceye bağlanmış hükümleriyle çelişmemek kaydıyla, çalıştırılacak olanların kamu hizmetinin niteliğine göre gereken esasları ve usulleri yine yasamaya bırakmıştır (AYM, K.1988/55:-Karşioy). Şu var ki: ANAYASA genel idare esasları bağlamında yürütülecek asli ve sürekli görevleri hükmünde öngörülen memur kapsamına “**diğer kamu görevlilerini**” de sokarak “**kamu ajanları**” arasında belirsizlikleri arttırmıştır (Ki: “**Asli ve sürekli**” kamu görevleri kapsamına, “**diğer kamu görevlilerini**” sokarak artı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) “**genel idare esaslarını**” ve personelini “**asli ve sürekli**” görev formatına dahil eder). Daha dengeli bir “memur” tanımını yapamazken, bu kez de “**diğer kamu görevlisi**” nedir sorusu da sorulmaya başlanacaktır¹¹⁹. Dolayısıyla memur formu dışında yer alan “diğer kamu görevlilerinin” doktrin ve içtihatlarda sorunlu yansıtıldığı izlenecektir.

¹¹⁸ Devlet Memurları El Kitabı, TODAİE Yayını No 220, 1987, s.49,57 vd.

¹¹⁹ Lütfü DURAN, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II),AİD,C.XIX(Sayı 2); Tekin AKILLIOĞLU, “Karar İncelemesi”,AİD, C.21(Sayı 3).

Özellikle DURAN, Anayasa bağlamında memur ve diğer kamu çalışanlarının tek bir personel sınıfında genel kural bazında kaynaştırıldığı, artık memur ve diğer personel arasında bir ayrıma gerek kalmadığı gibi genel idare esasları ya da “özel yönetim usullerine” göre görülen kamu hizmetleri çalışanları arasında fark kalmadığını söyler. Ve **GENEL İDARE ESASLARININ** kamusal ve özel idare formlarını yansıttığını, Anayasa 128/1’in bu formda idare edilen kurum ve kuruluşların “asli ve sürekli” görevler formatında çalışanlarının memur sayılacağı, ayrıca işçi niteliği taşımayanların “**diğer kamu görevlisi**” olarak değerlendirilmesi gerekecektir¹²⁰.

Esasen Anayasa, 128.madde *kamu görevlisi* tanımını dar anlamda vermiştir: **Genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görev yapanlara kamu görevlisi denir.** Anayasanın “**memur ve diğer kamu görevlisi**” kullanımını bir tür geleneği sürdürme zamanla değişik gereksinimleri karşılamak için(yasamanın takdir hakkı bazında) farklı ama aynı işi yapanları vurgulama anlamına gelecektir. Burada asıl olan statüler olarak göreve kabul olunanlara kamu hizmetinin gördürülmesi ve bu hizmetin “asli ve sürekli” olması temelidir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlisi tanımında değişik yaklaşımlar sunar: Mahkemeye göre,128.madde kapsamındaki “**kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler**” niteliğinin, **çalışanın kişiliği ve durumuna göre değil, yapacağı göreve bağlı bir koşul olarak** yansır. Yani “**asli ve sürekli**” kavramı görevin niteliğini içerir, çalışanın niteliğini içermez (AYM. K.1990/2 ,T.01.02.1990).

DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, idareye kamu hukuku bağı ile bağlı olarak memurlar ve işçiler dışında, atama zorunluluğu bulunan (AYM.K.1988/55,T.22.12.1988) kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışanlar olup bu durumun doğal sonucu olarak haklarında özel kanunlar uygulanıp bütçeden ödeme yapılanlar kümesidir(AYM., K.1988/8, T.19.04.1988).

Yüksek mahkeme kimi kararlarında, genel idare esasına göre çalışan personelin (köy korucusu gibi) ama işin sürekli görev olmadığını (K.1985 /23,T.10.12.1985) kabul ederken, sözleşmeli personelin statüsü konusunda ise, “**kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimse**” için “**diğer kamu görevlisi**” sonucuna ulaşmıştır (K.1988/8, 19.04.1988). Şu var ki, KİT’lerde çalıştırılacak personelin 128.madde kapsamında “**diğer kamu görevlisi**” sayılmayacağını (308 Sayılı KHK hakkında verdiği kararında: K.,1988/55,T.22.12.1988), çünkü memurlardaki zorunlu atama koşulunun olmadığını, sözleşmeli durumun olduğunu söyler.

Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi birçok kararında, **Sözleşmeli Personel** için “kamu görevlisi” anlamını çıkarmıştır.

Danıştay da 233 Sayılı KHK nın tanımladığı çalışanların Anayasa 128.madde kapsamında “**diğer kamu görevlisi**” olduğunu belirtir (D 5.D, K.1987/1787, DD. Sayı 70-71).

İdari yapımızda değişik sözleşmeli tipi çalıştırılmaktadır. 399 Sayılı KHK, sözleşmeliinin özlük işlerini de düzenlediği için “**diğer kamu görevlisi**” deyimini kullanabiliriz. **Ancak bazı sözleşmeli çalışanların özlük işlerinin bir idari işlemle**

¹²⁰ DURAN, s.18; “Anayasanın 128 ve 129.maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu ile ilgili Yorumu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.205.

düzenlendiği de gözlenir (1978 Bütçe Kanunu 12.maddesi bağlamında çıkarılan 06.06.1978 T, 7/15754 Sayılı Kararname: **Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar**).

Anayasa Mahkemesi, kendi mevzuatında özel hüküm bulunmayan kurum-kuruluşların çalıştırdığı personelin bu kararnameye bağlı olmasını söyler. Bu esaslar dışında çalıştırılacak Sözleşmeli Personelin ilgili kanun veya KHK'ne hüküm konulmasının zorunluluğuna işaret eder ve değinilen Kararname ile çalıştırılan personelin “**diğer kamu görevlisi**” olamayacağını vurgular.

Anayasa Mahkemesi, (Kadro karşılığı gösterilerek Sözleşmeli Personel çalıştırmaya yönelik Temel Sağlık Kanununun 7/1.fıkrasını iptal ederken kamu hizmetlerinin “**genel idare esasları**” dışında çalıştırılma yolunun açıldığını vurgulayarak kanuna ve kurala bağlı olmadan çalıştırmanın 128 kapsamına girmediğini, personeli göreve alma veya çıkarma ve çalışma koşullarının kanunda saptanması gereğinden hareketle iptal kararı vermiştir. Karada *kadro karşılığı çalıştırılacak personeli* “**diğer kamu görevlisi**” kabul edilmiştir. Sağlık Bakanlığının kamu hizmeti vermesi nedeniyle ve denetiminde olan sağlık işletmelerinin hizmetlerin yürütülmesinin genel idare esaslarına bağlı olması gerekçesiyle karar alındığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla günümüz uygulaması, 128.madde kapsamında sözleşmeli personelin değişik yansımalarının tamamlanmış olmadığını göstermektedir¹²¹.

Anayasa Mahkemesi Kararlarından şu sonuca varabiliriz: DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, memurlarda olduğu gibi genel idare esaslarına¹²² göre çalışarak asli ve sürekli görevleri yürüten ve tüm özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gereken personel olarak anlaşılmalı. Statüleri memurdan farklıdır ve kendi özel yasalarına bağlıdırlar(399S. KHK bağlamında çalışan sözleşmeliler dahil).

Kadro karşılığı çalışanlar(sözleşmeliler) 657 DMK bazında oldukları için yani memur sayıldıkları için “diğer kamu görevlisi” değildirler. Ancak KİT’lerde (ki, kamu tüzel kişileridir) çalışanlar da kamu yararına yönelik bir tür yeni kamu hizmeti görmeleri bazında işçiler dışında kamusal nitelikli statülerin bazı nesnel ve genel hükümleri bağlamında iş yapmaları gerekmektedir. **Bu tür çalışanların kamu hizmetlerini sırf genel idare usullerine göre yürütmedikleri için bunları, memur ya da kamu görevlisi saymak olanaksız denilmiştir.** Dolayısıyla 128. madde kapsamında işçi olmayan bu çalışanlar (ki, kamu tüzel kişileri özel hizmet verecek kimseleri kullanamaz) ya **memur** veya **diğer kamu görevlisi** sayılabilir.

b) Sözleşmeli Kamu Avukatı “Diğer Kamu Görevlisi mi”?

İrdelemeler

Kanımcı kamu avukatlarını “**diğer kamu görevlisi**” olarak algılama daha ger-

¹²¹ İbrahim PINAR, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2001, s.73-76 vd.

¹²² “GENEL İDARE ESASLARI”, yalnızca “DEVLETİN merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden GENEL İDARE” anlamında değil, özel kesime de uygulanan kaide ve yöntemler karşısında KAMUSAL İDARE formunu veya şeklini kavramakta ve bu cümleden olarak bütün kamu kesimini içeren bir idare faaliyetlerini yansıtmaktadır (DURAN, “Sözleşmeli Personel”, Cumhuriyet, 07,12.1989). Anayasa Mahkemesi, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun iptali davasında, Anayasanın 5, 123, 125, 126, 127, 128. maddelerinde geçen, esasları içeren ifadelerin “genel idare esaslarını” yansıttığını vurgular. Ne tür olursa olsun tüm yönetimlerin İDARİ FAALİYETLERİNİN “idare” şemsiyesinde toplandığı ve idarenin tümünü sağlayıp kamu hizmeti gördüklerini işaretler. Yoksa “idare bir bütündür” ifadesi boşuna mıdır?

çekçi olabilir. Çünkü bir kamu kurum veya kuruluşunda Sözleşmeli, Memur veya Kadrolu Avukat (Anayasa Mahkemesinin vurguladığı gibi, **sözleşmeli avukat** çalıştırmada) alımında asıl olan Kamu Hukuku bağıntısının değiştirmediğini esas almayı savunabilmenin daha kolay olduğu gerçeğidir. Eğer Anayasa, kamu görevlerini, **memurlar** ve “diğer kamu görevlisi” eliyle gördürmeyi amaçlıyorsa, kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak avukatların (sözleşmeli veya geçici personel dahil) tıpkı yargı sınıfı ve/veya üniversite öğretim üyeleri gibi bir özel kanunu olmalı. Çünkü avukatları çeşitli konumlara sokup çalıştırma, mali özlük hakları bağlamında yeknesaklığı, hakkaniyeti, eşitliği bozmaktadır. Çünkü Devlet işlerini görmede aynı kanalı işletme yöntemi, Anayasaya (md.128) daha uygun düşeceği savunulabilir. Aksi takdirde, değişik kanunlarla sorunu çözme hukuk güvenliği ilkesini yaralamaktadır ve yığınla sorun üretmektedir.

Anayasanın 128.maddesinde *Sözleşmeli Personel deyimi* geçmez. Fakat bu madde acaba bu tür çalışana da olanak vermiyor mu sorusu sorulabilir. **Sözleşmeli personel**, “**diğer kamu görevlisi**” kapsamına sokulamaz mı? Devleti savunma işlevi gören “*diğer kamu görevlisi*” savcı gibi devletin ve/veya kamu idaresi, kamu kurum veya kuruluşunun alacağını alma işlevini gören kamu avukatı arasında uzak bir fark mı vardır?

Anayasa Mahkemesi, **geçici ve süreli işlerde** sözleşmeli çalıştırılabileceğini ve bu konuda Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile düzenleme yapılabileceğini vurgular. Devletin *asli ve sürekli görevde* çalıştıracağı personelin kanunla düzenlenebileceğine (md.128/2) işaret eden mahkeme, ünlü ODTÜ Davasında verdiği kararda, Yönetmelik bağlamında öğretim üyesi atama ve görevlendirmenin ve yapılan Sözleşmenin asıl olan kamu hukuku ilişkisini değiştiremeyeceğini, **çünkü bir kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumu ile bağının, bir statü ilişkisini yansıttığını** benimseyerek, öğretim görevlilerinin çalışma ve sözleşme koşullarını mütevellî kurulunca saptanması biçimindeki kanun hükmünü iptal ederken özlük konusunun kanunla düzenlenmesi yolundaki *Anayasa hükmüne* işaret etmiştir (AYM.,K.1976/28,T.25.05.1976).

Gerçekten 128/2.fıkra, ana düsturu ve kurumları çizer. 128/1.fıkarda ise, “**devletin, KİT’lerin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre... kamu hizmetlerinin gerektiği asli ve sürekli görevleri**” sürdürmesi gerekenler arasında memurlar yanında “**diğer kamu görevlileri**” terimi kullanılırken, ikinci fıkrada “**özlük işleri**” kanunla düzenlenir ifadesi, kamu hizmetlerini ifa edecek olanların “*kamu hukuku bağıntısının*” asıl alındığı anlamına gelecektir.

“**Genel idare esasları**” bazında asli ve sürekli görev yapacak olanlara genel bir formatta “kamu personeli” eski deyimiyile yansıtabilmek kabildir. Bunlar **memurlar**, kamu işi yapan **sözleşmeliler** ve “**diğer kamu görevlisi**” bandına girenler olarak izlenebilir.

Anayasa genel idare esasları bazında klasik memur ve “diğer kamu görevlisi” dediğine göre, kamusal misyon yüklenenleri de *sözleşmeli veya kadrolu* bu kavram içinde değerlendirdiği savunulabilir. Onun için Anayasanın “sözleşmeli” dememesi, sözleşmeli çalıştırılacakların “asli ve sürekli” kamu hizmeti yapmayacağı anlamını içermez. Aksine idarenin gereksinimlere göre elinin serbest bırakılması ve takdir hakkını kullanarak personel alımı ile kamu hizmetlerini karşılaması “değiş-

kenlik” ilkesi gereğidir. Ancak değinilen “özlük hakları kanunla düzenlenir” ikinci fıkra emri, birinci fıkra emrini de kapsar. Anayasal bazda asıl olan kamusal görev bağıntısı olması gerektiğine göre, *diğer kamu görevlileri*” içine yargı mensuplarını sokuyoruz da asli ve sürekli görev gören sözleşmeliyi veya kadrolu sözleşmeliyi neden sokmayalım? Buradaki “diğerleri” sadece bir tür mesleği mi kapsıyor? Buna yanıt hayırdır. O zaman *kamu avukatı* olgusu da bu sözcük içine girebilir. Anayasanın 128.maddesinin çerçevelediği *kamu hizmeti genel ilkeleri*, adına bırakınız sözleşmeliyi, ne denirse densin, eğer birisi “*genel idare esasları*” bağlamında asli ve sürekli bir kamusal görev veriyorsa, bu ya memur veya “*diğer kamu görevlisi*” bandına yerleştirilecek demektir. Bu bantta çalışacak olanları, yasama kanunla düzenlemek ve özlük haklarını güvenceye almak durumundadır.

Değindiğim üzere, bugün sözleşmeyle çalıştırılacak personelin “*diğer kamu görevlisi*” (ki, 399 Sayılı KHK bazında sayılabilir) kapsamına girmede (çeşitli çelişkili düzenlemeler olduğu için) gerekli koşullar noksandır, diyebiliriz. Ama Anayasanın 128.maddesinin kamu hizmeti görecekler hakkındaki tanımları güç olsa da eksik düzenleme olduğu söylenemez. Anayasa iradesi, “*diğer kamu görevlileri*” yanına isteseydi “*sözleşmeli*” saklıdır diyebilirdi.

Bu cümleden olarak bir hukuk devleti unsuru olan EŞİTLİK maymuncuğu, “eşit işe eşit ücret” der ve kuşkusuz kamu hizmetlerinde de eşitliği esas alacaktır. Merhum DURAN’ın “sözleşmeli” özelliğinin kalktığı yaklaşımı bundandır.

Anayasanın 128.maddesi bağlamında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevler”, “memurlar ve diğer kamu görevlileri” (devletin KİT’lerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin “genel idare esaslarına göre yükümlü” olacakları hizmetler) eliyle görüleceği açıkça saptanmış ama *kamu hizmeti yapacak olan “sözleşmeli personelin” 128.madde kapsamına girip girmeyeceği* sorunlu olduğunu yazarlar gözlenmektedir.

AYM’nin adı geçen ünlü ODTÜ Kararının gerekçesinin dayandığı “asli ve sürekli kamu hizmeti”(md.128) görevi yapanların da kendi özel çalışma alanlarında “diğer kamu görevlisi” işlevi yerine getirdiği yadsınamaz. Çünkü sözleşmeli statü kurmak, **sözleşmeye imza atan kişinin kamu hukuku ilişkisini değiştirmeyeceği** için kamu hizmeti gören kişinin sözleşmelisinin de 128.madde kapsamında olabileceği savunulabilir olduğu görülebilir. Bunu yasama yapacaktır. Ancak yasama 128/1.fıkraı da 2.fıkra ile birlikte okuyarak, ayrıca sosyal devlet bazında eşitlik ilkesini (çalıştırma koşullarında da) dikkate almak durumundadır.

Uygulamamızda devlet hizmetlerinde çalışanların statüleri yasal olarak düzenleme biçiminde olmaktadır. Ancak *yabancılar geçici ve sözleşmeli* çalıştırılabilir¹²³. Cumhuriyet döneminde aynı yaklaşım sürmüş, yalnız *Belediye ve İktisadi Devlet Teşebbüsleri personeline ayrı ama memur statüsüne benzer statüler uygulanır*.

KAMU HUKUKU ilişkisinden kalkarak, idare çalışanların aynı işi yapanlar arasında sözleşmeli olsa bile sosyal devlet esasını dikkate almak gereğindedir. Burada normal olmayan, kamu görevi yapan insanlara tahsilleri bağlamında eşit işe eşit ücret verilmesinin gözetilmesi ve sözleşmeli ya da avukatı memur sınıfında sayarak eşitsizlikler üretilmesidir. Eski deyimle kamuda çalışanlara Kamu Personeli

¹²³ Bülent SERİM, Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987,s.104 vd.

demiyoruz mu?

Son yıllara değin kamu personeli statüsü yasal ve idari düzenlemelere bağlanmış, **son dönem sözleşmeli statüsü ise özel kariyere değil, avantajlı ücret rejimine kayma olarak izlenecektir.**¹²⁴ Daha sonraları sözleşmeli çalıştırma, değişik statülerle sürdürülür.

Mevzuata bakılırsa, sözleşmeli çalıştırma öncelikle, 657 DMK ve devamla 933 S.Kalkınma Planı Uygulanması ... Kanununda yer alır. 1980 sonrası bazı kurum kanunlarına konulmuş hükümlerle yaygınlık oluşturulur.

Nihayet KİT'lerde Sözleşmeli çalıştırma, anılan 399 Sayılı KHK ile esasa bağlanmış ve 3771 Sayılı Kanunla bu KHK'nın bazı kuralları değişime uğratarak Sözleşmeli Personel çalıştırılması bir temele kavuşturulur.

Anayasa özlük hakları "kanunla düzenlenir" derken eşitlik ilkesini ret etmek kabil mi? Anayasa, devlet kamu hizmetlerini mali kaynakları ölçüsünce karşılar derken ve yasamanın (yukarıda değindiğim) kanun çıkarması gerektiğini işaretlerken eşitliğe aykırı davran diyor mu?

Hükümetin Çerçeve Kararname Çıkarma Yetkisi Daha Avantaj Sağlayıcı Ücret Verme)

1978 Bütçe Kanunu(md.12) bağlamında **HÜKÜMETE verilmiş bir çerçeve KARARNAME çıkartma yetkisiyle** genel ve katma bütçeli daireler, KİT' lerde, özel bütçeli idareler ile 233 Sayılı KHK kapsamı dışında kalan kuruluşlarda çalıştırılacak Sözleşmeli Personel GENEL ESASLARI hükme bağlanır. Ve dağıntık mevzuatın toparlanması (tıpkı 2012'de çıkarılan 659 Sayılı KHK'nın aynı istemi yineler) amaçlanır. Bu bağlamda yukarıda geçen KARAR (7/15754) çıkarılır. Bu kararname esasları her yıl bütçeye konulacak olan hükümlerle yürürlüğü sürdürülür.

86/10682 Sayılı Kararnameyle (1.maddeye ek hükümle) KURULUŞ kanunlarında özel hüküm olan kuruluşlar hakkında bu esaslar uygulanmayacak, ancak dağıntıklığı giderme 1986'ya değin sürebilmiş ve yapılan yeni düzenleme yeniden dağıntıklığı davet etmiştir. Örneğin Başbakanlık ve bağlı kurumlarına ait kuruluş kanunlarına özel hükümler konmuş ve 657 DMK ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırma hükümlerine bağlı olmaksızın KADROYA KARŞILIK GÖSTERİLMEK ya da bir kadro göstermeden sözleşmeli çalıştırma olanağı sağlanmış. **Bu değişiklik uzmanlık için değil daha avantaj sağlayıcı ücret rejimi oluşturmaya yönelik olarak gözlenir.** Ve bu sözleşmeli türü, *işçi sayılmayan kamu görevlilerini* kapsar

Bunlar, AYM Kararlarında işçi sayılmayan "**diğer kamu görevlisi**" statüsüne girmez (K.1988/8). Anılan esaslarda ödenecek ücretlerin alt-üst sınırı (ki, her yıl hükümetçe yeniden belirlenir/ Maliye Bakanlığının görüşü ve Başbakanın oluru ile) Kararnamede saptanmıştır. Genel esaslar bağlamında aylıklar aybaşında peşin ödenir.

İmdi, Anayasanın eşitlik, eşit fırsatlar tanıma, ayırım yasağı ve sosyal hukuk devleti ilkelerine aykırılıklara ne demeli?

Sözleşmeli Personeli Kadro karşılık gösterilmek suretiyle çalıştırma

¹²⁴ SERİM, a.g.e.

KADRO karşılık göstermek suretiyle Sözleşmeli Personel çalıştırılmasında da çarpıklıklar gözlenir: Sözleşmeli personel, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, memur ve işçiden ayrı biçimde yapan kamu hukuku bağlantısı olan personeldir. Memur ise görevi genel idare esaslarına göre yapar.

KADRO karşılığı çalıştırılan acaba hangi forma dahildir?

Bu tür çalışanlar, Başbakanlık ve bağlı kuruluşları kuruluş kanunlarında yer alır. Altını çizmeliyiz ki, kadro karşılığı çalıştırılanlar 657 DMK kapsamında bulunanlardır. Ama bazı kuruluş kanunlarında kadrolar gösterilerek DMK ve diğer kanunların sözleşmeli çalıştırma hükümlerine bağlı olmadan çalıştırma hükümleri getirilmiştir.

Hükümlerde kadrosu karşılık gösterilecek görevler sayılmıştır. Örneklersek **3056 Sayılı Başbakanlık Teşkilatı ...Hakkında Kanunu**(md.35), müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, hukuk müşaviri...KADRO karşılık SÖZLEŞMELİSİ olarak hizmet verecektir. Şu var ki, bu *kadrolar DMK kapsamı memuriyetlerdendir. Bu kadrolara atanacak olanların nitelikleri, görev ve yetkileri, atanmaları...ve diğer özlük işleri adı geçen kanunla saptanmıştır. Sadece ÜCRETLERİ kanunun verdiği yetki ile Bakanlar Kurulu Kararı ile saptanacaktır (3056 S.Kanun md.35/5:” Bu suretle çalıştırılacakların sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemeler Bakanlar Kurulunca tespit edilir”)*.

Oysa KADRO karşılığı memur kapsamı Sözleşmelilerin bu durumu, Anayasa 128. maddesine aykırıdır. Çünkü Anayasa sadece 73.maddede Bakanlar Kuruluna vergi ve benzeri yüküm koymada çok sınırlı yetki tanınmıştır. Parasal özlük hakları anayasa bazında kanunla düzenlenebilecektir. *Anayasa ücretleri Bakanlar Kurulu ayarlar diye bir yetki tanımamış, kanun tanımıştır.* Böyle bir yetki verilecekse(ücret ayarlama) anayasanın açık hükmü olmalıdır.

Ücretlerin hükümetçe saptanması Sözleşmeliyi MEMUR kapsamı dışına çıkaramaz. Çünkü bunlar DMK ilgili hükmüne göre KADROLARINA atanarak arkasından SÖZLEŞME yapıp ücret saptaması gerçekleştirilecektir. Sözleşme, Borçlar KANUNU ANLAMINDA serbest irade ile yapılmış değil,”*statüer esaslı işlemler*” formatında bulunmaktadır. Memurlar için atama koşul işlemidir. Atamada memurun rolü, aralarında ilişkileri saptanmış bir statüye girmez. Oysa Sözleşmelide “akdi” biçim esastır. Kural irade beyanları eşitliğidir. Ancak kadro karşılığı sözleşmeli olmada “akdi” durum söz konusu olmamaktadır. O nedenle, *bu tür sözleşmeli personel bir “memur personel” anlamındadır.*

Kadro karşılığı sözleşme uygulamasında, bitimden bir ay önce sebep göstermeden fesih olanağı bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşmeli kadroya geçmesi için idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır denebilir.

Danıştay kararında, benzeri hükümlere dayanarak sözleşmeli verimsizliği bakımından sözleşmeli statüye son verilmesinde kamu yararına aykırılık görmüştür(D 5.D. K.1995/1563).

Kadro karşılığı sözleşmeli çalıştırmada, istenirse Emekli Sandığı ile ilgilendirilebileceği hükmünün aksinden şu çıkar ki, sözleşmeli istemezse Sigortaya bağlı olacaktır. Oysa *karşılık gösterilen kadrolar, DMK kapsamındadır* ve emekli sandığına bağlılık söz konusudur. Çelişki giderilmelidir. Dahası süreklilik gösteren kadrolarda çalışanların emekli aylığının kesilemeyeceği(kuruluş kanunlarında) hükmü,

Emekli Sandığı Kanunu madde 99'a aykırıdır. Yürürlükten kaldırılmalıdır.

Yine Bakanlar Kurulu Kararıyla, Genel Hükümler dışında Sözleşmeli çalıştırma olanağı (özel bilgi ve ihtisas donanımlı kadro aranmadan ve diğer yasa hükümlerini kale almadan) bulunmaktadır.

Nihayet son çıkartılan Sosyal Güvenlik Kanunu, çalışanları aynı kurumda ele almış ama Emekli Sandığı ile çatışan durumların da üretildiği vurgulanmalı. Örneğin çalışmaya devam eden bir emeklinin ücretinden "destek primumu" adıyla SGK'na bir prim kesilmesi ancak geriye ödenmemesi ya da bir tür vergi türü oluşturma, emekli sandığına bağlı çalışanlardan SGK'ya geçenlerin (AYM'nce iptal kararı verilmesine karşın) bazılarının "ikramiye" alması, bazılarının ikramiye alamaması gibi sorunlar çoğaltılabilir.

KİT'e Bağlı Personel Alımı

Nihayet KİT personel rejimini düzenleyen 399 S.KHK, 233 Sayılı KHK' ya bağlı KİT ve bağlı ortaklıkları personelinin alımı, nitelikleri düzenlenmiştir.

399 Sayılı KHK, kamu hizmetlerini MEMUR, SÖZLEŞMELİ ve işçiler eliyle gördürmeyi düzenler. Memurların görevleri asli ve sürekli (genel idare esasları bazında) olacaktır. **Verimlilik** esaslı bazında KHK'ya bağlanmış EK I Cetvelinde unvanlar gösterilmiştir.

Ancak yeni kadro çıkarma, değişiklik yapma yetkisi hükümete bırakılmıştır. Bu düzenleme gereksinim olarak algılanmış ve iptal olunmamıştır.

AYM, 399 S.KHK iptali davasında, Anayasa 123.madde ile kuruluşu hükümet işlemine bağlanan KİT' lerin, kadro-görev, kadro-memur ilişkisi tümlüğünde değişikliklerde bir sakınca görmediği anlaşılır. Ve memur statüsü hükümleri 5.11.15.18.25.maddelerde düzenlenmiş, ama bu hükümler dışında DMK uygulanacaktır.

Sözleşmeli personel KHK(399 S.) bağlamında genel idare esaslarına göre hizmet verecek ve sözleşme ile çalıştırılıp işçi statüsünde olmayacaklardır. İçeriği bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuş ve 308 Sayılı KHK'de olduğu üzere sözleşme bir *hizmet sözleşmesi* olarak nitelenir. Sözleşme statü ile saptanmış olup buna aykırı düzenleme yapılamayacaktır.

Yargı açısından ilişki kamu hukuku ilişkisi olup güvenceye bağlanmıştır (AYM.K.1988/8).

Sözleşmeli personelin çalışma koşulları KHK ile öngörülmüş, eğer KHK hükümleri yetmiyorsa Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak 657 Sayılı DMK hükümleri uygulanabilecektir.

Anlatılanlar ışığında aynı işi yapan kamu avukatının birisinin göstergesi başka olursa işlemede eşitlik ilkesi zedelenmiş olur. Benzerlik ise eşitlik ilkesini devreye sokmalıdır.

657 Sayılı DMK SÖZLEŞMELİ Uygulamasına Gelince

Uygulanmakta olan 4/B'nin birinci bendinde, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli proje hazırlanması...özel bilgisine gereksinim duyulan geçici işlerde, kurum önerisiyle DPB ile Maliye Bakanlığı görüşüyle hükümetin geçici personel çalıştırabileceği (işçi sayılmayan kamu görevlisi), **teknik hizmetlerde çalışacakların ise geçici sayılmayacağı** saptanmıştır.

B fıkrası hükmünde **belirsizlikler** görülebilir. Önemli projelerin ne olacağı, na-

sıl saptanacağı açık değildir. *B fıkrasının 3.bendi genel kuralın zorunlu durumlarda çalıştırma istisnasını* yansıtır. Bu bentte **(d) dava sayısı azlığı sebebiyle kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde sözleşmeli avukat çalıştırılabilir** denilir. Ancak madde *zorunlu halde çalışma öngördüğüne* göre, bu tür sözleşmeli çalıştırma için kıstasın ne olacağı açık değildir. Üstelik bu hizmetinin avukata yaptırılmasında da teknik hizmet olması ve kamu hizmetinin unsurlarını taşıması nedeniyle avukatı “geçici” çalıştırma algılaması yapılmamalıdır.

“**Dava sayısının azlığı**” avukat çalıştırma için yeterli ama bu “azlık” kıstası açık değildir. Belki sözleşmeli ve kadrolu çalıştırmanın mali yükü ölçüt alınabilir, sözleşmeli avukat çalıştırmaya gereklilik sorgulanabilir ve çalıştırma gereği somutlaştırılabilir. Ancak ülke gerçekleri dikkate alınır ve kadrolu çalışmak istemeyen avukat, doktor... dikkate alınır ve sözleşmeli uygulamasına sapılmaktadır ki, bu uygulamanın kanuna açık aykırılık taşımadığı söylenebilir¹²⁵. Ama aynı işi yapan uzman avukatın İHAS 14.maddesindeki “haklar ve özgürlükler” hükmünde, işlemde eşitlik ilkesi bazında bazı hakları için ayırım yapılmamalıdır.

II- KAMU AVUKATLARININ VEKALET ÜCRETİ SORUNU

1- Vekalet Ücretinin Pozitif Temelleri

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

Madde 164/4 (Değişiklik öncesi):“**Avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeyle dayanarak karşı tarafa yüklenecek Avukatlık ücreti Avukata aittir**”.

(“*Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları*” 3.4.2.fıkrasında, “**Müvekkil ile Avukat arasında geçerli bir sözleşmeyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet ücreti avukatın bağlı bulunduğu Baronun kurallarına uygun olacaktır...**”).

Avrupa normu yaklaşımında aşağıda irdelenen vekalet ücretinin son bir analizle Baroya yöneltmiş olduğunu görüyoruz. Ancak kamu avukatlarını düzenleyen bizim memur ve sözleşmeli mevzuatımız, Baro sözcüğünü telaffuz dahi etmemiştir, dışlamıştır. Oysa Avukatların bir sınıf olarak “inhisari” temel ana çizgilerini içeren hakları olmalıdır, vardır. Serbest avukatlar da kamu hizmeti vermektedir. Avukatların çeşitli işlerde çalışması, kamusal görev temelinde yapılandırılmalıdır. Avukata yapışık haklar bulunmaktadır. Çünkü savunma hakkı, avukatı önemli bir çekim alanına sokmaktadır. Avukatın konumu, koordinat temel dinamikleri içermektedir. Avukat memurdur, sözleşmelidir diye savunma konsepti değişmiyor. O nedenle çalışan avukatları, bir avukatlık kanununda toplamak onların misyonları gereğidir.

Avukatlık Ücreti:

Madde 164 (Değişik madde ve başlık: 4667 -03.05.2001/md.77): “**Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı ifade eder** .

Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.

¹²⁵ SERİM, a.g.e.

Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz...

Dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti Avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez”.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Görevli Avukatlar*” başlıklı EK 1.MADDE: “...(B)unlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken Baro Levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna bilgi verir”.

(*Bu maddeye göre, serbest ve kamu avukatı aynı hak ve yetki, sorumluluğa sahiptir. Avukat olmazsa davada vekalet ücretine hükmedilemez. Yine kamu avukatları diğer memurlardan ayrı olarak Avukatlık Kanunu 58-59.maddeler kapsamında ve görev bağlamında işledikleri suçlar için diğer memurlardan ayrılarak yargılanmaları Adalet Bakanı iznine bağlıdır. Demek ki, görevleri nedeniyle diğer avukatlar gibi işlem gören kamu avukatlarını 657 Sayılı DMK'ya bağlama çabaları, kanun önünde eşitliğe aykırıdır.*)

HUMK ve Diğer Kanunlar

Madde 423: **Masarifi muhakeme aşağıda beyan olunan şeylerdir: ... 6- Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri...**

Aynı yönde, CMK madde 322/1-9,413/son; CMK madde 303 /I- h ve 324;İYUK md.31/1 hükümleri bağlamında avukatla (vekil) takip olunan davalarda **VEKALLET ÜCRETİ**, adı geçen tarife bazında mahkemece ‘resen’ takdir olunan bir “*ücret-i mahsusadır*”.

Esasen kamu kurumları avukatları belirli maaşla(ücret) çalıştırıldıklarından, hukukta izlenen **ilk tür vekalet ücreti** (taraf ile avukat sözleşmesi md.164/4), **ikincil tür vekalet ücreti(=yargılama gideri)** ise, adı geçen kanunlarda vurgulanan serbest avukatlar ile memur veya diğer çalıştırma biçimleriyle çalıştırılan kamu avukatlarının arasında (ki, diğer kanunlar değişik düzenlemelerle işi karıştırır ve hükümlerin uzlaşmazlığının uzlaştırılması gerekir) bir ayırım yapıldığı söylenemez.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

Genel olarak

Madde 36/V: “**Avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine haiz olan memurları kapsar**”.

Dikkat edilirse, 657 Sayılı DMK da, **Avukatlık Kanununu**, memur olarak niteliği kamu avukatlarının özel kanunu olarak niteler.

Madde 146 : (**Değişik:30/5/1974-KHK/12**; Değiştirilerek kabul: **15.5.1975-1897/1 md.**) “Bu kanunun birinci MADDESİNİN birinci fıkrası kapsamına giren memurlar aylık... her çeşit ödeme ve bunların şekil ve şartları bakımından bu kanundaki hükümlere, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren memurlar (**bunlar Sözleşmeli ve geçici personeldir**), özel kanunlardaki hükümlere tabidir.

Memurlara, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemez, hiçbir yarar sağ-

lanamaz” (Gençlik ve Spor hizmetleri... fiilen görevlendirilecekler hariç).

(Demek ki, 657 DMK kapsamında çalışan kamu Avukatları kadrolu sadece DMK kapsamında vurgulanan haklardan yararlanabilecektir.

Belediye Avukatları ise, vekalet ücret için 2012 yılında kaldırılmış olan 1389 sayılı Kanunun *kıyas yolu* ile uygulanmasıyla yararlandırılacak demekte idi. Bu çok eski kanun ilga olmasına karşın 5393 /82.maddesinde “kıyasa yolu” aynen durmaktadır (www.adalet.gov.tr) Bir sonraki fıkra zaten bu durumu yansıtır).

(Değişik:14.1.1988-KHK-311/1 md.) Ancak, ...196 Sayılı Kanunun 2.maddesi, 6893 Sayılı Kanunla eklenen ek 5.madde 1-2.fıkraları... ve 1389 Sayılı Kanun ile Katma Bütçeli Kurumların, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran **avukat vesaireye verilecek vekalet ücretine** ilişkin sair kanun hükümleri saklıdır (Değişik cümle 20.3.1997-KHK- 570/8 md.) . Bu şudur: Hesaplanmadan iç içe girişik hükümler söz konusudur. Yol haritası nasıl çizilecek?

Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının 12 katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır. (Değişik: 23.2.1995-KHK-547/9.) Bu kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı...ile ödenekler toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunana asgari ücretin aylık tutarından az olamaz; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir.

Nihayet, son çıkarılan 659 Sayılı KHK bağlamında değerlendirme yapmak durumundayız. Özellikle kenar başlığı “**Davalardaki Temsilin niteliği ve Vekalet Ücretine Hükmedilmesi ve Dağıtılması**” olan 14.madde ele alınmak gerekmektedir.

Bu madde bağlamında, değinilen eski durum (6000) memur gösterge rakamı yanında, bir kısım çalışana (*hukuk birimi amiri, hukuk müşaviri, muhakemat müdürü* ve avukatlara) (10000) iyileştirme için gösterge rakamı öngörülmuş, “diğerleri” denilen çalışanlara da eski (6000) gösterge tanınmıştır. Demek ki, vekalet ücreti dağıtımına “diğerleri” ortak edilmiştir. Bu durum 1136 sayılı Kanun karşısında nasıl uyumlaştırılacaktır?

659 Sayılı KHK’nın Çözümlemesi

Madde 14 (1) “*Tahkim usulüne tabi olanlar adli ve idari davalar ile icra dairelerinde İdarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine sonuçlanması halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden İdareler lehine VEKALET ÜCRETİ takdir edilir.*”

Yukarıya aldığım fıkraya göre, devlete yönelik davalar ve vesaireye ait “*idarelerin vekili*” sıfatıyla hukuk birimi amirleri...ve AVUKATLAR tarafından davaların takibi hallerinde, davalar idare lehine sonuçlanırsa, hükmedilmesi gereken tutar üzerinden “**idareler lehine vekalet ücreti**” takdir edileceği düzenlemesi getirilir.

657 Sayılı DMK madde 36 /V ise avukatları memur olarak niteler ve özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, *Baroya kayıtlı kurumları yargı yerlerinde temsile yetkili kılınmış kişiler* olarak yansıtır. DMK'nın yollama yaptığı *Avukatların özel kanunu* Avukatlık Kanunu olduğuna göre,

*“Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alındığında durum Baro Yönetim Kuruluna bildirilir. Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücreti avukata aittir...bu ücret haczedilemez”(md.165)*denmektedir.

Oysa anılan 14. madde 2. fıkrasında İDARELER lehine karar alınır, alınacak “ücret-i vekalet” miktarları merkezdeki bir emanet hesabında toplanarak “fiilen” hukuk biriminde görev yapan personele (bu fıkranın alt başlıklarında öngörülen biçimde) dağıtılır. Örneğin emanet hesabındaki toplam ücretin (%55'i) avukata ve diğer sayılan birim çalışanlarına; o birimde çalışanları çalışma süresi altı ayı geçmesi halinde %40; diğer çalışanlara %5'i dağıtılacaktır(md.14/2 a).

Maddenin 2/b fıkrasında, ödenecek vekalet ücretinin, on bin gösterge ve altı bin gösterge esas alınıp memurlara uygulanan katsayı ile çarpıldığında “ aylık brüt tutarın on iki katını geçemez” denmektedir.

Nihayet arta kalan miktarlarda ilgili birimlerde ilk sıralamalarda olanlara ve kalan miktar varsa o da idarenin bütçesine gelir kaydedilecektir. Ve bu KHK'da bulunan parasal sınırlar hakkında Hükümetin daha yüksek tutarlar saptayabileceği öngörülmektedir. Ayrıca avukatlık hizmet satın alınması saklı tutulmaktadır.

DMK, BELEDİYE Kanununda gelinen noktada, 14.maddenin esas alınacağı, bu maddenin kenar başlığı ve KHK'nın başlığından çıkarılabilir. Çünkü KHK düzenlemesinin amacının Belediyede “*çalışma usul ve esaslarını belirleme*”, “*uygulama birliği, usul ve esasları sağlama*” yanında, davaların takibinde dayanılan ilkelerden “*idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların, tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi*”; “*idarenin taraf olduğu davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkanlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takip edilmeleri...*” “*düzenlemelerinin güttüğü amaçların, sonraki bir düzenleme olan bu yeni özel mevzuat yaklaşımının önceki özel düzenlemeleri kaldırdığı iradesini yansıtmaktadır.* Ya da sonraki kanun, öncekini kaldırma durumu üretir.

Özellikle, adı geçen KHK bağlamında, 657 DMK üzerinde olan değişime baktığımızda, bu kanunun 1.maddesi 1.fıkrasında idarelerde çalışan *memurların* vurgulandığı, ikinci fıkrasında ise “sözleşmeli ve geçici personel” yerine DMK 146. madde ile yollama yapılarak “*memurlar*” denildiği görülür. Yani DMK 1.madde 2. Fıkrasında “Sözleşmeli...” diyor ama anılan değişiklik bağlamında 2.fıkra bazında aynı kanun 146.madde yollamasında “*memurlar*” denilir. Eğer düşündüğüm gibi 659 Sayılı KHK, ÖZEL kapsamlı ise DMK'nın 2.fıkrası hükmü yerine “*memurlar*”ı telaffuz etmeliyiz.

Şu var ki, 14.madde düzenlemesi ile Avukat olanların Özel Kanunu Avukatlık Kanunudur demek durumunda olduğumuzdan (ki, 657 /36 V Özel Kanun demekte) zorunlu olarak Avukatlık Kanununu esas almamız. O zaman Avukatlık Kanunu vekalet ücretini düzenleyen maddeler ortadan kalkmak durumunda kalacaktır (Son özel kanun önceki özel kanunu kaldırır hiyerarşisi).Dolayısıyla böyle düşü-

nürsek, Avukatlık Kanunu “ÜCRET-İ VEKALET” hükümlerinin KAMU AVUKATLARI bakımından kalkması da başka bir kaosu çağıracaktır.

14.madde değerlendirmelerimi yinelemem pahasına, 14.madde, anayasa 2. 5.10..maddeler bağlamında aykırılıklar üretmektedir. Dahası bu madde klasik “ücret-i vekalet” kuramına hem temel norm, hem Avrupa normu bağlamında aykırılık üretmektedir. Kanımca asıl aykırılık, eşit işe eşit ücret, eşit okuma meslek sınıfına eşit ücret yerine, mesleği kavrayan savunma konsepti elemanları mesleğinde en azından “ücret-i vekalet” kapsamında, kamu kurumları-kuruluşlarında çalışan aynı eğitilmiş çalışanlar hakkında eşitsizlikler üretimi konusunu öne çıkarmaktadır.

5393 Sayılı BELEDİYE KANUNU

14.maddenin yeni değişiklik dalgası, Belediye Avukatlarını da karmaşa içinde bırakır. Çünkü aşağıya aldığım önceki ve sonraki durum değişmemiştir. 1389 sayılı Kanunun kalktığını ama 82.maddede “kıyasen” uygulamanın sürdüğünü ve “Tevzi Yönetmeliğinin” yürürlükte olduğunu söylemeliyim. Örneğin son baktığım 5913 Sayılı Kanun 82.madde, vekalet ücreti hakkında 1389’un “kıyasen uygulanacağını” tekrarlar. Bunun böyle olamayacağını, mevzuatta geçen İDARELER bağlamında (ki, Belediye kamu idaresidir) gerek 657, gerek 5018 Sayılı ve diğer mevzuata göre söyleyebiliriz. Şu andaki uygulamaya göre 659 Sayılı KHK, son mevzuat olarak öne çıkmakta ve kamu avukatlarını “memurlar” olarak algılamakta (hizmet alımı hariç) olup vekalet ücretini dağıtırken, son hakkaniyetsiz, eşitliğe aykırı 14.madde bakışını uygulamakta olduğu görülebilir.

Madde 82: Belediye lehine sonuçlanan dava ve icra takipleri nedeniyle hükme bağlanarak tahsil olunan vekalet ücretlerinin; avukatlara (49.maddeye göre çalışanlar dahil) ve hukuk servisinde fiilen görev yapan memurlara dağıtım hakkında 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat Vesaireye VERİLECEK ÜCRETİ VEKALET HAKKINDA KANUN *kıyas* yoluyla uygulanır.

Bu madde anılan 14 madde ve ilga olunan 1389 sayılı Kanun bağlamında (güncellenmesini bulamadığım) ele alındığında, yollama yapılan kaldırılmış kanunun yöntemini aynen koruduğu anlaşılmaktadır.

Madde 83: Bu kanunla belediyenin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle sınırlı olarak... ve 657 Devlet Memurları Kanununda bu kanun hükümlerine aykırılık bulunması durumunda bu kanun hükümleri uygulanır.

Peki ama bu kanun hükümlerini 83 ile bir özel kanun durumu işaretlerken 14.madde hükümleri, son düzenleme olarak ne olacaktır? Onun için 659 Sayılı KHK’nın uygulama mevzuatlarını hizaya getirme iddiasıyla yola çıkmasının Anayasa ile düşünülmediğini, kamu avukatları için reform niteliğinde bir yaklaşım paylaşılmadığı için asıl sorunun kaçırıldığını (eski yılların uygulamalarını bir bilimsel temelde sorgulanarak), kamu hizmet sunan kamu avukatlarını aynı temelde toplamadığı söylenebilir.

BİR DEĞERLENDİRME:

659 sayılı KHK dışında bir değerlendirme yapmamın faydadan hali olmayacağı düşüncesi ışığında, görülen o ki: Belediye Kanunu, 657 Sayılı DMK karşısında özel hüküm sevk eder. Ancak 82.madde de kıyas yolu ile uygulama (1389, 657 ve 5393

Sayı Kanunlar birlikte okunduğunda, 1389 avukatlık ücretine sınır çizmez ve avukatlık ücretini sınır koyan 657/146, 5393 Belediye Kanunu ile çelişir (sonra-ki kanun) ve aykırılık durumunda ki, 84.madde uygulaması istenmekte, ayrıca 82.madde bağlamında avukatlara sınırlama olmadan vekalet ücreti ödeneceği anlaşılmaktadır için bir sınır öngörürken (**KIYAS uygulamasını hükümet kararına bırakması ve ölçüt koymaması**) neyi ne ile kıyas edeceğiz ve Belediyenin özel hukuki durumuna nasıl uyarlanacak? Soruları sorulabilir.

Bu durumların, İHAS'ne, Anayasaya, NORMLAR HİYERARŞİNE aykırılıklar ürettiği vurgulanabilir. Belediyenin kendi avukatına vereceği vekalet ücreti uygulamasında (82,84 uygulaması), İl Özel İdaresi Kanunu (5302 S.K / md. 67,70) avukatı için de aynen uygulama ön görülecektir.

657 Sayılı DMK, ücret dağıtımında artan miktarın **“merkezde bir hesapta toplanmasını”** ön görürken, Belediye Kanunu ve 5302 için dağıtımda artan miktar için **“merkez”** söz konusu edilmez. Bunun anlamı yani DMK 146 sınırlaması olayı, merkez bütçesi kapsamındaki kamu yönetiminde çalışanlar için geçerli olacak ve 657 Sayılı DMK/1.maddesi merkeze dahil kamu idareleri (merkez bütçesi içinde) ve belediye-il özel idarelerinin de DMK'ya sokulması olayı birlikte analiz edilirse, değinilen AİHS madde 14.maddesi bazında esaslı bir hata oluşturur iken, belediye avukatlarının vekalet ücretleri dağıtımını çark ettirme, aynı zamanda işlemden eşitlik, Anayasamızın kanun önünde eşitlik kavramlarını çatıştırarak saptırır.

Kuşkusuz analize son KHK'da eklemleyebiliriz.

Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları

(3-Müvekillikle İlişkiler)

“Avukatın vekalet ücretini avukat olmayan bir kişiyle paylaşması yasaktır”(3.6.1 bendi).

Buradaki öngörü, **“mülga” 1389 Sayılı Kanun** (bu kanunla ilgili aşağıdaki Yönetmelik), Belediye Kanunu ve 657 Sayılı DMK kanunları dikkat çekicidir.

1389 Sayılı Kanuna Göre Vekalet Ücreti Tevzi Yönetmeliği

(1389 Sayılı Kanun değindiğim üzere kaldırılmış ama bu YÖNETMELİK, Adalet Bakanlığı Sitesindeki son güncellemeye göre yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır)

Madde 1: **Tek Hazine Avukatı istihdam edilen yerlerde bu avukat tarafından ...sonuçlandırılan davada...vekalet ücretinin % 70'i o Avukata verilir.**

Madde 2: **Birden fazla Hazine Avukatı çalıştırılan yerlerde (merkez dahil)... avukata ...vekalet ücretinin % 45'i verilir...**

(**DEĞERLENDİRME:** Eski metinlerde HAZİNE AVUKATI bir meslek olarak sunulur. Bu deyim kullanılışı arkasından avukat sözcüğünü kullanma aynı iradeyi yansıtır. Günümüzde kamuda bir biçimle çalıştırılan avukatların hepsi Kamu Avukatıdır. Çünkü idare tüm kuruluşlarıyla bir bütündür ve bu tüzel kişiler devletin bileşenleridir. O nedenle günümüz pozitif hükümleri kapsamında, çalışma şekli farklara bağlansa da avukatlık sıfatı ya da unvanı Anayasamızın **“diğer kamu görevlisi”**(md.128) olarak görülebilir. Böyle olunca belki, Kamu Avukatlığı sınıfını savunma profiline sokup İHAM kapsamında geçen **“silahların eşitliği”** temelinde yeniden bir özel kanunla ele almak daha mantıklı veya bilimsel olacaktır).

Özetle yukarıya alınan pozitif hükümler bağlamında **VEKALET ÜCRETİ NEDİR?**

Gerek HUMK(md.423), gerek Avukatlık Kanununa (md.164) göre Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi saptamasıyla mahkemece takdir edilen VEKALET ÜCRETİ doğrudan yasadan kaynaklanan ve avukata yöneltilen bir hakttır.

2- Kamu Avukatları Mevzuatının Çelişkileri Yargı Kararlarının Uyum-suzluğu

Mevzuat çelişkilerini saptama

Avukatlık Kanunu Avukatlara özgü, Avukatlık mesleğinin özel kuruluş yasasıdır (Avukatlık K.md.164; DMK md.36/V).

Ancak kamu avukatlarının özlük işleri, ağırlıklı 657 Sayılı DMK'nda, 399 Sayılı KHK, 233 Sayılı KHK, Belediye Kanununda (md.82,83), "mülga" 1389 Sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikler birlikte okunduğunda uygulamalarda çelişkiler yaşandığı görülebilir.

Şöyle ki: Bir kez 1389 Sayılı KANUN, devleti-idareyi savunan avukatlara (ki, bunların farklı statülere sokulması avukatlık sıfatını ve haklarını farklılaştırılmaz) vekalet ücretinin dağıtım oranlarını veriyor. Ama limit ve sınırlama ne yasada ne de aynı yönlü Yönetmelikte yoktur. Yönetmelik dağıtımı karıştırmıştır. Çünkü "hazine avukatı" terimi kullanımı, tüm kamu avukatlarını içermemektedir. Ancak "devlet davalarını intaç eden avukat" sözü "hazine avukatı"nı da kapsadığından, bu tür davaları görenlere kamu avukatı deyiminin kullanılabileceğini söylemeliyim. Çünkü 1389 Sayılı Kanun (2.bend) "avukat" ve "hazine avukatı" deyimini kullanmakta, ancak asıl olan avukatlık olup kamu kurum ve kuruluşlarını (**ki, idare bir bütündür/md.123**) savunanların hepsi kamu avukatı değil midir? Dolayısıyla bu sıfat hep esas alınmalı düşüncesi savunulabilir.

"(D)avalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekalet ücretleri... bütçelerdeki mahkeme harçları tertibinden tesviye olunur" derken ve çıkarılan Yönetmelik de işi daha karmaşık yaptığından normları kademelendirmelidir.

Yineleme pahasına, bu kanun metninde dağıtılacak vekalet ücretleri miktarı, günümüz anayasası 2 ve 10.maddesindeki eşitlik ilkesi ile 5.maddesi bazında aykırılıklar öne çıkarılabilir. Üstelik o zamanki dağıtım, avukatlık kanunu ve HUMK'a uymamaktadır. Ve avukat olmayanlara da belli oranda vekalet ücreti öngörülmüştür.

Oysa Avrupa normu da vekalet ücretini davayı kazanan avukata yöneltmiştir.

Bu en eski mevzuatın sadece "hazine avukatını" içerdiğini söyleyebilirsek de konu vekalet ücretinin eşit dağıtımı, anayasamıza,1136 Sayılı Kanun madde 164 / son ve günümüz Avrupa standardıyla bu ücretin avukatlık sıfatına yönelik-özgü bir savunma yardımı, saf bir hak olduğudur. **Ve son kanunlar bazında asıl olan vekalet ücretinin kime ait olduğu ve dağıtımının sınırlanıp sınırlanamayacağıdır.** Dolayısıyla **hukuk düzeninin birliği meselesidir.**

O zaman yasalar uzlaştırılmalı. Bu ya iptal olgusu veya normları kademelendirmeyle olacaktır.

Gene, "**Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtımı...Yönetmeliği**" (22.3.1983 T.), 657 Sayılı DMK 146. madde bazında çıkarılır.

Bu Yönetmelik limit dışı kalan ücretlerin, bütçeye dahil edilemeyeceği ve vekalet ücretlerinin avukata ait olduğu yönündedir.

657 Sayılı DMK'nın limit saptaması kamu avukatları arasında eşitsizlik ürettiği

gibi sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, devletin amaçları hükmüne (md.5) aykırılıklar içermekte ve anayasal düzlemle çelişkilidir. İster istemez sonraki yasanın uygulanmasının asıl olması gereğidir. Üstelik limit uygulansa da anılan Yönetmeliğin (md.4,5,7) hükümleri, limit dışı kalan ücretlerin bütçeye gelir kaydedilemeyeceği, biriken miktarların sonradan dağıtılacağı dikkate alındığında, idarenin vekalet ücretlerini gelir hanesine yazamayacağı da ortada olup bu paraların bir şekilde avukatın hakkı olduğu da teslim olunmaktadır.

Emanet hesabında toplanması gereken bu para (“mülga” 1389 S.Kanunda mahkeme harçları tertibi-bütçedeki) günümüz uygulamasında idare bütçelerinden ayrı kılınmış olmaktadır.

Avukatlık Kanunu son düzenlemesinde davayı kazanan avukata mahkemece tarifeye dayanılarak vekalet ücreti tahakkuk ettirilir ve bu ücret “ **avukata aittir**” denerek açık bir biçimde **emredici bir güvenceye** bağlanmıştır. Üstelik bu ücrete hiçbir biçimde el konulamayacağı belirtilir. Hükümdeki iş sahibinin borcu (ki, bu davayı kazanan taraftır) nedeniyle vekalet ücretine el koyamama, bizatihi yasa koyucunun iradesi olarak yansır.

Şu var ki, 657 Sayılı DMK madde 146/3 ifadesi de **sınırlı ve emredici vekalet ücreti ödemesi** getirmiş bulunmaktadır. Bu aksine bir özel düzenleme olup değinilen 164.maddeye çelişki yaratır. Bu durum aşağıda yazılacağı üzere yasalar uyumsuzluğu sorununu üretir.

Uygulama, serbest Avukatla eşitliği bozmaktadır. Oysa yargıç vekalet ücreti saptarken hep aynı yöntemi uygulamakta, yasa koyucunun avukata vermek istediği ücreti takdir ederek hesaplar. Eğer yasa koyucu isteseydi serbest avukat “ücret-i vekaletini” kamu avukatını ön görmeyerek ayırırdı. Amaçsal yorum bizi “avukatın” bu tür hukuksal yardımı bir hukuksal yardım olması nedeniyle hak ettiği bir miktar karşılık olgusuna taşır.

Baroya yazılan ve aynı cüppeyi giyen herkesin vekalet ücreti alması birincil ve yapışık bir hak olarak gözlenir.

Öyleyse vekalet ücreti gibi, aynı yasa koyucu neden DMK’nda aynı öğrenime sahip olanların bir kısmına 3000 gösterge öngörürken, adı geçen Başkanlık Teşkilat Kanunda (md.,22, 37), örneğin kendi hukuk müşaviri avukatın göstergesi 3600 olarak saptamıştır? Avukatlar hep devleti savunmuyorlar mı? Örneğin bir İKTİSADİ DEVLET TEŞKİLATI olan Ziraat Bankası avukatı Sözleşmeli olsa da neden değişik ücret alır?

418 Sayılı KHK YETKİ YASASI iptal olununca, bu kez 527 Sayılı KHK ile iptal olunan hükümler yeniden getirilir. **Ek GÖSTERGELER** (tek ücret ilkesi ayrık durumu, yükselme açısından kazanılmış hak oluşturmaz, aylığa bağlı, kişisel... -DMK md.43) öğrenim durumuna göre farklılaştırılır. Örneğin genel idare sınıfına dahil olup da kadrolarına tahsisli ek gösterge öngörülmeyenlerden yüksek öğrenim gören ve görmeyenler arasında getirilen ek gösterge farklılığı¹²⁶.

Bu ayırım 36.madde ortak hükümler bölümününün 11 nolu fıkrasında sayılanlar arasında da yapılır. Ek göstergeler aylık hesabında itibari rakamlardır. Bunların değiştirilmesi yasa ile olanaklıdır. 1 Sayılı Cetvelde değişiklik yapılması

¹²⁶ PINAR, s.474-489 (değerlendirme,1 ve 2 Sayılı Cetveller);Tayfun. AKGÜNER, Kamu Personel Yönetimi, 2009,s.229.

da yasa ile olanaklıdır. Ancak II Sayılı Cetvelde yer alan unvanlarda değişiklik yapmaya hükümet yetkili kılınır. Bu çelişkidir. Tek ücret ilkesi anlayışının yozlaştırılmasıdır.

Bilindiği gibi yasa koyucu anayasaya aykırı yasa koyamaz.

Avukatlık vekalet ücreti dağıtımı, Belediye Kanunu 82.maddede de farklı yaklaşım sergiler. Bir kere DMK 146/3.fıkra kapsamında ücretin 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı çarpımı **“aylık brüt tutarın on iki katını”** geçerse, artan kısım **“merkezde bir hesapta toplanarak”** yönetmelik saptamasıyla anılan miktarı aşmamak üzere eşit olarak avukatlara dağıtılır yöntemi, tarihsel (2 Şubat 1929) **“mülga”** ilk Kamu Avukatları Kanunu(1389) bazında **“kıyasen”** uygulama getirmekte ve Belediye Avukatlarına (kadrolu ve hukuk servisinde fiilen çalışan memurlara) başka bir vekalet ücreti dağıtımı öngörmektedir. Kıyasen uygulama yapılırken kuşkusuz 1389 Sayılı Kanuna göre VEKALET ÜCRETİ TEVZİ YÖNETMELİĞİ (ilga edilmedi) uygulanacaktır. Örneğin Yönetmelik 2.maddesinde davayı takip eden avukata ücretin % 45'i verilir. % 25 ise diğer **“müşavir avukat ve hazine avukatları arasında”** eşit olarak dağıtılır derken, dayandığı 1389 Sayılı Kanunun, 82.madde yollamasıyla Belediyelerde **“kıyasen”** uygulanacağı hükmü işleri karıştırmakta ve **“kıyasen”** uygulamada orantıyı kurma işi ilgili dağıtımçıya (oysa özlük hakları anayasada kanunla düzenlenmesi gereken haklardır) bırakılmaktadır.

Yönetmelik de anayasa, yasa ve tüzüğe aykırı olamaz.

Yukarıya aldığım Kamu Avukatı çalıştırma mevzuatının çelişkili sevki, başta İnsan Hakları Evrensel Beyanname, AİHS, ANAYASAMIZA ve **hukuk devleti** kapsamında **hukuk düzeni güvenliği ilkesine** ters düşmektedir.

Anayasaya Aykırılık Değerlendirmesi

Anayasanın değişmezlik yasağı koyduğu 2.madde, devletin hukuk devleti ve sosyal devlet olduğunu vurgular. Ve hukuk devleti tanımlaması onun varlık koşullarından birisi olan **“normlar hiyerarşisi”** koşuluna vurgu yapar ve yasa koyucunun işlemlerinde hukukun üstün kuralları ve Anayasanın kanunların üstünde olduğunu altı çizilir.

AYM, kanunların Anayasanın açık kurallarından önce **“hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması”** gerektiğini vurgulamıştır (K.1964/74). Yani bu uygar ülkelerin kullandığı hukukun genel ilkeleri, anayasaya uygunluk denetiminde **“ölçü norm”** olarak kullanılagelir. Yüksek mahkeme **“devlete güven ilkesinin”** hukuk devletinin ögesi olduğu, kamu düzeninin birliğinin bu devletin gereği olduğu hep vurgulanmıştır.

SOSYAL DEVLET refleksine gelince, bir adil ücret ve paylaşım söz konusudur¹²⁷. Ücrette adaletin sağlanması dağıtıcı adalet kavramına dayanır. Aynı işi yapanlara, aynı öğrenimi yapanlara eşit ücret veya türlü ödemeler yapma gibi. Anayasa gelir ve servet eşitsizliklerini en aza indirme önlemlerini almayı sosyal devletin gereği sayar(md.73).

Anayasa sosyal devlet, eşitlik, sosyal güvenlik ilkelerini temel alır. Ve toplum huzuru... ve adalet anlayışı içinde, (devletimizin) insan haklarına saygılı, başlan-

¹²⁷ Emin MEMİŞ, Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi(1808-2011),Anayasa Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, 6. Basi, İstanbul 2011, s.252 vd.

gıçta belirtilen temel ilkelere dayanan...sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmış ve cumhuriyetin değişmezleri arasında “sosyal devlet” refleksini benimser.

Sosyal devlet, ulusal gelirin adalete uygun yönde dağılmasını sağlayıcı, adaletli bir düzen kurmayı kendine amaç edinen hukuka bağlı devlettir. Egemen görüşe göre devlet gerçek eşitliği yani sosyal adaleti, toplumsal dengeyi sağlayan sosyal devlet değiştirilemez niteliğini de dikkate alan devlettir. Öyleyse sosyal devlet formuna aykırılık da iptal nedenidir.

Anayasanın 5.maddesi, devletin amaçlarını sunarken sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz durumları da aynı şiddetle ortadan kaldırmaya da dikkat çeker. Devlet bireylerin haklarında hukuk güvenliğini sağlayıcı adil, makul ve ölçülü yaklaşımla ödevlidir (AYM. K.2001/41).

Anayasanın 10. maddesi AYM tarafından birçok kararda açıklanırken, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil “hukuksal eşitlik” öngörülür. Bu ilke aynı durumda olanlar için geçerlidir. Eşitlik ilkesi maymuncuğunun anlamı, amacı aynı durum periyodunda bulunanların yasalarca aynı duruma bağlı kılınmasıdır. Kişilere yasalar karşısında ayrıcalık ve ayırım yapılmasını önlemektir. Durum ve konum ayrılığı değişik işlem davet edebilir. Ancak aynı hukuksal durum aynı, ayrı hukuksal durum ayrı kurallara bağlanırsa, yasada istenen eşitlik zedelenmez. Şu var ki, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz. Anayasa Mahkemesi bir kararında (E.2006/111), Anayasanın 2, 60.maddeleri bağlamında devletin sosyal güvenliği ve sosyal adaletin sağlanmasına uygun ortamı üretmesi, getirilecek sosyal güvenlik uygulamasında dengeli ve makul ölçükler konulmalıdır denilir. Aynı hukuksal statüde bulunan kişilerin özdeş durumda olduğu ve yasanın yararlandırmasının da eşitlik ilkesine göre olacağı açıktır.

AIHS MADDE 14:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14.maddesi “HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE EŞİTLİK” başlığıyla sunulur..Sözleşme üye devlete hakların kullanılmasında pozitif yüküm getirir (md.1). Haklardan yararlanmada kişiler arasında ayırım yapılmaması ya da “işlemden eşitlik”, “aynıyet” veya “benzerlik” içeren koşullar bağlamında geçerli bir kavram olduğu, somut olay bazında koşulların farklılığı söz konusu olursa bir farklı tutuma- ayırma gidilebilir. 14.madde yasağı konusu, yapılabilecek olan bir ayırımın “meşru bir amaca ilişkin olmaması”, “güdülen amaçla kullanılacak olan araç arasında uygun bir orantılılık-ölçülülük bağı oluşmaması” görüşleri, madde-deki “...tanınan hak ve özgürlüklerden... herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapılmadan sağlanır” ifadesi doğrultusunda “nesnel ve uygun bir sebebin bulunmaması” sorusunun cevaplarını simgeler (AIHM kararlar). Hak eşitliğini bozacak ayırma gitmede, ayırımı meşru yapacak olan düşünce, bazı hallerde ayırım için daha da yoğunluk kazanan “nesnel ve uygun sebeplerin” oluşmasıdır.¹²⁸

Avrupa norm standardı bazında “meşru olan ve olmayan ayırımı” konusunun bazı yönleri bağlamında birbirlerine benzeyen durumlardaki farklı hallerin bir “ayırma” vurulup vurulamayacağı, şayet gerekliyse üye devletin bir takdir hakkının olabileceği yaklaşımıdır. Ancak somut ve özel durumların (a) koşulları, (b) konusu

¹²⁸ Bu konuda bk. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, s.400-404.

ve (c) kapsamına bakılarak (ç) amaç/araç kullanımı orantılılık bağı gözetilerek takdir hakkı kullanılacaktır.

Özetle Sözleşmedeki 14.madde kapsamı, haklar ve özgürlüklerden yararlanmada bağımsız değil, diğer normatif kuralları tamamlayıcı işlev görmektedir. 14.madde, aynı zamanda bir negatif ayırım yasağı da öngörür. Örneklersek, 8 ve 11.maddelerin ikinci fıkraları bazında bir hak kısıtlanırken, benzer durumdaki kişi veya kümelerin arasında “nesnel ve uygun olmayan farklı bir duruma” sapılamayacaktır).

AİHM Kararları ışığında yukarıya alınan bilgiler, kamu avukatlarının aynı görevi devlete veya kuruluşlarına sunarken değişik ücretlendirmeye bağlı kılınmasında, “**güdülmüş olan amaçla kullanılan araç arasında uygun bir ölçülülük bağı**” kurulamadığında, örneğin vekalet ücreti, gösterge ve bazı gösterilebilecek uygulamalarda işlemde eşitlik ilkesinin sağlanamadığı konularında “**nesnel ve uygun bir sebebinin**” gösterilemediğini gösterebilir.

Ayrıca eşitlik, sosyal güvenlik ve sosyal devlet ilkeleri bazında konu analiz edilince gerek hukuk devleti, gerek sosyal devlet değişmezleri karşısında kamu avukatlarının hakları, o değişmezler ve yasa önünde eşitlik perspektifine ters düşmektedir.

(**Önemine binaen 1389 Sayılı “mülga” kanun için birkaç söz:**

2 Şubat 1929 tarihli 1389 Sayılı Kanununun 1.maddesinde “devlet lehine intaç olunan davalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekalet ücretleri”, %70 ve % 30 olarak “tesviye olunur” hükmü, yukarıda belirtilen günümüz yasaları karşısında çelişkiler ürettiği açıktır. Ve 1.madde bağlamında yapılacak “**tevziatın şerait ve miktarları**” Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir “**talimatname**” ile oluşacaktır.

Oysa 1982 Anayasasınının 128/2.fıkrasında “**memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir**” derken Bakanlar Kurulu Kararıyla düzenleme yapılamayacağı açıktır. Dolayısıyla Cumhuriyetin ilk yıllarına mahsus bu 1389 Sayılı Kanunla Anayasa çatışmaktadır. Soruna sonraki yasalar bazında bakmak da gerekir.

Bakanlar Kurulunun Tevzi Yönetmeliği (1961) 1.maddesi, tek hazine avukatı çalıştırılan yerdeki hazine avukatına “% 70” ödenir derken, birden fazla çalışma söz konusu ise miktar %45’e düşmektedir (Yön.md.2). Oysa yasanın 1.maddesi tek çalışan avukat demeden “maaş veya ücretli” çalışanlara %70 tutar rakamını telaffuz eder. Dağıtım Anayasa 128.madde bağlamında düşünürsek, Bakanlar Kurulu talimatnamesiyle dağıtımına izin verme bugün normlar hiyerarşisi bazında olanaksızdır. Bakanlar Kuruluna kanunla bir yetki tanınırsa, sınırlar belirtilerek olabilir. Ancak Yönetmeliğe bakarsanız, o çok eski yasanın günümüz anlamında anayasa bazında bir yetki vermediği anlaşılmalıdır. Üstelik DMK ve Avukatlık Kanunu hükümleri ile karşılaştırma yaparsak (hatta Belediye K.madde 82'nin en eski kanuna yollamasının günümüz anayasasıyla bağdaşmayan hükümleri...) katmerli çelişkilerin gözlemlendiğini vurgulayabiliriz.)

Onun için 1389 Sayılı Kanunun ve günümüz DMK ve KHK uygulamalarının, yasa önünde eşitlik, AİHS madde 14 bazında işlemde eşitlik ve **takdir hakkı** kullanımında somut ve meşru bir sebep ile araç-amaç arasında ölçülülük ilişkisi ku-

rulmasını gözetmediği, bu cümleden olarak işlemede eşitlik, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet bazında ilgili mevzuatın normlar hiyerarşisine uymadığı bağlamında İtiraz Yoluna gitme olanağı vardır.

Kuşkusuz bu yargım, söz konusu kanunun, uzun zaman (44 yıl) sonra doğal yolla “mülga” olması nedeniyle, sorunların kalktığını söylemek kabil değildir. Çünkü kanunun kalkması, avukatlık sınıfının sorunlarını çözmüş değildir ve diğer birçok mevzuatın çelişkileri ortadan kalkmış değildir.

Üstelik, aynı son 659 Sayılı KHK değişikliği bazında da sürdürülebiliriz. Çünkü bu mevzuatta da “mantalite” aynıdır.

DMK’ın 146.maddesinin son şekli, DMK 1.maddesi 1 ve 2. fıkralarını korurken her iki fıkrada “memurlar” sözcüğünü kullanmaktadır. Bunun anlamı, 2.fıkra hükmünde geçen “sözleşmeli ve geçici personel” artık memur olarak algılanmalı ve özel kanunlarına göre ücretlendirilmelidirler. Özel kanun da 657 Sayılı DMK’dır.

Öyleyse devlet kurumlarında çalışan avukatlık sınıfının özel kanunu birinci derecede Avukatlık Kanunu olmalıdır sonucu çıkarılabilir. Ama alacağı maaş veya ücret ne olmalıdır? DMK 1. maddesi ikinci fıkrası “kapsamına giren memurlar” kimlerdir? İkinci fıkradaki “sözleşmeli ve geçici personel” özel kanunu hangisidir?

Avukatlık sınıfının memur ve sözleşmeli istihdamı yapılan yerlerin yolları veya özel kanunlarındaki çelişkili düzenlemeler ne anlama gelecektir? Yoksa merhum DURAN’ın dediği gibi, kamuda çalışanlar arasında artık bir şemsiye mi geçerlidir?

DMK 36. madde V. numaralı bend de özel kanuna yollama yaparak (Avukatlık Kanununa göre Baro Levhasına yazılanları) kamuda çalışan avukatları “memur” olarak yansıtmaktadır.

DMK 146.maddenin son değişikliği de 1389 Sayılı eski kanunun ilgası yönünde bir değişiklik yapayım derken, savunulması güç avukat vekalet ücreti dağıtımını espirisini kaybetmiş, (hem Belediye 82.maddesi de) işi sarpa sarmıştır.

Yürürlüğü süren “Tevzi Yönetmeliğinin” dağıtım sistemi de özörlü görölmektedir.

Özetle, tabloyu karıştıran son değişikliklerin olumsuz yansımaları karşısında Avukatlık sınıfını, özel kanunu esas alınarak, kamu avukatları (“diğer kamu görevlisi”), serbest avukatlar olarak yeniden yapılandırılarak sistemde yeknesaklık sağlamak gerekmektedir.

Değişiklikler ne sağladı dersiniz, ücret-i vekalet konusunda Avrupa standardına göre, savunma esas alınarak düzenleme amacının güdülmediği doğru söylenebilir. Çünkü bu ücret konusunda ayrıma gitmek, savunmayı mağdur etme-edilme düzlemine sokuyor. Son değişiklikten sonra, soruna yeniden baktığımda kamu avukatlarının mevzuattaki eşitlik modusunu sağladığını söylemek olanaksız gözleniyor.

Örneğin 657 DMK madde 152’de, özel hizmet tazminatı altında Avukatlık hizmetleri sınıfına dahil kadroların % 135’ne; Başbakanlık müfettişlerinin % 230’na saptaması yapılırken, avukat kamu görevi yapmıyor mu? İlk tepki olarak verilebilir. Ya hakkaniyet?

Yasa önünde eşitlik

Anayasa Madde 10/4: ‘Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır’.

Hukuk biliminin ilk toplumsal amacı adaleti kurmaktır. Temel düşünce adalet parametresidir. Hukuk adaleti kurmak için bir yaşam düzenidir. Dolayısıyla hukukun iki işlevi düzeni korumak ve adaleti sağlamaktır. Bu iki kavram uzlaştırılmalı ve adaletin, devletin ve pozitif hukukun kaynağı olduğu hep dikkate alınmalıdır.

Öğrendiğimiz bir ayrıma göre ADALET, 1- **Sübjektif adalet(geniş anlamda)**, 2- **Objektif adalet (dar anlamda)** olarak ikiye ayrılır.

Hukuk bilimi bağlamında diğer dörtlü bir ayrım ise şöyledir: (a) DENKLEŞTİRİCİ ADALET (= **mutlak eşitlik** ki, özel hukuk ilişkilerinde kullanılır ve bu adalet türünün özü **eşitliktir**); (b) DAĞITICI ADALET (ki, kamu hukuku ilişkilerinde kullanılır ve bu yaklaşım **mutlak eşitlik** değil **nispi eşitlik** anlamını yansıtır ve insanlara hak ettiği verilmelidir/suum cuique tribuecre); (c) HAKKANİYET (‘equity’- önceki adalet türleri eşitliği sağlayamıyorsa adaletin diğer bir yansıması olup genel kuralın özel hallerde üreteceği adaletsizlik çözülmeye çalışılır, çünkü denildiği gibi “**normlar eken adalet biçemez**”, dolayısıyla **hakkaniyete** başvurulur) ve (d) SOSYAL ADALET (herkesten aynı vergiyi alma eşitlik değil en büyük adaletsizliktir).

Kuşkusuz **eşitlik**, hukuk biliminin içerdiği adalet türleri olan “**dağıtıcı adalet**”(=nispi eşitlik ki **denkleştirici adalet** bundan türetilir) , “**denkleştirici adalet**” (“mutlak adalet”) ve **diğerleri** bağlamında seslendirilebilir. Burada söz konusu olan “**dağıtıcı adalet**” kavramıdır. Eşitiz denerek farklı durumdaki kişilere aynı kuralı uygulama biçimi mutlak anlamda uygulama bir eşitsizliği davet edeceğinden eşitlik parametresini “**dağıtıcı adalet**” yönünde aynı durumda olduğu kabul olunan kişilere uygulama görüşü öne çıkmaktadır.

Anayasa Mahkememiz de EŞİTLİK ölçüğünün aynı kişilere aynı işlemleri uygulamayı öngördüğü, “**ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını**” önlediğini işaretler. Aksini kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulama ile gerçekleştirme, “**kanun önünde eşitlik**” ilkesinin çiğnenmesi olup yasaklanmıştır (AYM.K. 2003/89).

Bu bakış açısını anlatılan adalet türleri bağlamında uygulamaya geçerse günümüzde çalıştırılan kamu avukatlarının (sözleşmeli, SSK Mevzuatına bağlı ve DMK’na bağlı olarak çalışanlar) arasında, örneğin DMK’na bağlı olmadan çalışanlara limit uygulanması yapılmadığı görülür. Değinen nesnel adalet(somut adalet) ve hukuksal adalet türleri dahil özellikle dağıtıcı adalet parametresinin herkese hak ettiğini vermede eşitsizlik ürettiği gözlenebilir. Bu adaletten türetilen **denkleştirici adalet** olayımızda devlet eliyle farklı uygulamalara yöneltmiştir.

Bir hukuk müşaviri avukatın bir kamu kurumunda göstergesi 3000, diğerinde 3600 olarak ele alınmışsa bu durum Anayasanın kanun önünde eşitlik kuralını (denkleştirici /dağıtıcı adaleti) zedeler. Çünkü aynı alanda ve durumda aynı işi savunma yapan avukatlara(ki, vekalet ücretini de birlikte tahsil etme söz konusu olanlar var) arasında eşitsizlik doğacaktır. Mevzuatta aynı işi yapan ve cüppe giyen avukatlar değişik statülerle çalıştırılırsa bile, 1389 Sayılı Kanun onları “devlet davalarını intaç eden avukat” olarak yansıtırken esas alınması gereken nokta, kamu

avukatlarının aynı işi yapması, başka deyişle idareyi savunmasında aynı amacı-ıdarenin uğradığı haksızlıkları karşılama mücadelesidir.

Belediye Kanunu bu kanuna yollama yaparak “kıyasen” uygulama (md.82) ister. Şu var ki, KIYASLA vardırılan sonuç, adalete aykırı olursa ne yapılacaktır? Diğer kaynaklarla çözülmesi gereken bu durum, 82.madde bazında da kuşkulu görülebilir. Kamu avukatlarının çeşitli uygulamalara sahne olması çelişkileri belki **anayasaya uygun yorum**¹²⁹ yapılarak çözülebilir. Ancak en doğru çözüm kamu avukatları “diğer kamu görevlileri” kavramında birleştirip tıpkı diğer adalet üçgeni tarafları gibi özel kanunla yeniden ele alınmalıdır. Yaptıkları SAVUNMA görevi niteliğinin diğer adalet görevlerinden cılız olduğunu söylemek güç gözükmektedir.

Fransa Conseil d’Etat, uygulamada ilk defa yasa önünde eşitlik konseptini uygulamış, geliştirmiştir.¹³⁰ Hukukumuzda da Danıştay **yasa önünde eşitlik** ilkesini uygulamıştır. Bu ilke, eşitlik uygulamasında bir hacim belirleme parametresidir. Esasen “**ayırım gözetmeme**” yaklaşımı bir hak olarak yansıtılmamalı. Yaşam alanlarında, çeşitli toplumsal nitelikler gözlenir: Dinsel, sosyal, etnik, siyasal, kültürel vs. gibi farklılıklar görebiliriz. Bu farklılıkları bir ortak paydada kaynaştırmak için eşitlik istemi yoğunlaşır. Danıştay EŞİTLİK maymuncuğunu hukukun genel ilkesi olarak sunar. Ancak eşitlik değerinin tekrarlanması platonik kalmaktadır. Asıl olan kavramı somutlaştırmaktır.

Günümüzde en çok ifade edilen **eşitlik sosyal ve ekonomik eşitliktir**. Yasa önünde eşitlik ilkesini yineleme insanları eşit yapmıyor, eşitsizlikleri kaldırmaya yetmiyor. O nedenle İsviçre Federal Mahkemesi “kanunda eşitlik” demektedir. Danıştay idarenin takdir yetkisini “kanun önünde eşitlik ilkesi” ile sınırlandırma yoluna gider: “**Düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, anayasal ilke ve kurallarla da sınırlı bulunmaktadır**” saptaması İdare Hukuku kuralları gereğidir (D8.D.24.02.1987- K.1987/88). Danıştay’a göre Anayasa ve İdare Hukukunun en temelli ilkesi “**eşitlik**” maymuncuğudur.

Özetle, “**kanun önünde eşitlik ilkesi**” bağlamında, **kimlik, görev-yetki ve sorumluluk, hizmetin özellikleri ile ayrıntıları aynı ya da benzerlik taşıyanlara aynı kuralların uygulanması doğal değil midir?**

Aynı kuralları uygulamada yasanın amacı, anayasaya aykırı olmamak koşulu ile önemlidir. Yasanın yayım tarihinde memur olanlarla sonradan göreve alınacaklar arasında eşitliğin sağlanması için (657 DMK 36/A) fıkralarda yapılan yollamalarda yasa koyucunun eşitlik ilkesini koruma ve sağlama amacı asıldır (D5.D.27.12.1989/K.1989/2557). Kişilerin aynı kurala bağlı kılınması esası eşitlik ilkesine dayanır. Bütünlük ve istikrarı sağlar (D.8.D.12.02.1985-K.1985/127). Yine aynı kuralın uygulanması eşitlik kuralı gereği olup aynı durumda olanların (=aynı statüde olanların) aynı işlemlere bağlı olması önemli bir gerektir (D5.D.13.04.1987- K.1987/593).

Memur statüsünde olanların buldukları hizmet sınıfına bakılmaksızın aynı yasa hükümlerine bağlı olması gerekirdi. Ama DDGK’nun 21.04.1974 tarihli kararı (K.1978/316) ters yöndedir. Danıştay burada yetki ve sorumluluklarının aynı olmadığı görüşüne dayanır (Yurt dışında çalışanların farklı katsayı

¹²⁹ Bk. MEMİŞ, s.475; Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s.64 vd.

¹³⁰ Celal ERKUT, “Danıştay’ın 1402’likler Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı”, Tarık Zafer TUNAYA’ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, Nisan 1992.

uygulaması yönünde hükümet kararı).

Danıştay'ın uygulamalarında yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması gerektiği açıktır. Bu bağlamda kamu avukatlarının farklı statüleri karşısında devlet davalarına bakma görev ve yetkileri, öğrenimleri, konularında uzman olmaları nedeniyle özlük haklarında eşitsiz uygulamaya getiren mevzuatın normlar hiyerarşisine, kanun önünde eşitliğe, hukuk ve sosyal devlet ilkelerine, istikrar ve bütünlük ilkesine ters olduğu açıktır.

O nedenle yasama bu durumları düzeltmiyorsa, itiraz yoluna gitme olanağı ısrarla kullanılmalıdır.

Yargı Kararları

Baro Hakem Kurulu, Asliye Mahkemeleri, Sayıştay Kararları

Değerlendirme 1:

Bilindiği üzere vekalet ücretlerinden doğan uyuşmazlıkları Baro Hakem Kurulları çözerdi (Av.K. md.167). Bu madde iptal olunmuştur (AYM.K.2004/31). Baro Hakem Kurullarının görevleri iptal ile sona erdirilmiş ancak özellikle İPTAL ÖNCESİ bu madde bağlamında Ankara, Konya, Antalya ve Samsun Barolarının ... verdiği kararlar kamu avukatlarının kazandığı davalarda takdir olunacak vekalet ücretinin sınırlamalara bağlı kılınamayacağı yönünde verilmiştir. Özellikle NORMLARIN HİYERARŞİLEŞTİRİLMESİ yöntemi (hukukun genel ilkesi) uygulanır.

Yine yurdun çeşitli illerinde(Ankara, Şanlıurfa, Samsun...) Asliye Mahkemelerinde açılan davalarda vekalet ücretinin kamu avukatına ödenmemesinin davayı kazanan taraf lehine kazanç sağladığı, sözleşmeyle bile aksinin kararlaştırılmayacağı, birden çok avukat çalıştıran KİT'lerde ücretin sınırsız ve sadece avukatlara dağıtılabileceği yönünde kararlar alınır.

(SAYIŞTAY KARARLARI: Sayıştay Temyiz Kurulu Kararında (29268 ... nolu karar/03.04.2007 T.) 1136 Sayılı Kanun GENEL, 657 Sayılı DMK ÖZEL kanun olarak nitelenir ve belediye avukatlarına DMK uygulamasını öngörür. Anılan kurul, fazla ödemenin tazminine karar almıştır(DMK özel kanun düşüncesi). Aynı kurul başka bir kararında(28902 nolu/21.11.2006 T.) Belediye ve avukatlık sözleşmesi ile sözleşme ücreti dışında avukata yapılacak vekalet ücretinin 146.maddeye göre yapılmasının ne denli hukuksuzluk ürettiği söylenmeli ve KIYASEN uygulama mantığına ters düştüğü gözlenir.

Sayıştay Dairelerinin kararlarında da "limit" aşılması nedeniyle ve sınıra uyulmadan ücretlerin tamamının ödenmesi üzerine tazmin kararları çıkmıştır (02.05.2008 T. /2180 Sayılı ; ; 279 sayılı ve 27.07.2007 T.). Bu kararlar çoğaltılabilir.

Avukatlık Kanunu EK I maddesinde, kamu kurum ve kuruluşları ve kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan avukatların(baroya kayıtlı olanların) işlevlerini uygularken aynı hak ve yetkilere sahip oldukları vurgulanmalı. O kadar ki, vekalet ücretinin kamuda çalışanlardan davayı kazanan avukata verilmesi, belki aynı yerde çalışanların sırayla davaya girmeleri yönünde eşitlik sağlanması (dağıtıcı adalet) daha uygun görülebilir. Çünkü vekalet ücretinin kime ödenmesi gerektiğinin dayanağı HUMK madde 423/6. bendine karşın, Avukatlık Kanunu 164, "avukata ait" terki bu yönü yansıtarak, bu ücretin avukata ait olduğunu işaretler.

(b) Danıştay Kararları

Ne var ki, Danıştay bir kararında (D 11.D.K.2003/4924), **VEKALET ÜCRETİNİN KAMU AVUKATINA AİT OLDUĞU**, sınırlandırılmayacağı bağlamında bir alt mahkemenin verdiği iptal kararını bozulmasına hükmeder. Gerekçe ise devletin iradesinin tek yanlı olarak bireye üstün olduğu ilkesinin İdare Hukuku kuralına dayandırılmasıdır. Oysa bu yaklaşım, **idarenin de mevzuatla bağlı olduğu ilkesine** terstir, anayasaya aykırıdır (md. 8,11,138/son, 153/son) ve **kanunilik ilkesiyle** bağdaşmaz. Kararda “kamu avukatlarının, tek yanlı...yaptırım gücünü uygulama yetkisine sahip bulunan devlet kurumları olduğu ve görevlerinin devlet hizmetinin yürütümü sırasında...hukuksal sorunların çözümüyle ilgili... temsil ettikleri şahıslar...yaptıkları iş(kamu hizmeti),serbest avukatlara göre farklıdır” sonucuna ulaşılrken DMK 36.madde, Belediye Kanunu 82.madde, Av. Kanunu EK I maddesi, Anayasa 2, 5, 10.maddeleri, İHAS 14.maddesi görmezden gelinmiştir.

Ve kararda “**657 Sayılı yasada kurum avukatlarına verilecek vekalet ücretine ilişkin olarak farklı bir düzenleme yapılmadığı sürece... 4667 Sayılı Yasa uyarınca yapılan değişikliğin, kamu personeli statüsünde bulunan kamu avukatlarına...ödenen vekalet ücretine uygulanan sınırlamayı kaldırdığından söz etmek olanaksız olduğundan**” yargısıyla hukuka uyarlık olmadığı vurgulanıp “bozma” kararı alınmıştır. Dolayısıyla değindiğim “**dağıtıcı adalet**” (diğer türleri de) bazında “**aynıyet**”, “**benzerlik**”, “**ölçülülük**” sunan durumları (= meşru amaca ulaşma) içeren formlar dikkate alınmayarak yorum yapılmış ve “**kanun önünde eşitlik**” tezi zedelenmiş olmaktadır.

Danıştay’ın vekalet ücretiyle ilgili limit konusu (DMK.146) ve bu ücret hakkındaki görüşünde avukatlık unvanı yok sayılmakta, sadece memur sıfatı öne çıkarılarak, idarenin kanunilik ilkesinin yok sayıldığı yönünde yorum yapması, hukuk devleti, hukukun genel ilkeleri ve sosyal hukuk devleti ile anayasaya uygun olma (md.2,5,8) kavramlarını ıskalamaktadır.

Dahası bozma kararında anılan **EK I maddesi** görmezden gelinmiştir. Çünkü **hak ve yükümlülük boyutuyla serbest avukat ve kamu avukatı arasında bir fark yoktur**. Burası dikkate alınmamıştır. Kararda dünyadaki normları hiyerarşileştirme yöntemi uygulaması yok sayılarak (özel yasa, genel yasa çelişkisini ilga eder) karar alınması, temel hukuk ilkelerine, AYM Kararlarına, İÇBK’na (*ki, bu tür kararlara mahkemeler uymalıdır*), doktrine ters düştüğü bilinen bir durumdur.

Danıştay’ın önemli başka bir bağlayıcı kararında (DİBK, K.1988/1) ki, bu karar mahkemeleri bağlar, ortak akla uygun karar verdiği görülür:

Özel ve sonraki kanun hükmü, genel ve önceki kanun hükmü yerine uygulanması gerektiği yolundaki hukuk ilkesi...

Esasen Kamu Avukatları bazında ÜCRETİ VEKALET ve bazı düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğu yer yer savunulabilir ve **itiraz yoluna** gidilmelidir. Ancak normları kademelendirme yöntemi hukuk düzeninde pratik bir yaklaşımdır. Avukatı memur gören kararda, avukatlık sıfatının önde geldiği yok sayılmıştır.

DİBK’nın oybirliği ile alınmaması da kararın uygulanamayacağı anlamına gelmez.

(c) Anayasa Mahkemesi Kararlarında Çözüm

Değerlendirme 2

ANAYASA MAHKEMESİ VERDİĞİ ŞU KARARLARINDA (K.2004/27;K.2004/28) AYKIRILIK İTİRAZINI REDDEDİMiŞTİR: İTİRAZ YOLUNA başvuran mahkeme (İzmir 4.Ağır Ceza M.), 4667 S.K. İLE DEĞİŞİK 164/SON FIKRASININ ilk cümlesi “**Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti AVUKATA AİTTİR**” hükmünün Anayasanın 2, 5, 36. maddelerine aykırılık itirazında bulunur: Avukat, sözleşmeyle ücret alıyor, müvekkil haklı çıkarsa karşı hasma yüklenecek ücret-i vekalet, kazanan müvekkilin olmalıdır. Aksi halde kişi dava açmaktan çekinebilir ve bu durumun “**hak arama özgürlüğüne ve adalet anlayışına aykırı**” olacağı, o nedenle değinilen maddelere aykırı düşüğü.

İtiraz meselesi hükümde, dava bitince tarifeye göre karşı tarafa yüklenecek “**vekalet ücreti avukata aittir**” denmektedir. **Yüksek** Mahkemeye göre (olumlu karar alınmasına karşın), sözleşme yoksa “**vekil müvekkil arasında çıkacak nizaya mani olma amaçlanmıştır yorumunun**” somut dayanağı gözlenememektedir.

Avukatlık Kanunu değişiklik öncesi düzenlemesi “**aksine sözleşme yoksa**” ifadesiyle sözleşmenin asıl olduğu ve **ücretsiz dava alınır**sa Baroya bildirim zorunluluğu olup değişiklik sonrası durumda ise, sözleşmenin yapılmadığı hallerde olasılıklara yer verilmiştir.

Esasen iki tür ücret söz konusudur: 1-**Avukatlık sözleşmesinden doğan ücret**, 2- **Tarife bazında davayı kaybeden tarafa yüklenen ücret.**

İlki **yargılama giderlerine** dahil değildir. Oysa **ikinci tür vekalet ücreti yargılama gideri** sayılmıştır. Bu cümleden kalkarak talep olmasa da DİĞER YARGILAMA GİDERLERİ GİBİ avukata ait vekalet ücretine res’en hükmedilmesi gerekir: CGK.5/4/1996 GÜN, 86/91.

Ceza Genel Kuruluna göre ve kanımca da TARİFEYE göre yüklenecek ücret-i *vekalet* KİŞİSEL bir haktır. Bir temyiz söz konusu olsa dahi kazanılmış hak söz konusu olup uygulamada bu yönde bozma kabul edilmemektedir.

Yargılama gideri olan ücretin vekile mi, müvekkile mi ait olduğu sorunu yargısal kararlarda tartışılmakta olduğu görülür.

Avukatlık Kanunu son 164/son fıkra değişikliği, tarifeye dayanılarak kaybeden hasma yüklenecek vekalet ücreti avukata ait olup iş sahibi borcu nedeniyle “...haczedilemez” denirken, bir görüşe göre ‘kimin adına hükmedileceği’ yasada açık değildir yorumu doğru gözükmemektedir¹³¹.

Çünkü “**avukata aittir**” saptaması, iş sahibinin borcu nedeniyle “...haczedilemez” emredici hükmü ile ücretin müvekkile ait olmadığı anlamına gelir. Şayet iş sahibine ait ise, zaten haczedilebilirdi. Esasen maddenin son cümlesi olmasa da vekalet ücretinin avukata ait sözündeki anlamdan davayı kazanan, hukuki yardım sunan avukat anlaşılmaktadır.

163.MADDE sözleşmenin serbestçe yapılacağını yansıtır. Anılan birinci tür ücret sözleşmesiyle tarifeye göre yargıcın yükleyeceği ücret-i vekalet müvekkile bırakılabilir.

Bu durum kamu avukatları için de geçerlidir. Ancak sözleşme idarenin sözleş-

¹³¹ Bk. AYDIN, Avukatlık Ücreti, 2004,s.252 vd.

mesi türü ile yapılabilir. Ama bu görüş, **yargılama gideri olan ücretin**, sözleşme konusu yapılamayacağı savunmasını da davet eder. O nedenle “**avukata ait**” kavramında kamu avukatı dahil -çünkü savunma işlevi aynı- mutlak bir anlam taşıdığı savunulabilir.

Asıl olan serbest avukat için ücret tarifesinin altında -eğer sözleşme tartışmalı, belirgin değil, yapılmadığı...haller varsa-, 164/3 bazında tarife altında bir ücret kararlaştırılmayacağıdır. Bu saptama, sözleşme konusu bağlamında oluşan sakatlıklarla ilgilidir. **164/2.fıkra vekil-müvekkil arasında kararlaştırılabilecek ücretin hatlarını çizer. Ama ikinci tür yargı gideri - masarifi muhakeme- olarak kaybeden hasma yüklenecek vekalet ücretini, yargıç tarife göre re'sen takdir eder: 164/son, HUMK 423/6.**

Anayasa Mahkemesi Kararındaki yoruma dönersek:

Taraflar da HAK ARAMA BAZINDA bizzat dava açabilir. Savunma hakkı, avukatın danışmanlık hakkını içerdiğinden, sözleşme söz konusu iken yasadaki hatlarla bir meblağ konulacaktır. **Ancak dava sonucu kaybedene yüklenecek yargı gideri engellenmiş olmadığından itiraz yolu gerekçeleri yani hak aramayı engelleme veya adalet anlayışına ters bir durum ya da iptali istenen kuralın bir zorlaştırma yaptığı söylenemez ve iddia edildiği gibi 2, 5, 36.maddelere terslik bulunmamaktadır.**

Anayasa Mahkemesi gerekçeleri doğru olmakla birlikte asıl vekalet ücretinin ikinci türünün “avukata aittir” sözünde yoğunlaşması daha iyi olurdu. Yine de tarife bakılarak yargıcın karşı tarafa yüklediği miktar, savunma hakkının hukuki yardım karşılığıdır. Avrupa standardı da bunu içerir.

Verilen kararın kim kanalıyla temyiz edileceği usul kanunda vardır. Avukat yetkili kılınırsa TEMYİZE gidebilir. Ancak avukata ücret alması için bir hükme varılırsa, ceza davalarında şahsi davacı ya da sanığın temyiz hakkının ortadan kalkacağı ve temyiz yetkisi bulunmayan avukatın bu hususu temyize götüremeyeceği görüşü (ki, şahsi haklarda savcının temyiz hakkı bulunmadığı ve sanığın da hükmü kendi aleyhine temyiz edemeyeceği, yargılama gideri hükmün parçasını oluşturan ücrete eksik hükmedildiği konusunun da temyizine olanak kalmayacağı) **zorlama bir yaklaşım olarak gözlenebilir.** Burada tek doğru “**avukata aittir**” terkinine içkindir.

164/son fıkra değişikliğinde yargılama gideri sayılan ve tarife uyarınca karşı tarafa kendiliğinden yüklenilecek “avukatlık ücretinin”, şahsi davacı veya sanık lehine hükmedilmesi gerektiği yollu önceki kararlar ve istikrarlı uygulamadan dönülmesinin gerekli olmadığı savını CGK da kabul eder (20/4/2004 günlü 47-101 Sayılı Karar).

YKGG, YHD ve YCD'lerinin bir kısmının kararları da aynı yönde olduğu yazılmıştır. Ve YCGK, K.2004/143 kararıyla savcının itirazını yerinde bulup ücretin vekile verilmemesine hükmetmiştir.

Bu yaklaşıma katılmanın (kamu avukatları dahil) olanaksız olduğunu, “Kamu Kurum ve Kuruluşları ile KİT”lerde Görevli Avukatlar” başlığıyla saptanan EK MADDE I gösterebilir. “...Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhalarına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleyle yükümlüdür”.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde (RG 26013:04.12.2005 T.) “avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda”(md.1) ve “Yargı yerlerince Avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti”(md.3), CEZA davalarında “sanık vekili yararına hükmedilecek avukatlık ücreti”(md.13) düzenlemeleri, “**avukata aittir**” hükmünü esas alınmayı yansıtır. Böyle olunca kaybeden tarafa yüklenecek vekalet ücreti 2.türü (yargılama gideri) Yargıtay kararlarında müvekkile aittir tezi, son değişikliklerde esas alınması gereken 164/son fıkrasının (“vekalet ücret avukata aittir”) hükmünün yerine, “müvekkile ait” yorumu zayıf kalmaktadır. Avukatlık Ücret Tarifesinin hazırlanması başlığında (md.168),”işlemlerden alınacak avukatlık ücreti” hükmünden “avukata aittir” ifadesinin hukuki yardımının önemini simgelemektedir.

AYM'nin diğer kararında İTİRAZ reddedilirken (K.2004/27:RG 25732-19.02.2005), “AVUKATA AİTTİR” (md.164/son) ve “**Avukatlık ücretinin takdirinde...hüküm verildiği tarihteki...tarife esas alınır**”(md.168/son) hükümlerinin anayasaya (md.2,36,38) aykırı olduğu itirazını (hak arama özgürlüğünü kısıtladığı) yanıtlarken, **herkesin meşru vasıtalarla hakkını** (iddia-savunma ve adil yargılanma) **arayabileceği**, ücretin avukata yöneltildiği, **ücret sözleşmemesi yapılmamasında hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve uyuşmazlık çıkmasına engel olma amacı güdülmüştür**, denilir. **Ücret yasal güvenceye**(168,164/son) **alınmış olsa da bu durumun bir iç sorun ve avukatlık ücretinin “kişisel hak” olma özelliğini değiştirmemektedir.** Yine HUMK 59 ve Avukatlık K. 35.maddeleri de vekilsiz de dava açılacağına amirdir. “**Vekalet ücreti, savunma hakkının... hukuki danışmanlık görevinin...doğal bir sonucudur. Avukatların ... makul bir ücret almaları gerekir**”. Üstelik bununla karşı tarafa yüklenecek ücretin engellenmediği (hak aramanın zorlaştırılmadığı) dolayısıyla 2 ve 36.maddeye aykırılık bulunmamaktadır.

Suç tarihine göre saptanması(Ceza davalarında) gerekli yargılama giderinin hüküm tarihine göre belirlenmesinin anayasa 38.maddesine aykırı olduğu; Avukatlık K. 168/ son hukuki yardımın tamamlandığı ya da hüküm verildiği dikkate alınırsa avukatlarının emeğinin gerçek karşılığının (ekonomik analiz) takdiri amaçlanmış olmaktadır. Üstelik vekalet ücreti maddi ceza hukukunu değil, USUL HUKUKUNDA yapılacak bir artış değişiminin değişiklik öncesi açılmış davalarda da uygulanacağından benzeri bir düzenlemeyle avukatlık ücretinde de uygulanması anayasa 38.maddeye aykırı olarak değerlendirilemez.

(Tekrar pahasına, DANIŞTAY 11.D. Kararında (K.2003./4924), Zonguldak İdare Mahkemesinin (K.2002/948) Avukatlık K. 164/son fıkrasının istisnasız yargı mercileriyle verilen vekalet ücretinin avukata aittir hükmünden kalkılarak, ücretin kamu avukatlarına limitsiz eşit dağıtılması başvurusunun reddi işleminin iptaline ilişkin alt mahkeme kararının BOZULMASI kararı (avukatlık sıfatı yok farz edilip memurluk sıfatı öne çıkarılır, ancak idarenin tek yanlı yaptırım uygulamasına dayanılır ama sanki kanunlara uymayacağı yaklaşımı da hukuksuzluk üretmekte) alınmıştır. Danıştay, 657 Sayılı DMK 146.MADDESİ OLDUKÇA, kamu avukatlarının vekalet ücretine ait sınırlama kaldırılmış değildir yargısı da hukuksal görülmemektedir).

AYM, değinilen olumlu kararlarında, İHS 14.maddesindeki HAKLAR ve Öz-

gürlükler başlığını dikkate alarak ücretin takdim edilmesinde “meşru amaca yönelmeyi”, **takdir hakkını kullanan yasamanın ücret dağıtımını** öngörüsünde **güdülen amaçla kullanılan araç arasında uygun bir ölçülülük ilişkisi konusunu dikkate almadığı** görülebilir. Dahası aynı işi yapanlara, başka deyimle **işlemede eşitlik** ilkesi atlanarak “**aynîyet**” ve “**benzerlik**” olgularının es geçilerek karar alınması başta anayasa ve Avrupa standardına ters düşmektedir.

(c) Anayasa Mahkemesi Kararlarına Değerlendirmeyi Sürdürme

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, SONRAKİ KANUN ÖNCEKİ KANUNU (KANUNAÇIK HÜKÜM KOYMAMIŞSA, ki, DMK, Belediye Kanunu...açık hüküm koyar ama, çatışma halinde ne olacak sorusu da sorulmalı) örtülü ilga eder yaklaşımını da işaretler. **Normların kademelendirilmesi yöntemini uyguladığını söylemeliyiz. Örneğin bir ihtar kararında**(K.1987/3-02/07/1987 T.) , **Siyasi Partiler Kanunu 121.maddesi bağlamında**, “ Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verir” **hükmünün işletilmesini engellemesi gerekir. “ Kaldı ki, Siyasi Partiler Kanunu SONRAKİ KANUN OLARAK uygulama önceliğine sahiptir. Bu bakımdan istemin Anayasa MAHKEMESİ GÖREVİNE girdiği sonucuna varılmıştır”.**

Mahkeme, BAŞKA BİR KARARINDA (K.1992/5- 14.12.1992T.) “**Bu kanun, T.Ticaret Kanununa göre HEM ÖZEL KANUN, HEM DE SONRAKİ KANUN OLMASI** dolayısıyla öncelikle uygulanması gerekmektedir. Yine “**Hukukta önceki ve sonraki yasa hükümleri arasında bir çelişme olduğu ve yasa koyucu sonraki yasa metnine ilga ile ilgili açık bir hüküm koymadığı durumlarda örtülü yürürlükten kaldırma söz konusudur”** derken eski-yeni kanun çatışmasında kural olarak “**zımnî ilga**” tezinin kabul olunabileceğini işaretler (K.1992/1-10.07.1992 T.). Oysa DANIŞTAY’ın tutumunun ters olduğu da vurgulanmalı. Ancak AYM Kararlarının herkesi bağlayacağı (md.11,153) ne günedir?

Nihayet devlet-kamu kuruluşları kanunları anayasaya uygun olarak uygulamak zorunluluğundadır(md.8). Kanunları uygularken tercih yapmak durumunda değildir (kanunilik ilkesi)

3-Anayasaya Aykırılık ve Normları Hiyerarşileştirmenin Objektif Yöntemlerini Kamu Avukatları Düzenlemelerinde Uygulama (Çatışan Kanunların Ulaştırılması)

Normları hiyerarşileştirmenin (KADEMELENDİRME) objektif yöntemleri bağlamında soruya cevap veren Anayasa Mahkemesi raporlarında, **normlar hiyerarşisini kurmak üzere başvuru araçları** üzerinde anlaşma vardır: Kuşkusuz iç hukuk düzeninde Anayasa en üst hukuk normu düzeyini simgeler. Dolayısıyla Anayasaya aykırı bir alt norm yüksek mahkemece iptal olunur. Bu kural dışında ÖZEL KANUN GENEL KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR (=Lex specialis derogat generali) ölçütü; SONRAKİ KANUN ÖNCEKİ KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR(= Lex posterior derogat priori) ve ÜSTTEKİ KANUN ALTINDAKİ KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR(= Lex superior derogat legi inferiori) kuralları, anayasal hiyerarşi düzenini oluşturmayı gerektiren yöntemler olarak gözlenir (Alman Raporu II, 1.2;İsviçre Raporu II, 2,1; Türk Raporu,1,2 ve

1,3; İspanya Raporu II, 1,2; Belçika Raporu Cour de Cassation, II, 1, 2, NR.31; Cour d'Arbitrage Raporunda ise Belçika'da Anayasa Normları arasında bir hiyerarşi olmadığı vurgulanır, II,1,2; Hollanda Raporu II,1,2; Yugoslavya Raporu II,2,1).

Fransa Raporu ise anayasal değerlerde normların objektif yöntemlerle hiyerarşileştirildiğini savunmanın aşırı bir iddia olacağı, ancak anayasa yargıcının anayasal değerli ilke ve kuralların “**somut içeriğini saptamaya yönelik yorum kurallarını uyguladığını söylemenin**” daha gerçeğe yakın olabileceğini yansıtır. Fransa Raporunda adı geçen hiyerarşileştirme yöntemlerinden başka bazı ek yöntemlerin de eklendiği söylenmeli: “Anayasal ilkelerden sapma olanağı” (anayasada sapmaya açık tutulan olanaklar sınırlı kullanılır)¹³².

657 Sayılı DMK(14.07.1965), on sınıf memur türü öngörmüş ve sınıflandırma yapmıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu(19.3.1969) ise sonradan çıkmış bir özel kanun olarak sadece Avukatlara özgüdür. Dolayısıyla **Lex posterior derogat priori** kuralı gereğince ya da özel kanun bir önceki özel ya da genel kanunu ortadan kaldırır.

Aslında 657 Sayılı DMK, madde 36/V.bendinde “**avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı...**” ifadesiyle yasa koyucunun nesnel iradesini yansıtır. Danıştay da bir kararında (D5.D,K.83/261) 146.maddenin vekalet ücreti konusunda tüm kamu avukatlarına uygulanması görüşü yorumunu yaparak “**genel bir hüküm**” benzetmesini vurgular. Kanımca da 657 DMK (içinden çıkılmaz sınırlamaları ya da istisnalar getirmesi bir yana) tipik bir memurlar genel kanunu olarak görülebilir. 657 Sayılı DMK 1/1.fıkrasında ilgilinin sıfatını, mesleğini belirtmeden “Bu Kanun, genel ve katma bütçeli kurumlar... müdürlüklerinde çalışan MEMURLAR hakkında uygulanır” hükmü; 4.maddesinin memur tanımlaması ve DMK 36/V. fıkrası (“...özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı”) ifadeleri, DMK'nın bir genel yasa olduğunu gösterebilir. Kaldı ki özel yasa da olsa çelişkili hükümlerinin “**zımnen ilga**” yöntemine bağlı olacağı söylenmeli. Üstelik 1982 Anayasa hükümleri (md.128) memur nedir sorusunu yanıtlayamazken, “**diğer kamu görevlisi**” nedir sorusunu da eklemiştir. Ve kamu hizmeti yapan asli ve sürekli görevliler arasında bir ayırım kalmadığı görüşü de dikkat çekmektedir.

DMK'nın 146/3.fıkrası vekalet ücreti öngörüsü (...**vekalet ücretinin yıllık tutarı, birinci derece...aylığınının...yıllık tutarını geçemez**”) hükmü, 570 Sayılı KHK (20.3.1997- RG 13168:07.04.1969) ile değiştirilir (“**Vekalet ücreti yıllık tutarı...on iki katını geçemez**”).

Değindiğim üzere adı geçen Avukatlık Kanunu 164.maddesi de değişikliğe uğratılır(4667 S.Kanun/02.05.2001).

Uygulamada asıl uzlaşmazlık, DMK 146/3 hükmü bazında, DMK'na bağlı avukatların alacağı vekalet ücretinin bir sınırlamaya tutulup tutulamayacağıdır. Önceki kanunun “**aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça**” istisnası, vekalet ücretinin mutlak olmadığı fikrini davet ederken, anılan 164.maddenin ilgili fıkrasınının 4667 Sayılı Kanunla değişikliği, aksinin kararlaştırılmayacağı mutlak ifadesine dönüşmüştür.

¹³² Anayasa Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara,7-10 Mayıs 1990, s.64.

Burada da bir hiyerarşileştirme yöntemi devreye girer: Sonraki kanun önceki çelişik hükmü sıfırlaştırır. Yoksa hukuk düzeni nasıl korunur? İstikrar ilkesi, hukuk düzeni birliği ilkeleri bu dengeyi sağlamıyor mu?

Belki vekalet ücretinin kaynağı ve niteliği çözüm sağlayabilir:

Bu ücret türü (karşı tarafa yüklenen) ilk planda 164/son ve HUMK'tan (md.423/6) üretilmeli. Kuşkusuz burada biricik koşul, davayı vekilin takip etmesidir. Eğer idare avukatla temsil olunmazsa temsil görevini yüklenenlere (mal müdürü, nüfus memuru dava takiplerinde...) vekalet ücreti takdir olunamayacaktır. Başka ifadeyle vekalet ücretini AVUKATLIK SIFATI üretir.

Bu değerlendirme bizi uzlaştıramaz hükümlerin çatışmasında değindiğim "hiyerarşileştirme yöntemlerine" taşıyacaktır. Dolayısıyla uygulanacak kanun sorununda (ki, **emredici hükümler** 164 ve DMK 146 uygulayıcıya bir takdir hakkı ve yetkisi tanımaz) açıkça yürürlükten kaldırma ('ilga') olmadığına göre yapılacak iş, yasama hareketsiz kalırsa hukukun genel ilkeleri, yargı içtihatları ve doktrin'in yol göstermesi kaçınılmazlığı olacaktır.

Yasa koyucunun sonraki kanun koyması iradesinin uygulanma zorunluluğunun kabulü, **uygulanmama için kanun çıkarılmaz** sonucu ile izah olunabilir.

Özetle, örtülü 'ilga' söz konusu olacaktır. Doktrin uygulamada "hiyerarşileştirme yöntemlerini" benimser.¹³³

4-Kamu Avukatlarının Denetimi Sorunu

"Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları"(Kabul:28.10.1988) belgesinin "genel prensipler" başlığı alt 1.başlığı "bağımsızlık" kısmında, "**Avukat üzerine düşen görevlerinin çeşitliliği sebebiyle, her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkenlerden kaynaklanan baskılardan arındırılmış tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadır**" denmektedir.

Kamu Avukatları, kurumlarında, teftiş kurulları vasıtasıyla düzenlenmiş inceleme raporlarıyla yaptırımlara ya da baskılara maruz kalabildiği görülebilir. Örneğin müfettiş avukata hukuk soruları yöneltebilmekte, avukatın hukuki mütalaasının da denetlenmeye kalkıldığı ve avukata disiplin ve adli bakımdan bazı yaptırımlar uygulanabildiği söz konusu olabilmektedir.

Adalet sisteminde silahların eşitliği ilkesi Avrupa boyutunda, savunma gibi önemli bir görev gören memur avukatın mali-parasal boyutlu idari soruşturmaya bağlı kılınması doğal görülebilir. Ancak avukatın yetki alanına giren savunma işlemlerini (dosya hazırlama, dava açma, temyiz yapma...gibi) denetleme, hukuk devletine, adı geçen Avrupa tavsiye kararları bağlamında avukatlık mesleğini özgürce uygulama genel ilkelerine aykırıdır. Avukatlık uzmanlık istediğine göre, yorucu çalışma ilkeleriyle boğuşan bir avukatı müfettişin denetlemeye kalkması, savunmanın özgürce yapılması ilkesini sekteler.

AVUKATLIK Kanununun 1.maddesi, mesleğin önemi yansıtır: "**... Avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder**".

Yargılamanın bir ayağını simgeleyen savunmanın özgürce bağımsız iş yapabilmesi için denetiminin de özellikle kamu avukatlarına özgü bağımsız hukuk kurulları (veya baş hukuk müşaviri) eliyle yapılması ilk akla gelendir. Memur avukatın hukuk ayağı yanı bunu gerektirmektedir. Hatta kamuyu savunma, savcı gibi önem

¹³³ MEMİŞ, s.350.

taşımaktadır. Dolayısıyla kamu avukatlık mesleğini “**diğer kamu görevlileri**” olarak görmeyi savunabiliriz. Kamu avukatlarını kendi özel kanunlarıyla ele alma kâ-
nımca daha doğru olabilir.

İdari işlemlerin kamu yararı amacını gerçekleştirecek uygulamalarda kullanılacak araç da çok önemlidir. Savunma unsuru kurucu bir mekanizma olunca, teftişin amacı olan kamu yararını sağlama, kuşkusuz denetimi yapanın ehil olması ve mevzuatı uygulayabilme, kavrama yetisinin üstün olan hukukçularla yapılması gereklidir. Çünkü “Avukat mutluluk taşıyan tacirdir” diyen bir Fransa Barosu başkanının haklı tanımı, kamu avukatını da aynı potaya sokar. Kamu avukatı kazanınca kamu kazanır, arkasından dolayısıyla bireyler de kazanır. Onun için parasal konular dışında, savunma ayağı araçlarını yerinde analiz ederek noksanları bulma, gereğinde yaptırım uygulamada meslekten uzman kişilerin görev alarak denetim yapması, idarelerin haklı savunmaları için de önem taşımaktadır.

SONUÇ

a) VEKALET ÜCRETİ konusu, önemli kanunlarımızın konusudur. İncelemede görülebileceği gibi aynı işlevi gören farklı statü avukatları arasında özellikle mali haklar boyutu eşitsizlik üretmektedir. Aynı işi yapan bir kamu avukatı 3000 gösterge ile maaş alırken bir diğeri 3600 gösterge ile maaş alabilmektedir. Vekalet ücreti, değişik kamu idareleri ve kamu kurumlarında çalıştırılan avukatların tazminatları, göstergeleri konusunda da değişik öngörüler vardır. Oysa “ayninet” taşıyan ve işlemede eşitlik, kanun önünde eşitlik ölçütleri aynı mali hakların verilmesini içerir.

b) 1389 Sayılı Kanun, ön gördüğü vekalet ücretinin dağıtımını Bakanlar Kurulu talimatına bağlar (md2). Oysa 1982 Anayasası 128.maddesi kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenleneceğini öngörür. Anayasanın 73.maddesinde sadece alt ve sınırları kanunla açıkça saptanmış alanlarda ve formatta vergi ve benzeri yükümleri hükümetin kararına bıraktığı görülür. Öyleyse bu kanun sadece “bütçelerdeki mahkeme harçları tertibinden” (ki, *bugün vekalet ücreti gelir ve gider olarak görülmemektedir*) vekalet ücreti dağıtımını, % 70, % 30 miktarında dağıtım öngörüsünün (“*yapılacak tevziyatın şerait ve miktarı...talimatname ile tayin olunur/ md.2*”) hükümet takdirine bırakıldığı açıktır. Bu durum anayasanın,2,5,8,10 ve 128.maddelerine aykırı düşmektedir. Bu kanunun (2 Şubat 1928) günümüz, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi parametrelerine uymadığı söylenebilir. O nedenle eski evrelerde İTİRAZ YOLU uygulaması düşünülebilirdi.

Ancak 659 Sayılı KHK’yi tekrar ele alıp analizleri sürdürdüğümde sorunun aynı mantıkla değerlendirilebileceği savunulabilir.

Bu kanuna (1389) yolama yapan Belediye Kanunu (md.82) da sakatlanmaktadır. Zaten değinilen “ilga” öncesinde Belediye Kanunu, vekalet ücreti dağıtımında 657 Sayılı DMK 146.maddede öngörülen dağıtımla artan miktarın merkezde bir hesapta toplanması emri karşısında (ki, vekalet ücreti hiçbir kurum hesabında toplanmaz, açık emanet hesaplarına alınır), kamu idaresi olan belediyelerin artan vekalet ücretlerin dağıtımındaki fazlanın ne olacağı, nereye yatırılacağını da ön görmez. Dolayısıyla yollama yaptığı 1389 Sayılı Kanunun anayasaya aykırılığı nedeniyle dağıtımın “kıyasen” yapılacağı hükmü de soyut, kanunla çizilmemiş bir dağıtım gösterdiğinden, idarenin düşüncesine bırakılmış gibi gözlenen bu yaklaşımda zincirleme anayasaya aykırılık oluşturduğu özellikle, AİHS madde 14, anayasa 2,5,8,10 ve 128.maddeler bağlamında söylenebilir. Çünkü AİHM Kararlarında da görüleceği gibi işlemde eşitlik ilkesi, ayniyet ve benzerlik hallerinde aynı işi yapan çalışanlara farklı ücret dağıtımını istikrar ilkesini zedeler.

Son çıkarılan KHK (659) da vekalet ücreti dağıtımında benzer dağıtımlar ön görüp bu kez avukatlara ortak “diğerleri” yani avukat olmayan ama dava takip edebilecek çalışanları ortak yapmaktadır? Ve eski anlayış işi daha da zorlaştırıp sürdürmektedir.

c) 657 Sayılı DMK madde 146 da bizzat kendi içindeki madde 36 hükmünü es geçerek bir vekalet ücreti dağıtımını öngörür. Çünkü “özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip”(md.36) ifadesi, Avukatlık Kanununa yollama yapmakta, ancak “vekalet ücreti avukata aittir” sözünü dikkate almadan bir dağıtım hükmü sınırlaması öngörmektedir.

657 Sayılı DMK, esasen bir genel kanun konseptine yakın olduğu savunulabilir.

Çünkü bunu 1/1 (ilgilinin sıfatı, mesleğine bakılmaz ve memurlara kadro, aylık, haklar bazında genel bir projeksiyon sunar), 4 (özellikle memur tanımı genelleştirilmeye yaklaştırılır), 36 (avukatlık sınıfı özel kanunlarına göre temsil yetkisi olan ruhsatlı ve baroya kayıtlı memur olarak yansıtılır) ve EK I maddesindeki (ki, serbest avukatların hak ve yetkilerine sahip denilmekte) ifadeler, VEKALET ÜCRETİNİN avukatlık mesleğinin bir sonucu (memur değil) olduğu söylenmeli.

ç) Birbirleriyle çelişkili olan yukarıda toplu olarak verdiğim mevzuat (kanunlar) hakkında, Avrupa Anayasa Konferansı Raporlarında vurgulanan NORMLARIN HİYERARŞİLEŞTİRİLMESİ Yöntemleri uygulaması en pratik yol olarak gözlenmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu hem sonraki hem de özel kanun olma vasfını taşımakta olduğu için uygulayıcılar örtülü ilga ölçütünü uygulama durumundadır. Bu şudur: “Ücret-i Vekalet” bir yargı gideri olup (kaynağı HUMK 423/6 ve 1136 S.Av.Kanunu 164/son, 657/md.36 ve Avrupa normu) avukatın hukuk yardımı sonucu bir ücrettir ve mutlaktır. Dolayısıyla 1136/164/son hükmü “avukata aittir” mutlak ifadesi, sonraki veya özel kanun formunu simgelediğinden örtülü ilga ölçütünü üretir. Yargı kararları, doktrinde de bu ölçüt, etkili olarak savunulmaktadır. Şu var ki, son çıkarılan iddialı 659 sayılı KHK (md.14) da özel bir nitelik taşıdığı için sonraki özel kanun içeriğinin etkileri ne olacaktır?

d) Kanun önünde eşitlik, işlemde eşitlik, istikrar ilkesi, hukuk düzeni birliği gibi ilkeler aynı eğitimi, aynı işi yapanlar için eşitlik gerektirir. Dağıtıcı adalet, hakkaniyet, işin ehemmiyeti adaletin eşitlik profilini zedelememelidir. Anayasaya aykırılıklar söz konusudur.

e) Anayasaya aykırılıklar, anayasaya uygun yorum ilkesini devreye sokarak eşit işe eşit ücret dağıtımını sağlayabilir. Ama bu da karmaşık sorunları olan kamu avukatları sorununu çözmez.

f) 1389 Sayılı Kanuna dayalı Tevzi Yönetmeliği de önce dayanak yasaya sonra anayasa 128/son fıkrasına aykırılıklar içermektedir (md.1,2). Çünkü yönetmelik dağıtımı, yürütmeye bırakılmış (oysa kanuna dayalı olmalı) ve sınır çizilmiş değildir. Dağıtımı (bölüşme sınırını tamamen) takdire bırakıyor. Oysa 128.madde açıktır. Üstelik bu Yönetmeliğin dayandığı Kanun (1389) “ilga” olmuştur.

g) 659 Sayılı KHK'nın sorunları çözmek için yola çıktığı konulan hükümlerden anlaşılıyorsa da durumun öyle olmadığı, Anayasa aykırılıkların izah ettiğim gibi sürdüğü ve mevzuattaki çelişkilerin aynı konumlu kamu hizmeti sürenleri bir şemsiye altında toplayamadığı vurgulanabilir. Kamu avukatlarının çalışma usul ve esaslarını düzenleyen kanunların veya değişik mevzuat çeşitlerinin birlikte sorgulanması durumunda normlar hiyerarşisinin yer kurulamadığı gözlenebilir.

Kamu Avukatlarının durumlarının birçok mevzuatta ele alınması işi karmaşık hale sokarken, değindiğim sorunlardan vekalet ücreti, denetim, maaş, gösterge farklılıkları ciddi sapmalar oluşturmaktadır. Ve son KHK'nın eski durumları ya da anlayışları anayasal doğrultuda çözemediği, üstelik, avukatlara avukat olmayanları da eklemlediği söylenmeli.

Kuşkusuz çözümün adresi, anayasa düzlemli bir çıkışla, en doğru, yasa koyucudur.