



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 76 Sayı: 2018/4 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2018

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2018 | Presidency of Ankara Bar Association, 2018
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇİMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AĞAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Dr.
AKBULUT,	Olgun	Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Prof. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŞ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIÇOĞLU,	M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AŞIK,	İbrahim	Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Prof. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Prof. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Dr. Öğr. Ü.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	Oğuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŞPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŞTERZİ,	Süleyman	Prof. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem Suphiye	Prof. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr. Öğr. Ü.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŞIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Prof. Dr.
ÇALIŞKAN,	Yusuf	Prof. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Prof. Dr.
D		
DEĞİRMENCI,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Dr. Öğr. Ü.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.
DEMİRBAŞ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	Huriye Reyhan	Dr. Öğr. Ü.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÜLGER,	İbrahim	Prof. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>
E		
ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Dr.</i>
F		
FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
G		
GEMALMAZ,	Burak	<i>Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Kenker	<i>Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Prof. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ		
HACİMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFİZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
K		
KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ DOĞAN,	Fatma	<i>Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
KENT,	Bülent	<i>Prof. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Prof. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr.</i>
KOCAOĞLU,	Serhat Sinan	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Y. Levent	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>
KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa Serdar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	Işıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Fırat	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Doç. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
S-Ş		

SARAN,	Biröl	<i>Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Prof. Dr.</i>
SEVGİLİ GENÇAY,	Fatma Didem	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA GEZER,	Özge	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
SOYASLAN,	Doğan	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Prof. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŞKIN,	Ozan Ercan	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ ÖZLÜK,	Betül	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>
TİRYAKİOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Doç. Dr.</i>
U-Ü		
ULUŞAHİN,	Nur	<i>Dr. Öğr. Ü.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

UYGUR,	Gülriş	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇİŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>

Y

YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİŐİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayşe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örn. Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR. <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilecek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı President's Messages	XVII
Av. R. Erinç SAĞKAN	

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)	1
Dr. Öğr. Üyesi Esra CENKÇİ	

Çocuk Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Örnek Bir Model: Norveç Çocuk Ombudsmanı	51
Dr. Öğr. Üyesi Yasemin MAMUR İŞİKÇİ Doğukan İNCE	

İdare Hukuku Perspektifinden Sokak Çocukları	75
Doç. Dr. Dilşat YILMAZ	

Zararın Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi	145
Dr. İbrahim GÜL	

Siyaset Yapmak ya da Yapmamak: 2018 İstanbul Barosu Seçimlerine Bir Bakış.....	163
Dr. Seda KALEM, Dr. İdil ELVERİŞ	

MAKALELER (ARTICLES)

Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış	211
Av. H. Argun BOZKURT	

Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi	225
Av. Vedat Ahsen COŞAR	

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar.....	243
Dr. Dilşad Çiğdem SEVER	

Tükenmeyen Özlem; Geleceğin Avukatlığını Karşılayabilecek Bir Avukatlık Yasası	259
Av. İ. Güneş GÜRSELER	

Avukat Erşen Sansal ve Avukat Şenal Sarıhan ile Yuvarlak Masa.....	267
Av. Faruk ÇAYIR – Av. Seçkin TÜRKOĞLU	
Avukatların Sendikalaşması ve Avukatlar Sendikası Pratiği.....	285
Av. Sedef ÜNAL	
Avukatlar ve Liberalizmin Sınırları: Weimar Cumhuriyeti’nde Alman Barosu.....	299
Prof. Dr. Kenneth F. LEDFORD	
Çev.: Kasım AKBAŞ	
Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği Özelinde Vekâlet Ücretlerinin Vergilendirilmesi Tartışmasına Katkı.....	337
Av. Dr. Hasan ORAL	
Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti.....	341
Av. Salih AKGÜL	
Avukatın Edebiyata “Çıkar Amaçlı” İlgi Duyan Bir Adam Olarak Portresi.....	365
Av. Selçuk KOZAĞAÇLI	
OHAL Hukukuna Dahi Uymayan Türkiye 2016-2018 OHAL’i Yahut Hukuk Devleti Taahhüdünün Sonu (OHALDE İnadına Avukatlık).....	375
Av. Doğan ERKAN	
Bir Ankara Yoksunluğu; Adliye Binası	435
Av. Altan Görkem GÜRCAN	
Bir “Yakın Dövüş Sanatı” Olarak” Avukatlık	441
Dr. Orhan Gazi ERTEKİN	
Avukatlık Metodolojisi: Yargının Yargılanması.....	447
Av. Berşan KAYIKÇI	
Adliyede Bir Hayalet Dolanıyor: Verges’in Hayaleti!	451
Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU	
Avukatlığın Erillliği	457
Dr. Esra ERGÜZELOĞLU KİLİM	
Engellilerin Çalışma Hakkı ve Engelli Avukatların Sorunları	465
Av. Turhan İÇLİ	
Güç Dengesizliği ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği Karşısında Arabulucunun Tutumu.....	471
Av. Arb. Yurdağül GÜNDOĞAN	

Avukatlar İçin Alternatif Çalışma Yöntemi “Yarı Zamanlı İşçi Yarı Zamanlı Serbest Avukatlık” İşçi veya İşveren Avukatlar İçin Bir Çözüm Olabilir Mi?	479
Av. Kemal VURALDOĞAN	
Devlet Avukatları, Namıdiğer Kamu Avukatları.....	483
Av. Cumhuri ÇAYCI	
Avukat Sayısını Belirleyen Faktörler: Olan ve Olması Gereken	497
Prof. Dr. Richard L. ABEL	
Çev.: Kasım AKBAŞ	
Avukatlık Mesleğindeki Dönüşüm ve İşçi Avukatlık	519
Av. Yıldırım ÇIVGIN – Av. Fatih GÖKÇE	
İşçi Avukatlar, Namıdiğer Kırmızı Yakalılar ve Avukatlık Mesleğinin Proleterleşmesi Üzerine.....	535
Av. Serap EMİR	
“Yaldızlı Yakalılar”: Avukat Emeğinin Niteliğine İlişkin Bir Giriş Önerisi	555
Dr. Kasım AKBAŞ	

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Kıymetli MeslektaŐlarım,

Elinizde tutmuŐ olduğunuz Ankara Barosu Dergisi “Avukatlık” temalı Özel Sayısı’ nı takdim etmekten Ankara Barosu Başkanı olarak onur duyarım.

Bu sayıda, kutsal mesleğimizle ilgili birbirinden kıymetli pek çok makale bulacaksınız. Aklın ve bilimin ışığında aydınlığa ve insanlığa hizmet etmek için emek verilmiş her bilimsel makale paha biçilmez bir değerdeyken; bu sayıda yer alan makalelerin benim için ayrı bir yerinin olduğunu belirtmek zorundayım. Çünkü mesleğimiz için yaptığımız pek çok Şey, attığımız adımlar, verdiğimiz ve aldığımız hizmetler bazen geçici ve sınırlıyken; elinizde tutmuŐ olduğunuz bu dergi kütüphanelerde durduğa, günün birinde bir meslektaş ya da bir ŐĐrenci tarafından bir kütüphaneden ödünç alındıkça yaŐayacaktır. Avukatlık mesleğine dair pek çok konunun işlendiği ve bin bir emekle hazırlanmış bu sayı, mesleğimize verilmiş zamansız ve mekânsız, tarih üstü bir hizmet niteliğindedir.

Bu sebeple, kutsal mesleğimiz temelinde kıymetli emeklerini ve bilimsel meraklarını yazıya ve kâğıda dökerek Baromuzu, mesleğimizi ve bizleri bilim yoluyla sonsuza eŐitleyen tüm yazarlara sonsuz teŐekkürlerimi sunarım.

Av. R. Erinç SAĞKAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

ÇIKAN YA DA ÇIKARILAN
LİMİTED ORTAĞINA AYRILMA
AKÇESİNİN ÖDENMESİ
(TTK M. 642)*

Dr. Öğr. Üyesi Esra CENKCI**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5396-1591>

DOI: 10.30915/abd.476166

Makalenin Geldiği Tarih: 29.09.2018 **Kabul Tarihi:** 09.10.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Limited ortaklıkta belli koşulların gerçekleşmesi halinde ortaklıktan çıkma ve çıkarma mümkündür. Çıkan ya da çıkarılan ortak, ayrılma akçesi isteme hakkını haizdir. Bununla birlikte, ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesi alternatifli bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır (TTK m. 642). Öngörülen muacceliyet koşulları ile ayrılma akçesinin alacaklıların menfaatlerinin korunması açısından elverişli bir kaynaktan ödenmesi amaçlanmaktadır. Bu kaynakların hangi andan itibaren ödeme yapmaya elverişli hale geldiği belirlenmelidir. Diğer yandan, ayrılma akçesinin ödenmesi bağlamında alacaklıların haklarının korunmasına öncelik tanınması, ayrılan ortağı korumasız bırakmaktadır. Ayrılan ortağın hakları da limited ortaklığa ilişkin prensipler elverdiği ölçüde gözetilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Limited ortaklık, çıkma, çıkarma, ayrılma akçesi, muacceliyet.

PAYMENT OF FINANCIAL SETTLEMENT TO
RESIGNED OR EXCLUDED MEMBER OF LIMITED
LIABILITY COMPANY (TCC Art. 642)

Resignation and exclusion are possible in limited liability company depending on the fulfillment of certain conditions. Resigned or excluded member has the right to demand for financial settlement. However, acceleration of the financial settlement depends on the fulfillment of alternatively certain conditions (TCC Art. 642). It is aimed with the foreseen acceleration clauses that the payment of financial settlement from a convenient resource in terms of protection of creditors' interests. Since when these resources become available for payment must be determined. On the other hand, prioritizing the protection of creditors' rights in the context of the payment of financial settlement leave the separated member unprotected. The rights of separated member must be looked after insofar as the principles concerning limited liability company permit.

Keywords: Limited liability company, resignation, exclusion, financial settlement, acceleration.

GİRİŞ

Limited ortaklık, ülkemizde en çok tercih edilen ortaklık türüdür. Çıkma ve çıkarılma, limited ortaklık uygulamasında gündemden düşmeyen konulardır. Buna paralel olarak, 6762 sayılı TTK’de tek maddede (m. 551) düzenlenen çıkma ve çıkarılma, 6102 sayılı TTK’de önemli yeniliklerle 638. ila 642. maddelerde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yeniliklerden biri de ayrılan ortağa esas sermaye payının karşılığı olarak ödenecek ayrılma akçesi konusundadır^[1]. 6762 sayılı TTK’nin 551/4. maddesinde *ayrılan ortağın haklarının* hangi kaynaktan ödeneceği gösterilmekte, bunlar arasında bir sıralama öngörülmekteydi^[2]. Ne var ki, 6762 sayılı TTK ayrılma akçesinin muacceliyet anını belirleyen bir hüküm içermediği gibi, gerek ayrılan ortağın gerekse ortaklık alacaklılarının haklarının korunması bağlamında da yetersizdi. 6102 sayılı TTK’de ise ayrılma akçesi, “Ayrılma akçesi” üst başlığı altında iki maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Hükümlerin kaynağı İBK’nin 825. ve 825a. maddeleridir. TTK’nin “İstem ve tutar” başlıklı 641. maddesinde, ayrılan ortağın ayrılma akçesini isteme hakkı bulunduğu düzenlendikten sonra ayrılma akçesinin hesaplanması konusunda bir ölçü getirilerek ayrılan ortağın hakkı güvence altına alınmaktadır. “Ödeme” başlıklı 642. maddede ise öncelikle, ayrılma akçesinin hangi hallerde muaccel olacağı üç bent halinde düzenlenmektedir. Ardından, ayrılma akçesinin bir defada ödenememe ihtimali göz önünde bulundurularak ödenmeyen kısım için bir vade öngörülmektedir. Ayrıca, ayrılma akçesi alacaklısı ile diğer alacaklılar arasında bir sıralamaya yer verilmektedir.

[1] Ayrılma akçesi terimi yerine, *ayrılma payı, çıkma payı, çıkarılma payı, sermaye payı* gibi terimlerin kullanıldığı da görülmektedir. Bk. *Öztürk Dirikkan*, H.: Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005, s. 105 vd.; *Yıldırım*, A. H.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Hakkı Sebep Feshi, Bursa 2013, s. 302; Y. 11. HD, 03.02.2015, E. 2014/15047, K. 2015/1168, *Kendigelen*, A. / *Zengin*, İ. Ç. / *Tokcan*, F. P. / *Sönmez*, N. S. / *Güney*, Z.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2015-2016), İstanbul 2018, s. 466-467; Y. 11. HD, 14.12.2015, 5963/13436, *Yargıtay Kararları*, s. 464; Y. 11. HD, 22.02.2016, E. 2015/6539, K. 2016/1814, *Yargıtay Kararları*, s. 463; Y. 11. HD, 09.06.2015, E. 2014/11571, K. 2015/7969, *Yargıtay Kararları*, s. 472.

[2] 6762 sayılı TTK’nin 551/4. maddesi şu şekildedir: “Bir ortağın şirketten çıkması veya çıkarılması, ancak esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümlere riayet şartıyla muteberdir. Şu kadar ki, ayrılan ortağın hakları, şirketin esas sermayesinin itibari miktarını geçen mallarından ödenir veya payı sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi hakkındaki hükümler gereğince paraya çevrilirse yahut başka bir ortak tarafından devralınırsa esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümlere riayet etmeye lüzum yoktur”.

642. madde ile hangi değerlerin korunduğu belirlenmeli; bu değerler perspektifinde ayrılma akçesinin hangi andan itibaren muaccel hale geldiği tespit edilmelidir. 642. maddenin, 641. madde ile ne derece uyumlu olduğu ile bu uyumun sağlanması bağlamında hakim in yetkileri incelenmelidir. Bu amaçla aşağıda öncelikle limited ortaklıkta çıkma ve çıkarmanın koşullarına genel itibariyle değinilmiş; ayrılma akçesine ilişkin kısa bilgilendirmeden sonra muacceliyet halleri incelenmiştir. Nihayet, ayrılan ortağın ayrılma akçesine ilişkin hakkının yeteri kadar korunmadığı sonucundan yola çıkılarak, bu korumayı sağlayıcı esaslar üzerinde durulmuştur.

I. LİMİTED ORTAKLIĞIN YAPISI

TTK'nin 124/2. maddesi uyarınca limited ortaklık bir sermaye ortaklığıdır. Limited ortaklığa ilişkin hükümlerde de buna paralel olarak, ortaklığın esas sermayesinin belirli olduğu ve esas sermaye paylarının toplamından oluştuğu, asgari on bin Türk Lirası değerinde sermayesinin bulunması gerektiği, ortaklığın borçlarından dolayı ortaklarının sorumlu olmadığı ve fakat sadece ortaklığın kendi malvarlığıyla sorumlu olduğu düzenlenmektedir (TTK m. 573, 580, 602). Bu bağlamda, limited ortaklıklar, üçüncü kişilere karşı tüm malvarlığıyla sınırsız sorumludur; ortaklık alacaklıları alacaklarını yalnızca ortaklığın malvarlığından tahsil edebilir; ortaklığın borçları nedeniyle ortaklara başvurulamaz^[3]. Dolayısıyla ortaklığın malvarlığının korunması alacaklıların hakları açısından ayrı bir öneme sahiptir. Sermaye ise, ortaklığın malvarlığı unsurları arasında alacaklıların haklarının asgari güvencesini oluşturmaktadır. Bu nedenle kanunda sermayeyi koruyucu tedbirlere yer verilmiştir^[4].

Diğer yandan, tipik bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıktan farklı olarak limited ortaklık bünyesinde kişisel unsurları barındırmaktadır. Örneğin, ortak sayısının sınırlandırılmış olması, esas sermaye payının devrinin zor olması ve hatta yasaklanabilmesi, ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü getirilebilmesi, ortakların bağlılık yükümlülüğünün bulunması ve ortaklar için

[3] Çamoğlu, E.: Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması, İstanbul 1969, s. 10 vd.; Çamoğlu, E.: İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri, İÜHF 1973, C. XXXVIII, S. 1-4, (s. 499-519), s. 510 vd. Kamu borçlarından sorumluluk buna istisnadır (6183 sayılı Kanun, m. 35). Ayrıca Yargıtay son dönemde vermiş olduğu kararlarda, ortaklık alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa İİK m. 89 uyarınca başvurabileceğini içtihat etmektedir (YHGK, 11.05.2016, 2014/12-1078, 2016/600, www.kazanci.com.tr; Y. 12. HD, 21.02.2017, E. 2016/11303, K. 2017/2312, www.sinerjimevzuat.com.tr).

[4] TTK m. 580, 581, 592, 597, 601, 605, 608, 609, 610, 611, 612, 633, 642 vb.

rekabet yasağı getirilebilmesi, her bir ortağın haklı sebeple ortaklığın feshini isteyebilmesi, ortaklıktan çıkma ve çıkarma imkânının bulunması gibi şahıs ortaklığına özgü hususlar limited ortaklıkta da söz konusudur. Uygulamada bu ortaklıkların tamamına yakınının az ortaklı -daha çok iki ortaklı- olduğu görülmektedir^[5]. Bu nedenle limited ortaklıkta ortaklar arası ilişkilerde, şahıs ortaklıklarında olduğu gibi, güven unsuru belirleyici olmaktadır. İşte, dış ilişkide sermaye ortaklığına benzetmesi, iç ilişkide ise kişisel unsurlar barındırması limited ortaklığı karma yapılı hale getirmektedir^[6].

II. LİMİTED ORTAKLIKTAKI ÇIKMA VE ÇIKARMA

Ortaklar arasındaki ilişkinin güvene dayalı olması, güveni bozan sebepler ortaya çıktığında ortaklık ilişkisinin temelden sarsılmasına yol açmaktadır^[7]. Ortaklık ilişkisini sarsan sebebin ortadan kaldırılması bakımından çıkma, çıkarma ve fesih imkânları önemli işlev üstlenmektedir. Bu çözüm yolları arasında fesih, son çare (*ultima ratio*) olarak görülmelidir. Zira bu sayede ortaklık sona ermekten kurtarıldığından diğer katılanların (diğer ortakların, alacaklıların, işçilerin) ortaklığı devamına bağlı menfaatleri korunabilmektedir^[8].

[5] TOBB tarafından aylık yayımlanan kurulan-kapanan şirket istatistiklerinden tespit edebildiğimiz kadarıyla Türkiye’de 2013 yılından bu yana en fazla iki ortağı bulunan limited ortaklıkların toplam sayıya oranı % 90 civarındadır. Bk. <https://www.tobb.org.tr> (e.t.10.06.2018)

[6] *Alışkan*, M.: Limited Şirket–Tarihçe Niteliği, İstanbul 2013, s. 84; *Baştuğ*, İ.: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, s. 13-16; *Çamoğlu*, Alacaklıların Korunması, s. 16; *Çamoğlu*, E.: Limited Ortaklıktan Çıkarılma, BATİDER 2014, C. XXX, S. 3, (s. 5-20), s. 11; *Forstmoser*, P.: Das neue Schweizer GmbH-Recht, in: Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht, Zürich 2007, (s. 28-44), s. 36-38; *Forstmoser*, P.: Das neue schweizerische GmbH-Recht–Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Böckli, P. / Forstmoser, P. (Hrsg.), Zürich 2006, (s. 45-74), s. 47-49; *Öztürk Dirikkan*, s. 25; *Pulaşlı*, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara 2014, § 61, N. 1; *Şener*, O. H.: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 10; *Taşdelen*, N.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012, s. 75, 78; *Tekinalp*, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, N. 18-01; *Yıldız*, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 55-56, 65-66.

[7] Y. 11. HD, 16.11.2015, 4802/12025, *Yargıtay Kararları*, s. 465; Y. 11. HD, 09.06.2015, E. 2014/11571, K. 2015/7969, *Yargıtay Kararları*, s. 472.

[8] *Baştuğ*, s. 46; *Çamoğlu*, Çıkarılma, s. 15; *Çamoğlu*, E. (Poroy, R. / *Tekinalp*, Ü.): Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, İstanbul 2017, N. 1679; *Çamoğlu*, E.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimnin Takdir Yetkisi, BATİDER 2015, C. XXXI, S. 1, (s. 5-19),

Ortak açısından da çıkma yolu, fesih davasında hakim tarafından hükmedilen başkaca bir tedbire maruz kalmadan, ortaklığın feshini takiben gerçekleşecek olan tasfiye prosedürüne takılmadan ve çoğu zaman tasfiye payından daha yüksek miktarda ayrılma akçesine hak kazanarak çekilmez hale gelen ortaklık ilişkisini sona erdirmeye fırsatı sunduğu için daha elverişlidir^[9].

1. Çıkma

Çıkma (*Austritt*), ortağın ortaklık sıfatını kendi iradesiyle sona erdirmesidir. Ortak, ortaklık sıfatını payını devrederek de sonlandırabilir. Ancak bunun için pay devrinin yasaklanmamış olması, esas sermaye payını devralmaya talipli kişi bulunması ve ortaklar genel kurulunun devre onay vermesi gerekmektedir (TTK m. 595). Çıkma, özellikle bu koşullar sağlanamadığında, ortağa ortaklıkla ilişkisini sona erdirmeye imkânı sunmaktadır^[10].

Ortak, ilk olarak, ortaklık sözleşmesinde tanınan hakka dayanarak ortaklıktan çıkabilir (TTK m. 638/1, sözleşmesel çıkma hakkı). Ortaklık sözleşmesinde sadece çıkma hakkının varlığı belirtilebileceği gibi, çıkma sebepleri gösterilebilir ve/ya çıkma hakkının kullanılması koşula bağlanabilir. Bu koşullar gerçekleştiğinde ortak, çıkma beyanında bulunarak ortaklıktan çıkabilir^[11]. Çıkma beyanı, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir; ortaklığa ulaşmasıyla

s. 9-10; Şahin, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, (s. 175-210), s. 175; Şahin, A.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2013, s. 17; Öztürk Dirikkan, s. 29-30; Şener, s. 881; Taşdelen, s. 238-239; Y. 11. HD, 14.09.2015, 4158/9153, *Yargıtay Kararları*, s. 458.

[9] Öztürk Dirikkan, s. 30; Sanwald, R.: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, SSHW Band/Nr. 280, Zürich / St. Gallen 2009, s. 325, 338; Şahin, s. 392; Şahin, A.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, MÜHFHAD, C. XVIII, S. 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), (s. 851-858), s. 856.

[10] TTK'nin 595/5. maddesine göre, ortaklık sözleşmesinde pay devri yasaklanmışsa veya genel kurul devre onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple çıkma hakkı saklıdır. Bu fıkrada sayılan haller per se haklı sebep oluşturmaz; ortağın çıkması için başkaca haklı sebep bulunmalıdır (Gürpınar, B.: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma, GÜHFD 2016, C. XX, S. 2, (s. 73-101), s. 97; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 179; Şahin, Çıkma ve Çıkarma II, s. 853; Şener, s. 322). Aksi yönde bk. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1675n.

[11] Ortaklık sözleşmesinde, koşullar oluştuğunda çıkmanın kendiğilinden gerçekleşeceğine dair düzenleme öngörülebileceği yönünde bk. Öztürk Dirikkan, s. 27; Taşdelen, s. 177.

birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur^[12]. İkinci bir yol olarak ortak, haklı sebeple çıkma davası açabilir (TTK m. 638/2, kanuni çıkma hakkı). Ortağın kanuni çıkma hakkı mutlak nitelikte olup bu hakkın kaldırılması mümkün değildir^[13]. Haklı sebeple çıkma, bu yöndeki mahkeme / hakem kararının kesinleşmesiyle gerçekleşmektedir^[14]. Son olarak ortak, çıkmaya katılma (*Anschluss-Austritt*) yoluyla da çıkma hakkını kullanabilir (TTK m. 639). Bu hakkın kullanılması, evvelinde, ortaklardan birinin sözleşmesel ya da kanuni çıkma hakkını kullanmasına bağlıdır. Müdürün diğer ortakları bu durumdan haberdar etmesi üzerine, her bir ortak, 639/2. maddedeki esaslar uyarınca çıkmaya katılabilir. Bu şekilde çıkan tüm ortaklar, esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulurlar (TTK m. 639/3).

Ortak, haklı sebeple fesih davası açarak ve davanın sonunda verilen fesih kararı ile de ortaklık ilişkisini sona erdirebilir. Bu davada mahkeme, fesih yerine, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başkaca bir çözüme hükmedebileceği gibi, davacı ortağın çıkarılmasına karar vermeye de yetkilidir (TTK m. 636/3). Buradaki çıkarma teknik anlamda çıkarma olmayıp çıkmadır^[15]. Zira mahkemenin kararı, ortağın ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesine yönelik talebine dayanmaktadır.

[12] *Baştuğ*, s. 42; *Buz*, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 254; *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1680a; *Öztürk Dirikkan*, s. 31-32; *Sanwald*, s. 51-55; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 177; *Şener*, s. 916; *Taşdelen*, s. 178, 197.

[13] *Demirkapı*, E. / *Yıldırım*, A. H.: İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, (s. 435-466), s. 462; *Forstmoser*, Stellung der Gesellschafter, s. 70; *Öztürk Dirikkan*, s. 38; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 179; *Şener*, s. 879; *Yıldırım*, s. 309.

[14] *Baştuğ*, s. 51-52; *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1675j, 1680b; *Sanwald*, s. 51-55; *Şener*, 916; *Taşdelen*, s. 182, 197; Y. 11. HD, 07.12.2015, E. 2015/5541, K. 2015/13068, <https://emsal.yargitay.gov.tr>. HMK'nin 439/4. maddesi uyarınca, hakem kararına karşı iptal davası açılması, kararın icrasını engellemez. Kararın icra edilebilir nitelikte olması ile kesinleşmesi aynı şey değildir. Çıkma (ya da çıkarma) kararı inşai nitelikte olduğundan icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmektedir. Nitekim bk. Y. 11. HD, 12.03.2015, E. 2015/1027, K. 2015/3429, www.sinerjimevzuat.com.tr.

[15] *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1679b; *Çamoğlu*, Fesih, s. 11; *Forstmoser*, Stellung der Gesellschafter, s. 71; *Pfenninger*, M.: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (OFK-Orell Füssli Kommentar), Kostkiewicz, J. K. / Wolf, S. / Amstutz, M. / Fankhauser, R. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 822, N. 1; *Sanwald*, s. 323; *Şahin*, s. 395; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 19-46.

2. Çıkarma

Çıkarmada (*Ausschluss*) ortak, bu sıfatını iradesi dışında, ortaklığın kararıyla ya da ortaklığın talebi üzerine mahkemenin kararıyla kaybetmektedir. Ortak ilk olarak, ortaklık sözleşmesinde öngörülen sebeplere istinaden genel kurul kararı ile çıkarılabilir (TTK m. 640/1, 577/1,1, sözleşmesel çıkarma hakkı). Ortaklık sözleşmesinde çıkarma sebeplerinin yanı sıra çıkarma şartları da gösterilebilir^[16]. Çıkarma kararı oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bulunduğu genel kurul toplantısında, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin kabulüyle alınabilmektedir (TTK m. 621/1,h). Çıkarmanın hüküm ve sonuçları, genel kurul kararının ortağa tebliğ edildiği tarih itibarıyla doğmaktadır^[17]. Çıkarılan ortak, bu karara karşı, kararın kendisine noter aracılığıyla bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir (TTK m. 640/2). Bundan başka ortak, ortaklıktan haklı sebeple çıkarılabilir (TTK m. 640/3, kanuni çıkarma hakkı). Ortağın haklı sebeple çıkarılmasına ortaklığın istemi üzerine hakim karar verir. Ortaklığın mahkemeden istemde bulunabilmesi için genel kurul tarafından bu yönde karar alınması şarttır (TTK m. 616/1,h). Bu karar da oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bulunduğu genel kurul toplantısında, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin kabulüyle alınabilmektedir (TTK m. 621/1, h). Bu halde çıkarma, mahkemenin / hakemin bu yöndeki kararının kesinleşmesiyle gerçekleşmektedir^[18].

3. Çıkma ve Çıkarma Bağlamında “Haklı Sebep” Kavramı

Haklı sebep kavramı, limited ortaklığa ilişkin hükümler arasında açıklanamamaktadır. Bununla birlikte, haklı sebep tanımlanırken kollektif ortaklığa ilişkin TTK'nin 245. ve 255. maddelerinden yararlanılabilir. Buna göre haklı sebep, objektif iyi niyet kurallarına göre ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez kılan hukuki bir olgudur. Bu olgu, ortağı ortak olmaya yönelten sebeplerin ortadan kalkması, ortaklık amacının gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi ya da güçleşmesi nedeniyle ortaya çıkabilir^[19]. Haklı sebebin kaynağı bir ortağa ilişkin olabileceği gibi, ortaklar arası ilişkiler ya da ortaklığın iç işleyişi olabi-

[16] Çamoğlu, Çıkarılma, s. 6.

[17] Çamoğlu, Çıkarılma, s. 8; Çamoğlu (*Poroy / Tekinalp*), N. 1677e; Şener, s. 917; Taşdelen, s. 227.

[18] Baştuğ, s. 60; Çamoğlu, Çıkarılma, s. 15; Öztürk Dirikkan, s. 149; Şener, s. 918; Taşdelen, s. 227.

[19] Baştuğ, s. 44, 45; Çamoğlu, E.: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008, s. 23-34, 36; Şahin, 16-17; Taşdelen, 180-188; Y. 11. HD, 14.01.2014, E. 2012/9121, K. 2014/728, www.sinerjimevzuat.com.tr.

lir^[20]. İleri sürülen vakıaların haklı sebep teşkil edip etmediğini, somut olayın özelliklerine göre hakim belirler.

Haklı sebep, sürekli borç ilişkisi doğuran limited ortaklıktan çıkmayı, çıkarılmayı ve hatta ortaklığın sona erdirilmesini adil kıldığı için ahde vefa ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Temelinde, kişilik haklarının korunması amacı ile dürüstlük kuralı yatmaktadır. Bu nedenle, haklı sebep kavramına kanunun sonuç bağlayan hükümleri emredici niteliktedir^[21].

Çıkma için aranan haklı sebep, ortağın bizzat kendisinden, ortaklığın iç işleyişinden ya da ortaklar arası ilişkilerden kaynaklanabilir. Ortağın tamamen ya da büyük ölçüde kendi kusurundan doğan bir sebebe dayanarak çıkma talep etmesi mümkün değildir^[22]. Çıkarmada ise haklı sebep, ancak o ortağa ilişkin bir sebep olabilir; ortak, başka bir ortağın kusurlu davranışları nedeniyle ortaklıktan çıkarılamaz^[23].

4. Çıkan veya Çıkarılan Ortağın Esas Sermaye Payının Durumu

Çıkan ya da çıkarılan ortağın ortaklık sıfatı sona ermektedir; bundan böyle ayrılan ortak, ortaklık karşısında üçüncü kişi konumundadır^[24]. Ortaklık, tüm

[20] Aker, H.: Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 1, (s. 63-150), s. 87-88; Baştuğ, s. 47-49; Çamoğlu, Haklı Sebep Fesih ve Çıkarma, s. 44 vd.; Öztürk Dirikkan, s. 43-45.

[21] Çamoğlu, E.: Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, (s. 289-307), s. 290; *Mineliler*, Z.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi, GÜHFD 2012, C. XVI, S. 3, (s. 95-117), s. 98; Öztürk Dirikkan, s. 38-39; Taşdelen, s. 179-180.

[22] Baştuğ, s. 48; Çamoğlu (*Poroy / Tekinalp*), N. 1675o; Şener, 886; Taşdelen, s. 183; Y. 11. HD, 08.06.2015, 2292/7902, *Yargıtay Kararları*, s. 466.

[23] Aker, s. 99; Baştuğ, s. 56; Çamoğlu, Çıkarılma, s. 12; Çamoğlu (*Poroy / Tekinalp*), N. 1678f-h; Öztürk Dirikkan, s. 70-74; Sanwald s. 327; Şener, s. 908; Taşdelen, s. 223; Üçışık, G.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, (s. 189-207), s. 200.

[24] Germann, N. 2188; Öztürk Dirikkan, s. 99; Sanwald, s. 50. Kısmi fesih teorisine (*Theorie der Teilauflösung*) göre ise, ayrılma akçesinin tamamen ödenmesini konu alan tasfiye süreci tamamlanıncaya kadar ortağın ortaklık sıfatı devam etmektedir. Ayrılma kesin olarak ayrılma akçesinin tamamen ödenmesiyle gerçekleşmektedir. Başlangıçta şahıs ortaklıkları için tasarlanıp sonradan sermaye ortaklıklarına genişletilen bu teorinin temelinde, ortakların kişiliklerinin ortaklığın özünü oluşturduğu, bu niteliği nedeniyle kişi değişikliğinin ortaklığın anılan karakterini etkilediği; bu nedenle ortaklığa girmeden yeni kuruluşun,

ortaklık hak ve borçları açısından birleşik bir hukuki ilişki olduğundan ortağın limited ortaklıktan ayrılması, ancak tamamen ayrılma şeklinde gerçekleşebilir^[25]. Birden fazla esas sermaye payına sahip olan ortağın, ortaklıktan kısmen ayrılması; esas sermaye paylarının bir kısmı itibariyle ortaklık sıfatının devam etmesi mümkün değildir.

Şahıs ortaklıklarından farklı olarak sermaye ortaklıklarında ortağın ayrılmasıyla esas sermaye payı ya da ortaklık mevkii ortadan kalkmamaktadır^[26]. Esas sermaye payı, alacaklıların korunması ihtiyacı nedeniyle ancak sermayenin azaltılması yoluyla yok edilebilir. Paylar mevcut olduğu sürece, paya bağlı haklar ve yükümlülükler de yok olmamaktadır^[27]. O halde, ayrılan ortağın esas sermaye payları ile bu paylara bağlı hakların ve yükümlülüklerin akıbeti nedir? TTK'nin 642. maddesi uyarınca, ayrılan ortağın esas sermaye payı üzerinde ortaklık, sadece payın bizzat ortaklık tarafından iktisap edilmesi, devri ya da itfası şeklinde tasarrufta bulunmaya yetkilidir. Bunun dışında ortaklığın, söz konusu paylar üzerinde ortaklık sıfatı bulunmadığı gibi, bu payların sahibine sağladığı haklar ile getirdiği yükümlülükler de ortaklığa ait değildir^[28]. Ayrılma ile birlikte ortaklık sıfatını kaybeden ortağın da bu paylar üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi kalmamıştır. Bu itibarla, 642/1. maddede sayılan işlemlerden herhangi biri gerçekleşene dek, ayrılan ortağın esas sermaye payları sahiptir ve bu paylara ilişkin haklar ve yükümlülükler donmaktadır^[29].

ortaklıktan çıkmadan ise kısmi feshin anlaşılması gerektiği düşüncesi yatmaktadır (*Sanwald*, s. 48-50).

- [25] *Böckli*, P.: Das neue schweizerische GmbH-Recht—was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Böckli, P. / Forstmoser, P. (Hrsg.), Zürich 2006, (s. 3-43), s. 41; *Sanwald*, s. 47. Karşı görüş için bk. *Bahtiyar*, M.: Ortaklıklar Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 444.
- [26] *Germann*, S.: Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, SSHW Band/Nr. 327, Zürich / St. Gallen 2015, N. 2189.
- [27] *Sanwald*, s. 57-58.
- [28] *Şener*, s. 919.
- [29] *Baştuğ*, s. 92; *Şahin*, s. 445; *Yıldırım*, s. 289. Sermaye ortaklıklarında sahiptir esas sermaye payı olamayacağından, ayrılmayla birlikte söz konusu paylara ilişkin ortaklık sıfatının ortaklığa geçeceği yönünde bk. *Sanwald*, s. 20, 60.

III. ÇIKMA VE ÇIKARMANIN MALİ SONUCU: AYRILMA AKÇESİ (ABFİNDUNG)

1. Ayrılma Akçesi Hakkında Kısa Bilgi

Çıkan ya da çıkarılan ortak, esas sermaye payını ve payın sağladığı hakları kaybetmektedir. Bu kaybın ekonomik olarak denkleştirilmesi; ortağın ayrılmadan önceki ekonomik durumunun ayrılmadan sonra da korunması amacıyla ayrılan ortağa esas sermaye payının gerçek değerine uyan miktarda ayrılma akçesi isteme hakkı tanınmıştır^[30]. Ayrılan ortağa bu hakkın tanındığı 641. madde emredici niteliktedir. Bunun ilk sonucu, ayrılan ortağın ayrılma akçesini istem hakkının ortaklık sözleşmesiyle kaldırılamaması ve bu sonucu doğuracak nitelikte sınırlamalara da tabi tutulmamasıdır^[31]. Bununla birlikte, alacak hakkı doğduktan sonra ayrılan ortak bu hakkından vazgeçebilir^[32]. Diğer sonucu ise, ayrılma akçesinin ödenmesi için mahkemenin ayrıca bu yönde karar vermesinin gerekli olmamasıdır.

Ayrılma akçesi, ortaklık sıfatı kaybedildikten sonra hak kazanılması itibariyle, ortaklık sıfatına bağlı bir hakkın konusu olan tasfiye payı alacağından ayrılır. Öte yandan kaynağı, ortağın bu sıfatını kaybetmeden evvelki statüsü olduğundan, ayrılma akçesinin miktarına ve ödenmesine ilişkin esaslar belirlenirken ortaklıklar hukukuna özgü durumlar dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, ayrılma akçesi bir yönüyle borçlar hukuku; diğer yönüyle ortaklıklar hukuku karakterli bir istem hakkı doğurmaktadır^[33].

[30] *Sanwald*, s. 83; *Şener*, s. 921; *Taşdelen*, s. 200-201.

[31] *Bahtiyar*, s. 445; *Germann*, N. 2201; *Gürpınar*, s. 94; *Siffert*, R. / *Fischer*, M. P. / *Petrin*, M.: *Stämpflis Handkommentar*, Bern 2008, Art. 825, N. 3; *Stäubli*, C.: *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Honsell, H. / Vogt, P. N. / Watter, R. (Hrsg.), Basel 2016, Art. 825, N. 2; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 201; *Şener*, s. 925; *Taşdelen*, s. 204; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-53; *Trüeb*, H. R.: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Roberto, V. / Trüeb, H. R. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art. 825, N. 4a; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 277; *Yıldırım*, s. 309. Öte yandan 641/2. madde uyarınca sözleşmesel çıkma hakkı bağlamında aksi yönde bk. *Baştuğ*, s. 80, dn. 247; *Dubs*, M.: *Der Austritt aus der GmbH*, REPRAX 1/2002, (s. 23-39), s. 32; *Favalli*, D.: *Die Übertragung eines Stammanteils sowie der Austritt und der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH*, SZW 1999, (s. 92-97), s. 95; *Sanwald*, s. 86, 89; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 202.

[32] *Germann*, N. 2190; *Sanwald*, s. 85, 86.

[33] Ayrılan ortak ortaklık karşısında üçüncü kişi statüsünde olduğundan ayrılma akçesinin borçlar hukuku karakterli bir alacak olduğu yönünde bk. *Germann*, N. 2186, 2188; *Öztürk Dirikkan*, s. 145; *Sanwald*, s. 47, 84; *Şener*, s. 922; *Yıldırım*, s. 303.

Ayrılma akçesinin borçlusu ortaklıktır; kalan ortaklar ayrılma akçesinin ödenmesinden sorumlu tutulamaz^[34].

Ayrılma akçesi, ayrılan ortağın “esas sermaye payının gerçek değerine uyan” miktarı ifade etmektedir (TTK m. 641/1). Bu miktar, ortaklığın malvarlığının ortağın esas sermaye payına düşen kısmıdır^[35]. Esas sermaye payının gerçek değeri hesaplanırken, yaşayan işletme içindeki piyasa değeri esas alınmalıdır^[36]. Bu belirlemenin sonucunun negatif bir değer olması, ayrılan ortağı ortaklığa karşı borçlu hale getirmez. Zira sorumluluğu sermaye payıyla sınırlı olan ortağa, ortaklığın zararları nedeniyle bundan öte bir sorumluluk yüklenemez^[37]. Sözleşmesel çıkma hakkına^[38] istinaden ödenecek ayrılma akçesi bakımından ortaklık sözleşmesinde farklı bir hesaplama yöntemi öngörülebilir (TTK m. 641/2). Örneğin, ayrılma akçesinin esas sermaye payının satış değeri, nominal değeri ya da vergi değeri üzerinden hesaplanacağı belirlenebilir^[39].

[34] Öztürk Dirikkan, s. 153; Sanwald, s. 84; Şahin, s. 466; Trüeb, CHK, Art. 825, N. 1; Yıldırım, s. 304-305; Y. 11. HD, 27.01.2009, E. 2007/6170, K. 2009/821, Moroğlu, E. / Kendigelen, A.: İçtihatlı ve Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 491.

[35] Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1680c.

[36] Baştuğ, s. 80-81; Çamoğlu, Çıkarılma, s. 17-18; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 116; Öztürk Dirikkan, s. 109; Sanwald, s. 92-93; Şahin, s. 468; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 198; Taşdelen, s. 202-203.

[37] Baştuğ, s. 82; Sanwald, s. 90. Y. 11. HD, 18.02.2015, E. 2014/17007, K. 2015/2123: “... öz sermayenin -111.235,26 TL olduğu ve gerçek değerlere göre davalının ayrılma akçesi talebinin yerinde bulunmadığı gerekçesiyle... talebinin reddine...” (Yargıtay Kararları, s. 474). Öte yandan, ortaklığın borca batık durumda olduğundan bahisle, ayrılma akçesinin belirlenmesi talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığı; çıkarılan ortağın ileride buna yönelik dava açabileceği yönündeki Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir (Y. 11. HD, 09.06.2015, E. 2014/11571, K. 2015/7969, Yargıtay Kararları, s. 472). Zira ortaklık borca batık olduğu için ayrılma akçesinin ayrılma anında muaccel hale gelemeyecek olması ile ayrılma akçesinin ayrılma anına göre hesaplanması aynı şey değildir.

[38] Her ne kadar 641/2. maddede, ortaklık sözleşmesinde öngörülen *ayrılma hakkı* ifadesi kullanılmış olsa da, gerek hükmün gerekçesinden, gerek TTK'nin 577/1.k. maddesinden, gerekse ayrılma akçesinin ortaklık sözleşmesinde farklı şekilde belirlenmesine *çıkma hakkı* bakımından izin verilen mehz İBK m. 825/2 hükmünden bu ifadenin yalnızca çıkmayı kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim bk. Sanwald, s. 88; Şener, s. 923; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 202; Trüeb, CHK, Art. 825, N. 5. 641/2. maddenin çıkarmayı da kapsadığı yönünde bk. Taşdelen, s. 228; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-53.

[39] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, s. 3223; Pfenninger, OFK, Art. 825, N. 4; Sanwald, s. 88-89, 101; Stäubli, BSK, Art. 825, N. 2; Şener, s. 924; Trüeb, CHK, Art. 825, N. 4.

Ayrılan ortak ile ortaklık gerçek değer konusunda anlaşabileceği gibi, bu değer taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece atanacak bilirkişiler tarafından da belirlenebilir (TTK m. 597). Ayrılma akçesinin miktarı konusunda ayrılan ortak ile ortaklık arasında bir anlaşma bulunmadığı takdirde, çıkma ve çıkarma davasında mahkeme ayrılma akçesini de belirlemelidir. Zira çıkma ve çıkarma talebi, ayrılmanın mutlak sonucu olan ayrılma akçesinin belirlenmesi talebini de bünyesinde barındırmaktadır^[40]. Ayrıca ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olacağına ilişkin TTK m. 642/1 hükmü bu belirlemenin çıkma / çıkarma davasında yapılmasını gerektirmektedir^[41].

Ayrılma akçesi olarak esas sermaye payının ortağın ayrıldığı tarihteki değeri esas alınmalıdır^[42]. Bununla birlikte, ayrılmanın mahkeme kararına bağlı olduğu hallerde, kararın ne zaman kesinleşeceği dolayısıyla ayrılmanın ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından, ayrılma akçesinin ayrılma tarihindeki karşılığının tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim 641/1. maddede de esas sermaye payının gerçek değerine *uyan* bir meblağa işaret edilmektedir. Bu itibarla, 202/2. ve 531. maddelerin kıyasen uygulanmasıyla ayrılma akçesi olarak esas sermaye payının karar tarihine en yakın değerine hükmedilmelidir^[43].

2. Ayrılma Akçesinin Ödenmesi

A- Muaccel Hale Gelmesi

Alacak hakkı, borç ilişkisinin kurulmasıyla; alacağı talep hakkı ise, borcun muaccel hale gelmesiyle doğar. Borcun muaccel hale gelmesi, alacaklı tarafından

[40] Çıkma davasında ayrıca talep edilmediği halde ayrılma akçesinin belirlendiği kararlar için bk. Y. 11. HD, 17.09.2015, E. 2015/2122, K. 2015/9396, www.sinerjimevzuat.com.tr; Y. 11. HD, 07.12.2015, E. 2015/5541, K. 2015/13068, <https://emsal.yargitay.gov.tr>. Ayrılma akçesinin mahkemece ancak talep üzerine belirleneceği yönünde bk. *Aker*, s. 90, 107. Ayrılma akçesinin belirlenmesine yönelik davanın çıkma kararının kesinleşmesinden sonra açılması gerektiği yönünde bk. *Şener*, s. 926-927.

[41] *Yıldırım*, s. 306-307. Ayrılma akçesinin ödenebilir olmasının çıkmaya ve çıkarmaya karar vermenin bir koşulu olduğu gerekçesiyle, ayrılma akçesinin yargılama sırasında belirlenmesinin zorunluluk arz ettiği yönünde bk. *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 201.

[42] *Arslanlı / Domaniç*, s. 772; *Sanwald*, s. 99; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 199; *Taşdelen*, s. 203; *Trüeb*, CHK, Art. 825, N. 2.

[43] *Aker*, s. 90; *Çamoğlu*, Çıkarılma, s. 18; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 200; *Şahin*, s. 464; *Şener*, s. 928; Y. 11. HD, 17.09.2015, E. 2015/2122, K. 2015/9396, www.sinerjimevzuat.com.tr; Y. 11. HD, 21.03.2016, E. 2015/8441, K. 2016/3065, <https://emsal.yargitay.gov.tr>. Yargıtay'ın, esas sermaye payının dava tarihindeki değerinin esas alınması gerektiği yönündeki kararları için bk. *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 199, dn. 67; *Şener*, s. 928.

edimin ifasının talep edilebilir olduğunu, borçlu açısından edimin ifa edilebilir olduğunu ifade eder^[44]. İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur (TBK m. 90). Ayrılma akçesi de kural olarak doğumu anında, yani ortağın ayrılmasıyla birlikte muaccel hale gelmektedir (TTK m. 642/1). Ancak, bu kuralın ayrılma akçesi alacağına koşulsuz uygulanması, alacaklıların olumsuz etkilenmesine ve hatta çıkma ve çıkarmanın öngörülme amacıyla bağdaşmayacak şekilde ortaklığın sona ermesine neden olabilir (TTK m. 633, 376). Bundan dolayı TTK'nin 642. maddesinde, ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesi alternatifini bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır^[45].

Gerekçede 642. maddenin amacı şu şekilde ifade edilmektedir^[46]: “Konu ayrılan ortağa yapılacak ödemenin zamanlama yönünden şirkete ve alacaklılara zarar vermemesi, menfaatler dengesinin hakça kurulmasıdır”. Görüldüğü üzere bir yandan, 641. madde ile ayrılan ortağın ayrılma akçesini istem hakkı güvence altına alınırken; diğer yandan, ayrılma akçesinin muacceliyet zamanı ödmeden ortaklığın ve alacaklıların olumsuz etkilenmesine engel olacak şekilde düzenlenmektedir^[47]. Bu yapılırken, adeta ayrılan ortak açısından *affectio societatis* unsuru etkisini devam ettirmişçesine ayrılma akçesinin muacceliyet anı konusunda ortaklığın ve alacaklıların menfaatlerine üstünlük tanınmıştır^[48]. Bu konuda ölçü sermayenin korunması ilkesi olmuştur; ayrılma akçesinin, ortaklığın sermayesinden ödenmesi mümkün değildir^[49]. Dolayısıyla, 642/1. maddede sıralanan muacceliyet koşulları ile aynı zamanda ayrılma akçesinin ödeneceği kaynaklar da gösterilmektedir.

642. madde, alacaklıların haklarını koruyucu yönü nedeniyle emredici niteliktedir. Bunun sonucunda 642. maddeye aykırı olarak yapılan ödeme işlemi

[44] Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 973 vd.; Oğuzman, K. / Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 9. Bası, İstanbul 2011, s. 331 vd.; Serozan, R. (Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III (İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme), 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 54 vd.

[45] Buna benzer bir düzenleme, anonim ortaklıklarda öngörülmemiştir. Bk. TTK m. 141, 208, 531.

[46] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 277.

[47] Böckli, s. 40; Demirkapı / Yıldırım, s. 462.

[48] Şener, s. 929; Trüeb, CHK, Art. 825a, N. 1.

[49] Baştuğ, s. 88, 92; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1680d; Öztürk Dirikkan, s. 155; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 203.

geçersizdir^[50]. Ayrıca ortaklık sözleşmesinde alacağın muacceliyet zamanına ya da ödeneceği kaynağa ilişkin olarak 642. maddeden farklı bir düzenleme öngörülemez^[51]. Bununla birlikte, ayrılan ortak 642. maddenin kendisi için sağladığı korumadan vazgeçebilir. Dolayısıyla ortaklık ve ayrılan ortak arasında, 642. maddede alacaklıların haklarını koruyucu asgari tedbirlere aykırı düşmek kaydıyla, ayrılma akçesinin muacceliyet anı konusunda farklı bir anlaşma yapılabilir. Örneğin, ayrılma anında ortaklık kullanılabilir öz kaynaklara sahip olmasına rağmen, alacağın muaccel olduğu zaman ötelenebilir ya da muacceliyet, ayrılan ortağın esas sermaye payının devri koşuluna bağlanabilir^[52].

Ayrılma akçesinin ödeneceği kaynaklar arasında bir sıralama yoktur^[53]. Öncelikle esas sermaye payının devri; bu mümkün olmadığı takdirde öz kaynaklardan karşılama yoluna başvurulması, sermayenin azaltılmasının ise son çare olarak görülmesi hükmün amacına daha uygundur^[54]. Bununla birlikte, ortaklık bu sırayı takip etmek zorunda değildir. -642/1,a hükmü hariç- ayrılma akçesinin muacceliyet anı ortaklığın ayrılma akçesinin ödeneceği kaynak konusundaki tercihine göre değişmektedir. Ayrılma akçesinin tutarını tespit eden mahkemenin ayrılma akçesinin hangi kaynaktan ödeneceği dolayısıyla muacceliyet anına ilişkin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır^[55].

[50] *Baştuğ*, s. 90-91, 100; *Öztürk Dirikkan*, s. 158-159.

[51] *Baştuğ*, s. 89; *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1680i, 1680k; *Çamoğlu*, Çıkarılma, s. 19. Aksi yönde bk. *Öztürk Dirikkan*, s. 131-133; *Sanwald*, s. 112. Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde ayrılma akçesinin belli bir süre içinde ödenmemesi infisah sebebi olarak düzenlenebilir (TTK m. 636/1, a).

[52] Muacceliyet anını (ifa zamanını) uzatma sözleşmesi hakkında bk. Eren, s. 977-978.

[53] Oysa 6762 sayılı TTK'de ayrılma akçesinin kural olarak sermayenin azaltılması yoluyla ödeneceği düzenlenmekteydi (m. 551/4).

[54] Bk. *Şahin*, s. 458; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 203; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-55.

[55] *Sanwald*, s. 56, 116. Yargıtay da davacının çıkma davasında esas sermaye payının devrini isteme yetkisinin bulunmadığına; ancak, ayrılma akçesinin tespit edilmesini talep edebileceğine karar vermiştir (Y. 11. HD, 07.12.2015, E. 2015/5541, K. 2015/13068, <https://emsal.yargitay.gov.tr>). Buna karşılık Yargıtay'ın 11. HD, 04.10.2017, E. 2016/2571, K. 2017/5023 ile 11. HD, 15.05.2017, E. 2015/15797, K. 2017/2896 künyeli kararlarına ilişkin olarak açıklanan karşı oy gerekçesindeki, mahkemenin hüküm tesis ederken 612/2. ve 642. maddeleri dikkate alması gerektiği; davacının esas sermaye payının oranı yüzde yirmi beş olmasına rağmen 612/2. maddedeki sınır göz ardı edilerek esas sermaye payının tamamının davalı ortaklık tarafından iktisabı anlamına gelecek şekilde hüküm kurulmasının hatalı olduğu yönündeki açıklamalara katılmak mümkün değildir. Kararlar için bk. <https://emsal.yargitay.gov.tr>; www.lexpera.com.tr.

642/1. maddede, a, b ve c bentlerinde sayılan haller gerçekleştiğinde ayrılma akçesinin *ayrılma ile muaccel olacağı* düzenlenmektedir. Bu düzenlemeden, anılan haller ayrılmadan sonra gerçekleştiği takdirde alacağı yine *ayrılma anında* muaccel olacağı anlamı çıkarılabilmekte ise de, bu sonuç hükmün öngörülüş amacına aykırıdır. Ayrılma anına vurgu yapılmış olması, hükmün ayrılma anı gözetilerek düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 1. fıkrada sayılan hallerin ayrılmadan sonra gerçekleştiği an, ayrılma akçesinin muaccel olduğu andır^[56].

a. Muacceliyet Halleri

aa. Ortaklığın Kullanılabilir Öz Kaynakları Üzerinde Tasarruf Edebiliyor Olması (m. 642/1,a)

Ayrılma akçesini muaccel hale getiren ilk hal, ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklara sahip olmasıdır. Böylece karşılığı kullanılabilir öz kaynaklardan ödenerek ayrılan ortağın esas sermaye payı iktisap edilebilmektedir. Ortaklığın kendi paylarını iktisap etme koşullarının düzenlendiği TTK'nin 612/1. maddesinde, iktisap için ortaklığın *serbestçe kullanılabilir öz kaynaklara* sahip olması koşulu aranmaktadır. TTK m. 642/1,a hükmüne göre ise, ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesi için ortaklığın *kullanılabilir öz kaynaklara* sahip olması gerekmektedir. Bilindiği üzere, öz kaynaklar (=öz sermaye), aktif toplamının pay sahiplerinin katılma paylarıyla ve ortaklık tarafından karşılanan kısmıdır. Bu kısım, elden edilen karlardan, kanuni ve isteğe bağlı yedek akçelerden, değer artışları gibi ortaklığın kendi yarattığı unsurlardan (iç finansman kaynağı) ve/ya sermaye taahhüdü sonucunda elde edilen fonlardan (dış finansman kaynağı) oluşur. Öz kaynakların esas sermaye (veya çıkarılmış sermaye) ile kanun veya ortaklık sözleşmesi uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerden oluşan kısmı üzerinde serbestçe tasarruf edilemez (bağlı kaynaklar). Serbestçe kullanılabilen öz kaynaklar ise, net dönem karı ile belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçelerdir^[57]. Şu halde, serbestçe kullanılabilir öz kaynakları, kullanılabilir öz kaynaklardan ayıran nedir? Ya da ikisinin kapsamı aynı olup 642. maddedeki kullanılabilir öz kaynak ifadesi bilinçli olarak kullanılmamış mıdır?

[56] Çamoğlu, Çıkarılma, s. 19; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1680h. *Tekinalp*, ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olacağı ve fakat 642. maddede gösterilen kaynaklardan ödeneceği görüşündedir (*Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-55).

[57] *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-30; *Tekinalp* (Poroy / Çamoğlu), N. 1490; Türk, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016, s. 202 vd.

Hemen belirtelim, bu farklılığa mehz İBK'de de rastlanmaktadır. İBK m. 825a hükmünün gerekçesinden, anılan farklılığın bilinçli olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre, ayrılma akçesi, esas sermayeyi aşan ve genel kanuni yedek akçelerin kısıtlı kısmı (İBK m. 671/3; TTK m. 519/3) dışında kalan tüm öz kaynaklardan, bu arada belirli amaca özgülenmiş yedek akçelerden de ödenebilir^[58]. Buna paralel olarak İsviçre doktrinde, yaratılan farklılıkla, ayrılan ortağa ayrılma akçesinin kolaylıkla ödenmesinin amaçlandığı; zira ne ayrılan ortaktan ne de ortaklıktan, ortaklık ilişkisini devam ettirmelerinin beklenebileceği ileri sürülmektedir^[59]. Ayrıca bu sayede, ayrılma akçesini ödemekten kaçınmak için geçici özel amaçlı yedek akçeler yaratılmasının da önlenebileceği belirtilmektedir^[60].

6762 sayılı TTK'de ayrılma akçesinin “şirketin esas sermayesinin itibari miktarını geçen mallarından” ödeneceği düzenlenmekteydi (m. 551/4). Bu hükümden yola çıkılarak doktrinde, aktiflerden borçların ve esas sermayenin çıkarılması sonucunda arda kalan ortaklık malvarlığından ayrılma akçesinin ödenebileceği; hatta 551/4. madde, kanuni yedekleri düzenleyen 466/3. madde (TTK m. 519/3) karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan ödemenin kanuni yedeklerin kısıtlı kısmından dahi yapılabileceği ileri sürülmekteydi^[61].

642. maddede muacceliyet halleri, sermayenin korunması ilkesi esas alınarak düzenlenmiştir. Ayrılma akçesinin sermayenin ilgili hükümler uyarınca azaltılmak suretiyle ödenebileceğine ilişkin m. 642/1,c hükmünde bu esas daha belirgindir. Kanun yapma tekniği açısından her üç koşulun da birbirine denk esaslara dayanması gerektiğinden ilk olarak, ayrılma akçesinin sermayeyi aşan değerlerden ödenebileceği söylenebilir^[62]. Bununla birlikte, 642. maddedeki “kullanılabilir bir öz kaynak” ibaresi, bu maddenin uygulanmasında (610. maddenin göndermesiyle limited ortaklıklarda da uygulanan) emredici nitelikteki 519/3. ile 520/1. maddelerin göz ardı edilmesi için yeterli değildir^[63]. Anılan

[58] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, s. 3223-3224; *Germann*, N. 2208; *Trüeb*, CHK, Art. 825a, N. 7. *Stäubli*, kanuni yedek akçelerin kanunen kısıtlanan miktarını aşan kısmının da ayrılma akçesinin ödenmesi için kullanılmayacağı görüşündedir (*Stäubli*, BSK, Art. 825a, N. 7).

[59] *Trüeb*, CHK, Art. 825a, N. 7.

[60] *Germann*, N. 2208.

[61] *Arslanlı*, H. / *Domaniç*, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 772; *Baştuğ*, s. 98; *Öztürk Dirikkan*, s. 156 ve dn. 270.

[62] *Baştuğ*, s. 89.

[63] Bk. *Çamoğlu*, Alacaklıların Korunması, s. 84; *Teoman*, Ö.: Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü İle Yerine Getirilmiş Kendi Paylarını Edinmesi, der. Prof. Dr. Ömer Teoman,

hükümlerle *kanuni yedek akçelerin* serbestçe kullanımı yasaklanarak sermayenin korunması amaçlanmaktadır^[64]. Bu amaç 642. maddenin amacıyla örtüşmektedir. Alacaklılara bundan öte bir koruma sağlamak, örneğin ayrılma akçesinin belirli bir amaca özgülenmiş olsun veya olmasın isteğe bağlı yedek akçelerden ödenemeyeceğini kabul etmek, ayrılan ortağın hakkının aşırı sınırlandırılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, m. 642/1,a hükmünde kullanılabilir öz kaynaklar ifadesinin kullanılması bilinçlidir. Bu ifade ile esas sermaye, genel kanuni yedek akçenin kısıtlı (esas sermayenin yarısına kadar olan) kısmı ve ortaklığın iktisap ettiği kendi payları karşılığında ayırdığı yedek akçeler dışında kalan (belirli amaca özgülenmiş isteğe bağlı yedek akçelerin de dâhil olduğu) öz kaynaklar kastedilmektedir^[65].

Ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklara sahip olduğunun nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Oysa 642. maddenin 6335 sayılı Kanun'la kaldırılan 2. fıkrasında, bu belirlemenin işlem denetçisi tarafından yapılacağı düzenlenmekteydi. Böylece ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklara sahip olup olmadığının tespiti tarafsız bir kişi tarafından yapılabiliyordu. Hâlihazırda bu belirlemeyi yapmaya müdür yetkilidir (TTK m. 625/1,f). Ne var ki müdürün tarafı olması, bu tespitin ihmal edilmesine ya da gerçeğe uygun olmayan bir tespit yapılmasına neden olabileceğinden alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyebilir. Diğer yandan, danışıklı bir ayrılma durumunda, müdürce yapılan tespit sermayenin erimesine ve dolayısıyla alacaklıların haklarının ihlal edilmesine yol açabilir. Bu bağlamda, 642. maddenin amacına uygun olarak uygulanması, *de lege ferenda* ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklara sahip olup olmadığının mutlaka bilirkişiler tarafından belirlenmesini ve buna ilişkin masrafların adilane paylaşılmasını gerektirmektedir. Alacaklı elbette *de lege lata* genel hükümlere istinaden açacağı bir tespit davası ile de bu belirlemeyi yaptırabilir^[66]. Ne var ki ihtiyari olan bu yol, aynı zamanda zaman alıcı ve alacaklı açısından masraflıdır. Bu nedenle uygulamada, ayrılan ortağın

Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001), 2. Bası, İstanbul 2012, (s. 153-162), s. 155-156.

[64] *Tekinalp*, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri–Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, 2. Bası, İstanbul 1979, s. 277-278; *Türk*, s. 208; *Üçışık*, G. / *Çelik*, A.: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolara, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul 2018, s. 224.

[65] *Şener*, s. 930; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-56; *Yıldırım*, s. 319-321. Ayrılma akçesinin ortaklığın belli bir amaca özgülenmemiş serbestçe tasarruf edebileceği öz kaynaklarından ödeneceği yönünde bk. *Taşdelen*, s. 205; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 277.

[66] Bu belirlemenin müdürler tarafından yapılmasının mümkün olmadığı; kullanılabilir öz kaynakların bilirkişi tarafından tespit edilmesi gerektiği yönünde bk. *Bahtiyar*, s. 446;

ayrılma akçesinin, en erken 642/3. madde uyarınca yıllık raporda kullanılabilir öz kaynağın tespiti ile muaccel hale gelmesi kaçınılmazdır.

642/1,a hükmü ile ortaklığa kendi paylarını satın alması konusunda bir yükümlülük getirildiğinden ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlı iktisaplar, TTK m. 382/1,c uyarınca iktisap yasağının istisnasını oluşturmaktadır^[67]. Bu bağlamda, ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlı iktisaplarda ortaklık, 612. maddede koşullarla bağlı değildir; ortaklığın kendi paylarını iktisap edebilmesi için müdürlerin bu konuda genel kurul tarafından yetkilendirilmesi ya da böyle bir iktisabın genel kurul tarafından onaylanması gerekmemektedir (TTK m. 616/1,ı). Aynı şekilde, iktisap edilen paylar tutarında yedek akçe ayırmak ve iktisap edilen pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması da şart değildir^[68]. Öte yandan, 612/2. maddede bu istisna için de bir istisna öngörülmüştür. Buna göre, çıkma ve çıkarma dolayısıyla iktisaplarda ortaklık, esas sermaye payının azami yüzde yirmisini iktisap edebilir^[69]. Bu sınır, m. 642/1,a hükmü ile öngörülen kanuni satın alma yükümü nedeniyle ortaklığın mali yapısının zayıflamasına engel olmak ve dolayısıyla alacaklıları korumak amacıyla öngörülmüştür^[70]. Ortaklık yeterli miktarda kullanılabilir öz kaynaklara sahip olsa

Stäubli, BSK, Art. 825a, N. 6; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 206; *Şener*, s. 930; *Yıldırım*, s. 321; Y. 11. HD, 25.12.1985, E. 6708, K. 7310, *Arslanlı / Domanıç*, s. 776.

[67] TTK'nin 382. maddesi limited ortaklıklarda da kıyasen uygulanmalıdır (*Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1667c; *Çapa*, M. S.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, İstanbul 2013, s. 127). TTK m. 531 uyarınca çıkarılan ortağın paylarının iktisabının da bu istisna kapsamına girdiği yönünde bk. *Türk*, s. 252.

[68] Aksi yönde bk. *Çapa*, s. 129. İktisap edilen pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması şartı, anonim ortaklıklarda olduğunun (m. 379/4) aksine limited ortaklıklarda düzenlenmemiştir. Anılan farklılık, limited ortaklık esas sermayesinin kuruluşta tamamının ödenmesini şart koşan 585. maddenin 6335 sayılı Kanun'la değiştirilmesine rağmen, bu değişikliğin 612. maddeye yansıtılmasının unutulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Oysaki korunan menfaatler aynı olduğundan bu konuda anonim ve limited ortaklıklar arasında farklılık yaratılması için bir neden bulunmamaktadır. Kanunda bu konuda boşluk bulunduğu kabul edilmelidir ve bu boşluk 379/4. maddenin kıyasen limited ortaklıklarda uygulanması suretiyle doldurulmalıdır (*Ataay*, A.: Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler-Genel Kavramlar), 4. Baskı, İstanbul 1995, s. 231 vd.; *Çamoğlu*, (*Poroy / Tekinalp*), N. 1667c; *Çapa*, s. 125; *Şener*, s. 152).

[69] İsviçre'de bu oran yüzde otuz beştir (İBK m. 783/2).

[70] İktisap sınırının yüzde ondan yüzde yirmiye yükseltilmesi ile özellikle az ortaklı limited ortaklıklarda çıkmanın kolaylaştırılmasının amaçlandığı; 612/2. maddenin ayrılan ortağın lehine olduğu yönünde bk. *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1668a; *Lenz / von Planta*, BSK, Art. 783, N. 4; *Trüeb*, CHK, Art. 783, N. 8; *Yıldırım*, s. 288.

bile yüzde yirmiye aşan iktisaplar yöneticilerin sorumluluğunu doğurur^[71]. Bu oran hesaplanırken, ortaklığın hâlihazırda elinde bulunan kendi payları düşülmelidir^[72]. Esas sermayenin yüzde onunu aşan tutarda iktisap edilen esas sermaye payları ya iki yıl içinde elden çıkarılmalıdır ya da sermaye azaltımı yoluyla itfa edilmelidir (TTK m. 612/2, c.2).

Ortaklık, kullanılabilir öz kaynağı bulunmasına rağmen ödemeye yanaşmazsa ayrılan ortak, genel haciz yoluna başvurarak alacağının ödenmesini isteyebilir (İİK m. 58). Mahkemenin ayrılma akçesinin miktarını belirleyen kararı, tespit hükmü niteliğinde olduğundan ilamlı icraya konu edilemez. Mahkeme kararının belirlenen ayrılma akçesinin ödenmesine yönelik bir ifade içerdiği olması da bu sonucu değiştirmez. Borçlu ortaklık, takip konusu alacağın, iktisap edebileceği esas sermaye payını aşan kısmına henüz muaccel hale gelmediği gerekçesiyle itiraz edebilir (İİK m. 62). Aksi takdirde takip, takip talebinde belirtilen miktar üzerinden kesinleşir ve alacağın tahsili için gerekli olan işlemlere girilebilir. Müdür/ler tarafından ortaklığın kendi paylarını iktisabına yönelik alınmış bir kararın bulunmaması, alacağın tahsil edilmesine engel değildir. Hemen belirtelim, maddi hukuka ilişkin bir mesele olduğundan, icra müdürü alacağın muaccel hale gelip gelmediğini incelemekle yetkili değildir. Dolayısıyla TTK'nin 612/2. ve 642. maddelerine aykırı olarak yapılan icra takip işlemleri, yalnızca takip hukukuna ilişkin kuralların yanlış uygulanması üzerine başvurulabilen şikâyete konu edilemez^[73].

Ayrılma akçesinin ödenmesi için gerekli olan öz kaynağın karşılanması amacıyla ortaklardan ek ödeme istenebilir^[74]. Ortaklardan ek ödeme istenebilmesi için TTK m. 603/1 uyarınca gerekli olan koşulların somut olayda gerçekleşme ihtimali yüksektir. Örneğin, ayrılma akçesi bilançonun pasifinde yer alacağından, ek ödeme istenebilecek hallerden ilki olan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının ortaklığın zararını karşılayamaması gündeme gelebilir (TTK m. 603/1,a). Ayrılma akçesinin ek ödemelerden karşılanması suretiyle ortaklığın zararının azalması ve mali yapısının iyileşmesi sağlanabilir. Yine ayrılma akçesinin miktar itibarıyla yüksek olduğu hallerde, bu borcun etkisiyle ortaklığın işlerine gereği gibi devam edememesi söz konusu olabilir (TTK m. 603/1,b). Kaldı ki, ayrılma akçesi zaten ortaklık sözleşmesine kanun gereği dâhildir ve

[71] Çapa, s. 136; Sanwald, s. 115; Şener, s. 158.

[72] Türk, s. 159-160; Yıldırım, s. 323-324.

[73] Bk. Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 105, 223; Pekcanitez, H. (Atalay, O. / Sungurtekin Özkan, M. / Özekes, M.): İcra İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 58.

[74] Sanwald, s. 120.

bu alacağın doğması, m. 603/1,c ve m. 642/1,a hükümleri uyarınca öz kaynak ihtiyacına neden olur^[75].

bb. Ayrılan Kişinin Esas Sermaye Paylarının Devredilebiliyor Olması (m. 642/1,b)

Ayrılma akçesinin muaccel olmasına neden olan hallerden biri de, “ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyor” oluşudur. Böylece ayrılan ortağın esas sermaye payının kalan ortaklara ya da üçüncü kişilere devri sonucunda elde edilen devir bedelinden ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlanmaktadır. Bu yol, ortaklığın öz kaynaklarında bir eksilmeye neden olmayacağından, alacaklıların menfaatleri açısından en uygun olanıdır.

Ayrılan ortağın esas sermaye payını devretmeye ve pay bedelini devralandan talep etmeye ortaklık yetkilidir; ayrılan ortağın bu konularda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır^[76]. Ortaklığın bu payların satışı konusundaki yetkisi, sahibi iskat edilen payların satışına benzer bir yetkidir (TTK m. 585, 482/2). Ortaklık, ayrılmayla birlikte sahipsiz hale gelen esas sermaye paylarının satışını, ayrılan ortağı temsilen değil; 642/1,b. maddenin verdiği yetkiye istinaden gerçekleştirmektedir^[77].

Kalan ortaklar, ayrılan ortağın esas sermaye payını devralmakla yükümlü değildir^[78]. Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde sözleşmesel çıkma ve çıkarmanın gerçekleşmesi, çıkan ya da çıkarılan ortağın esas sermaye payının kalan ortak/lar ya da üçüncü kişi tarafından devralınması koşuluna bağlanabilir (TTK m. 577/1,k, 638/1, 640/1). Bu durumda, çıkma ve çıkarmanın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, çıkmada ortağın çıkma beyanına, çıkarmada genel kurulun çıkarma kararına ek olarak ayrılan ortağın esas sermaye paylarının kalan ortak/lar ya da üçüncü kişi tarafından devralınması gerekmektedir. Yine, sözleşmesel çıkma ve çıkarma bağlamında ayrılan ortağın esas sermaye payının diğer ortaklar tarafından satın alınacağı ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Bu halde ortak, ayrıldıktan sonra, ortaklık sözleşmesindeki söz konusu hükmün uygulanması amacıyla yasal yollara başvurabilir.

[75] Aksi yönde bk. *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-56.

[76] *Sanwald*, s. 116; *Yıldırım*, s. 328.

[77] Iskatta ortaklığın satış yetkisinin hukuki dayanağı konusunda aynı yönde bk. *Değirmenci*, C.: Anonim Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006, s. 66; *Pulaşlı*, § 38, N. 53.

[78] *Sanwald*, s. 56, 116.

Ayrılan kişinin esas sermaye paylarının devredilebiliyor olması ile neyin kastedildiği açık değildir. Hükmün gerekçesinde konuyla ilgili olarak şu ifadeler yer almaktadır^[79]: “Ayrılma akçesinin muaccel olabilmesi için ortağın ayrılabilmesi gerekir. Ortak ayrılamıyorsa, ortaklar genel kurulu gerekli onayı vermemişlerse akçe de muaccel olmaz”. Kişi, ayrılma akçesine zaten çıkma ya da çıkarma sonucunda hak kazandığından, ayrılma akçesinin muaccel olabildiğini ortağın ayrılması koşuluna bağlayan gerekçedeki ifade hatalıdır. Ayrıca, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olan çıkma beyanının hüküm ve sonuç doğurabilmesi ortaklığın ya da genel kurulun onayına tabi değildir. Aynı şekilde çıkarmada da genel kurul onaylama değil; çıkarma kararı almaktadır. Hâlbuki gerekçeden, ortağın ayrılmasının genel kurulun onayına tabi olduğu anlamı çıkarılabilmektedir. Öte yandan genel kurul onayı ile m. 595/2 bağlamında pay devrine ilişkin onayın kastedildiği kabul edildiğinde gerekçe, m. 642/1,b hükmünün anlamının belirlenmesinde yol gösterici olabilmektedir.

642/1. maddenin b bendinde yer alan bu hal, a ve c bentlerinde yer alan muacceliyet hallerinden farklı şekilde ifade edilmektedir. Şöyle ki, a bendine göre ortaklık kullanılabilir bir öz kaynak üzerinde *tasarruf ediyorsa*; c bendine göre ise, esas sermaye ilgili hükümlere göre *azaltılmışsa* ayrılma akçesi muaccel hale gelmektedir. Bununla birlikte, b bendinin ayrılan kişinin esas sermaye payları *devredilebiliyorsa* şeklindeki lafzından, ayrılan kişinin esas sermaye paylarının devredilmiş olmasının değil; *devredilemiyor olmasının* muacceliyet için yeterli olduğu sonucu çıkarılabilmektedir^[80]. Nitekim mehaz hükmün gerekçesinde esas sermaye paylarının devredilme fırsatının bulunmasının muacceliyet için yeterli olduğu belirtilmektedir^[81]. Doktrinde de ayrılma akçesi alacağının muaccel olabilmesi için, pay devrinin gerçekleşmesinin gerekli olmadığı; ortada payın satın alınması taahhüdü ya da satın alınması teklifi gibi kanıtlanabilir nitelikte ciddi bir fırsatın bulunması yeterli görülmektedir^[82]. Ne var ki, payın devir fırsatının bulunması ile ayrılma akçesinin muaccel olduğu kabul edilirse, ayrılma akçesinin muacceliyet anının belirlenmesi güçlük arz edecektir. Daha da önemlisi bu kabul, 642. maddedeki muacceliyet hallerinin aynı zamanda ayrılma akçesinin ödeneceği kaynağı göstermesiyle bağdaşmamaktadır. Zira

[79] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 278.

[80] Bu koşul mehazda da aynı şekilde ifade edilmektedir (“*die Stammanteile der ausscheidenden Person veräußern kann*”).

[81] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, s. 3224.

[82] *Ger mann*, N. 2211; *Siffert / Fischer / Petrin*, Art. 825a, N. 6; *Şener*, s. 931; *Trüeb*, CHK, Art. 825a, N. 3, 9, 10.

henüz devir fırsatının bulunduğu halde, ayrılma akçesinin ödenmesi için gerekli olan kaynak mevcut değildir ve bu kaynağın sağlanacağı da kesin değildir.

Kanaatimizce, ayrılan kişinin esas sermaye payının devredilebiliyor olmasının iki anlamı bulunmaktadır: İlki, muacceliyet için esas sermaye paylarının devrinin yasaklanmamış olması gerektiğine işaret edilmektedir. Böylece ortaklık sözleşmesinde öngörülen pay devir yasağının, 642. maddenin uygulanması amacıyla dahi olsa etkisiz hale getirilemeyeceği; yani 642. maddenin, devir yasağına bir istisna oluşturmayacağı vurgulanmaktadır. İkincisi, bu ifade ile genel kurulun onay vermeyi reddederek pay devrine engel olabilme ihtimaline işaret edilmektedir. Genel kurul, kural olarak pay devrine onay vermeyi sebep göstermeksizin redde yetkilidir (TTK m. 595/3). Bu yetki, ayrılan ortağın esas sermaye payının devri halinde de geçerlidir. Sonuç olarak, m. 642/1,b hükmünde yer alan esas sermaye paylarının devredilebiliyor olması ile pay devrinin şekli koşullara uygun olarak gerçekleştirilmesi gereği kastedilmektedir^[83]. Anılan koşula bundan öte bir anlam yüklenmemeli; esas sermaye payının devri halinde ayrılma akçesinin ne zaman muaccel hale geleceği 642. maddenin amacına uygun yorum yapılarak tespit edilmelidir. Esas sermaye payının devir bedelinin muaccel olduğu andan itibaren ayrılma akçesinin ödenmesi için gerekli kaynak mevcuttur. Dolayısıyla ayrılma akçesinin muaccel olduğu an olarak pay devir bedelinin muacceliyet anı esas alınmalıdır^[84].

Öte yandan, genel kurul tarafından pay devrini onay yetkisi keyfi kullanılarak ayrılan ortağın alacağına kavuşması engellenememelidir. Bu amaçla, genel kurula pay devrini onaylamayı sebepsiz olarak reddetme yetkisi tanıyan 595/3. madde ile 642/1,b hükmü birlikte şu şekilde uygulanmalıdır: Esas sermaye payının ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla devri, genel kurulun pay devrini sebep göstermeksizin reddetme yetkisini ortadan kaldırmamalıdır. Bununla birlikte, reddin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı, ayrılma akçesinin muacceliyeti açısından dikkate alınmalıdır. Buna göre, pay devrine onayın reddi, ortaklık

[83] Pay devri, genel kurulun onayıyla geçerli olur (TTK m. 595/2, c. 2). Ortağın pay defterine kaydedilmesi ile pay devrinin ticaret siciline tescil edilmesi bildirici etkiyi haizdir (*Şener*, s. 325).

[84] Aynı yönde bk. *Sanwald*, s. 121. Bu konuda devir sözleşmesinin imzalanmasını yeterli bulan görüş için bk. *Şahin*, s. 479. Bununla birlikte yazar, başka bir eserinde, devir sözleşmesinin imzalanması, imzaların noter tarafından onaylanması ve nihayet genel kurulun onay vermesi ile devredilebilir hale geldiğini belirtmektedir (*Şahin*, *Çıkarma ve Çıkarma*, s. 206). Doktrinde bir görüş ise muacceliyet için pay bedelinin tahsil edilmiş olmasını aramaktadır (*Yıldırım*, s. 327). Pay bedelinin tahsil edilememesi ya da kasıtlı olarak tahsil edilmemesi riskini ayrılan ortağa yükleyen ve bu surette ayrılan ortağın hakkını aşırı sınırlayan bu görüşe katılmak mümkün değildir.

sözleşmesinde öngörülen ya da reddi haklı kılan bir sebebe dayanıyorsa devir işlemi geçerli olmadığından ayrılma akçesi muaccel hale gelmemelidir^[85]. Aksi takdirde, yani genel kurulun pay devrini keyfi olarak reddi halinde, devir işlemi geçersiz olsa bile, ayrılma akçesinin muaccel olduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, her ne kadar 642. maddenin alacaklıları koruyucu yönüyle bağdaşmasa da ayrılan ortağın alacak hakkının, kanunun tanıdığı yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle engellendiği hallerde menfaatler dengesine daha uygun düşmektedir.

Payın satışı sonucunda elde edilen gelir ayrılma akçesini aştığı takdirde ayrılan ortağın aradaki fark üzerinde talep hakkı bulunmamaktadır; fark, ortaklığa aittir. Bununla birlikte, esas sermaye paylarının satışından elde edilen gelir ayrılma akçesinden düşük olursa, ayrılan ortağın alacağı aradaki fark tutarında devam eder^[86]. Bu farkın ödenmesi 642/3. maddedeki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır^[87]. Ortaklık kalan tutarı ödemek için sermayenin azaltılması yoluna başvurulabilirse de, bu sefer itfa edilecek esas sermaye payları ayrılan ortağın payları değildir. Zira ayrılan ortağın payları devredilmiştir. Kanuna uygun sermaye azaltımının ardından ortaklık, eşitlik ilkesine uygun olarak gerçekleştireceği itfa sonucunda aradaki farkı ödeyebilir.

Ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesinde bu yol, m. 642/1, a hükmü karşısında talidir. Şöyle ki, ortaklık kullanılabilir öz kaynaklara sahipse, ayrılma akçesi ayrılma ile muaccel hale gelmektedir. Ortaklığın buna rağmen, ayrılan ortağın esas sermaye payının devir bedelinden ayrılma akçesinin ödenmesi yolunu tercih etmesi, ayrılan ortakla farklı bir anlaşma yapılmadığı müddetçe, ayrılma akçesinin muacceliyet anını değiştirmemektedir. Dolayısıyla bu yolun muacceliyet anına etkisi, ortağın ayrıldığı sırada ortaklığın kullanılabilir öz kaynakları bulunmadığında söz konusu olmaktadır.

Payın uzun süre sahiptir bırakılması, limited ortaklığın temel yapısına aykırı olup başkaca sorunlara yol açabilir. Gerçekten, bu süreçte ayrılan ortağın esas sermaye payına bağlı haklar kullanılamamaktadır. Genel kurulda karar yeter sayısı sağlanamadığı için, ortaklık sözleşmesi değişikliği de dâhil önemli nitelikteki kararlar alınamayabilir^[88]. Ayrıca ek ödeme ve/ya yan edim yükümlülükleri

[85] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, s. 3224; *Germann*, N. 2214; *Siffert / Fischer / Petrin*, Art. 825a, N. 6; *Stäubli*, BSK, Art. 825a, N. 4

[86] *Baştuğ*, s. 95; *Oruç*, M.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, *BATİDER* 2011, C. XXVII, S. 1, (s. 209-233), s. 228; *Sanwald*, s. 117; *Yıldırım*, s. 328-329.

[87] *Yıldırım*, s. 335.

[88] TTK'nin 589. ve 621. maddelerinde karar yeter sayıları, ortaklığın esas sermayesi baz alınarak düzenlenmiştir. Bu durum karşısında, ayrılan ortağın paylarına karşılık gelen

öngörülmüşse ortaklık bu imkândan faydalanamayacaktır. Bu bağlamda, ayrılan ortağın esas sermaye payının satılması, ortaklığın da menfaatine olduğundan müdürler açısından aynı zamanda bir görevdir (TTK m. 625). Müdür, esas sermaye payının satışı için gerekli girişimlerde bulunmadığı takdirde bu sebeple meydana gelen zarardan sorumlu tutulmalıdır (TTK m. 553).

cc. Esas Sermayenin Azaltılması (m. 642/1,c)

Ayrılma akçesini muaccel hale getiren hallerden biri de esas sermayenin azaltılmasıdır. Böylece, esas sermayenin azaltılması sonucunda itfa edilen payların bedellerinden ayrılma akçesinin ödenmesi mümkün hale gelmektedir. Burada söz konusu olan sermaye azaltımı türü kurucu (ya da olağan) esas sermaye azaltımıdır^[89]. Limited ortaklıkta sermaye alacaklıların asgari güvencesini oluşturduğundan bu yola, son çare ya da diğer yolların tamamlayıcısı olarak başvurulmalıdır^[90].

Ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla sermayenin hangi miktarda azaltılacağı konusunda, ayrılma akçesinin ayrılan kişinin esas sermaye paylarının devredilmesi sonucu elde edilen değerlerden ödenebileceğini öngören m. 642/1,b hükmü yol göstericidir. Buna göre, bu madde uyarınca azaltılabilecek sermayenin üst sınırını, ayrılan ortağın esas sermaye paylarına karşılık gelen sermaye miktarı oluşturmaktadır. Burada amaç, ayrılan ortağın devredilemeyen paylarının bu sefer itfa edilmesi sonucunda serbest hale gelen değerlerden ayrılma akçesinin ödenebilmesidir. Dolayısıyla aşağıda belirttiğimiz sermaye azaltımı kuralları, bu sınıra kadar yapılan azaltımlar için geçerlidir. Üst sınır miktarında yapılan sermaye azaltımı sonucunda, ayrılma akçesinin ödenmesi için yeterli karşılık sağlanamayabilir. Zira esas sermaye payının gerçek değeriyle nominal değerinin birebir örtüşmesine nadir rastlanır. İşte bu halde ödenmeyen kısım m. 642/3. hükmüne tabidir. Öte yandan, sermaye azaltımına (a ve b bendinde düzenlenen) diğer yolların tamamlayıcısı olarak başvurulduğunda, sorunun çözümü bu kadar basit değildir. Örneğin, bir kısmı kullanılabilir öz kaynaklardan ödenen ayrılma akçesinin kalan kısmı sermaye azaltımı yoluyla ödenmek istendiğinde sermaye hangi miktarda azaltılmalıdır? Burada salt ödenen miktar üzerinden hesaplama yapılması, alacaklılar aleyhine sonuç doğurabilir. Bu bağlamda,

esas sermayenin karar yeter sayısından düşülmesi mümkün değildir. Bu konudaki farklı görüşler için bk. *Değirmenci*, s. 63-64.

[89] Bilanço açığını kapatma amaçlı sermaye azaltımında sermayenin iadesi söz konusu değildir (*Çağlar*, H.: Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara 2010, s. 37). Bu sebeple, ayrılma akçesi bu yolla ödenemez.

[90] *Yıldırım*, s. 333-334.

öncelikle hâlihazırda yapılan ödemenin ayrılan ortağın esas sermaye payına hangi oranda karşılık geldiği belirlenmeli; akabinde, kalan esas sermaye payının sermaye olarak karşılığı tespit edilmelidir. Dolayısıyla sermaye en fazla bu miktarda azaltılmalıdır. Bu tespitin şeffaf olması ve uzman kişi eliyle yapılması gerekmektedir. Hemen belirtelim, 642. maddenin 6335 sayılı Kanun'la ilga edilen 2. fıkrası buna ilişkin bir düzenleme içermekteydi. Buna göre, kullanılabilir öz kaynak tutarını belirlemeye işlem denetçisi yetkiliydi. İşlem denetçisi tarafından aynı zamanda, kullanılabilir öz kaynak tutarı ayrılma akçesinin ödenmesine yetmediği takdirde esas sermayeden hangi miktarda indirim yapılması gerektiği de gösterilmeliydi. Hâlihazırda, bu belirlemenin kim tarafından yapılacağı konusunda kanunda boşluk bulunmaktadır. Tarafsız olmadığı için bu konuda müdürün belirlemesine itibar edilmesi, 642. maddenin alacaklıları koruma amacına aykırıdır. Bu bağlamda, ilk olarak, ayrılan ortak tarafından ortaklığın kullanılabilir öz kaynak miktarının tespit edilmesi amacıyla başvuru yapıldıysa mahkemeden, ayrıca bu yönde de tespit yapılması istenebilir. Bu yola başvurulmadığı takdirde, sermaye azaltımı sürecinde TTK m. 473/2 uyarınca sermaye azaltılmasına rağmen ortaklığın alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktife sahip olduğunu tespit etmeye yetkili yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir ya da denetime tabi ortaklıklarda denetçi tarafından bu konuda da bir belirleme yapılmalıdır (TSY m. 96/1,c). Mahkemenin tespit kararı ya da mali müşavir veya denetçi raporu sunulmadıkça ticaret sicili müdürü, sermaye azaltımını tescil etmemelidir (TTK m. 475/4). Bu yöntem, usul ekonomisi ilkesiyle olduğu kadar, mali müşavir ya da denetçi tarafından yapılan denetimin alacaklıların haklarını gözetme amaçlı yapıyor olmasıyla da uyumludur.

Ayrılma akçesinin bu yolla muaccel hale gelmesi, esas sermayenin ilgili hükümlere göre azaltılmasına bağlıdır (TTK m. 642/1,c). İlgili hükümler, TTK m. 592 uyarınca limited ortaklıklarda da uygulanan 473. ila 475. maddelerdir. Sermayenin ilgili hükümlere uygun olarak azaltılmasının amacı, sermaye azaltımı sürecinde söz konusu hükümlerde öngörülen alacaklıların haklarını koruyucu tedbirlerin alınmasını sağlamaktır. Bu amaca hizmet etmeyen sermaye azaltımı kurallarının uygulanması gerekli değildir. Bu çerçevede, sermayenin azaltılması için genel kurulun karar alması gerekmemektedir^[91]. Sermaye azaltımı kararı, 642. maddede tanınan yetkiye istinaden ayrılma akçesinin bu yolla ödenmesine

[91] Ayrılma ortaklık sözleşmesine ya da mahkeme kararına dayandığı gerekçesiyle genel kurul kararının gerekli olmadığı yönünde bk. *Arslanlı / Domaniç*, s. 771; *Oruç*, s. 230; *Üçışık*, s. 204, dn. 78; *Yıldırım*, s. 332. Genel kurul kararının alınmasını gerekli bulan görüş için bk. *Erdem*, N.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012, s. 280; *Şahin*, s. 458.

karar veren müdür tarafından alınır. Aksi takdirde, azaltım kararının alınabilmesi sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oy vermesine bağlı olduğundan, ayrılan ortağın esas sermaye payının sermayenin yüzde yirmi beşini aştığı hallerde bu yola başvurulması mümkün olmayacaktır (TTK m. 473/3).

Öte yandan, sermayenin asgari sermayenin altına düşecek şekilde azaltılmayacağı kuralı (TTK m. 473/5), ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla dahi olsa ihlal edilemez^[92]. Bu kural nedeniyle, asgari sermayeli ya da düşük sermayeli ortaklıklarda ayrılma akçesinin ödenebilmesi maksadıyla bu yola başvurulması mümkün olmayacaktır^[93]. Ayrıca sermayenin azaltılabilmesi için ortaklığın alacaklıların haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifinin bulunması gerekmektedir (TTK m. 473/2). Bu husus, yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir ya da denetime tabi ortaklıklarda denetçi tarafından tespit edilmelidir (TSY m. 96/1,c). Alacaklılar, TTK'nin 474/1. maddesinde öngörülen çağrı prosedürüne uygun olarak alacaklarını bildirmeye ve alacaklarının ödenmesini ya da teminat altına alınmasını istemeye davet edilmelidir. Sermayenin azaltılabilmesi için, alacaklılara verilen sürenin sona ermesi ve bildirilen alacakların ödenmesi veya teminat altına alınması şarttır (TTK m. 475/1). Sermaye, anılan işlemlerin tamamlanmasının ardından, sermaye azaltımının ticaret siciline tescil edilmesiyle azaltılmaktadır. Ayrılma akçesi de tescille birlikte muaccel hale gelmektedir^[94].

Kullanılabilir öz kaynakları bulunmayan ortaklık, ayrılan ortağın esas sermaye paylarını da devredemediğinde sermayesini azaltmak zorundadır. Ancak, gerekli koşullar mevcut olsa bile sermayenin azaltılması tamamen ortaklığın idaresindedir ve ortaklığın ayrılma akçesinin ödenmesi amacıyla sermayesini en geç ne zaman azaltması gerektiği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrılma akçesinin yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespiti ile muaccel hale geleceğine ilişkin 642/3. madde ile ortaklık sözleşmesinde hüküm yoksa kollektif ortağının ayrılma payının ayrılmadan sonra çıkarılacak

[92] *Baştuğ*, s. 100; *Dubs*, s. 33; *Sanwald*, s. 118; *Trüeb*, CHK, Art. 825a, N. 11; *Yıldırım*, s. 333. Bu kuralın tek istisnasının, sermayenin asgari sermayenin altında olacak şekilde azaltılıp, eş zamanlı olarak yeniden en az asgari sermaye sermayeye kadar artırılması olduğu yönünde bk. *Sanwald*, s. 118, 119.

[93] TOBB tarafından aylık yayımlanan kurulan-kapanan şirket istatistiklerinden tespit edebildiğimiz kadariyle, Türkiye'de 2013 yılından bu yana limited ortaklıkların ortalama dörtte biri asgari sermaye (m. 580) ile kurulmaktadır. Bk. <https://www.tobb.org.tr> (e.t.23.06.2018).

[94] *Baştuğ*, s. 83; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 206; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma II, s. 857; *Üçışık*, s. 204; *Yıldırım*, s. 333.

ilk bilanço tarihinde ödenmesi gerektiğine ilişkin 262/1. madde burada kıyasen uygulanmalıdır. Bu doğrultuda sermaye en geç ayrılmadan sonra çıkarılacak ilk bilanço tarihinde azaltılmalıdır^[95].

b. Kısmen Muacceliyet Halinde Kalan Kısımın Akıbeti

642/1. maddedeki haller gerçekleştiğinde ayrılma akçesi, *ilgili kaynaktan karşılanabildiği ölçüde* muaccel olmaktadır^[96]. Örneğin, ortaklığın mevcut kullanılabilir öz kaynakları ayrılma akçesinin bir kısmını karşılamaya yetiyorsa ayrılma akçesi, bu kaynaklarla karşılanabildiği tutarda (kısmen) muaccel hale gelmektedir. Yine, ayrılan ortağın esas sermaye payı, ortaklığın kendi paylarını iktisap edebileceği azami miktar olan yüzde yirmiden fazla ise, ortaklığın sahip olduğu kullanılabilir öz kaynaklar ayrılma akçesinin tamamının ödenmesi için yeterli olsa bile muacceliyet, ortaklığın esas sermaye payını iktisaba yetkili olduğu azami orana karşılık gelen tutarda gerçekleşmektedir. Ayrılma akçesinin muaccel hale gelmeyen kısmı açısından muacceliyetin yine 642/1. madde uyarınca gerçekleşmesi pek tabii ki mümkündür^[97]. Örneğin, bu kısım, sermayenin azaltılması veya payın devri suretiyle muaccel hale gelebilir. İşte, 642/3. maddede, 642/1. maddede öngörülen kaynaklara ek olarak ve çoğu zaman bu kaynakları tamamlayıcı nitelikte bir imkân düzenlenmektedir. Bu hükme göre, “ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu husus yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespiti ile muaccel hale gelir”. Böylece bir yandan, muacceliyetin gerçekleşmesi ortaklığın iradesine bağlı olmaktan kurtarılarak ayrılan ortağın alacağına kavuşması güvence altına alınmakta; diğer yandan, muacceliyet kullanılabilir öz kaynak tutarının yıllık raporda tespit edilmesi anına ertelenerek alacağın ortaklık açısından uygun olmayan bir zamanda talep edilmesine engel olunmaktadır.

Hemen belirtelim, 642. maddenin 3. fıkrası, 6335 sayılı Kanun’la ilga edilen 2. fıkra ile birlikte anlamlıydı. İki fıkranın birlikte uygulanmasıyla şöyle bir sistem öngörülmüştü: Ayrılmadan sonra işlem denetçisi tarafından 1. fıkranın a ve c bentlerindeki koşulların bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Bu tespitten ardından (ve 1. fıkranın b bendindeki koşul da gerçekleşmediği takdirde)

[95] Bk. *Arslanlı / Domaniç*, s. 773.

[96] *Sanwald*, s. 121.

[97] *Stäubli*, BSK, Art. 825a, N. 7; *Trüeb*, CHK, Art. 825a, N. 4. Öte yandan 642/3. maddeye, 642/1. madde uyarınca ayrılma akçesinin ödenmesi için kaynak bulunamadığında başvurulacağı yönünde bk. *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-59.

ayrılma akçesinin muaccel hale gelmeyen kısmı bakımından 3. fıkra hükmü uygulanmalıdır. Yani, 2. fıkra hükmü, 1. ve 3. fıkralar arasında köprü vazifesi görmekteydi. Bu nedenle, 2. fıkranın ilga edilmesi, 3. fıkranın anlaşılmasını zorlaştırarak bu fıkrayı öngörülme amacından farklı şekilde uygulanmaya elverişli hale getirmiştir. Hükmün anlaşılabilmesi için şu iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: İlk olarak, 642/3. maddede yer alan “ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı” ifadesi, bu hükmün kapsamına, muaccel hale gelmesine rağmen ödenmeyen alacakların dâhil olduğu izlenimini uyandırmaktadır^[98]. Az evvel belirtildiği üzere, 3. fıkrada bu ifade, mülga 2. fıkraya istinaden yapılan tespit üzerine alacağın kısmen muaccel hale gelmesi ve bu kısmın ödenmesi ihtimali üzerine kullanılmıştır. Alacağı muaccel hale gelen alacaklı, zaten ilgili hukuki yola başvurarak alacağının ödenmesini isteyebilir. Bunun için ayrıca 3. fıkrada öngörülen muacceliyet halinin gerçekleşmesine lüzum yoktur. Nitekim, 3. fıkranın 2. cümlesinin “bu husus...muaccel hale gelir” şeklindeki ifadesinden, bu fıkranın, alacağın henüz muaccel olmayan kısmı için uygulanacağı anlaşılmaktadır^[99]. Bu itibarla, 3. fıkrada ayrılma akçesinin “ödenmeyen” kısmı yerine, ayrılma akçesinin “muaccel hale gelmeyen kısmı” ifadesi tercih edilmelidir^[100]. Açıklanması gereken diğer husus, “ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı” ifadesinin, bu fıkranın yalnızca hakkında kısmi muacceliyetin vuku bulunduğu alacaklar için uygulanacağı anlamına gelmediğidir. 3. fıkra hükmü, 1. fıkrada sayılan hallerden herhangi biri gerçekleşmediği için kısmen dahi olsa muaccel hale gelmeyen alacaklar için de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, 3. fıkranın uygulanabilmesi için, öncesinde 1. fıkradaki hallerden en az birinin gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Hatta 2. fıkranın ilga edilmesinin ardından kullanılabilir öz kaynak tutarının kim tarafından belirleneceği konusunda kanunda bir boşluk oluştuğundan, bu yönde kanuni bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, ayrılma akçesi alacağının muacceliyet zamanının 3. fıkraya göre belirlenmesi ihtimali yüksektir^[101].

Bu açıklamalardan sonra, 3. fıkra hükmünün uygulanma şartları üzerinde durmak gerekirse; bu hükme göre alacağın muaccel olabilmesi, kullanılabilir

[98] Nitekim 642/3. maddedeki koşul gerçekleştiğinde alacağın *yeniden* ödenir hale geldiğini belirterek bu sonucu destekleyen görüş için bk. *Gürpınar*, s. 96; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-59.

[99] Aynı yönde bk. *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 206-207.

[100] Hükmün mehzasında da “ayrılma akçesi alacağının ödenmeyen kısmı” anlamına gelen “*nicht ausbezahlten Teil der Abfindung*” ibaresi kullanılmaktadır (İBK m. 825a/3).

[101] Karş. TTK m. 262/1.

öz kaynak tutarının ancak *yıllık raporda* tespit edilmesiyle mümkündür^[102]. Yıllık rapordan, yıllık bilanço anlaşılmalıdır^[103]. Yıllık bilançonun hazırlanması müdürlerin görevi olup bağımsız denetime tabi ortaklıklarda bu bilançonun bağımsız denetçi tarafından onaylanması gerekmektedir (TTK m. 625/1,f, 635, 398/1). Başka amaçlarla hazırlanmış bilançoda kullanılabilir öz kaynak tespit edilmesi ayrılma akçesini muaccel hale getirmez. Bu konuda yıllık bilançonun esas alınmış olması, ortaklıklar topluluğunda kaybın yıl sonuna kadar denkleştirilmesini öngören TTK'nin 202. maddesi ile uyumludur. Bundan başka, alacağın muaccel olabilmesi için ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklara sahip olması yeterlidir; 1. fıkrada olduğu gibi burada da ayrılma akçesinin ödeneceği kaynak *serbestçe* kullanılabilir öz kaynaklarla sınırlandırılmamıştır. Bu hükmün bir sonucu olarak, ayrılma akçesinin ödenmesi karın dağıtılmasından önce gelmektedir^[104]. Böylece, ayrılma akçesinin derhal ödenmesi de teşvik edilmiş olmaktadır^[105].

Ortaklık hâlihazırda kendi paylarını iktisap edebileceği azami miktarda (% 20) esas sermaye payını elinde bulunduruyorsa, yıllık bilançoda kullanılabilir öz kaynaklara sahip olduğunun tespiti ile ayrılma akçesi muaccel hale gelmez. Bu bağlamda, 642/3. madde uyarınca muacceliyet, anılan fıkrada öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, ortaklığın 612/2. madde uyarınca kendi paylarını iktisaba yetkili olduğu ölçüde gerçekleşmektedir.

B- Ödemeye İlişkin Diğer Hususlar

Ayrılma akçesi alacağı için kapital faizi istenip istenemeyeceği konusunda 642. maddede açıklık bulunmamaktadır. Oysa mehzada, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı üzerinde alacaklının, faizsiz bir talep hakkına sahip olduğu

[102] İBK'nin 825a/3. maddesinde yer alan "*im jährigen Geschäftsbericht*" ifadesi, TTK'nin 642/3. maddesine "yıllık raporda" şeklinde çevrilmiştir. Oysa İBK bağlamında faaliyet raporu olarak çevirebileceğimiz *Geschäftsbericht*, durum raporunu (*Lagebericht*) ve finansal tabloları (*Jahresrechnung*) içeren bir raporu ifade etmektedir (*Dubs / Truffer*, BSK, Art. 698, N. 17). Türk hukukunda yönetim kurulu faaliyet raporuna karşılık gelen durum raporu, büyük işletmelerde iş yılı sonu itibarıyla işlerin gidişatını ve ortaklığın finansal durumunu gösterir (*Neuhaus / Inauen*, BSK, Art. 961c, N. 1, 5, 6). Finansal tablolar ise bilanço, gelir tablosu ve eklerden oluşmaktadır (İBK m. 958/2; TTK m. 68/3).

[103] Yıllık bilanço, hesap dönemi sonu itibarıyla işletmenin faaliyetlerinin sonucunu gösteren bilançodur. Yıllık bilançodan faaliyet sonucunun olumlu ya da olumsuz olduğu tespit edilebilir (*Üçışık / Çelik*, s. 20).

[104] *Şener*, s. 934; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-59; *Yıldırım*, s. 336.

[105] *Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001*, s. 3224.

açıkça düzenlenmektedir (İBK m. 825a/3). TTK'nin hükümet tarafından teklif edilen metninde de ayrılma akçesinin faizsiz bir alacak olduğu hükmüne yer verilmişti^[106]. Ancak bu ifade, 642. maddeden adalet komisyonu tarafından çıkarılmıştır^[107]. Anılan değişikliğin, ayrılma akçesine faiz işletilmesinin önünü açmak; dolayısıyla ayrılan ortağın faize ilişkin menfaatini korumak amacıyla yapıldığı düşünülebilir. Ne var ki, gerekçede yer alan "ikinci fıkra ayrılan ortağın menfaati ile şirketin menfaati arasında dengeyi kurmak amacıyla konulmuştur. Ortak bir alacak hakkı elde ederek, şirket ise faiz işlememesi ve öz sermaye belirleninceye kadar herhangi bir ödeme yükümü altına konulmayarak korunmuştur" şeklindeki açıklamalar, bunun aksi yönündedir^[108]. Her ne kadar alacağın faizsiz olduğu kanunda açıkça düzenlenmemişse de, hem alacağın niteliği hem de 642. madde ile korunmak istenen menfaatler dengesi, ayrılma akçesine faiz işletilmesine engel teşkil etmektedir^[109]. Gerçekten, ayrılma akçesi, ayrılan ortağın esas sermaye payının karşılığını oluşturmaktadır. Esas sermayeye faiz ödenmesi ise TTK m. 609/1 uyarınca yasaktır^[110]. Ayrıca, muacceliyet anı yasal düzenlemeyle belirlenen bir alacağa faiz işletilebilmesi adil değildir. Kaldı ki, ayrılma akçesine faiz işletilmesi, 642. maddenin alacaklıların haklarını koruma amacına da aykırıdır. Öte yandan, alacak muaccel hale geldikten sonra, temerrüt faizi istenebileceği konusunda şüphe yoktur^[111]. Ancak bunun için TBK m. 117/1 uyarınca ayrılan ortağın ihtarıyla ortaklık temerrüde düşürülmelidir^[112].

[106] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 720.

[107] Bk. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 1119.

[108] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 278.

[109] Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 207; Şener, s. 933; Yıldırım, s. 337. Bu hususun madde metnine yansıtılması gerektiği konusunda bk. Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Önerileri, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 396.

[110] Trüeb, CHK, Art. 825a, N. 5, 13.

[111] Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Bası, İstanbul 2012, s. 558; Germann, N. 2220, 2221; Siffert / Fischer / Petrin, Art. 825a, N. 10; Şener, s. 933; Trüeb, CHK, Art. 825a, N. 13a; Ulaş, I.: Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış, BATİDER 2005, C. XXIII, S. 2, (s. 189-210), s. 200-201; Yıldırım, s. 338.

[112] Yargıtay'ın ayrılma akçesi alacağına, çıkma / çıkarmaya ilişkin dava tarihinden ya da karar tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilebileceği yönündeki kararları için bk. Y. 11. HD, 08.06.2015, 2292/7902, Yargıtay Kararları, s. 466; Y. 11. HD, 21.03.2016, E. 2015/8441, K. 2016/3065, <https://emsal.yargitay.gov.tr>.

642/3. madde uyarınca, “ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur”. Diğer alacaklıların öncelikle tatmin edileceğine ilişkin bu kural, iflas ve tasfiye halinde uygulanır^[113]. Bunun dışında, yani ortaklık faaliyetlerine olağan bir şekilde devam ederken, ayrılan ortak ile diğer alacaklılar arasında böyle bir sıralama bulunmamaktadır. Diğer alacaklılara tanınan bu önceliğin nedeni, ayrılma akçesinin, esas sermaye payının geri ödenmesi niteliğinde olmasıdır^[114]. Böylece ortaklar arası meseleler nedeniyle alacaklıların haklarının olumsuz etkilenmemesi amaçlanmaktadır^[115]. Dolayısıyla diğer alacaklıların kapsamına, bu sıfatı nedeniyle ortaklıktan alacaklı olan ortaklar dâhil değildir^[116]. Bununla birlikte ayrılma akçesi, tasfiye gelirlerinin ortaklara dağıtılmasından önce ödenmelidir.

Ayrılma akçesinin ödenme şekli sınırlandırılmamıştır^[117]. Bu nedenle, nakit şeklinde ödenebileceği gibi, alacaklının kabul etmesi kaydıyla ayın olarak da örneğin, aktiflerin ayrılan ortağa devri veya ortaklığın bölünmesi suretiyle ödenebilir^[118]. Ödenme şekli konusunda hem çıkmayı hem de çıkarmayı kapsar biçimde ortaklık sözleşmesinde genel bir düzenleme öngörülmesine emredici hükümler ilkesi engel oluşturmamalıdır^[119].

Ayrılma akçesi, ani edimli bir borç doğurur; bu nedenle bir defada ödenmelidir. Öte yandan, ayrılan ortak ile ortaklık arasında taksitle ödeme konusunda anlaşma yapılabilir. Yine, sözleşmesel çıkma hakkına ilişkin olarak ortaklık sözleşmesinde ayrılma akçesinin dönemler halinde ödeneceğine dair hükme yer verilebilir (TTK m. 577/1,k).

[113] *Germann*, N. 2219; *Kendigelen*, s. 558, dn. 141; *Sanwald*, s. 125; *Siffert / Fischer / Petrin*, Art. 825a, N. 9; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 206; *Şener*, s. 932; *Yıldırım*, s. 339.

[114] *Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001*, s. 3224; *Germann*, N. 2219; *Pfenninger*, OFK, Art. 825a, N. 6; *Sanwald*, s. 125; *Trieb*, CHK, Art. 825a, N. 5, 13.

[115] *Pfenninger*, OFK, Art. 825a, N. 6.

[116] *Germann*, N. 2219; *Moroğlu*, s. 395-396; *Sanwald*, s. 125; *Siffert / Fischer / Petrin*, Art. 825a, N. 9; *Şener*, s. 932; *Taşdelen*, s. 205-206.

[117] Oysa kolektif ortaklıktan ayrılan ortağa ayrılma payı ancak nakden ödenebilmektedir (TTK m. 261).

[118] *Arslanlı / Domaniç*, s. 773; *Germann*, N. 2205, 2206; *Öztürk Dirikkan*, s. 154; *Sanwald*, s. 108-110; *Stäubli*, BSK, Art. 825a, N. 9; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-56.

[119] *Çamoğlu (Poroy / Tekinalp)*, N. 1680k; *Çamoğlu*, Çıkarılma, s. 19; *Develi*, B.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, (s. 443-489), s. 484; *Gürpınar*, s. 95; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-53. Bk. TTK m. 577/1,k.

Ayrılma akçesine, ortaklık sıfatı sona erdikten sonra hak kazanılsa da, bu alacağın salt borçlar hukuku karakterli bir alacak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira alacağın kaynağı ortaklık ilişkisidir (ya da ortaklık sözleşmesidir). Bundan dolayıdır ki, ayrılma akçesinin ortaklıktan talep edilebilme koşulları, diğer alacaklardan farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ayrılma akçesi alacağına, TBK m. 147, b.4 uyarınca "...ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların...kendileri ile ortaklık arasındaki...alacaklar" için geçerli olan beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır^[120]. Bu süre, alacağın kısmen veya tamamen muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar (TBK m. 149).

3. Ayrılan Ortağın Korunması

641. maddede ayrılan ortağın ayrılma akçesine ilişkin istem hakkı güvence altına alınırken, 642. maddede bu hakkın elde edilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınarak zorlaştırılmıştır. Alacaklıların korunması kaygısıyla aranan bu koşullar, aşağıda belirtilen bazı hallerde ise ayrılma akçesinin tahsil edilmesini imkânsız hale getirmektedir. 642. maddenin doğurduğu sonuçlar, ayrılan ortağın Anayasa'nın 35. maddesi ile korunan mülkiyet hakkını ve 48. maddesi ile güvence altına alınan teşebbüs özgürlüğünü ihlal etmektedir. Gerçekten, ayrılan ortağın ayrılma akçesi üzerindeki hakkı, yatırım araçları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesini sağlayan mülkiyet hakkının bir gereğidir. Yine teşebbüs özgürlüğü, yatırımcının kar elde etme beklentisiyle ortaklığa getirdiği sermayenin, zarar etme riski hariç, yatırımcı ortağa dönmesini garanti altına almaktadır. İşte, 641. madde anılan anayasal güvencelerin bir yansıması olup bu esaslar 642. maddede de gözetilmelidir.

İki madde arasındaki bu çelişkinin ayrılan ortak aleyhine yarattığı sonuçlar, limited ortaklığın bir sermaye ortaklığı olmasıyla ve bu ortaklıklarda geçerli olan sermayenin korunması ilkesiyle izah edilemez. Zira limited ortaklık, bünyesinde kişisel unsurları barındıran bir ortaklıktır ve bu unsurların uygulanmasına sermaye ortaklıklarına has kurallar engel oluşturmamalıdır. Ancak buradan, ayrılan ortağın hakları korunurken bu sefer alacaklıların haklarının görmezden gelineceği anlamı çıkarılmamalıdır. Bilakis, 642. madde uygulanırken, madde gerekçesinde de belirtilen amaca uygun olarak alacaklılar ile ayrılan ortağın menfaatleri arasında denge kurulmalıdır.

[120] Şener, s. 934; Yıldırım, s. 341. Alacağın doğduğu anda ayrılan kişi ortak sıfatını haiz olmadığından, ayrılma akçesi alacağı için TBK'nin 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşü için bk. Develi, s. 485; Öztürk Dirikkan, s. 159.

A- Çıkmaya Katılma Halinde

Kullanılabilir öz kaynakları, birden fazla ayrılma akçesi alacaklısının haklarını sağlamaya yetmediğinde ortaklık nasıl hareket etmelidir? Ayrılma çıkmaya katılma yoluyla gerçekleştiğinde, bu surette çıkan tüm ortaklar, esas sermaye paylarıyla orantılı olarak eşit işleme tabidir (TTK m. 639/3). Eşit işlem ilkesi, ayrılma akçesinin gerek hesaplanması gerekse ödenmesi bakımından geçerlidir^[121]. Ne var ki bu paylaşım, ayrılma akçesinin gerçek değer üzerinden ödeneceği prensibinden caymayı gerektirmemektedir^[122]; paylaşımın sonucunda ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı üzerinde çıkan ortakların istem hakkı devam etmektedir. 642/3. madde uyarınca muaccel hale gelen bu kısım, eşit işlem ilkesine uygundur olarak ödenmelidir.

Eşit işlem ilkesi, muacceliyet koşullarının gerçekleşmesi bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, 642. maddedeki koşullar mevcut olsa dahi ayrılma akçesi, 639/1. madde uyarınca (ilk) çıkma beyanında bulunan ortak açısından hemen muaccel hale gelmez; muacceliyet, bu yolla çıkan tüm ortaklar açısından, 639/2. maddede öngörülen bir aylık süre içinde en son çıkma beyanının ortaklığa ulaşmasıyla gerçekleşmektedir. Böylece, bir ortağın ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklarından kötü niyetli bir şekilde yararlanması ve ayrılma akçesinin ödenmesi bakımından kendisini avantajlı hale getirmesi engellenebilmektedir^[123].

Eşit işlem ilkesinin, ayrılmanın çıkmaya katılma dışındaki yollarla gerçekleştiği hallerde de geçerli olacağı fikri, 639. maddenin özel hüküm (*lex specialis*) niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bu halde birden fazla ayrılma akçesinin ödenmesi, muacceliyet koşullarının gerçekleşmesi şartına bağlı olarak, genel hükümlere (İİK hükümlerine) tabidir.

B- Hakimin Takdir Yetkisi

Haklı sebeple çıkma ve çıkarma, ancak hakim kararıyla mümkündür. Hakim, çıkma veya çıkarma için ileri sürülen sebebin gerçekten bulunup bulunmadığı ile haklı sebep teşkil edip etmediğini belirlemelidir. Peki, çıkma ve çıkarma için haklı sebebin varlığını tespit eden hakim, ayrılma akçesinin hiç ya da belirsiz

[121] Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1675v; Demirkapı / Yıldırım, s. 463; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 188-189; Şahin, Çıkma ve Çıkarma II, s. 854; Şener, s. 896-897; Trüeb, CHK, Art. 822a, N. 5.

[122] Aksi yönde bk. Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 189.

[123] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, s. 3221; Pfenninger, OFK, Art. 822a, N. 2; Şener, s. 897; Tekinalp, Ü.: Çıkmaya Katılma, www.arslanlibilimarsivi.com, e.t.23.03.2018, s. 3.

bir süre ödenmeyeceği hallerde nasıl karar vermelidir? Örneğin, asgari sermayeye sahip olan ve yeterli kullanılabilir öz kaynağı bulunmayan bir ortaklığın, içinde bulunduğu durum itibariyle aktiflerini artırması da güçse, hakim yine de çıkmaya / çıkarmaya karar vermeli midir?

Doktrinde bir görüşe göre, hakim, ayrılma akçesinin ödenebilirliğini de incelemeli; ortada çıkma için haklı sebep bulunmasına rağmen, ayrılma akçesinin ödenmeyeceği sonucuna varırsa, çıkma talebini reddetmelidir^[124]. Gerçekten hakim, sadece haklı sebebin varlığına göre değil; ayrılmanın gerek ortak gerekse ortaklık açısından yol açacağı ekonomik sonuçları da değerlendirerek kararını vermelidir^[125]. Bununla birlikte, bu değerlendirme sonucunda ayrılma akçesinin ödenemeyeceği kanaatine vardığında çıkma talebini reddedeceği görüşü, ortaklık ilişkisi kendisi açısından çekilmez hale gelen ortağı ortaklıkta kalmaya zorlamaktadır. Bu ise, haklı sebeple çıkmayı düzenleyen hükümlerin emredici niteliğine ve çıkmak isteyen ortağın kişilik haklarına aykırıdır.

Diğer görüş, hakim bu davada takdir yetkisinin sınırlı olduğunu; sadece çıkmaya / çıkarmaya, ayrılmanın zamanına ve gerekirse ayrılma akçesinin miktarına hükmedebileceğini savunur. Bu görüşe göre, ayrılma akçesinin bir defada ödenememe ihtimaline karşı 642. maddede düzenleme getirilmiştir ve mahkemenin çıkma / çıkarma kararı ile bu madde arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ortaklığın ödeme yetersizliği ortağın çıkmasına / çıkarılmasına engel olmamalıdır^[126]. Bu görüş, faaliyetlerini olağan bir şekilde sürdüren ortaklıklar açısından isabetlidir. Zira ticaret hayatında ortaklıkların zarar etmesi ve bu durumun göreceli devamlılık arz etmesi olağandır. Bu durumdaki bir sermaye ortaklığından çıkan ya da çıkarılan ortağın ayrılma akçesini, 642. maddedeki koşullara bağlı olarak tahsil etmesi menfaatler dengesine uygundur. Nitekim 642. madde uyarınca ayrılma akçesinin ayrılma anında dahi muaccel hale gelebilmesi, bu hükmün, ortaklığın faaliyetlerini olağan bir şekilde sürdürdüğü; dolayısıyla gerekli koşulları sağlayabilecek durumda olduğu kabulünden hareketle düzenlendiğini doğrulamaktadır. Zira 642. madde ile en nihayetinde ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlanmaktadır. O halde bu maddenin, hakkında muacceliyet hallerinin gerçekleşmesi güç ya da imkânsız olan

[124] Öztürk Dirikkan, s. 158; Sanwald, s. 61; Şahin, Çıkma ve Çıkarma, s. 204.

[125] Bk. Gınyay, R. E.: Limited Şirketin Haklı Sebep Feshi ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2007/2, S. 12, (s. 195-218), s. 205; Helvacı, M.: İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebep Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay'ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1995, C. 9, S. 1-3, (s. 361-375), s. 372, 374 ve dn. 35; Taşdelen, s. 181-182.

[126] Aker, s. 91; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), N. 1680i; Sanwald, s. 113; Yıldırım, s. 288.

ortaklıkları kapsamadığı açıktır. Bu durumdaki bir ortaklıktan ayrılmasına karar verilmesi, ortağın ortaklık haklarından karşılıksız olarak yoksun bırakılarak adeta cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır^[127]. Bu sonuç, çıkma ve çıkarmayı düzenleyen hükümlerin *ratio legis*'iyle bağdaşmamakta; ortaklığın devamını sağlayan koşulları, ayrılan ortağın sırtlanmasına ve 641. maddenin dolaylı yoldan kaldırılmasına neden olmaktadır.

Diğer yandan, alacağı ödenmeyen ayrılan ortağın alacaklı sıfatıyla ortaklığın iflasını isteyebileceği; dolayısıyla bu durumun çıkmaya engel teşkil etmeyeceği düşünülebilir^[128]. Ancak, ayrılma akçesinin ödenmediği her durum, ortaklığın iflasına yol açmamaktadır. Bilindiği üzere, takipli iflas yoluna başvurabilmek için alacaklının alacağının muaccel olması gerekmektedir. Burada ise ayrılma akçesi henüz muaccel hale gelmemiştir. Takipsiz (doğrudan doğruya) iflas yoluna başvurabilmek için alacağın muaccel olması gerekli değilse de, İİK'nın 177. maddesinde sayılan hallerden en az biri gerçekleşmiş olmalıdır^[129]. Ortaklığın kullanılabilir öz kaynağının bulunmayışı, İİK m. 177 bağlamında ödemelerini tatil ettiği anlamına gelmemektedir. Zira ödemelerin tatil edilmesi, borçlunun, acz halinde olması veya mali durumunun bozulması nedeniyle ya da nedensiz olarak, muaccel olan borçlarını devamlı ve kararlı bir şekilde öde(ye)memesidir^[130]. Mali durumu kötü olmasına rağmen bir şekilde para tedarik ederek borçlarını ödemesi halinde borçlunun ödemelerini tatil ettiği söylenemez^[131]. Kaldı ki, ayrılma akçesi ortaklık tarafından ödenemeyecek olmasına rağmen, ortaklığın iflasını isteme hakkı bulunduğu düşüncesiyle ortağın çıkmasına karar vermek, usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır.

[127] "Ayrılma özellikle çıkarma, elkoyucu (müsadere edici) ve cezalandırıcı bir yaklaşıma olanak vermemelidir" (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 277).

[128] Bk. *Baştuğ*, s. 100.

[129] *Berkin*, N. M.: İflas Hukuku, İstanbul 1970, s. 159; *Rüzgaresen*, C.: İflas Sebepleri, Ankara 2011, s. 36-37; *Üstündağ*, S.: İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 53, 55. İİK'nın 177. maddesinde takipsiz iflas halleri şu şekilde düzenlenmektedir: "1- Borçlunun malum yerleşim yeri olmaz, taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla kaçar, alacaklıların haklarını ihlal eden hileli muamelelerde bulunur veya bunlara teşebbüs eder yahut haciz yoluyla yapılan takip sırasında mallarını saklarsa; 2- Borçlu ödemelerini tatil eylemiş bulunursa; 3- 301 inci maddedeki hal varsa; 4- İlama müstenit alacak icra emriyle istenildiği halde ödenmemişse."

[130] *Berkin*, s. 166-168; *Kırtıloğlu*, S. S.: İflas Davası, Ankara 2009, s. 47-48; *Rüzgaresen*, 359; *Üstündağ*, s. 54.

[131] *Berkin*, s. 168; *Rüzgaresen*, s. 361, 368-369.

Esasen, çıkmak isteyen ortağın ortaklığın devamında herhangi bir menfaati bulunmamaktadır; ortak için önemli olan, esas sermaye payının karşılığını alarak ortaklık ilişkisini sona erdirmektir^[132]. Ayrılma akçesinin ödenmesinin mümkün olmadığı hallerde çıkma, ortaklığın feshini engelleyici alternatif çözüm yolu olma özelliğini kaybetmektedir. Bu durumda çıkma talebini hakim, TTK m. 636/3 hükmü kapsamında bir fesih talebi olarak ele almalıdır^[133]. Zira çıkma ve fesih taleplerinin ortak yanı, her ikisinin de haklı sebep temeline dayanması ve her ikisinin de tek bir ortak tarafından ileri sürülebilmesidir^[134]. Ortak çıkma yoluna değil de TTK m. 636/3 uyarınca doğrudan fesih yoluna başvurmuş olsaydı dahi hakim, ayrılma akçesinin ödenemeyecek olduğu dolayısıyla çık(arıl)manın sonuçlarının uygulanamayacak olduğu hallerde, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm de mevcut değilse, ortaklığın feshine karar verecekti^[135]. Burada da ortaklığın feshinden önce, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözümün mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu noktada vurgulanması gereken husus, ortaklığın feshine, ayrılma akçesinin ödenemeyecek olmasının da temelinde yatan, ortaklığın faaliyetlerini olağan olarak sürdürebilmesindeki imkânsızlığın yol açmış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, ayrılma akçesinin ödenmesindeki güçlük aslında, ortaklığın düzeltilmesine ihtimal verilmeyen kötü gidişatının bir sonucudur. Bu durumdaki bir ortaklığın devamında alacaklıların da menfaati bulunmamaktadır. Bilakis, alacaklıların ortaklık malvarlığının daha fazla azalma riskine karşı korunmaya ihtiyacı vardır.

Limited ortaklığın asgari iki kişi ile kurulabildiği 6762 sayılı TTK döneminde açılan haklı sebeple fesih davasında Yargıtay, iki ortaklı limited ortaklıkta çıkma söz konusu olamayacağı gerekçesiyle ortaklığın feshedebileceğini içtihat etmiştir^[136]. Bu kararda, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanun hükmü tespit edilirken esas alınan ölçüt dikkat çekicidir. Yargıtay, haklı sebe-

[132] *Oruç*, s. 222.

[133] Çıkma kararının uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde ortağın, haklı sebeple fesih talebinde bulunabileceği yönünde bk. *Favalli*, s. 96; *Kaya*, A.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması, EÜHFD 2010, C. V, S. 1-2, (s. 203-237), s. 217; *Öztürk Dirikkan*, s. 158; *Siffert / Fischer / Petrin*, Art. 825a, N. 3; *Taşdelen*, s. 241.

[134] Nitekim bundan dolayı 6762 sayılı TTK'de, "her ortak, muhik sebeplere dayanmak şartıyla şirketten çıkmasına müsaade edilmesini veya şirketin feshini mahkemeden talebedebilir" hükmüne yer verilmişti (m. 551/2).

[135] *Aker*, s. 142; *Şahin*, s. 429, 431. Ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin hükümlerle sadece ayrılan ortağın değil; diğer katılanların menfaatleri de gözetildiğinden bahisle, bu durumda ortaklığın feshine karar verilemeyeceği yönünde aksi görüş için bk. *Germann*, N. 2223; *Sanwald*, s. 326.

[136] Y. 11. HD, 27.10.2003, E. 2003/3080, K. 2003/9839, www.lexpera.com.tr.

bin mahiyeti ve etkisi göz önünde bulundurulduğunda uyuşmazlığın aslında davacının ortaklıktan çıkması yoluyla giderilebileceği görüşündedir. Ancak, bu durumda ortak sayısı bire düşeceğinden, çıkma yolunun hukuki bir engel nedeniyle uygulanamayacağı; dolayısıyla haklı sebebin, ortaklığın feshi yoluyla giderilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Yargıtay'ın bu yorumu, haklı sebebin etkisinin ortadan kaldırılması bağlamında, çıkma ile fesih arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır: Çıkmanın sonuçlarının uygulanması için hukuki bir engel bulunduğu takdirde fesih yoluna başvurulabilir. Aynı ölçüt, ayrılma akçesinin 642. madde uyarınca ödenemeyeceği hallerde de geçerlidir.

Davacının başvurusunun 636/3. madde kapsamında bir talep olarak ele alınmasına taleple bağlılık ilkesi engel oluşturmamalıdır (HMK m. 26). Zira davacının çıkma talebinin özü, çekilmez hale gelen ortaklık bağının sona erdirilmesidir. Az evvel de belirtildiği üzere, bu ortağın ortaklığın devamında menfaati bulunmamaktadır. Dolayısıyla çıkma talebi, aslında, ortaklığın feshi suretiyle ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi talebini de içermektedir^[137]. Ortaklık bağının çıkma mı yoksa fesih yoluyla mı sona erdirileceğine menfaatler dengesini de gözetererek hakim karar vermelidir. Kaldı ki, hakim, davacının hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir; beyanlarını yorumlayarak hukuki nitelendirmeyi bizzat yapmak zorundadır (*iura novit curia*)^[138]. Davacının çıkma davası açmaktaki iradesi, esas sermaye payının karşılığının ödenerek ortaklıkla bağının sonlandırılmasıdır. Hakim, esas sermaye payının karşılığının çıkma yoluyla ödenemeyeceği kanaatine varırsa, davacının talebinin 636/3. madde anlamında bir talep olduğunu kabul etmek zorundadır. Aksi takdirde, esas sermaye payının karşılığının ödenemeyeceğini bile bile çıkmaya karar verilmesi, davacının subjektif menfaatinin korunmaması sonucunu doğurur^[139]. Aydınlatma ödevinin bir gereği olarak hakim, davacının bildirdiğinden farklı bir hukuki sebebin uygulanacağı konusunda taraflara bilgi vermelidir (*sürpriz*

[137] Çıkma ve fesih taleplerinin terditli olarak ileri sürülebileceği yönünde bk. *Sanwald*, s. 326; *Şahin*, Çıkma ve Çıkarma, s. 180.

[138] Bu konuda bk. *Akil*, C.: Hakimın Hukuku Kendiliğinden Uygulanması İlkesi, AÜHFHD 2008, C. 57, S. 3, (s. 1-32), s. 3 vd.

[139] Tarafın talebini belirli bir hukuki gerekçe altına altladığı durumlarda, hakimın istenilen hukuki korumayı sağlamak amacıyla farklı bir hukuki gerekçeyle karar verebileceği ve bu durumda *talep edilmeyene karar verememe* kuralının ihlal edilmeyeceği hakkında bk. *Meriç*, N.: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 111. YİBK, 04.06.1958, E. 15, K. 6, *Pekcamtez*, H. / *Taş Korkmaz*, H. / *Meriç*, N.: Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 8. Bası, Ankara 2016, s. 88.

Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)

karar verme yasağı)^[140]. Bunun üzerine davacı, ayrılma akçesinden feragat ettiğini; ortaklık ise, davacının esas sermaye payını satın almaya talipli ortakların isimlerini mahkemeye bildirebilir^[141]. Tarafların bu beyanları hakim, fesih yerine, m. 636/3 uyarınca davacının çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar vermesinde etkilidir.

Yargıtay bir kararında, mahkemenin yalnızca çıkma sebeplerinin gerçekten var olup olmadığı ile bu sebeplerin haklı olup olmadığı konusunda değerlendirme yapabileceğine, 638/2. maddeyle buna ek olarak mahkemeye bazı tedbirleri alma yetkisinin verilmiş olduğuna; davacının talebinin çıkmaya ve 638/2. madde uyarınca gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin olduğu halde mahkemenin talepten farklı olarak fesih ve tasfiyeye karar vermesinin bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir^[142]. Karardan, limited ortaklığın iki ortaklı olduğu ve diğer ortağın da ortaklığın devamını istemediğini beyan ettiği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme de fesih kararını, ortaklığın fiilen faaliyet göstermediği tespit edildiği için davacı ile davalının ortak olmaya devam etmelerinde hukuki ve ekonomik açıdan bir yarar bulunmadığına dayandırmaktadır. Somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda çıkan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyeceği açıkça ortada olmasına rağmen, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz esasların gözetildiği yerel mahkeme kararını salt şekli sebeplerle bozması isabetli olmamıştır.

Kişi, sözleşmesel ya da haklı sebeple çıkma hakkının bulunduğunu, bunun sonucunda mali haklarını alacağını ve bu haklarının emredici hükümlerle korunduğunu göz önünde bulundurarak limited ortağı olmaktadır. Haklı sebeple çıkma ve ayrılma akçesi imkânları, iç ilişkide kişisel unsurların ön planda olduğu limited ortaklık sözleşmesinin önemli unsurlarındandır. Çıkmak isteyen bir ortağa ayrılma akçesinin ödenemeyecek olması, ortağı ortak olmaya yönelten fiili veya kişisel mülahazaların ortadan kalktığı anlamına gelir^[143]. Bu bağlamda,

[140] *Erdönmez, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 833; *Meriç*, N.: Hakim Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DEÜHFD 2009, C. 11, Özel S.: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, (s. 377-424), s. 395.

[141] Fesih davasında hakim çoğunluk ortaklara, davacı ortağın paylarının satın alınması imkanını tanıması gerektiği yönünde bk. *Sümer*, A.: Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, MÜHFAD, C. XVIII, S. 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), (s. 839-849), s. 846.

[142] Y. 11. HD, 03.02.2015, E. 2014/15047, K. 2015/1168, <https://emsal.yargitay.gov.tr>.

[143] Fiili ve kişisel mülahazalar, ortağı ortak olmaya yönelten nedenlerdir. Bunlardan ilk grubu, ortaklık sözleşmesindeki zorunlu ve ihtiyari koşullar oluşturur. Bu koşulların herhangi birindeki önemli değişiklik, ortağı ortak olmaya yönelten nedenin ortadan kalktığı anlamına gelir. Ortağı ortak olmaya yönelten nedenlerin ikinci grubuna ise, ortaklığın

ortaklık sözleşmesinde öngörülen çıkma sebebi haklı sebep düzeyinde olmasa bile ortak, sebep gerçekleşmesine rağmen ayrılma akçesinin ödenemeyeceği; dolayısıyla çıkmanın sonucunun uygulanamayacağı gerekçesiyle ortaklığın feshini isteyebilir.

Haklı sebeple çıkarma davasında da davayı açan ortaklıktan, çıkarılan ortağın ayrılma akçesinin karşılanması amacıyla, esas sermaye payını iktisap etmesi ya da sermayesini azaltması beklenir. Ortaklığın söz konusu koşulları gerçekleştirilemeyeceğini bile bile çıkarma yoluna başvurması, dürüstlük kuralına aykırı olduğu kadar, ayrılma akçesi alacağının mutlak niteliğiyle de bağdaşmamaktadır. Bu durumda mahkeme, -ortaklığa kendi kendini fesih imkânı da tanınmadığından- ortaklığın çıkarma talebini reddetmelidir^[144]. Aynı gerekçelerle, esas sözleşmede öngörülen bir sebeple çıkarma kararı alan ortaklık, ayrılma akçesini ödeyemeyecek durumdaysa, çıkarılan ortağın 640/2. madde uyarınca başvurusu üzerine çıkarma kararı iptal edilmelidir.

C- Ayrılan Ortağın Denetim Hakkı

Görüldüğü üzere, muacceliyet hallerinin gerçekleşmesi ortaklığın kontrolündedir. Ayrılma akçesini ödeme niyeti olmayan ve özellikle tek kişinin kontrolünde faaliyetlerini sürdüren ortaklık, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde anılan koşulların gerçekleşmesini önleyebilir; ayrılan ortağı uzun ve belirsiz bir süre alacağından mahrum bırakabilir^[145]. Mehzada buna engel olmak amacıyla özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hukukumuzda alınmayan bu düzenleme ile ayrılan ortağa, alacağının tamamı ödeninceye kadar, denetçi atanmasını ve yıllık hesapların olağan denetiminin yapılmasını ortaklıktan isteme hakkı tanınmıştır (İBK m. 825a/4). İsviçre doktrininde, ayrılma akçesi tamamen ödeninceye kadar ayrılan ortağın, bilgi alma ve inceleme hakkına da sahip

temel nitelikleri dâhildir. Bu konuda bk. *Çamoğlu*, Haklı Sebeple Fesih ve Çıkarma, s. 25-32.

[144] Yargıtay tarafından onanan yerel mahkemenin bu yöndeki kararı şu şekildedir: "... TTK'nun 551. maddesinde yazılı muhik sebeplerin gerçekleştiği, ancak şirketin aktiflerinin çıkarılması, çıkarılması istenilen karşı davacıların paylarını ödemeye yeterli olmadığı, bu halde kalan ortakların tümünün muvafakati ile bunların paylarının devralınması durumunda karşı davalıların ihracına karar vermek mümkün ise de, muvafakatın mevcut olmadığı gerekçesiyle, aslı ve karşı davanın reddine karar verilmiştir..." (Y. 11. HD, 07.11.2006, E. 2005/8143, K. 2006/11357, www.sinerjimevzuat.com.tr).

[145] *Yıldırım*, s. 336. Buna engel olmak amacıyla doktrinde, ayrılan ortağın esas sermaye paylarını devralma konusunda ortaklığa belirli bir süre tanıma; bu süre içinde paylar devralınmadığında ortaklığın feshine karar verme yetkisinin mahkemeye *de lege ferenda* tanınması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir (*Sanwald*, s. 120).

olduğu kabul edilmektedir^[146]. Türk hukukunda bu konuda kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmelidir ve bu boşluk, alacaklının haklarını koruyucu tedbirlerle doldurulmalıdır. Nasıl ki *affectio societatis* unsuru etkisini devam ettirmişçesine, ayrılan ortağa ayrılma akçesinin ödenmesi konusunda ortaklığın menfaatini gözetme şeklinde bir yükümlülük öngörülmüşse, bu yükümlülüğün karşılığında ayrılan ortağın, alacağı tamamen ödeninceye dek bilgi alma ve inceleme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir^[147]. Ayrıca, TTK'nin 638/2. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle mahkeme, istem üzerine, ayrılan ortağın alacak hakkının teminat altına alınması amacıyla gerekli tedbirleri alabilmelidir. Bu kapsamda örneğin, bağımsız denetime tabi olmayan ortaklıklarda yıllık bilançonun gerçeğe uygun olup olmadığının tarafsız ve uzman kişilerce denetlenmesine hükmedebilmelidir.

[146] *Stäubli*, BSK, Art. 825a, N. 13.

[147] Ayrılan ortağın, ortaklık bağımsız denetime tabi ise bağımsız denetçiye, bağımsız denetime tabi değilse müdürlere öz kaynak tutarı hakkında soru sorarak bilgi alabileceği yönünde bk. *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 21-59. TTK m. 263/2 ile TBK m. 636/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda ayrılan ortağın bilgi alma hakkının bulunduğu görüşü için bk. *Yıldırım*, s. 342.

SONUÇ

Sermaye ortaklığı olması nedeniyle alacaklılarına karşı malvarlığıyla sorumlu olan limited ortaklıkta çıkma ve çıkarmanın mali sonuçlarının şahıs ortaklıklarından farklı şekilde ele alınması gerekmektedir. Zira çıkan ya da çıkarılan ortağa ayrılma akçesinin ödenmesiyle ortaklığın malvarlığında eksilme meydana geleceğinden alacaklıların alacaklarını tahsil edememe tehlikesi ortaya çıkmaktadır. 642. madde ile ayrılma akçesinin alacaklıların haklarına zarar vermeden ödenmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla, ayrılma akçesinin alternatifli üç kaynaktan ödenebileceği düzenlenmekte ve muacceliyet anı, ödenecek kaynağın elverişliliğine göre belirlenmektedir.

Kullanılabilir öz kaynaklar, ayrılma akçesinin ödeneceği kaynaklardan ilkidir (TTK m. 642/1,a). Kullanılabilir öz kaynaklar, genel kanuni yedek akçenin kısıtlı (esas sermayenin yarısına kadar olan) kısmı ve ortaklığın iktisap ettiği kendi payları karşılığında ayırdığı yedek akçeler dışında kalan (belirli amaçlarla ayrılmış isteğe bağlı yedek akçelerin de dâhil olduğu) öz kaynaklardır. TTK m. 642/1,a hükmü ile ortaklığa kendi paylarını satın alması konusunda bir yükümlülük getirildiğinden ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlı iktisaplar, TTK m. 382/1,c uyarınca iktisap yasağının istisnasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ayrılma akçesinin ödenmesi amaçlı iktisaplarda ortaklık, 612. maddedeki koşullarla bağlı değildir. Öte yandan, 612/2. maddede bu istisnaya bir istisna getirilmiştir. Buna göre, çıkma ve çıkarma dolayısıyla iktisaplarda ortaklık, esas sermaye payının azami yüzde yirmisini iktisap edebilir.

Bunun yanında ayrılma akçesi, ayrılan kişinin esas sermaye payının devir bedelinden de ödenebilir (TTK m. 642/1,b). Ayrılan ortağın esas sermaye payı TTK'nin 595. maddesindeki koşullara uygun olarak devredilmelidir. Ayrılma akçesi, pay devir bedeli muaccel olduğu anda muaccel olmaktadır. Genel kurul pay devrini onay yetkisini haklı bir sebep olmadan reddettiğinde, devir işlemi geçersiz olsa bile, ayrılma akçesinin muaccel olduğu kabul edilmelidir.

Üçünü alternatif olarak ayrılma akçesi, esas sermayenin ilgili hükümlere uygun olarak azaltılması sonucunda itfa edilen payların bedellerinden ödenebilir (TTK m. 642/1,c). Bununla birlikte, sermaye azaltımı kararının genel kurul tarafından alınması gerekmemektedir. Ayrılma akçesi, sermaye azaltımının ticaret siciline tescil edilmesiyle muaccel hale gelmektedir.

Ayrılma akçesi, ilgili kaynaktan karşılanabildiği ölçüde muaccel olmaktadır. Ayrılma akçesinin muaccel hale gelmeyen kısmı, yıllık bilançoda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespitiyle muaccel hale gelmektedir (TTK m. 643/3).

642. maddenin doğurduğu sonuçlar, ayrılan ortağın Anayasa'nın 35. maddesi ile korunan mülkiyet hakkını ve 48. maddesi ile güvence altına alınan teşebbüs özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bu bağlamda ayrılma akçesinin ödenemeyeceği hallerde hakim, çıkma talebini TTK m. 636/3 uyarınca fesih talebi olarak ele almalıdır. Ayrılan ortağa, alacağı tamamen ödeninceye dek bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmalıdır. Ayrıca, 638/2. maddenin kıyasen uygulanması suretiyle mahkeme, bağımsız denetime tabi olmayan ortaklıklarda yıllık bilançonun gerçeğe uygun olup olmadığının tarafsız ve uzman kişilerce denetlenmesine hükmedebilmelidir.

KAYNAKÇA

Aker, H.: Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 1, s. 63-150.

Akil, C.: Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 1-32.

Alışkan, M.: Limited Şirket–Tarihçe Niteliği, İstanbul 2013.

Arslanlı, H. / Domaniç, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.

Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2017.

Ataay, A.: Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler-Genel Kavramlar), 4. Baskı, İstanbul 1995.

Baştuğ, İ.: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.

Berkin, N. M.: İflas Hukuku, İstanbul 1970.

Böckli, P.: Das neue schweizerische GmbH-Recht–was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Böckli, P. / Forstmoser, P. (Hrsg.), Zürich 2006, s. 3-43.

Buz, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

Çağlar, H.: Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara 2010.

Çamoğlu, E.: Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması, İstanbul 1969 (Anılış: Alacaklıların Korunması).

Çamoğlu, E.: İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri, İÜHF 1973, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 499-519.

Çamoğlu, E.: Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 289-307.

Çamoğlu, E.: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008, (Anılış: Haklı Sebep Fesih ve Çıkarma).

Çamoğlu, E.: Limited Ortaklıktan Çıkarılma, BATİDER 2014, C. XXX, S. 3, s. 5-20 (Anılış: Çıkarılma).

Çamoğlu, E.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi, BATİDER 2015, C. XXXI, S. 1, s. 5-19 (Anılış: Fesih).

Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)

Çapa, M. S.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, İstanbul 2013.

Değirmenci, C.: Anonim Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006.

Demirkapı, E. / Yıldırım, A. H.: İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, s. 435-466.

Develi, B.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 443-489.

Dubs, M.: Der Austritt aus der GmbH, REPRAX 1/2002, s. 23-39.

Erdem, N.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

Favalli, D.: Die Übertragung eines Stammanteils sowie der Austritt und der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, SZW 1999, s. 92-97.

Forstmoser, P.: Das neue Schweizer GmbH-Recht, in: Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht, Zürich 2007, s. 28-44.

Forstmoser, P.: Das neue schweizerische GmbH-Recht–Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Böckli, P. / Forstmoser, P. (Hrsg.), Zürich 2006, s. 45-74 (Anılış: Stellung der Gesellschafter).

German, S.: Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, SSHW Band/ Nr. 327, Zürich / St. Gallen 2015.

Giray, R. E.: Limited Şirketin Haklı Sebep Feshi ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2007/2, S. 12, s. 195-218.

Gürpınar, B.: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma, GÜHFD 2016, C. XX, S. 2, s. 73-101.

Helvacı, M.: İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebep Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay'ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1995, C. 9, S. 1-3, s. 361-375.

Honsell, H. / Vogt, P. N. / Watter, R. (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht II, Basel 2016 (Anılış: ..., BSK).

Kaya, A.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması, EÜHFD 2010, C. V, S. 1-2, s. 203-237.

Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Bası, İstanbul 2012.

Kendigelen, A. / Zengin, İ. Ç. / Tokcan, F. P. / Sönmez, N. S. / Güney, Z.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2015-2016), İstanbul 2018 (Anılış: Yargıtay Kararları).

Kırtıloğlu, S. S.: İflas Davası, Ankara 2009.

Kostkiewicz, J. K. / Wolf, S. / Amstutz, M. / Fankhauser, R. (Hrsg.): OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (OFK-Orell Füssli Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2016 (Anılış: ..., OFK).

Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.

Meriç, N.: Hakimın Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DEÜHFD 2009, C. 11, Özel S.: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, s. 377-424.

Meriç, N.: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

Mineliler, Z.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, GÜHFD 2012, C. XVI, S. 3, s. 95-117.

Moroğlu, E. / Kendigelen, A.: İçtihatlı ve Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, İstanbul 2014.

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Önerileri, 8. Baskı, İstanbul 2016.

Oğuzman, K. / Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 9. Bası, İstanbul 2011.

Oruç, M.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, BATİDER 2011, C. XXVII, S. 1, s. 209-233.

Öztürk Dirikkan, H.: Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.

Pekcanitez, H. / Özkes, M. / Akkan, M. / Taş Korkmaz, H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Pekcanitez, H. / Taş Korkmaz, H. / Meriç, N.: Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 8. Bası, Ankara 2016.

Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Sungurtekin Özkan, M. / Özkes, M.: İcra İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2017.

Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)

Poroy, R. / Tekinalp, Ü. / Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara 2014.

Roberto, V. / Trüeb, H. R. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016 (Anılış: ..., CHK).

Rüzgaresen, C.: İflas Sebepleri, Ankara 2011.

Serozan, R. (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III (İfa–İfa Engelleri–Haksız Zenginleşme), 5. Baskı, İstanbul 2009.

Sanwald, R.: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, SSHW Band/ Nr. 280, Zürich / St. Gallen 2009.

Siffert, R. / Fischer, M. P. / Petrin, M.: Stämpflis Handkommentar, Bern 2008.

Sümer, A.: Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, MÜHFHAD, C. XVIII, S. 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), s. 839-849.

Şahin, A.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, MÜHFHAD, C. XVIII, S. 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), s. 851-858 (Anılış: Çıkma ve Çıkarma II).

Şahin, A.: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2013.

Şahin, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 175-210 (Anılış: Çıkma ve Çıkarma).

Şener, O. H.: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.

Taşdelen, N.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri–Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, 2. Bası, İstanbul 1979.

Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013 (Anılış: Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ü.: Çıkmaya Katılma, www.arсланlibilimarsivi.com, e.t.23.03.2018.

Teoman, Ö.: Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü İle Yerine Getirilmiş Kendi Paylarını Edinmesi, der. Prof. Dr. Ömer Teoman, Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001), 2. Bastı, İstanbul 2012, s. 153-162.

Türk, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016.

Ulaş, I.: Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış, BATİDER 2005, C. XXIII, S. 2, s. 189-210.

Üçışık, G.: Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 189-207.

Üçışık, G. / Çelik, A.: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul 2018.

Üstündağ, S.: İflas Hukuku, 8. Bastı, İstanbul 2009.

Yıldırım, A. H.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Bursa 2013.

Yıldız, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.tobb.org.tr>

<https://emsal.yargitay.gov.tr>

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

KISALTMA LİSTESİ

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
bk.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra İflas Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: No / Nummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Turkish Commercial Code
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÇOCUK HAKLARININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİNDE ÖRNEK BİR MODEL: NORVEÇ ÇOCUK OMBUDSMANI*

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin MAMUR IŞIKÇI**
Doğukan İNCE***

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2773-7251>

DOI: 10.30915/abd.514435

Makalenin Geldiği Tarih: 15.03.2018 **Kabul Tarihi:** 31.10.2018

* Bu makale 5-7 Kasım 2017 tarihinde Düzce Üniversitesi tarafından düzenlenen I. Uluslararası Çocuk Hakları Kongresi'nde sunulan ve bildiri kitabında genişletilmiş özet olarak basılan bildirinin genişletilmiş versiyonudur. **Bu makale hakem inceleme-sinden geçmiştir ve TÜBİTAK- ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.

*** Lisans Öğrencisi, Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.

ÖZ

Ombudsman, kötü yönetimden korunmak, hak ihlallerini önlemek, ve idarenin hukuk sınırları içinde işlemesini sağlamak gibi amaçlar doğrultusunda pek çok ülkede ve çok çeşitli alanlarda uygulanan bağımsız bir denetim mekanizmasıdır. Bu kapsamda bu çalışmada bir tür ombudsmanlık çeşidi olan Çocuk Ombudsmanlığı'nın ilk örneği olan Norveç'teki uygulaması, özellikleri ve başarısı ortaya konulmuş ardından da Türkiye için bir değerlendirme yapılmıştır. Çalışma, literatüre dayalı araştırmalar bağlamında tarihsel ve betimsel araştırma yöntemleri kullanılarak yürütülmüştür. Araştırma sonunda bu modelin Türkiye'de çocuk haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından önemli bir rol oynayabileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ombudsman, çocuk ombudsmanı, çocuk hakları, Norveç, hukukun sınırları.

AN EXAMPLE MODEL IN THE PROTECTION
AND DEVELOPMENT OF CHILDREN'S RIGHTS:
CHILDREN OMBUDSMAN OF NORWAY

ABSTRACT

The Ombudsman is an independent regulatory mechanism that is implemented in many countries and in a variety of fields in order to protect against mismanagement, to prevent violations of rights, and to ensure that the application is carried out within the limits of law. In this context, in this study, the application, characteristics and success of the first example of the Child Ombudsman, which is a kind of ombudsman, were put forward and then an evaluation was made for Turkey. The study was conducted using historical and descriptive research methods in the context of literature based research. At the end of the research, this model has played an important role in the protection and development of children's rights in Turkey.

Keywords: Ombudsman, child ombudsman, children's rights, Norway, limits of law.

1. GİRİŞ

Ombudsman, kötü yönetimden korunmak, hak ihlallerini önlemek ve idarenin hukuka aykırı hareket etmesini önlemek gibi amaçlar doğrultusunda günümüzde dünya genelinde benimsenmiş bağımsız bir denetim sistemidir.

Ombudsman, şikâyet üzerine veya re'sen harekete geçerek, idarenin eylemleri, işlemleri ve davranışları üzerinde hukuka aykırılık ve yerindelik denetimi yapmaktadır. Hukuka aykırı bulduğu veya yerinde bulmadığı işlemlerin geri alınması, kaldırılması veya bu işlemlerden veya eylemlerden doğan zararın giderilmesi ve yurttaşlara yönelik uygunsuz davranışların düzeltilmesi için idare nezdinde girişimlerde bulunmaktadır. Hukuken bağlayıcı nitelikte olmayan kararlar almaya yetkili bağımsız bir devlet organıdır.^[1]

Ombudsmanın kararları ilke olarak bağlayıcı değildir. Ombudsmanın temel görevi, toplumdaki haksızlıkları, adaletsizlikleri, eşitsizlikleri ve yanlış uygulamaları raporlarında eleştirmektir. Kamuoyu desteğini alarak sorunların çözülmesini ve eksikliklerin giderilmesini sağlamaktır.^[2] Ombudsmanın temel özellikleri, mutlaka bir yasal düzenlemeye bağlı olarak kurulması ve işlemesi, bağımsızlığı, tarafsızlığı ve özerkliği, kamu yönetimini dışarıdan denetlemesi, uzmanlığı, halk tarafından kolay ulaşılabilirliği ve sadece halkın değil aynı zamanda kamu yönetiminin de yardımcısı olmasıdır.^[3]

İlk defa 1809 yılında İsveç Anayasası'na girerek anayasal bir kurum haline gelen ombudsman kurumu, daha sonraları da İskandinav ülkelerince benimsenmiştir. 1919 yılında, İsveç sisteminden etkilenecek, ombudsmanlık sistemini uygulayan ilk ülke Finlandiya olmuştur. Finlandiya'yı 1955'te Danimarka, 1963'te Norveç ve Yeni Zelanda izlemiştir.^[4] Günümüzde ise bu kurum dünyanın pek çok ülkesinde varlık kazanmıştır. Türkiye'de 29.06.2012 tarihinde kabul edilip 28338 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6328 sayılı kanun ile bu kurum "*Kamu Denetçiliği*" adı altında kurulmuştur.

Ombudsmanlık kurumu, işlevsel ve pratik yapısı nedeni ile farklı alanlarda uygulama olanağına kavuşmuştur. Bunlardan biri de *Çocuk Ombudsmanlığıdır*. Çocukların oy hakkına sahip olmamaları sebebi ile kendilerini ilgilendiren

[1] İbrahim, Keskin, Temel İnsan Hakları Bağlamında Ombudsmanlık Kurumunun Hukuk Devletindeki Yeri ve Önemi. *Adalet Dergisi* (45), s.117-145, 2013.

[2] a.g.e., 126.

[3] Kadir Caner, Doğan Hindistan Ombudsmanı: Yapısal-Kurumsal Ve İşlevsel Yönleri. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (43), 142-148, 2015.

[4] Mustafa, Büyükcavcı. Ombudsmanlık Kurumu, *Ankara Barosu Dergisi*, 66(4), 10-13, 2008.

politikaların yapım sürecinin dışında kalmaları, hukuki olarak kendilerini temsil edememeleri, yetişkinler karşısında fiziksel ve psikolojik açıdan daha zayıf durumda olmaları gibi sebepler, bu tür yapıların oluşturulmasını zorunlu hale getirmiştir. Bununla birlikte, Türkiye'nin de imzalamış olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, devletleri, bu sözleşmenin hükümlerinin yaşama geçirilmesini sağlamak üzere idari kapasitelerini artırmak için Çocuk Ombudsmanlığı kurumlarının kurulması yönünde telkinlerde bulunmaktadır.

Sözü edilen bu nedenler ile , dünyada gittikçe yaygınlaşan Çocuk Ombudsmanlığı sistemini ilk kez 1981 yılında Norveç'te kurmuştur. Bu ülkede Çocuk Ombudsmanı, çocukların savunuculuğunu yapmak, toplumu ve kurumları çocuk hakları konusunda bilgilendirmek, politika yapıcılarını çocuk odaklı kararlar almaya zorlamak, idarenin çocukların yüksek çıkarı doğrultusunda işlemlerini sağlamak gibi çok önemli işlevleri yerine getirmiştir. Çocuk refahının sağlanması ve çocuk haklarının güvence altına alınması için oldukça önemli olan bu kurumun ülkemizde uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi açısından dünyadaki örneklerinin açıklanması gerekmektedir. çalışmada bir tür ombudsmanlık çeşidi olan “çocuk ombudsmanlığının” ilk örneği olan Norveç'teki uygulaması, özellikleri ve başarısı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Literatüre dayalı araştırmalar bağlamında tarihsel ve betimsel araştırma yöntemlerinin kullanıldığı bu çalışma ile Türkiye için yeni bir yönetsel kurum olan Çocuk Ombudsmanlığı kurumu tanıtılarak Türkiye açısından uygulanabilirliği tartışılmıştır. Türkçe Literatürde Çocuk Ombudsmanlığı kurumunun örneklerinin tanıtıldığı bir araştırmaya rastlanmamıştır. Bu anlamda, bu çalışmanın Türkiye'de bundan sonra yapılacak başka çalışmalar için öncü olması beklenmektedir.

A. ÇOCUK OMBUDSMANLIĞI

Günümüzde değişen toplumsal, siyasal ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak pek çok çeşitli alanda ombudsmanlık yapılanmasına gidilmiştir. Çocuk Ombudsmanlığı da bu alanlardan biridir. Çocuklara, Anayasal ve yasal düzenlemelerde yeterince yer verilmemesi, onlara sağlanan hakların oldukça yetersiz olması ve toplumsal yaşamda en korumasız tabakayı oluşturmaları^[5] gibi nedenler ülkeleri bu tür bir yapılanmaya gitmelerini zorunlu kılmıştır.

İlk kez 1981 yılında Norveç'te kurulduktan sonra Çocuk Ombudsmanlığı sistemi diğer pek çok ülkede farklı isimler altında varlık kazanmıştır. 1987'de Kosta Rica' da Çocuk Ombudsmanlığı, 1989'da Avustralya'da Federal Çocuk Ombudsmanı, 1989'da Yeni Zelandada Çocuk Komiserliği, 1991'de Belçika

[5] Yılmaz Altuğ, *Kamu Denetçisi (Ombudsman)*, İstanbul: İ.Ü. Rektörlük Yayınları, 2002.

Fransız Toplumunda Çocuk Hakları Genel Delegatesi, 1993'de İsveç Çocuk Ombudsmanlığı, 1994'de Danimarka'da Ulusal Çocuk Konseyi, 1995'de İzlanda Çocuk Ombudsmanı, 1996'da İspanya'da Madrid Çocuk Ombudsmanlığı, 1997'de Belçika Flaman Toplumu'nda Çocuk Hakları Komiseri, 1999'da Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyetinde Makedonya Çocuk Ombudsmanı, 2000'de Fransa Çocuk Ombudsmanlığı sistemleri kurulmuştur.^[6]

Çocuk Ombudsmanlıkları, kuruldukları ülkelerde göçmen çocukları, ayrımcılık, kötü muamele, taciz, bazı çocukların özel ihtiyaçları, medyanın kötü etkileri, aile içi şiddete maruz kalma^[7] kamuoyunda çocukları ilgilendiren sorunlara dikkat çekme, çocuk hakları konusunda bilinçlendirme ve çocuk hakları konusunda hükümete danışmanlık etme^[8] gibi çok çeşitli konularda faaliyet göstermektedirler. Çalışmanın bundan sonraki kısmında Çocuk Ombudsmanlığı'nın ilk örneğini oluşturması nedeni ile Norveç Çocuk Ombudsmanlığı sistemine yer verilmiştir. Ancak bundan önce Norveç'te çocuklara yönelik örgütlenme tanıtılarak Norveç Çocuk Ombudsmanının içinde yer aldığı sistem bütünüyle ortaya konulmuştur.

1. NORVEÇ'TE ÇOCUKLARIN DURUMU VE ÇOCUKLARA YÖNELİK ÖRGÜTLENME

Norveç'te çocuk refahı ve çocuk hakları durumunun pek çok ülkeye göre oldukça iyi olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Nitekim, UNICEF'in raporuna göre Norveç, 41 OECD ülkesi arasında çocuk yoksulluğunun olmaması açısından 1'inci, beslenme şartlarının iyi olması açısından 4'üncü, sağlık şartlarının iyi olması açısından 5'inci, eğitimin kalitesi açısından da 9'uncu sırada yer almaktadır.^[9]

Norveç'te 2015 yılı itibarı ile anne ölüm oranı, her 100.000 canlı doğumda 5, bebek ölüm oranı, her 1.000 canlı doğumda 2, yeni doğan ölüm oranı her

[6] UNICEF *Çocuk Haklarını Koruyan Bağımsız Kurumlar*, Floransa-İtalya: UNICEF BM Çocuk Fonu Innocenti Araştırma Merkezi, 2001.

[7] Fendoğlu H. T. *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, SDE Analiz, Strateji Düşünce Enstitüsü, 2010, Erişim Tarihi: 19.09.2016, [http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/KAMU%20DENETCILIGI%20\(OM BDUSMANLIK\).pdf](http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/KAMU%20DENETCILIGI%20(OM%20BDUSMANLIK).pdf), s.17, Erişim Tarihi: 19.09.2017.

[8] Mehmet Yüce, ve Beyce Atanur, *Kamu Denetçiliği Hukuku*, Ankara: Savaş Kitap ve Yayınevi.s.42, 2013.

[9] UNICEF. *Building the Future Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries*, UNICEF Innocenti Report Card 14, 2017

1.000 canlı doğumda 1,5 5 yaş altı çocuk ölüm oranı, her 1.000 canlı doğumda 2,6'dır.^[10] (Kural ve Kurt, t.y) UNİCEF'in 2016 tarihli raporuna^[11] göre de Norveç, 5 yaş altı çocuk ölümlerinin az olması konusunda 193 ülke arasında 182. sırada yer almaktadır.

Norveç, 1991 yılında "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi" (ÇHS) onaylamıştır. ÇHS, 2003 yılında İnsan Hakları Yasası'nın bir parçası olarak Norveç yasalarına dahil edilmiştir. Sözleşme ile diğer yasal kanunlar arasında bir çatışma ortaya çıktığı zaman ÇHS önceliğe sahip olacaktır.^[12]

Norveç, çocukların korunması için gerekli hukuki ve kurumsal anlamda düzenlemeleri yapan ülkelerden biridir. Norveç'te çocuk hakları ve bakıma muhtaç çocuklara sunulacak hizmetlerin çerçevesini belirleyen hukuki düzenlemeler yüz elli yıllık bir geçmişe sahiptir. 1896 yılında çıkan Guardianship Board Act ile çocukların korunması devlete verilmiştir. Bu yasaya göre aile tarafından ihmal edilen çocuklar için aileler uyarılmakta ve tehlike oluşması durumunda çocuklar ailelerinden alınarak koruyucu aile yanına verilmekteydi. 1983 yılında Çocuk Refahı Yasası ile (Child Welfare Act) bakıma muhtaç çocukları da dahil ederek özellikle koruma önlemleri artırılmıştır.^[13]

Norveç'te çocukların bakımı ve eğitimi, öncelikle anne ve babanın sorumluluğu altındadır. Yine de anne-baba, kısa ya da uzun vadede olmak kaydıyla yardıma ihtiyaç duyabilirler, örneğin zor bir dönemden geçiyor olabilirler. Böyle durumlarda "Çocuk Koruma Kurumu" ailelere ve çocuklara yardımcı olabilir. Her belediyede bir çocukları koruma dairesi bulunmaktadır. Çocukları koruma hizmeti çerçevesinde yerine getirilecek görevler, Çocuk Koruma Kurumu kanunu tarafından düzenlenmiştir. Bu kanun, Norveç'te yaşayan her çocuk için geçerlidir, çocuğun geçmişi, milliyeti ya da hangi ülkenin vatandaşı olduğuna bakılmaz.^[14]

[10] Tevhide Kural, Zeynep Kurt Bilgen, Norveç Sağlık Sistemi, http://yeni.thsk.gov.tr/depo/thsk/denetim-hizmetleri-db/dokumanlar/Sunum/NORVEC_SUNUM.pdf, Erişim Tarihi: 21.09.2017.

[11] UNICEF. *The State of the World's Children*, UNICEF, 2016.

[12] Stoffelen Janneke& Stéphanie Van Den Broeck. *Children's Rights in Norway*, 2009, https://samforsk.no/SiteAssets/Sider/publikasjoner/Childrens%20Rights%20in%20No_rway.pdf, Erişim Tarihi: 22.09.2017

[13] <https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/childwelfare/id1058/&cusg=ALkJrhi6BMKhugY9gVoLKHsz2jorInxM9>, akt. Elvan Tümerkan Albayrak ve Mehmet Birinci. Sosyal Devlet Modelleri: Sosyal Demokrat Model, İsveç-Norveç Örneği *Journal of Social Work*, Vol:1, Issue:1, 64-100, s.79, 2017.

[14] http://www.samfunnskunnskap.no/?page_id=475&lang=tr. Erişim Tarihi : 21.09.2017.

Bu konuda, hem yerelde, hem de merkezde otoriteler çocuk refah alanında görev ve sorumluluklara sahiptir. Tüm belediyelerin, günlük işlerden sorumlu olan çocuk refahı hizmetleri olması gerekir. Çocuk koruma hizmetleri, tavsiye ve rehberlik vermek, araştırma yapmak, Kanun uyarınca kararlar almak veya ilçe sosyal yardım kurulu tarafından işleme konması için dava hazırlamaktan ve davaları uygulamak ve takip etmekten sorumludur. Merkezi yetkililerin, çocukların refah sorumlulukları, Çocuk, Eşitlik ve Sosyal İçerme Bakanlığı, Çocuk, Gençlik ve Aile Dairesi Başkanlığı, beş bölge bürosu ve il yerel yönetim sosyal yardım kurulu arasında bölünmüştür. Bakanlık, çocuk refahı için sorumluluğa sahiptir.^[15]

Norveç'te çocuklara yönelik hizmetler genel olarak *Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı* tarafından yerine getirilmektedir. Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı, Çocuk Esirgeme Hizmetleri Kanunu için idari bir sorumluluğa sahiptir ve Kanunun, düzenlemelerin ve kuralların doğru bir şekilde uygulanmasını denetler. Bakanlık, kanunun uygulanmasından elde edilen deneyimlerin değerlendirilmesini ve ardından gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlar. Bakanlık aynı zamanda yönergeler ve talimatlar vermekten, alanda araştırma başlatmaktan, genel çocuk refah politikası geliştirmekten ve çocuk refahı hakkında erişilebilir bilgi temin etmekten sorumludur. Bireysel davalarda, Çocuk, Eşitlik ve Sosyal İçerme Bakanlığı temyiz yeri değildir.^[16]

Bu bakanlığın, çocuklarla ilgili olarak temelde şu görevleri bulunmaktadır;

Aileler ve Çocuklar: Çocuk, Eşitlik ve Sosyal İçerme Bakanlığı, çocukların ve gençlerin iyi yetişmelerine ve ailelerin hem maddi hem de sosyal olarak kendilerini güvende hissetmelerini sağlamaya çalışmaktadır.^[17]

Çocuk Refahı: Çocuk Refah Kanunu'nda vurgulandığı haliyle Norveç'teki çocuk refah hizmetlerinin iki temel amacı bulunmaktadır. İlki, aile yanında sağlıklı gelişimi olumsuz etkileyen şartlar altında yaşayan çocukların gerekli destek hizmetlerini doğru zamanda almalarını sağlamak; ikincisi ise çocukların gelişimlerini destekleyen güvenli bir sosyal çevrede büyümelerini sağlamaktır.^[18]

[15] A.g.e

[16] <https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/child-welfare/allocation-of-responsibilities-related-to-c1/saksgang-i-barnevernet/id415354/>. Erişim Tarihi : 21.09.2017.

[17] <https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/id213/>, Erişim Tarihi: 07.08.2017

[18] Act of 17 July 1992 No. 100 relating to Child Welfare Services (the Child Welfare Act), <https://www.regjeringen.no/contentassets/049114cce0254e56b7017637e04ddf88/the-norwegian-child-welfare-act.pdf>, Erişim Tarihi: 07.07.2017

Bununla birlikte, çocuk refah hizmetinin asıl görevi, sağlığı ve gelişimi için zararlı olabilecek koşullarda yaşayan çocukların ve gençlerin doğru zamanda gerekli yardım ve bakımları almalarını sağlamaktır. Tüm belediyeler, çocuk refahı hizmeti yükümlülüğü altındadır ve gerekli yardımı yapmak konusunda çocuk refah hizmetinden yardım isteyen tüm çocuklara karşı sorumludurlar^[19].

Bir çocuğun evdeki koşullardan veya başka nedenlerden dolayı özel olarak yardıma ihtiyacı olduğunda, çocuk refahı servisi çocuğa ve ailesine yardımcı olacak tedbirleri başlatmaktadır. Çeşitli yardım önlemleri örnek olarak, tavsiye ve rehberlik, kişisel destek programı, çocuğun anaokuluna yerleştirilmesi Aile Yönetim Eğitimi (Parent Management Training) ve Çoklu Sistem gibi çeşitli ebeveyn destek önlemleri sayılabilir.^[20]

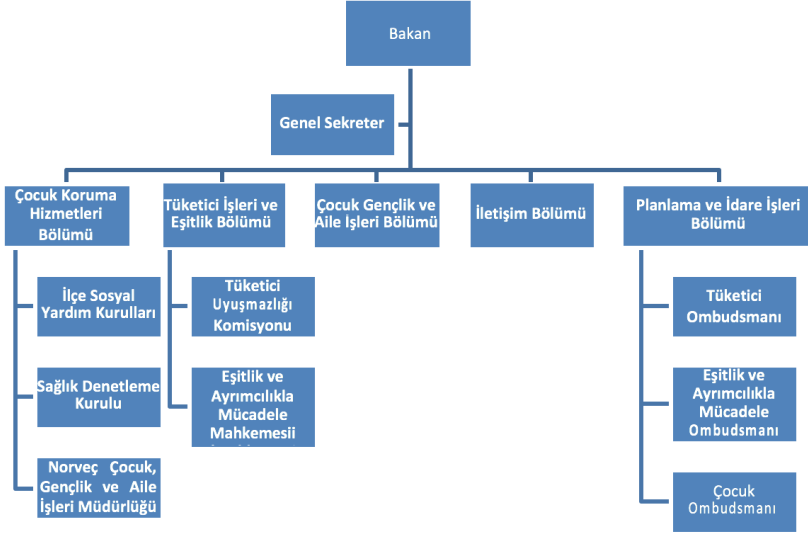
Çocuk Haklarına Dair Kanun'a göre Norveç Çocuk, Gençlik ve Aile İşleri Müdürlüğü (Bufetat) çocuk refah kurumlarının kurulması ve işletilmesinden sorumludur. Bufetat tarafından onaylanan özel ve belediye çocuk sağlık kurumları da bu yapının görev kapsamına girmektedir. Özel ve belediye çocuk koruma kurumları ancak Bufetat tarafından onaylandıkları sürece faaliyette bulunabilirler. Bufetat, özel ve belediye çocuk refah kurumlarının onay koşullarına uygunluğunu her zaman kontrol edebilir. İlçedeki en büyük yetkili, kurumun yürürlükteki düzenlemelere uygun olarak işletilmesini ve çocuklara uygun bakım ve tedavi sağlanmasını takip eder^[21]. Kurumun diğer görevleri ise; evlat edindirme işlemleri, ebeveyn parası, çocuk parası ve bebeklerin aileleri için nakit yardımları yönetmektir. Norveç Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı bu görevlerini yerine getirebilmek üzere şu şekilde örgütlenmiştir; (bkz. Grafik 1)

[19] Stoffelen & Broeck, (2009)

[20] a.g.e.

[21] a.g.e.

Norveç Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı



Grafik 1: Norveç Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı Organizasyon Yapısı (Kaynak: <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/id322/> adresindeki bilgilerden yararlanarak yazarlar tarafından oluşturulmuştur.) Erişim Tarihi: 07.07.2017

A. Çocuk Koruma Hizmetleri Bölümü: Çocuk Koruma Hizmetleri Bölümü çocuk refahı kurumları, koruyucu bakım ve diğer yardım önlemleri de dahil olmak üzere bu hizmetlerin tüm yönlerinden sorumludur. Bu sorumluluk, çocuk sağlığı mevzuatının geliştirilmesini, politika tasarımını ve hizmetlerin genel yönetim ve eşgüdümünü gerektirir. ^[22]Bu kurumun başlıca bölümleri şunlardır;

1. İl Yerel Yönetim (İl Belediyesi) Sosyal Yardım Kurulları: İl yerel yönetim sosyal yardım kurulları (*county social welfare boards*), çocuk refahı hizmetleri ile ilgili karar vermeden sorumludur. Sayıları oniki kadardır. Bunlardan her biri bir veya iki ili kapsamaktadır. Kurullar, sosyal refah konularında hem Bakanlık hem de İl Valiliğinden bağımsız bir ulusal organ durumundadır. İl yerel yönetim sosyal yardım kurulu, mesleki konularda Bakanlık ve vali ile ilişkili olmakla birlikte bağımsız bir konuma sahiptir. İl yerel yönetim sosyal yardım kurulunun kararları ancak mahkemelerce incelenebilir. İdari olarak, yönetim kurulu, Sosyal Refah Kurulları Ulusal Dairesine tabidir. İl yerel yönetim sosyal

[22] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 23.09.2017

yardım kurulunun başlıca görevi, Çocuk Haklarına Dair Kanun uyarınca kararlar vermektir. Bu kararlar, çocuk refahı hizmetinin bir çocuğun bakımı ve kontrolü için uygun olup olmadığı, çocuğun ebeveynleriyle temasa geçip geçmeyeceği ve ebeveynlerin ebeveyn sorumluluğundan mahrum edilip edilemeyeceği ile ilgilidir. Buna ek olarak, İl yerel yönetim sosyal yardım kurulu, davranışsal zorlukları olan çocuklarla ilgili önlemlerin alınmasına karar verir. Kurul ayrıca, sağlık ve bakım hizmetleri ile ilgili kanuna istinaden alkolik veya uyuşturucu bağımlılarının veya hamile alkolik/uyuşturucu bağımlılarının zorunlu olarak tutuklanması hakkında kararlar verir. Oslo ve Akershus için İl yerel yönetim sosyal yardım kurulu, yasaya uygun olarak bulaşıcı hastalıkların kontrolünde zorunlu emirleri yerine getirir. Buna ek olarak, İl yerel yönetim sosyal yardım kurulları, zihinsel engellilere yönelik olarak güç veya otorite kullanmak hakkında bireysel kararlar alınması için itiraz organıdır.^[23]

2. Norveç Sağlık Denetleme Kurulu: Norveç Sağlık Sekreterliği, Norveç'teki sağlık ve sosyal hizmetlerin denetlenmesinin genel sorumluluğunu üstlenmiştir.^[24]

3. Norveç Çocuk, Gençlik ve Aile İşleri Müdürlüğü: Çocuk, Gençlik ve Aile İşleri Müdürlüğü (*Bufetat*), devlet tarafından finanse edilen çocuk refahı hizmetleri, aile danışmanlığı ve evlat edinme ile ilgili konulardan sorumludur.^[25]

Çocuk, Gençlik ve Aile İşleri Genel Müdürlüğü, merkezi otoritesi altındaki beş bölge müdürlüğünden oluşmaktadır. Bölgesel çocuk koruma makamları, belediyelerin yetki alanında yaşayan ihtiyaç sahibi olan çocukların kurum bakımı altına alınmasına, ve bu çocuklara yönelik refah hizmetlerinin verilmesine yardımcı olmakla görevlidirler. Ayrıca bu durumdaki çocuklara ev eğitimi vermek ve rehberlik etmekle sorumludurlar. Bölgesel makamların her biri gereksinimi olan çocukların kalacağı kurumları kurup işletmekle ve

[23] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/county-social-welfare-boards/id418110/>, Erişim Tarihi: 07.03.2017

[24] <https://www.regjeringen.no/en/dep/hod/org/etater-og-virksomheter-under-helse-og-omsorgsdepartementet/Subordinate-institutions/The-Norwegian-Board-of-Health/id279747/>, Erişim Tarihi: 02.07.2017

[25] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/Norwegian-Directorate-for-Children-Youth/id418035/>, Erişim Tarihi: 07.07.2017

Çocuk Koruma Hizmetleri Kanunu uyarınca faaliyete geçecek özel ve belediye kurumlarını onaylamakla sorumludur.^[26]

B. Tüketici İşleri ve Eşitlik Bölümü: Tüketici İşleri ve Eşitlik Bölümü, tüketici işleri, eşitlik ve ayrımcılıkla mücadele konusundaki politikadan genel olarak sorumludur ve bu alanlardaki faaliyetleri geliştirip koordine eder.^[27]

Başlıca bölümleri;

1. Tüketici Uyuşmazlığı Komisyonu: Tüketici Uyuşmazlığı Komisyonu, özellikle de tüketicilerin (Norveç Tüketici Konseyi'nin yardımıyla) dostane bir anlaşmaya varmaya çalıştıkları ve başaramadığı mal ve yapı ticareti hizmetleriyle ilgili olan çatışmaların hakemidir.^[28]

2. Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Mahkemesi: Eşitlik ve Ayrımcılık Karşıtı Mahkeme, Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Ombudası'nın tavsiyeleri ve eylemleri hakkında şikayet ve itirazları ele alır.^[29]

C. Çocukluk, Gençlik ve Aile İşleri Bölümü: Çocukluk, Gençlik ve Aile İşleri Bölümü, genel çocuk ve gençlik politikasının yanı sıra hükümetin aile politikasının tasarımı ve koordinasyonundan sorumludur.^[30]

D. İletişim Bölümü: Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı açıklık taahhüdünde bulunur. Bilgilendirici çalışmaları aktif bir şekilde ele alır, doğru bilgileri zamanında yayınlar ve www.regjeringen.no/bld adresinde güncellenmiş raporlar sunar. Burada medya soruşturmaları ve bilgi talepleri sürekli olarak ele alınmaktadır.^[31]

E. Planlama ve İdare Bölümü: Başkanlık, bütçeye, bakanlık mali yönetimine ve bağlı ve alt kuruluşların idaresine ilişkin Bakanlık faaliyetlerinin koordinasyonundan, kalite güvencesinden ve takibinden sorumludur. Planlama ve İdare

[26] <https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/child-welfare/allocation-of-responsibilities-related-to-c1/id2353984/>, Erişim Tarihi: 01.07.2017

[27] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 07.08.2017

[28] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Consumer-Dispute-Commission/id426145/>, Erişim Tarihi: 07.05.2017

[29] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Equality-and-Anti-Discrimination-Tri/id418382/>, Erişim Tarihi: 01.07.2017

[30] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 07.06.2017

[31] a.g.e.

Bölümü, Çocuk Ombudsmanı, Tüketici Ombudsmanı ve Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Ombuds'u arasındaki genel yönetim diyalogunun sorumluluğu altındadır.^[32] Başlıca bölümleri;

1. Tüketici Ombudsmanı: Tüketici Ombudsmanı, mal ve hizmetlerin pazarlama ve sözleşmelere ilişkin faaliyetlerinin Kanuna göre yürütülmesinden tüketiciler adına sorumludur.^[33]

2. Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Ombudsu: Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Ombudu, kendi uzmanlık alanı içinde bağımsız olarak çalışır, ancak idari olarak Çocuk ve Eşitlik Bakanlığı'na bağlıdır. Ombud, ayrımcılık ile mücadele eder ve cinsiyet, etnisite, sakatlık, cinsel yönelim ve yaş gibi faktörlere bakılmaksızın eşitliği teşvik eder.^[34]

3. Norveç Çocuk Ombudsmanı: Çocuk Ombudsmanı, çocuklar ve gençler için bir çeşit savunuculuk görevini yerine getiren bağımsız bir kurumdur. Başlıca görevleri, Çocukların ve gençlerin görüşlerinin duyulmasını ve haklarının korunmasını sağlamak; Norveç'teki yetkililerin, Norveç kanunlarında öngörülen Çocuk Hakları Sözleşmesine uymalarını sağlamaktır. Çocuk Ombudsman dünyadaki ilk Çocuk Ombudsmanlığıdır.^[35] Dolayısı ile aşağıda bu kurum hakkında daha fazla bilgiye yer verilecektir;

2. NORVEÇ ÇOCUK OMBUDSMANLIĞI MODELİ

A. Genel Olarak

Norveç Çocuk Ombudsmanı, otoriteleri çocuklar ve gençler için daha iyi bir toplum oluşturacak şekilde etkilemeye çalışmaktadır. Bunu şu yollarla yapmaktadır; Çocuklarla hizmet veren / çalışanlar için konferanslar ve seminerler düzenlemek, Çocuk haklarının tatminkar bir şekilde onaylanmadığı kanısına varıldığı zaman makamlara mektup yazma, yasalar yazılırken veya değiştirildiğinde beyanların verilmesi, medyaya röportaj vermek ve sosyal medya platformlarında aktif olmak, Hükümet bakanları ve Parlamento üyeleri

[32] a.g.e.

[33] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Consumer-Ombudsman/id426137/>, Erişim Tarihi: 02.06.2017

[34] <https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Equality-and-Anti-Discrimination-Omb/id418111/>, Erişim Tarihi: 03.05.2017

[35] <http://barneombudet.no/english/about-the-ombudsman>, Erişim Tarihi: 04.07.2017

ile görüşme, çevrimiçi olarak veya e-posta / telefon yoluyla kurumla iletişim kuran kişilere çocuk hakları konusunda tavsiyeler ve bilgi vermek, deneyimleri hakkında çocuklarla gençlerin kendileriyle konuşmak ve karar vericilere öneriler ve perspektifler aktarmaktır.^[36]

Çocuk Ombudsmanı, örneğin, Çocuk Refah Hizmetleri, Norveç Göçmenlik Dairesi, okullar veya mahkemeler gibi diğer devlet kurumları tarafından alınan kararlara müdahale etme yetkisine sahip değildir. Bununla birlikte, çocukların deneyimlerini, haklarını daha iyi korumak için yasada veya uygulamada değişiklik yapma zorunluluğu konusunda yetkilileri uyarma yetkisine sahiptir.^[37]

B. Atanması ve Görevleri

Atanması ve Görevleri: Norveç Çocuk Ombudsmanı, Bakanlar Kurulu tarafından 6 yıl için ve tek seferliğine atanır. Ombudsmanın görevleri, çocukların kamu ve özel makamlara karşı menfaatlerini teşvik etmek ve çocukların büyümekte olduğu koşulların gelişimini takip etmektir.^[38] Ombudsman bu amaçla özellikle şu görevlerle yükümlüdür:^[39]

- Kendi inisiyatifiyle veya şikayet üzerine , her alanda planlama ve çalışmaraporlar aracılığı ile çocukların çıkarlarını korumak,
- Norveç yasaları ve idari usullerini, çocuğun çıkarları doğrultusunda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile uyumlaştırmak,
- Yasamaya çocukların güvenliğini güçlendirecek önlemler önermek,
- Çocuklarla toplum arasındaki çatışmaları çözebilecek veya önleyebilecek önlemler için öneri sunmak,
- Çocuklar için gerekli olan çocuk hakları ve önlemleri ile ilgili olarak kamuya ve özel sektörlere yeterli bilgi verilmesini sağlamak,

Ombudsman bu faaliyetlerini yapabilmek üzere şu şekilde örgütlenmiştir;

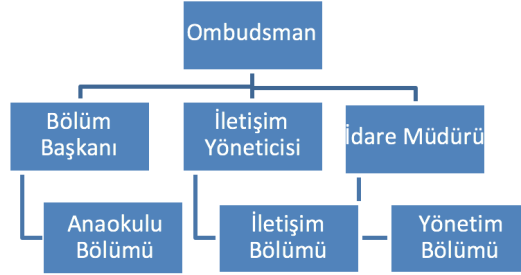
[36] a.g.e

[37] a.g.e.

[38] ACT NO. 5 Of March 6. 1981 Relating To The Ombudsman For Children, <http://barneombudet.no/english/act-and-instructions-for-the-ombudesman/>, Erişim Tarihi: 03.08.2017

[39] a.g.e.

Norveç Çocuk Ombudsmanlığı



Grafik 2: Norveç Çocuk Ombudsmanlığı'nın Yapısı (Kaynak: http://www.nsd.uib.no/polsys/data/filer/aarsmeldinger/AN_2016_16405.pdf), Erişim Tarihi: 07.08.2017

Norveç Çocuk Ombudsmanı'nın çalışma şekli şu şekilde özetlenebilir;

Kurumlara Erişim ve Bilgi Alma Yetkisi: Ombudsman, çocuklar için tüm kamu ve özel kurumlara ücretsiz erişebilir. Devlet makamları ve çocuklar için kamu ve özel kurumlar gizlilik iddiasında bulunmaksızın Ombudsmana, görevlerini yerine getirebilmesi için gerekli her türlü bilgileri vermek zorundadır.^[40]

Ombudsmanın Beyanları: Ombudsman, kuruluş yasasına göre çalışma alanına giren koşullarla ilgili açıklama yapma hakkına sahiptir.^[41]

Ombudsmanın Bağımsızlığı: Kral, Ombudsmanın organizasyonu ve prosedürleri için genel talimatlar verir. Bunun ötesinde, Ombudsman, işlevlerini bağımsız olarak yerine getirir.^[42]

Vakaların Ele Alınması: Ombudsman vakaları kendiliğinden veya başkalarının talebi üzerine incelemeye alır. Ombudsman'a herkes başvurabilir. Ombudsman, sözlü başvuruların yazılı hale getirilmesini sağlar. Ombudsman'a başvuran bir kişi mümkün olduğunca başvurunun gerekçelerini açıklamalı ve bu vakada mevcut olan herhangi bir bilgi ve belgeyi sunmalıdır. Bir başvuru belirli bir çocuğu ilgilendiriyorsa ve başvuru çocuğun kendisinden gelmiyorsa Ombudsman vakayı ilgili çocuğun izni olmadan ele alamaz. Çocuğun yaşı buna

[40] a.g.e

[41] a.g.e

[42] a.g.e

elvermiyorsa velinin izni alınır. Ombudsman durumun özelliğine göre yukarıda belirtilen iznin elde edilmemiş olmasına rağmen vakayı takip edebilir^[43]

Vakaların Reddi: Ombudsman, bir çocuk ve velileri arasında, ebeveyn sorumluluğunun kullanılması ve belirli, bireysel çatışmalara ilişkin başvuruları reddeder. Ombudsman, somut bir değerlendirme yaptıktan sonra, çocuğun çıkarlarının bu reddetme yoluyla açıkça ihmal edileceğini tespit ederse vakayı takip edebilir^[44]

Olguların Rafa Kaldırılması: Ombudsman, başvurunun eleştiri veya herhangi bir takip prosedürü gerektirmeyen bir durum için yapıldığını tespit ederse, vaka rafa kaldırılabilir. Ombudsman, başvurunun endişe verdiği durumun düzeltilmesi veya varlığının sona ermesi halinde de vakayı rafa kaldırabilir. Vakaların herhangi bir aşamasında, Ombudsman, bir vakayı işle bağlantılı nedenlerle dondurabilir. Bu durumda vakanın rafa kaldırılma nedeni hakkında başvuran tarafa bilgi verilir. Ombudsman tarafından vakaların kaldırılması temyiz edilemez.^[45]

Yukarıda ifade edildiği üzere “Çocuk Ombudsmanı”, genel olarak çocuklara ilişkin yasaları ve özellikle de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni takip etmesi için Norveç hükümetini etkilemek, gerektiğinde yasaların değişmesi için hükümet üzerinde baskı oluşturmak, farklı meslekler arasındaki işbirliğini geliştirmeye çalışmak gibi çok önemli işlevleri yerine getirmektedir. Norveç Çocuk Ombudsmanlığı görevini, 2012’den bu yana yürütmekte olan Dr. Anne Lindboe’de Norveç Ombudsmanı’nın bu özelliklerine şu şekilde vurgu yapmaktadır;^[46]

Rolüm öncelikle bir sözcü olmak, yalnızca çocuklar adına konuşmak ve güçlü bir ses olmaktır. Dolayısıyla, Ombudsman, STK’lardan farklı olarak yetkiye sahiptir. Ombudsmanlık bürosu ayrıca, Çocuk Hakları Sözleşmesini ve ÇHS ile ilgili herhangi bir ihlal izlemesi yükümlülüğü bulunan bağımsız bir kurumdur. Ombudsmanın bu nedenle hem bir sözcü hem de çocuklar için bir bekçi olmalıdır.

Ombudsmanı her zaman çocuklarla yakın temas halindedir. Halk Avukatının çocuklarla konuşması ve deneyimlerini öğrenmesi son derece önemlidir. Örneğin, şu anda Norveç’te büyük bir endişe olarak okullarda zorbalık yapılıyor. Bu nedenle, zorbalığa maruz kalmış uygun desteği almayan çocuklar ile çok konuştuk. Deneyimlerini ve nasıl daha iyi desteklenmesi gerektiği konusunda tavsiyelerini istedik.

[43] Stoffelen & Broeck, a.g.e

[44] a.g.e

[45] a.g.e

[46] UNICEF. *Building the Future Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries*, UNICEF Innocenti Report Card 14, 2017

Daha sonra, bu çocukların ilk elden edinmiş oldukları deneyimleri ve tavsiyelerini, çocuk girdilerine dayanan okullarda zorbalığa karşı yeni bir politika geliştiren Eğitim Bakanlığıyla paylaştık.

Lindboe'nin ifadelerinde de görüldüğü üzere, Ombudsman için çocuklarla tanışmak, konuşmak, onlardan bilgi ve fikir almak oldukça önemlidir. Kuruluş, bunu başarmak için yıllar içinde aşağıdaki yaklaşımları geliştirmiştir^[47];

Doğrudan İletişim: Çocuk seslerinin toplumda duyulması ve temsil edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, çocukların İnternette Ombudsman'a gönderilen mesajlar yazabileceği “*Doğrudan İletişim*” projesi oluşturulmuştur. Bu mesajlar, boşanma, zorbalık veya istismar gibi farklı konuları kapsayabilmektedir. Çoğu zaman, çocuklar bu konularla ilgili bilgi almak için soru sormaktadırlar. Hem çocuk soruları hem de Ombudsmanın cevapları Ombudsman web sitesinde yer alan bir foruma konulmaktadır. Bu şekilde, diğer çocuklar da konu ile ilgili bilgilerden yararlanabilmektedir.

Uzman Gruplar: Çocuklarla temas kurmanın bir başka yolu uzman grupların kurulmasıdır. Bu uzman gruplar, örneğin cinsel şiddete maruz kalmış çocuklar gibi hayatlarında farklı tecrübeye sahip çocuklardan oluşmaktadır. Mevcut uzman grupları, diğerlerinin yanı sıra cinsel istismara maruz kalan, şiddet gören veya ebeveynleri hapisanede olan çocuklardan ve etnik azınlık çocuklarından oluşmaktadır. Bu gruplar Ombudsman ve profesyonel danışmanlarla birlikte ilgili konuları görüşmektedirler. Bu gruplarda çocuklar deneyimlerini temel alarak tavsiyelerde bulunabilmektedirler. Örneğin uzman bir grupta “*Bir kurumda ya da koruyucu bakımda nelerin daha iyi olması*” konusunda görüşmeler yapılmıştır. Bu uzman gruplardaki çocuklar esas olarak, bu konuları tartışmak isteyen çocukları tanıyan ve belirli bir alanda çalışan profesyoneller tarafından seçilmektedirler. Örneğin şiddet gören çocuklar üzerine uzman gruplar, çoğunlukla Alternatif til Vold (Şiddet İçin Alternatif) organizasyonu tarafından oluşturulmuştur.

Acil Yardım Hattı: Bu uzman grupların tavsiyesi ile polis bir acil telefon hattı kurmuştur. Öncesinde çocuklar, çocuk koruma hizmetlerine başvurmanın kolay olmadığını ifade etmişler ve bunun üzerine de çocuk koruma sistemine ulaşabilmek için çocukların arayabileceği acil yardım hattı oluşturulmuştur. Çocuklar, mesai saatleri içinde ait oldukları belediyeyi telefonla arayarak yardım istemektedirler. Mesai saatleri dışında ise, çocuk refahı hizmetleri görevlisi çağırılı cevaplamakta ve bilgileri sorumlu belediyeye yönlendirmektedir. Acil yardım hattı büyük bir gelişmedir. Bu nedenle Ombudsman, her çocuğun

[47] Stoffelen & Broeck, a.g.e.

telefon hattını bildiğinden ve telefon hattından yararlanabildiğinden emin olmak için okullarda bilgi kampanyaları düzenlemektedir.

Bireysel Vakalar: Ombudsmanın ofisi, bireysel vakalarda çocuk haklarına ilişkin konularda bilgi isteyebilir. Bununla birlikte, örneğin sığınmacılar veya çocuk refahı gibi bireysel vakalara doğrudan müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ofis ilgili taraftan vakanın nasıl ilerlediğini sorabilmekte ve onlara bazı tavsiyeler verebilmektedir. Ombudsman, çocuğun haklarının dikkate alınıp alınmadığını kontrol etme yetkisine sahiptir. Bu yolla, Ombudsman, bireysel vakalar üzerinde dolaylı bir etkiye sahiptir. ÇHS, çocuk refahıyla ilgili bireysel vakalarda giderek daha fazla kullanılmaktadır. Böylece ÇHS pratik bir araç haline gelmektedir. Bu durum Ombudsman'ın desteklediği bir gelişmedir. Ombudsman, pek çok profesyonelin ÇHS'ni nasıl kullanacaklarını bilmediğini gözlemlemiştir.

İşbirliği: Ombudsman kurumu hükümetten bağımsız olarak çalışmaktadır. Bununla birlikte, Redd Barna, Alternativ til Vold, gençlik örgütleri ve Barnevernsbarn için Landsforeningen gibi bazı sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapmaktadır. Ombudsman aynı zamanda medyayı bir iletişim kanalı olarak kullanmaktadır. Ombudsman medya aracılığı ile yetişkinlerin çocuklarını dikkate alması gerektiği mesajını halka verirken Medya, Ombudsmanın çalışmalarında, bazı vakaları kamuoyunda gündeme getirerek önemli bir rol oynamaktadır. Bunun yanında, birçok çocuk Ombudsman hakkında okullarda ve anaokullarında bilgi kampanyaları ile bilgi sahibi yapılmaktadır. Ama yine de Ombudsman'a göre, ombudsmanın kim olduğu ve çocuklarla ilgili konularda ne şekilde katkıda bulunabileceği hakkında daha fazla tanıtıma gerek vardır. ^[48]

Ombudsmanın 2016 yılı için göstermiş olduğu faaliyetlerden bir kaçını şu şekilde sıralamak mümkündür: 2016'da çevrimiçi olan çocuklar tarafından 1711 soru sorulmuş ve bu soruların çok büyük bir kısmı ertesi gün cevaplanmıştır. Kurum 2016'da "Okullarda özel eğitim hakkına sahip çocuklar" konusunu ele alan 71 vakaya ait belgelere erişim talebi göndermiştir. Bu talebe ilişkin inceleme, beş il yetkilisinin özel eğitimle ilgili olarak şikayet edilen konular hakkındaki tüm belgelere uygulanmıştır. Ombudsman, 2016'da farklı profesyonel gruplar için çocuk haklarının eğitimi konusunda 77 ders vermiştir. 2016 yılında il yetkililerinden 6 vaka ile kendi belediyelerini denetlemeleri istenmiştir. Kamu kurumlarına 11 konuda mektup yazılmıştır. Bu konular şöyledir; "*çocuk sığınmacılar, gebe kadınlar için rehber, çocukların araştırma çalışmalarına katılma hakkı, göç vakalarında sağlık talepleri için kurallar, refakatçısı ve kimliği olmayan göçmen çocukların yerleşimi, cezaevindeki küçükler, şiddetten kurtulmuş uzman*

[48] A.g.e

grupların tavsiyeleri, çocukların psikolojik sağlık bakımının dijital gözetimi, Ulusal Sağlık Kurulu'nun ülke çapında gözetiminde öncelik verilmesi”.^[49]

2016'da Ombudsman 23 yazılı karar yayınlanmıştır. Bunların en önemlileri şunlardır: Okul sağlık hizmeti ve gençler için sağlık merkezi için ulusal akademik yönergeler; Gençler, yaşlılar ve belediyelerde özürülü insanlar için tavsiyeler, Çocuk refahında kalite ve yapısal reform; Üye olmayanların izlenmesi için danışma; Birincil Sağlık Hizmetleri; Sağlık ve bakım hizmetlerinde yapılan değişikliklerin kolluk kuvvetleri tarafından desteklenmesi; Babalık vakalarında kaldırma sürelerinin değiştirilmesi; Çocuk refahını geliştirme görevindeki değişiklikler ve bu görevler hakkındaki yeni kurallar, uyuşturucu bağımlılarının gözetiminde tutulması^[50] şeklindedir.

3. TÜRKİYE'DE ÇOCUK OMBUDSMANLIĞI SİSTEMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Dünya genelinde özellikle 1980'li yılların başından itibaren benimsenmiş ve yıllar içinde yaygınlaşmış olan Çocuk Ombudsmanlığı kurumunun Türkiye'de de kurulması neredeyse zorunlu hale gelmiştir. Türkiye'de 29.06.2012 tarihinde kabul edilip 28338 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6328 sayılı kanun ile bu kurum “Kamu Denetçiliği” adı altında kurulduktan sonra, çocukların, idarenin uygulamaları karşısında haklarını savunabilmelerini, görüşlerini rahatlıkla ifade edebilmelerini sağlamak ve çocuk haklarının uygulanabilirliğini artırmak amacıyla, 22 Nisan 2014 tarihinde kurum bünyesinde çocuk internet sayfası (www.kdkcocuk.gov.tr) açılmıştır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun belirttiğine göre çocuklar bu internet sayfası aracılığı ile Kuruma şikâyet ve taleplerini etkili bir şekilde iletebilmişlerse de^[51] bu gelişmeyi başlı başına Çocuk Ombudsmanlığı olarak görmek doğru değildir. Çünkü Çocuk Ombudsmanlığı, yukarıda Norveç örneğinde de görüldüğü üzere sadece dilek ve şikâyetleri alıp bunları karşılamaya ve gidermeye yönelik kurumlar olmaktan öte, çocuk haklarını uygulamaya geçirmeyi amaçlayan, çocuk hak ihlallerini bulup saptayan ve bu durumlarda bizzat çocuğun tarafında yer alan, çocukları ilgilendiren politika yapım sürecinde çocukların yararı için danışmanlık yapan, çocukların durumu hakkında araştırma, inceleme yapan, veri sağlayan ve

[49] Årsrapport frå Barneombudet 2016, http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2017/05/arsrapport_2016.pdf, Erişim Tarihi: 07.05.2017

[50] a.g.e

[51] Kamu Denetçiliği Kurumu, Yıllık Rapor, Ankara, 2014

raporlar yayınlayan bu yönü ile de bir kamuoyu baskısı oluşturan kurumlardır. Türkiye’de ki yapılanmanın ise bu ihtiyacı karşılamadığı açıktır.^[52]

Oysa ki Çocuk Ombudsmanlığı kurumları, sadece çocuklar için görev yapan, çocukları önceleyen, çocukların şikayet, istek ve beklentilerini doğrudan dinleyen, doğrudan çocukları muhatap alan kurumlar olmaları bakımından da önem taşımaktadır. Diğer yandan bu yönleri ile hem çocuk haklarının topluma tanıtılmasında hem de bu hakların “değer” olarak içselleştirilmesinde ve yaşam pratiklerine aktarılmasında büyük rol oynamaktadırlar. Norveç örneğinde görüleceği üzere Çocuk Ombudsmanları, çocuklardan bilgi toplayarak onların ihtiyaçlarını ve isteklerini hem idari organlar hem de politika yapıcılar karşısında savunmaktadırlar. Çocuk Ombudsmanlığı bu yönü ile sadece toplumda değil, aynı zamanda “bürokrasi” ve “siyaset” alanında da “çocuğa yönelik algıları” şekillendirme gücüne sahiptir. Öyle görünmektedir ki, Türkiye’de Çocuk Ombudsmanlığı alanında Norveç benzeri güçlü bir yapılanmaya gidilecek olması durumunda çocuk merkezli “toplumsal bir çocukluk algısı” oluşurken aynı zamanda siyaset ve bürokrasi alanında da “çocuğa duyarlı politikalar” üretilip uygulanma ihtimali oldukça yüksektir. Türkiye’de Çocuk haklarının geliştirilmesi açısından böyle bir algı değişikliği muhakkak gerçekleştirilmelidir. Nitekim, 2013-2017 Ulusal Çocuk Hakları Strateji Belgesi ve Eylem Planında da “çocuğa saygı ve çocuk hakları kültürünü geliştirmek, çocuk hakları temel alınarak eğitim ve sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi, çocuk haklarıyla ilgili düzenlemelerde çocukların görüşlerine de başvurmak” gibi toplumsal ve siyasal düzlemde çocuk algısını ilgilendiren temel temalar vurgulanmıştır. Bu bağlamda Çocuk Ombudsmanlığı söz konusu algı değişikliği açısından “kilit” bir role oynama potansiyeline sahiptir. Norveç modeli ise bu konuda Türkiye için iyi bir örnek teşkil edebilir.

SONUÇ

Bu çalışmada insan hak ve hürriyetlerine yönelik ihlallerin önüne geçmek için oluşturulmuş olarak ombudsmanlık kurumunun bir türü olan Çocuk Ombudsmanlığı kurumu, Norveç örneği üzerinden incelenmiştir. Çalışmada, Türkiye’de Norveç örneğine benzer bir Çocuk Ombudsmanlığı sisteminin kurulmasının, çocuk hakları algısının da gelişmesine katkı sunacağı sonucuna varılmıştır. Gelecekte yapılacak çalışmalarda Çocuk Ombudsmanlığı sistemini uygulayan başka ülke örneklerinin derinlemesine incelenmesi ve karşılaştırma yapılması alana katkı sağlayacaktır.

[52] Yasemin Mamur Işıklı. Türkiye’de Çocuk Refahı İçin Model Önerisi: Çocuk Ombudsmanlığı, *International Journal of Economic Policy in Emerging Economies*, S.1,2016

KAYNAKÇA

- Altuğ Yılmaz; *Kamu Denetçisi (Ombudsman)*, İstanbul: İ.Ü. Rektörlük Yayınları, 2003
- Act Of 6 March 1981 No 5 Relating To The Ombudsman For Children, <http://barneombudet.no/english/act-and-instructions-for-the-ombudesman/>, Erişim Tarihi: 03.08.2017
- Act of 17 July 1992 No. 100 Relating to Child Welfare Services (the Child Welfare Act), <https://www.regjeringen.no/contentassets/049114cce0254e56b7017637e04ddf88/the-norwegian-child-welfare-act.pdf>, Erişim Tarihi: 07.07.2017
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı; *Ulusal Çocuk Hakları Strateji Belgesi ve Eylem Planı 2013-2017*, Ankara, 2013.
- Büyükavcı, Mustafa; Ombudsmanlık Kurumu, *Ankara Barosu Dergisi*, 66(4), 10–13, 2008.
- Doğan, Kadir Caner; Hindistan Ombudsmanı: Yapısal-Kurumsal Ve İşlevsel Yönleri. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (43), 142-148, 2015.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin; *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, SDE Analiz, Strateji Düşünce Enstitüsü, 2010, [http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/KAMU%20DENETCILIGI%20\(OMBDUSMANLIK\).pdf](http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/KAMU%20DENETCILIGI%20(OMBDUSMANLIK).pdf), Erişim Tarihi: 19.09.2017.
- Keskin, İbrahim; Temel İnsan Hakları Bağlamında Ombudsmanlık Kurumunun Hukuk Devletindeki Yeri ve Önemi. *Adalet Dergisi* (45), 117-145, 2013
- Kural, Tevhide Bilgen, Zeynep Kurt. Norveç Sağlık Sistemi, http://yeni.thsk.gov.tr/depo/thsk/denetim-hizmetleri-db/dokumanlar/Sunum/NORVEC_SUNUM.pdf, Erişim Tarihi: 21.09.2017.
- Stoffelen Janneke& Stéphanie Van Den Broeck (2009), Children's Rights in Norway <https://samforsk.no/SiteAssets/Sider/publikasjoner/Childrens%20Rights%20in%20Norway.pdf>, Erişim Tarihi: 22.09.2017.
- UNICEF, *Çocuk Haklarını Koruyan Bağımsız Kurumlar*, Floransa-İtalya: UNICEF BM Çocuk Fonu Innocenti Araştırma Merkezi, 2001
- UNICEF; *The State of the World's Children*, UNICEF, 2016
- UNICEF. *Building the Future Children and the Sustainable Development Goals in Rich Countries*, UNICEF Innocenti Report Card 14, 2017
- UNICEF Röportajları Dr Anne Lindboe, <http://www.un.org.vn/en/feature-articles-press-centre-submenu-252/3606-unicef-interviews-dr-anne-lindboe,-norwegian-ombudsman-for-children.html>, Erişim Tarihi: 23.09.2017.
- Kamu Denetçiliği Kurumu, *Yıllık Rapor*, Ankara, 2014
- Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14/6/2012 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 29/6/2012, Sayı: 28338

Mamur Işıklı, Yasemin; Türkiye’de Çocuk Refahı İçin Model Önerisi: Çocuk Ombudsmanlığı, International Journal of Economic Policy in Emerging Economies, S.1, 2016.

Tümerkan Albayrak, Elvan, Birinci Mehmet; Sosyal Devlet Modelleri: Sosyal Demokrat Model, İsveç- Norveç Örneği Journal of Social Work, 2017, Vol:1, Issue:1, 64-100, 2017.

Yüce, Mehmet, Beyce Atanur; Kamu Denetçiliği Hukuku, Ankara: Savaş Kitap ve Yayınevi, 2013.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.samfunnskunnskap.no/?page_id=475&lang=tr. Erişim Tarihi: 21.09.2017.

<https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/child-welfare/allocation-of-responsibilities-related-to-c1/saksgang-i-barnevernet/id415354/>. Erişim Tarihi: 21.09.2017.

<https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/id213/>. Erişim Tarihi: 07.08.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 23.09.2017.

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/county-social-welfare-boards/id418110/>, Erişim Tarihi: 07.03.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/hod/org/etater-og-virksomheter-under-helse-og-omsorgsdepartementet/Subordinate-institutions/The-Norwegian-Board-of-Health/id279747/>, Erişim Tarihi: 02.07.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/Norwegian-Directorate-for-Children-Youth/id418035/>, Erişim Tarihi: 07.07.2017

<https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/child-welfare/allocation-of-responsibilities-related-to-c1/id2353984/>, Erişim Tarihi: 01.07.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 07.08.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Consumer-Dispute-Commission/id426145/>, Erişim Tarihi: 07.05.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Equality-and-Anti-Discrimination-Tri/id418382/>, Erişim Tarihi: 01.07.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/departments/id325/>, Erişim Tarihi: 07.06.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Consumer-Ombudsman/id426137/>, Erişim Tarihi: 02.06.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/Offices-and-agencies-associated-with-the-Ministry-of-Children-and-Equality/The-Equality-and-Anti-Discrimination-Omb/id418111/>, Erişim Tarihi: 03.05.2017

<http://barneombudet.no/english/about-the-ombudsman>, Erişim Tarihi: 04.07.2017

http://www.nsd.uib.no/polsys/data/filer/aarsmeldinger/AN_2016_16405.pdf, Erişim Tarihi: 07.08.2017

<https://www.regjeringen.no/en/dep/bld/organisation/id322/>. Erişim Tarihi: 07.07.2017

İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN SOKAK ÇOCUKLARI*

Doç. Dr. Dilşat YILMAZ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3531-6289>

DOI: 10.30915/abd.514440

Makalenin Geldiği Tarih: 17.05.2018 **Kabul Tarihi:** 14.10.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Sokaklarda çalışan ya da sokakları yaşam alanı bilen çocukların sayısı giderek artmaktadır. Bu artış sonucunda, anılan çocukların fail ya da mağdur oldukları olaylar gündem oluşturmaktadır. Tartışmaların sosyolojik boyutu yoğunlaşırken, hukuki, özellikle de idare hukuku boyutu ikinci planda kalmaktadır. Oysa, toplumsal hayatı etkileyen bu durum, idare hukuku perspektifinden “kamu hizmeti” olgusu ile içe içe geçmektedir. Sorunlar, idareye yerine getirme görevi verilen, “kamu hizmeti” nitelikli faaliyetlerdeki aksaklığı ve düzensizliği işaret etmektedir. Dolayısıyla, ortaya çıkan istenmeyen sonuçların idareye atfı gündeme gelebilmektedir. Bu makalede, sokak çocukları olgusu esasen kamu hizmeti ve idarenin sorumluluğu perspektifinden incelenecektir. Konu uluslararası düzenlemeler ve Anayasa hükümleri ile yakın ilişkili olduğundan, İdare Hukukuna ilişkin açıklamalardan önce; bu açıklamalara yetecek kapsamda anılan düzenlemelere değinilecektir. Akabinde, anılan düzenlemeler ile bağlantısı kurularak İdare Hukuku açısından inceleme yapılacaktır. Konunun genişliği sebebiyle inceleme, daha dikkate değer bulunan hususlarla sınırlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sokak çocuğu, kamu hizmeti, idarenin sorumluluğu, sosyal devlet, idari teşkilat.

STREET CHILD FROM THE PERSPECTIVE
OF ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

The children who work at the streets and know there as home are increasing in numbers day by day. Because of this increase, events resulting in being actor or victim composes an agenda. Although the debates in matter especially majors in sociologic aspect; the aspect of law – especially administrative law-falls behind. However, this issue that affects social life remarkable, is closely associated with “public service” from the perspective of administrative law. The problems occurred indicate to the absence and confusion of public service, fulfillment of which is given as a duty to the administration. In this perspective, the result of attribution of results undesirable to the administration is the case. In this article, street child fact will be mainly considered from the view of public service and liability of administration. Because of the relation with international regulations and Constitution, these regulations will also be handled before the assessments regarding to Administrative Law, in a restricted amount that is enough for the explanations related to last mentioned subject. After that, the matter will be handled in terms of Administrative Law, but also associated with the first mentioned regulations. . But because of the wide scope of the matter, assessment will be restricted by the subjects considered more remarkable.

Keywords: Street child, public service, responsibility of administration, social state, administrative establishment.

I. GİRİŞ

“Sokak çocukları” konusu sorgulanmaya başlandığında, söz konusu gerçekliğin aslında İdare Hukuku alanının kalbinde yer alan kurumlar ile yakından ilişkili olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu makale, kent sokaklarında sayıları günden güne artmakta olan “sokak çocukları” olgusunun, idare hukukunun temel konularıyla ne derece ilişkili olduğunu sınırlı bir düzeyde de olsa ortaya koyabilme çabasının bir ürünüdür. Ancak konunun genişliği düşünüldüğünde, değerlendirmenin sınırlandırılması ihtiyacı doğmaktadır. Anılan sebeple, konu temel olarak “kamu hizmeti” ve “idarenin sorumluluğu” kapsamında ele alınacaktır. Konunun idare hukuku alanına ilişkin kesitin değerlendirilebilmesi açısından öncelikle uluslararası düzenlemelere, Anayasa hükümlerine, ilgili mevzuata ana hatları ile yer verilmesi de zorunluluk arz etmektedir.

II.^[1]“ÇOCUK” KAVRAMI

A. GENEL OLARAK “ÇOCUK” KAVRAMI

“Çocuk” günlük hayatta sıkça kullanılan bir kelime olmakla beraber, bilimsel açıdan bakıldığında farklı tanımlamalara ulaşılmaktadır. Özellikle bu sürecin ne kadar sürdüğü ve ne zaman sona erdiği hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır^[2]. Türk Dil Kurum tarafından (TDK) hazırlanan Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü’nde (Eğitim Terimleri) çocuk “*Bebeklik çağı ile erginlik çağı arasındaki gelişme döneminde bulunan insan*^[3]” şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak, söz konusu çağın başlangıcından ziyade bilhassa bitiş anı konusunda farklı kabuller bulunduğu belirtilmektedir^[4]. Şener/Serdar, çocukluğun toplumsal-kültürel bir gerçeklik olduğuna ve mekânsal olarak da farklılaşabildiğine dikkat

-
- [1] Yargı kararları dâhil olmak üzere, elektronik ortamdan erişilen verilerin tamamı için son erişim tarihi 06.05.2018 dir.
- [2] Bkz. AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Ekim 2016, s. 91.
- [3] TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59d145d62edaf9.52379231.
- [4] ŞENER Sami- SERDAR Meryem, “Sokak Çocukları” Problemi ve Probleme Yönelik Uygulanan Politikalar (Türkiye- Hindistan Örneği)”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Nisan 2015, S. 45 , s. 105, <http://www.dergipark.gov.tr/download/article-file/56084>; AKYÜZ, s. 91.; “... Çocuk Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi, “çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu” nu hatırla tutarak...” BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi) Önsöz’den, <http://cocukhaklari.barobirlik.org>.

çekmektedirler^[5]. Aynı yazarlar, çocukluğun bitişinin de farklı kriterlere bağlı olarak; 13-18 yaşlarına tekabül ettiğini ifade etmektedirler^[6]. Bu noktada, daha sonra pek çok kez değinilecek olan, çocuk hukuku alanında uluslararası alanda belkemiği niteliğinde^[7] olup ülkemizde de imzalanmış ve 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmünde olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin^[8] 1. maddesinde “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*”^[9] belirlemesi yapılmaktadır. Sözleşmedeki bu istisna, çocukluğun topluma göre değişebilen bir kavram olması ile açıklanmaktadır^[10]. Ne var ki; bizim için önemli olan “hukuki anlamda” çocuğun kim olduğudur. Hukuken çocuk kavramının karşılığı onun ne kadarlık süre için korunmaya

tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf, Yine bkz. http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf

- [5] ŞENER- SERDAR, s. 105., Aynı yönde bkz. AKYÜZ, s. 91., Bkz. Ankara Sokaklarında Çalıştırılan Çocuklar: Sorunlar ve İhtiyaçlar, (ASPB, ILO, Hacettepe Üniversitesi Çocuk Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi), Anıl Grup Matbaacılık Yayıncılık, Ankara, Aralık 2016, s. 3., OZANSOY Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları”, TBB Dergisi, 1999/1, s. 43, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19991-876>.
- [6] ŞENER- SERDAR, s. 105.
- [7] Bkz. İPEK Aydın, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılıklı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 20, S. 1, 2012, s. 159, 160., <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262769>; OZANSOY, s. 54.
- [8] Bundan sonra, “Sözleşme” olarak değinilecektir, Ayrıca bkz. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolün Beyanla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar, RG. 07.12.2017, S. 30263.
- [9] İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde sözleşmede düzenlenen haklar “herkes” bakımından tanınmakta, ayrıca m. 25'te çocukların özel bakım ve yardım görme hakları bulunduğu, evlilik içi ya da dışında doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal güvenceye sahip oldukları belirtilmektedir. Bkz. <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>, ayrıca bkz. KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül, 2017, s. 650., Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'ne göre “... bedensel ve zihinsel bakımdan henüz olgunlaşmamış olan çocuk, doğumdan önce olduğu gibi doğumdan sonra da uygun yasal koruma dahil özel gözetim ve bakıma gereksinime göstermektedir”, ilke 2: “Çocuk, özel olarak korunur, yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve saygınlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklardan yararlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun çıkarları önde gelir”. http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf
- [10] AKYÜZ, s. 95.

ve yardıma gereksinim duyduğu ile ilgilidir^[11]. Türk Hukuk sistemine bakıldığında çocukluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)^[12] nın 28. maddesi uyarınca sağ olarak tam doğum ile başlamakta^[13] ve aynı Kanun'un 11 maddesi uyarınca kural olarak 18 yaşın ikmali ile sona ermektedir^[14].

B. “SOKAK ÇOCUĞU” KAVRAMI

“Çocuk” üst başlığı altında yer aldığı noktasında tartışma bulunmayan sokak çocuğu; TDK Güncel Türkçe Sözlükte “*Vaktini genellikle sokaklarda geçirip eğitimden yoksun kalmış çocuk*” şeklinde tanımlanmaktadır^[15]. “UNICEF Çalışan Çocuklar ve Sokak Çocuklarının Sömürüsü” isimli dokümanda ise sokak çocuğunun “*yaşamı ve yaşam kaynakları için sokağı kendine mesken haline getirmiş olan, sorunlu yetişkinlerin gözetiminden ve yönlendirmesinden yoksun olan, henüz yetişkinliğe ulaşmamış herhangi bir kız ya da erkek çocuk*” şeklinde tanımlandığı belirtilmektedir^[16]. Giderek toplumsal hayatta sayıları artmakta olan ve vaktinin çoğunu sokaklarda geçiren bu çocuklar bakımından UNICEF tarafından, aile ile kurulan ilişki dikkate alınmak suretiyle; “sokakta çalışan çocuk”; “sokaktaki çocuklar” ve “sokağın çocukları” şeklinde üçlü bir sınıflamaya konu yapılmaktadır. İlk grup, aileleri ile ilişki içinde olup; günlük sokak yaşamlarının akabinde evlerinde dönmekte, ikinci grubun ise aile bağı zayıflamış olup aile ile zaman zaman ilişki kurulmaktadır. Son grupta ise,

[11] İNAN Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 10; AKYÜZ, s. 100.; Farklı hukuk alanları bakımından 18 yaş altı için sınırlandırmalar yapılması hususunda. ayrıca bkz. Akyüz'ün aynı eserinde aynı sayfa.

[12] RG. 08.12.2001, S. 24607.

[13] 18 yaşından önce ergin olunma söz konusu olsa da, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (RG.15.07.2005, S. 25876) m. 3 uyarınca “çocuk” luk devam etmektedir., Bkz. İPEK Ali İhsan, “Türk Hukukunda Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmelerin Çocuk Hukukuna Etkileri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2014, S. 100, s. 524. (İPEK, Terazi olarak ifade edilecektir.); Çocuk hakları sözleşmesinde çocukluk 18 yaş ile bitmekte iken; Çocuk Koruma Kanunu bu süreyi 18 yaş ikmaline kadar uzatmakta olup, TMK uyarınca daha erken ergin olanlar da çocuk sayılmaya devam etmektedirler. Bkz. BALO Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Nisan 2013, s. 42 vd.; AKYÜZ, s. 469.

[14] Çocuk yerine zaman zaman, “küçük”, gibi farklı kavramların da kullanılması ve yaş sınırlamaları hakkında bkz. KALABALIK, s. 646 vd.

[15] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&xarama=gts&guid=TDK.GTS.5a5a8cebe082b8.13835419.

[16] ATAÜZ Sevil, “Dünya Kentlerinin Yeni Olgusu: Sokak Çocukları”, Birikim Dergisi, Aralık 1998, S. 116, s. 71.

çocuğun ailesiyle ilişkisi bulunmamaktadır^[17]. Ayrıca ikili bir sınıflama da yapılmış; aileleri ile bağı olmakla beraber masraflarını çıkarmak için ya da evi geçindirebilmek amacıyla sokaklarda çalışanlar “sokaktaki çocuklar”; ailesi ile bağı olmaksızın yaşamını sokakta kazanıp sokakta sürdürenler “sokağın çocukları” olarak ifade edilmiştir^[18]. Görüldüğü üzere “sokak çocuğu” kavramı pek çok farklı durumu/anlamı içine alacak genişliktedir. Hatta bu durum doktrinde aynı projede çalışanlar bakımından dahi anlaşmada sorun yaratıcı nitelikte gösterilmektedir^[19]. Bu kavramsal karmaşa dikkate alındığında; ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin -yapılan sınıflandırmalar bakımından- bütün bu çocukların ortak özelliklerinin “güç koşullar altında yaşayan çocuklar” olduğu ifade edilmektedir^[20]. Çoştı, bu kavramsal karışıklık içinde; sokak çocuğu olma olgusunun sokakta çalışma ile başlayıp, sokağın çocuğu olma aşamasına kadar devam eden bir süreç olduğuna vurgu yapmaktadır^[21]. O halde sokak çocukları konusu kapsamında yapacağımız değerlendirmeler, ailesi ile ilişkisi olsun ya da olmasın sokakta yaşamını sürdürenler kadar sokakta çalışan çocukları da içine almaktadır.

III. HUKUKİ DÜZENLEMELERDE “ÇOCUK”^[22]

“Çocuk” ve -bu bağlamda “sokak çocuğu” kavramı da-, uluslararası ve ulusal düzenlemelerde yer bulmuştur. Çalışmamızda, çocuğa ilişkin düzenlemeler kamu hukuku, kamu hukuku içinde ise esasen idare hukukunu etkilediği

[17] Bkz. ŞENER- SERDAR, s. 106, 107; ÇOŞTU Kamil, Sokak Çocuklarının Sosyo-Kültürel Yapısı (İstanbul Örneği), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, Temmuz 2007, s. 11, 12. (YÖK Ulusal Tez Merkezi Resmi Web Sayfası:); ATAUZ, s. 70, 71; Bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 6 vd.

[18] ATAUZ, s. 71.; ÇOŞTU, s. 12.; BAYRAKTAR Güray, Sokak Çocuklarının Sosyo-Kültürel ve Ekonomik Özellikleri Açısından İncelenmesi: Ankara Sakarya Caddesi Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, PÜSBE, Ekim 2007, s. 5, 6 (YÖK Ulusal Tez Merkezi Resmi Web Sayfası).

[19] ÇOŞTU, s. 13.

[20] ŞENER- SERDAR, s. 107.

[21] ÇOŞTU, s. 15.; TUNÇ Güven, “Sokaklar ve Çocukları”, Birikim Dergisi, Aralık 1998, S. 116, s. 80, 81.

[22] “Çocuk” kavramı sokak çocuklarını da içine almaktadır. Bu sebeple başlıklarda “sokak çocuğu/çocuk” ifadesi yerine “çocuk” ifadesi tercih edilmiştir. Yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, öncelikle konu bağlamında çocuklara ilişkin genel bilgiye yer verilip, akabinde sokak çocukları (sokaklarda çalışan, yaşamını sürdüren) hakkında değerlendirmeler yapılmaktadır.

ölçüde dikkate alınacaktır. Başka bir ifade ile, bu düzenlemelere, idare hukuku alanındaki değerlendirmelere yardımcı olacak kapsamda değinilecektir.

A. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE “ÇOCUK”

1. GENEL ÇERÇEVE

Çocuk hakları konusunda temel nitelikli ve çalışmamızda da pek çok kez değinilecek metin 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir^[23]. Bunun yanı sıra Avrupa Konseyi ve Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı da çocuk hukukuna ilişkin çalışmalar yapmıştır. ILO ve Afrika Birliği örgütü gibi bu konuda hukuki düzenlemeler yapan pek çok örgütlenme de bulunmaktadır^[24].

Türkiye'nin de imzalamış olduğu^[25], Anayasanın 90. maddesi^[26] gereğince kanun hükmünde olup, ulusal hukuki metinler bakımından önemli bir basamak oluşturan, Sözleşme tarafı devletler^[27] ve dolayısıyla bu devletlerin idareleri bakımından da aslında birçok kamu hizmeti öngören Çocuk Haklarına Dair

[23] “Çocuk Hakları Sözleşmesi”.; Daha önce ifade edildiği üzere bu düzenleme “Sözleşme” olarak ifade edilecektir.; Uluslararası düzenlemeler hususunda bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 31 vd.

[24] Çocuk hukukuna ilişkin bu düzenlemeler konusunda bkz. AKYÜZ, s. 6 vd.; Ayrıca bkz. İPEK, Terazi, s. 524 vd.

[25] İmza 1990, Onay 1994, Yürürlük 1995., http://www.mfa.gov.tr/cocuk-haklari-konusunda-turkiye_de-yapilan-calismalar.tr.mfa .

[26] Anayasa m. 90: “... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” ., İPEK, Terazi, s. 524., Yargı yerlerinin doğrudan uygulama yöntemi uygulaması hakkında bkz. BALO, s. 52,53.

[27] m. 2: “Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler...”; m. 4: “Taraf Devletler, bu Sözleşmede tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemleri alırlar”; m. 43: “Taraf Devletlerin bu Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme konusunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemek amacıyla, görevleri aşağıda belirtilen bir Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur...”; Ayrıca bkz. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m. 2.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uyarınca çocuğun -dolayısıyla sokak çocuklarının da- sahip olduğu haklara konumuz çerçevesinde kısaca değinilecektir. Ancak özellikle vurgulanmalıdır ki, çocuklar BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ifade edildiği üzere, özel olarak korunması gereken bireylerdir^[28]. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi Önsözü'nde de bu durum "... Çocuk Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi, "çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu" nu hatırla tutarak,..."^[29] şeklinde belirtilmiştir^[30].

2. BM ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Öncelikle çocuk hukuku alanında özellikli bir yer taşıyan Sözleşmede çocuğa tanınan haklara, "sokak çocukları" konusuna ışık tutacak sınırlılıkta bakılması gerekmektedir^[31]:

[28] İHEB m. 25/2: "...Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır..." , Ayrıca bkz. BM Çocuk Hakları Bildirgesi Başlangıç Kısmı, ilke 2, 8; Bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi, http://www.cocukvakfi.org.tr/resource/docs/cocukla_ilgili%20sozlesmeler/A.CocuklaIlgiliUluslararasıSozlesmeler/A.2.f.%201924CENEVRE_COCUK_HAKLARI_BiLDiRiSi.doc. ; Avrupa Sosyal Şartı, m. 7, 17 <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf, m. 10; BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 24; http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf.

[29] "...Dünyadaki ülkelerin tümünde çok güç koşullar altında yaşayan ve bu nedenle özel bir ilgiye gereksinimi olan çocukların bulunduğu bilinci içinde..." .

[30] İNAN, s. 10; " Bilindiği üzere çocuk bedensel ve ruhsal açıdan sürekli gelişim ve değişim gösteren ve bu gelişimini tamamlamamış bir bireydir. Bu gelişim ve değişimin sağlıklı olarak devam etmesinde toplumun ve toplumun örgütlenmiş şekli olan devletin sorumluluğu söz konusudur". İPEK, s. 152., ; Bu evrede çocuğun bazen kendinden dahi korunması gerektiği belirtilmektedir. BALO, s. 96.

[31] Sözleşme hükümlerine ilişkin yapılan açıklamaların başlıklarında (madde metnine kısmen değinilmesi halinde dahi) http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf sayfasında yer alan metinde kullanılan başlıklar tercih edilmiştir.

a. Çocuğun Yaşam ve Gelişme Hakkı

Sözleşme uyarınca (m. 6); her çocuk yaşama hakkına sahiptir^[32]. Söz konusu madde bağlamında hayatta kalmanın yansıra hayat sürecinde çocuğun gelişmesi de taraflar devletler için bir yükümlülüktür. Yaşam hakkı, temel hak ve hürriyetleri içinde ilk sırada yer alır, çünkü bunlardan yararlanabilmek için öncelikle “yaşıyor olmak” gerekmektedir^[33]. Taraf devletlere maddede çocuğun gelişmesi için çaba sarfı zorunluluğu da getirilmektedir. Bu durumu doğal karşılamak gerekir, çünkü yaşam hakkı; maddi ve manevi varlığın gelişimini sağlamaya yönelik bir ödev de içermektedir^[34]. O halde taraf devlet çocuğun bedensel olarak sağlıklı bir yaşam sürmesi yanında, çocuğun becerilerinin, kültürel algılarının gelişmesini ve eğitim imkânlarını sağlamak zorundadır^[35]. Öyle ki, yaşama hakkından kasıt, insan onuruna uygun bir yaşam sürebilme-
tir^[36]. Bahsi geçen yönüyle yaşama hakkı, sosyal devlet^[37], sosyal ve ekonomik haklar ile yakın ilişkilidir^[38]. Çocuk Hakları Komitesi de, çocuk gelişiminin sağlanması ödevini belirtilen şekilde kapsamlı ve sözleşmenin tamamını içine alacak genişlikte ele almaktadır^[39].

Yaşam hakkı “negatif statü” hakkı olmanın yanı sıra devlete yaşam koşullarını daha üst düzeyde olmasını sağlama yükümlülüğü yani pozitif yükümlülükler de getirmektedir^[40]. Bir kez daha vurgulanmalıdır ki, insan haklarının layığıyla kullanılabilmesi bunların belli bir seviyede sağlanabilmesi ile mümkün olabile-

[32] Maddenin ikinci fıkrasında, taraf devletler; çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün azami çabayı göstermekle yükümlü kılınmaktadır; İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi m. 3: “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.”; AIHS, m. 2., <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>; BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 6.; Ayrıca bkz. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 11.; Bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyannameşi.

[33] AKYÜZ, s. 353.

[34] AKYÜZ, s. 353., Ayrıca Akyüz , yine aynı sayfada maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkının yaşam hakkının sosyal yönü olduğunu ifade etmektedir.

[35] AKYÜZ, s. 48,49.

[36] AKYÜZ, s. 353.

[37] Bkz. AKYILMAZ Bahtiyar- SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 170.

[38] AKYÜZ, s. 353.

[39] Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Uygulama El Kitabı, <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/Uygulama%20Elkitabı%20TR.pdf> , s. 108.

[40] Bkz. Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi , Yönetici Özeti, m. 6., s. 13, <http://www.unicef.org.tr/files/>

cektir^[41]. Yaşanılan coğrafyaya göre sosyo-ekonomik-kültürel haklar bakımından farklılıklar bulunsa da, yaşam hakkı temel hak ve özgürlükler içinde öncül kabul edilmektedir^[42].

b. Çocuğun Yetiştirilmesinde Ana Babanın ve Devletin Sorumlulukları

Sözleşme uyarınca (m. 18) çocuğun yetiştirilmesi önemli bir konu olup, bu görev anne- babaya aittir. Taraf devlet; çocuğun yetiştirilmesi konusunda ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapmakla yükümlüdür. Ayrıca çocukların bakımı konusunda görevlendirilmiş olan kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlamakla yükümlüdür. 18. maddede düzenlenen yükümlülük, anne babaya çocuğunu yetiştirme sırasında ve konusunda yardım yanı sıra, bu görevi yerine getirmeyen ya da getiremeyenlere- bu sorumluluğun ifasını sağlamak için- de devlet tarafından yardım edilmesini kapsamaktadır^[43].

c. Suistimal Ve İhmalden Korunma Hakkı

Çocuğun bedensel ve zihinsel bütünlüğü de sözleşme koruması kapsamındadır (m. 19). Devlet çocuğun bakımını ve gözetimi gerçekleştirenlerce çocuğa karşı şiddetin ve çocuğun suiistimalinin, istismarının önlenmesi için her türlü tedbiri almakla görevlidir. Burada söz konusu olan korunma hakkı çocuğun bakım altında olduğu yerlere ve buralarda söz konusu olabilecek her çeşit şiddete ilişkindir^[44]. Bahis konusu tedbirler, hukuki çerçevede idari, cezai ya da başka türlü (örneğin eğitsel...) her türlü önlemi kapsamına almaktadır. Anılan hak, aslında yaşam hakkından ayrı düşünülemez. Çünkü yaşamak, ancak maddi ya da manevi bir eziyet ya da acıya maruz kalmadan sürdürülebildiğinde bir anlam ifade edebilecektir^[45]. Çocuğa yönelik fiziksel ya da duygusal şiddet

bilgimerkezi/doc/yoneticiozeti.pdf, Ayrıca hakların sınıflandırılması için bkz. GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 210,211.

[41] ÜNAL Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 36.

[42] ÜNAL, s. 36, 37.

[43] Yönetici Özeti, m. 18, s. 32.; Bkz. Uygulama El Kitabı, s. 249, 250.

[44] Yönetici Özeti, m. 19, s. 34.

[45] AKYÜZ, s. 354.; Maddenin Sözleşmenin diğer maddeleri ile ilişkisi için bkz. Uygulama El Kitabı, s. 263, 264; Bkz. İHEB m. 5: “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”; AİHS m. 3.; Bkz. BM Çocuk Hakları Bildirgesi ilke 9.;Bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi; BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 7.

çocukta birtakım arzulara sebebiyet verdiğinden^[46], maddede düzenlenen hak, aynı zamanda yaşama hakkı ve çocuğun sağlık hakkı ile de yakından ilişkilidir.

ç. Aile Ortamından Yoksun Çocuğun Korunma Hakkı

Sözleşmenin 20. maddesi uyarınca; “geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahiptir”^[47]. Çocuğun sahip olduğu bu hak taraf devletler ve bu devletlerin idareleri bakımından, anılan çocukları koruma ve onlar için bakım ortamı sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Çocuğun ailesinden ayrılma durumunun kaynağının, öngörülen yükümlülük bakımından bir etkisi bulunmamaktadır^[48]. İdare hukuku perspektifinden bakıldığında bu madde, daha sonra detaylı şekilde değinilecek olan kolluk ve kamu hizmeti (bilhassa sosyal nitelikli kamu hizmeti) bağlamında idareleri doğrudan ilgilendirmektedir^[49].

d. Sağlık Ve Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Çocuğa tanınan bir diğer hak ise “çocuğun sağlık/ sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı^[50]” olarak da ifade edilen, “çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma” hakkıdır(m. 24). Bu hak, çocuğun temel sağlık hizmetlerinden yararlanması, temiz su ve besleyici gıdalara ulaşması, koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanması, anılan konularda toplumun bilgi edinmelerini de kapsamaktadır. Sosyo-ekonomik nitelikteki bu hak, devlet bakımından

[46] AKYÜZ, s. 355.

[47] Bu maddenin bir hakkı tanımlaması sebebiyle doğrudan uygulanabilmesi yönünde bkz. Yönetici Özeti, m. 20, s. 36. ; Ayrıca bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi, m. 2.

[48] Uygulama El Kitabı, s. 285; AKYÜZ, s. 71.; ÇHS m. 20/2: “... Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır...”

[49] Bkz. AKYÜZ, s. 71. ; Gülan, çocuk koruma faaliyetinin kolluk ve kamu hizmeti yanında, özendirme ve destekleme faaliyetini de içerdiğine işaret etmektedir. GÜLAN Aydın, “Çocuklara Yönelik İdari Faaliyetlere İlişkin İlkelerin Anlam Ve Kapsamlarına İlişkin Düşünceler I, Çocuğun Korunması İlkesi”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13671> , s. 265; Ayrıca bkz. Uygulama El Kitabı, s. 285.

[50] Uygulama El Kitabı, m. 349.; Yine bkz. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf, deki başlık; Ayrıca Uygulama El Kitabı'nın 350. sayfasında bu hakkın Sözleşmede yer alan diğer haklarla ilgisi vurgulanmaktadır.

yükümlülükler getirdiğinden^[51], “pozitif statü hakkı”^[52] olarak kabul edilebilir. Söz konusu hak, çocuğun yaşamını sürdürebilmesi açısından aslında yaşam hakkı ile yakından ilişkilidir^[53]. Ayrıca çocuğun beden sağlığı yanısıra, ruhsal sağlığı da hakkın kapsamında değerlendirilmektedir^[54].

e. Sosyal Güvenlik Hakkı

Sözleşme uyarınca çocuk; sosyal sigorta dâhil olmak üzere sosyal güvenlik-ten yararlanma hakkına sahip olup; devlet de hukuk sistemine uygun şekilde gerekli önlemleri almakla mükelleftir (m. 26). Çocuğa bakmakla yükümlü olanlar bu görevlerini yerine getiremediklerinde taraf devlet çocuğa yardımda bulunmakla yükümlüdür^[55]. Akyüz’ün ifadesi ile sosyal güvenlik “*insanların çeşitli nedenlerle gelir veya kazançlarında ortaya çıkan olumsuz değişmelerde onların geçinme ve yaşam gereksinimlerini karşılayan bir sistemdir*”^[56]. Sosyal güvenlik hakkı insanların yaşamlarını devam ettirecek gereksinimleri sağlamaya yönelik olduğundan, aslında sosyal devlet ilkesinin bir yansımasıdır^[57]. Doğurduğu sonuca bakıldığında da, yaşam hakkının layıkıyla kullanabilmenin aracı olarak görülmelidir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi sosyo ekonomik haklardan olan sosyal güvenlik hakkını yaşam, maddi ve manevi varlığı koruma hakları ile ilişkilendirmektedir: “...*Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da*

[51] Yönetici Özeti, m. 24, s. 42.;BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 12.; Avrupa Sosyal Şartı, m. 11.; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, ilke 4.;Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi, m. 2.

[52] “*Pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânını tanıyan haklardır.*”, GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 211.

[53] Yönetici Özeti s. 42’de sağlık hakkı, yaşam hakkının tamamlayıcısı olarak ifade edilmektedir.

[54] AKYÜZ, s. 369.

[55] Uygulama El Kitabı, s. 385, ., İHEB, m. 22, 25., BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 9., Avrupa Sosyal Şartı, m. 12., Sözleşme kapsamının BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 9 ile mukayesesi için bkz. Uygulama El Kitabı, s. 385.

[56] AKYÜZ, s. 374.

[57] Gözler de, sosyal güvenlik hakkının insan onuruna yaraşan bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler içinde olduğuna dikkat çekmektedir. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 160.; Sosyal güvenlik hakkının da içinde yer aldığı sosyal haklar, bireylere insan onuruna uygun düşen minimum düzeyde bir yaşam standardı sağlamayı hedeflemektedirler. GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 491.

devlete ödev olarak verilmiştir. Gücsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri “yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını” zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir...”^[58]. Çocuğun sosyal güvenlik hakkını teminat altına alınması, sosyal güvenliğin farklı araçlarının kullanılması ile; örneğin daha sonra değinileceği üzere sosyal yardımın sağlanması ya da sosyal sigorta uygulaması ile sağlanabilir^[59].

f. Yeterli Yaşam Standardına Ulaşma Hakkı

Çocuğa sözleşme ile tanınan bir diğer hak, “*her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı*”dır^[60]. Çocuğun bu hakkını kullanabilmesini sağlama yükümü sahip oldukları imkânlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere ait olup, devletler, imkânları dâhilinde, bu kişilere, çocuğun hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alırlar. Gerekli ise de, özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım yapar ve destek programları uygularlar (m. 27). Madde, bütüncül şekilde ele alındığında, gelişmenin sadece yemek, giyinmek, barınmak gibi temel ihtiyaçların tatmini ile gerçekleşemeyeceğinin, sayılan diğer öğelerle tamamlanmış kabul edilebileceği gerçeğinin bir ifadesidir^[61].

[58] AYM, 17.01.1991, E. 1990/27, K. 1991/2, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası, “... Sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasa’nın 60. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.” denilmektedir. Bu hüküm bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” denilerek bu görevin, Devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirilmesi öngörülmektedir...” AYM, 29.03.2017, E. 2017/47, K. 2017/84, KİBB (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[59] Sosyal güvenliği sağlama yöntemleri hakkında bilgi için bkz. ARICI Kadir, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı”, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, s. 184, <http://www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/arici.pdf>, Ayrıca bkz. AKYÜZ, S. 439 vd.

[60] BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 11.; Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi, m. 1.

[61] Uygulama El Kitabı, s. 395, 396.

g. Eğitim Hakkı

Sokak çocukları bakımından büyük sorunların yaşandığı bilinen ve Sözleşme tanınan bir diğer hak, eğitim hakkıdır. Sözleşmenin 28. maddesi uyarınca, her çocuk eğitim hakkına sahiptir ve fırsat eşitliği çerçevesinde, ilköğretim zorunlu ve parasızdır. Madde kapsamına öncelikle, eğitime erişim hakkı girmektedir^[62]. Ayrıca belirtilmelidir ki, madde çerçevesinde eşitliğin sağlanması sadece yetkili makamlar nezdinde değil, eğitim bağlamında çocuk ile ilişki içerisinde olan kimselerin de bu ilkeyi ihlal etmesinin önüne geçilmesini de içermektedir^[63]. Eğitim hakkı yaşam hakkın, bedensel, zihinsel, ahlaki gelişim haklarının gereği gibi kullanılabilmesinin ön koşulu olup, bu hakların layığıyla kullanılabilmesi öncelikle çocuğa yeterli eğitim verilebilmesine bağlıdır^[64]. Nitekim, Sözleşmenin 29. maddesinde de eğitim hakkının amaçlarından biri olarak, “Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi” gösterilmektedir^[65].

ğ. Dinlenme, Boş Zaman Değerlendirme ve Kültürel Etkinliklere Katılma Hakkı

Çocuğun bu özel döneminin belki de en eğlenceli tarafı olan oynama^[66]; yaşına uygun etkinliklerde bulunma ve boş zamanını değerlendirme kültürel-sanatsal yaşama katılma, dinlenme Sözleşmede birer hak olarak öngörülmüşlerdir (m. 31)^[67]. Sözleşmede belirtilen hususları özendirmek, teşvik etmek

[62] Yönetici Özeti, m. 28, s. 47., İHEB, m. 26; AİHS, Ek Protokol 1, m. 2. ; BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 13, 14.; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, ilke 7.

[63] Yönetici Özeti, m. 28, s. 47.

[64] AKYÜZ, s. 76, 376, 377.

[65] ÇHS m. 29/1: “Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler; a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi; b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi; c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi; d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması; e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi,...”.

[66] Oyun hakkının “unutulmuş hak” olarak ifade edilmesi hakkında bkz. Uygulama El Kitabı, s. 471.

[67] İHEB, m. 24, 27.; BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.15.; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, m. 7.

de devlete yüklenen ödevlerdir^[68]. Aslında bu hak, Akyüz'ün “çocuğun çocuk olma hakkı”^[69] olarak ifade ettiği kedine özgü ihtiyaçları ve dünyası bulunması hususları doğrudan ilişkilidir. Sözleşmede bu konuların düzenlenmesinin sayılan hususların çocuk bakımından ona bahşedilen birer lüks alanı olmayıp, bir hak olduğunun vurgulanmasının olduğu ifade edilmektedir^[70].

h. Çocukların Çalışmalarına Yönelik İlkeler

Türkiye’de sokaklarda geçen çocuk yaşamının en önemli konularından bir diğeri, Sözleşmenin 32. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddeye göre, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek her türlü işte çalıştırılma karşısında çocuğun korunma hakkı bulunmaktadır^[71]. Devlet bunu sağlamak için her türlü önlemi almak ve eğitimi sağlamakla yükümlüdür. Ödevin ifası için alınacak önlemler yasal, idari, eğitsel ya da toplumsal olabilir^[72]. Ancak, bu yükümlülüğün yerine getirildiğinden bahsedebilmek için, çalışma hayatına ilişkin kuralların, çalışma koşullarının ve bunlara aykırılıkların yaptırımlarının da belirlenmesi gerekmektedir^[73]. Oysa -Türkiye bakımından 182 sayılı (En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi) ILO Sözleşmesindeki durumlara ek olarak, çocuk işçiliğinin en kötü şekillerinden biri olarak kabul edilen^[74] - “sokakta çalışma (sokakta çalışan çocuklar)” bakımından bu koşulların gerçekleşmiş olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

[68] ÇHS m. 31/2: “... Taraf Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkını saygı duyarak tanırlar ve özendirirler ve çocuklar için, boş zamanı değerlendirmeye, dinlenmeye, sanata ve kültüre ilişkin (etkinlikler) konusunda uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik ederler.”

[69] AKYÜZ, s. 424-426.

[70] Yönetici Özeti, m. 31, s. 51.

[71] Ayrıca bkz. İHEB, m. 23; BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 7.; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, ilke 9.

[72] m. 32: “... Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar: a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler; b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar; c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler...”

[73] Bkz. Yönetici Özeti, m. 32, 52.

[74] Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 3; Bkz. AKYÜZ, s. 497.; 182 sayılı Sözleşme için erişim adresi için bkz. dpn. 251.

Bu çocuklar söz konusu olduğunda, koşulların uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışmaya elverişli bir sistem dahi maalesef bulunmamaktadır.

1. Uyuşturucu Kullanımından Korunma Hakkı

Sokakları mesken edinmiş çocuklar söz konusu olduğunda toplumsal hayatta en çok gündeme gelen konulardan birisi de “uyuşturucu madde kullanımı”dır^[75].

Sözleşmenin 33. maddesinde taraf devletler bakımından bu konuda bir yükümlülük öngörülmektedir^[76]. Maddeye göre, “*çocukların uluslararası anlaşmalarda tanımladığı biçimde uyuşturucu ve psikoaktif maddelerin yasadışı kullanımına karşı korunması ve çocukların bu tür maddelerin yasadışı üretimini ve kaçakçılığı alanında kullanılmasını önlemek amacıyla, yasal, sosyal ve eğitsel nitelikteki de dahil olmak üzere, her türlü uygun önlemleri almak*” taraf devletlerin görevidir. Düzenleme sadece önleme amaçlı ele alınmamalı, anılan ortamla temas etmiş çocukların bu durumdan kurtarılmalarının da devlete yüklenen ödevlerden olduğu belirtilmelidir^[77]. Çocuğun uluslararası anlaşmalarla tanımlanan dışındaki zararlı maddeler karşısında korunmasının da devletin görevi olduğu ayrıca vurgulanmalıdır^[78].

i. Cinsel Sömürü, Satılma, Kaçırılma ve Fuhuştan Korunma Hakkı (Hakları)^[79]

Sözleşme taraf devletler aynı zamanda çocuğun cinsel sömürü veya suiistimale karşı korunmasını sağlamakla yükümlüdür (m. 34). Devlet, çocukların kaçırılmaları, satılmaları ve fuhuşa konu olmalarını önleyecek tedbirleri almakla da ödevlidir (m. 35). Zikredilen son maddede, “*her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun*” ifadesi yer aldığından; çocukların kaçırılmalarının, satılmaları ve cinsel sömürüye konu olmalarının her türlüünün engellenmesinin düzenlendiği, sözleşmenin diğer maddelerinde ise anılan hususların belli başlı şekillerinin düzenlendiği belirtilmektedir^[80].

[75] Bkz. Uygulama El Kitabı, s. 503, 504.

[76] Ayrıca bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi, m. 2.

[77] Bkz. Yönetici Özeti, m. 33, s. 54.

[78] AKYÜZ, s. 80.

[79] İki madde (m. 34 ve m. 35) birlikte ele alınmıştır.

[80] Yönetici Özeti, m. 35, s. 57.; Hukuki düzenlemeler için aynı eserin 55 vd. sayfalarına bkz.

j. Sömürünün Diğer Biçimlerinden Korunma Hakkı

Sözleşmede çocuğa tanınan haklar incelendiğinde bu hakların tamamının aslında çocuğun bedensel ve zihinsel olarak sağlıklı ve iyi yetişmiş, mutlu bir birey olmasını sağlamaya yönelik olduğunu söyleyebiliriz. İşte Sözleşmenin 36. maddesi de bu duruma değinerek, “*taraf devletlerin çocuğu, esenliğini tehlikeye düşürecek başka her türlü sömürüye karşı koruma*” görevini taraf devletlere vermektedir. Buradaki koruma, çocuğa yönelik cinsel ve ekonomik sömürü dışındaki, (bilimsel deney ya da medya aracılığı ile gibi^[81]) sömürülere karşı çocuğu koruyan bir güvenlik ağı olarak ifade edilmektedir^[82].

k. Üstün Standartlara Uyma Yükümlülüğü

Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca bu sözleşmede öngörülen haklar minimum sınırı oluşturup, söz konusu hakların gerçekleştirilmesini sağlayan ulusal/uluslararası kuralların uygulanmasını etkilemeyecektir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuğa tanınan haklara bakıldığında hepsinin birbirini tamamladığını söylemek mümkündür. Sözleşmenin temel ilkelerinden olan “çocuğun yüksek yararı” na öncelik tanınarak, psikolojik, biyolojik ve sosyo-kültürel açıdan zayıf durumda olan çocuğun ruhen, bedenen ve toplumsal olarak gelişmesi; olumsuz koşullardan korunması amaçlanmaktadır^[83]. Başka bir ifade ile çocuğun ruhen, bedenen ve toplumsal olarak sağlıklı gelişiminin sağlanması hedeflenmektedir^[84]. Bu amacı gerçekleştirmek için gerekli önlemleri alma görevi de taraf devletlere düşmektedir.

[81] Uygulama El Kitabı, s. 539.

[82] Yönetici Özeti, m.36, s. 59.; Ayrıca bkz. Cenevre Çocuk Hakları Beyanname, m. 3.

[83] Bkz. Sözleşme m. 4 ve bu hususta bkz. OZANSOY, s. 58.

[84] Bkz. AKYÜZ, s. 49, 50.; ÇHS. m. 3: “1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünce. 2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar. 3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler”.

B. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE “ÇOCUK”

Sokak çocuğu olgusu Türk İdare Hukuk Sistemi kapsamında değerlendirilmeden önce, ilk olarak Anayasal düzenlemeler çerçevesinde kısaca ele alınacak olup; uluslararası alanda çocuk hukuku alanında temel nitelikli metin olan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin aktarılan düzenlemelerinin Türk Kamu hukuku alanına yansıma şekilleri böylelikle gözden geçirilmiş olacaktır. Akabinde, bu düzenlemelerin İdare Hukuku alanında karşılığı, anlam ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

1. ANAYASAL DÜZEYDE “ÇOCUK”

Anayasal düzenlemelerin idare hukuku alanına yansımalarına geçilmeden önce; çocukla ilgili (münhasıran ya da genel olarak) Anayasal hükümlere değinilmesi yararlı olacaktır. Ancak, öncelikle, Anayasada “temel hak ve özgürlük” olarak “herkes”e tanınmış olanların çocuklar için de geçerli olmasının tartışmasız olduğu vurgulanmalıdır.^[85]

a. “Sosyal Devlet” Bağlamında Çocuk

1982 Anayasası'nın Cumhuriyetin Temel Niteliklerini belirten 2. maddesi uyarınca, ülkemiz sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal devlet, “... *Yine Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen sosyal devlet, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlettir.*...”^[86]. Kuşkusuz ki, “çocuk” Yüksek Mahkeme tanımında yer alan “güçsüz” kavramı içinde yer almaktadır. Hatta Akyüz, güçsüzler içinde ilk olarak korunması gereken grubun çocuklar olduğuna işaret etmekte, bu durumu onların biyolojik, siyasi, sosyal ve ekonomik yönden güçsüz olmaları ile açıklamaktadır^[87]. GÜLAN, “koruma”nın kapsamının sadece dıştan gelen tehlikelerle sınırlı algılanamayacağı, aynı zamanda çocuğun gelişimini sağlayan bir genişlikte algılanması gerektiğini vurgulamaktadır^[88]. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesine yapılan ek gerekçede^[89]

[85] Bkz. FENDOĞLU Hasan T, Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 59.; İPEK, s. 160.; Günümüzde “salt çocuklara özgü” haklara Anayasalarda önem verilmesi gerekliliği için bkz. İPEK, s. 160.

[86] AYM, 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, KİBB.

[87] AKYÜZ, s. 30.; FENDOĞLU, s. 107.; İPEK, s. 166.

[88] GÜLAN, Koruma, s. 265.

[89] Gerekçeye, daha sonra Anayasa 10. madde kapsamında yer verilecektir.

bu durum açıkça ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu duruma değinmektedir: “...5982 sayılı Kanun’un genel gerekçesi ile 4. maddesinin gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, toplumun bazı kesimlerinin, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak daha iyi korunması ve gözetilmesi, çocuk haklarının anayasal temele kavuşturulması, her türlü istismara karşı çocukların korunması amacıyla, tarafı olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin Anayasa metnine dahil edilmesinin öngörüldüğü ve her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu belirtilmektedir. Çocukların fiziksel ve psikolojik olarak gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle yetişkinlere göre daha özel bir koruma altında olmaları gerektiği herkes tarafından kabul edilmektedir...”^[90].

Anayasa Mahkemesi sosyal devleti “... Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan ‘sosyal hukuk devleti’, vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, ‘insan onuru’ nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti sağlamaya çalışır. Sosyal hukuk devleti, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir”^[91] şeklinde açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesince yapılan tanımda da görüldüğü üzere, sosyal devlet insana insan onuruna uygun yaşam

[90] “...Bu bağlamda çocukların bir birey olarak kabulünden sonra gelişme gösteren çocuk hakları, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışma alanına dâhil edilmiş ve çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında, ülkemizin de taraf olduğu ve kabul ettiği Çocuk Hakları Sözleşmesi, Lanzarote Sözleşmesi (Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunması’na Dair Sözleşme) ve Lizbon Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler yapılmış ve tavsiye kararları alınmıştır. Söz konusu metinlerde temenninin ötesinde üye devletlerin mevzuatında çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin olarak etkili, ölçülü ve caydırıcı cezaların oluşturulması gereğine vurgu yapılmıştır. Uluslararası alandaki bu gelişmeler doğrultusunda kanun koyucu, çocukların etkin bir şekilde korunmasına yönelik olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda önemli değişiklikler yapmıştır...” AYM, 12.11.2015, E. 2015/43, K. 2015/101, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası ; “...Sosyal hukuk devleti, eşitlik ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde, sosyal ve ekonomik açıdan dezavantajlı olanları gözeterek, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardı ve sosyal adaleti sağlamayı, toplumsal dayanışmanın geliştirilmesini ve gerçekleştirilmesini amaçlar.”, D10D, 18.04.2013, E. 2009/7947, K. 2013/3553, KİBB.

[91] AYM, 17.05.2012, E. 2011/136, K. 2012/72, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası.

sağlamayı hedeflemektedir^[92]. Başka bir ifade ile “*vatandaşların sosyal durumları ve refahlarıyla ilgilenen onlara asgari ve insanca yaşama düzeyi sağlamakla kendini görevli sayan devlettir*”^[93] şeklinde tanımlanmaktadır.

Danıştay da sosyal hukuk devletini “*Sosyal hukuk devleti, eşitlik ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde, sosyal ve ekonomik açıdan dezavantajlı olanları gözeterek, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardı ve sosyal adaleti sağlamayı, toplumsal dayanışmanın geliştirilmesini ve gerçekleştirilmesini amaçlar.*” biçiminde ifade etmektedir^[94]. Sosyal devlet anlayışı çerçevesinde insan onuruna yakışır bir yaşam düzeyi^[95] sağlanabilmesi için de devletin sosyal güvenliği, sağlık hakkını, eğitim hakkını, konut hakkını sağlama gibi birtakım imkânları gerçekleştirilmesi gerekmektedir^[96]. O halde sayılan bu haklar sosyal devlet ile yakın ilişkili olup^[97]; sosyal devlet de insan onurunu koruma amacı ele alındığından; aynı zamanda maddi ve manevi varlığın korunup geliştirilmesinde bir araç durumuna gelmektedir^[98]. Çünkü maddi ve manevi varlığın korunarak geliştirilmesi de insan onurundan kaynaklanmaktadır^[99]. Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak*

[92] ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 143; Yine bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 155.; “İnsan haysiyeti” tanımı için bkz. AYM, 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1996/29, AMKD, S. 4, s. 187, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_04.pdf, (ayrıca bkz. İZGİ Ömer-GÖREN Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt 1, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 216)

[93] AYM, 17.11.1998, E. 1998/35, K. 1998/70, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası.

[94] D10D, 18.04.2013, E. 2009/7947 K. 2013/3553, KİBB, DİDDGK, 03.07.2000, E. 2000/401., K. 2000/938, KİBB.

[95] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 155.; Anayasa m. 5 gerekçesinde, insan onuruna yakışan hayat seviyesi sağlamanın sosyal devletin görevi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. İZGİ-GÖREN, s. 70.

[96] ÖZBUDUN, 2014, s. 148, 149.; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 160 vd.

[97] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 160.

[98] Bkz. GÜMÜŞ Ali Tarık, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi Ve Manevi Varlığını Koruma Ve Geliştirme Hakkı” SÜHFD, C. 13, S. 2, 2005, s. 158, 166, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262632>; Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının aslında bütün hürriyetlerin ortaya çıkma sebebi, somut görünümü olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 134, 137, 149, 155, 165.

[99] Bkz. GÜMÜŞ, s. 138, 139; “...*insan haklarının ayrılmaz bir parçası olan insan onuru, insan haklarının temelini teşkil ettiği gibi, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da dayanağını teşkil etmektedir...*”, s. 146.

ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmü de sosyal devlet olmanın gereklerini yerine getirmeyi, devlete bir yükümlülük olarak vermektedir^[100]. Hatta Anayasa Mahkemesi’nin sosyal haklardan olan sosyal güvenlik hakkını^[101] yaşam, (maddi ve manevi varlığı koruma hakkı) ile ilişkilendirdiği; bu hakkın sosyal haklara ilişkin Anayasanın 65. maddesinde yer alan düzenlemeye (sınırlamaya) tabi olmadığına işaret ettiği bilinmektedir^[102]. Bu gerekliliklerin yerine getirilmesi zorunluluğu bakımından bireylerin çocuk ya da yetişkin olmasının fark yaratmadığı da belirtilmelidir. Doktrinde de ifade

[100] Bkz. GÜMÜŞ, s. 146.

[101] “...Sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasa’nın 60. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.” denilmektedir. Bu hüküm bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” denilerek bu görevin, Devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirilmesi öngörülmektedir...” AYM, 29.03.2017, E. 2017/47, K.2017/84, KİBB.

[102] Detaylı bilgi için bkz. ÖZBUDUN, s. 148, 149; “Anayasa’nın 17. maddesinin ilk tümcesi “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...” biçimindedir. Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri “yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını” zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir... Anayasa’nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu “... 18 aya kadar ...” deyimini arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa’nın 60. maddesi kişilere “sosyal güvenlik hakkını” vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen “... yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma ... hakkı” ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda “yaşama hakkını” ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa’nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu “... 18 aya kadar...” sözcüklerine uygulama olanağı yoktur...” AYM, 17.01.1991, E. 1990/27, K. 1991/2, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası; Yine bkz. AYM, 16.10.1996, E. 1996/17, K. 1996/38, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası; Son karar için ayrıca bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 162,163.

edildiği üzere çocuk hakları toplumların gelişmişlik düzeyinin, sosyal devlet olmanın göstergelerindedir^[103].

b. Kanun Önünde Ayrıcalıklı Birey Olarak Çocuk

Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edildikten sonra^[104], "... Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz" düzenlemesi ile çocuk dahil anılan gruplara koruma sağlayan düzenlemeye gidilmiştir. Söz konusu maddeye 5982 sayılı Kanunla yapılan bu eklemenin madde gerekçesi "... Öte yandan özel surette korunması gereken kesimler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu sayede Devletin, tüm toplum kesimleri arasında bir yandan eşitliği sağlamaya, diğer yandan da korunması gerekenleri korumaya yönelik özel tedbirler alabilmesinin önü açılmakta ve bu amaçla yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceği anayasal güvenceye kavuşturulmaktadır." şeklinde açıklanmıştır^[105].

c. Çocuğun Yaşama, Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirebilme İmkânına Sahip Olabilmesi

Çocuklarla da ilişkili bir diğer düzenleme, Anayasa'nın 17. maddesidir. Burada belirtildiği üzere, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Yaşama hakkı bütün temel hak ve hürriyetler bakımından öncül niteliktedir. Çünkü yaşama gerçekleşmediği sürece, diğerlerinin bir anlamı

[103] FENDOĞLU, s. 60.

[104] Ayrıca bkz. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3: "(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefî ve siyasî görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır...". m. 5: "Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar...".

[105] <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>.

bulunmamaktadır^[106]. Yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, bir bütün teşkil etmektedir. Maddenin gerekçesinde bu durum “...*Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için, Devlet, gerekli tedbirleri alacaktır...*”^[107] şeklinde ifade edilmiştir. Ancak yaşama, salt biyolojik olarak hayatta kalmak şeklinde algılanamaz. Yaşama hakkı, ancak belli standartlarda bir yaşam sürdürme imkânı bulunduğu sürece gerçekleşmiş olacaktır^[108]. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere; Anayasa Mahkemesi de yaşama hakkının maddi ve manevi varlığın korunması hakkıyla ayrılmaz nitelikte olduğunu belirtmiştir^[109]. Anayasa'nın bahsi geçen maddesini Anayasa'nın 5. maddesi ve 65. maddesi ile ele aldığımızda, devlet temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran engelleri kaldırma ödevini, sosyal ve ekonomik alanda mali kaynakları ölçüsünde yerine getireceği; ancak maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunması ödevinin Anayasanın 15. maddesinde belirtildiği üzere, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü halde dahi mutlak olarak dokunulmaz bir alan teşkil ettiği ileri sürülebileceğinden; bahsi geçen durumlarda, gelişme hakkının daraldığının görülebildiği de ifade edilmektedir^[110].

ç. Sağlıklı Yaşam Sürecinde Çocuk

Yaşama hakkı ile yakından ilgili, değinilmesi gereken ve sokakta yaşamlarını geçiren çocuklar bakımından belki de en belirgin şekilde fark edilen gerçek,

[106] KALABALIK, s. 409.; AKYÜZ, s. 353.; Esasen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının yaşam hakkı da dahil olmak üzere tüm haklar bakımından çıkış noktası olduğu, hakkında bkz. yukarıda yapılan açıklamalar; Ayrıca bkz. ASLAN Betül, Devletin Temel Amaç ve Görevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı”, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2009, s. 9, 10; Aslan da hakkın yaşam dahil kişinin manevi varlığı olarak kabul edilebilecek kültürel, siyasal, hukuksal ve kişisel alanını içerdiğine; koruma ve gelişmenin bir bütün olarak algılanması gerektiğine değinmektedir. ASLAN, s. 86-89.; Alman Anayasasında bağımsız bir hak olarak düzenlenen “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı” için bkz. GÜMÜŞ, a.g.m.; Çocuk bakımından gelişme hakkının önemi için bkz. ASLAN, s. 60 vd.

[107] İZGİ -GÖREN, s. 215.

[108] “*Devlet, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı göstermelidir. Çocuğun sadece yaşıyor olması değil, insan onuruna uygun olarak yaşaması önemlidir*”. FENDOĞLU, s. 83.,

[109] Bkz. dpn. 102.; Ayrıca bkz. KALABALIK, s. 430.; Bkz. AYM, 15.03.2017, E. 2016/165, K. 2017/76., KİBB.

[110] ASLAN, s. 140, 141.; Anayasa Mahkemesi'nin gelişim hakkını devletin temel emeç ve görevleri içinde sosyal ve ekonomik haklar kapsamında ele alması ve eleştirisi için bkz. ASLAN, s. 155.

bu çocukların sağlıklı, temiz, yeterli beslenmeyi sağlayan -ve insan onuruna yakışan- bir ortamda/şartlarda bulunmadıklarıdır. O halde söz konusu çocuklar bakımından yaşam hakkının fiziksel (ve de psikolojik) bütünlüğün korunmasına, bozulmasına engel olunmasına^[111] ilişkin boyutunda da ciddi sıkıntılar yaşandığı açıktır. Söz konusu durum aynı zamanda yaşama hakkının sağlık hakkı (ve de çevre hakkı) ile bağlantısını da göstermektedir^[112]. Çünkü yaşam hakkı, psikolojik ve fiziksel olarak sağlıklı biçimde, buna imkân veren bir ortamda kullanılabilirdiğinde anlam ifade etmektedir^[113]. Anayasa'nın 56. maddesinde de *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir... Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir..."* hükmü, sokak çocukları bakımından devlete verilen bir görevin yerine getirilmesinde sorun yaşandığını göstermektedir. Ayrıca Anayasa m. 58' de yer alan *"...Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır"* hükmü de bu paragrafta değinilen hususlar kapsamında ele alınmalıdır.

d. Çocuğun Korunması

Konuyla ilgili bir diğer madde, Anayasa'nın "Ailenin Korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesidir^[114] : *"Devlet... özellikle ananın ve çocukların korunmasını... sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar... Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır..."*. Söz konusu anayasal düzenlemenin madde gerekçesinde şu ifadeler bulunmaktadır: *"...Maddeyle taraftı olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve*

[111] Bkz. AKYÜZ, s. 353.

[112] Sağlık hakkının yaşam hakkı ile ilişkisi hususunda bkz. KALABALIK, s. 411, 412.; Sağlık hakkının sosyal nitelikli hakkı olduğu hususunda bkz. KALABALIK, s. 581 vd.; ayrıca yine nitelik ve içerik yönünden bkz. AKYÜZ, s. 368vd. , Sağlık hakkı ve yaşam hakkı bağlantısı için bkz. Bkz. TEMİZ Özgür, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", AÜSBFD, Cilt 69, No. 1, 2014, s. 170, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/1927/20207.pdf> .

[113] Bkz. AKYÜZ, s. 353.

[114] Başlığa 2010 yılında "çocuk hakları" ifadesi eklenmiştir.; Hakkın niteliği hususunda bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 212.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkeler, Anayasa metnine dahil edilmekte; her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu vurgulanmakta ve çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Getirilen düzenlemeyle ayrıca Devlete, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukların korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alma ödevi yüklenmektedir...^[115].

e. Eğitim Süreci ve Çocuk

Sokak çocukları söz konusu olduğunda sıkça gündeme gelen eğitim hakkı^[116], Anayasa'nın 42. maddesinde "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz... İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır..." şeklinde tanınmaktadır. Eğitim hakkı kişinin çocuğun sosyal, zihinsel ve bedensel (ayrıca sosyal vb.) gelişimini sağlamakta^[117], bu yönüyle aslında insan onuruna uygun bir yaşam sürmesinin aracı olmaktadır. Kalabalık, bu hakkı, "diğer insan haklarının gerçekleştirilmesinin vazgeçilmez aracı" olarak görmektedir^[118]. Anayasa m. 58 de yer alan "...Devlet, gençleri... cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır" hükmü de yine eğitim hakkı ile bağlantı içindedir.

[115] <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 10: "...Nesep veya diğer şartlar bakımından hiç bir ayrımcılık yapılmaksızın, bütün çocuklar ve gençler için özel koruma ve yardım tedbirleri alınır. Çocuklar ve gençler ekonomik ve toplumsal sömürüye karşı korunur. Çocukların ve gençlerin ahlaklarına veya sağlıklarına zararlı bulunan veya onların yaşamları için tehlikeli olan veya onların normal gelişmelerine engel olan işlerde çalıştırılmaları kanunla cezalandırılır. Devlet ayrıca, çocukların ücretli olarak çalıştırılmasının hukukken yasaklandığı ve cezalandırıldığı asgari yaş sınırını tespit eder".

[116] 1982 Anayasası uyarınca temel hak ve hürriyetlerin sınıflandırılması için bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 211 vd.

[117] AKYÜZ, s. 377.; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 13'de de eğitim hakkının " insan onuru " ile bağlantısına vurgu yapılmaktadır: "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese eğitim hakkı tanır. Sözleşmeciler, eğitimin insan kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmesine yönelik olarak verilmesi konusunda birleşirler..."; Bkz. aynı metin m. 14; Ayrıca bkz. ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara, Mart 2004, s. 306vd.

[118] Bkz. KALABALIK, s. 615.; Eğitim hakkının çocuklar için temel nitelikte olduğu konusunda bkz. AİHM, Timişev Rusya, 55762/00 , 55974/00, 13.12.2005, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["timishev"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-71627"\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) .; Karar için ayrıca bkz. TBB Çocuk Hakları Kurulu Resmi Web Sayfası.

f. Çocuğun Uygun Şartlarda Barınabilmesi

Sokakları sadece çalışma alanı değil, aynı zamanda “ev” olarak da bilen çocukların sayısı oldukça fazladır. İşte bu noktada “konut hakkı” da problemler alanlardan birini oluşturmaktadır. Söz konusu hak, pek çok uluslararası metinde yer bulmaktadır^[119]. Bugün, asgari yaşam koşullarını sağlayabilen, güvenli ve yeterli bir konuta sahip olma şeklinde algılanmakta^[120]; 1982 Anayasası’nda “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler” şeklinde ifadesini bulan 57. madde içinde değerlendirilmektedir^[121]. Anılan hakkın aslında yukarıda bahsedilen pek çok hakkın gerçekleşmesinin şartı niteliğinde olduğu vurgulanmalıdır. Çünkü yeterli konut ihtiyacı giderilmeksizin kişilerin eğitim, sağlık gibi pek çok hakkının da kullanılması mümkün olamayacaktır^[122].

g. Sosyal Güvenlik Sisteminde Çocuk

Anayasanın 60. maddesi uyarınca “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar”. Sosyal güvenlik hakkı esasen kişilere insan onuruna uygun standartlarda ve diğer bireylerin yardımına gerek duymaksızın yaşama imkânı sağlanmasına hizmet eder^[123]. Bu noktada bir kez daha hatırlatılmalı ki, yukarıda da ifade edildiği

[119] Bkz. KALABALIK, s. 599 vd.; Ayrıca bkz. Avrupa Sosyal Şartı m. 31; İHEB m. 25.; BM Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi, m. 11; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, ilke 4.; BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 27. maddesinde yer alan uygun yaşam standartlarına sahip olma hakkı, konut hususunu da içermektedir. Yönetici Özeti, m. 27, s. 46.

[120] KALABALIK, s. 601.

[121] KABOĞLU İbrahim, “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı, Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 17-18, 1996, s. 160., http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2a626e15f266c54_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi.

[122] KABOĞLU, s. 150, 151.; KALABALIK, s. 602., Konut hakkı insan onuruna yakışan bir hayat sürmenin şartlarından biri olarak kabul edilmektedir. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 161.; İNCE Nurten, KANLI İmam Bakır, ERYİĞİT Burak Hamza, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı”, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Ağustos 2017, C. 3, S. 2, s. 22, 32., <http://politikarastirmalar.org/index.php/ICPS/article/view/110/109>.

[123] ŞENOCAK Hasan, “Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Süreç Işığında Değerlendirilmesi”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 56, 2009, s. 413; <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9077>; KALABALIK, s. 604.; ARICI, s. 183; FENDOĞLU, s. 116.

üzere; Anayasa Mahkemesi sosyal güvenliğin yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı ile bağlantılı olduğunu ifade etmektedir. Bunun doğal sonucu da, söz konusu gerekliliklerin Anayasa'nın 65. maddesi^[124] gerekçe gösterilerek temin edilmekten imtina edilemeyecek olmasıdır^[125]. Sosyal güvenlik hakkı, bireylere asgari hayat koşullarını sağlama yükümünü, yaşa ve çalışıp çalışılmadığına bağlı olmaksızın devlete yüklemektedir^[126]. Sosyal güvenlik hakkı sosyal yardımlar (ve sosyal hizmetler) ya da sosyal sigorta aracılığı ile yerine getirilmektedir^[127]. Ne var ki, sokakta yaşam devam ettiren çocuklar bakımından- daha sonra detaylı olarak inceleneceği üzere- başkalarının yardımına ihtiyaç duymayacak seviyede ve insan onuruna yaraşır asgari hayat koşullarının sürdürüldüğünü söylemek büyük oranda mümkün görünmemektedir. Bu durumun idare hukuku anlamındaki anlam ve sonuçları ileride detaylı olarak değerlendirilecektir. Ayrıca Anayasa m. 61 uyarınca korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbirin alınması ve bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesislerin kurulması da devlete ödev olarak yüklenmiştir.

h. Çocuğa İlişkin Anayasal Hükümlerin Çocuklara Yönelik Hizmetler^[128] Bakımından Anlamı

Çocuğa ilişkin aktarılan Anayasal hükümlere bakıldığında bunların büyük bir kısmının sosyal devlet olgusunun sonucu olan^[129] sosyo ekonomik ve kültürel haklar olduğunu görmekteyiz. Bu noktada söz konusu hakların Anayasa'da yer almasının devleti "ödevli" konumuna yerleştirip yerleştirmedigine bakılmalıdır. Kamusal birer hak olan bu haklar söz konusu olduğunda, devlet "ödevli" durumunda olup, bu ödevini elindeki mali imkânlar çerçevesinde yerine getirmekle yükümlüdür^[130]. Sosyo ekonomik hakların devlete yüklediği bu ödevler pasif

[124] m. 65: "...Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."

[125] ÖZBUDUN, s. 148., 149; Bkz. dpn. 102.

[126] KALABALIK, s. 605.

[127] ARICI, s. 184.

[128] "**Çocuklara Yönelik Hizmet**" ifadesi ile çocuk yardım, destek ve koruma sistemi kapsamındaki hizmetler yanısıra, çocuklar için söz konusu olduğu gibi diğer bireyler bakımından da söz konusu olan haklar da kastedilebilmektedir. Açıklamalar takip edildiğinde hangi hakların kapsamda yer aldığı görülebilecektir.

[129] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 212, 213.

[130] GÖZLER, Teori, s. 479.

kalma şeklinde değil, “hizmet sağlama” şeklinde karşılığını bulmaktadır^[131]. Bu hakların çoğunluğu olumlu edim gerektirmekte olduğundan, yasama organı tarafından somut olarak düzenlenmedikçe bireylere talep/dava hakkı vermemektedir^[132]. Anılan düzenlemeleri hayata geçirme ise, Anayasa’nın 65. maddesi uyarınca yasama organının takdirindedir^[133]. Bu durum Anayasa m. 65’te “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Ancak bir husus ayrıca vurgulanmalıdır: Anayasa’nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada soyut nitelikteki Anayasa hükümleri, devlet organlarının hareket çerçevesini belirlemektedir^[134]. Hatta doktrinde bu tür normların o konudaki somut kanuni düzenlemeler ile çelişki içermediği sürece, idarece faaliyet ve işlemlerinde doğrudan kullanılabilmesi ifade edilmektedir^[135]. Aşağıda değinileceği üzere, Anayasada çocuklarla ilgili ve çocuklar bağlamında belirttiğimiz pek çok husus, zaten yasakoyucu tarafından düzenleme altına alınarak, anayasal düzenlemeler ile paralel şekilde birer kamu hizmeti olarak öngörülmüş, somut hale getirilmiştir. Çocuklara ilişkin kanuni düzenlemelerin içeriklerine bakıldığında, Anayasa normlarının somutlaştırıldığı; bu normlarla idare bakımından anayasada çerçevesi çizilen çeşitli görevler ihdas edildiği görülmektedir.

2. İDARE HUKUKU’NDA “ÇOCUK”

Çocuk haklarının Anayasal çerçevesi, makale konumuzu aydınlatmak için yeterli olduğu düzeyde yukarıda çizilmeye çalışılmıştır. Yasa koyucu, Anayasal olarak çocuklarla ilgili -özel şekilde ya da temel hak ve hürriyetler bağlamında- belirtilen ilkelerin pek çoğunu hayata geçirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda,

[131] GÖZLER, Teori, s. 512.

[132] ÖZBUDUN, s. 154.

[133] Ancak yaşam hakkı ile bağlantılı sayılan sosyal nitelikteki haklar bakımından Anayasanın 65. maddesindeki sınırın söz konusu olmadığı konusunda bkz. dpn. 102.; ayrıca bkz. ÖZBUDUN, s. 154, 155; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 162, 163.; Anayasanın 65. maddesindeki sınırın hakkın tanınıp tanınmaması mı yoksa hakkın kapsamına mı ilişkin olduğu tartışmalı bir husustur. Bkz. ÖZBUDUN, s. 155.; Bu noktada ayrıca bkz. Anayasa m. 65 gerekçe, İZGİ-GÖREN, s. 648.

[134] Bkz. ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2014, s. 58;

[135] ULUSOY Ali, Türk re Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 54,55.

gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında birçok kanun çıkarmıştır^[136]. Bahsedilen düzenlemelerin uygulanmalarını sağlamak adına- daha sonra bazılarına değinileceği üzere- idare tarafından da pek çok genel düzenleyici işlem yapılmıştır. Makalenin bundan sonraki kısmında, anılan düzenlemeler, kamu hizmeti (kısmen idari teşkilat) ve idarenin sorumluluğu hususunda değerlendirme yapmak bakımından gerekli olduğu ölçüde aktarılacaktır. Sonrasında ise, ilgili düzenlemelerin anlam ve sonuçları konusunda değerlendirme yapılacaktır.

a. Çocuklara Yönelik Hizmetlerde^[137] “İdari Teşkilat” İlanmaya İlişkin Önemli Bir Husus

Anayasal çerçeve ele alınırken ifade edildiği üzere, çocukların hakları ve bunların korunması bağlamında devlete pek çok görev verilmiştir. Sayılan hakların bazıları çocuklar dahil herkese tanınırken, bazıları doğrudan ve özel olarak çocuklara yönelik haklardır^[138]. Söz konusu hükümlerin hayata geçirilebilmesi için yasakoyucu da pek çok düzenleme yapmıştır^[139]. 633 sayılı KHK^[140] ile “Çocukların her türlü ihmâl ve istismardan korunarak sağlıklı gelişimini temin etmek üzere; ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesini koordine etmek, çocuklara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak” (m. 2/c) görevi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na verilmiştir^[141].

[136] Örnek için bkz. AKYÜZ, s. 32 vd.

[137] “Çocuğa Yönelik Hizmetler” in neleri işaret ettiği konusunda bkz. dpn.128 ve dpn. 152. Burada söz konusu hizmetlerden önemli kısmını yürüten Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın teşkilatına ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

[138] FENDOĞLU, s. 59.

[139] Düzenlemeler konusunda bilgi için bkz. AKYÜZ, s. 30 vd.

[140] Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname., RG. 08.06.2011, S. 27958.

[141] 633 sayılı KHK öncesine ilişkin bilgi için bkz. AKYÜZ, s. 445 vd.; Bakanlığın görevleri için bkz. 633 sayılı KHK m. 2.; KHK’nın 2/g maddesinde “Öncelikle çocuğun aile içinde yetiştirilmesi ve desteklenmesi amacıyla aileyi eğitim, danışmanlık ve sosyal yardımlarla güçlendirmek; korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç çocuk, kadın, engelli ve yaşlıların tespiti, bunların korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için gündüzlü ve yatılı sosyal hizmet kuruluşları kurmak ve işletmek” görevi Bakanlığa verilmiştir.; Bkz. 633 KHK, m. 8., Aynı KHK m. 35 uyarınca mevzuatta SHÇEK (Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu) na yapılan atıflar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına yapılmış sayılır. Makale metninde yer alan mevzuatta geçen “kurum” ifadeleri de bu şekilde anlaşılmalıdır.

Madde lafzına bakıldığında, çocuğun esenliğini sağlama görevinin Bakanlığın iş yükünün önemli bir kısmı olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Yine Bakanlığın görev alanına ilişkin önemli bir kaynak olan, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu^[142] m. 1 uyarınca, korunmaya, bakıma veya yardıma ihtiyacı olan aile, çocuklara götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemek Kanun'un amacını oluşturmaktadır. Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesi "korunmaya ihtiyacı olan çocuk" kavramını "beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, ana ve babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğu" şeklinde ifade etmektedir^[143]. O halde, sokaklarda yaşamlarını sürdürmeye çalışan çocukların aileleri ile ilişkilerine ya da çalışıp çalışmadıklarına bakılmaksızın kanun dolayısıyla idarenin görev alanı kapsamında bulunduğu şüphe bulunmamaktadır^[144].

Bakanlığın görev alanına ilişkin açıklama yapılırken, Bakanlığın teşkilatlanmasına ilişkin bir hususa değinilmesi gerekmektedir^[145]. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir...". Yine 113. maddesinde de, *Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir...* ifadesi yer almaktadır. Anayasa m. 91'deki^[146] dokunulamaz alan içinde yer almamakla ve KHK ile düzenlenmesinde engel bulunmadığı gibi görünmekle beraber, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın kuruluşunun 633 sayılı KHK ile gerçekleştirilmesi Anayasa Mahkemesi'nin KHK çıkarılması yetki verilmesini önemli, ivedi ve zorunlu durumlara hasreden; bunun aksini yasama yetkisinin devri olarak gören yerleşik

[142] 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, RG. 24.05.1983, S. 18059.

[143] Bkz. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, (RG. 15.07.2005, S. 25876), m. 3 ve aşağıda değinilecek ilgili mevzuat.; Makalede açıklamalar yapılırken hem "korunmaya ihtiyaç duyma" hem de "korunmaya muhtaç olma" ifadeleri kullanılacaktır.

[144] m. 2 uyarınca sosyal hizmetlerden faydalanan ya da faydalanacak durumda olanlar, kanun kapsamında yer almaktadır. , Sosyal hizmet tanımı için bkz. m. 3.

[145] Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. YILDIRIM Turan, YAŞİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY OKAY Özge, (YILDIRIM VE DİĞERLERİ), İdare Hukuku, 12 Levha Yayınları, 5. Bası, İstanbul, Ekim 2013, s. 3 vd.

[146] "...Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez...."

içtihadından^[147] sapma niteliğindedir. Nitekim yetki yasası Anayasa Mahkemesi önüne götürülmekle beraber, Anayasa Mahkemesi daha önceki yerleşik algısından farklı bir yorum yöntemi seçmiştir. Yüksek Mahkemeye göre "... Bu tür KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde Anayasa'da öngörülme yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin "önemli", "ivedi" ve "zorunlu" olduğuna anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durum olup olmadığının incelenmesi, Anayasa'da öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasa'da öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın herhangi bir hükmündeki kanunla düzenleme şartı, o konuda KHK çıkarılmasına engel teşkil etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesi, mutlaka ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir anlama sahip değildir. Anayasa'da KHK'lerle düzenlenemeyeceği açıkça belirtilen yasak alanlar hariç olmak kaydıyla, yasayla düzenlenmesi emredilen konularda KHK çıkarılmasına bir engel bulunmamaktadır..."^[148].

Bu noktada, Anayasa m. 123 çerçevesinde, kanuna dayanma zorunluluğundan, teşkilata ilişkin her hususun kanuna dayanmak zorunda olduğu sonucuna varılamayacağı da belirtilmelidir. Burada yasakoyucudan beklenen teşkilatın amacı, personelinin hukuki statüsün, teşkilatın mali yapısı gibi hususların

[147] Bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 692vd.

[148] "AYM, 27.10.2011, E.2011/60 K. 2011/147, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası; . Konu ile ilgili detaylı bilgi ve kararın eleştirisi için bkz. YILDIRIM VE DİĞERLERİ), s. 3 vd.; Yukarıdaki düzenlemelerden çocuklara yönelik görevlerin genelde merkezi idare bağlamında yerine getirildiği itibarı uyanmış olsa da, yerel yönetimlere de bu konuda birtakım görevler tevdi edildiği ayrıca belirtilmelidir. Örneğin Belediye Kanunu m. 14 uyarınca "...Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000'in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır, m. 77: "Belediye; sağlık, eğitim, spor, çevre, sosyal hizmet ve yardım, kütüphane, park, trafik ve kültür hizmetleriyle yaşlılara, kadın ve çocuklara, engellilere, yoksul ve düşkünlere yönelik hizmetlerin yapılmasında beldede dayanışma ve katılımı sağlamak, hizmetlerde etkinlik, tasarruf ve verimliliği artırmak amacıyla gönüllü kişilerin katılımına yönelik programlar uygular".

başka bir ifadeyle, faaliyete ilişkin temel hususların kanunda belirtilmesidir^[149]. Bunun dışındaki hususların, kanuna aykırı hükümler içermemesi koşuluyla idarece yapılabilmesi, idarenin düzenleme yapma yetkisinin türevsel olmasının bir sonucudur^[150]. “İdarenin kanuniliği” ilkesinin bir diğer boyutu yukarıda zikredilen Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere “idarenin görevlerinin kanuna dayanması”dır. Ancak bu durum, yukarıda ifade edildiği gibi^[151], temel hususların kanun ile belirtilip, diğer hususların idari işlemler yoluyla ihdas edilmesine engel değildir. Çocuklara ilişkin mevzuat incelendiğinde, yürütülecek hizmetlerin neler olduğunu, genel çerçevesini belirleyen kanuni düzenlemeler ve bunlara dayanan pek çok düzenleyici işlemin söz konusu olduğu görülmektedir.

b. Kamu Hizmetleri Bağlamında Çocuklara Yönelik Hizmetler^[152]

“Korunmaya ihtiyacı olan” çocuk kapsamında idarece yerine getirilmesi gereken ödevler, bir sürecin aşamalarından olup, özellikle bu sürecin ikinci aşamasında daha belirgin ortaya çıkar gibi görünse de, söz konusu aşamaya kadar çocuğun esenliğini sağlamak adına yürütülmesi gereken başka birtakım hizmetler de bulunmaktadır. İdarenin esenliği sağlamaya yönelik bu diğer faaliyetleri birinci aşama olarak kabul edilebilir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan aile ve çocuklara ulaşmak da 2828 sayılı Kanun’un amaçlarından. İkinci aşama esasen; büyük bir oranda, ilk aşamada aksamalar yaşanması halinde ortaya çıkmaktadır.

b.1. Birinci Aşama: (Sosyal ve Ekonomik) Destek Sağlanması

Öncelikle, 2828 sayılı Kanunun amaçlarından biri olan yardıma ihtiyacı olan çocuklara gerekli sosyal hizmet (sağlama ödevi), aynı Kanun’un 3. maddesinde belirtildiği üzere “*kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesi*” ni de kapsamaktadır^[153]. 633 sayılı KHK ve 2828 sayılı Kanunda idareye verilen görevlerin önemli kısmını detaylandıran ve bu düzenlemeleri dayanak kabul eden

[149] YILDIRIM VE DİĞERLERİ, s. 13 vd.; ULUSOY, s. 121, 122.

[150] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 402 vd.

[151] Bkz. ULUSOY, s. 121, 122.

[152] **Çocuklara Yönelik Hizmet” ifadesi ile çocuk yardım, destek ve koruma sistemi kapsamındaki hizmetler yanısıra, çocuklar için söz konusu olduğu gibi diğer bireyler bakımından da söz konusu olan haklar da kastedilebilmektedir. Açıklamalar takip edildiğinde hangi hakların kapsamda yer aldığı görülebilecektir.**

[153] Ayrıca bkz. 2828 sayılı Kanun m. 21, 26.

Sosyal ve Ekonomik Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik^[154], -daha sonra aktarılabilecek olan düzenlemelerin de hassasiyetle üzerinde durduğu üzere- çocuğun öncelikle aile ortamında kalması ve eksikliklerin bu aşamada tamamlanmasını öngörmektedir^[155]. Yönetmelik m. 5'te durumu uygun olan çocukların bakım kararı alınmadan aileleri yanında desteklenmeleri (5/1/ğ)^[156] ve muhtaç^[157] durumda bulunan çocuğun ailesi veya yakınları ile ekonomik desteğe ihtiyaç duyan gençlerin, en kısa sürede kendi imkânlarıyla yaşamlarını sürdürebilecekleri koşullara kavuşturulması (5/1/d) gerekliliğinden bahsedilmektedir. Anılan son maddede ayrıca, sosyal ve ekonomik destekten yararlanan çocuklardan zorunlu eğitimi devam ettiremeyenlerin eğitime devamının sağlanması da idareye yüklenmiş bir görevdir (m. 5/1/ı). Yönetmeliğin 6. maddesi, uyarınca, “*Ekonomik yoksunluk nedeniyle, desteklenmedikleri takdirde korunmaya muhtaç duruma düşecek olanlardan haklarında bakım tedbiri kararı alınmaksızın sosyal ve ekonomik destek hizmetinden yararlandırılarak ailesi veya yakınları tarafından bakılabilecek çocuklar*” (m. 6/1/b), sosyal ve ekonomik destekten yararlanacakları arasında sayılmaktadır^[158]. O halde devlete düşen görev, çocuğun öncelikli olarak, aile ortamı içerisinde insan onuruna uygun bir yaşam seviyesi sürmesini sağlamaktır^[159]. Bunun sağlanamaması halinde, idarenin daha sonraki (ikinci

[154] RG. 03.03.2015, S. 29284., Bkz. 633 sayılı KHK m. 2/c ve 2/g.

[155] Bkz. m. 1: “(1) Bu Yönetmelik, yoksulluk içinde olup temel ihtiyaçlarını karşılayamayan ve hayatını sürdürmekte güçlük çeken çocuk ve gençlerin bakımı konusunda ailelerin desteklenmesi amacıyla verilecek sosyal ve ekonomik destek hizmetine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır”. , yine bkz. m. 2., Ayrıca bkz. Sosyal Hizmet Merkezleri Yönetmeliği, RG. 09.02.2013, S. 28554, 2828 sayılı Kanun m. 3/f/15, bkz. ASDEP uygulaması, <https://ailetoplum.aile.gov.tr/uygulamalar/asdep-sosyal-hizmet-merkezleri> ,Yine bkz. 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, RG. 14.06.1986, S. 19134.

[156] 5/1/h: “*Sosyal hizmet kuruluşlarında korunma altında bulunan çocuklardan, sosyal ve ekonomik destekle ailesi yanına döndürülmeleri uygun olanların bakım tedbiri kararlarının kaldırılarak aile ortamında bakılması ve desteklenmesi...*”. , Bkz. YAZICI, Ergün, “Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve Çocuk Evleri”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S. 18, 2012, s. 503, 504 , <http://sbed.mku.edu.tr/article/view/1038000287/1038000132> .

[157] m. 4/1/ı' de muhtaçlık, “*Muhtaçlık: Kendisini, eşini ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarını ve diğer aile bireylerini, buldukları maballin hayat şartlarına göre asgari seviyede geçindirmeye yetecek geliri, malı veya kazancı bulunmama hali*” şeklinde tanımlanmaktadır.

[158] Bkz. Yönetmelik 6/1/a.

[159] 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu da 335 vd. maddelerinde velayeti düzenlemektedir. İlgili maddelere bakıldığında özet olarak denebilir ki; çocuğu koruma, ona eğitim verme, menfaatini gözetme yükümü ana babaya aittir. m. 346 uyarınca, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri

aşama) yükümlülükleri gündeme gelecektir. Çünkü çocukların sokaklarla tanışmalarında ekonomik sebeplerin belirleyici olduğu gerçeği karşısında^[160]; çocuğun sokaklara yönelme olasılığı artacaktır. Ayrıca, anılan yönetmeliğin sadece ekonomik bir iyileşme sağlamayı amaçlamayıp, çocuğun sağlığına, yaşam kalitesinin sağlanmasına yönelik tedbirler de içerdiği vurgulanmalıdır. Nitekim Yönetmelik m. 4/1/m'de sosyal hizmet desteğinin “Gençlerin ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan ve kontrolleri dışında oluşan psikolojik ve sosyal sorunlarının önlenmesini ve çözümlenmesini, hayat standartlarının yükseltilmesini, kişilerin kendi kendine yeterli duruma gelmesini, sorunlarını çözme becerisi kazanmasını amaçladığı” belirtilmektedir^[161]. Sonuç olarak denilebilir ki, idarenin birinci aşamadaki ödevi, çocuğun aile ortamı içinde ekonomik yoksunluk duymadan, maddi ve manevi varlığını geliştirmeye imkân sağlayan koşullarda, sağlıklı biçimde yaşamasını sağlamaktır. Yönetmelikte sosyal destek ve yardım sağlanması ilgililerin başvurusu koşuluna bağlanmış olsa da (m. 6 vd.), 633 sayılı KHK m. 2/g ve 2828 sayılı Kanun m. 21’de ve 26 ‘da yardıma muhtaç çocukların/ailelerin tespiti görevi (duyuruda bulunulmadan da) idareye verilmiş olduğundan, bu aşamadaki aksaklığın idareye atfı mümkün olmadığını söylemek kolay gözükmemektedir. Bu aksaklık bizzat Bakanlığa ait olabileceği gibi, 2828 sayılı Kanun m. 21’de belirtilen idari birimlerden de kaynaklanabilecektir. İlk aşamaya ilişkin açıklamalara son verilirken, sosyal yardımların ve sosyal hizmetlerin, yukarıda ifade edildiği üzere, sosyal güvenlik hakkının

yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alabilecektir. 347. madde uyarınca da, çocuk bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilirse; çocuk ana babadan alınarak aile yanına ya da kuruma yerleştirilebilir. Yine 348. madde uyarınca ana babanın çocuğa ilişkin görevlerini savsaması ya da gerekli ilgiyi göstermemesi halinde; alınan önlemler yetersiz kalması ya da bu durumun önceden anlaşılması halinde; velayet kaldırılabilir. Velayetin hem ana hem babadan kaldırılması halinde, çocuğa vasi atanacaktır. ; Korunmaya muhtaç çocuk aşamasına gelinmesi halinde, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı veren yargı yeri, Çocuk Koruma Kanunu m. 7/son uyarınca, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulmasına da karar verebilecektir.; Konu hakkında bkz. KAPANCI Kadir Berk, BAŞOĞLU Başak, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.1, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/27591/290674> ; TMK 346 uyarınca alınacak tedbirler ve Çocuk Koruma Kanunu ilişkisi için bkz. AKYÜZ, s. 277 vd.; Bkz. SAYITA USTA Sevgi, “Türkiye’de Çocukların Evlerini Terkederek Sokakta Yaşamalarında Sorumlular ve Sorumlulukları”, İÜHF, C. 66, S.1, 2008, S. 190-192, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023000111>.

[160] Bkz. TUNÇ, s. 81 vd.; Bkz. 02.03.2005, TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 5., 12 vd.

[161] Ayrıca ekonomik destek tanımı için bkz. Yönetmelik m. 4/1/d.

gerçekleştirilme araçlarından olduğu; bu aşamadaki eksikliğin, anılan hakkın işleyişinde eksikliği ifade ettiği bir kez daha vurgulanmalıdır.

b.2. İkinci Aşama: Korunma/Tedbir Kararı Alınmasını Sağlama

İdarenin sosyal ve ekonomik destek sağlamasına rağmen çocuğun aile yanında kalmasının uygun olmaması^[162], ya da ilk aşamayı sağlayamaması durumunda, genellikle ikinci aşamaya geçiş söz konusu olmaktadır., Anne baba sağ olsa da gerekli bakımı göremeyen ya da psikolojik destek ve danışmanlık yardımı göremeyerek yıpranmalar yaşayan çocuk bakımından; aile ortamından kopma aşaması gündeme gelmektedir^[163]. İşte bu aşamadan sonra yetkili idareye düşen, çocuğun sokaklarla temasını engellemek yani durumun tespitiyi sağlayarak çocuk hakkında gerekli koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınmasını erkenden sağlamak ya da sokakla tanışma gerçekleşmiş ise bu duruma bir an önce son verilerek, çocuğun korunaklı bir yaşam içine çekilmesini sağlamaktır^[164].

2828 sayılı Kanun'un 21. maddesinde de korunmaya, bakıma, yardıma ihtiyacı olan aile, çocukları tespit ve inceleme görevi Kuruma verilmiştir^[165].

[162] Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin fonksiyonu için bkz. AKYÜZ, s. 470.

[163] Çocuğun bakım ve koruma altına alınmasını gerekli kılan nedenler hakkında istatistiksel veriler için bkz. YAZICI, Çocuk Evleri, s. 515 vd. ; Ayrıca bkz. SAYITA, s. 184.; Hatta Sayita, araştırmalar sonucunda; sokağa gelen çocukların büyük çoğunluğunun anne babaya sahip olduğunu, ancak ihmal ve yoksunluklardan dolayı sokakla tanıştıklarının ortaya çıktığını belirtmektedir. SAYITA, s. 186.; Uygulama El Kitabı s. 585'te Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 39. maddesi için şunlar denilmektedir: "... Sağlık ve sağlığın korunması hizmetlerinden (madde 24), eğitime (madde 28) ve yeterli yaşam standardına (madde 27) dek Sözleşme'deki diğer haklar, 20. madde uyarınca öngörülen geçici ya da sürekli olarak aile ortamlarından yoksun kalmış çocuklara özel bakım ve yardım sağlanması yükümlülüğü gibi, bu maddenin uygulanmasına konu olmaktadır."

[164] Sayita; çocuk koruma sisteminin ceza yargılamasında olduğu gibi, re'sen işlemesi gereken idari bir süreç olduğuna işaret etmektedir. SAYITA, s. 192.; Türk Medeni Kanunu uyarınca aktarılan yukarıdaki düzenlemeler de bu kapsamda ele alınmalıdır.; Çocukların sokakla tanışmaları aşaması sonrasında haklarında bakım tedbiri veya korunma kararı verilen çocuklardan psikososyal desteğe ihtiyaç duyduğu tespit edilenlere geçici süre ile hizmet sağlanması hususunda bkz. 2828 sayılı Kanun m. 3/f/6; Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği, RG. 29.03.2015, S. 29310, Ayrıca bu süreçte de, aile yanında olmanın önemi dikkate alınmaktadır. Bkz. adı geçen yönetmelik m. 8/4, 5; m. 14/4; Ayrıca çocuğun kurumdan izinsiz ayrılması halinde idarenin yükümlülükleri açısından bkz. adı geçen Yönetmelik m. 11, Yönetmeliğin 19. maddesi incelendiğinde idarenin çocukların eğitimi, sosyal gelişimlerinin sağlanması gibi çeşitli görevlerinin bulunduğu görülmektedir ; Bkz. Yönetmelik m. 25.; Bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 5.

[165] Ayrıca bkz. Korunmaya Muhtaç Çocukların Tespiti, İnceleme Korunma Kararlarının Alınması ve Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik, RG. 28.11.1983, S.18235.

Bu kişilerin Kuruma duyurulmasında ve incelemeye ilişkin olarak Kurum ile işbirliğinde bulunulmasında yükümlülük mahalli mülki amirler, sağlık kuruluşları ve köy muhtarları ile genel kolluk kuvvetleri ve belediye zabıta memurlarına aittir. Anılan tespitin yapılmasının ardından korunmaya muhtaç çocuk hakkında yetkili ve görevli mahkeme tarafından reşit olmalarına kadar sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri^[166] ve bir meslek sahibi olmalarını sağlamaya yönelik tedbir kararı alınır (m. 22)^[167]. Derhal koruma gerekli olması halinde de mahkemece bu karar verilene kadar, 2828 sayılı Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında -mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle- çocuğun bakımı sağlanır. Ayrıca, aynı Kanun'un 23. maddesi korunma ihtiyacında olan çocuğun idarenin denetim ve gözetimi altında olmak kaydıyla "koruyucu aile" tarafından bakılması ve yetiştirilmesine de olanak vermektedir^[168].

Çocukların korunması kapsamında önemli ve 2828 sayılı Kanun ile yakından ilişkili bir diğer düzenleme 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu^[169]'dur. "Korunma ihtiyacı olan çocuk" 3. maddede "*Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya*

[166] Anılan sosyal hizmet kuruluşlarının türleri için bkz. 2828 sayılı Kanun, m. 3; Kışla tipi kurum bakımından ev tipi bakım yapılanmasına gidış hakkında bkz. YAZICI, Çocuk Evleri, s. 506 vd., YAŞAR Öznur, DAĞDELEN Nihal, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Yetiştirilmesinde Çocuk Yurtlarından Çocuk Evlerine Geçişin, Çocukların Sosyo-Kültürel Ve Psikolojik Gelişimlerine Etkisi Üzerine Bir Çalışma: Isparta Örneği", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2013/2, Sayı:18, S. 209 vd., <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/215729> ; <https://aa.com.tr/tr/turkiye/cocuk-yetistirme-yurtlari-cocuk-evlerine-donusturuluyor/899443> .

[167] Madde "Korunma Kararı" başlığını taşımaktadır., Düzenlemelerdeki kavramsal karmaşa için bkz. AKYÜZ, s. 478.; Ayrıca konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Korunmaya Muhtaç Çocukların Tespiti, İnceleme Korunma Kararlarının Alınması ve Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik, RG.28.11.1983, S. 18235.

[168] Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi durumunda da, bakım, eğitim, kurs, okul, yemek ve taşıma servisi, harçlık ve benzeri ihtiyaçları konusunda bkz. m. 23., Koruma kararının kalkması halinde de çocuğun kurumla ilişkisinin devamı sağlanıp; gerektiğinde de Kurum tarafından çocuğa imkânlar dâhilinde yardım sağlanır (m. 24/2). Koruma kararının kalkabileceği haller için bkz. 2828 Sayılı Kanun, m. 24.; Korunmaya ihtiyacı olan çocuklardan eğitim çağında olanların eğitim ve öğretimleri ise m. 25/1 uyarınca, Millî Eğitim Bakanlığı ile diğer kamu kurumlarına ait okullarda gerçekleştirilir., Ayrıca bkz. m . 25/2, 26.

[169] Bkz. Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG. 24.12.2006, S. 26386., Kanun'un amacı 1. maddesinde "*korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir*" şeklinde ifade edilmiştir.

da suç mağduru çocuk” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun’un 5. maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirlerin neler olduğunun sayılmasından önce, “*Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik*” olduğu ifade edilmiştir^[170]. Bu tedbirlerden danışmanlık ve eğitim tedbirinde; destekleme fonksiyonu baskın iken; bakım tedbiri anılan son maddede “*çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesi*” olarak belirlenmektedir. Kanun’un 6. maddesi uyarınca, adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdürler^[171]. Kurum bu bildiri sonrası gerekli araştırmayı yapmakla mükelleftir. Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir (m. 7)^[172]. Kanun’un 9. maddesi uyarınca “*Derhâl korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için Kurum tarafından çocuğun Kuruma geldiği tarihten itibaren en geç*

[170] Ayrıca bkz. Kanun 4/1/j, kurum bakımının son çare olması hakkında bkz. AKYÜZ, s. 456.

[171] Ayrıca bkz. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m. 6: “1) *Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, köy ve mahalle muhtarları, belediye zabıta memurları, sağlık ve eğitim kuruluşları, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görevlileri, sivil toplum kuruluşları ile bir çocuğun korunma ihtiyacı olduğundan haberdar olanlar, durumu il ve ilçelerdeki Aile ve Sosyal Politikalar müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür.*(2) *Çocuk veya çocuğun bakımından sorumlu kişiler, çocuğun korunma altına alınması amacıyla il ve ilçelerdeki Aile ve Sosyal Politikalar müdürlüklerine başvurabilir.*(3) *İl ve ilçe Aile ve Sosyal Politikalar müdürlükleri, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında basın ve yayın organları ile benzeri iletişim araçlarında çıkan haberleri ve her türlü duyumu ihbar kabul ederek ayrıca bir resmî duyuru gelmesini beklemeden harekete geçerek bunları araştırmakla yükümlüdür.*(4) *İl ve ilçe Aile ve Sosyal Politikalar müdürlükleri, çevrelerinde korunma ihtiyacı olan Kurum hizmetinden yararlanamayan çocukları tespit etmek ve gerekli tedbirleri almak amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde bulunur.*(5) *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kendisine bildirilen olaylar ve yükümlülükleri ile ilgili olarak gerekli incelemeyi derhâl yapar. İnceleme ve müteakip işlemler, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün çocuklara ilişkin mevzuatına göre yürütülür...*”

[172] Alınan tedbirin 5. maddedeki tedbirlerden hangisi olduğu kararda belirtilir (m. 7). , Ayrıca bkz. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m. 8.

beş gün içinde çocuk hâkimine müracaat edilir^[173]. Ayrıca Kurum, kendisine bildirilen olaylarda gerekli önlemleri alarak çocuğu çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirir (m. 10).

Konuyla ilgili bir diğer düzenleme olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu^[174] ile polise çocukların korunmasına yönelik görevler verilmiştir. Kanun'un 1. maddesinde polisin yardıma muhtaç olan çocuklara yardım edeceği açık biçimde ifade edilmiştir. Kanun'un 11. maddesi uyarınca polis, çocuklara (...) sözle ya da herhangi bir şekilde sarkıntılık edenler, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri, müracaat veya şikâyet olmasa dahi engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar. Ayrıca bu kimseler hakkında düzenlenecek evrakı derhal; şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat bulunması halinde adliyeye ulaştırır.

Emniyet Genel Müdürlüğü^[175] Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği^[176] de bu konuda çeşitli düzenlemeler içermektedir. Yönetmeliğin amacı 1. maddesinde “*Bu Yönetmeliğin amacı; korunmaya muhtaç olan, ihmal ve istismara maruz kalan, bulunan, evden veya kurundan kaçan, mülteci, refakatsiz, sokakta yaşayan, sokakta çalıştırılan, oturduğu yeri haber vermektен aciz, hakkında koruma, ıslah velveya tedavi tedbiri alınan, suça maruz kalan, suç işlediği şüphesi altında bulunan, kimliği tespit edilemeyen çocuklara yönelik olarak polis tarafından yürütülecek hizmetleri düzenlemektir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile anılan düzenleme söz konusu alanda kolluk birimlerine bazı görevler tevdi etmektedir.

Yönetmelikte erken reşit olma hariç, 18 yaşından küçükler “çocuk” olarak kabul edilmektedir (m. 4). “Korunmaya muhtaç çocuk”^[177] aynı maddede, adı

[173] Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m. 7.

[174] RG. 14.07.1934, S. 2751.

[175] Polis bulunmayan yerlerde Jandarma bu görevleri yerine getirmektedir. ; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, RG. 12.03.1983, S. 17985, m. 10 : “*Jandarmanın görev ve sorumluluk alanı: Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; Polis görev sâhası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. (Ek cümle: 27/3/2015-6638/49 md.) Ancak, belediye sınırları içinde olmakla birlikte hizmet gerekleri bakımından uygun görülen yerler; jandarmanın görev ve sorumluluk alanı olarak tespit edilebilir. İçişleri Bakanının kararıyla bir il veya ilçenin tamamı polis ya da jandarma görev ve sorumluluk alanı olarak belirlenebilir*”; Bkz. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, RG. 21.01.2017, S. 29955., m. 7.

[176] RG.13.04.2001., S. 24372.

[177] Yönetmeliğe göre (m. 4) uyarınca korunmaya muhtaç çocuk : “*Beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan; anasız velveya babasız, anası velveya babası*

geçen yönetmeliğin dayanaklarından olan 2828 sayılı Kanun ile benzer şekilde tanımlanmaktadır^[178]. Yönetmelikte ayrıca çocukla ilgili başka tanımlar da bulunmaktadır. Yine tanımların yer aldığı 4.maddeye göre; “yardıma muhtaç çocuk” “*Bakım, sağlık, barınma, eğitim ve öğretim ihtiyacı olan çocuğu*” ifade etmektedir. Konumuz ile doğrudan ilgili kısma gelindiğinde, Yönetmeliğin diğer düzenlemelerden farklı olarak “sokakta yaşayan” ve “sokakta çalıştırılan” çocuk ayrımı yaptığı görülmektedir^[179]. Yönetmelikte yapılan bu tanımlar, aslında makalenin en başında yer verilen ve sokakları mesken edinen çocuklara ilişkin yapılan çeşitli tanımlamalar ile örtüşmektedir. Yapılan ayrımlarda çocukların aileleri ile bağlantısının da zor koşullar altında yaşamaları yanında temel kriter olarak alındığı anlaşılmaktadır. Anılan Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, korunmaya ve yardıma muhtaç, mağdur, kaybolan ve bulunan çocuklarla ilgili işlemleri yürütmek; ailesi ya da sosyal hizmetler müdürlüğüne teslimi gereken çocukların buralara teslimine kadar onu muhafaza etmek, barınma, beslenme, haberleşme, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak, gerektiğinde sağlık tedavilerini yaptırtmak polislin görevleri arasındadır^[180]. Yönetmeliğin 8. maddesinde de, polislin yukarıda belirtilen çocuklar konusundaki bir diğer ve belki de öncelikli görevi düzenlenmektedir: “*Çocuk polisi, mevzuatın verdiği yetkiye göre; korunmaya*

belli olmayan, anası velveya babası tarafından terk edilen, anası velveya babası tarafından ihmal ve istismara maruz bırakılıp fuhuş, dilencilik, alkollü içki veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen, mülteci, refakatsiz, çalışan ve başıboşluğa sürüklenmese bile ihmal ve istismar nedeni ile mağdur olan çocuk”; Aynı madde uyarınca “*İhmal: Ailenin veya çocuktan sorumlu kişilerin çocuğa karşı yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesini,...*”

[178] Yönetmeliğin dayanakları, m. 2 de düzenlenmiştir: “*Bu Yönetmelik, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre hazırlanmıştır*”; m. 4’te kanuni mümessili tarafından terk edilen, , evinden ya da bulunduğu kurumdan kaçan çocuk, “buluntu çocuk” şeklinde ifade edilmektedir.

[179] İlki “*Yoksulluk, aile parçalanması, istismar gibi nedenlerle evlerinden kaçmış ya da uzaklaştırılmış, sokakları mesken edinmiş, sorumlu bir büyüğün korumasından yoksun, aileleri ile bağları gittikçe azalmakta olan ve her tür istismara açık olan çocuklar*” şeklinde; ikincisi ise “*Aile bütçesine katkıda bulunmak amacı ile sokakta beceri gerektirmeyecek bir işte çalışan, günün büyük bir zamanını sokakta geçirip geçte olsa evlerine dönen, bazen okula devam eden çocuklar*” şeklinde tanımlanmaktadır (m. 4) .

[180] Yine bu maddeye göre “*...korunmaya muhtaç çocukları suça iten etkenlerin tespiti için sosyal çalışmacı tarafından araştırma yapılmasını sağlamak*” da polislin ödevidir.

muhtaç olduğundan şüphe edilen, ihmal ve istismara maruz kaldığı ihbar edilen, evden veya bulunduğu kuruluştan kaçan, suça maruz kalan, suç işleme eğiliminde olan, sokakta yaşayan, sokakta çalıştırılan, oturduğu yeri haber vermekten aciz, kendini ifade edemeyen, kimliği tespit edilemeyen, buluntu, mülteci ve refakatsiz çocukların; a) Kimlik tespitini yapmak, b) Muhafazasını sağlamak, c) Kanuni mümessillerini araştırmak, d) Haklarında yetkili idari veya adli makamlarca verilen kararın niteliğine göre ilgili kuruluşa veya kanuni mümessiline teslimini yapmak ile görevlidir.”^[181].

Son olarak bir hususa daha dikkat çekilmelidir: 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda suç mağduru olan çocuklar da, ”korunmaya ihtiyacı olan çocuk “ olarak ele alınmaktadır^[182]. Bunun yanısıra; Kanun’un amaçları arasında (m. 1), suça sürüklenen çocukların korunması da yer almaktadır^[183]. Kanun’un 11. maddesinde ise, korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için söz konusu olan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, suça sürüklenen ve cezai sorumluluğu bulunmayan çocuklar^[184] bakımından, “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” olarak anlaşılacağı ifade edilmiştir^[185].

[181] Ayrıca görev paylaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yönetmelik m. 11 vd., Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 22/3, “Yardım gerekenlere ilişkin görevler” uyarınca; “Jandarma, 5237 sayılı Kanun ve 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa göre korunmaya, bakıma, yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli ve yaşlılar ile sosyal hizmetlere ihtiyacı olan diğer kişileri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yetkililerine bildirmek ve bu kişilere ilişkin incelemelerde söz konusu Bakanlık yetkilileri ile işbirliği içinde bulunmak” la görevlidir.; m. 22/2: “Yardıma muhtaçların, kimsesiz çocukların, düşkün durumda bulunanların kanuni temsilcileri bunları teslim almaktan kaçındıklarında, durum jandarma tarafından bir tutanakla saptanır ve kanuni işlem yapılır.”, Ayrıca bkz. m. 22/4. , Buraya kadar çocuklara yönelik hizmetler genel olarak merkezi idare bazında ele alınmakla beraber, mahalli idarelere de çocuklara yönelik birtakım hizmetler verme ödevi yüklenmiştir. Örneğin, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu m. 7’de “gençler ve çocuklara yönelik sosyal ve kültürel hizmetler sunmak” belediyenin görevleri ve sorumlulukları arasında sayılmaktadır.; Ayrıca bkz. YAZICI, s. 520.

[182] Ayrıca bkz. 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin, Önlenmesine Dair Kanun, RG. 20.03.2012, S. 28239.

[183] Bkz. m. 2.; m. 3/1/a/1/2: Suça sürüklenen çocuk: “...Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu...”; Bkz. 5237 sayılı TCK (RG. 12.10.2004, S. 25611) ilgili hükümler.

[184] Cezai sorumluluğu bulunan çocuklar hususunda bkz. BALO, s. 227 vd.

[185] Suça sürüklenen çocuklar hakkında detaylı bilgi için bkz. Çocuk Koruma Kanunu, Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. AKYÜZ, S. 556 vd.

b.3. Kamu Hizmeti Türünün Saptanması

2828 ve 5395 sayılı Kanunlar ile aktarılan ilişkili mevzuata bakıldığında, temel olarak çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Konumuz ile değinilen düzenlemeler arasında bağlantı kurulması gerekirse, aslında hukuki çerçevede çocukların sokaklarda yaşamlarını kazanmaları ve geçirmelerinin önüne geçmeye yönelik bir sistem kurma çabası görülmektedir. Başka bir ifadeyle öncelikle çocukların sağlıklı bir şekilde aile ortamında yaşamlarının sürdürülebilmesi, bunun sağlanamaması halinde ise buna yakın koşulların sağlanabileceği bir yaşam alanı kurulması hedeflenmektedir.

Sokak çocukları olgusunun fiili alana yansıyan kısmı üst paragraflarda aktarılanlar olmakla beraber, bu durumun yukarıda aktarılan düzenlemeler bağlamında idare hukuku alanındaki karşılığı “idarenin faaliyetleri” dir. İdarenin faaliyetleri “kamu hizmeti” ne karşılık geldiğinden, konu öncelikle kamu hizmeti kapsamında ele alınmalıdır. Kamu hizmeti; tatmininde kamu yararının bulunduğu yasakoyucu tarafından takdir edilmiş ve idarece ya da onun denetiminde/gözetiminde özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyet olarak görülmektedir^[186]. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, tatmininde kamu yararı bulunan hizmeti kurma yetkisi yasakoyucuya aittir. Çünkü kamu hizmetinin kurulması aynı zamanda bu faaliyeti yürütecek bir idari teşkilatı da gerekli kılmaktadır^[187].

Buraya kadar değerlendirilen hususlardan hâsıl olan, -tatmininde toplumsal yarar bulunan, aynı zamanda kamusal düzeni sağlama fonksiyonu dikkate alındığında- çocukların desteklenmesi/ korunması konusunun bir kamu hizmeti olarak öngörüldüğüdür. Anılan saptamanın sonucu, bu hizmetin kamu hizmetinin sınıflandırılması noktasında hangi kategoriye dâhil edileceğidir. İdarenin yürüttüğü faaliyetlerden sosyal devletin gerekliliklerini yerine getirme; insan onuruna yakışır bir hayat sürmeyi sağlama hedefi güdenler, konu bakımından “sosyal kamu hizmeti” olarak nitelendirilmektedir^[188]. O halde, korunma ihtiyacı bulunan çocuğun devlete ait kurumlarda bakım tedbiri kapsamında

[186] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 600.

[187] Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 600,601; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10 Baskı, Ankara, 2011, s. 333.

[188] “...Sosyal kamu hizmetleri toplumda bireylerin yaşamlarını insan onuruna yakışır biçimde sürdürebilmelerini sağlayan malulen ya da süresinde emeklilik, evlilik desteği ve çocuk yardımları; toplumsal adaletsizliklerden zarar görenler ile doğal olarak yardıma ihtiyaç duyanların desteklenmesi amacıyla girişilen yoksullara yardım, ... gibi çok sayıdaki konuyu kapsamaktadır...”. YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, s. 174.; YILDIRIM VE DİĞERLERİ, s. 497.

yetiştirilmesi, “sosyal nitelikli bir kamu hizmeti” oluşturmaktadır. Bakım tedbirinin henüz sokakla tanışmadan ya da söz konusu aşamada olması fark yaratmamaktadır. Aynı şekilde, çocuğun aile ortamında kalmasını sağlamak suretiyle ihtiyaçlarının giderilmesine, sağlıklı, insan onuruna yakışan şekilde bakımının/desteklenmesinin sağlanmasına yönelik faaliyetler de aynı niteliktedir^[189].

Ancak, çocuk koruma sistemi detaylı şekilde ele alındığında idarece yerine getirilecek faaliyetlerin yukarıda değinilen her iki aşama bakımından iki gruba ayrılması gerekliliği doğduğu görülmektedir: Bunlardan ilki -kronolojik olarak ters olmakla beraber-; çocuk ve ailesine destek sağlanması ya da korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkında bakım tedbiri^[190] kararı alınması sonrasında çocuğun resmi/özel bakım kuruluşu ya da koruyucu aile tarafından bakım altında tutulmasıdır. Diğeri ise, yetkili idari birimler tarafından yardıma, desteğe ya da korunmaya ihtiyacı olan çocuk bulunduğunun görevli idari makama iletilmesidir yani tespittir. Yine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından bizzat yardıma, desteğe, ya da korunmaya ihtiyacı bulunan çocukların(ve ailelerin) tespiti de bu kapsamdadır. Çocuğun insan onuruna yakışan bir hayatı aile yanında sürmesini sağlamak, bu imkânının bulunmaması halinde de çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmesi için gerekli koşulları sağlamak yukarıda da ifade edildiği üzere, devletin görevidir. Bunun sonucu olarak, bugün sokaklarda yaşamını devam ettiren/çalışan çocuklar aslında, idare hukuku açısından devletin kendine verilen görevi yerine getirmesi noktasında bir eksikliği ifade etmektedir. Devletin birinci aşamaya ilişkin görevlerini ifadaki eksikliği, ikinci aşamada çocuğun insan onuruna yakışan koşullarda bakım altına alınması ile desteklenemezse, yani bu aşamada da aksaklık yaşanırsa, sokaklarla tanışma aşamasına gelinmektedir. Çocuğun ihtiyaçları bakımından maddi ve manevi olarak desteklenmesi; ya da korunmaya ihtiyacı olan çocuğun devlet tarafından kurulan/denetlenen birimlerde ya da koruyucu aile yanına yerleştirilerek bakımının sağlanması yukarıda tanımını yaptığımız kamu hizmeti kavramına tam olarak denk gelmekte ve “sosyal nitelikli” bir kamu hizmeti oluşturmaktadır. Ancak, yardıma, desteğe ve korunmaya ihtiyacı olan çocuğun tespiti ve ilgili idareye bildirmesi, gerekli incelemenin yapılması hususu, kamu hizmetin özel bir şekli olarak ifade edilebilecek “kolluk” konusuna ilişkindir. Kolluğun bir kamu hizmeti olup olmadığına ilişkin idare hukuku tartışmalarına burada yer

[189] Bkz. YAZICI, Çocuk Evleri, s. 500.

[190] Çocuk Koruma Kanunu m. 5/c: “Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine.”; Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m. 14.

verilmeyecektir. Genel kabul gördüğü haliyle kolluk, kamu hizmetinin kendine özgü usullerle görülen bir şeklidir^[191]. Kolluk faaliyetinde de, kamu yararının tatmin edilmesi söz konusudur. Ancak kolluk faaliyeti, idari faaliyetin dolayısıyla kamu hizmetinin amacı olan "kamu yararı"nın daha özel bir hali olan^[192] "kamu düzeni"ni sağlama amacı ile ifa edilmektedir. Bugün genel kabul gören şekli ile "kamu düzeni"nin güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık, genel ahlak olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır^[193]: Güvenlik unsuru bireylerin can ve mal güvenliklerinin, onurlarının; kamu mallarının her türlü tehlikeden ve kazalardan korunmasına yöneliktir. Dirlik ve esenlik ile toplum hayatının günlük akışının düzenli biçimde sağlanmasına yöneliktir Genel sağlık unsuru toplumun sağlıklı bir yaşam sürmesi, hastalıklardan korunması amacına hizmet eder. Genel ahlak ise, toplumun dış maddi düzenini bozacak şekildeki ahlak ihlallerine müdahale niteliğindedir^[194]. Bu şekilde teşkil olunan kamu düzenini korumayı hedefleyen kolluk faaliyeti "idari" ya da "adli kolluk" şeklinde ortaya çıkmaktadır. İdari kolluk kamu düzeni bozulmadan önce gerekli önlemleri alarak önleyici bir işlev görürken; adli kolluk ise söz konusu düzenin bozulmasından sonra bu düzenin yeniden tesisine yönelik faaliyette bulunup bastırıcı nitelik taşır^[195]. Yukarıda aktarılan düzenlemelere bakıldığında, onların can güvenliklerinin ve sağlıklarının korunabilmesi, sağlanabilmesi; kamusal hayatta dirlik ve esenliğin sağlanabilmesi adına yardım, destek ve korunma ihtiyacı bulunan çocuğun tespiti ya da bu durumdan haberdar olan kamusal makamlarca ilgili idareye bildirim yapılması, anılan hususta inceleme yapılması, söz konusu aşamada gerekli olması halinde çocuğun bakım altına alınmasının sağlanması idari kolluk faaliyeti niteliğindedir^[196]. O halde sokaklarda yaşamını sürdüren ya da kazanan çocuklar idare

[191] GÜLAN Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, C.9, S. 1-3, 1988, s. 152., <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023002591/1023002183> .

[192] Bkz. GÜNDAY, s. 160, 161.

[193] Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 643 vd. , Ögelerin ilk üçünün birazdan yapılacak tanımları için bkz. GÜNDAY, s. 292, 293.

[194] Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 646.

[195] Bkz. YAŞAR, s. 207.

[196] 2828 sayılı Kanun, m. 21: "*Kurum, korunmaya, bakıma, yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli ve yaşlılar ile sosyal hizmetlere ihtiyacı olan diğer kişileri tespit ve incelemekle görevlidir. Bu kişilerin Kuruma duyurulmasında ve incelemeye ilişkin olarak Kurum ile işbirliğinde bulunulmasında mahalli mülki amirler, sağlık kuruluşları ve köy muhtarları ile genel kolluk kuvvetleri ve belediye zabıta memurları yükümlüdürler*", 5395 sayılı Kanun, m. 6- (1) "*Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir. (2)*

hukuku perspektifinden idarenin kamu hizmeti ve özelde kolluk faaliyetini^[197] yürütme konusundaki bir eksikliğini ifade etmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, yardıma muhtaç çocuklara/ailelerine yardım yapılması, destek sağlanması ve korunmaya ihtiyacı çocukların bakımlarının sağlanmasına yönelik yürütülen hizmet, kolluk faaliyeti ile bütünleşmiş nitelikte sosyal kamu hizmetidir. Sonuç olarak; iki aşama bir bütün olarak ele alındığında, yardım, destek ve korumaya yönelik tespit/bildirim kolluk faaliyeti iken; yardım, destek ya da bakım sağlanması, sosyal nitelikli birer kamu hizmeti oluşturmaktadır. Sokaklarla tanışma aşamasına yaklaşma ya da gelinme söz konusu olmuşsa, burada artık idari faaliyetin işleyişindeki çoklu bir eksiklik söz konusudur. İdare ya aile ortamında sağlıklı, insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürerek kalmayı destekleyememiş; gerekli koruyucu ve destekleyici tedbirleri de bu aşamada ulaşılabilecek kılammamış; ya da sokaklarla temas sağlandıktan sonra devlet bakımına alınmak için bildirim/tespit aşamasını işletememiş ya da devlet tarafından bakılma aşamasında bazı eksiklikler oluşmuş^[198] demektir.

b.4. Hizmetin Görülme Usulü

Bu noktada, hizmetin görülmesine ilişkin bazı hususlara değinilmelidir. Kamu hizmetine ilişkin yukarıda yapılan tanımda da görüleceği üzere, kamu hizmetlerinin idarenin yakın denetim ve gözetimi altında olmak kaydıyla^[199] özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi mümkündür. Nitekim 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinde çocuğun bakılıp gözetildiği, hakkında verilen tedbir kararlarının yerine getirildiği resmî veya özel kurumları, "kurum" olarak ifade

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar. ; Ailenin Korunması ve Kadına Dair Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun da; şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesine maruz kalan çocuklar bakımından şiddetin önlenmesi konusunda idareye birtakım görevler vermiştir.

[197] Sokakta Yaşayan veya Sokakta Çalıştırılan Çocukların Korunması Suretiyle Kamu Esenliğinin Sağlanması ile İlgili Güvenlik Kararı, İstanbul Valiliği, RG. 19.08.2000, S. 24145: "*İstanbul'da sokakta yaşamak veya çalıştırılmak veya dilenmek zorunda bırakılan çocukların beden, ruh ve ahlaki gelişmeleri ve şahsi güvenlikleri çok açık ve acımasız tehlike içindedir. Bu çocuklar; fuhuş, alkollü içki kullanımı, bali-tiner gibi uçucu maddeleri kullanma alışkanlığı, cinsel tacize uğrama, hırsızlık, yaralama ve öldürme olaylarının içine itilmektedir. Bu durum büyük bir sosyal tehlike olarak günümüzü ve yakın geleceğimizi tehdit etmektedir. Bu ağır sosyal tehlikeden herkesin çok zarar görmesi ihtimali vardır ve sonunda asayiş ile birlikte can ve mal güvenliğini ihlal etmektedir...*"; Karar ve detaylı bilgi için bkz. SAYITA, s. 181 vd.

[198] Sayıta s. 190'da, şiddetin yetiştirme yurtlarından kaçmada önemli bir faktör olduğu ifade edilmektedir.; Ayrıca cinsel istismar hakkında bkz. AKYÜZ, s. 480.

[199] Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 600.

edilmektedir^[200]. Aynı Kanun'un 5. maddesinde bakım tedbirinin resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile yanında yürütülebileceği ifade edilmiştir^[201]. 2828 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, kanun kapsamına giren faaliyetlerin devletin denetim ve gözetiminde, sivil toplum kuruluşları ile halkın gönüllü katkı ve katılımı da sağlanarak yürütüleceğini belirtmektedir^[202]. Bu madde anılan Kanun'un 34 ve 35. maddeleri^[203] ile ele alındığında, genel olarak sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetlerin kamu kurumları yanında özel hukuk kişilerin, sivil toplum kuruluşları ve halkın da katılımı sağlanarak yürütülmesi şeklinde bir model çerçevesinde yürütülmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Konumuz bağlamında da geçerli olduğu üzere; kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerin yürütülmesi söz konusu olduğunda idarece yapılan denetim, sınırları kolluk denetimini aşan ve oldukça sıkı bir denetimdir. Başka bir ifadeyle idare burada sıkı bir denetim ve düzenleme yapma yetkisine sahiptir^[204]. Çünkü idare, hizmetin asli sorumlusudur^[205]. 2828 sayılı Kanun'un 35. maddesinde kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişileri tarafından işletilen sosyal hizmet kuruluşlarının Kurumun kontrol ve denetlenmesine tabi olduğu; bu denetimin yılda en az bir kez gerçekleştirileceği, kontrol ve

[200] Bkz. aynı Kanun m. 10.

[201] 5395 sayılı Kanun m. 10: “*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhâl alınarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir.*”.

[202] 2828 sayılı Kanun'un 4. maddesinde “*Bu Kanun kapsamına giren sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetler, Devletin denetim ve gözetiminde, sivil toplum kuruluşları ile halkın gönüllü katkı ve katılımı da sağlanarak bir bütünlük içinde yürütülür. Sunulacak bakım ve diğer hizmetlerin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usûl ve esasları ve diğer hususlar Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir*” hükmü yer almaktadır.; Bkz. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m. 14.

[203] m. 34: “*Kurum dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerince bu Kanun kapsamına giren sosyal hizmet kuruluşlarının kurulmasına, teşvik edilmesine ve açılış izinlerinin verilmesine, varsa ücret tarifelerinin tespitine ilişkin usul ve esaslar ile bu kuruluşların hizmet ve personel standartları bir yönetmelikle düzenlenir*”; m. 35: “*Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişileri tarafından işletilen sosyal hizmet kuruluşlarının 34 üncü maddede yer alan yönetmelik esaslarına uygunluğu Kurumun kontrol ve denetlenmesine tabidir.*”.

[204] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 601.

[205] GÜNDAY, s. 331.

denetime ilişkin hususların da bir yönetmelikte düzenleneceği belirtilmektedir.^[206] Kanun'un 35/A maddesinde de, denetimde saptanan aykırılıkların yaptırımları belirtilmektedir. Öncelikle idari işlem olan idari para cezası, sonrasında ise yine bir idari işlem olan kapatma kararı verilmektedir. Görüldüğü üzere idare, hizmetin asli sahibi olarak, özel hukuk kişileri üzerinde sıkı bir denetim ve gözetim gücünü elinde tutmaktadır. O halde, örneğin korunmaya muhtaç çocuğun özel hukuk kişileri tarafından işletilen bir sosyal hizmet kuruluşunda (ya da koruyucu aile yanında) zarar görmesi durumunda, denetim ve gözetim görevini yerine getirememesinden dolayı idarenin hizmet kusurundan bahsedilebilecektir. Ancak; bu noktada yapılan açıklama hukuki düzenlemeler dikkate alınarak yapılmaktadır. 2013 tarihi itibarı ile, uygulamada, korunmaya ihtiyacı olan çocuklar bağlamında hizmet görme izni (kuruluş açma izni) için bir kamu kurumu ya da özel hukuk kişisince başvuru yapılmamıştır, dernek ve vakıflarla işbirliği sureti ile çocukların kalacağı yerlerin işletilmesi yolu seçilmiştir^[207].

Çocuğun koruyucu aile^[208] yanına yerleştirilmesi durumunda akdedilen ve ilgili Yönetmelik^[209] m. 4/1/m de “*İl veya ilçe müdürlükleri ile koruyucu aile arasında imzalanan ve koruyucu ailenin yükümlülüklerini kapsayan mahalli mülki amir onaylı belge*” şeklinde tanımlanan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul

[206] Bkz. 2828 sayılı Kanun m. 35: “...Sosyal hizmet kuruluşları yılda en az bir defa Kurumca denetlenir...”.;2828 sayılı Kanun m. 35/A: “Gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişilerine ait sosyal hizmet kuruluşunda yapılan kontrol ve denetim sonucunda, bu kuruluşların açılışına, çalışma şartlarına, yönetimine, hizmetin etkin sunumuna ilişkin olarak yönetmelikle belirlenen koşullara göre eksiklik veya aykırılığın tespiti hâlinde il müdürü tarafından 16 yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının on katından elli katına kadar idari para cezası verilir... Bu süre içinde de eksiklik veya aykırılığın giderilmemesi hâlinde kuruluş, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından kapatılır...”;

[207] DOĞAN Recep, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, ABD, 2013/2, s. 162., <http://www.ankarabarasu.org.tr/site/ankarabarasu/tekmakale/2013-2/2013-2-5.pdf>; Uygulamada idarenin yer temini gibi hususlarda özel hukuk kişileri ile protokol imzalaması yoluna da gidilmektedir. Bkz. <http://sgb.aile.gov.tr/mevzuat/protokoller>.

[208] 2828 sayılı Kanun, m. 23 – “Mabkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir...”.; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 5/1/c; Koruyucu Aile Yönetmeliği, RG. 14.12.2012, S. 28497, m. 4/1/h., Koruyucu aile sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. YAZICI Ergün, (2014), “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 4(2), 247- 270., http://iibfdergi.karatekin.edu.tr/Makaleler/1786723541_JFEAS_4_2_13.pdf.

[209] Koruyucu Aile Yönetmeliği, m. 4/1/m.

edilip edilemeyeceği de önemli bir husustur. Söz konusu tespiti yapılabilmesi öncelikli olarak, koruyucu aile tarafından yerine getirilmekte olan hizmetin “kamu hizmeti” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinde düğümlenmektedir. Çünkü idari sözleşme bulunduğu ya da uyuşmazlıkların çözümünde görevli yargı yerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığında, idari sözleşme bulunup bulunmadığı kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken üç kriterin varlığına bağlıdır: Sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi (ya da yürütülmesine katılma olması), idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanması^[210]. Doğan, çocuklar konusunda yürütülen koruyucu aile hizmetinin kamu hizmeti sayılamayacağı kanaatindedir. Buna dayanak olarak da, devletçe yürütülen faaliyetin bir koordinasyon, planlama, denetleme işlevi olmasını göstermektedir^[211]. Ancak yazar, Koruyucu Aile Yönetmeliğinde^[212] idareye tanınan üstün ve ayrıcalıklı bazı yetkiler olduğuna da işaret etmektedir^[213]. Koruyucu aile tarafından yerine getirilen hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağı; Koruyucu Aile Yönetmeliği incelenerek belirlenebilir. Nitekim uygulamada; matbu şekilde düzenlenen koruyucu aile sözleşmesinde ailenin yükümlülükleri de bu düzenlemenin yansıması şeklindedir. Söz konusu Yönetmeliğin, koruyucu ailenin görevlerine ilişkin 15. maddesi incelendiğinde, koruyucu aile tarafından yerine getirilenin, salt bir denetim ve organizasyonun ötesinde; devlete ait sosyal hizmet kurumlarında yürütülen hizmetler ile aynı olduğu görülmektedir. O halde burada, kamu hizmetinin yürütülmesinin koruyucu aile olma kriterlerini taşıyan bir aileye, idari sözleşme vasıtası ile devri söz konusudur. Koruyucu aile ile sözleşmeyi imzalayacak taraf da Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 4. maddesinde “koruyucu aile sözleşmesi” tanımı içerisinde, mahalli mülki idari amirin onayı alınmak suretiyle- il müdürlükleri olarak belirtilmiştir. Bu koşul da sağlandığına göre, anılan sözleşmenin idari bir sözleşme olarak tespiti için idarenin bu süreçte kamu gücü kullanıp kullanmadığı saptanmalıdır. Yönetmeliğe paralel şekilde, matbu sözleşme metninde de idareye çocuğu geri alma ya da koruyucu aile statüsünü iptal gibi^[214] üstün yetkiler verildiği görülmektedir. O halde, koruyucu

[210] AKYILMAZ- SEZGİNER-KAYA, s. 509 vd.; Ayrıca konuyla ilgili bkz. GÜNDAY, s. 184 vd.

[211] DOĞAN, s. 164.

[212] RG. 28497, 14.12.2012.

[213] DOĞAN, s. 164.; Yazar aynı sayfada koruyucu aile sözleşmesini özel hukuk alanında sonuç doğuran idarenin bir işlemi/tasarrufu olarak nitelendirmektedir.

[214] Koruyucu aile statüsünün iptali kararı, idari yargıda dava konusu olmaktadır. Örneğin bkz. <http://www.mynet.com/haber/yasam/koruyucu-ailesi-olduklari-cocuklari-gostermediler-1234331-1> ; . “...Koruyucu aile sözleşmeleri, her ne kadar idari nitelikteki

aile tarafından yürütülen hizmet bir kamu hizmeti olup, söz konusu hizmetin görülmesi bir idari sözleşme aracılığı ile, koruyucu aileye verilmektedir. Ayrıca, yapılan bu tespit dolayısıyla, koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun zarara maruz kalması halinde de, idarenin hizmetin nihai sahibi olarak bundan sorumlu olacağı da belirtilmelidir^[215].

Kolluk faaliyeti ise; bizatihi idare tarafından yerine getirilir^[216]. Bu sebeple, korunmaya muhtaç çocuğa ilişkin olarak idarece yürütülen kolluk kapsamındaki hizmetlerin, özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi söz konusu olamaz^[217]. Günlük hayatta sokakları mesken edinen çocukların durumu düşünüldüğünde, çocuk koruma faaliyetini yerine getirmede aksamanın azımsanama-

sözleşmeler ise de, hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurmaları nedeniyle, salt idari nitelikte olmaları, bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzlukların idare mahkemelerince çözümlenmesi sonucunu doğurmayacaktır. Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin incelenmesinden, koruyucu aileye dair hizmetlerin, koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılan “bakım tedbiri” kapsamında olması, hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurması ve 4787 Sayılı Kanun uyarınca küçükler hakkında tedbir kararlarının aile mahkemesi tarafından alınacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyumsuzlukların, süreç bir bütün olarak değerlendirilme suretiyle, aile mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerekmektedir... Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Balıkesir İdare Mahkemesince verilen 29/01/2015 günlü, E:2015/98, K:2015/130 Sayılı ısrar kararının BOZULMASINA”, Karşı oy: “...Dava, davacıların koruyucu aile statülerinin iptaline dair işlemin iptali istemiyle açılmış olup, söz konusu işlem, davalı idarenin kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak tesis ettiği bir idari işlem niteliğinde olduğundan, bu işlemin hukuka uygunluk denetiminde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır. Bu nedenle, İdare Mahkemesi’nin işin esası hakkında verdiği kararın, adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle görev yönünden bozulması yönündeki karara katılmıyoruz” DİDDGK, 05.11.2015, E.2015/981, K. 2015/3942., KİBB; yine uygulamada, koruyucu aile statüsünün iptali ve çocuğun başka bir aileye verilmesinden kaynaklı uyumsuzluğun adli yargıda çözülebildiği de ifade edilmektedir. DOĞAN, s. 164.,

[215] Bkz. Yönetmelik m. 16.

[216] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 641.

[217] 2828 sayılı Kanun m. 21: Kurum, korunmaya, bakıma, yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli ve yaşlılar ile sosyal hizmetlere ihtiyacı olan diğer kişileri tespit ve incelemekle görevlidir. Bu kişilerin Kuruma duyurulmasında ve incelemeye ilişkin olarak Kurum ile işbirliğinde bulunulmasında mahalli mülki amirler, sağlık kuruluşları ve köy muhtarları ile genel kolluk kuvvetleri ve belediye zabıta memurları yükümlüdürler.; 5395 sayılı Kanun, m. 6: “(1) Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir. (2) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar.”; Ayrıca bkz. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, m.6.

yacak oranda da bu aşamada yani kolluk aşamasında olduğu söylenebilecektir. Çünkü şehirlerin sokakları gözlemlendiğinde, buralarda yaşayan ve hayatını kazanmaya çalışan pek çok çocuk bakımından “yardıma/desteğe/ korunmaya muhtaçlığın” tespit, bildirim ya da incelemesinde sorunlar bulunduğu ortaya çıkmaktadır^[218]. Başka bir ifade ile, bugün sokakları mesken edinen çocuklar gerek kamu hizmeti gerek kolluk kapsamında, aslında farklı aşamalarda idarenin faaliyetlerini yürütmekte çeşitli eksiklikleri, aksaklıkları bulunduğu bir göstergesidir. Bu aksaklık çocuğa sosyal ve ekonomik destek sunma, destek / koruma ihtiyacı tespiti aşamasında olabileceği gibi, bakım noktasında da gündeme gelebilir. Dolayısıyla sokaklarda yaşam sürdüren çocuklar bakımından söz konusu olabilecek zararlı durumlar (onların zarar görmesi ya da zarar veren olmaları şeklinde); çocuğun korunmasına yönelik idari işleyişte bir eksiklik ya da bozukluğa tekabül edip, daha sonra ayrıca ele alınacağı üzere, idare bakımından “hizmet kusuru” ve “sorumluluk” sebebi teşkil etmektedir.

b.5. Çocuklara Yönelik Hizmetlerin Çeşitliliği

Sokakları mesken edinen çocukların durumu destekleme ve bakım sağlama ya da bunların tespiti yönüyle sosyal nitelikli kamu hizmetleri ya da kolluk faaliyeti alanına geniş olarak yayılmaktadır. Ancak konu, aynı zamanda idarenin geçmişten günümüze yürütegeldiği klasik kamu hizmetleri olarak ifade edilebilecek “idari kamu hizmetleri” ya da sosyal güvenlik gibi sosyal nitelikli diğer kamu hizmetleri ile de ilişkilidir^[219]. Yukarıda yaptığımız aşamalı ayırımın farklı zamanlarında, değinilecek hizmetler de sürece dâhil olmaktadır. Sokaklardaki çocukların mevcut durumu, aslında bu hizmetlerdeki aksaklıkların da ürünüdür.

b.5.1. Eğitim Hizmeti

Anayasanın 42. maddesinde “*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz... İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır*” hükmü yer almakta, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu^[220]’nun 2. maddesinde eğitimin genel amaçlarından biri “*Beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan;*

[218] Eksiklik suç mağduru olan, ya da suça sürüklenen çocuklar için olduğu kadar; sokaklarda yaşam sürmekle beraber, iki durumla da karşılaşmamış, ancak aile ortamından kopmuş/ aile ile bağı zayıflamış çocuk için de geçerlidir.

[219] Bkz. AKYIMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 623, 624.

[220] RG. 24.06.1973, S. 14574.

yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek” şeklinde ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun’un 7. maddesinde ilköğretim görmenin her Türk vatandaşının hakkı olduğu ifade edilmiş, 8. maddede ise “Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları^[221] yetiştirmek için özel tedbirler alınır” hükmüne yer verilmiştir. Bu hususlar, 1739 sayılı Kanun’un mecburi ilköğretim çağıının 6-13 yaş grubunu kapsadığına ilişkin 22. maddesi ile değerlendirildiğinde, sokakları mesken edinen çocukların büyük kısmının ilköğretim hizmetinden yoksun olduğuna işaret etmektedir^[222]. Görülmektedir ki, sokak çocukları söz konusu olduğunda; sosyal/ekonomik destek/bakım sağlama, bunların tespiti yanısıra eğitim kamu hizmetinin işleminde de birtakım bozukluklar ve aksaklıklar söz konusudur^[223].

[221] 2828 sayılı Kanun, m. 25 –“Okul çağındaki korunmaya ihtiyacı olan çocukların eğitim ve öğretimleri Milli Eğitim Bakanlığı ile diğer kamu kurumlarına ait okullarda gerçekleştirilir.”; Ayrıca bkz. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu.

[222] 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, m. 22: “Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter, m. 26 – Ortaöğretim; ilköğretime dayalı dört yıllık zorunlu örgün veya yaygın öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumları ile mesleki eğitim merkezlerinin tümünü kapsar. Bu okul ve kurumları bitirenlere, bitirdikleri programın özelliğine göre diploma verilir...”; m. 27 – İlköğretimi tamamlayan ve ortaöğretime girmeye hak kazanmış olan her öğrenci, ortaöğretime devam etmek ve ortaöğretim imkanlarından ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanmak hakkına sahiptir”.; 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, m. 2 – İlköğretim, ilköğrenim kurumlarında verilir; öğrenim çağıında bulunan kız ve erkek çocuklar için mecburi, Devlet okullarında parasızdır; m. 3 – Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter., m. 7 – İlköğretim; 1 inci maddede belirtilen amacı gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur”.; Ayrıca bkz. 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, RG. 19.06.1986, S. 19139.; Çocukların bir çoğunun okuma- yazma bilmediği ve diğer hususlar hakkında bkz. SAYITA, s. 188., “...Çocukların ilköğretimi tamamlayamamış olması, anayasal olarak ana babanın ve idarenin çocuğun ilköğretimi ve kaliteli eğitime erişime ulaşma ve tamamlama yükümlülüğünü yerine getiremediğini göstermektedir...”, SAYITA, s. 189.

[223] „... 253(2008) Sayılı Avrupa Tavsiye Kararı’nda, bütün sokak çocuklarının karşı karşıya olduğu ortak riskleri; sömürü, şiddet, cinsel istismar, madde kullanımı ve çok sayıda insan hakkı ihlalleri olarak belirlenmiştir. Bazen onları korumaktan sorumlu görevli makamlar tarafından risk altında oldukları da aynı maddede yer almaktadır(m.4). Çocukların bu çevrede yaşam hakkı başta olmak üzere, yaşam hakkıyla bağlantılı olarak bedensel ve ruhsal bütünlüğü, yiyecek, giyecek barınmayı içeren uygun yaşam standardına sahip olma hakkı, temel eğitim alma hakkı başta olmak üzere medeni, ekonomik sosyal kültürel haklarının ihlal edildiğini veya ihlal tehdidi altında olduğunu göstermektedir. Çocuğun yetişmesi ve toplumsal yaşama tam olarak katılmasının ön koşulu olan zorunlu ilköğretim hakkı ve mesleki eğitim alamama sokakta yaşayan çocukların ihlal edilen sosyal hakları arasındadır. Eğitim hakkının kendisine

Yukarıda da ifade edildiği üzere devlet; gerek ekonomik ve sosyal destek verme, gerekse korunma aşamasında, çocuğun eğitime ulaşmasını sağlamakla yükümlüdür. Nitekim yukarıda aktarılan düzenlemeler yanında 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 52. maddesi "...Mülki amirler, ilköğretim müfettişleri ve zabıta teşkilatı ilköğrenim çağındaki çocukların mecburi ilköğretim kurumlarına devamlarını sağlamakla veli yahut vasi veya aile başkanlarına ve okul idarelerine yardımla ve her türlü tedbiri almakla vazifelidirler" hükmü ile, çocukların eğitim hayatının devamının sağlanmasını idareye bir görev olarak yüklemiştir^[224]. Ancak bu çocukların eğitim hayatları incelendiğinde söz konusu görevin yerine getirildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Eğitim hizmetlerinde söz konusu olan bu aksama etkilerini geniş bir alana yaymakta, çocukların üçüncü kişilere zarar vermeleri ya da zarar görmeleri konusunda olumsuz sonuçlarını göstermektedir. Akyüz, eğitim hakkının diğer hakların tanınması, kullanılıp korunmasında öncül olarak görmekte, yaşam hakkı dışında bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişiminde gereklilik olduğunu belirtmektedir^[225].

b.5.2. Sağlık Hizmeti

Sokak çocukları söz konusu olduğunda, belirgin sorunlu noktalardan biri de bu çocukların sağlık koşulları açısından uygun olmayan koşullar altında ve sağlıklı bir biçimde yaşamlarını sürdürmelerine imkân vermeyen ortamlarda yaşamakta olduklarıdır^[226]. Oysa Anayasanın 56. maddesinde "...Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler..." hükmü yer almaktadır^[227]. Bu görev, sosyal devlet olmanın idareye yüklediği ödevlerden biridir^[228]. Danıştay da bir kararında bu hususu "*İç hukukumuzda baktığımızda ise öncelikle Anayasamızın 2. maddesinde Devletimizin nitelikleri sayılmış ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmış, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri sayılarak;*

ulaşabilmek, kaliteli eğitim alabilmek çocuğun diğer tüm haklarına ulaşabilir olmasını gerekli kılmaktadır ...", SAYITA, s. 185, 186.; Bkz. ATAÜZ, s. 74.; Örnek için bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 63, 64.

[224] Ayrıca bkz. SAYITA, s. 194., 222 sayılı Kanun m. 53., aynı kanun m. 59.

[225] AKYÜZ, s. 376, 377.

[226] Bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 22 vd.

[227] m. 56: "...Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir".

[228] Bkz. TEMİZ, s. 175 vd.

kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak görevine yer verilmiştir. Yine Anayasamızın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir; “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesinde, Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği öngörülmüştür; “Sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı kuralına yer verilmiştir; “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65. maddesinde de “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Değınilen düzenlemelerin birlikte değerdendirilmesinden, tüm yurttaşların yaşama haklarının, devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı içinde koruma altında olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen “yaşama hakkı” yalnızca yaşamını sürdürmek anlamında değil “sağlıklı yaşama hakkı”na sahip olmak anlamındadır. Kişilerin sağlıklı olma hakkı bir kamusal korumaya tabi olduklarını ortaya koymaktadır. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet bu ödevleri altına imza attığı “Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin de bir gereğı olarak yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır...” şeklinde ifade etmektedir^[229]. Nitekim 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de^[230]

[229] D15D, 24.04.2017, E. 2013/2616, K. 2017/1913, KİBB; aynı yönde bkz. D15D, 24.04.2017, E. 2013/2625, K. 2017/1912, KİBB ., Bkz. AYM,01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, KİBB.

[230] 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 02.11.2011, S. 28103 (Mükerrer), m. 2: “...Bu kapsamda Bakanlık; a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, b) Teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi... ile ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler”, Bkz. KHK m.10., Sağlık Geliştirilmesi Genel Müdürlüğü görevleri; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, RG. 15.05.1987,

Bakanlığın görevi “*Bakanlığın görevi; herkesin bedenî, zihni ve sosyal bakımından tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir^[231]. Oysa bugün sokakları mesken edinmiş çocuklar incelendiğinde, yukarıda aktarılan hizmetlerin olması gerektiği şekliyle işlediğini söylemek pek de mümkün gözükmemektedir. Bu çocuklar yılın her döneminde sağlıklı olmayan koşullarda ve çevrede hayatlarını sürdürmeye devam etmektedirler^[232]. Anılan noktada sağlık hizmetinin olması gerektiği şekilde işlediğinden bahsedebilmek için bu çocukların sağlıklarını kaybetmelerinin ardından yapılan müdahalelerin kıstas olmadığına, hayatlarını “iyilik hali içinde” sürdürebilmelerinin sağlanması gerektiğine dikkat çekilmelidir. İdare ise, önleme, bunun sağlanamaması halinde hastalık sonrası tedavi olmak üzere süreci bir bütün olarak tamamlayabildiğinde kendine hukuken verilmiş görevi yapmış kabul edilebilecektir. Danıştay, devlete bu konuda yüklenen görevin önleyici sağlık hizmetlerini hatta daha fazlasını kapsadığını belirtmektedir: “...*Anayasa'nın 56. maddesi; “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini planlar. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” hükmündedir. Bu noktada devletin sağlık hususundaki görevinin, önleyici sağlık hizmeti ve tedavi edici sağlık hizmeti sunmakla sınırlı olduğunu düşünmek imkansızdır. Zira her birey tedavi sonrası sağlığına kavuşmayabilmektedir. Burada tedavi mümkün olmasa da, devreye bakım ve rehabilitasyon hizmetleri girmektedir...*”^[233]. Konuyla ilgili aktarılan düzenlemeler ele alındığında sokaktaki çocukların hâlihazırdaki durumları idare

S. 19461, m. 3/a: “*Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir... Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınır...*”.

[231] 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, m. 3(j): “*Vatandaşların hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda eğitilmeleri ve takipleri bütün kamu kuruluşlarının sorumluluğu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, özel ve gönüllü kuruluşların işbirliği içerisinde gerçekleştirilir.*”; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, RG. 06.05.1930, S. 1489, m. 3; Diğer ilgili mevzuat için bkz. AKYÜZ, s. 370 vd.

[232] Çocukların yaşadıkları fizyolojik ve psikolojik sorunların neler olduğu hususunda bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 22-25.

[233] D15D, 18.04.2016, E. 2015/7589, K. 2016/2661, DD, S. 143, s. 276. (Danıştay Resmi Web Sayfası)

bakımdan sağlık hizmetinin işleyişinde bir aksaklığı ifade etmektedir. Ancak; sağlık hakkının ruhsal sağlık^[234] ile bir bütün olduğu düşünüldüğünde^[235], çocukların sokakta hayat kurma/hayatta kalma aşamasına gelinceye kadar aile içerisinde idarece ruhsal bütünlüğün sağlanamaması, çocuğun sokağa itilmesi değerlendirmeye değer bir diğer husustur. Çünkü bu durum, aynı zamanda devletin sosyal destek sağlama görevini yerine getirirken yaşanan eksiklik ve aksamaların da göstergesidir.

Sağlık hakkı ile yakın ilişkisi olması bakımından^[236], sokakları çalışma alanının ötesinde bir yaşam alanı haline getiren çocuklar bakımından Anayasanın 57. maddesinde “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır...” şeklinde ifade-sini bulunan görevde de bir aksama olduğu açıktır. Bu düzenlemeye dayanarak yasal düzenlemeler yapıp, idari teşkilat oluşturulmakla beraber^[237]; sokaklarda yaşayan çocuklar değerlendirildiğinde; hizmetin işleyişinde eksiklikler/yetersizlikler yaşandığı aşikârdır. Oysa ki konut hakkı, daha önce ifade edildiği üzere asgari yaşam şartlarını sağlayabilen nitelikte bir alana işaret edip;^[238] birtakım hakların kullanılmasının ön koşuludur ve devlet bu görevini mali imkânları ölçüsünde ve elinden geldiğince yerine getirmek zorundadır^[239]. Sokak çocuklarının belirtilen nitelikte bir yaşam alanına sahip olmaması; sokakta yaşama-larının ötesinde ve öncesinde; devletin aile yanında, asgari yaşam koşullarına sahip; insan haysiyetine uygun bir yaşam sağlama yükümlülüğündeki, başka bir ifade ile sosyal yardım ve destek aşamasındaki aksamaların da sonucudur.

b.5.3. Sosyal Güvenlik Hizmeti

Sokakları mesken edinen çocuklar bakımından, sosyal nitelikli kamu hizmeti kapsamında olan^[240] sosyal güvenlik hususuna da mutlaka değinilmelidir. Anayasa'nın 60. maddesi uyarınca herkes sosyal güvenlik hakkına sahip iken, 61. madde uyarınca “... Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar

[234] Çocukların sokaklara yönelmesinde aile hayatında söz konusu olan şiddet gibi ruhsal sıkıntılara ilişkin bkz. SAYITA, s. 189 vd.

[235] Bkz. TEMİZ, s. 167.

[236] Bkz. İNCE-KANLI-ERYİĞİT, s. 32.

[237] Bkz. İNCE-KANLI-ERYİĞİT, s. 32., Bkz. <https://www.toki.gov.tr/sosyal-konutlar>.

[238] KALABALIK, s. 601.

[239] Bkz. İNCE-KANLI-ERYİĞİT, s. 31.

[240] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 624.

veya kurdurur.” Bu düzenleme, korunma ihtiyacı olan çocukların sosyal güvenlik anlamında özel olarak korunması gereken kimselerden olduğu şeklinde ifade edilmektedir^[241]. Ancak sokak çocukları söz konusu olduğunda, sosyal güvenlik hakkının yukarıda değinilen sosyal yardımlar dışındaki^[242] bir diğer boyutunda da sorunlar yaşanmaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu^[243] uyarınca, 18 yaşın altındaki çocuklar sağlık hizmetlerinden- anne babasının durumundan bağımsız olarak- yararlandırılmaktadır^[244]. Ne var ki, sokakta yaşayan çocukların bu hakka ne derecede erişim sağlayabildikleri ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere, sosyal güvenlik hakkı yaşam hakkının bir parçasını teşkil etmektedir^[245]. Bu hak aynı zamanda, sağlık hakkının etkin şekilde kullanılabilmesinin de bir aracıdır. Danıştay da, hakkın sosyal devlet ve sağlık hakkı ile ilişkisini açık şekilde vurgulamaktadır: “...Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal hak olup, bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle Devlete belli yükümlülükler getirmektedir. Devlet bu anayasal yükümlülüğün gereğini yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için her türlü tedbiri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır. Anayasa Mahkemesi de 22.11.2007 tarih ve E:2004/114, K:2007/85 Sayılı kararında, sağlık hizmetlerinin nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu, sağlık hizmetlerinin temel hedefi olan insan sağlığı sorununun ertelenemez ve ikame edilemez nitelikte bulunduğunu belirterek sağlık hizmetinin insan ve toplum yaşamındaki önemine değinmiştir. Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerinin en aza indirilmesini, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardının güvence altına alınmasını ifade eder. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malütlük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır”^[246].

Sosyal güvenliğe ilişkin açıklamaların ardından bir konuya daha değinilmelidir. Sokaklarda hayatını sürdüren çocukların azımsanamayacak miktarının aileleri ile ilişkileri olsun ya da olmasın, yaşamlarını sokakta çalışarak kazanmakta oldukları görülmektedir. Oysa Türkiye’nin taraf olduğu ve ülkemiz bakımından

[241] ARICI, s. 188.; YAZICI, Çocuk Evleri, s. 502.

[242] Bkz. ARICI, s. 184, 185.

[243] RG. 16.06.2006, S. 26200.

[244] Bkz. AKYÜZ, s. 375.

[245] Bkz. dpn.102.

[246] D15D, 11.03.2016, E. 2013/8369, K. 2016/1654, KİBB.

kanun hükmünde olan ILO'nun 138 sayılı sözleşmesinde^[247] asgari çalışma yaşı 15 olup buna paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu^[248] uyarınca 15 yaşını tamamlamadan önce çocukların çalıştırılması mümkün değilken^[249], sokaklarda bu yaşın altında binlerce çocuk anılan hukuki düzenlemeler kapsamında dahi olmayacak işlerde yaşamlarını kazanmaya çalışmaktadır.^[250] Sokakta çalışma ise, -182 sayılı Sözleşme^[251] haricinde-, Türkiye bakımından “çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri” n den biri olarak kabul edilmiştir.^[252] Bu noktada öngörülen nihai hedef, çalışan çocukların çalışma koşullarının iyileştirilmesinden ziyade, çocuk işçiliğinin sonlandırılmasıdır.^[253] Söz konusu hedef, ancak sosyal devlet ilkesinin maksimize edilmesi yoluyla mümkün olabilecektir.^[254] İşte sokakta hayatını kazanan/yaşayan çocukların bu yönüyle de durumu, idarenin çocukların maddi manevi ihtiyaçlarının sağlanması görevinin yerine getirilemediğinin bir göstergesi olup; çocukların ihtiyaçlarını sağlamakla görevli idari birimler bakımından hizmetin layığı ile ifade edilemediği anlamını taşımaktadır. Çünkü çocukları çalışmaya iten ekonomik güçsüzlük, ailevi sebepler, eğitimsizlik gibi pek çok sebep bulunmaktadır.^[255] Başka bir ifade ile, yukarıda da ifade edildiği üzere; söz konusu sorunları çözmek hatta ortaya çıkmalarını engellemekle görevli idarelerin faaliyetlerindeki eksiklik ve yetersizlikler, çocukların (sokakta) çalışmalarına, anılan süreçte de pek çok tehlike ile karşı karşıya gelmelerine sebep

[247] http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang—tr/index.htm, m. 2., 20.02.2018.; Bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 33, 34.

[248] RG. 10.06.2004, S. 25134, m. 71 – “*On beş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmuş çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler*”; Ayrıca bkz. m. 72 vd.

[249] Her iki metinde de istisnai durumlar bulunmaktadır. İstisnalar ve uygulanma koşulları için metinlere bkz.

[250] Bkz. ATAÜZ, s. 73, 74.

[251] http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang—tr/index.htm .

[252] AKYÜZ, s. 497.; Yazar s. 496’da , 182 sayılı sözleşmenin hukuken işçi olmayan çocukları da kapsadığına işaret etmektedir;, Ayrıca bkz. 182 sayılı sözleşme m. 4.

[253] Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 3; AKYÜZ, s. 497.

[254] AKYÜZ, s. 497.

[255] Bkz. AKYÜZ, s. 485 vd.; Ayrıca bkz. ATAÜZ, s. 71; TUNÇ, s. 81.; Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 5.

olmaktadır^[256]. Örneğin daha önce de ifade edildiği üzere 222 sayılı Kanun'un 59. maddesi^[257] uyarınca, ilköğretime devam etmeyenlerin (6-13 yaş grubuna denk gelmektedir) kural olarak çalıştırılmayacakları düşünüldüğünde, sokaklardaki çocukların eğitim hizmetinden yararlanabilme durumlarındaki sorun da ortaya çıkmaktadır. Akyüz'ün de ifade ettiği üzere, “*sokak çok acımasız ve tehlikeli bir iş yeridir. Burada çocuk başta yaşamı ve sağlığı olmak üzere çok çeşitli tehlike ve istismar biçimleriyle karşılaşır*”^[258]. Anılan tehlikelerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararlar da idare hukuku anlamında hizmet kusurudur. Belirtilen durum, çeşitli aşamalarda kamu hizmetinin kuruluşu ya da işleyişindeki bir bozukluğu ve eksikliği ifade edip^[259]; Anayasanın 125. maddesindeki “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü gereğince ortaya çıkan zarar, aşağıda ayrıca değinileceği üzere, idarece tazmin edilmek durumundadır.

c. İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Çocuklara Yönelik Hizmetler

Sokak çocukları konusu yoğun şekilde “suç işleme”, “zarar doğuran faaliyetlerde bulunma” olguları ile birlikte ele alınmaktadır^[260]. Bu noktada ceza

[256] Bkz. yukarıda değinilen İstanbul Valiliği kararı.

[257] 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir: “*On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler... Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*”; Ayrıca bkz. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılması Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 06.04.2004, S. 25425.

[258] AKYÜZ, s. 491.; “...Sokaklar; evle ilişkisi kopmuş, tüm günlerini sokakta geçirip arar ara eve giden çocuklar için olumsuz, sokakta çalışıp akşamları eve dönen çocuklar için zarar verme riski yüksek olan yerler...”, TUNÇ, s. 80.; Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 17 vd.

[259] GÜNDAY, s. 369.

[260] Bkz. ATAÜZ, s. 69, 70.; Bkz. 2005/5 sayılı Başbakanlık Genelgesi, “*Son yıllarda başta büyük şehirlerimiz olmak üzere, göç alan kentlerimizde, sokakta yaşayan ve çalıştırılan çocukların durumu önemli bir sosyal sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Sokakta yaşayan, her türlü madde bağımlılığına açık olan ve bir kısmının hırsızlık, gasp, kapkaç gibi olaylara da*

hukuku anlamındaki süreç ayrı bir boyutu teşkil etmekle beraber; konunun bir de idare açısından mali sorumluluk boyutu bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, çocukların sağlıklı, insan onuruna yakışır bir hayat sürmeleri hususuna ilişkin hususların pek çoğu, Anayasal düzenlemelerin özel olarak ele alınması suretiyle, idarenin tatmin etmekle yükümlü oldukları birer kamu hizmeti olarak öngörülmüşlerdir. Bu yükümlülük bakım, sağlık, eğitim, barınmayı sağlama gibi çok yönlü bir nitelik arz etmektedir^[261].

Sokaklarda hayatını kazanan ya da geçiren çocuklar söz konusu olduğunda, sokaklarla tanışma durumu, devletin daha özeldense, çocukların aile ortamında, maddi ve manevi bütünlük içinde yaşamalarını sürdürmelerini sağlamakla görevli idarelerin görevlerini yerine getirmelerindeki bir aksaklığı ifade etmektedir. Çünkü yukarıda detaylı olarak ele alındığı üzere, sokaklardaki çocuklar; idarenin ya çocukların ailesi yanında maddi ve manevi varlığını geliştirmesine uygun bir ortamda sağlıklı şekilde yetişmesini, ya eğitimine devam etmesini, ya da koruyucu ve destekleyici tedbir ile korunma altına alınmasını sağlama noktasındaki sorunlara işaret etmektedir. Çocuğun sokakla teması, fail olma ya da tacize uğramalarında olduğu üzere mağdur^[262] olmaları anılan faktörlerin birleşiminin sonucudur. İdare ise, ortaya çıkan bu sonuçtan sorumludur. Çünkü, Anayasanın 125. maddesindeki “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” ve bu durum, “hukuk devleti” ilkesinin bir gereğidir^[263].

c.1. Sorumluluğun Türü

İdarenin sorumluluğunun niteliğine bakıldığında ise, sokak çocuklarının bahsi geçen durumunda tipik bir hizmet kusuru bulunmaktadır. Hizmet kusuru, “... idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya

karıştırıldığı bilinen bu çocuklarımızın, tedavi, rehabilitasyon ve eğitimleri sağlanarak topluma kazandırılmaları ancak etkin ve kalıcı önlemlerle mümkün görülmekte, sorunun temelden çözümü için de; ulusal ve yerel düzeyde plânlı ve organize uygulamaların derhal başlatılması zorunlu bulunmaktadır...” <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/03/20050325-8.htm>.

[261] Ayrıca bkz. SAYITA, s. 191.

[262] Sokak çocuklarının tacize uğramaları hususunda örnek için bkz. TUNÇ, s. 83; .Çocuklar sağlık problemleri yaşayabilecekleri gibi sokakta bulunuyor olmaktan kaynaklı kazaların mağduru da olabileceklerdir. , Çocukların maruz kaldıkları haller için ayrıca bkz. Sayita s. 185’de aktarılan TBMM Araştırma Komisyonu I. Raporu.; Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 17 vd.

[263] GÜNDAY, 368, AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 162,163.

da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir^[264]. Yukarıda yer verilen düzenlemeler incelendiğinde, sokaklardaki çocukların fail ya da mağdur olmaları halinde ortaya çıkan zararın, kamu hizmetindeki bozukluk ve aksaklıktan kaynaklandığı açıktır. Söz konusu bozukluk ya da aksaklığın kuruluşun ziyade işleyişten kaynaklandığı da görülmektedir^[265].

İdarenin hizmetin işleyişindeki kusur yani, bozukluk ya da aksaklıktan sorumlu olabilmesi için, ortaya çıkan zararlı sonucun, idarenin (kusurlu) işlem ya da eyleminden kaynaklanması gerekmektedir^[266]. İdarenin eylemi hareketsiz kalması şeklinde de ortaya çıkabilecektir^[267]. İşte söz konusu idari davranış bir zarara sebep olmakta, bu zarar hayatın olağan akışı içerisinde bu davranışa bağlanabiliyor ve hizmetin kuruluşunda işleyişinde bozukluk /eksiklik tespit edilebiliyorsa, idarenin sorumluluğunun şartları oluşmuş demektir^[268].

[264] GÜNDAY, 369.; Bu eksiklik ya da aksaklık kamu hizmetinde söz konusu olabileceği gibi, kolluk faaliyetleri bakımından da söz konusu olabilecektir. GÜNDAY, s. 369.; "... İdare, Anayasamızın 125. maddesinde de belirtildiği üzere, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekte olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve İdarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır..." , D15D, 15.06.2017, E. 2015/9728, K. 2017/3758, KİBB; D15D, 27.04.2017, E. 2016/1578, K. 2017/2116, KİBB; D10D, 06.05.2016, E. 2013/6506, K. 2016/2524, DD, S. 143, s. 189 vd. (Danıştay Resmi Web Sayfası)

[265] Kamu hizmetinin temel ilkelerinden olan "süreklilik" ilkesi uyarınca kamu hizmeti, hizmetin niteliği de dikkate alınmak suretiyle kesintisiz şekilde devam ettirilmek durumundadır. Bu ilke, hizmetin olması gereken kalitede sunulması gerekliliğini de içermektedir. Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 604. ; Yine bu ilkelerden olan "değişkenlik" uyarınca günün koşullarının gerektirdiği şekilde; "eşitlik" gereğince, yararlananlar arasında bir ayırım yapılmadan gerçekleştirilmelidir.; Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 610 vd.

[266] Bkz. GÜNDAY, s. 383 vd.

[267] GÜNDAY, s. 383.

[268] "... Anayasamızın 125. maddesinin son fıkrasında; "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür." hükmü yer almıştır. Doktrinde idarenin tazmin sorumluluğu, kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurum olarak tanımlanmaktadır. İdarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için ise, ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararın idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Daha açık bir anlatımla, idari faaliyet zararın gerçek nedenini oluşturmalıdır. İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem ve/veya eylem sebebiyle kişinin malvarlığında meydana gelen azalma sebebiyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; maddi tazminatın zarar miktarıyla sınırlı olduğu diğer bir deyişle maddi zarardan

(Sokaklardaki) Çocukların sokaklarda hayatlarını geçirmeleri, “yardım”, “tespit”^[269], “bakım/koruma sağlama”, “çocukların maddi manevi ihtiyaçlarının tatmini” ya da “eğitim” ini, “sağlıklı yaşama” şartlarını sağlama gibi görevlerini yerine getirmekle yükümlü kılınan idarelerin (kamu görevlilerinin) faaliyetlerindeki (büyük oranda) ihmali şekilde oluşan eylemsel aksaklığı göstermektedir. Çünkü bu çocukların durumu, çocukların aile ortamında kalmalarının sağlanamamasının, ekonomik eksikliklerinin giderilememesinin, eğitim hizmeti alamamalarının^[270]; devlet korumasından/bakımından yararlanamamalarının bileşkesi durumundadır. Örneğin çocukların sokakta bir işletmecinin dükkânına zarar vermeleri gibi zarar doğuran faaliyetlerde bulunmaları halinde kolluk/yardım /bakım/ sağlama gibi görevlerini yerine getirmede eksikliği bulunan yetkili idarelerin sorumluluğu bulunduğu tartışmasızdır. Hatta bu sorumluluk sadece “ kolluk/yardım/ bakım imkânı sağlama görevi üstlenen idarenin/ idarelerin değil, çocukları eğitmek, öğretmek, ihtiyaçlarını karşılamakla görevli idarelerin de uhdesindedir^[271]. Her bir olayın kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak, sorumlu idarenin/sorumluluk oranının tespiti yapılabilecektir^[272].

Söz konusu çocukların zarar verici davranışlarda bulunmaları yanısıra, fizyolojik ya da psikolojik olarak zarar görmeleri de, bu çocukların sağlıklı ve korunaklı bir biçimde hayat sürmelerini sağlamakla yükümlü idare/idareler

daha yüksek bir miktarda maddi tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir...”, D15D, 19.01.2017, E. 2014/415, K. 2017/354, KİBB.

[269] Örneğin korunmaya ihtiyacı olan çocukların tespitine yönelik ihbar mekanizmasındaki sorunlar için bkz. AKYÜZ, s. 455.

[270] Aynı yönde bkz. SAYITA, s. 195., Çocuk Koruma Kanunu m. 5 ‘te koruyucu ve destekleyici tedbirlerin çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olduğu belirtilmektedir.; Benzer yönde bkz. Sosyal ve Ekonomik Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik.

[271] Örneğin Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 17: “ (1) *Bakım ve barınma tedbirlerinin yerine getirilmesi sırasında ihtiyaç duyulan kolluk hizmetleri ilgili birimlerden talep edilir. Kolluk birimleri, bu talepleri geciktirmeksizin yerine getirir.* (2) *Bakım ve barınma tedbir kararı alınan kişiler ile çocukların rehabilitasyonu, eğitimi ve diğer bakanlıkların görev alanına giren hususlarla ilgili olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlükleri tarafından yapılan her türlü yardım ve destek talepleri Millî Eğitim Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, ilgili diğer bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından geciktirilmeksizin yerine getirilir” . , Ayrıca bkz. aynı Yönetmelik m. 19.; İlgili mevzuat incelendiğinde idarelerin çocuk koruma ve destekleme konusunda koordinasyon ile görevli kılındığı pek çok alanın söz konusu olduğu görülecektir.*

[272] Bkz. aynı yönde SAYITA, s. 196.

bakımından sorumluluk sebebi olabilecektir. Örneğin, sokaklarda yaşayan çocukların tacize uğramaları^[273], şiddete maruz kalmaları, öldürülmeleri, sağlık problemleri yaşamaları halleri de, hizmetin işleyişindeki aksaklık sebebiyle, idarenin sorumluluğuna yol açabilecektir^[274].

İdarece bakım sağlanan çocukların bu mekânlarda ve süreçte şiddet mağduru olmaları durumunda da idare hizmet kusuru çerçevesinde sorumlu olacağı gibi; çocukların bakım hizmeti verilen yerlerden benzer sebepler ile sokağa kaçarak zarar uğramaları halinde de aynı sonuç doğacaktır^[275]. Bu noktada sosyolojik bir gerçeğin de vurgulanması gerekmektedir: Yaşanılan acımasız hayat koşulları, sokak çocuklarını, bu acıya dayanabilmek adına, zararlı madde kullanımına itmektedir ve yaşanan sıkıntılar onları hırçın ve saldırgan hale getirmektedir^[276]. Tunç'un ifadesiyle hareketli şekilde yaşayıp, aramızdan sessizce ayrılmaktadırlar^[277]. Bu ayrılış da, genellikle sokağın acımasız koşullarının sonucu olmaktadır^[278].

c.2. Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

Yukarıda çocukların korunması, insan onurunu yakışan bir hayat sürdürbilmesi için idarenin bir takım faaliyetleri görmekle yükümlü olduğu ifade edilmekle beraber, kamu hizmetlerinin esasen “kamu görevlileri” tarafından yerine getirildiği aşikârdır. Bu noktada söz konusu görevlilerin hizmet sırasında

[273] Çocukların cinsel şiddetin mağduru olmaları hususunda bkz. TUNÇ, s. 83.; Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 18.

[274] “...253(2008) Sayılı Avrupa Tavsiye Kararı'nda, bütün sokak çocuklarının karşı karşıya olduğu ortak riskler; sömürü, şiddet, cinsel istismar, madde kullanımı ve çok sayıda insan hakkı ihlalleri olarak belirlenmiştir...”. SAYITA, s. 185.

[275] Sayita, s. 190'da, çocuk yurtlarındaki şiddetin de, buralardan kaçılması yoluyla sokaklarla tanışmanın vasıtası olabildiği aktarılmaktadır.

[276] TUNÇ, s. 83.; Bkz. SAYITA, s. 185'da aktarılan TBMM Araştırma Komisyonu I. Raporu; Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 25.

[277] TUNÇ, s. 84.; Yazar aynı sayfada; İstanbul'da yağmurlu bir gecede sığınılan üst geçitten düşüp ölen iki çocuğun haber dahi olamamasını bu sessizliğe örnek olarak vermektedir.

[278] Sokaklardaki çocukların yaşadığı mağduriyetlerden dolayı, idarenin sorumluluğunun doktrinde “kusursuz sorumluluk” çerçevesinde ele alındığı da olmaktadır. Bkz. SAYITA, s.195; Ancak İdare hukukunda, hizmet kusurunun kusursuz sorumluluk karşısında öncül nitelikli olması sebebiyle, kusursuz sorumluluğun tartışma konusu yapılması gereği bulunmamaktadır. Kaldı ki, kusursuz sorumluluk ilkeleri düşünüldüğünde, sokaklarda yaşayan/hayatlarını kazanan çocuklar bakımından anılan sorumluluk türünün uygulanması mümkün görünmemektedir. Kusursuz sorumluluğun niteliği ve ilkeleri hakkında bkz. ATAY, s. 736 vd.

işledikleri kusurlar da, -hizmetten ayrılabilme özelliği göstermedikçe- idarenin kusurunu oluşturmaktadır. Çünkü hizmet kusuru nesnel ve anonim nitelikli bir kusur olup, belli bir kamu görevlisine izafe edilmesi söz konusu değildir^[279]. Hizmetin nihai sahibi (sorumlusu) olan idare, kamu görevlisinin kusurunu üstlenmemektedir, doğrudan sorumluluğun sahibidir^[280]. Ancak, bu süreçte kamu görevlisinin kusuru kendine isnat edilebilir boyuta ulaşmış ise, bu sorumluluğu üstlenmek durumunda kalacaktır: Örneğin Çocuk Koruma Kanunu'nun 6. maddesindeki “*Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür... Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar*” düzenlemesi uyarınca korunma ihtiyacı olan çocuğu bildirmekle yükümlü kamu görevlilerin bildirim konusunda ağır ihmali davranışları neticesinde çocuk koruma altına (bakım tedbiri) alınamamış ve zarar verici bir duruma sebep olunmuş olabilir. Ya da kendine bildirilen olaylarla ilgili inceleme yapan kurumun çocuğun mahkemece koruma altına alınmasını gerektiren çok önemli bir hususu gözden kaçırmış olduğu tespit edilebilir. Sonuçta, “çocuğun koruma altına alınması” sürecinde kamu hizmetinin görülmesinde aksama olmuştur ve idarenin sorumluluğu söz konusudur. Ancak; hukuki sorumluluk noktasında “zarara neden olan kamu görevlilerinin açıkça belirlenme imkânı olması halinde” yani “kasıt” ya da “ağır ihmallerinin” saptanabilmesi halinde^[281] kamu görevlisi bakımından rücu mekanizmasının işlemesine yol açacaktır^[282]. Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasının “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmü dolayısıyla ortaya çıkan zararı tazmin sorumluluğunu yerine getiren idare, ilgili kamu görevlisine rücu edecektir^[283].

[279] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 802.

[280] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 800.

[281] DMK, m, 13; Anayasa m. 129/5; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 803.

[282] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 802,803.

[283] Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirme noktasındaki eksiklikleri ya da kusurlarının kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna yol açabilmesinin de, olayın idare hukukuna ilişkin bir diğer boyutunu olduğu ayrıca vurgulanmalıdır. Süreçteki ihmallerin ceza hukuku anlamında sonuçları da bulunmaktadır.

IV. SONUÇ

Çalışmanın en başında ifade edildiği üzere, “sokak çocuğu” nun tanımı konusunda farklı kıstaslar ileri sürülmektedir. Ancak bu tanımların ortak özelliği, söz konusu çocukların aileleri ile bağlarına bakılmaksızın sokaklarda, zor koşullar altında hayat mücadelesi vermekte olduklarıdır. Bu sebeple makalede, hayatını sokakları ev saymak suretiyle geçiren çocuklar yanında sokaklarda çalışan çocuklar da ele alınmıştır. Söz konusu çocuklar son yıllarda sayıca artış göstermekte; özellikle de suç niteliğindeki faaliyetler ve zararlı madde tüketimi ile anılmaktadırlar. Kendilerinin zarar verici eylemlerin mağduru olmaları da sürecin daha az görünen yanını oluşturmaktadır. Sayılan olumsuz durumların hangisi ele alınırsa alınsın, ortaya çıkan zararlı sonuç aslında, idarenin faaliyetlerindeki aksamanın göstergesidir. Çünkü çocukların maddi manevi varlıklarını geliştirmelerine; hayatlarını insan onuruna yakışır düzeyde sürdürmelerine uygun ortam/şartları sağlama ödevi birer kamu hizmeti olarak idareye yüklenmiştir. İdareye yüklenen ödev bir bütün olarak ele alınmalıdır. Yukarıda da pek çok kez değinildiği üzere, öncelikle sokakla tanışma gerçekleşmeden yardım/korunma ihtiyacı çocuğa (ve ailesine) anılan koşulları sağlayabilme, bunun sağlanamadığı hallerde ise sokakla tanışan çocuğu bu şartlardan kurtarmak idareye mevzuatla verilmiş bir görev olup, bunun da öncesinde sosyal devlet olmanın bir gereğidir. Çalışma boyunca aktarılmaya çalışıldığı üzere, bu kapsamda pek çok düzenleme yapıldığı halde, bugün gelinen noktada sokaklardaki çocukların, faili ya da mağduru oldukları eylemlerin sayısının gün geçtikçe artmış olduğu gözlemlenmektedir. Anılan bu gerçek, aslında mevzuattaki tutarsızlıklar yanısıra, idari birimler bakımından yetişmiş personel ve birimler arasındaki koordinasyon eksikliği gibi farklı bileşenlerin ürünüdür^[284]. Sonuç olarak sokaklarda hayat mücadelesi veren çocuklar; koruma altına alınmayı sağlayabilme, eğitime, sağlık hizmeti sunmak gibi çeşitli hususlarla görevli idarelerin işleyişlerindeki aksaklık ya da bozukluğun göstergesidir. Aksaklık ya da bozukluk pek çok kez ifade edildiği üzere, sosyal ya da idari nitelikli kamu hizmetleri ya da kolluk faaliyetleri içinde ortaya çıkabilmektedir. Bahsi geçen sorunun idare hukuku alanındaki karşılığı “hizmet kusuru” na tekabül edip, idarenin ortaya çıkan zarardan sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Korunması gereken özel bireyler olan çocukların uygun şartlar altında yaşam sürmelerinin sağlanamaması; gerektiği gibi yetiştirilememesi noktasındaki mevcut sorun, idare hukuku penceresinden gözlemlenen eksiklikler ve aksaklıklar yanında; aynı zamanda “sosyal devlet” in gereklerini sağlama konusundaki noksana da işaret etmektedir.

[284] Bkz. AKYÜZ, s. 477 vd., Gereklilikler için bkz. Sorunlar ve İhtiyaçlar, s. 5, 6.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar- SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Ekim 2016.

Ankara Sokaklarında Çalıştırılan Çocuklar: Sorunlar ve İhtiyaçlar, (ASPB, ILO, Hacettepe Üniversitesi Çocuk Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi), Anıl Grup Matbaacılık Yayıncılık, Ankara, Aralık 2016.

ARICI Kadir, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı”, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, <http://www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/arici.pdf>

ASLAN Betül, Devletin Temel Amaç ve Görevleri Işığında Özel Gelişme Hakkı”, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2009.

ATAUZ Sevil, “Dünya Kentlerinin Yeni Olgusu: Sokak Çocukları”, Birikim Dergisi, Aralık 1998, S. 116.

ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2014.

BALO Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Nisan 2013.

BAYRAKTAR Güray, Sokak Çocuklarının Sosyo-Kültürel ve Ekonomik Özellikleri Açısından İncelenmesi: Ankara Sakarya Caddesi Örneği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, PÜSBE, Ekim 2007, s. 5, 6 (Yök Ulusal Tez Merkezi Web Sayfası)

Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi, Yönetici Özeti, <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/yoneticiozeti.pdf>

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Uygulama El Kitabı, <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/Uygulama%20Elkitabı%20TR.pdf>

ÇOŞTU Kamil, Sokak Çocuklarının Sosyo-Kültürel Yapısı (İstanbul Örneği), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, Temmuz 2007, (Yök Ulusal Tez Merkezi Web Sayfası.)

DOĞAN Recep, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, ABD, 2013/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-2/2013-2-5.pdf>

FENDOĞLU Hasan T, Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000.

GÜLAN Aydın, “Çocuklara Yönelik İdari Faaliyetlere İlişkin İlkelerin Anlam Ve Kapsamlarına İlişkin Düşünceler I, Çocuğun Korunması İlkesi”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13671>

GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, C.9, S. 1-3, 1988, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023002591/1023002183>

GÜMÜŞ Ali Tarık, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi Ve Manevi Varlığını Koruma Ve Geliştirme Hakkı” SÜHFD, C. 13, S. 2, 2005, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262632>

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10 Baskı, Ankara, 2011.

İNAN Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

İNCE Nurten, KANLI İmam Bakır, ERYİĞİT Burak Hamza, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı”, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Ağustos 2017, C. 3, S. 2 , <http://politikarastirmalar.org/index.php/ICPS/article/view/110/109>

İPEK Ali İhsan, “Türk Hukukunda Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmelerin Çocuk Hukukuna Etkileri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2014, S. 100.

İPEK Aydın, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılıklı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 20, S. 1, 2012, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262769>

İZGİ Ömer-GÖREN Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt 1, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.

KABOĞLU İbrahim, “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı, Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi”, İnsan Hakları Yılığ, S. 17-18, 1996, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2a626e15f266c54_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi

KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül, 2017.

KAPANCI Kadir Berk, BAŞOĞLU Başak, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/27591/290674>

OZANSOY Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları”, TBB Dergisi, 1999/1, s. 43, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19991-876>

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara, Mart 2004 .

SAYITA USTA Sevgi, “Türkiye’de Çocukların Evlerini Terkederek Sokakta Yaşamalarında Sorumlular ve Sorumlulukları”, İÜHFİM, C. 66, S.1, 2008, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023000111>

ŞENER Sami- SERDAR Meryem, “Sokak Çocukları” Problemi ve Probleme Yönelik Uygulanan Politikalar (Türkiye- Hindistan Örneği), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Nisan 2015, S. 45, , <http://www.dergipark.gov.tr/download/article-file/56084>

ŞENOCAK Hasan, “Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Süreç Işığında Değerlendirilmesi”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 56, 2009, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9077>

TEMİZ Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, AÜSBFD, Cilt 69, No. 1, 2014 , <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/1927/20207.pdf>

TUNÇ Güven, “Sokaklar ve Çocukları”, Birikim Dergisi, Aralık 1998, S. 116.

ULUSOY Ali, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ÜNAL Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997.

YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2014..

YAŞAR Öznur, DAĞDELEN Nihal, “Korunmaya Muhtaç Çocukların Yetiştirilmesinde Çocuk Yurtlarından Çocuk Evlerine Geçişin, Çocukların Sosyo-Kültürel Ve Psikolojik Gelişimlerine Etkisi Üzerine Bir Çalışma: Isparta Örneği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2013/2, Sayı:18, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/215729>

YAZICI Ergün , “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 4(2), 247- 270., http://iibfdergi.karatekin.edu.tr/Makaleler/1786723541_JFEAS_4_2_13.pdf. (Yazıcı, E. (2014). Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar. Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 4(2), 247- 270.)

YAZICI, Ergün, “Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve Çocuk Evleri”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S. 18, 2012, <http://sbed.mku.edu.tr/article/view/1038000287/1038000132>

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY OKAY Özge, (YILDIRIM VE DİĞERLERİ), İdare Hukuku, 12 Levha Yayınları, 5. Bası, İstanbul, Ekim 2013.

AİHM, Timishev Rusya, 55762/00 , 55974/00, 13.12.2005,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["timishev"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-71627"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{)

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi), http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf

<http://sgb.aile.gov.tr/mevzuat/protokoller>

http://www.cocukvakfi.org.tr/resource/docs/cocukla_ilgili%20sozlesmeler/A.CocuklaIlgiliUluslararasıSozlesmeler/A.2.f.%201924CENEVRE_COCUK_HAKLARI_BiL-DiRiSi.doc

<http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>

<http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyanname.pdf>

http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang-tr/index.htm

http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang-tr/index.htm

http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf

<http://www.mfa.gov.tr/cocuk-haklari-konusunda-turkiye-de-yapilan-calismalar.tr.mfa>

<http://www.mynet.com/haber/yasam/koruyucu-ailesi-olduklari-cocuklari-goster-mediler-1234331-1>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59d145d62edaf9.52379231

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a5a8cebe082b8.13835419

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>

<https://aa.com.tr/tr/turkiye/cocuk-yetistirme-yurtlari-cocuk-evlerine-donusturuyor/899443>

<https://ailetoplum.aile.gov.tr/uygulamalar/asdep-sosyal-hizmet-merkezleri>

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>

<https://www.toki.gov.tr/sosyal-konutlar>

[Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası](#)

[Danıştay Dergisi \(Danıştay Resmi Web Sayfası\)](#)

[Kazancı İçtihat Bilgi Bankası](#)

Resmi Gazete Resmi Web Sayfası

TBB Çocuk Hakları Kurulu Resmi Web Sayfası.

T.C. Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi

Elektronik ortamdan erişilen verilerin tamamı için son erişim tarihi 06.05.2018 dir.

ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİNİN TAZMİNATIN HESAPLANMASINA ETKİSİ BAKIMINDAN BİR YARGITAY KARARININ İNCELENMESİ*

Dr. İbrahim GÜL**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0271-5048>

DOI: 10.30915/abd.514449

Makalenin Geldiği Tarih: 22.05.2018 **Kabul Tarihi:** 28.09.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** av.dr.gul@gmail.com

ÖZ

Zararın birliği ilkesine göre aynı fiilin yol açtığı gerçekleşen ve gelecekteki zararlar bir bütün olarak ele alınır, zarar periyodik olarak arttıkça, her periyot için ayrı tazminat verilmez ve aynı fiil bir dava sebebi yaratır. Bu ilke, zarar meydana geldiği anda öngörülebilir olan ve gelecekte gerçekleşmesi kesin gözüyle bakılan zararlar bakımından geçerlidir. Gelir yoksunluğu, zararın hesap anından sonra gerçekleşmiş ise gelecekteki zararın bir çeşididir. Haksız rekabet eyleminin neden olduğu gelecekteki zararlar için de zararın birliği ilkesi geçerlidir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, talep olmadığı sürece haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan gelir yoksunluğunun dava tarihine kadar hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. İşbu makale ile Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararının zararın birliği ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tazminat, zararın birliği ilkesi, haksız rekabet, gelir yoksunluğu, taleple bağlılık ilkesi.

AN ASSESSMENT OF THE DECISION OF TURKISH COURT OF APPEAL ABOUT THE EFFECTS OF ONE SATISFACTION RULE ON THE CALCULATION OF DAMAGES

ABSTRACT

According to the one satisfaction rule, the past loss and future loss caused by the same action are treated as a whole, lead to legal action based on single cause of action, and damages is not awarded for each period as the damage increases periodically. This principle applies to damages that are foreseeable or strictly foreseen to occur in the future when the damage has occurred. The loss of income is a kind of future loss due to the fact that the loss occurs after the time of calculation of damages. The one satisfaction rule applies to the future loss that are caused by actions amounting to unfair competition. The 11th Chamber of the Turkish Court of Appeal ruled that, unless there is a request, the loss of income caused by the actions amounting to unfair competition shall be calculated up until the date of the action. This article discusses whether this decision of the 11th Chamber of Turkish Court of Appeal is contrary to the one satisfaction rule.

Keywords: Damages, one satisfaction rule, unfair competition, future loss, principle of not ruling beyond the complaint.

I-YARGITAY KARARI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 31.03.2016 T. 2015/7456 E. 2016/3511 K. sayılı kararının^[1] konusuyla ilgili kısmı şöyledir:

“Davacı vekili, müvekkili şirketin ortağı ve müdürü Eray'ın[2] yetkilerinin büyük bir kısmını babası olan davalı Ali'ye[3] devrettiğini, davalının bu yetkilerle şirket adına müşterilerle görüşüp teklifler hazırladığını, şirket faturalarını imzaladığını, müvekkil şirketin davalının sürekli aynı sektörde faaliyet gösteren davalı şirketle görüşmesinden şüphelenilmesi üzerine ortaklar kurulu kararı ile Eray'ın müdürlükten azledildiğini, davalı Ali'nin de yetkilerinin iptal edildiğini, davalının birkaç gün sonra davalı şirkette işe başladığını, davalı müvekkil şirketten ayrılırken müvekkil şirketin bilgilerini, müşteri listesini, teklif formlarını vs. götürdüğünü, bunları davalı şirket yararına haksız olarak kullandığını, müvekkil şirketin tekliflerinin altında teklif vererek müşterileri davalı şirkete çektiğini ileri sürerek, davalıların haksız rekabeti nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 15.000,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, ıslah dilekçesiyle maddi tazminat talebini toplam 25.850,10 TL'ye çıkarmıştır.-Davalı Ali, davanın reddini istemiştir.-Davalı şirket vekili, bahsedilen olaylarla hiçbir ilgilerinin olmadığını, haksız rekabet iddialarının yerinde olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.-Mahkemece, bozma ilamına uyularak davacı şirket çalışanı Ali'nin davacı şirketin sırlarına vaktif olduğu, işten ayrıldıktan sonra aynı işle iştigal eden diğer davalı şirket ile çalışmaya başladığı ve davacı şirketin ticari sırlarına vaktif olan bu şahsın mal alım satımına yönelik teklifler verdiği, bu eylemin haksız rekabet oluşturduğu, davacı zararının bilirkişi raporu ile 25.850,10 TL olarak belirlendiği, manevi tazminatın şartları oluşmadığı gerekçesiyle ıslah olunan maddi tazminat davasının kabulüne, 25.850,10 TL'nin davalılardan 1/2'şer oranında alınarak davacıya ödenmesine, davacının manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir.

...

3- Davacı vekili, dava dilekçesinde TTK'nın 58. maddesi kapsamında davalı şirketin haksız rekabet sonucu elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığı maddi tazminatın hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkemece, hükme

[1] Karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> (erişim tarihi: 01.03.2018). Yoksun kalınan kazancın hesabına ilişkin kararlar için bkz. Y. 11. HD 07.03.2011 T. 2009/8905 E. 2011/2316 K.; Y. 11. HD. 07.02.2011 T. 2009/7855 E. 2011/1229 K.; bkz. ERDİL, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.365, s.366.

[2] İsim yazar tarafından kısaltılmıştır.

[3] İsim yazar tarafından kısaltılmıştır.

esas alınan kök raporda “davalının haksız rekabet eyleminin etkilerinin muhtemelen 3 yıl devam edeceği kanaatiyle davacının talep edebileceği maddi tazminatın 25.850,00 TL olduğu” görüşü bildirilmiş ise de davalı şirket vekili, bilirkişi raporuna itirazlarını içeren 18.04.2013 tarihli dilekçesinde dava tarihini dahi geçecek şekilde tazminat hesabı yapılmasının doğru olmadığını belirtmiştir. -Kural olarak her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre sonuçlandırılması gerekmesine göre maddi tazminatın belirlenmesinde haksız rekabet fiilinin başladığı tarih ile dava tarihine kadar olan dönemde davacının, davalının haksız rekabet fiili nedeniyle uğradığı kazanç kaybının belirlenmesi zorunludur.-Bu durum karşısında, davalı şirket vekilinin raporlara yönelik itirazları da dikkate alınıp, davacının, uyumsuzluk konusu dönem itibarıyla davalının haksız rekabeti nedeniyle uğradığı kazanç kaybının tespiti ile bulunan meblağın maddi tazminat olarak hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde dava tarihini dahi geçip ileriye yönelik 3 yıllık süreyi kapsayacak şekilde hesaplanan meblağın maddi tazminat olarak hüküm altına alınması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

II- KARARA KONU OLAY

Yargıtay kararına konu olay, şirketin ortağı ve müdürü Eray’ın babası olan Ali’ye davacı şirket adına müşterilerle görüşüp teklifler hazırlama ve şirket faturalarını imzalama yetkisi vermesi, bir süre sonra ortaklar kurulu kararı ile Eray’ın müdürlükten azledilmesi ve Ali’nin yetkilerinin iptal edilmesi sonrasında davalı Ali’nin davalı şirkette işe başlaması, şirketten ayrılırken davacı şirketin bilgilerini, müşteri listesini, teklif formlarını, vs. yanında götürmesi, bunları davalı şirket yararına haksız olarak kullanması, davacı şirketin tekliflerinin altında teklif vererek müşterileri davalı şirkete çektiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat talepli haksız rekabet^[4] davasıdır.

III- YARGITAY KARARINA GÖRE GELECEKTEKİ ZARARLARIN HESAPLANMASI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin yukarıdaki kararına göre kural olarak her dava açıldığı tarihteki koşullara göre sonuçlandırılmalı ve haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan kazanç kaybına dayalı maddi tazminat, talep olmadığı sürece, haksız rekabet fiilinin başladığı tarih ile dava tarihine kadar olan dönem için sonuçlandırılmalıdır. Diğer bir anlatımla haksız rekabet davasında kazanç

[4] Haksız rekabet hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. NOMER ERTAN, N. Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.9 vd; ERDİL, s.27 vd.

kaybına ilişkin maddi zarar hesabı, dava tarihine kadar olan dönem dikkate alınarak yapılmalı ve buna göre karar verilmeli, dava tarihinden sonraki dönem bakımından ise ancak talep olması halinde hesaplanmalı ve buna göre karar verilmelidir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bozma kararının dayanağını her dava açıldığı tarihteki koşullara göre sonuçlandırılır kuralı ile taleple bağlılık ilkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 26/1) olarak ifade etmektedir. Ayrıca Yargıtay, talep sonucuyla talep edilen tazminatın, dava tarihinden önceki döneme ait zarara ilişkin olduğunu varsaymaktadır.

IV- ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİ

Zararın birliği ilkesine göre aynı fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararların toplamı olarak değil, bir birlik olarak ele alınır^[5]. Diğer bir deyişle tazminat hesabının zararın birliği ilkesine göre yapılması halinde

- [5] Borçlar Hukuku alanında yazılan eserlerde zararın birliği ilkesi zamanaşımı bakımından ele alınmaktadır. Zararın birliği ilkesi hakkında bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.74; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s.856; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s.504 vd; AKÇAY, Ergin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s.66; ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.180-181; DEVELİOĞLU, H. Murat: Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.787-821, s.814; SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, İstanbul 1973, s.98 vd; KARACABEY, Ö. Faruk: Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK. m.60), Yargıtay Dergisi, Y. 1978, C.4, Sa.4, s.477-502, s.498; DOĞANGÜN, Temel: Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süreleri ve Bu Sürelerin Başlangıcı (BK. m. 60), Yargıtay Dergisi, Y.1992, C.18, Sa.1-2, s.188-219, s.200 vd; SAVAŞ, Fatma Burcu: Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı, TBB Dergisi, Y.2008, Sa.74, s.121-148, s.132 vd. "...*Zararın birliği prensibi*" olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenen bu temel prensibe göre; haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de bir birlik olarak ele alınır..."; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Y.1982, C.8, Sa.1, s.32. Alman hukukunda zararın birliği ilkesi için bkz. PANIER, Alexander: Grundsatz der Schadenseinheit, Peter Lang, Frankfurt 2009, s.1 vd. ABD hukukunda one satisfaction rule veya single recovery anlamına gelen zararın birliği ilkesi için bkz. ABRAHAM, Kenneth S.: The Forms and Functions of Tort Law, 5.Bası, Foundation Press, New York 2017, s.242; KIONKA, Edward J.: Torts in a Nutshell, 3.Bası, West Group, ABD 1999, s.346; DOBBS, Dan B.: Law of Remedies,

zarar periyodik olarak arttıkça, her periyot için ayrı tazminat hesaplanmaz; tek fiilden doğan zararların tamamı için tek tazminat verilir ve talep edilebilir. Esasen gerçekleşen zararda malvarlığında bir eksilme meydana geldiğinden dava sebebi bulunurken, gelecekteki zararda^[6] malvarlığındaki artışın engellenmesi anı gelecekteki zararın gerçekleşmesi ile meydana geleceğinden dava sebebi

2.Bası, West Publishing Co., ABD 1993, s.647; FISCHER, James M.: Understanding Remedies, Matthew Bender & Co, ABD 1999, s.51.

- [6] OĞUZMAN/ÖZ'e göre tazminatın hesaplanmasına esas alınan tarihe kadar meydana gelen zarar gerçekleşmiş zarar, hesaplanmaya esas alınan tarihte gerçekleşmeyen ancak daha sonra gerçekleşen zarar ise gelecekteki zarardır; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s.44. EREN, "Hâkim, karar sırasında ilke olarak yalnız gerçekleşen zararı belirleyerek, bunun tazminine karar verir;" ifadesi ile karar tarihini gerçekleşen zararın hesaplanmasında dikkate alınacak tarih olarak kabul etmektedir; EREN, s.752. BÜYÜKSAĞIŞ de hüküm tarihine kadar gerçekleşmemiş olan zararı gelecek zarar olarak değerlendirmektedir; BÜYÜKSAĞIŞ, s.89. ANTALYA'ya göre gelecek zarar, zararın belirlendiği ana göre belirlenir; ANTALYA, C.2, s.105. Aynı görüşte bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017, s.525; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2016, s.118. Kanımca OĞUZMAN/ÖZ'ün görüşü gelecekteki zararın belirlenmesinin kolaylığı açısından daha isabetlidir. Türk tazminat hukukunda diğer zarar ayrımları şöyledir: Fiili zarar-Mahrum kalınan kâr-Normatif (hükümü) zarar; Doğrudan zarar-Dolaylı zarar-Yansıma zarar; Mevcut zarar-Müstakbel (gelecekteki zarar)-Muhtemel zarar; Kişiyeye verilen zarar- Şeyeye verilen zarar-Salt malvarlığı zararı; Somut zarar-Soyut zarar; Menfi zarar-müspet zarar. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s.41 vd; EREN, s.550 vd; ANTALYA, C.2, s.83 vd; BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.53 vd; HATEMİ/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.130 vd; NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.164; AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, 14.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016, s.90; REİSOĞLU, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 25.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.171; KILIÇOĞLU, Kumru: Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitapevi, Ankara 2012, s.6 vd; ÇAKIRCA, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.24 vd; ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.10 vd; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, s.256 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s.559 vd; KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.216 vd; İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.400 vd; ZEVLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.Bası, Barış Yayınları, İzmir 2013, s.216 vd; KARAKILIÇ, Hasan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.121; AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 10.Bası, Sayram Yayınevi, Konya 2017, s.176 vd.

bulunmamaktadır. Ancak yine de zararın birliği ilkesi gereğince gerçekleşen ve gelecekteki zararlar, tek seferde birlikte ele alınır ve dava edilir. Diğer bir anlatımla zararın birliği ilkesine göre gerçekleşen ve gelecekteki bütün zararlar için tek bir dava sebebi vardır.

Zararın birliği ilkesi gelecekteki her zarar bakımından geçerli değildir. En başta zararın birliği ilkesi, gelecekteki öngörülebilir zararlar bakımından geçerlidir^[7]. Eğer gelecekteki zararın oluşması öngörülemiyor ise bu zarar bakımından zararın birliği ilkesi geçerli değildir. Diğer bir anlatımla oluşacağı kesin gözüyle bakılan gelecekteki zararlar bakımından zararın birliği ilkesi geçerlidir. Örneğin haksız fiil nedeniyle mağdurun kanser gibi bir hastalığa tutulma riski doğmuşsa, mağdurun gelecekte kansere maruz kalma riski konusundaki haklı endişesinden kaynaklanan zararını mağdur, bugünden dava edemez. Çünkü oluşmamış gelecekteki zararlar için sorumluluğun doğumu, zararın gerçekten oluşmasının kesinliğine bağlıdır. Bununla birlikte mağdur, tıbbi takip maliyetlerinin tazminini isteyebilir^[8]. Çünkü kanser hastalığına yakalanma riskinin izlenmesi tıbbi takibi gerektirir. Bu çerçevede zararın birliği ilkesi, kanser hastalığına yakalanılması halinde bundan doğan zararın ayrı olarak tazminine engel olmamalıdır.

[7] DOĞANGÜN, s.202; KARACABEY, s.498. “...Ancak zamanaşımı yönünden zararın teklifi ve bölünmezliği (bütünlüğü) esas alınarak tespit ve kabul edilen bu kuralın bazı özel durumlarda uygulanması mümkün değildir; mesela, zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların tazmini için zamanaşımı, bunları öğrendiği günden işlemeye başlar...” Y. 4. HD'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararı; bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Y.1982, C.8, Sa.1, s.32. Öngörülebilir gelecekteki zarar kavramı, zamanaşımı işlemesi için devam eden eylemlerde zararın öğrenilmesi ile benzerlik için bkz. ANTALYA, C.2, s.505; DEVELİOĞLU, s.815; NART, Serdar: Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Y.2012, s.215-237, s.221; ERDEM, s.179-180; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.719. On yıllık mutlak zamanaşımının zararın oluşmasıyla değil, haksız fiilin işlenmesi ile başlayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. HAVUTÇU, Ayşe: Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2010, C.12, Özel Sayı, s.579-605, s.579 vd. Basiretli tacir kavramının hukuki öngörülebilirliğe etkisi hakkında değerlendirmeler için bkz. KARA, Etem: Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanunu'nda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanunu'nda Basiretli Tacir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Özel Sayı, Y. 2017, C.19, s.2127-2163, s.2155.

[8] ABRAHAM, s.245.

Ayrıca zararın oluşmasında ilave bir fiil söz konusu ise bu ek fiilin etkisi ile oluşan zarar ile önceki zararın birliği mevzu bahis olmaz^[9].

Bunların yanında tazminatın birliği ilkesinin uygulanmaması gelecekteki zararın önlenmesini teşvik edici ise zararın birliği ilkesinden vazgeçilebilir. Örneğin çimento fabrikasının çevresindeki tarlaların kirlenmesine neden olduğunu ve bugünkü teknolojinin fabrikayı kapatmaksızın çevreye verilen zararı giderme imkânı sunmadığını düşünelim. Eğer mağdurun bütün gelecekteki zararlarını kapsayan toplam bir tazminat almasına izin verilirse, zarar veren tazminatı zaten ödemediğinden daha iyi bir teknoloji arayışına girmek istemeyebilir. Halbuki mahkeme, makul bir teşvik sağlamak için mağdurun oluşan zararlarını, zarar verenin zararı önleyinceye kadar her yıl tazmin etmesini veya dava etmesini kabul edebilir. Burada zararın birliği ilkesi uygulanmayarak zarar verenin zararı önleyici tedbirler alması teşvik edilir^[10]. Çünkü zarar veren, yeni bir teknoloji geliştirerek ilerleyen zamanda yıl bazında ödeyeceği tazminattan kurtulabilir.

Zararın birliği ilkesinin önemli bir sonucu, gelecekteki zararların şimdiden tazmin edilmesi nedeniyle gelecekteki zarar tutarının, tazminatın hesaplandığı tarihe iskonto edilme zorunluluğudur^[11]. Eğer mağdurun gelecekteki zararları için aldığı tazminat, gelecekteki zarar tutarına eşit olursa mağdur, önceden aldığı tazminatın getirisi kadar daha fazla tazminat almış olur. Diğer bir deyişle mağdur, zararın oluşacağı zaman gelmeden önce aldığı tazminatı yatırımla değerlendirerek bir getiri elde edebilir ve elde ettiği bu getiri kadar zararını aşan fazladan bir tazminat alır. Bu nedenle önceden alınan tazminat tutarı ile getirisinin, zararın oluşacağı zamandaki tutarına eşit olmalıdır. Bu eşitliği sağlamak için önceden ödenen tazminat miktarının, bu ödenen tazminat ile ilerde elde edilecek net getiri kadar zarar miktarından daha az olması gereklidir. Diğer bir anlatımla gelecekteki zarar miktarının tazminat hesabının yapıldığı tarihteki peşin sermaye değerinin bulunması gereklidir.

Zararın birliği ilkesinin zamanaşımı bakımından sonucu, gelecek zararlar bakımından zamanaşımının geçmiş zararlarla aynı tarihte başlamasıdır^[12].

[9] Ayrıca bkz. KARACABEY, s.498; TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.242.

[10] DOBBS, s.213.

[11] Gelecek zarar tutarının peşin sermaye değerinin %10 oranında iskonto edilmesine ilişkin Yargıtay'ın uygulamasının eleştirisi için bkz. İYİMAYA, Ahmet: Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru), TBB Dergisi, Y. 1990, Sa.2, s.180-211, s.202.

[12] SUNGURBEY, s.100; DOĞANGÜN, s.200; SAVAŞ, s.132; KARACABEY, s.498. Ayrıca bkz. TUTUMLU, s.242; Y. 4. HD'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K.

Yargıtay'a göre de zararın birliği ilkesi gereğince aynı eylemden doğan zararlar bir birlik olarak ele alınır; bundan dolayı zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ilerde doğacağı öngörülebilen başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu anda işlemeye başlar^[13].

V- YARGITAY KARARININ ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİNE AYKIRILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yukardaki kararına göre talep olmadığı sürece haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan gelir yoksunluğu dava tarihine kadar hesaplanmalıdır. Yine Yargıtay'a göre zararın dava tarihinden sonraki dönem içinde hesaplanması ve buna hükmedilmesi, dava açıldığı tarihteki duruma göre karar verilir ilkesine^[14] ve taleple bağlılık kuralına aykırıdır.

Halbuki geçmiş ve gelecek zarar hesabında dava tarihi öncesi ve sonrası ayrımı zararın birliği ilkesine aykırıdır. Çünkü zararın birliği ilkesine göre gerçekleşen ve gelecekteki bütün zararlar birlikte ele alınır ve zarar periyodik olarak arttıkça, her periyot için ayrı tazminat verilmez; tek fiilden doğan zararların tamamı için tek tazminat verilir. Elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalmayı ifade eden

1981/415 sayılı kararı; bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Y.1982, C.8, Sa.1, s.32. Ayrıca bkz. ANTALYA, C.2, s.505; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s.74; EREN, s.856; DEVELİOĞLU, s.814.

[13] Y. 4. HD T. 22.1.1981 E. 1980/12753 K. 1981/415 T. 22.1.1981; bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Y.1982, C.8, Sa.1, s.32.

[14] Bu ilke hakkında bkz. KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, 6. Bası, Demir ve Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s.1674 vd; PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.340; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.307; KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3.Bası, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012, s.500; ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.236; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası, Alfa Basım, İstanbul 1997, s.489. Ayrıca bkz. Temyiz Mahkemesi Tevhidi içtihat Hukuk Kısmı Umumi Heyetininin 28/11/1956 T. 1956/15 E. 1956/15 K. sayılı kararı (karar için bkz. RG. 27.12.1956/9494); YHGK 17.3.1954 T. 3/40-39 sayılı karar (bkz. KURU, C.2, s.1674); YHGK 7.11.1990 T. 11/283-558 sayılı karar (KURU, C.2, s.1676-1677); Y. 2. HD 21.11.1967 T. 5300/4877 sayılı karar (KURU, C.2, s.1678-1679); Y. 2. HD 23.2.1971 T. 225/1169 sayılı karar (ABD, Y.1972, Sa.1, s. 117); Y.4. HD 19.11.1970 T. 8603/8468 sayılı karar (KURU, C.2, s.1679); Y. 6. HD 29.4.1976 T. 2573/3006 sayılı karar (KURU, C.2, s.1674-1675).

gelir yoksunluğu, gelecekteki zarar şeklinde de gerçekleşebilir^[15]. Çünkü gelir yoksunluğu, zarar hesabına esas alınan tarihte gerçekleşmemiş olabilir. Bunun yanında karara konu olayda gelir yoksunluğunun gelecekte gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılır ve davacının gelir yoksunluğunu zararı öğrendiği anda öngörmediği iddia edilemez. Bu nedenle karara konu olayda muhtemel zarar söz konusu değildir. Bunun yanında karara konu olay, zararın birliği ilkesinin istisnalarından biri de teşkil etmemektedir. Bütün bu nedenlerle Yargıtay'ın haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan gelir yoksunluğunun dava tarihine kadar hesaplanması gerektiği kararı zararın birliği ilkesine aykırıdır.

Ayrıca dava açmasının usul hukuku bakımından sonuçlarından^[16] biri olarak kabul edilen ancak yasal dayanağı olmayan^[17] her dava açıldığı tarihteki durumuna göre karara bağlanır ilkesini, zararın birliği ilkesine aykırı olarak yorumlamak yerinde değildir. KURU'ya göre de dava tarihinden sonra işleyecek temerrüt faizine hükmedilmesinde ve özellikle nafaka davalarında olduğu gibi konusu kira gibi devri edimler olan davalarda, dava tarihine kadar gerçekleşmiş edimlerin dava edilmesi halinde dava tarihinden hüküm tarihine kadar muaccel olacak bu edimlerin de hüküm altına alınmasını kabul etmek,

- [15] GÜRPINAR, Bünyamin/ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.61-95, s.67; <http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/sorumluluk-ve-tazminat-hukuku-sempozyumu-17418?siteUri=hukuk> (erişim tarihi: 01.03.2018); ERDİL, s.362.
- [16] Dava açmasının usul hukuku bakımından sonuçları için bkz. KIYAK, Emre: Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2013, s.58 vd.
- [17] Bu ilke, HMK'da düzenlenmemiştir. İlkenin dayanağı, Temyiz Mahkemesi Tevhidi içtihat Hukuk Kısmı Umumi Heyetinin 28/11/1956 T. 1956/15 E. 1956/15 K. sayılı kararı olduğu söylenebilir (karar için bkz. RG. 27.12.1956/9494). Temyiz Mahkemesi Tevhidi içtihat Hukuk Kısmı Umumi Heyeti, şartların değişmesi sebebiyle evvelce tayin edilmiş bulunan nafaka miktarının artırılması veya azaltılmasına ilişkin davada arttırılan veya azaltılan nafaka miktarının önceleri karar tarihinden itibaren geçerli kabul edilirken, daha sonraları dava tarihinden itibaren geçerli kabul edilmeye başlanması nedeniyle ortaya çıkan içtihat farklılığını, “*her dâvada açıldığı tarihte tespit edilen vaziyet hükme esas ittihaz olunması iktiza eylemesine ve böyle bir dâvada da talebinim kabule sayan olduğunu ispat eden davacıya karşı dâvanın ikamesiyle davalı mütemerrid hale düşmüş addedilmesi muvafık bulunmasına binaen nafakanın bağlanmasında olduğu gibi arttırılma veya eksiltmesine dair taleplerin kabulünde de buna dâva tarihinden itibaren hükmolunması icap ettiğine ilk müzakerede 28/11/1956 tarihinde ittifakla*” karar vererek gidermiştir.

usul ekonomisine^[18] uygun düşer. Çünkü bu tip davalarda dava tarihinden önce gerçekleşmiş edim (kira) arasında hiçbir fark yoktur. Her iki edimde aynı vakiya ve aynı hukuki sebebe dayanmakta olup, dava tarihinden sonraki edimlerin de hüküm altına alınması mahkeme için ek yük teşkil etmez^[19]. Bunun yanında dava şartı noksanlığının giderilmesinin mümkün olması ve bunun tamamlanması için verilecek kesin sürede eksikliğin giderilmesi halinde ve ayrıca dava şartı noksanlığının mahkemece davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anına kadar bu noksanlık giderilmesi halinde başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü davanın usulden reddedilememesi (HMK m.115/2,3) dikkate alındığında, her dava açıldığı tarihteki durumuna göre karara bağlanır ilkesi mutlak değildir.

Diğer yandan Yargıtay'ın haksız rekabetin neden olduğu zararın dava tarihinden sonraki dönem için hesaplanmasının, taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu değerlendirmesi de yerinde değildir. Çünkü HMK m. 26'da^[20] düzenlenen taleple bağlılık ilkesi, talep sonucu bakımından talep edilmeyene, talep edilenden farklı bir şeye ve talep edilen miktardan fazlasına karar verilememesi anlamına gelir^[21]. Karara konu olayda davacının hukuki sonuca ilişkin talebi

[18] Usul ekonomisi ilkesi başlığını taşıyan HMK m. 30 hükmü şöyledir: "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" Usul ekonomisi ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RÜZGARESEN, Cumhuriyet: Usul Ekonomisi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s.23 vd.

[19] KURU, C.2, s.1676.

[20] Taleple bağlılık ilkesi başlığını taşıyan HMK m. 26 hükmü şöyledir: "*(1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.*"

[21] MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, SDÜHFD, Y.2014, C.4, Sa.2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 23-63, s. 37 vd; OĞUZ, Habip: Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay'ın Bir Kararının İncelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.2016, Sa.8, s.301-316, s.309 vd; MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.110 vd; YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Bastı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s.281 vd; PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, s.245; KARSLI, s.336 vd; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.350, s.351; UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.115 vd; ÜSTÜNDAĞ, s.245 vd. Ayrıca bkz. şikayetçinin 6671 parsel sayılı taşınmazın tamamı üzerindeki haczin kaldırılmasını talep ettiği ve 1440 parsel sayılı taşınmaza yönelik bir talebi olmamasına rağmen 1440 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki haczin kısmen kaldırılmasının taleple bağlılık ilkesine aykırı olacağı hakkında bkz. Y. 12. HD 2015/20835 E. 2015/29784 K.; bkz. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=219&t=229129> (erişim tarihi:

tazminattır. Zararın hesaplanması ve mahkemenin kararı da bu tazminata ilişkindir. Bu nedenle taleple bağlılık ilkesine aykırılık söz konusu değildir. Benzer şekilde karara konu olayda davacının tazminat miktarına ilişkin talebi, maddi tazminat olarak toplam 25.850,10 TL'dir ve mahkemenin bu miktarın fazlasına karar vermesi söz konusu değildir.

VI- SONUÇ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, talep olmadığı sürece haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan gelir yoksunluğunun dava tarihine kadar hesaplanması gerektiğine karar vermiştir.

Haksız rekabet fiili nedeniyle oluşan gelir yoksunluğu, zararı hesap anında sonra gerçekleştirmiş ise gelecekteki zararın bir görünümüdür. Ayrıca gelir yoksunluğu, zararın meydana geldiği anda öngörülebilir ve gelecekte gerçekleşmesi kesin gözüyle bakılan zarardır. Bunun yanında haksız rekabet fiiline bağlı olarak gerçekleşen gelir yoksunluğu, ilave bir fiil ile meydana gelen bir zarar olmadığından muhtemel bir zarar da değildir.

Haksız rekabet eylemi nedeniyle meydana gelen gelir yoksunluğu ve fiili zarar, zararın birliği ilkesi gereğince birlikte ele alınır ve zarar periyodik olarak arttıkça, her periyot için ayrı tazminat hesaplanmaz. Gelir yoksunluğu, zararın birliği ilkesinin bir istisnası teşkil etmez.

Zararın birliği ilkesinin bir sonucu olarak, gelecekteki zarar olarak hesap anından sonra gerçekleşen gelir yoksunluğu için ayrı bir dava sebebinin olmaması nedeniyle davacının dava tarihinden sonra meydana gelen gelir yoksunluğu için ayrı bir dava sebebi yoktur.

Bütün bu nedenlerle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin talep olmadığı sürece haksız rekabet fiili nedeniyle uğranılan gelir yoksunluğunun dava tarihine kadar hesaplanması gerektiğine dair kararı, zararın birliği ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan her dava açıldığı tarihteki durumuna göre karara bağlanır ilkesini zararın birliği ilkesine aykırı olarak yorumlamak usul ekonomisine uygun olmaz. Aynı şekilde zararın birliği ilkesi kapsamında olan ve dava tarihinden sonra meydana gelen zararlar, aynı vakiya ve aynı hukuki sebebe dayalı olduklarından hüküm altına alınması mahkeme için ek yük teşkil etmez.

01.03.2018); Faiz talebi olmaksızın faize hükmedilmesinin taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu hakkında bkz. Y. 10. HD 8.3.2016 T. 2015/8720 E. 2016/2655 K.; bkz. <http://www.avsar.av.tr/kutuphane/ictihatlar/yargitay/yargitay-hukuk-daireleri/10-daire/y10hd-e-20158720k-20162655> (erişim tarihi: 01.03.2018).

Yargıtay'ın haksız rekabetin neden olduğu zararın dava tarihinden sonraki dönem için hesaplanmasının, taleple bağıllık ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmesi de yerinde değildir. Çünkü taleple bağıllık ilkesi, talep edilen hukuki sonuçtan başka bir sonuca ve talep edilen miktardan fazlasına karar verilememesi anlamına gelir ve karara konu olayda davacının hukuki sonuca ilişkin talebi tazminattır ve talep edilen tazminat tutarından daha fazlasına karar verilmesi söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

ABRAHAM, Kenneth S.: The Forms and Functions of Tort Law, 5. Bası, Foundation Press, New York 2017.

AKÇAY, Ergin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Bası, Sayram Yayınevi, Konya 2017.

ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2015.

AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2016.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

ÇAKIRCA, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı (Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

DEVELİOĞLU, H. Murat: Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.787-821.

DOBBS, Dan B.: Law of Remedies, 2. Bası, West Publishing Co., ABD 1993.

DOĞANGÜN, Temel: Haksız Fiillerde Zamanaşımı Süreleri ve Bu Sürelerin Başlangıcı (BK. m. 60), Yargıtay Dergisi, Y. 1992, C. 18, Sa. 1-2, s.188-219.

ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

ERDİL, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.

FISCHER, James M.: Understanding Remedies, Matthew Bender & Co, ABD 1999.

GÜRPINAR, Bünyamin/ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu,

28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 61-95; <http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/sorumluluk-ve-tazminat-hukuku-sempozyumu-17418?siteUri=hukuk> (erişim tarihi: 01.03.2018).

HATEMİ/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

HAVUTÇU, Ayşe: Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 12, Özel Sayı, s. 579-605

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

İYİMAYA, Ahmet: Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru), TBB Dergisi, Y. 1990, Sa. 2, s. 180-211.

KARA, Etem: Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanunu'nda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanunu'nda Basiretli Tacir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Özel Sayı, Y. 2017, C. 19, s. 2127-2163.

KARACABEY, Ö. Faruk: Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK. m.60), *Yargıtay Dergisi*, Y. 1978, C. 4, Sa. 4, s. 477-502.

KARAKILIÇ, Hasan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012.

KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2017.

KILIÇOĞLU, Kumru: Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitapevi, Ankara 2012.

KIONKA, Edward J.: Torts in a Nutshell, 3. Bası, West Group, ABD 1999.

KIYAK, Emre: Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2013.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Bası, Demir ve Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

NART, Serdar: Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk

Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Y. 2012, s. 215-237.

MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, SDÜHFD, Y. 2014, C. 4, Sa. 2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 23-63.

MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

NOMER ERTAN, N. Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

OĞUZ, Habip: Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay'ın Bir Kararının İncelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, Sa. 8, s. 301-316.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

PANIER, Alexander: Grundsatz der Schadenseinheit, Peter Lang, Frankfurt 2009.

PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

REİSOĞLU, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 25. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

RÜZGARESEN, Cumhuriyet: Usul Ekonomisi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

SAVAŞ, Fatma Burcu: Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı, TBB Dergisi, Y. 2008, Sa. 74, s. 121-148.

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C. 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, İstanbul 1973.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, Alfa Basım, İstanbul 1997.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

*ZARARIN BİRLİĞİ İLKESİNİN TAZMİNATIN HESAPLANMASINA ETKİSİ
BAKIMINDAN BİR YARGITAY KARARININ İNCELENMESİ*

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/
CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.
Bası, Barış Yayınları, İzmir 2013.

SİYASET YAPMAK YA DA YAPMAMAK: 2018 İSTANBUL BAROSU SEÇİMLERİNE BİR BAKIŞ*

Dr. Seda KALEM, Dr. İdil ELVERİŞ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2404-9429>

DOI: 10.30915/abd.514913

Makalenin Geldiği Tarih: 28.11.2018 **Kabul Tarihi:** 10.12.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı. İletişim: seda.kalem@bilgi.edu.tr; idil.elveris@bilgi.edu.tr. Ayrıca, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Arca Alpan çalışmada kullanılan kampanya malzemelerinin derlenmesine katkıda bulunmuştur. Kendisine teşekkür ederiz.

ÖZ

İstanbul Barosu Türkiye'nin en eski meslek örgütlerinden bir olmanın yanısıra kayıtlı yaklaşık 40.000 avukatıyla dünyanın da en büyük barolarından biridir. Bu tarihsel güç Baroyu devlet ile meslek arasındaki ilişkinin şekillenmesinde de her zaman etkili bir aktör yapmıştır. Bu ilişkinin temel belirleyici ekseni Baronun siyasi angajmanı meselesidir. Baronun ne kadar ve ne şekilde siyaset yapabileceğine ilişkin tartışmalar, 1970'lerden itibaren kendi içinde de farklı grupların yönetim için mücadele etmesine neden olur. 2018 İstanbul Barosu seçimlerinde yarışan grupların kampanyalarının incelendiği bu çalışmada, Baronun siyaset yapmasına ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konulur. Bu yaklaşımların analizi sonucunda, Baronun geniş anlamda siyaset yapması ile mesleğin siyasetini yapması arasında çizilmeye çalışılan sınırın durumsal olarak belirlendiği, ve bir mücadele alanı olarak her daim değişen aktörler, koşullar ve öncelikler üzerinden yeniden tanımlanmaya açık olduğu öne sürülür.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve siyaset, meslekler ve siyaset, Baro ve siyaset, hukuk mesleği, İstanbul Barosu, Türkiye.

POLITICS OF THE BAR: A CLOSE LOOK AT
2018 ISTANBUL BAR ELECTIONS

ABSTRACT

Istanbul Bar Association is among the oldest professional organizations in Turkey and with almost 40,000 registered lawyers it is also one of the largest bar associations in the world. With this invested authority, it is also one of the most influential actors in determining the relationship between the state and the profession which has historically been a contested one due to the extent of the Bar's political engagement. Controversies around the extent and the form of this engagement have led to various divisions within the Bar since mid-1970s. In this paper, we look at 2018 Bar elections and examine campaigns of different groups competing for power in order to reveal different approaches to the Bar "doing politics". We argue that the boundaries between politics at large and politics of the profession are situationally determined and hence contingent upon differing actors, circumstances and priorities.

Keywords: Law and politics, professions and politics, politics of the Bar, legal profession, Istanbul Bar Association, Turkey.

Giriş

Türkiye'nin giderek otoriterleştiği, siyasal alana iktidar partisi tarafından hükmedildiği, muhalefetin etkisiz ve adeta kısırılmış olduğu uzun süredir dile getirilmektedir. Buna karşın, meslek gruplarının da dahil olduğu toplumsal alana bakıldığında, özellikle tabip odalarının, mühendis odalarının ve baroların muhalif rollerini oynamaya devam ettiği de görülmektedir. Üstelik, hükümetin siyasal alandaki rakiplerine karşı geliştirdiği taktiklerin bu aktörleri etkisizleştirmede başarılı olduğu görülürken, toplumsal alandaki rakiplerine karşı her zaman aynı başarıyı elde ettiğini söylemek de mümkün değildir. Barolar özelinde bakıldığında ise, özellikle son on yıldır Türkiye genelinde baro yönetimlerinin giderek artan şekilde hükümete muhalif gruplara geçtiği gözlemlenebilir. Bu muhalif yönetimlerin en güçlüsü de kuşkusuz İstanbul Barosudur. 1878 yılına dayanan bir geçmişi ve bugün kayıtlı 40.000'in üstünde üyesiyle Türkiye'deki toplam avukatların yaklaşık %40'ını barındıran bir meslek örgütü olması itibarıyla İstanbul Barosunun meslek ile devlet arasındaki ilişkinin yönünün ve içeriğinin belirlenmesinde en etkili kurumların başında geldiği söylenebilir. Nitekim İstanbul Barosu, Cumhuriyet'in ilanını takip eden ilk yıllarda meslekte yaşanan tasfiyelerde rejime karşı bir duruş sergilemiş olsa da sonrasında, hukuk eğitiminin de yeni rejimin ilkeleri doğrultusunda düzenlenmesiyle, Cumhuriyet ve kazanımlarını savunma ve koruma görevini mesleğin ve örgütün varoluşunun gerisindeki itici gücü olarak görmüştür. Söz konusu anlayış, 1976 yılı itibarıyla Baro içinde ortaya çıkan bölünmeleri de tanımlayan temel unsurdur. Nitekim 1970'lerde sol ideolojiye yakın duran Baronun içinden ortaya çıkan ilk muhalif grup da söylemini sadece devleti ve rejimi korumaya odaklanmış bir meslek örgütü üzerine kurar. 1990'larda ise örgüt içi gruplaşmaları belirleyen temel tartışma eksenini siyasal İslam'a karşı yürütülen mücadelede Baronun rolüdür. 2000'lerin başından itibaren ise siyasal iktidarın söylemlerine, politikalarına ve faaliyetlerine karşı İstanbul Barosunun nerede duracağı ve ne kadar müdahaleci olacağı konuları örgüt içi bölünmeleri tanımlayan meseleler haline gelir.

Tüm bu ayrışmalarda öne çıkan temel mesele ise meslek örgütü olarak baroların ne kadar ve ne tür bir siyaset yapabileceğine ilişkin tartışmalardır. Bu bağlamda İstanbul Barosu seçimleri de, 1976 senesinden itibaren farklı grupların yönetim için yarıştığı ve bu yarışta da ağırlıklı olarak kendi ideolojik duruşlarına paralel bir şekilde yürüttükleri siyasi bir alan olarak karşımıza çıkar. Ayrıca ana akım medyanın yanısıra alternatif medya kanallarının seçime olan ilgisi de Baronun, diğer meslek örgütlerinden çok daha görünür şekilde, siyasi alan ile ilişkilendirildiğini ortaya koyar. İşte biz de bu makalede, İstanbul Barosunun 2018 seçimlerine katılan farklı grupların kampanyalarında hangi konuları öne çıkardıklarına, ne gibi meseleleri sorunsallaştırdıklarına ve bunlara

ilişkin nasıl çözümler ürettiklerine, ne gibi vaatlerde bulduklarına yakından bakarak, baroların siyaset yapma(ma)sına ilişkin mücadelelerin bu süreçte nasıl ve ne yoğunlukta ortaya çıktığını detaylı bir incelemeye tabii tuttuk. Seçime giren grupların siyaset yapmaktan ne anladığına, mesleki olan ile siyasi olan arasındaki sınırı nasıl tartıştığına, bu sınırın geçişliliğini nasıl sorunsallaştırdığına bakmanın, esasen meslek ve devlet arasındaki ilişkinin seyri üzerine düşünmeyi de mümkün kılacağına inanıyoruz.

Bir meslek ikilemi olarak siyaset

Türkiye’de genel anlamda yargının ve özelde avukatlık mesleğinin, Cumhuriyet rejimini korumak ve savunmak gibi ideolojik bir amaçla kurulduğu kabul edilir.^[1] Bu amaç, mesleği düzenleyen ilk kanun olan 1924 Muhâmât Kanunu’nun kabulünü takip eden dönemde kurulan ihraç komisyonlarının yaptığı tasfiyelerde belirgin şekilde ortaya konur.^[2] Bu bağlamda Kanun’un iki temel amacı olduğu ileri sürülür: ilki avukatlık mesleğinin ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri yapmak, ikincisi ise “yakın dönemde Türkiye aleyhine çalışmış kişilerin tasfiyesini gerçekleştirmek”tir.^[3] İlkine ilişkin olarak, Kanun’un beşinci maddesi ile her baronun kendi içinde bir “meclisi inzibati” olacağı düzenlenir ki bu meclislerin esas görevi meslek ahlakına aykırı davranışları tespit etmek ve bu konuda öngörülen işlemleri yapmaktır. İkincisiyle bağlantılı olarak da büyük çoğunluğu gayrimüslim olan birçok avukat Cumhuriyet ile uyumlu kadrolar yaratmak adına meslekten uzaklaştırılır.

Benzer şekilde, 1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun TBMM’de tartışıldığı sırada hükümet temsilcilerinin Kanun’u savunmak için yaptığı

[1] Bkz. Elveriş, İ. (2014). *Barolar ve siyaset*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları; İnanıcı, H. (2001). Türkiye’de avukatlık ideolojisi. *Toplum ve Bilim*, 87, 135 – 163; İnanıcı, H. (2008). 21. *Yüzyılda avukatlık ve baro*. Ankara: Legal Yayınevi; Kalem Berk, S. (2015). Arabuluculuk tartışmaları üzerinden Türkiye’de hukuk mesleğine Bourdieucü bir bakış. *Toplum ve Bilim*, 132, 222-231; Özman, A. (2000/2001). Hukuk, siyaset, ideoloji ekseninde hukukçu kimliğinin yeniden tanımlanması: Erken cumhuriyet dönemi üzerine bir inceleme. *Toplum ve Bilim*, 87, 164 – 176.

Ayrıca Boğaç Erozan Cumhuriyet’in ilk döneminin hukuk fakültesi hocalarının da bu misyonu üstlenen ideolojik entellektüeller olduğunu ortaya koyar. Erozan, H. B. (2005). *Producing obedience: Law professors and the Turkish state* (Yayımlanmamış doktora tezi). University of Minnesota.

[2] Karabulut, U. (2013). Muhâmât Kanunu: Türkiye’de avukatlık kurumunun düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda yaşanan tasfiyeler. *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, XIII 27, s. 88.

[3] A.g.e. s. 83.

konuşmalar da yine bu ideolojik amaç doğrultusunda belirli bir avukat kitlesinin yaratıldığını ve devletin bu kitleyi kontrol edebilmesi için birtakım araçlar geliştirildiğini ortaya koyar.^[4] Nitekim dönemin Adalet Bakanı Şükrü Saraçoğlu'nun mesleğin rejimin ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin ifadeleri yeni bir düzenlemeyi haklılaştırır niteliktedir:

“İnkılap yapmış, yeni bir rejim kurmuş olan her yerde avukatlık mesleğini o inkılabın esaslarına göre düzenlemek zarureti belirlemiştir. Nitekim İtalya avukatlar kanunu süratle faşizmin icaplarına uygun bir hale geldiği gibi Alman avukatlar kanunu da bugün nasyonal sosyalizmin damgalarını taşımaktadır. Biz de layihamızı (tasarı) cumhuriyetçi, milliyetçi, laik, devletçi realist rejimimizin bir kelime ile Kemalizmin derin izleriyle takviyeye çalıştık”.^[5]

Mesleğin devlet eliyle kontrol edilmesine dönük siyasi iradeyi yansıtan bu yaklaşım, halen yürürlükte bulunan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1969'da kabulüyle değişmiş, devlet ile meslek arasındaki neredeyse organik olan bağ ilk defa zayıflamıştır. Gerçekten de, yeni düzenlemeyle beraber, özellikle bir üst meslek örgütü olan Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) kurulması ve bu örgütün Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen birtakım görevleri -örneğin avukatlık ruhsatnamesi düzenlenmesini- üstlenmesiyle, barolar üstündeki yoğun devlet vesayeti tamamen kalkmamakla beraber, azalır. Bu görece bağımsızlık, baroların mesleki sorunlara yönelmelerini ve siyasetten uzak durmalarını sağlamak adına atılmış bir adım olarak da görülebilir. Esasen bu yeni durum, devlet-meslek ilişkisinde bir değişimin sonucudur; zira 1950'lerde çok partili döneme geçilmesiyle ortaya çıkan görece çoğulcu ortam ve daha sonra 1961 Anayasası'ndaki sosyal hakların genişliği, menfaat gruplarının faaliyetlerine de yansır.^[6] Neticede, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 12 Mart muhtırası öncesi dönemde, aslında meslek örgütlerinin mesleki dayanışmacı klasik rollerini yerine getirmeleri için bir fırsat da ortaya çıkar. Nitekim yeni kanunun baroların kuruluş ve niteliklerini sayan 76. maddesinin ilk hali şöyledir:

“Barolar, bu kanunda yazılı esaslar uyarınca meslek hizmetleri görmek, mesleki ahlak ve dayanışmayı korumak, avukatlığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

[4] Toprak, M. (2014). *Geçmişten günümüze avukatlık kanunları*. Ankara: TBB yayınları, s. 180.

[5] Özkent, A.H. (1940). *Avukatın kitabı*. İstanbul: Arkadaş Basımevi, s. 136.

[6] Özman, A. (1995). *The state and bar associations in Turkey: A study in interest-group politics* (Yayımlanmamış doktora tezi). Bilkent Üniversitesi.

Barolar, kanunda belirtilenler dışında herhangi bir işle ve siyasetle uğraşamazlar (...)”.[7]

Bu ifadelerde, mesleki hizmet, meslek ahlakı ve dayanışması, avukatlığın genel menfaati gibi kavramlar üstünden baroların sadece mesleki yanına vurgu yapıldığı görülebilir. Ancak bu son derece dar düzenleme dahi baroların siyasetten uzak durmasını sağlamak açısından yetersiz bulunmuş olacak ki, ayrıca mesleki alandan çıkıp siyasetle ya da başka bir işle uğraşamayacakları da bir sonraki fıkrada açıkça belirtilir.[8] Öte yandan, bu düzenleme ile ortaya konulan siyasi iradeye rağmen baroların siyasetten uzak durmadığı, 1136 sayılı Kanun’un kabulünü takip eden ve özellikle de 12 Eylül askeri darbesi öncesi dönemde aktif bir şekilde insan hakları ve demokrasi savunusu yaparak muhalif bir duruş sergiledikleri de bilinir.[9] Örneğin 1970’lerde İstanbul Barosunun sol siyasete yakın durduğu, özellikle de 1976-1983 yılları arasında Baro Başkanlığı yapan Orhan Apaydın döneminde devlete karşı süresiz gözaltı, işkence ve kötü muamele suçlamalarıyla bir dizi protesto eylemi gerçekleştirildiği bilinir. Nitekim Orhan Apaydın, Barış Derneğine üye olmaktan ötürü yargılanıp mahkumiyet aldığı dava sonucunda 1983 yılında Adalet Bakanı tarafından görevinden alınır.[10]

Ancak burada asıl ilginç husus, 1969 Avukatlık Kanunu ile “mesleki” olan ile sınırlandırılmış olan baroların üst kuruluşu TBB’nin, 13 yıl sonra anayasal bir statü ile bir siyasa ortağı olarak devletin içine girmesidir. 1961 Anayasası da meslek kuruluşlarına yer verir; ancak TBB 1969 yılına dek kurulmadığından bu rolü oynaması fiilen mümkün olmaz. 1982 Anayasası ise TBB dahil çeşitli meslek kuruluşları bakımından, siyaset bilimi literatüründe korporatist olarak adlandırılan bir menfaat grubu modelini benimseyerek, bu kuruluşları devlet mekanizmasına dahil eder. Bu şekilde siyasa yapımında ortak kabul edilen bu örgütlerin, devlet ile kendi çalışma alanlarında istişare etmesi ve böylece aralarında uyumlu bir ilişkinin olması beklenir. Öte yandan, sözkonusu anayasal yapı uygulamada bu tarz bir siyasa ortaklığını sağlamaz. Bu sonucun birden fazla sebebi vardır.[11] Öncelikle Türkiye’deki monist (tekçi) devlet geleneğinde

[7] Avukatlık Kanunu (1969, 7 Nisan). Resmi Gazete (Sayı:13168, sf. 7). Erişim adresi <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf>

[8] Ancak belirli bir tarihsel süreçte ortaya çıkan ve neredeyse elli yıllık yerleşik bir geleneğin aniden kesilmesini gerektiren bu yaklaşımın mesleği pasifize etme amacı taşıdığına ilişkin eleştiriler de olmuştur (Özman, 1995).

[9] Bkz. Özman, 1995; Türem, U. (2001). *Globalization of law and the legal profession in Turkey* (Yayımlanmamış YL Tezi). Boğaziçi Üniversitesi: İstanbul.

[10] Bkz. İnanıcı, 2008, s. 153.

[11] Bkz. Elveriş, 2014.

devletin elindeki gücü ne baro ile ne de başka herhangi bir kurum veya ortak ile paylaşarak siyasa belirleme arzusunda olmadığı görülür. Aynı zamanda, ülkede özellikle 1980'ler sonrası yaşanan sosyo-ekonomik değişimin yarattığı yükseköğrenim talebi, mesleğe olan yönelimi ve avukat sayısını da artırır. Bu artış da barolar üzerinde hem mesleki kontrol kaybı hem de avukat kitlesinin heterojenleşmesi ve bu nedenle baro içi ayrışmaların ortaya çıkması etkisini yaratır. Ayrıca, korporatist bir yapıda hükümetin siyasa ortakları olan kurumların koruyucu menfaat grupları olarak hareket etmesi de beklenir. Bu anlamda da barolar, bir yandan üyelerini koruyan bir menfaat grubuyken, diğer yandan -ileride 2001 değişiklikleri açıklanırken görüleceği üzere- savunucu bir menfaat grubu olarak da hareket ederler. İlki baroların hükümetlerle iyi geçinmesini gerektirirken, ikinci statü ise gerektiğinde siyasal iktidar ile mücadeleyi zorunlu kılar. Dolayısıyla, bu durum barolar açısından bir rol karmaşası yaratır. Bir başka deyişle, barolar savunucu menfaat grubu olmaktan vazgeçmedikçe, siyasa ortağı rolü oynamaları zorlaşır. Son olarak, tüm bunlardan bağımsız bir şekilde, avukatlar bir meslek grubu olarak siyasi yelpazenin solundan sağına her zaman siyasete ilgi duyarlar. Mesleğin toplumsal olaylara yakınlığı düşünüldüğünde kaçınılmaz görünen bu ilgi, devlet ile olan ilişkisinde ise her daim bir çatışma unsurudur.^[12]

Diğer yandan, birçok kurum ve kuruluş için siyaset yasakları öngören 1982 Anayasası, baroların 76. maddede yer alan kurumsal siyaset yasağını korur; ancak memurlar ve sendikaların aksine avukatlar veya diğer serbest meslek üyeleri için siyasal yasaklar getirmez. Dahası, 76. maddenin birinci fıkrası da 1997 yılına dek ilk haliyle korunur; ancak o yıl ikinci fıkrası “Barolar, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar” şeklinde değiştirilir.^[13] Bu değişiklik ile barolar için açık siyaset yasağı kalkar ve amaçlarına uygun oldukça başka işlerle uğraşabileceklerini ifade eden daha özgürlükçü bir düzenleme getirilir. Ancak, birinci fıkradaki kuruluş nitelikleri hala oldukça dar bir şekilde tanımlanmaya devam eder. Nihayet, buna ilişkin değişiklik de 2001 yılında yapılır ve 76. maddenin 1. fıkrası da bugünkü halini alır. Bu yeni tanımla, meslek örgütünün niteliklerinin özellikle de hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumayı içerecek şekilde genişletilmesi, baroların sadece mesleğin menfaatlerini gözetken koruyucu bir örgüt olmanın ötesinde, fiiliyatta var olan savunucu rolü de üstlenmelerinin önünü açar.

“Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek

[12] Bkz. Elveriş, 2014.

[13] Değişik ikinci fıkra: 18/6/1997-4276/3 md.

düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır”.^[14]

Hukuki çerçevesi bu şekilde düzenlenen baro-devlet ilişkisinde, baroların ne kadar siyaset yapabileceğine, neyin siyasetini yapabileceğine ilişkin tartışma halen bitmiş değildir. Bu tartışmada sıklıkla baroların, “siyaset yapmaması” gerektiği öne sürülür. Hatta bazı avukatlar dahi baroların “mesleğin siyasetini” yapması gerektiğini ifade eder.^[15] Bu görüşe göre bir baro özü itibarıyla siyasi konulara karışmamalıdır. Bu tartışmalarda adı geçen “özü itibarıyla siyasi” konuların, bir ülkedeki kaynakları, üretimi, toplumsal yaşamı, bölüşümü ilgilendiren, siyasi karar alma süreçlerine tabi ve siyasi aktörlerin uzlaşısı ile çözülecek konular olduğu düşünülebilir. Bu çalışmada da “geniş anlamda siyaset” ifadesi ile kastedilen budur. Öte yandan geniş anlamda siyaset ile mesleğin siyaseti arasındaki çizgi her zaman yeniden tanımlanabilir bir sınıra işaret eder. Örneğin, TBB’nin adli yıl açılış törenlerindeki konuşmalarına bakıldığında, özellikle son on yılda ele alınan konuların hukukla yargıyla ya da meslekle sınırlı olmadığı, Kıbrıs sorunundan laikliğe, depremlere kadar son derece geniş bir yelpazede yer aldığı görülebilir. Hatta adli yıl açılış törenlerinin iptalinin sebebi dahi esasen baroların ne kadar siyaset yapabileceğine ilişkin huzursuzluklardır. 10 Mayıs 2014 tarihinde Danıştayın 146. yıldönümünde TBB Başkanı Metin Feyzioğlu’nun konuşmasının uzunluğu ve ele aldığı konular, o zamanki Başbakan Erdoğan tarafından kendisinin edepsizlikle ve siyaset yapmakla suçlanmasına neden olur. Bu gerginliğin akabinde ise kabinenin 2014 adli yıl açılış törenine katılmaz ve neticede Kasım 2014’te törenlerin yasal dayanağı kaldırılır.^[16] Bu siyasi hamle hükümet tarafından şöyle haklılaştırılır: “Biz töreni yasaklamadık. Sadece yasal dayanağını kaldırdık. Bu törenler Başbakanların azarlandığı, milli iradenin aşağılandığı, Başbakanlara konuşma ve cevap hakkı tanınmadan yapılan toplantılar şeklinde geçmektedir. Siyaset yapılacak yerler bellidir. Cüppelerini çıkarsınlar siyasetlerini öyle yapsınlar”.^[17]

Bu tepkide de görüldüğü üzere, siyasetten anlaşılanın ne olduğu, kimin ne kadar siyaset yapabileceği ve bu yapılan siyasetin mesleğe etkileri esasen baroların devlet ile olan ilişkisini belirleyen ve tanımlayan temel meselelerdir.

[14] Değişik birinci fıkra: 2/5/2001–4667/46 md.

[15] Bkz. Elveriş, 2014.

[16] Armutçu, O. (2014, 13 Kasım). Adli yıl açılış töreni kalktı. *Hürriyet*. Erişim adresi <http://www.hurriyet.com.tr/>

[17] Bkz. Armutçu, 2014.

Bu bağlamda, avukatların %60'ının temsil edildiği üç büyük baro ve TBB üzerinden yürüten bu tartışmada siyasiliğe ilişkin tutumlar, avukatlar arasında da ideolojik eksende farklılaşır.^[18] Nitekim barolardaki gruplaşmaların temel tartışma eksenlerinden birini meslek örgütünün siyasete ne kadar dahil olacağı, baroların nasıl bir siyaset yapabilecekleri konusu oluşturur. Özellikle son yıllarda iktidar partisinin gerek yargıya gerekse avukatlık mesleğine yönelik giderek artan müdahaleleri, sertleşen söylemleri ve kısıtlayıcı politikaları karşısında, üç baro yönetimini de elinde bulunduran Kemalist grupların daha belirgin bir biçimde rejim savunuculuğu rolü üstlendikleri ve siyasi bir duruş sergilemeye devam ettikleri gözlenebilir. Nitekim 2018 seçimlerinin galibi Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubunun (Öİ-ÇAG) adayı Mehmet Durakoğlu da kampanya süresince Baronun yargı bağımsızlığını savunmak ve rejimi korumak konusundaki rolünün örgütü tek anlamlı ve güvenilir muhalefet odağı yaptığının altını çizer. Yukarıda da bahsedildiği üzere bu rol avukatlık mesleği için yeni olmadığı gibi, esasen mesleği tanımlayan kurucu roldür. Böylece Durakoğlu da bir TV programında açık açık “hukuk siyasettir, siyaset hukuktur” diyerek, İstanbul Barosunun taşıdığı bu tarihi misyonla siyasetten uzak duramayacağını da bir kez daha gözler önüne sermiş olur.

Öte yandan, İstanbul Barosunun siyasi angajmanı tarihsel bir mesele olmanın yanı sıra ampirik bir soruyu da barındırır. Baronun ne kadar ve neyin siyasetini yapabileceğine ilişkin tartışmalar, hukuk alanının sınırlarının hem alanın kendi aktörleri arasındaki hem de diğer alanlarla olan karşılıklı mücadeleler üzerinden tanımlandığını ortaya koyar.^[19] Tam da bu nedenle sınırların geçişkenliğinin ampirik bir gözlem üzerinden takip edilmesi anlamlıdır ki bu çalışma tam da bunu gerçekleştirmeyi hedefler. Bu bağlamda, çalışmanın geri kalanında İstanbul Barosunun 2018 seçimlerine katılan grupların ve adayların kampanya süreçlerindeki görsel ve yazılı malzemeleri, web sayfalarında yayımlanan ve başka mecralarda yapılan açıklamaları ve başkan adaylarının katıldıkları programlardaki konuşmaları özellikle meslek ve siyaset ilişkisine dair ne söyledikleri üstünden içerik analizine tabii tutularak incelenecektir. Gruplar, seçimde aldıkları oy oranları doğrultusunda, en çok oy alandan en az oy alana doğru sıralanmak suretiyle ele alınacaktır.

[18] Öngün, E. ve Hassan, M. 2013. How political dynamics work in professional organizations: The radical left and the Istanbul Bar Association. In: Massicard, É. and Watts, N. F. Ed(s). *Negotiating political power in Turkey: Breaking up the party*. NY: Routledge, pp. 140 – 156.

[19] Bourdieu, P. (1987). The force of law: Toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*, 38, 805-853.

2018 Seçimleri

20-21 Ekim 2018 tarihlerinde İstanbul Barosunda gerçekleştirilen son genel kurulun ikinci gününde, Baroya kayıtlı toplam 41.462 avukatın 26.756'sının katılımıyla gerçekleşen seçimi, Öİ-ÇAG adayı ve bir önceki dönemin Baro Başkanı Mehmet Durakoğlu oyların %31'ini alarak kazanmıştır.^[20] Bu sonuç ile İstanbul Barosunda dokuzuncu Öİ-ÇAG dönemi de başlamış olur. Öte yandan bu seçim, Baronun 140 yıllık tarihinin en fazla adaylı seçimi de olmuştur. Özellikle 2000'li yıllardan itibaren Barodaki avukat gruplarının sayıları artmakla beraber, 2018 genel kurulundaki aday çeşitliliği daha önce rastlanılmış bir görüntü değildir. Bu durumun önemli bir sebebi Baroyu neredeyse her zaman yönetmiş olan önce Çağdaş Avukatlar Grubunda (ÇAG) sonra da Öİ-ÇAG'da yaşanan bölünmelerdir. Bu seçimde gerek Öİ-ÇAG'ın iki adayla seçime girmesi gerekse Avukat Hareketi grubu ile Avukat Hakları Grubunun ÇAG ve Öİ-ÇAG'dan ayrılan avukatlardan oluşması bu tespiti destekler. Aynı zamanda, politik ve ideolojik hatta ayrışan bu grupların sağ siyasete yakın duranları arasındaki ayrışma da yine aday sayısını arttırır. 2006 seçiminden itibaren Hukukun Üstünlüğü Platformu çatısında birleşen sağ-muhafazakar-milliyetçi avukatlar, ilk kez 2014'te iki ayrı grup ile seçime girerek bölünürler ve 2018 seçimlerinde de Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi ve İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu olarak farklı adaylar ile seçime girerler.^[21] İki tane bağımsız adayın katılması da bu seçimi İstanbul Barosu tarihinin en çekişmeli seçimlerinden biri yapan bir başka özelliktir. Tablo 1, 2018 genel kurulunda yarışan on aday ve aldıkları oyları gösterir.^[22]

[20] Başkan Durakoğlu güven tazeledi. (2018, 22 Ekim). Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/>

[21] Milli Görüş geleneğinden gelen ve 1990'lı yıllarda Baronun etkili gruplarından biri olan Çağrı Avukatlar Grubu 2006 yılına kadar seçimlere girer. Sonrasında ise aynı grubu destekleyen avukatlar farklı hukuk derneklerinin bir araya gelerek oluşturdukları Hukukun Üstünlüğü Platformu adı altında seçimlere katılırlar (Hukukun Üstünlüğü Platformu, t.y.). Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarını desteklediği bilinen bu grup 2012 seçimlerinde % 20'lik oy potansiyeli ile Baronun en güçlü üçüncü grubu durumuna gelir. Ancak 2014 seçimlerinde grubun toplam oyların %13'ünü alması, yeni kurulan Milliyetçi Avukatlar Grubunun oy oranının ise %7 civarında kalması, önceki seçimlerde birlikte hareket eden bu avukatlar arasındaki kopmaya işaret eder.

[22] Çiğdem Koç seçim günü adaylıktan çekilmiştir. Bu nedenle Koç'un kampanyası bu analize dahil edilmemiştir.

Tablo 1.*İstanbul Barosu 2018 genel kurulundaki gruplar, başkan adayları ve oy oranları*

Grup	Aday	Oy oranı
Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu	Mehmet Durakoğlu	%31.06
Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu Yükseliş Hareketi	Hasan Kılıç	%26.01
Avukat Hakları Grubu	Gökhan Ahi	%9.33
Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi	Talat Canbolat	%9.11
Bağımsız	Fikret İlkiz	%8.38
Özgürlükçü Demokrat Avukatlar	Eren Keskin	%6.36
İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu	Kaptan Yılmaz	%4.57
Avukat Hareketi	Başar Yaltı	%3.63
Ortak Hedef Platformu	Cem Kaya Karatün	%1.53
Bağımsız	Çiğdem Koç	%0.04

Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu (Öİ-ÇAG)Slogan: *Biz Avukatız!*

İstanbul Barosunu 2002 yılından beri yöneten grup olan Öİ-ÇAG, web sayfasında kendisini öncelikli olarak “demokrasiyi, Cumhuriyeti, temel hak ve özgürlükleri, insan haklarını, düşünce özgürlüğünü, evrensel hukuk kurallarını, barışı, hukukun üstünlüğünü, hak arama özgürlüğünü, Atatürk İlke ve Devrimlerini, aydınlanmayı, tam bağımsızlık ilkesini ve antiemperyalist dünya görüşünü, ülkenin bölünmez bütünlüğünü, başta laiklik olmak üzere Cumhuriyetin temel niteliklerini ve kazanımlarım savunan” bir yapılanma olarak tanıtır. Bu duruş, grubun ÇAG karşısında yeni bir fraksiyon olarak doğmasının gerisindeki hassasiyeti yansıttığı kadar, 2010 yılında grubun ilk defa seçimlere iki adayla katılmasının gerisindeki bölünmenin de ana eksenini oluşturur. Nitekim 2010 senesinde Muammer Aydın’a karşı aday olarak yarışan ve seçimin galibi olan Ümit Kocasakal kendisine neden aday olduğu sorulduğunda, “biz biz olarak kalabilelim diye” cevabını verirken esasen aday olmamanın grubun ilkelerinden taviz verilmesine neden olacağını ve “Cumhuriyet değerlerinin aşınmasına” hizmet etmek anlamına geleceğini söyler.^[23] 2016 seçimlerinde ise Ümit Kocasakal başkanlığı Öİ-ÇAG’ın tek adayı olan Mehmet Durakoğlu’na bırakırken yaptığı konuşmasında, kendi yönetiminin “anti-emperyalizm ve

[23] Taşçı, S. (2010, 20 Ekim). Brütüs değil Spartaküs!. *Yeniçağ*. Erişim adresi: <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/>

tam bağımsızlığı, yurttaşlık ve yurtseverliği esas alan Türk milliyetçiliği”ni temel aldığını belirtir. Ayrıca Türkiye’ye asıl gerekenin “Kuvayi Milliye ruhu” olduğunu söyleyerek, esasen Baronun iktidar karşısındaki en önemli muhalefet odağı olduğuna da dikkat çeker. Bu açıklama ile İstanbul Barosu da artık açıkça “yüksek siyasetin” en önemli aktörlerinden biri olarak tanımlanmış olur.^[24] Öİ-ÇAG’ın uzun yıllardır devam eden başarısını ilkel nedenlere dayandırmak ve bu muhalif duruşu da rejim savunuculuğu üzerinden açıklamak, takip eden yönetimlerin de benimsediği bir yaklaşımdır. Nitekim 2016 seçimlerinde oyların %55’ini alan yeni başkan Mehmet Durakoğlu da bu sonucu belli bir “çizginin başarısı” olarak nitelendirir. Bu çizgi de “Aydınlanma devriminin temsilcilerinin siyasal baskı karşısındaki direnişinin, hukukun üstünlüğü adına verilen mücadelenin sonucudur”.^[25]

2018 seçimlerinde de ikinci kez Mehmet Durakoğlu ile seçime giren Öİ-ÇAG, kampanya süresince *Biz Avukatız!* sloganını kullanır. Baro seçimlerinden önce 24 Şubat 2018’de Ankara’da düzenlenen ve TBB’den “Türkiye” ibaresini çıkarmaya yönelik Bakanlar Kurulu girişimlerini protesto amacı taşıyan toplantıda, Durakoğlu bu hamleye karşı çıkışlarını “milli duruşumuzun, vatanımıza ve Milletimize olan namus borcumuzun gereğidir” diye açıkladığı, oldukça hararetle bir konuşma yapar. Bu konuşmada, daha sonra 2018 seçim kampanyasının sloganı olacak *Biz Avukatız* ibaresini de defalarca tekrarlayarak hükümete ve idareye mesleğe müdahale edemeyeceklerinin, avukatlığı etkisiz hale getiremeyeceklerinin, Cumhuriyet ilkelerini çiğneyemeyeceklerinin mesajını verir. Nitekim seçim kampanyası sürecinde özellikle altı çizilen bir mesaj da yargı bağımsızlığına vurulan darbenin avukatlığa vurulamayacağına ilişkindir. Bu şekilde yargının ayaklarından biri kabul edilen, kabul edilmesi için uzun zamandır mücadele edilen meslek, kendini siyasi iradenin temsil ettiği devlet gücünün karşısında ve hatta toplumsal muhalefetin en önemli ve etkili ve hatta tek odağı olarak konumlandırır. Avukatlığı toplumun adalet inancının ya da inançsızlığının yansıması olarak tanımlayarak, belki de mesleğin siyasi tarihinde ilk kez bu kadar net bir söylemle toplumdan yana tavır alınır.^[26] Nitekim Durakoğlu kampanya süresince birçok farklı platformda İstanbul Barosunun sadece bir meslek örgütü olmadığını, artık vatandaşların “hukuk umudunun kıblesi” haline

[24] “Yüksek siyaset” ifadesi Kocasakal tarafından kullanılır. Bu ifade ile kastedilen, bu makalede geniş anlamda siyaset olarak nitelendirdiğimiz olgudur.

[25] İstanbul Barosu Başkanlığı’na Mehmet Durakoğlu seçildi (2016, 23 Ekim), *Sputnik*. Erişim adresi <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201610231025435114-istanbul-barosu-secim/>

[26] Bkz. Elveriş, 2014.

geldiğine vurgu yaparak anlatır.^[27] Bu “mabet” toplumun yargıya güvensizliği “okuduğu” temel mecradır; zira avukatların siyasi iktidar karşısında hak ve özgürlükleri savunma mücadelesi ve bu mücadele sırasında takındıkları muhalif tavır, toplum nezdinde yargıya kuşkuyla yaklaşılması gerektiği algısını da iyice yerleştirir. Durakoğlu, avukatların “yargı alanında çok ciddi bir başarısızlığı ortaya koyarak”, toplumun hukukun iyileştirilmesi konusunda güvenebileceği yegane grup haline geldiğini, ve bu nedenle de iktidarın sürekli olarak baroları parçalamaya çalıştığını da her defasında vurgular.^[28] Netice itibarıyla, bu açıklamaların tümünde İstanbul Barosu kendi tarihselliğinin de yüklediği misyonla, siyaset yapma zorunluluğu ve sorumluluğu olan bir kurum olarak tanımlanır. Zorunludur çünkü mevcut iktidar giderek hukuk alanını daraltarak siyasete güdümlü hale getirmiştir; sorumludur çünkü böyle bir ortamda toplumun yegane umudu İstanbul Barosudur. Durakoğlu İstanbul Barosunun “pamuklara sarılması gerektiğini” söyleyerek, bu tarihi rolün öneminin altını çizerek.^[29]

Öİ-ÇAG kuşkusuz siyaset yapmayı en fazla sahiplenen grupların başında gelir. Öte yandan, konuşmalarında açıkça “siyasetçilerin bu kadar çok hukuk konuştukları bir yerde, hukukçuların siyaset yapmasından çekinilmemesi gerektiğini” ifade eden Durakoğlu, yapılanın dar anlamda bir parti siyaseti olmadığını da özellikle vurgular.^[30] Bu bağlamda, siyaset yapmanın yeni siyasal rejime karşı mücadele etmek anlamına geldiği noktada, Baronun bu siyaseti yapma zorunluluğu baş gösterir. Öte yandan, seçimlere katılan diğer grupların Öİ-ÇAG yönetimine yönelik eleştirileri de ağırlıklı olarak siyaset yapmaktan mesleki meselelerle fazla ilgilenmediklerine ve hatta siyaseti de sınırlı ve ideolojik eksende yaptıklarına ilişkindir. İlk grup eleştirilere cevaben Durakoğlu kampanya süresince “orman” metaforunu kullanarak Öİ-ÇAG yönetiminin tek tek ağaçlardan ziyade büyük resme odaklandığının altını çizerek. Bir diğer deyişle, esas mesele olan siyasal iktidarın hukuk devletine, Cumhuriyet ilkelerine, rejime yönelik saldırılarını, yargının bağımsızlığına yönelik ihlallerini görmeden ve bu temel sorunun her türlü diğer meseleyi tanımlar nitelikte olduğunu tespit etmeden, hiçbir mesleki sorunun da çözülemeyeceği öne sürülür. Nitekim Durakoğlu, seçim sürecinde katıldığı bir TV programında avukatların sorunlarını

[27] Fikir Meydanı (2018, 9 Ekim). *UlusalKanal*. Erişim adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=5eMCUI-CqR8>

[28] Sosyal Hukuk. (2018, 11 Eylül). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 1. *MedyascopeTV*. Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/09/12/sosyal-hukuk-18-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-1-mehmet-durakoglu-ile-soylesi/>

[29] *Sosyal Hukuk*, 2018, 1.

[30] Günün Konuşu (2018, 2 Ekim). Yargının sorunları. *HalkTV*. Erişim adresi: <https://www.onceilkeceg.org/av-mehmet-durakoglu-gunun-konugu-programi-02-10-2018/>

soran sunucuya kısaca adil yargılamaya ilişkin, cezaevi görüşlerinde getirilen kısıtlamalara ilişkin yanıtı verdikten sonra, esas ormanı görmek gerektiğini, bu siyasal iktidarın bu ülkeyi hukuk devleti yapmak gibi bir derdi olmadığını aktarır.^[31] Benzer şekilde, diğer başkan adaylarının da katıldığı ve herkese eşit sürede cevaplamaları için ortak soruların yöneltildiği bir başka programda da “mesleğe ilişkin temel sorunlar nedir” sorusuna Durakoğlu “Ankara’dır” yanıtını verir ve bu ülkede siyasal iktidarın hukuk devleti kurma derdi olmadığını sürece de sorunların devam edeceğini ileri sürer.^[32]

İkinci grup eleştirilere cevaben ise Durakoğlu genelde İstanbul Barosunun web sayfasını temel referans olarak alır. İktidarın faaliyetleri karşısında sesiz kaldıklarına ya da tutuklu avukatların davalarında yeterince varlık gösteremediklerine yönelik iddialara hep İstanbul Barosunun web sayfasındaki açıklamalara atıfla karşılık verir. İstanbul Barosunun her türlü darbeye ve OHAL’e karşı tavrı kadar avukatların tutuklanmalarına veya basına yönelik davalara karşı duruşunu ortaya koyan açıklamalar hep web sayfasında mevcuttur. Durakoğlu, hiçbir kitle örgütünün darbe girişimine İstanbul Barosu kadar hızlı tepki göstermediğini, takip eden dönemde hiçbir grubun İstanbul Barosundan “daha net, daha açık, daha sert” açıklama yapmadığını da özellikle vurgulayarak, internet ortamında gösterilen bu tavrın kendi yönetimleri bakımından öneminin altını çizer.^[33] Öte yandan, kendini esas olarak siyasal iktidarın, hükümetin ve idarenin hukuka ve yargıya müdahalelerinin ve rejime yönelik tehditlerin karşısında konumlandırılan bir grubun, Baro yönetimi olarak hak arayışlarında yeterince görünür olmadıkları, tutuklu avukatların yanında durmadıkları, siyasal iktidarın faaliyetlerine yeterince karşı çıkmadıkları eleştirilerine maruz kalması da siyasetin sınırlarının bir mücadele alanı olduğunu ortaya koyar.

Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu- Yükseliş (Öİ-ÇAG Yükseliş)

Slogan: Avukatların yükselişi başladı, sen de katıl!

Oldukça detaylı bir kampanya metni olan Öİ-ÇAG Yükseliş Hareketi, kendisini Cumhuriyet değerlerini ve hukukunu koruyan, Atatürk devrimleri ışığında çağdaş, laik, demokratik ve sosyal hukuk devletine bağlı, akıl ve bilimin öncülüğüne inanan bir hareket olarak tanımlar.^[34] Bir kadro ve fikir hareketi

[31] *Günün Konuşu*, 2018.

[32] Hukuk Akademisi (2018, 11 Ekim). İstanbul Barosu “Seçim 2018” Canlı Yayını. Erişim adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=R5FxiAA6xo>

[33] *Fikir Meydanı*, 2018.

[34] Önce İlke Yükseliş. (t.y.). Erişim adresi: <https://onceilkeyukselis.com/>

olduğunu da ifade eden grup, bu bağlamda Öİ-ÇAG'ın çizgisinden farklı bir ideolojik yaklaşımı olmadığını düşündürür.^[35] Nitekim grubu Öİ-ÇAG'dan ayıran esas özellik, ideolojik farklılıklardan ziyade, Baro yönetiminin nelere odaklanması gerektiğine ilişkindir. Yükseliş Hareketi Öİ-ÇAG ile aynı Kemalist düzlemde yer almakla birlikte, bu duruş üzerinden bir seçim süreci yürütmez. Nitekim uzun kampanya metni de incelediğinde, esasen ideolojik meselelerden ziyade mesleki projelere odaklanan bir hareket ile karşılaşılır. Hatta aynı tespit doğrultusunda, bu grubun ÇAG'da bugüne değin meydana gelmiş ideolojik bölünmelerden farklı olarak, meslek üyeleri arasında gençlerin sayısının giderek artmasının doğurduğu yeni bir arayış sonucu ortaya çıktığı düşünülebilir.^[36] Gerçekten de yakında kıdemi on yıl ve daha az olan avukatların İstanbul Barosu üyelerinin yarısını oluşturacak olması nedeniyle, genç avukatların gündemini sahiplenmek ve yönetime taşımak baro seçimlerinin geleceğini şekillendirebilir bir yaklaşım olacaktır.^[37] Bu anlamda, bu grubun adayı Hasan Kılıç'ın da on beş yıla dayanan baro çalışması deneyimine rağmen diğer adaylardan kuşak anlamında daha genç olması, bu seçimlerde genç avukatlar üzerinden ayrı bir bölünmeye gidildiği izlenimi uyandırır. Nitekim Hasan Kılıç ve ekibi kampanya süresince gençliğe özellikle vurgu yapar. Öncelikle, kadronun hem deneyimli hem de “dinamik” olduğunun altı çizilir. Aynı zamanda, genç avukatların ve

[35] Bu husus, bir TV programında Durakoğlu tarafından da dile getirilir. Kendisine yeni hareketin neden ayrıldığına ilişkin olarak yöneltilen soruya cevaben, Öİ-ÇAG içinde 2010 senesinde yaşanan bölünmenin gerisinde “politik bir süreç” olduğunu, o zamanki farklılaşmanın ilkelere dayandığını, ancak şimdi böyle bir siyasal nedenin olmadığını ifade eder. Bkz. *Günün Konuşu*, 2018.

[36] Öte yandan, yönetimde ön seçim ile ilgili olarak süregelen gerginlik en son 1 Ağustos 2018 tarihinde avukatlara bir SMS ile Mehmet Durakoğlu'nun tek başkan adayı olduğunun bildirilmesi ile zirveye ulaşır; zira Hasan Kılıç 17 Temmuz 2018 tarihinde gruptan adaylığını açıklamıştır. Bu tavır, bazı avukatlar tarafından bir oldubitti olarak nitelendirilir ve yönetime hakim olduğu ileri sürülen tek adamcı zihniyetin bir göstergesi olarak görülür. Avukat Hareketi grubunun başkan adayı Başar Yaltı bu açıklamaya sert tepki veren avukatlardandır. Hasan Kılıç ve ekibinin Öİ-ÇAG'dan ayrılıp yeni bir hareket olarak örgütlenerek seçimlere katılmasının en önemli sebeplerinden biri de bu uygulamanın yarattığı hoşnutsuzluktur.

[37] İstanbul Barosu avukatları ile yapılan bir araştırmada, araştırmaya katılan avukatların %60'ının mesleki kıdeminin 10 yılın altında olduğu bulgusuna ulaşılmıştır. Bkz. Akbaş, K. (2011). *Avukatlık mesleğinin ekonomi politiği: Avukatların sınıfsal konumlarındaki değişim*. Ankara: Notabene Yayınları. Bu verinin baro üyelerinin kıdeminin yansıtmadığı belirsiz olsa da, araştırmacının üzerinden yedi yıl geçmiş olmasından ötürü sözkonusu kıdemim artmayacağı, hatta tam tersine azalacağı düşünülebilir. Nitekim benzer bir istatistik seçim sürecinde adaylarca da dile getirilmiştir. Bir canlı yayında Kaptan Yılmaz Baroda çoğunluğun gençlerde olduğunu söylerken, Gökhan Ahi ise aynı programda sayı vererek 27.000 avukatın kıdeminin on seneden az olduğunu dile getirir. Bkz. *Hukuk Akademisi*, 2018.

gelecek nesillerin baro çalışmalarına katılması ve görev alması da teşvik edilir ve bu teşvik için Baro konseyinden yerelde farklı örgütlenmelere birçok model önerilir. Hatta grubun web sayfasında bir de “sen de katıl” tuşu bulunmaktadır. Bunun yanında, siyasetin gündemine daha az girmekle birlikte toplumun ve özellikle gençlerin gündeminde yer alan sorunlardan çevre, hayvan hakkı, kadına şiddet ve çocuk istismarının önlenmesi ve ayrıca kadın avukatlara yönelik özel vurgu, hem genç hem de kadınların gündeminin bu grup tarafından özellikle önemsendiğinin göstergesidir. 2017 sonu itibarıyla İstanbul Barosuna kayıtlı kadın avukatların oranının yaklaşık %48 olduğu ve mesleğe katılan genç kadın avukat sayısının giderek arttığı düşünüldüğünde, bu unsurların Öİ-ÇAG içindeki kuşak temelli ayrışmayı devam ettirmesi de mümkün görünür.

Öİ-ÇAG Yükseliş Hareketinin seçim kampanyasını ideolojik bir zemine oturtmaması, eleştirilerin de siyasi iradenin hukuka ve yargıya dönük hamlelerinden ziyade, mevcut yönetime ve özellikle de yönetim biçimine yönelik olması sonucunu doğurur. Gerçi başkan adayı Kılıç genel kurul konuşmasında ülkede bir tek adam rejimi tesis edildiğini söylemişse de^[38], genel olarak grubun yürüttüğü kampanyada siyasal iktidarın doğrudan hedef alınması söz konusu olmadığı gibi Kılıç'ın üslubu da diğer adaylar kadar sert değildir. Örneğin bir TV programında aidat ödemeyen baro üyelerinin meslekten çıkarılması uygulaması konuşulurken, Kılıç meselelere keskin bakmak istemediğini, öncelikle meselenin sebeplerini anlamak gerektiğini söyleyerek daha ılıman bir tutum sergiler.^[39] Nitekim ilerleyen sayfalarda yer alan avukatların mesleki ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik projelerin bir kısmı da, örneğin yeşil pasaport ve KDV'nin düşürülmesi gibi, esasen devlet eliyle düzenleme gerektiren çözümlerdir ve bu gibi vaatlerin hükümet ile bir pazarlığa girilmeden yapılması da mümkün değildir. Öte yandan, Kılıç'ın mevcut Baro yönetimine karşı da sert ve muhatabını doğrudan hedef alan bir tutum benimsemediği görülür. Nitekim mevcut yönetime karşı getirilen eleştiriler de kendi yönetimlerini tanımlarken kullandıkları “birilerinin seçilmesi için dayatılacak yöntemler yerine, ilkelerin ve değerler bütünüünün savunucusu olma yolunda verilecek mücadeleden yanadır” ya da “başkancı yönetim anlayışını asla ve asla kabul etmeyen kadro hareketi” gibi ifadeler üzerinden daha dolaylı olarak dillendirilir.^[40] Bu eleştirilerin ilki, Öİ-ÇAG adaylarının ön seçim ile belirlenmemesine yönelik iken, ikincisinde ise tek kişinin karar verici konumunda olduğu bir yönetim anlayışı eleştirilir.

[38] Yeniçeri, İ.A. (2018, 20 Ekim). İstanbul Barosu'nda gergin genel kurul. T24. Erişim adresi: <https://t24.com.tr/haber/istanbul-barosunda-gergin-genel-kurul,727923>

[39] *Hukuk Akademisi*, 2018.

[40] *Önce İlke Yükseliş*, t.y.

Meslektaşlar arasında ayırım yapılmadan eşit hizmet ve destek sunulacağına söylenmesi de, mevcut yönetime yönelik bir ayrımcılık eleştirisi olarak okunabilir. Bir başka eleştirinin de “cesur baro güçlü avukat” başlığı üzerinden dile getirildiği görülebilir. Baronun avukatı güçlendirmesinin, yargıyı ve adaleti de güçlendireceği iddiası üzerinden, mevcut yönetime yönelik olarak avukatları güçsüz kıldığı eleştirisi getirilir. Bunun bir parçası olarak, ekonomik hak ve iş kayıplarına karşı “pasif bir anlayış içerisinde olmayacak, tepkisellikten uzak genel tavır acilen terk edilecektir” cümlesi ile de mevcut yönetimin yeterince etkin olamadığı ifade edilir.

Öte yandan, metinde yer alan şu ifade ile hukuk ve siyaset ilişkisine dair bir yaklaşım ortaya konulmakla birlikte, bu mesajın mevcut siyasi iktidarın hangi uygulamasına yönelik olduğuna dair net bir çıkarımda bulunmak mümkün değildir: “Hukukun siyasetin amaçları doğrultusunda toplumu tasarlamak için bir araç olarak kullanılmasına şiddetle karşı çıkar. Yargı tarafsızlığını ve tam bağımsızlığını savunur”.^[41] Hatta bu ifadeler, esasen bu hareketin dayandığı Kemalist ideolojinin kuruluş uygulamaları ile de çelişmektedir zira özellikle de ilk yıllarında yeni rejimin toplumu tasarlarırken kullandığı en önemli araçlardan biri hukuktur. Sonuç olarak, her ne kadar başlangıçta kaleme alınmış olan Kemalizm vurgusu siyasi bir izlenimi verse de, oldukça kapsayıcı bir programa sahip bu grubun aslında mesleki yanı ağır basan ve mesleki çözümler peşinde koşan bir kampanya yürüttüğü görülür. Dahası, grup kendini Cumhuriyet değerlerine sahip çıkmak üzerinden mevcut siyasal iktidarın karşısında konumlandırıyor görünse de, esasen iktidarı doğrudan hedef almayan bir dile sahiptir. Kılıç, avukatsız bir yargı özlemi olduğuna dair bir eleştiri yapsa bile, Durakoğlu gibi açıkça bunu siyasi iktidarın hukuk anlayışına bağlamaz.^[42] Diğer yandan, siyaseti, yol, havaalanı, tünel ve benzeri projeler üzerinden sadece hizmete indirgeyen yaygın anlayışın, avukatlara hizmet söyleminde birebir devralınmış olması da ayrıca dikkat çekicidir. TV programlarında siyasi anlamda çatışmacı olmayan ve siyasi iktidarı hedef göstermeyen bir dilin benimsenmesi ve mesleki sorunlara yönelik kimi kanun değişikliği de içeren formüller geliştirilmesi bu tercihin bilinçli olduğunu düşündürür. Sonuç olarak, bu grup mevcut yönetimin tarzına, pasifliğine ve mesleği merkeze almamasına yönelik eleştirilerini, kuşak farklılığı üstünden bir siyasi ayrışma unsuru olarak yansıtır. Dolayısıyla, bu grubun da aslında Baronun siyaset yapmasını benimsemediği, hatta aynı tabana dayanan iki gruptan birisi olarak, geniş anlamda siyaseti içinden çıktığı Öİ-ÇAG’a bıraktığını ve kendisini mesleğin siyasetini yapan yeni bir grup olarak

[41] *Önce İlke Yükseliş*, t.y.

[42] *Hukuk Akademisi*, 2018.

sunduğunu düşünmek mümkündür. Bu tarz ile aynı zamanda siyasi iktidarın hedefinde olma ihtimalleri de azalır. Diğer yandan, grubun mevcut yönetime yönelik eleştirileri arasında fazla siyaset yapılmasına ilişkin bir eleştirinin de bulunmadığı ayrıca not edilmelidir.

Avukat Hakları Grubu

Slogan: *Mesleğini Değil, Baroyu Değiştir!*

Öİ-ÇAG'dan ayrılan avukatlardan oluşan bu grup ilk olarak 2016 seçimlerine katılır ve Ömer Kavili'yi aday olarak gösterdiği bu seçimlerde %12 oranında oy alır. Grubun 2016 seçimlerinde öne çıkan en önemli iddiası, temelde Türkiye siyasetinin genel hattından ayrılamayan baro gruplarına yeni bir soluk getirdiğidir. Avukat Hakları Grubu, Barodaki mevcut grupların her birinin ülke siyasetini yöneten partilerle ilişkilendirilebileceğini ve bu nedenle kendileri ortaya çıkana kadar seçimlere her defasında “memleket konjonktürüne paralel bir atmosferde” gidildiğini ileri sürer. Hatta tam da bu nedenle 2016 seçimlerinin sadece avukatlara ve haklarına odaklı bir grubun ortaya çıkmış olmasından ötürü özel olduğunu iddia ederler:

“2016 seçimini biraz özel kılan şey; Baro siyasetinde ‘hazır köşe gruplar’ ve siyasi yelpazeden fazlasıyla farklı ve bağımsız, üyelerinin siyasi görüşlerinin farklılığı ile ayrılmayan, hatta bu farklılıkları fark etmeye vakti açıkçası pek merakı da olmayan, sadece Avukat ve meslektaş haklarına odaklı, gizli ajandası olmadığı gibi açık ajandasında da ‘sert ve net’ Hukuk Politikalarına yer veren Avukat Hakları Grubunun seçime katılmış olmasıdır”.^[43]

2016 yılındaki seçimi dördüncü sırada tamamlayan grup, çok kısa sürede, kısıtlı bir bütçeyle ve daha da önemlisi “Baro ve ülke siyasetinde yer etmiş, köklü gruplara karşı” yarıştıkları için kendilerini başarılı addederler.

Bu motivasyonla girdikleri 2018 seçimlerinde ise bu defa Gökhan Ahi ile yarışan grup %10 civarında bir oy alır ve bu sonuçla Öİ-ÇAG ve Öİ-ÇAG Yükseliş Hareketinin ardından seçimi üçüncü tamamlar. Kendisini ilkesel olarak “Demokrasi, Adalet, Eşitlik, Özgürlük ve Hukukun Üstünlüğü”nü esas alan, Avukatların Haklarını öncüleyen; çağcıl, laik, Atatürk İlke ve İnkılaplarını, Cumhuriyetin değerlerini benimsemiş bir oluşum” olarak tanımlasa da, grubun içinden çıktığı Öİ-ÇAG gibi bu temel duruş üzerinden siyasete meyletmeyeceğinin de her defasında altı çizilir. Nitekim Gökhan Ahi başkanlığını açıkladığı konuşmasında, baro yönetmenin ciddi bir iş olduğunu söyledikten sonra bunun “sözde ve görünüşte Atatürkçü olmak becerisi” olmadığını belirtir.

[43] Avukat Hakları. (t.y.). Erişim adresi: <https://www.avukathaklari.net/>

Burada mevcut yönetime yönelik olarak, bir yandan Cumhuriyet'in kurucu ilkelerine ve Atatürkçülüğe devamlı vurgu yaptıkları ancak bu ilkelerin giderek zayıflatıldığı şu dönemde "ne Cumhuriyeti, ne İstanbul Barosunu, ne de avukatlık mesleğini korumayı beceremedikleri" eleştirisi getirilir. Bu bağlamda, grup siyasal iktidarın mesleğe müdahalesine karşı çıkar; ancak bu müdahaleye yeterince tepki gösterilmediği eleştirisi üzerinden esas olarak karşısına mevcut Baro yönetimini alır. Bu tavır şu ifadede en net halini alır: "Sizler gibi önce avukat hakları diyoruz. Grubumuzun adı bile, tek başına ne yapmak istediğimizi özetliyor. Bizim için avukat ne kadar güçlü olursa, savunma da hukuk da o kadar güçlü olur. Hukuk güçlü olursa ülke de güçlü olur. Bu yüzden "önce ilke" değil, Önce Avukat Hakları diyoruz".^[44] Slogandan da anlaşılacağı üzere kampanya süresince İstanbul Barosunda birşeylerin değişmesi gerektiğinin sürekli olarak altı çizilir. Bu değişim isteği de esasen, avukatların maruz kaldıkları sorunları umursamayan, büyük sözlerle avukatların gözlerini boyayan, avukatları siyasi görüşlerine göre ayıran, avukatlara ideolojik konumlarına göre sahip çıkan, mesleğin sorunlarını "boş siyasi söylemlerle çözmeye" çalışan mevcut yönetim anlayışının değiştirilmesi isteğidir.^[45]

Mevcut yönetime yöneltilen bir önemli eleştiri de -ki grup olarak ayrılmasının da gerisinde bu çatışmanın yattığını düşünmek mümkündür- salt kendi çıkarlarını gözeten, demokratik ve şeffaf olmaktan uzak yönetim anlayışı ve pratiğine yöneliktir. Bu nedenle, grubun ilkeleri arasında yönetimin ayırım gözetmeden tüm avukatları kucaklayacağı, başkan adaylarının sadece bir kez aday olabileceği, ulusal ve uluslararası anlamda kabul görmüş şeffaflık ve açıklık ilkelerini benimseyeceği özellikle belirtilir.^[46] Bu yaklaşım, Gökhan Ahi'nin başkanlık açıklamasında özellikle vurguladığı genç ve yeni nesil aaro hedefiyle de tutarlıdır. Gerçekten de Yükseliş Hareketine çok benzer bir şekilde, Avukat Hakları Grubu da hem önerdiği yönetim kadrosuyla hem genç avukatların sorunlarını ve beklentilerini öncelikli olarak ele alma taahhütleriyle hem de kampanya süresince kullandıkları dil ile oldukça genç ve dinamik bir grup görüntüsü çizer. Burada, gençlere yapılan vurgunun, şimdiye kadarki yönetimlerin kalıplaşmış düşüncelerine, arkaik yönetim anlayışlarına, teknolojiye mesafeli duran baro çalışmalarına karşı yeniyi, çağdaşı, hızlıyı ve etkiliyi getirmek anlamına geldiği düşünülebilir.^[47] Bu bağlamda grup, meslek sorunlarının bırakılıp siyasete karı-

[44] *Avukat Hakları*, t.y.

[45] *Avukat Hakları*, t.y.

[46] *Avukat Hakları*, t.y.

[47] Sosyal Hukuk. (2018, 3 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 4. *MedyascopeTV*. Erişim adresi:

şılmasından ve baro gruplarının siyasi partilerin uzantısı olmasından rahatsız olduğu için kendini apolitik olarak tanımlar ve bu apolitik duruşu da mesleğe saygı ile ilişkilendirerek, İstanbul Barosu yönetiminin “günlük ve anlık bir iş” olan siyasetle uğraşmaktan ziyade, mesleğin sorunlarına çözüm bulması gerektiğini ileri sürer. Bir diğer deyişle grubun, ülkeye hakim politik ve ideolojik tartışmaların üretildiği alan olarak siyasete mesafeli durduğu, ancak mesleğin çıkarlarını ve sınırlarını korumak, toplumun gözünde mesleğin itibarını yükseltmek, yasama ve yürütmenin hukuka ve avukata yönelik hamlelerine karşı mücadele etmek, hakim ve savcıların avukatları küçümsemesine karşı savunmayı güçlendirmek anlamında mesleğin siyasetini yapmak konusunda kararlı olduğu söylenebilir.^[48] Nitekim, grubun 2018 kampanyası süresince kullandığı dil, atıfta bulunduğu meseleler, eleştirilen konular da özellikle mesleki niteliktedir.^[49] Ancak, gerek avukatların haklarının korunması ve mesleğin itibarını yükseltilmesi gibi daha soyut konularda verilecek mücadelenin gerekse avukatlık stajı, sınavı, ücretleri, hukuk fakültesi sayıları gibi daha somut konularda yapılacak çalışmaların mevcut siyasi konjoktürden etkilenmeksizin yürütülebilecek faaliyetler olduğunu düşünmek de naif bir yaklaşım gibi durur.

Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi

Slogan: *Çözüm için baroda değişim ve gelişim*

Siyaseti ve ideolojiyi dışlayan, bu düzlemde gruplaşmaya hatta “grup” kelimesine dahi ayırıştırıcı ve ötekileştirici anlam taşıması nedeniyle karşı olduğunu açıkça ifade eden, özellikle mesleki ilkeler düzleminde bir araya gelme arayışında olduğunu ileri süren bir hareket olarak kendini tanıtır. Bu yaklaşım şu ifadede net bir şekilde görülebilir:

“Vatandaşlarımızın ve hepimizin ihtiyacı olan “Demokrasi”, “hukuk devleti”, “adalet” ve “hukukun evrensel değerleri” için her zamankinden daha çok güçlü savunmaya/avukatlık mesleğine ve baroya ihtiyaç vardır. Bu nedenle tüm meslektaşlarımızı; kişisel, siyasi, gruplar arası veya başka nedenlerle çekişmeleri bir kenara bırakarak, meslek ilkeleri etrafında toplanmaya, birlik ve beraberlik içerisinde hareket etmeye davet ediyoruz. Adalet ve avukata hizmet eden bir baroyu ancak bu şekilde gerçekleştirebiliriz. Artık

<https://medyascope.tv/2018/10/03/sosyal-hukuk-21-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-4-gokhan-ahi-ile-soylesi/>

[48] *Avukat Hakları*, t.y.

[49] Avukat Hakları Grubu (2018, Ekim). Mesleğini değil, Baroyu değiştir! [Broşür] Erişim adresi: <https://www.avukathaklari.net/wp-content/uploads/2018/10/AHD-Brosur-14x20.pdf>

seçim sonrası; İstanbul Barosunu “hangi grubun” kazandığını değil “hangi değerlerin kazandığını” konuşmamız gerekmektedir”.^[50]

Nitekim seçim sonrasında artık hangi grubun kazandığını değil hangi değerlerin kazandığını konuşmak gerektiği söylenir. Bu yaklaşımın hareketin yeni olmasından dolayı henüz tabanının sağlam olmamasından veya salt başkan adayı Canpolat’ın çevresinde şekillenen bir hareket olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. Gerçekten de, seçim broşürü, web sayfası ve programlar incelendiğinde, hareketin büyük bir kitleye sahip olmadığı ancak böyle bir kitlenin yaratılmak istendiği izlenimini edinmek mümkündür. Öte yandan, Canpolat bir TV programında birkaç kere İstanbul Barosunun görevinin ister mobbing ister çevre ve hayvan hakları gibi örneklerde olduğu üzere tüm toplumsal sorunlara çözüm üretmek zorunda olduğunu ifade eder.^[51] Hatta aynı programın sonuna doğru hukukla siyaset arasındaki sınırı da şöyle çizmeye çalışır: “Hukuk siyasetin ta kendisidir ama hangi partinin hangi ilçe başkanı ile uğraşmak bizim işimiz değil, bizim işimiz hukuk siyasetidir. Hukuk zihniyettir. İki kişinin bulunduğu yerde hukuk başlar. Dolayısıyla her sorun bizim ilgi alanımıza girmektedir bunlara somut çözümü beraber arayacağız”. Canpolat, beraber davranılırsa sonuç alınacağını da Ömer Kavali’nin tutuklanması ve hızla serbest kalması üzerinden örneklendirir. Keza İstanbul Barosunun sıradan bir meslek kuruluşu olmadığını ve kanunda insan haklarını korumak gibi birçok başka değer de bulunduğunu başka bir programda ifade eder.^[52]

Bu ifadelerden grubun hem hukukun mevcut durumuna hem de Baroya ilişkin birtakım eleştirileri olduğu anlaşılır. İlkine ilişkin olarak, hak adalet kavramlarının çok tartışıldığından, her kesimden şikayet olduğundan ve hatta Cumhurbaşkanının bile bunu “halk, adalet diyor” tarzında dile getirdiğinden bahsedilir.^[53] Başka bir programda ise Adalet Bakanlığına yönelik, özellikle de adliyelerin baroların talepleri ve avukatların ihtiyaçları hesaba katılmaksızın planlandığı yönünde, bazı eleştiriler dile getirilir.^[54] Ancak genel olarak hukukun içinde bulunduğu durumun ortaya çıkmasına kimin ya da neyin sebep olduğu da açık değildir. Hatta hukukun bu durumu hakkında özel bir değerlendirme

[50] Baroda Değişim ve Gelişim. (t.y.). Erişim adresi: <http://barodadegisimvegelisim.com/>

[51] *Hukuk Akademisi*, 2018.

[52] Sosyal Hukuk. (2018, 26 Eylül). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 3. *MedyascopeTV*. Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/09/26/sosyal-hukuk-20-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-3-talat-canbolat-ile-soylesi/>

[53] *Sosyal Hukuk*, 2018, 3.

[54] *Hukuk Akademisi*, 2018.

yapmaktan kaçınıldığı izlenimi uyarır. Diğer yandan, Baronun “demokratik, çoğulcu, katılımcı ve şeffaf” yönetilmesini sağlayacakları ve mesleğin sorunlarını çözmek amacıyla STK, kamu kurumları, Hükümet ve TBMM ile çalışmaktan “çekinmeyecekleri” de ifade edilir. Burada seçilen kelimeler mevcut yönetimin bu konularda diğer kurumlarla ve aktörlerle işbirliği yapmamasına yönelik eleştiri niteliğindedir. Tam da bu nedenle, meslek örgütünün olması gerektiği gibi “demokratik, çoğulcu ve katılımcı” şekilde yönetilmediğine ilişkin bir eleştirinin de dolaylı yoldan dile getirildiği düşünülebilir. Bu eleştiri esasen mesleki sorunların çözümünde avukatların birlikte çalışmasının önemine yapılan vurgu bağlamında anmalıdır. Nitekim Canpolat bir TV programında İstanbul Barosunun kendini dışarıya kapattığını vesadecce belirli sosyal medya açıklamaları ile yetindiğini belirttiikten sonra, çıkacak her yasaya olumlu katkı vererek görüş belirtmesi gerektiğini ve “küstüm oynayamayacağı” nı ekler.^[55] Hatta “sorduğunuz zaman ülkedeki sorunlar size hedef gösteriliyor ama meslek sorunlarımız aldı başını yürüdü” sözlerinde ifadesini bulan yakınma da esasen Baronun geniş anlamda siyasete dahil olmasına ilişkindir. Bu yakınmanın gerisinde siyasal iktidara karşı verilen mücadele nedeniyle ve Baronun bir muhalefet odağı gibi hareket etmesinden dolayı meslek sorunlarının yeterince ele alınamadığı ve çözüme kavuşturulamadığı eleştirisi yatar.

Baronun mevcut yönetimine ilişkin birçok eleştirisi olan, ancak siyasal iktidara yönelik görünür bir eleştirisi olmayan bu grubun, esasen “grup ve grupçuluktan uzak” ve “mesleki ilkeler” üzerinden yürütmeyi taahhüt ettikleri yönetimi hangi ilkelere referansla kuracağı açık değildir. Bir yandan başkan adayları Canpolat’ın, Hukukun Üstünlüğü Platformu, Türk Hukuk Enstitüsü^[56] ve Türk Mühendisler Birliği İstanbul Şubesi gibi hükümete oldukça yakın kuruluşların açık desteğini kazanması kendisine iktidar destekli olmak üzerinden yöneltilen eleştirileri haklılaştırır gibi durur. Nitekim, 2018 genel kurulunda ÖDAV başkan adayları Eren Keskin Canpolat’a İbrahim Kaboğlu’nun üniversiteden ihraç kararında imzası bulunması nedeniyle “keşke siz aday olmasaydınız” diyerek bu yönde bir tespitten yola çıkar. Bu bağlamda, grubun kampanyasında ve Canpolat’ın konuşmalarında öne çıkan, mesleki meselelerin Baronun geniş anlamda siyaset yapmaktan vazgeçmesi durumunda çözülebileceği vurgusu, özünde Baroyu siyasetin dışına taşıma gayesinin bir uzantısıdır. Bu yaklaşımın da esasen siyasal iktidarın meslek örgütlerinin siyaset yapmaması yönündeki arzusunun karşılığı geldiği söylenebilir.

[55] *Sosyal Hukuk*, 2018, 3.

[56] 1977’de kurulan ve kendini ülkücü olarak tanımlayan grup, web sayfasındaki bilgilere göre birtakım hukuki faaliyetler yürütür. Bkz. <http://www.the.org.tr/>

Fikret İlkizSlogan: *Bizim Baromuz*

Seçimlere az bir süre kala, neredeyse sürpriz şekilde yarışa bağımsız aday olarak katılan Fikret İlkiz, adaylığıyla ilgili bir soruya seçim öncesi yapılan genel kurul konuşmasındaki sloganına atıfla “hepimizin barosunu yaratmak istiyoruz” diyerek cevap verir. Nitekim, seçilen slogan da “bizim baromuz”dur. Bu anlamda İlkiz, meslekte yaşananlar herkesin gözü önünde olup biterken niçin bir şey yapmadığı veya ne yaptığı sorulduğunda bir cevabı olmasını arzu ettiği için aday olduğunu ifade eder.^[57] Bu açıklamayla esasen adaylığının kişisel bir seçime dayandığını, gerisinde bir hareketin ya da bir kadronun bulunmadığını da dile getirmiş olur. Zor zamanlardan geçildiğini söyleyen İlkiz, bu bağlamda yönetiminin hedeflerini de insan hak ve özgürlükleri temelinde yükselen bir hukuk, tarihsel birikiminden güç alan etkin bir Baro ve avukatlığın geleceği ve geleceğin avukatlığı olarak ortaya koyar.^[58] Hukuk güvenliği, adil yargılanma hakkı, bağımsız yargı gibi temel sorunları sıralayan İlkiz, mesleğin pazar ekonomisi ve devlet baskısı arasına sıkıştırıldığını söyler. İlkinde dair, diğer gruplardan farklı olarak, küresel ekonominin kısılcacında avukatlığın ticarete dönüştüğü ve avukatlık gelirlerinin büyük firmalar elinde toplandığına dair tespitler yapar. Diğer gruplar gibi, genç avukatların çalışma şartlarına ve temsil sorunlarına değinir; ancak İlkiz’in avukatlığa ilişkin piyasa referansı, söylemini diğer gruplardan farklılaştırır. Öte yandan, avukat tutuklamalarıyla savunmanın etkisizleştirildiğine ve kriminalize edildiğine İlkiz de vurgu yapar, ve sonrasında bu hususta hukuk, sokak siyaseti ve geniş anlamda siyaset arasındaki ilişkiyi şöyle kurar:

“.. Bir türlü bizim olmamızı istemiyorlar. Ne yaparlarsa yapsınlar bizsiz de bir şey yapamıyorlar. Biz var olduğumuz sürece, onların siyasal anlamdaki politikalarını yürütmelerine karşı çıkarız. Hukuk bazen başkaldırıdır, bazen bir mücadele aracıdır. Hukukla başkaldırımı gerçekleştirdiğiniz andan itibaren, hak ve özgürlükleri ya da hak ihlallerinin önüne hukuken barikat kurmuş olursunuz. Bazen barikatlar ve sokak güzeldir aslında”. Sözkonusu yargılamalarda dışarı atılan avukatlara dair de: “Biz tartışmayı yaratırız, bir tartışmayı açarız, biz görüşlerimizi söyleriz, ama bunları yaparken bizim

[57] Sosyal Hukuk. (2018, 9 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 5. *MedyascopeTV*. Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/10/09/sosyal-hukuk-22-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-5-fikret-ilkiz-ile-soylesi/>

[58] Kepenek, E. (2018, 16 Ekim). Baro Başkan adayı İlkiz: Adliye bizimdir, sarayları kim istiyorsa alabilir. *Bianet*. Erişim adresi: <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/201697-baro-baskan-adayi-ilkiz-adliye-bizimdir-saraylari-kim-istiyorsa-alabilir>

elimizdeki en büyük siyasal güç aslında ifade ettiğimiz siyasal güç, hukukun ta kendisidir. Onun için, biz hukukla siyaseti yaratırız. Ama ne zaman siyaset, hukuku kendisine araç olarak görmeye başlarsa o zaman sizin karşınıza bu tür baskılar çıkmaya başlar”.^[59]

Bu satırlarda hukukun hem siyasete karşı hem de kendi başına bir güç olarak görüldüğü dile getirilir ve bu güç de hukukun hem kendisinden hem de savunulan (temsil edilen) hak sahiplerinden gelir. Hatta hukukun siyaset yaratabilme kapasitesine de değinilir zira hukuken ortaya konulan talepler kimi zaman iktidar sahiplerinin siyasa geliştirmesine de etki eder. Diğer taraftan, Fikret İlkiz seçim bildirgesinde insan haklarının etkisizleştirildiğine, ülkenin anayasasızlaştırıldığına, hukukun meşruiyetini yitirdiğine, ve siyaset ile bürokrasinin masumiyet karinesini ihlal ederek yargıyı yönlendirdiğine de değinir. Bir TV programında bu durumu şu sözlerle dile getirir:

“Avukatlık mesleğinin problemi bu memlekettir, öyle baktığınız andan itibaren bu ülke toprakları üzerinden avukatlık mesleğini yapan meslektaşlarımız Türkiye’ye kendini borçlu hisseden ve hak ve hukuk ve insan hakları alanında çalışan insanlardır. Başka bir deyişle bize emanet edilmiş olan insanların haklarını korumak biz avukatların görevidir. Bu görevi yerine getirirken bağımsızlığımızdan kaynaklanan ve kendi gücümüzden kaynaklanan olanaklarımızla mesleği sürdürürüz. Bu mesleği yaparken de aslında hiçkimseye de bağlı değilizdir. Fakat bazen hatta Türkiye gibi bir ülkede, genellikle, bu anlamda avukatlar istenmediği için, problem dediğiniz konu aslında insanların hak arama özgürlüğü konusundaki karşılaştıkları problemlerdir. O halde avukatların zaten kendisine özgü problemleri vardır, meslekten kaynaklanan problemleri vardır ama bizim en büyük ve önemli sorunlarımızdan birisi laik, demokratik, hukuk devleti ilkelerinin yaşama geçebilmesi ve kurulması için var gücümüzle çalışmaktır. Bu çalışmayı başladığınız andan itibaren birdenbire kendinizi hem mesleki sorunlar anlamında hem de hukuki devleti anlamında sorunların tamamıyla içinde bulursunuz. Dolayısıyla bize emanet edilmiş olan haklar ya da korunması istenen haklar bakımından sorun sanıldığından da büyüktür ve en son geldiğimiz noktada yaşadığımız bu yıllarda baktığınızda zor zamanlarda avukatlık yapmak her zaman için zordur”.^[60]

Avukatlık mesleğinin sorununun “bu memleket” olduğuna dair söylemin, mesleğin en büyük sorununun “Ankara” olduğunu ifade eden Durakoğlu ile benzerliği açıktır. Keza, Baronun Meclis dışı muhalefet olarak, hak ve

[59] *Sosyal Hukuk*, 2018, 5.

[60] *Sosyal Hukuk*, 2018, 5.

özgürlükler açısından iktidarı sınırlayan bir güç olduğunu söylemesi de bir başka benzerliktir.^[61] Bu anlamda İlkiz de mesleki sorunlardan bahsederken bunların aslında hukuk devleti sorunlarıyla çok iç içe olduğunu dile getirir. Bu sorunların çözümünü ise “eşit, paylaşımcı ve müzakere esasına dayanan” bir “beraber yönetim”de görür zira devasa sorunların, sadece bir başkan ve yönetim kurulu eliyle ortadan kaldırılmasının güç olduğunu ileri sürer. Öte yandan Barodaki mevcut yönetime ve meslektaş Durakoğlu’na yöneltilmiş dikkat çeken bir eleştirisi bulunmayan İlkiz’in, siyasetin gündemindeki birçok tartışmalı konuya değindiği 2018 genel kurul konuşması ise oldukça siyasidir.^[62] Örneğin, hem bütün Barış Akademisyenlerinin avukatı olduğunu hem de İbrahim Kaboğlu’nun gerçekten vekili olduğunu söyleyen İlkiz, İş Bankası’nı siyaset malzemesi edilmesine karşı söylediği “Atatürk’ün mirasını korumayı bilin” veya “Yüksek hakimlerin ayağa kalkarak saygı göstermelerini isteyebilirsiniz onlar sizin savcılarınız sizin hakimlerinizdir, bizim değil” ya da “saraylar sizin olsun, adliyeler bizim” gibi ifadelerle de siyasi iktidara karşı tavrını ortaya koyar. Bu bağlamda, mesleğin sorunlarını siyasete bağlayan ve siyasi iktidara karşıt bir tavır alan İlkiz, genel kurul konuşmasının sonunda ekibiyle neyi temsil ettiğinin altını bir kez daha çizer: “Cumhuriyetin tüm kazanımlarını korumak bizatihi bizim varlık nedenimizdir, sakın kimse bunu aklından çıkartmasın”.^[63] Bu anlamda, bir yandan özgürlükçü bir çizgide durmayı tahahhhüt ederken bir yandan da mesleğin Cumhuriyet’e yönelik bağlılığını da dile getirmiş olur.

Özgürlükçü Demokrat Avukatlar (ÖDAV)

Slogan: *Biz Varız! Yan yanayız!*

ÖDAV söylemini çok net şekilde siyasi bir eksene oturtan, seçim kampanyasını ağırlıklı olarak ideolojik ilkeler üzerinden yürüten ve bu yöntemi açıkça benimseyen bir gruptur. Medet Serhat, Şevket Epözdemir ve Tahir Elçi gibi faili meçhul cinayetlere kurban giden Kürt avukatların yolunu takip ettiğini, onları kendine fikir lideri olarak aldığını söyleyen grubun başkan adayı Eren Keskin de 2018 genel kurulunda yaptığı konuşmaya öncelikli olarak “hukuk mücadelesinin siyasi mücadeleden ayrı düşünülemeyeceğini” ifade ederek

[61] Öğreten, T. (2018, 17 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Fikret İlkiz: Görevini yapan baro etkili bir baskı aracıdır. *Diken*. Erişim adresi: <http://www.diken.com.tr/istanbul-barosu-baskan-adayi-ilkiz-gorevini-yapan-baro-iktidara-karsi-etkili-bir-baski-aracidir/>

[62] Fikret İlkiz Genel Kurul Konuşması (2018, 20 Ekim). Erişim adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=3UeDKx4x5wA>.

[63] *Fikret İlkiz Genel Kurul Konuşması*, 2018.

başlar.^[64] Baronun en temel meselesinin hak ihlalleri olduğunu ve bu meselenin de siyaset yapmadan, sistemi tartışmaya açmadan çözülemeyeceğini öne süren grup, bu anlamda hem siyasal iktidara hem mevcut baro yönetimine hem de aslında devleti resmi ideoloji üzerinden düşünen ve işleten tüm diğer gruplara muhaliftir. Kendini bu anlamda seçime katılan tüm gruplardan da ayrı bir yere koyar. Nitekim başkan adayı Keskin bu durumu genel kurulda şöyle ifade eder:

“Bu coğrafya iki anlayış arasına hapsedilmiştir. Bugün burada gördüğümüz de budur. Türk İslam sentezi diyoruz değil mi resmi ideoloji için? Bir taraf Türkçü, ulusalcı, Avrasyacı militer kesim. Bir taraf İslamcı. Türkiye’yi yönetme kavgasında da Baroyu yönetme tartışmalarında da bu iki anlayışa hapsedilmek isteniyoruz. Biz bunların arasından üçüncü anlayış olarak çıkıyoruz”.^[65]

Bir diğer deyişle, ÖDAV mesleki sorunların ülkenin sorunları bağlamında düşünülmesi gerektiğine, avukatlığın sıkıntılarının da haksızlıkların ve hukuksuzlukların dışında anlaşılacağına inanan ve bu bağlamda da Baronun siyasi olmadan hak ihlallerini tartışamayacağını öne süren bir yaklaşıma sahiptir. Bu yaklaşımı Keskin bir programda sarf ettiği şu sözlerle de apaçık ortaya koyar: “Hukuktan söz edebilmek için, hukukçuların haklarından söz edebilmek için mutlaka bu konunun da sistemle birlikte tartışılması gerektiğini düşünüyoruz. Devletin, resmi ideolojinin kırmızı çizgilerini tartışmadan hukukun demokratikleşebileceğine inanmıyoruz...”^[66] Bu bağlamda, avukatların ekonomik sıkıntılarına, özlük haklarına, çalışma koşullarına ilişkin sıkıntılarının siyasi meseleler olarak mı mesleki sorunlar olarak mı tartışılması gerektiğine ilişkin bir soruya cevaben de, Keskin net bir şekilde bu coğrafyada yaşanan hiçbir hak ihlali alanının siyasetten ve sistemden bağımsız tartışılmayacağını, avukatların da diğer insanlar gibi ekonomik sıkıntılar yaşadığını ve bunun da ancak sistem üzerinden düşünülebileceğini söyler. Aynı programda kendisine yöneltilen siyasal düzen içinde Baronun yerinin ne olduğuna ilişkin soruya da Keskin, çok etkili bir meslek kuruluşu olarak nitelediği İstanbul Barosunun herşeyden önce siyasal iktidarın üzerinde mevcut Anayasanın değiştirilmesi konusunda demokratik bir baskı oluşturması gerektiği yanıtını verir ve mevcut yönetimi

[64] Eren Keskin Genel Kurul Konuşması (2018, 20 Ekim). Erişim adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=KyryozonsMQ>

[65] *Eren Keskin Genel Kurul Konuşması*, 2018

[66] Sosyal Hukuk. (2018, 17 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 7. *MedyascopeTV*. Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/10/17/sosyal-hukuk-24-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-7-eren-keskin-ile-soylesi/>

ve TBB'yi bunu gerçekleştirmedikleri için özellikle eleştirir.^[67] Aynı zamanda Baronun Türkiye'nin altında imzası bulunan uluslararası sözleşmeleri uygulaması konusunda da etkili bir rol oynaması gerektiğini ve uygulamada karşılaşılan eksiklikler konusunda siyasi iradede hesap sorması gereken bir örgüt olduğunu da ayrıca belirtir.^[68] Grubun tüm açıklamalarında görünen odur ki bu hesap sorma, siyasi iktidara yönelik suçlayıcı bir tavır takınmaktan öte mevcut mekanizmaları işletmeye, devlete uluslararası hukuk bağlamındaki yükümlülüklerini hatırlatmaya ve siyasi iradenin hesap verebilirliğini sağlamaya yönelik bir aktivizm biçimidir adeta. Bu anlamda, Baro kendisini siyasetten ayıramaz; zira avukatlar devletin hukuk ile olan ilişkisinin yönünü ve niteliğini belirleyebilecek etkililikte bir meslek grubudur. Nitekim Keskin de sıklıkla Türkiye siyasi tarihinde devletin hukuku ihlal ederek gerçekleştirdiği ve hiçbir zaman yüzleşilmemiş faaliyetlerinin bugüne olan etkilerine atıfta bulunurken, bunları avukatlık mesleğini tanımlayan sorunların da temeli olarak alır.

Siyasi tartışmalara ve mücadelelere girmeden avukatlık mesleğinin sorunlarının çözülemeyeceğini vurgulayan bu yaklaşım, ilk bakışta tüm gruplar içinde en çok Öİ-ÇAG kampanyasında öne çıkan hukukun siyaset olduğuna ilişkin açıklamalarla benzerlik gösterir gibidir. Ancak bir yandan da Öİ-ÇAG grubunun yaklaşımıyla gerek içerik anlamında gerekse yöntemsel olarak taban tabana zıttır. Şöyle ki, ÖDAV resmi ideoloji tartışılmadan ne ülkenin sorunlarının ne de avukatlığın sorunlarının çözülemeyeceğini söyleyerek, bugünkü hukuksuzlukların, haksızlıkların, eşitsizliklerin sebebini salt mevcut siyasal iktidarın eylemleri üzerinden değil, baskıcı bir devlet geleneği üzerinden açıklar. Hatta başkan adayı Keskin bunu açık açık geçmişle yüzleşmeden demokratik bir hukuk düzeni kurulamaz diyerek dile getirir.^[69] Kuşkusuz faili meçhullere kurban gitmiş avukatların açtığı yolu kendilerine yol edinmeleri de bu siyasi taleple yakından ilgilidir. Oysa Durakoğlu'nun seçim kampanyasında hedef tahtasında tamamen mevcut siyasi iktidarın hukuka, yargıya ve barolara karşı hamleleri vardır ve Baronun temel görevi de bu hamlelere karşı Cumhuriyeti, rejimi korumak ve savunmak olarak tanımlanır. Devlet Öİ-ÇAG kampanyasında sorunsallaştırılmaz; resmi ideoloji de sorunun kaynağı olarak değil, sahip çıkılması gereken temel değer olarak görülür. Tam da bu nedenle, ÖDAV mevcut yönetimi avukatların haklarının korunmasında çifte standartlı davranmakla, Ergenekon davası ve benzeri davalarda yargılananlara sahip çıkarken, devrimci

[67] *Sosyal Hukuk*, 2018, 7.

[68] Pişkin, C. (2018, 18 Ekim). İstanbul Barosu başkan adayları Evrensel'e konuştu. *Evrensel*. Erişim adresi: <https://www.evrensel.net/amp/363867/istanbul-barosu-baskan-adaylari-evrensele-konustu>.

[69] *Eren Keskin Genel Kurul Konuşması*, 2018

avukatlara veya cematten yargılananlara veya cezaevindeki hukukçu siyasilere sahip çıkmamakla eleştirir. Sahip çıkmakla kastettiğinin de cezaevi ziyaretleri, davalarını üstlenmek, siyasi iradeyle davaları hakkında görüşmek, ailelerine destek olmak olarak açıklayan Keskin, yakın zamanda eylemleri yasaklanan Cumartesi Annelerinin İstanbul Barosu yönetiminden defalarca randevu talep edip hiçbir zaman alamamalarını da bu ayrımcı yaklaşımın bir örneği olarak verir.^[70] Hatta bu duruma bir kez de 2018 genel kurulunda yaptığı konuşmasında salonda bulunan Cumartesi Annelerini selamlayarak da dikkat çeker.^[71]

Baronun siyasi aidiyetlere göre tavır almasıyla ilgili olarak ÖDAV İstanbul Barosunun herşeyden önce demokratikleşmeye ihtiyacı olduğuna vurgu yapar.^[72] Baroyu demokratikleştirmeden, Baro içinde eşit temsil ve katılımı sağlayamadan, farklı görüşlerin ve duruşların bir arada çalışmasını mümkün kılmadan, ülkenin demokratikleşmesi için de çalışılmayacağı öne sürülür. Öyle ki seçim süresince grubun tüm metinlerinde ve Keskin'in tüm açıklamalarında, İstanbul Barosunu "tek renge, tek fikre, tek cinsiyete" teslim etmemek üzere, her türlü ötekileştirilmeye hayır diyen, dillerin ve halkların eşitliğini savunan, toplumsal barışı hedefleyen bir baro kurma hayaliyle yola çıktığı vurgulanır.^[73] Bu demokratikleşmenin önemli bir unsuru da şüphesiz farklı kimliklerin Baro içinde eşit şekilde temsil edilmesi ve yönetime katılmasıdır. Bu bağlamda, ÖDAV toplumsal cinsiyeti seçimlerde gerçekten öne çıkaran bir grup olarak karşımıza çıkar. Örneğin, Keskin konuşmalarında ÖDAV'ın yönetim kurulu listesinde 10 delegeden 7'sinin kadın olmasına atıfla Baroya "kadın bakış açısını" getireceklerini ileri sürer.^[74] Benzer şekilde kadına yönelik şiddete ilişkin yapılacaklar, kadın avukatların çalışma koşullarındaki iyileştirmeler, kadın mahkumların durumu, LGBTİ+ bireylerin uğradıkları hak ihlalleri ve şiddet gibi konu başlıkları da diğer gruplar tarafından genelde dile getirilmeyen meselelerdir. Benzer şekilde, genç ve bağlı çalışan avukatların durumu da bu hiyerarşinin yarattığı ihlaller üzerinden tartışılır. Tüm gruplar genç avukatlara önem veriyor gibi görünse de

[70] Pişkin, 2018.

[71] Hatta aynı zihniyetin TBB'ye de hakim olduğunu örneklemek adına da Ömer Kavili'nin yakın zamanda avukatlık görevini yaparken kısa bir süreliğine de olsa tutuklanmasına ilişkin olarak TBB Başkanı Metin Feyzioğlu'nun "tarzı benim tarzım değil ama" diye başlayan bir cümleyle tepki göstermesini verir. Bkz. *Sosyal Hukuk*, 2018,7.

[72] Bu bilgiler ÖDAV'ın basılı seçim bildirgesinden derlenmiştir.

[73] ÖDAV, Mahmut Esat Bozkurt Ödülünü de İstanbul Barosunu tek bir ideolojik zihniyete hapseden yaklaşımın simgesi olarak görür. Eren Keskin konuşmalarında bu ödülün özellikle sözünü ederek, Türk olmayı kutsallaştıran, hukuku resmi ideoloji üzerinden kuran Bozkurt'un adına verilen bu ödülü vermeyecek bir Baro vaadinde bulunur.

[74] Pişkin, 2018.

ÖDAV'ın bu sorunu da kendi siyasi söylemi üzerinden, Baro içi eşitsizlikleri sorunsallaştırarak, bağlı çalışan avukatların mecbur bırakıldıkları güvencesiz çalışma koşullarını ve az ücreti hak ihlalleri olarak tanımlayarak tartışmaya açması da, grubun mesleki hiçbir konunun siyaset dışı düşünülemediğine dair iddiasının göstergesidir.

İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu (İMAG)

Slogan: “*Efendileri Olmadı*”

İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu, tarihçesinden bahsederken bu isimle 2012’de kurulmakla beraber^[75], aslında ilk kez 1992 yılında seçimlere katılan “üstatlarla” bu işe koyulduklarını dile getirir. Grubun başkan adayı Kaptan Yılmaz, bu oluşumun içinde başından beri yer aldığına vurgu yapar.^[76] Kuruluşlarını takiben 2014 ve 2016 seçimlerine de giren^[77] grubun, bu şekilde yeni olmakla beraber aslında Baro seçimlerine katılım açısından eski bir tarihe sahip oldukları vurgulanır. Grubun seçim bildirgesi, mesleki konulardan da önce milliyetçiliğin kültürel ve siyasi anlamının yanında yeni değer olan çevre ve hatta daha sol bir değer olan emperyalizm karşıtlığı üstünden tanımlandığı bir siyasi manifesto niteliğindedir.^[78] Nitekim metindeki ilk vurgu noktalarından birisi, Baronun mevcut haliyle bir meslek örgütü olarak yeterince “milli ve katılımcı” olmadığına ilişkindir. Öte yandan milli olmak ile dile getirilen beklentinin ne olduğu net olmasa da, katılımcılıktan kastedilenin seçimlerin nisbi temsile dayanmaması olduğu çok açıktır. Hatta bu tema seçim kampanyası süresince en çok öne çıkan konuların başında gelir ve İMAG’ı bu anlamda diğer gruplardan da farklılaştırır. Nitekim mevcut yönetime yöneltilen eleştirilerin başında da demokratik, çoğulcu, katılımcı, şeffaf olmadığı eleştirisi gelir. Nisbi temsil olmaması nedeniyle TBB’nin oluşumunda büyük şehir barolarınının TBB’de “derebeylik” kurduğu söylenerek, Baro seçimlerinde de bu tür bir temsilin olmamasının büyük bir eksiklik olacağı, olmasının ise mesleki sorunların çözümüne fayda sağlayacağı

[75] Nitekim web sayfalarındaki logoda da bu tarih yer alır.

[76] Bişkin, H. (2018b, 19 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Kaptan Yılmaz: TBB enerjisini siyasete harcıyor. *Gazete Duvar*. Erişim adresi: <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/10/19/istanbul-barosu-baskan-adayi-kaptan-yilmaz-tbb-enerjisini-siyasete-harciyor/>

[77] İki seçime de Baro tarihinin ilk ülkücü adayı olduğu ifade edilen Ali Rıza Kaplan ile girerler (“İstanbul Baro seçimlerinde,” 2016). Ancak, 2014 seçimlerinde genel kurulda grup adına konuşma yapan Kaptan Yılmaz ülküçülüğe dair herhangi bir ifade kullanmaz (Kaptan Yılmaz Genel Kurul Konuşması, 2014).

[78] İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu. (t.y.). Erişim adresi: <http://www.istanbulmilliyetciavukatlar.org/>

ileri sürülür.^[79] Belki de bu nedenle, Baroda yarışan grupların farklı ideolojik duruşlarına rağmen yönetime geçtiklerinde tüm görüşleri temsil etmeleri ve daha orta yolcu bir siyasi gündem izlemeleri gerektiğinin altı çizilir. Nitekim nisbi temsil olması durumunda, küçük şehir barolarında olduğu gibi farklı siyasi görüşteki insanlar yönetimde bir arada çalışmak zorunda kalacaklar ve bu da belki de kendiliğinden o orta yolun bulunmasını sağlayacaktır. Grubun başkan adayı Yılmaz yönetime ilişkin bu olmazsa olmaz koşulu şöyle özetler: “Farklı görüş sahiplerini temsil ediyorsanız, kendi düşüncenizin herkese egemen olmasını bekleyemezsiniz. Baro yönetimindeki politik muhalefetin de, ona talip olan politik iktidardaki muhalefetin de hatası burada. Biz ülkeye değil Baroya yönetim oluşturuyoruz, ülkenin yönetimi zaten var”.^[80] Metinde yer alan bu sözlerin aynı zamanda “mesleğin siyaseti” ile “geniş anlamda siyaset” arasındaki sınırı çizme çabasını yansıttığı da söylenebilir. Zira ülkeye yönetim oluştururken geniş anlamda siyaset yapmak şarttır; oysa Baro yönetimi kurulurken mesleğin siyasetini yapmak yeterli görünür.

Yılmaz, bir yandan nisbi temsili sadece kendilerinin savunduğunu söyleyerek diğer gruplarla İMAG’ın farkını ortaya koymaya çalışırken^[81], bir yandan da bu tür bir temsil sisteminin bir yönetim zafiyeti yaratacağına dair eleştirileri de ülke siyasetiyle ilgili iddialarla karşılaştırarak yanıtlar:

“Bakın, aynı iddia ile bu ülkede yönetim biçimi değişmiştir. Eleştirdiğiniz başkanlık sistemi, yeni cumhurbaşkanlığı sistemi, aynı gerekçelerle, ülkenin koalisyonlarla yönetilemediği iddiasıyla, bir sistem değişikliğine gidilmiştir. Değiştirilen sistem yine bir koalisyona, ortaklığa mecbur bırakmıştır. Siz eğer koalisyonla yönetemeyeceğinize inanırsanız, bu ülkede buna inanan siyasilerin ülkeyi getirdiği nokta ortadadır. Baroyu, muhaliflerinizle yönetmeyi öğrenmek zorundasınız. Muhalefetle birlikte yönetme, yönetme çabası sizi yanlış yapmaktan alıkoyar, bu bir fren mekanizmasıdır. Eğer siz birlikte yönetmeyi kabul etmezseniz, söylediğiniz söz muhatabına ulaşmaz, siyasal iktidara söylediğinizi kabul ettiremezsiniz. Söylediğiniz söz, sizin sözünüz olur. Bizim sözümüz olur biz yönetecek olursak, tek başımıza söylüyor isek. Siyasal iktidarla en iyi geçinen, hangi aday olursa olsun, kendi yönetimlerini getirin, baroyu yönettirin, üç gün sonra toplumun aldığı oy oranı kadar kabul ettiği, sesini duyurduğu bir baro olursunuz, birlikte yönetmek onun için önemlidir”.^[82]

[79] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

[80] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

[81] Bişkin, 2018b.

[82] *Hukuk Akademisi*, 2018.

İMAG mevcut yönetimi aynı zamanda iktidarda çok uzun süre kalmış olmasından ötürü de eleştirir.^[83] Örneğin, Baronun basılı ve sanal yayınlarının yetersizliğine, pozitif hukukun gelişimi gibi mesleki hususlarda yeterince faaliyette bulunmamasına, hatta bu konulara yaklaşırken meselenin “özünü” kaçırdığına ve avukatları dinlemediğine yönelik eleştiriler çoğu zaman uzun süren ÇAG iktidarı bağlamında dillendirilir. Bu eleştiri şu sözlerle açık bir şekilde de ortaya konur: “İstanbul Barosunda yönetim yetersizliği olduğu düşüncesindeyiz. Mesleki sorunlara hızlı ve yeterli cevap verilemediği açıkça ortadadır”.^[84] Bu nedenle, mevcut yönetimin statükoyu korumaya çalıştığı, hukuka yönelik siyasi müdahalelere gereken tepkiyi gösteremediği ve hatta masumiyet karinesi gibi temel prensipleri dahi savunamadığı tespitinde bulunulur. Günlük hesaplara dayanan bu tavır, avukatların yargılanmaları ve sürekli baskı altında olmaları karşısında sessiz kalan yönetimin tavrıyla da tutarlı görülür. Bu tavır “susarak sırasını savma, kaçarak oyun alma çabası” olarak nitelendirilir.^[85] Burada esasen siyasi iktidara yönelik ve özellikle de baroların ülke içi siyasi hesaplaşmanın içine çekildiğine ilişkin bir eleştiri de sözkonusudur. Öyle ki, bürokratik bir örgüt kurduğu söylenen başkanlık sisteminin yasamanın yanısıra yargıyı da zorladığı, ve bu bağlamda da Türkiye’nin “son dönemde hafızasının üçte ikisini, yargıç savcı kadrolarının yarısını kaybetmiş, paradigması kaymış bir ülke”ye dönüştüğü ileri sürülür.^[86] Öte yandan, “iktidar veya muhalefet fark etmez politik olanın yargıdan elini çekmesi gerek” cümlesinde olduğu üzere, hükümeti doğrudan muhatap almadan eleştirme yönünde bir tavrın da ortaya konması ve eleştirilerin muhalefeti de içine alması, İMAG’in tüm taraflara eşit -eleştirel- mesafede durma arzusunun yansımaları olarak düşünülebilir.

Öte yandan, İMAG kampanyasında siyasi görüşlerin mesleki ilkelerin önüne geçmesini onaylamadığını söyleyerek de esasen “muhalefetin politik olmadan da yapılabileceğini” öne sürer.^[87] Bu sözler ile de aslında geniş anlamda muhalefetin salt mesleğin siyaseti üzerinden de yapılabileceği dile getirilir. Diğer yandan, Yılmaz’ın bir TV programında dile getirdiği, meslekle ilgili meselelerin birbirinden ayrılmayacağı ve ekonomik sorunlar çözülsün bile siyasallaşmış bir yargıda avukatlığın kendisinden bekleneni veremeyeceğini söylemesi aslında geniş anlamda siyaset ile mesleğin siyaseti arasındaki ayrımın yapaylığını da gösterir. Nitekim aynı programda Yılmaz, Durakoğlu’nun sorunun “Ankara”

[83] Bişkin, 2018b.

[84] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

[85] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

[86] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

[87] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

olduğuna dair görüşüne katıldığını ve mesleğin yargının siyasallaşması üstünden itibarsızlaştığını belirtir.^[88] Tüm bunlar bir yandan geniş anlamda siyaset ile mesleğin siyaseti arasındaki sınırın değişkenliğini kanıtlarken, bir yandan da İMAG'ın hukuk-siyaset ilişkisine yaklaşımındaki çelişkiyi de ortaya koyar. Meslek örgütünün yönetim kadrosunun seçiminde siyasi fikir temelli örgütlenme sorun olarak görülmez ve hatta yönetime yönelik eleştiriler tam da bu siyasi duruş üzerinden şekillendirilir ki İMAG'ın Baronun yeterince milli olmadığına yönelik eleştirileri buna örnek verilebilir. Ancak iş Baroyu yönetmeye gelince, siyasi fikir temelinde örgütlenen bir oluşum da olsa, yönetimin sadece mesleki meselelere odaklanması talep edilir.

Avukat Hareketi

Slogan: *Baroyu hukukla tanıştıracamız, avukatı da baroyla barıştıracağız.*

Bağımsız, Çağdaş, Toplumcu

Bu grup da yakın zamanda Öİ-ÇAG'ın içinden çıkan ve temel olarak Türkiye'de yaşanan hukuksuzluklara karşı gelmek ve bu alanda etkin şekilde mücadele edebilmek için örgütlenmiş olduğunu söyleyen bir harekettir. Özellikle yargıda yaşanan tahribatın giderilmesine yönelik adımlar atmak için bir araya gelen grup, bu anlamda öncelikli olarak İstanbul Barosuna hizmet etme amacıyla yola çıkmış olsa da, kendisini tüm Türkiye barolarına faydalı olabilecek bir yapılanma olarak görür.^[89] Bu bağlamda grup Öİ-ÇAG'dan ayrılma sebebinin de esasen mevcut hukuksuzluklar karşısındaki pasif yönetim tavrı üzerinden açıklar. Nitekim, grubun başkan adayı Başar Yaltı Öİ-ÇAG'dan 2016 senesinde istifa eder ve bu istifayı da o zaman eleştirdiği yaklaşımın hala geçerli olduğunu görmesi üzerine 2018 yılı seçimlerinden önce bir mektupla avukat kamuoyu ile paylaşır. Bu mektupta uzun yıllar birlikte çalıştığı grubundan ayrılmasının en önemli nedeni olarak Öİ-ÇAG'ın Cumhuriyet değerlerini savunmada ve siyasal iktidarın hukuksuz uygulamaları ile mücadele etmede etkisiz kalmasını, ve hatta "iktidar ideolojisini meşrulaştıran bir çizgiye yaklaşan" bir tutum içinde olmasını gösterir.^[90] Bu eleştiri esasen grubun sloganından da okunabilir. Baronun hukuka mesafeli durmasından kastedilen de tam olarak budur. Aynı zamanda, mevcut yönetime yönelik bir diğer eleştiri de demokratik olmayan, tek adamcı yönetim

[88] *Hukuk Akademisi*, 2018.

[89] Av. Dr. Başar Yaltı ile Röportaj. (2018). <http://avukathareketi.org/2018/10/12/roportaj-istanbul-barosu-baskan-adayi-basar-yalti-baronun-suskun-tavrini-kokunden-degistirecegiz/>

[90] Av. Dr. Başar Yaltı'nın Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubundan ayrılma gerekçelerine ilişkin istifa mektubu. (2018). Erişim adresi: <http://avukathareketi.org/2018/08/02/once-ilke-cagdas-avukatlar-grubu-yurutme-kurulu-baskanligina/>

anlayışına ilişkindir. Avukat Hareketi İstanbul Barosu yönetiminin kökten bir zihniyet değişikliğine gitmesi gerektiğini, bu yeni zihniyetin de Baroyu başkanın değil avukatların yönettiği bir anlayışı benimsemesi gerektiğini ileri sürer. Bu çerçevede, kendisini daha ziyade bir “kadro hareketi” olarak tanımlayan grup, Öİ-ÇAG yönetimini de ülke siyasetini tanımlayan hiyerarşileri baro içinde yeniden ürettikleri için eleştirir ve bu yönüyle de Yükseliş hareketi ile benzerlik gösterir. Bu yeni anlayışın daha ‘katılımcı’ ve daha ‘saydam’ olacağına ilişkin vaatler de yine siyasal iktidarın yönetim biçimindeki eksiklere işaret eden, ve bu eksikliklere mevcut baro yönetiminin yeterince tepki vermediği mesajını vurgulayan ifadelerdir.

Öte yandan, hukuksuzluklara ve siyasal iktidarın yargı bağımsızlığını ortadan kaldıran hamlelerine yönelik eleştiriler diğer gruplar tarafından da dile getirilir. Avukat Hareketi, mevcut yönetimin en temel sıkıntısı olarak hukuksuzluklar karşısında sessiz kalmasını gösterir. İlginçtir ki bu eleştiri, bir yandan bu grubu Öİ-ÇAG’a karşı konumlandırırken, bir yandan da Öİ-ÇAG ile beraber siyasal iktidara karşı en tepkili grup kılar. Hatta o kadar ki Başar Yaltı bir röportajında açık açık 1923’te kurulan Cumhuriyetin artık olmadığını, ülkenin artık “otoriter ve Siyasal İslam nitelikli bir rejimin” eline geçtiğini ve tek kişi tarafından yönetildiğini söyler. Bu durumun kabul edilemezliği karşısında İstanbul Barosunun suskunluğu ise daha da kabul edilemez bulunur ve bu tavrın kökünden değiştirileceği sözü verilir.^[91] Bu anlamda da Avukat Hareketinin, Öİ-ÇAG gibi siyaseti kucaklayan, temel ilkelerin aşınması karşısında avukatlar tarafından yürütülecek örgütlü mücadelenin siyasi bir mücadele olacağını kabul eden bir yaklaşımı olduğu söylenebilir. Benzer şekilde, Avukat Hareketinin kendisinin farkı olarak not ettiği, mesleki sorunların Türkiye’nin hukuk devleti sorunlarından ayrıştırılamayacağına ilişkin tespiti de, esasen yine Öİ-ÇAG tarafından öne sürülen bir iddiadır. Hatta Durakoğlu kampanya süresince tam da bu hususa odaklanarak, mesleki meselelere ilişkin soruları genelde önce bu referansla açıklar. Bu bağlamda da Avukat Hareketi ile Öİ-ÇAG arasında gerek ideolojik tutum, gerek siyasete yaklaşım, gerekse kullanılan dil açısından ciddi benzerlikler söz konusudur. Ancak Avukat Hareketi ülke siyasetinin belirleyiciliğini mesleğe ilişkin sorunlarla bir arada düşünmeyi bu grubu niteleyen bir farklılık olarak görürken, Öİ-ÇAG kampanyasında bu husus daha ziyade mesleki sorunlarının ülke sorunları karşısında ikincil konuma indirildiği bir yaklaşım olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda, Avukat Hareketi kampanya süresince hem mesleki meselelere odaklanan hem de ülke gündemini de takip eden bir yönetim anlayışı içerisinde olacağını açık açık belirtir. Grubun başkan adayı Başar Yaltı bu yaklaşımı şöyle ifade eder:

[91] Av. Dr. Başar Yaltı ile Röportaj (2018).

“Aynı zamanda bu ülkenin sorunlarına sahip çıkan hukukun, yargının bağımsızlığına, tarafsızlığına yaşadığımız işlerin sıkıntılarını gidermek için çalışan bir baro istiyorum. Biz de burdan yola çıkarak Avukat Hareketi olarak zaten ilkemizi öyle belirledik. Hem ülkenin sorunlarına sahip çıkan onları önceleyen bir baroyuz, baro olmalıyız hem de avukatın mesleğini sürdürebilmesi için yaşadığı sıkıntılardan kurtulmasını sağlayacak yönetim olmalıyız. Bu ikisini harmanlayan bir sitematiği tutturmak zorundayız”.[92]

Bu yaklaşım, grubun kendisinin yürüttüğü bir anket çalışmasında ortaya çıkan sonuçlarla da ilgili görünmektedir. Nitekim, sonuçlara göre avukatların %70i mevcut baro yönetiminden memnun olmadıklarını ifade ederken, nasıl bir baro istiyorsunuz sorusuna da bazı avukatlar sadece meslek sorunlarına odaklanan bir baro derken bazıları ise siyaseti öne çıkaran bir baro diye yanıt vermişlerdir.[93]

Öte yandan, başkan adayı Yaltı bir röportajda kendisine baroların politik olup olamayacağı sorulduğunda, Avukatlık Kanununun 76. Maddesine atıfla baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma sorumluluğu olduğuna işaret eder. Mesleğin sorunlarıyla ilgilenmenin yanı sıra, mesleği düzenleyen kanunun yüklediği bu sorumluluğu üstlenmek de Yaltı’ya göre bir siyasi duruş demektir ve bu siyasi duruş da şarttır.[94] Şu durumda, Yaltı’ya göre barolar siyasi duruşu olması gereken meslek örgütleridir. Hatta, Avukat Hareketinin Durakoğlu yönetimine yönelik en önemli eleştirisi de tam da bu zorunlu siyasi duruşu ortaya koyamamalarına ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği gibi mevcut yönetim siyasi iktidarın faaliyetlerine karşı yeterince tepki vermemekle, bu nedenle de yeterince siyasi olmamakla suçlanır: “İstanbul’da baro yönetiminin bir siyasal duruşu yok. Kendilerine sadece biz, laik, Atatürkçü’ yüz diyorlar. Peki Atatürkçülüğün gereğini yaptığını gördünüz mü? Laiklik ile ilgili bir savunularını gördünüz mü? İnsan haklarıyla ilgili bir şey gördünüz mü? Habire bildiri yazılıyor. Bildiri kalemşorları oluştu artık. Bildiriyle olmuyor. Üstelik de mevcut siyasal iktidarın yarattığı ihlallere de meşruiyet kazandırıyor”.[95] Bir kez daha

[92] Avukat Hareketi İstanbul Barosu Başkan adayını açıkladı (2018, 7 Eylül), ABC Gazetesi. Erişim adresi: <https://www.abcgazetesi.com/guncel/avukat-hareketi-istanbul-barosu-baskan-adayini-acikladi/haber-103338>

[93] *Avukat Hareketi İstanbul Barosu Başkan*, 2018.

[94] Çapan, M. (2018, 15 Eylül). İstanbul Barosu Başkan adayı Başar Yaltı: Yönetime seçilirse, baroyu avukatla tanıştıracamız. *T24*. Erişim adresi: <https://t24.com.tr/haber/istanbul-barosu-askan-adayi-basar-yalti-yonetime-secilirsek-baroyu-avukatla-tanistiracagiz,700748>

[95] Çapan, 2018.

Öİ-ÇAG ve Avukat Hareketi, baroların siyaset yapma zorunluluğuna vurgu yaparak, baroların siyasal duruşları olması gerektiğine değinerek, birbirlerine yakın dururlar. Her iki grup için de önemli olan siyasi yerine mesleki meselere odaklanmak değil; mesleki meseleleri siyasi bağlamda ele almak ve hatta siyasi meselelerin çözümünü öncelemektir. Tek fark, Öİ-ÇAG bu duruşu yeterince sergilediği kanaatindeyken, Avukat Hareketi bu siyasi duruşun sadece sözde kaldığını, etkili olmadığını ileri sürer ve bunu değiştirme iddiasındadır. Üstelik, bu iddia salt koşulların değiştirilmesine ilişkin de değildir. Görünen o ki, Avukat Hareketi öngördüğü değişimin bir siyasal akıma dönüşerek toplumsal bir hareketi de doğurmasını hedefler.^[96] Burada da İstanbul Barosunun vatandaşların adalet arayışında özel bir yeri olduğuna yönelik vurgu da yine Öİ-ÇAG'ın Baroyu umudun mabedi olarak tanımlamasına yakın bir değerlendirmedir.

Ortak Hedef Platformu

Slogan: *Hep Birlikte Daha Güzele*

Cem Kaya Karatün'ün, avukat hakları merkezindeki tecrübesinden beslenerek başkan adayı olduğu bu grup yeni bir oluşumdur. Karatün'ün hem yazılı basında^[97] hem de TV programında dile getirdiği, her adayın kendi listesinden birilerini listesine yazabileceği ve kendisinin de onların isimlerini yazmak istediğini söylemesi^[98], hareketin henüz tabanını oluşturmuş olmadığını da gösterir.^[99] Nitekim, grubun web sayfasında Öİ-Yükseliş'e benzer şekilde, “destek ol” ve “platforma destek ver” butonları olması da bu oluşumu sağlamanın bir yolu olarak görülebilir.^[100] İsminden de anlaşıldığı gibi, bu yeni oluşum “ortak hedef” sloganı ile temelde siyaset karşıtı bir duruşa yönelmiş görünür. Bu tavır, Karatün'ün bir TV programında avukatların farklı ideolojilerinin olmasını normal karşıladığına, ancak bunun mesleki birliğe engel olmak zorunda olmadığına ilişkin açıklamasında net bir şekilde ortaya konur.^[101] Karatün, bu

[96] Çapan, 2018.

[97] Bişkin, H. (2018a, 10 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Karatün: Barolar Birliği avukatların yanında durmadı. *GazeteDuvar*. Erişim adresi: <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/10/10/istanbul-barosu-baskan-adayi-karatun-barolar-birligi-avukatların-yanında-durmadı/>

[98] Hukuk Akademisi, 2018.

[99] 2018 seçimlerinde grubun 399 oy alması da henüz böyle bir tabanı olmadığına işaret eder.

[100] <https://www.ortak hedef.istanbul/platforma-destek-ver>

[101] Sosyal Hukuk. (2018, 3 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 4. *MedyascopeTV*. Erişim adresi: <https://medyascope.tv/2018/10/03/sosyal-hukuk-21-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-4-gokhan-ahi-ile-soylesi/>

iddiasını somutlaştırmak için Aydın Barosu örneğini verir. 1700 kişilik bu Baroda yönetim kurulunda soldan sağa birçok farklı görüş olmasına rağmen, bunun avukatların bir araya gelmelerine engel olmadığını, ve Baro Başkanına bunun nasıl mümkün olduğunu sorduğunda ise “ortak hedef”lerinin İstanbul Barosu olduğu cevabını aldığını aktarır. Dolayısıyla, böyle bir birliğin İstanbul’da da mümkün olduğunun, hatta İstanbul’un kozmopolit karakter ve tarihine vurgu yaparak, Baroda tek bir fikrin temsilinin doğru da olmadığını altını çizer.

Bu yaklaşım, esasen mevcut yönetime yöneltilen eleştirileri de tanımlar. Başkan adayı Karatün sıklıkla Baronun hedefinin, kimseyi ötekileştirmeden, kimseye karşı ayrımcılık yapmadan, siyasi ve ekonomik kimliğe bakılmaksızın zulüm ve haksızlık karşısında avukatları savunmak ve onlar için çalışmak olması gerektiğini vurgular. Bu ötekileştirme karşıtı söylem diğer gruplar tarafından da kullanılır ve mevcut yönetime dair eleştirilerin başında gelir. Bu anlamda Ortak Hedef Platformu amaçlarını avukatlık mesleğinin itibarını yeniden tesis etmek, toplumsal çatışma ve ayrışmayı gidermek, farklı düşüncelerin rahatça ifade edilmesini sağlamak ve bunları adalette buluşturmak olarak tanımlar ve mesleğin karşılaştığı olumsuzlukları meslek içi bütünleşme ile gidermeyi de kendilerine ortak hedef olarak alır.^[102] Bu hedef de netice itibarıyla “ideolojik çekişme değil, sorunların çözümünde birlikte çalışmak” ile mümkündür. Öte yandan, haksızlıklar ve hukuksuzluklar karşısında avukatlar olarak birlikte çalışmak gerektiğini söyleyen Karatün, mevcut Öİ-ÇAG yönetimini de bunlar karşısında “sadece konuşmakla” da suçlar. Bu pasif tavır yerine Baronun avukatların arkasında durması^[103] ve hukuksuzluk ve adaletsizlikle mücadele etmesi gerektiği söylenir. Karatün, mevcut yönetimin halihazırda herhangi bir konuda tavrını göstermek için sadece web sayfasında metin yayımladığını söyler ki Durakoğlu da -çalışmanın başında da aktarıldığı gibi- kampanya süresince bu açıklamalara sık sık atıfta bulunur. Oysa Karatün’e göre gereken, “çıkıp sokakta da adliyyede de Meclis’te de korkmadan” bir şeyleri söyleyebilmektir.^[104] Diğer yandan hukuk sisteminin en kötü dönemlerinden birini yaşadığı söylene de, mevcut yönetim haksızlıklara ve hukuksuzluklara yeterince ses çıkaramadığı için eleştirilse de, grubun metinlerinde veya açıklamalarında bu durumun sorumlularına yönelik herhangi bir tespit veya eleştiri de sözkonusu değildir. Hatta baroların siyasi iktidarla yeterince iletişim kurmamasının bir zafiyet olduğu ve bu iletişimin sağlanması durumunda hem mesleki hem de diğer konularda sonuç alınabileceği şu sözlerle dile getirilir:

[102] Bu bilgiler Ortak Hedef Platformu’nun basılı seçim bildirgesinden derlenmiştir.

[103] Bişkin, 2018a.

[104] *Sosyal Hukuk*, 2018, 4.

“Neden Barolar kulis faaliyeti yapmıyor Meclis’te? Görüyoruz Amerika’da baskı grupları var, basın, işçi sendikaları, barolar bunlar etkili çalışma yapıyorlar. Bizde neden barolar bu kulise katılmıyor? Sadece bir partiye değil tüm partilere, hükümete siz bu konuda yasa çıkartın diye Meclis’e niye gitmiyor, bu yasayı beraber çıkaralım diye Adalet Bakanlığı ile neden görüşmüyor? Ben baro başkanı olursam Adalet Bakanı’na derim ki, bakın İstanbul’a geldiğinizde haftada bir mi, beraber yemek yiyelim, şu sorunları konuşalım, ben Ankara’ya gelirim sizi ziyaret edeceğim, beraber çay içelim. Ismarlıyorsa yemek de yerim tabii ki. Ama Adalet Bakanı ile benim yapabileceğim çok işler var. Ben muhalif birisiyim. Ben iktidar yanlısı birisi olamam. Avukat olarak muhalif olmak zorundayım zaten ama benim muhalif olmam o iktidarı reddetmem, onun yapabilecekleri, gücünün sağladığı şeyleri yapamayacağına inanmamı gerektirmez. Ben Adalet Bakanıyla neden konuşmayım? Neden beraber bir şey yapmayalım? Neden bir Sayın Cumhurbaşkanlığı’na siz bu yasalarda, tek tip elbiseyi yapamazsınız diyemeyeyim, ki bunu diyenler oldu. Tek tip elbise bir işkencedir diye düşünüyorum. Bunu da Sayın Cumhurbaşkanımız sonradan anladığını düşünüyorum. Çünkü etrafındakiler herhalde ona anlatmadılar. Şimdi anlattılar, uygulama yapılmıyor”.^[105]

Tüm bunların ışığında, Ortak Hedef Platformu için siyasi ideoloji sahipliğini reddetmeyen, ancak meslek örgütünde temsil görevi yerine getirilirken bu ideolojik görünürlüğü istemeyen ve mesleki sorunların çözülmesi için siyasi iktidarla iletişim kurulmasını isteyen bir grup sözkonusudur. Bu anlamda, siyasi faaliyetler olsa da eğer mesleğin sorunlarının çözülmesi amacını güdüyorsa, Karatün’ün ifadesiyle “kulis ve lobiciliğin” ve hatta siyasi iktidar ve cumhurbaşkanı ile temasın reddi sözkonusu değildir. Bu bağlamda, bu grubun mesleğin siyasetinin yapılmasını savunduğu rahatlıkla söylenebilir.

Değerlendirme

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere, İstanbul Barosunun siyasi angajmanı kendi içinde bir tarihsellik taşır. Bu nedenledir ki Baro kurulduğu andan itibaren siyaset alanındaki gelişmeleri yakından takip eden, dereceleri ve yönlemleri farklılaşsa da çoğu zaman bu gelişmelere müdahale eden ve hatta bunlar üzerinden kendini bir siyasi aktör olarak da konumlandıran bir meslek örgütü olarak karşımıza çıkar. Üstelik bu konumlandırma Baronun kendisine biçtiği bir rol olmaktan öte, siyasi iktidarlar ve muhalefet partileri tarafından olduğu kadar sivil toplum, medya, bürokrasi ve hatta dönem dönem asker tarafından

[105] *Sosyal Hukuk*, 2018, 4.

da tanınır.^[106] Örneğin yakın zamanda Cumhurbaşkanının İstanbul Barosuna yönelik çıkışlarının ya da genel olarak barolara yönelik siyasetten uzak durmalarını tembihleyen açıklamalarının yanı sıra ana muhalefet partisinin üyelerinin veya Cumhurbaşkanı adayının Baroya gerçekleştirdikleri ziyaretler de esasen Baronun siyasi alanda dikkat çeken bir aktör olarak görüldüğüne işaret eder. Öte yandan, İstanbul Barosunun siyasiliği, tek parçalı ve çekişmesiz bir kimlik olmaktan da uzaktır ve mesleğin genişlemesiyle giderek daha da çeşitlenir. Nitekim bu çalışmada da ortaya konulduğu gibi, çok partili döneme gelene kadar ağırlıklı olarak rejim savunuculuğu görevi üzerinden şekillenen bu kimlik, gerek yerel düzeyde gerekse küresel ölçekte yaşanan ekonomik, siyasi ve kültürel dönüşümlerin de etkisiyle giderek daha parçalı ve daha çatışmalı bir görüntüye bürünür. 1970lerin ortalarından itibaren kendilerini sol siyasete yakın konumlandıran, Kemalist addeden, İslamcı kimliğini öne çıkararak, daha devrimci ve demokrat olmak üzerinden tanımlayan farklı avukat grupları Baro yönetimini ele geçirmek için birbirleriyle mücadele içinde olmuştur. Bu grupların içinde Baro içindeki Kemalist kanat her zaman ağırlıklı olmuş ve yönetimi de kısa süreler dışında elinde tutmayı başarmıştır.

Diğer taraftan, Baroda ideolojik eğilim hala Kemalist yönde ağır bassada artan grup sayısı ile seçimlere katılan aday çeşitliliği Baronun nasıl yönetilmesi gerektiğine ilişkin uyuşmazlıkların da arttığına işaret eder. Bu bağlamda, İstanbul Barosu seçimlerini farklı grupların yönetim için yarıştığı ve bu yarışı da kendi ideolojik duruşlarına paralel bir şekilde yürüttükleri siyasi bir alan olarak tanımladığımız bu makalede 2018 seçimlerine katılan grupların kampanyalarında hangi konuları öne çıkardıklarına, ne gibi meseleleri sorunsallaştırdıklarına ve bunlara ilişkin nasıl çözümler ürettiklerine, ne gibi vaatlerde bulduklarına yakından baktık. Baroların siyaset yapma(ma)sına ilişkin mücadelelerin bu süreçte nasıl ve ne yoğunlukta ortaya çıktığını detaylı bir incelemeye tabii tuttuğumuz bu çalışmada, gruplar arası uyuşmazlıkların temel olarak Baronun ne kadar ve ne tür bir siyaset yapması gerektiğine ilişkin tartışmalar üzerinden şekillendiğini ortaya koymaya çalıştık. Bu bağlamda, bir meslek örgütü olarak İstanbul Barosu siyaset yapmalı mıdır yapmamalı mıdır sorusuna verilen yanıtların, esasen farklı grupların “geniş anlamda siyaset yapmak” ile “mesleğin siyasetini yapmak” arasındaki ayrımı yaklaşımları tarafından belirlendiği görülür. Bir diğer deyişle, siyaset yapmak her zaman geniş anlamda anlaşıldığı için, bazı gruplar bu tavrı net bir şekilde benimserken bazıları ise bu anlamda siyaseti reddeder; ancak mesleğin siyasetinin yapılması gerektiğini savunurlar. 2018 seçimlerinde, Öİ-ÇAG, ÖDAV, Avukat Hareketi ile bağımsız aday Fikret İlkiz’in kampanyaları Baronun geniş anlamda siyaset yapabileceğini -ve hatta

[106] Bourdieu, 1987.

yapması gerektiğini- savunurken, İMAG ise adından de belli olduğu üzere belirgin bir ideolojik temeli olmasına karşın zaman zaman geniş anlamda siyaset yapılmasını savunurken zaman zaman sadece mesleğin siyasetinin yapılmasını talep ettiği bir kampanya yürütür. Ancak genel olarak grubun güçlü ideolojik kimliğinden ötürü yönetime geçmesi durumunda geniş anlamda siyaset yapmaktan çekinmeyecek bir oluşum olduğunu görmek mümkündür.^[107] Öİ-ÇAG Yükseliş, Avukat Hakları Grubu, Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi ve Ortak Hedef Platformu ise açıkça geniş anlamda siyaseti reddeden ve ağırlıklı olarak mesleğin meseleleri üzerine odaklanan bir söylem benimserler. Elbette bu tespit, bu grupların bu tür bir siyasetten tamamen uzak durdukları ya da yönetime geçecek olsalar geniş anlamda siyaset yapmayacakları anlamına gelmez. Ancak söylemsel düzlemde Baronun ne kadar ve ne tür bir siyaset yapabileceğine ilişkin farklılıklar bu iki minvalde ortaya konur.

Bu iki yaklaşımı biraz daha detaylandırmak gerekirse, ilkinin benimseyen grupların ülke siyasetine dokunmadan Baronun sorunlarının ya da mesleğin sıkıntılarının çözülemeyeceği iddiasında ortaklaştığı görülür. Bu grupların tümü, farklı derecelerde de olsa, hukuk ve siyasetin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğini, baroların salt kendi üyelerinin menfaatlerini korumak doğrultusunda hareket eden meslek örgütleri olamayacaklarını öne sürerler. Bu noktada siyaset yapmaya dair yaklaşımlardaki farklılıkların bir kısmının da yapılacak siyasetin muhatabı ile ilgili olduğu görülür. Geniş anlamda siyaseti savunanlar arasında mevcut yönetimi elinde bulunduran Öİ-ÇAG, bu tavrı tamamen siyasal iktidara yönelik bir mücadele üzerinden tartışırken, ÖDAV sadece mevcut iktidara değil topyekun devleti ve devletin gayrimeşru faaliyetlerini tartışmaya açmadan mesleki sorunların da çözülemeyeceğini öne sürer. Her iki grup da hukuk ile siyaseti birbirinin ayrılmaz parçası olarak görür; ancak Öİ-ÇAG'ın Kemalist çizgisi ne hukuku ne de siyaseti rejimi korudukları sürece sorunsallaştırmaz. Oysa ÖDAV için siyasetin temel malzemesi resmi ideolojinin ta kendisidir. Bu bağlamda, Öİ-ÇAG'ın geniş anlamda siyaseti dönemsel siyasi gelişmelere müdahale etmek üzerinden anladığını, ÖDAV'ın ise çok daha kapsamlı, tarihsel ve dönüştürücü bir eleştirelilik bağlamında savunduğunu söylemek mümkündür. Avukat Hareketi grubu ise kampanyasında mevcut siyasal iktidarın hukuk dışı ve yargı bağımsızlığını ihlal eden uygulamalarına şiddetle karşı çıkarken, bu tepkisini özellikle mevcut Öİ-ÇAG yönetiminin bu konudaki zaafiyeti üzerinden

[107] Nitekim, 23.11.2018 tarihinde Kocaeli Barosunun AİHM'nin Selahattin Demirtaş hakkında verdiği kararın T.C. Devleti tarafından uygulanması gerektiğine ilişkin açıklamasına İMAG oldukça sert bir karşılık vermiş ve yönetimi istifaya davet etmiştir. Bu açıklamanın tamamı ideolojik ve siyasi öğelerle bezelidir ve mesleğin siyasetiyle ilgili olmadığı da çok açıktır.

ortaya koyar. Hatta, grubun Öİ-ÇAG'ın içinden çıkmış olmasının gerisinde mevcut yönetimin Cumhuriyet değerlerini korumada yeterince etkili olmadığı ve siyasal iktidarın rejime yönelik saldırıları karşısında sessiz kaldığı iddiaları yatar ki bunlar da özünde geniş anlamda siyaset yapmayı içerir. Bağımsız aday Fikret İlkiz ise siyasetin hukuka ve avukatlara bağımlılığının altını çizdiği kampanyasında, Türkiye'de avukatlığın en önemli derdinin "memleket" olduğunu ve bu nedenle "laik, demokratik, hukuk devletine" sahip çıkılmadan mesleki meselelerin çözülemeyeceğini savunur. Bu bağlamda, sözü geçen grupların kampanyalarında geniş anlamda siyaset ile mesleğin siyasetinin iç içe geçtiği ve birbirlerinden bağımsız düşünülmedikleri görülür. İMAG'ın kampanyasında ise bu ikisi birbiriyle örtüşmez; hatta Baronun politik olmasını eleştiren yaklaşımı geniş anlamda siyasete karşı olduğu izlenimi uyandırır. Bu anlamda, İMAG diğer gruplar gibi Baronun geniş anlamda siyasete müdahale etmesi gerektiğini öne sürmez; ancak kampanyasında genel olarak siyasetin hukuk ve yargı üzerindeki baskısına karşı çıktığı bir duruş olduğu da görülür.

Mesleğin siyasetini yapmaya odaklanmak gerektiğini öne süren grupların arasında ise Öİ-ÇAG Yükseliş grubunun kampanyasını heyecanlı ve dinamik bir söyleme oturtmasına rağmen ne mevcut yönetime ne siyasal iktidara yönelik fazla eleştirel bir tavır takınmadığı görülür. İdeolojik olarak Kemalist çizgide olduğunu, hukukun siyasete alet edilmesine ve yargı bağımsızlığının ihlaline açıkça karşı olduğunu belirtmesine ve mevcut yönetimi de bunlara yeterince ses çıkarmamasından ötürü eleştirmesine rağmen, kampanyasını ağırlıklı olarak mesleki meselelere ve bunların üzerinden yapılacak bir siyasete odaklamaya çalışır. Avukat Hakları ise Yükseliş'ten mevcut yönetime oldukça sert çıkışıyla ayrılır. Cumhuriyete sahip çıkar gibi görünüp aslında içi boş siyaset yapmakla suçladığı mevcut yönetim anlayışına karşı, Baroyu değiştirecek ve avukatların haklarını ve sorunlarını öncelikli meselesi haline getirecek bir yönetim vaadeder. Burada da ilk kategorideki gruplar kadar olmasa da bir siyasal iktidar eleştirisi vardır; ancak esas hedef iktidarın uygulamalarına karşı çıkamayan ve mesleğin sorunlarını görmezden gelen Baro yönetimidir. Diğer yandan, Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi birlikte çalışan, ortak değerlerde birleşen ve mesleki konulara odaklanan bir Baro söylemi üzerinden bir kampanya yürütür ve özellikle de mevcut yönetime yönelik avukatları kutuplaştırdığı eleştirisini getirir. Hukukun zayıfladığına ilişkin bazı ifadeler olsa da, hak ve özgürlük arayışını genelleştirerek siyasi bir ithamdan kaçınılır. Son olarak, Ortak Hedef Platformu belki de tüm gruplar arasında mesleğin siyasetini yapmayı gerçekten en net ve görünür biçimde kendisine hedef olarak koyan gruptur. Grup, ideolojik ayrışmalara gitmeden, mesleğin çıkarları adına birlikte çalışmanın önemini vurgulayan ve hukuk sisteminin kötü bir dönemden geçtiğini ileri sürmekle beraber bu

durumun sorumlularını işaret etmeyen tavrı nedeniyle, Baroda Değişim ve Gelişim Hareketi'ne yaklaşır. Ancak, özellikle mesleğin sorunlarını çözümlenmesi için siyasal iktidar ile kurulacak iletişimden geçtiğine yönelik iddiası ve böyle bir yönetim anlayışı vaadinde bulunması nedeniyle, bu grubun mesleğin siyasetini yapma konusunda daha tutarlı bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

Bu anlamda, mesleğin siyasetini yapma taraftarlarının geniş anlamda siyasi konularla ilgilenmeme (baroların savunuculuk yapmaması) karşılığında, hükümetin avukatların mesleki sorunlarının çözülmesini sağlayacak ortaklıklar kurmaya dair -çok vurgu yapılmasa da farz edilen- beklentileri olduğu söylenebilir. Bu, başta değinilen baroların devletin korporatist siyasa ortağı olarak koruyucu bir menfaat grubu rolü oynamasını bekleyen yaklaşıma uygundur. Bu bakış avukatlıkla ilgili sorunları, sadece mesleki hususlara indirgemektedir. Söz gelimi KDV indirimi veya yeşil pasaport almak avukatlar için bir kazanım olabilir; ancak mesleğe dair daha konjonktürel sorunların böylece biteceği düşünülemez. Dahası, Türkiye'deki tekçi devlet geleneğinin kimseyle iktidar paylaşmayan yapısı gözönüne alındığında bu ortaklık tahayyülü gerçekçi bulunmayabilir. Hatta mevcut iktidarın siyasal alanda sürekli "milli irade"nin kutsallığından dem vururken, toplumsal alanda zayıf destek bulduğu meslek örgütleri sözkonusu olduğunda, onları etkisizleştirmeye yönelik planlar geliştirdiği bilinirken, bu tahayyül gerçekçi olmamanın ötesinde naif bile bulunabilir. Her ne olursa olsun, belki de asıl tartışma baroların mesleki dayanışma temelli kurulan yapılar olarak ne kadar siyaset yapabileceklerine ilişkin değil, mesleğin sorunlarının siyasi bağlamdan ne kadar bağımsız tartışılabileceğine ilişkindir.

Öte yandan, geniş anlamda siyasete dahil olmakla mesleğin siyasetini yapmak arasında çizilen sınır, mevcut Baro yönetiminin anlayışına karşı geliştirilen bir söylem olmaktan da öteye gidemez çoğu zaman. Bir diğer deyişle, İstanbul Barosunun sadece mesleğin siyasetiyle ilgilenmesi gerektiğini savunanlar, çoğu zaman bunu ilkesel bir düzlemde değil, daha ziyade Öİ-ÇAG yönetiminin yaptığı siyasetten duydukları rahatsızlık üzerinden açıklarlar ve bu yaklaşımı da temel olarak meslek örgütlerinin siyasi parti gibi davranmaması gerektiğine ilişkin ortak bir görüş üzerinden haklılaştırırlar. Bu görüşü Kaptan Yılmaz şu sözleriyle özetler: "biz ülkeye değil baroya yönetim oluşturuyoruz, ülkenin yönetimi zaten var".^[108] Bu bir anlamda kendilerinin paylaşmadığı ideolojik bir yerden siyaset yapılmasıyla da ilgilidir. Ama aynı İMAG, mevcut Baroyu milli olmamakla da itham edebilmektedir. Neticede bazı gruplar mevcut yönetimi siyasi gelişmelere yeterince müdahale etmemek üzerinden suçlarken bazı gruplar da fazla siyaset yaptığı için suçlayabilmektedir. Bu durum da tam olarak geniş

[108] *İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu*, t.y.

anlamda siyaset ile mesleğin siyaseti arasındaki sınırın, değişen taraflar, değişen koşullar ve değişen öncelikler üzerinden sürekli olarak yeniden belirlenmeye açık halini ortaya koyar.

KAYNAKÇA

Akbaş, K. (2011). *Avukatlık mesleğinin ekonomi politikası: Avukatların sınıfsal konumlarındaki değişim*. Ankara: Notabene Yayınları

Armutçu, O. (2014, 13 Kasım). Adli yıl açılış töreni kalktı. *Hürriyet*. Erişim adresi <http://www.hurriyet.com.tr/>

Av. Dr. Başar Yaltı ile Röportaj. (2018). <http://avukathareketi.org/2018/10/12/roportaj-istanbul-barosu-baskan-adayi-basar-yalti-baronun-suskun-tavrini-kokunden-degistirecegiz/>

Av. Dr. Başar Yaltı'nın Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubundan ayrılma gerekçelerine ilişkin istifa mektubu. (2018). Erişim adresi <http://avukathareketi.org/2018/08/02/once-ilke-cagdas-avukatlar-grubu-yurutme-kurulu-baskanligina/>

Avukat Hakları. (t.y.). Erişim adresi <https://www.avukathaklari.net/>

Avukat Hakları Grubu (2018, Ekim). Mesleğini değil, Baroyu değiştirdi! [Broşür] Erişim adresi <https://www.avukathaklari.net/wp-content/uploads/2018/10/AHD-Brosur-14x20.pdf>

Avukat Hareketi İstanbul Barosu Başkan adayını açıkladı (2018, 7 Eylül), ABC Gazetesi. Erişim adresi <https://www.abcgazetesi.com/guncel/avukat-hareketi-istanbul-barosu-baskan-adayini-acikladi/haber-103338>

Avukatlık Kanunu (1969, 7 Nisan). Resmi Gazete (Sayı:13168, sf. 7). Erişim adresi <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13168.pdf>

Baroda Değişim ve Gelişim. (t.y.). Erişim adresi <http://barodadegisimvegelisim.com/>

Başkan Durakoğlu güven tazeledi. (2018, 22 Ekim). Erişim adresi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/>

Bişkin, H. (2018a, 10 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Karatün: Barolar Birliği avukatların yanında durmadı. *GazeteDüvar*. Erişim adresi <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/10/10/istanbul-barosu-baskan-adayi-karatun-barolar-birligi-avukatlarin-yaninda-durmad/>

Bişkin, H. (2018b, 19 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Kaptan Yılmaz: TBB enerjisini siyasete harcıyor. *GazeteDüvar*. Erişim adresi <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/10/19/istanbul-barosu-baskan-adayi-kaptan-yilmaz-tbb-enerjisini-siyasete-harciyor/>

SİYASET YAPMAK YA DA YAPMAMAK:
2018 İSTANBUL BAROSU SEÇİMLERİNE BİR BAKIŞ

Bourdieu, P. (1987). The force of law: Toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*, 38, 805-853.

Çapan, M. (2018, 15 Eylül). İstanbul Barosu Başkan adayı Başar Yaltı: Yönetime seçilirsek, baroyu avukatla tanıştıracamız. *T24*. Erişim adresi <https://t24.com.tr/haber/istanbul-barosu-askan-adayi-basar-yalti-yonetime-secilirsek-baroyu-avukatla-tanistirac-agiz,700748>

Elveriş, İ. (2014). *Barolar ve siyaset*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Eren Keskin Genel Kurul Konuşması (2018, 20 Ekim). Erişim adresi <https://www.youtube.com/watch?v=KyryozonsMQ>

Erozan, H. B. (2005). Producing obedience: Law professors and the Turkish state (Yayımlanmamış doktora tezi). University of Minnesota.

Fikir Meydanı (2018, 9 Ekim). *UlusalKanal* Erişim adresi <https://www.youtube.com/watch?v=5eMCUI-CqR8>

Fikret İlkiz Genel Kurul Konuşması (2018, 20 Ekim). Erişim adresi <https://www.youtube.com/watch?v=3UeDKx4x5wA>.

Günün Konuğu (2018, 2 Ekim). Yargının sorunları. *HalkTV*. Erişim adresi <https://www.onceilkeceg.org/av-mehmet-durakoglu-gunun-konugu-programi-02-10-2018/>

Hukuk Akademisi (2018, 11 Ekim). İstanbul Barosu “Seçim 2018” Canlı Yayını. Erişim adresi <https://www.youtube.com/watch?v=R5FxiKAA6xo>

Hukukun Üstünlüğü Platformu. (t.y.). Erişim adresi <https://tr-tr.facebook.com/huplatform/>

İnanıcı, H. (2001). Türkiye’de avukatlık ideolojisi. *Toplum ve Bilim*, 87, 135 – 163.

İnanıcı, H. (2008). 21. *Yüzyılda avukatlık ve baro*. Ankara: Legal Yayınevi.

İstanbul Barosu Başkanlığı’na Mehmet Durakoğlu seçildi (2016, 23 Ekim), *Sputnik*. Erişim adresi <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201610231025435114-istanbul-barosu-secim/>

İstanbul Baro seçimlerinde Ali Rıza Kaplan başarısı (2016, 23 Ekim), *Haberhan*. Erişim adresi <http://www.haberhan.net/istanbul-baro-secimlerinde-ali-riza-kaplan-basarisi-6950.html>

İstanbul Milliyetçi Avukatlar Grubu. (t.y.). Erişim adresi <http://www.istanbulmil-liyetciavukatlar.org/>

Kalem Berk, S. (2015). Arabuluculuk tartışmaları üzerinden Türkiye’de hukuk mesleğine Bourdieücü bir bakış. *Toplum ve Bilim*, 132, 222-231.

Kaptan Yılmaz Genel Kurul Konuşması (2014, 204 Ekim). Erişim adresi <https://www.youtube.com/watch?v=5DoFkgUw41g>.

Karabulut, U. (2013). Muhâmât Kanunu: Türkiye’de avukatlık kurumunun düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda yaşanan tasfiyeler. *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, XIII 27, 79 – 104.

Kepek, E. (2018, 16 Ekim). Baro Başkan adayı İlkiz: Adliye bizimdir, sarayları kim istiyorsa alabilir. *Bianet*. Erişim adresi <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/201697-baro-baskan-adayi-ilkiz-adliye-bizimdir-saraylari-kim-istiyorsa-alabilir>

Öğreten, T. (2018, 17 Ekim). İstanbul Barosu Başkan adayı Fikret İlkiz: Görevini yapan baro etkili bir baskı aracıdır. *Diken*. Erişim adresi <http://www.diken.com.tr/istanbul-barosu-baskan-adayi-ilkiz-gorevini-yapan-baro-iktidara-karsi-etkili-bir-baski-aracidir/>

Önce İlke Yükseliş. (t.y.). Erişim adresi <https://onceilkeyukselis.com/>

Öngün, E. ve Hassan, M. 2013. How political dynamics work in professional organizations: The radical left and the Istanbul Bar Association. In: Massicard, É. and Watts, N. F. ed(s). *Negotiating political power in Turkey: Breaking up the party*. NY: Routledge, pp. 140 – 156.

Özkent, A.H. (1940). *Avukatın kitabı*. İstanbul: Arkadaş Basımevi.

Özman, A. (1995). The state and bar associations in Turkey: A study in interest-group politics (Yayımlanmamış doktora tezi). Bilkent Üniversitesi.

Özman, A. (2000/2001). Hukuk, siyaset, ideoloji ekseninde hukukçu kimliğinin yeniden tanımlanması: Erken cumhuriyet dönemi üzerine bir inceleme. *Toplum ve Bilim*, 87, 164 – 176.

Pişkin, C. (2018, 18 Ekim). İstanbul Barosu başkan adayları Evrensel’e konuştu. *Evrensel*. Erişim adresi <https://www.evrensel.net/amp/363867/istanbul-barosu-baskan-adaylari-evrensele-konustu>.

Sosyal Hukuk. (2018, 11 Eylül). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 1. *MedyascopeTV*. Erişim adresi <https://medyascope.tv/2018/09/12/sosyal-hukuk-18-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-1-mehmet-durakoglu-ile-soylesi/>

Sosyal Hukuk. (2018, 26 Eylül). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 3. *MedyascopeTV*. Erişim adresi <https://medyascope.tv/2018/09/26/sosyal-hukuk-20-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-3-talat-canbolat-ile-soylesi/>

Sosyal Hukuk. (2018, 3 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 4. *MedyascopeTV*. Erişim adresi <https://medyascope.tv/2018/10/03/sosyal-hukuk-21-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-4-gokhan-ahi-ile-soylesi/>

Sosyal Hukuk. (2018, 9 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 5. *MedyascopeTV*. Erişim adresi <https://medyascope.tv/2018/10/09/sosyal-hukuk-22-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-5-fikret-ilkiz-ile-soylesi/>

SİYASET YAPMAK YA DA YAPMAMAK:
2018 İSTANBUL BAROSU SEÇİMLERİNE BİR BAKIŞ

Sosyal Hukuk. (2018, 17 Ekim). Genel Kurula doğru: Nasıl bir Baro? 7. *MedyascopeTV*. Erişim adresi <https://medyascope.tv/2018/10/17/sosyal-hukuk-24-genel-kurula-dogru-nasil-bir-istanbul-barosu-7-eren-keskin-ile-soylesi/>

Taşçı, S. (2010, 20 Ekim). Brütüs değil Spartaküs!. *Yeniçağ*. Erişim adresi <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/>

Toprak, M. (2014). *Geçmişten günümüze avukatlık kanunları*. Ankara: TBB yayınları.

Türem, U. (2001). *Globalization of law and the legal profession in Turkey* (Yayımlanmamış YL Tezi). Boğaziçi Üniversitesi: İstanbul.

Yeniçeri, İ.A. (2018, 20 Ekim). İstanbul Barosu'nda gergin genel kurul. T24. Erişim adresi <https://t24.com.tr/haber/istanbul-barosunda-gergin-genel-kurul,727923>

Makaleler

Articles

AVUKATLIK MESLEĞİNİN TARİHÇESİNE BİR BAKIŞ

Av. H. Argun BOZKURT*

*Değerli öğretmenim ve meslektaşım
Av. Dr. iur. Yahya Kazım Zabunoğlu'na...*

A) Giriş:

Avukatlık; hukuksal yardım isteyen kişiye yazılı veya sözlü olarak yardımda bulunan, özel eğitim almış hukukçunun yaptığı iştir. Meslek olarak kamu yararına çalışma olgusu ağır basmaktadır. Ana Britannica Ansiklopedisi tarafından benimsenen tanıma göre, “Avukat hukuki sorunlarda görüş bildirmek, hukuki belgeleri düzenlemek, resmi dairelerde ihtilafı işleri izlemek, mahkemeler ve hakem kurulları önünde gerçek ve tüzel kişilere ait hakları savunmak, yasaların ve hukuk kurallarının yargı mercileri ve öteki resmi mercilerce tam olarak uygulanmasına yardımcı olmak üzere hukukçuluk mesleğini yerine getiren” kimsedir.^[1]

Bu mesleğin tarihsel kökleri nerelere dayanmaktadır, dersiniz, buna Avrupa ve Türkiye olarak iki farklı yanıt vermek gereklidir.

Avukatlığın bugünkü haline gelmesine etken olan hususlar Avrupa kaynaklıdır. Avrupa'nın siyasal-sosyal kültürel hayatına baktığımızda avukatlığın meslek haline gelene kadar pek çok aşamadan geçtiğini görürüz.

Savunma – hak arama mesleği olan avukatlık kimi yazarlara göre Roma İmparatorluğu dönemiyle ortaya çıkmıştır.^[2] Ancak kanımca bunu Antik Yunan'a, Mezopotamya'ya, Mısır'a kadar geri götürmek mümkündür. Çünkü Demosthenes ve ismi meçhul birçok Sümer, Asur ve Mısırlı siyaset ve hukuk adamları avukatlık mesleğini o devirlerde (M.Ö. 4000-5000) hayata geçirmişlerdir.

* Ankara Barosu.

[1] Ana Britannica Ans, Cilt: 3, syf: 416.

[2] Av. Ali Haydar Özkent - Avukatlık Kitabı, Arkadaş Kitabevi.

B) Antik Dönemlerde Avukatlık:

Arkeolojik eserlerin tetkikinde Avukatlık mesleğinin başlangıcının çok eskilere gittiğini anlıyoruz. Bireylerin, aralarındaki uyuşmazlıkları kişisel güçlerini kullanarak çözümlemesinin önlendiği günden beri avukatlar ve avukatlık mesleği mevcuttur. Bu gereksinim sonucunda gerek ücret alarak, gerekse ücretsiz olarak kişileri mahkemelerde savunan kişiler, adeta bir meslek adamı gibi ortaya çıkmaya başlamışlardır.

Uygarlığın gelişme sürecine girdiği yerlerde, bir kültür armağanı olarak avukatlar, vekil tarafları ağır basarak yeşermeye başlamışlardır. Avukatlık ilk kez Sümer, Mısır, Antik Yunan gibi gelişmiş uygarlıkları kuran ülkelerde ortaya çıkmıştır.

Antik Yunan'da önceleri suçlanan kişilerin kendilerini savunması kuralı geçerliydi. Mahkeme önüne çıkarak kendilerini savunmaya çalışırlardı. Ancak herkesin iyi konuşma özelliğine sahip olmaması bazı sorunlar, haksızlıklar yaratıyordu. Bu sakıncayı gidermek için, bir başka kişinin suçlananları mahkemede savunması kabul edildi. Bu kişi önceleri sanığın akrabası oldu. Ancak bir süre sonra bu da yetersiz gelmeye başladı. Sanıklar toplum içinde iyi söz söyleyebilen, toplum tarafından sözüne güvenilen kişilerin kendini savunmasını istemeye başladılar.

Suçlananların bu istekleri onlara görüş vermek, savunma hazırlamak şeklinde karşılanıyordu. Sanık, hazırlanan savunmayı ezberleyip mahkeme önünde tekrarlıyordu. Ancak ezberi iyi olmayanlar olduğu gibi, konuşmayı şaşırınlar, savunmayı iyi vurgulayamayanlar olabiliyordu. Bu ise yapılan hazırlıkları ve alınan yardımı boşa çıkarıyordu.

Böylelikle ilk başlarda suçlananın akrabalarının savunma yapmasına izin verildi. Zamanla sanığın akrabası olmayan kişilerin de mahkeme önünde savunma yapması kabul edildi. Sanık istediği kişiyi kendini savunması için avukat olarak tutmaya başladı. Sanık, avukata, bu hizmeti karşılığı bir ödeme yapıyordu. Bu önceleri mal-hizmet olurken daha sonra para oldu. Maktu bir para alan savunmanlar daha sonra yüzde usulü ile çalışmaya başladılar.

Görülmektedir ki, avukatlığın ataları Sümer, Mısır ve Antik Yunan uygarlığıdır. Demosthenes Antik Yunan'da iyi konuşan, siyaseti ve kanunları bilen bir kişi olarak savunma mesleğini bugünkü anlamına yakın olarak ilk yapan kişidir. Cicero Roma 'da savunmanlık yapan bir diğer ünlü hukukçu ve siyaset adamıdır. Bu kişiler yaptıkları savunmalar ile pek çok kişinin mahkemede haklı olarak aklanmasını sağlamışlardır.

Cicero ve Demosthenes avukatlık mesleğini yapanların en ünlüsüdür. Avukatlık yapanlar bu isimlerle de sınırlı değildir. Antik Yunan'da ve Antik Roma'da savunmanlık çok yaygınlaşmış ve bir grup oluşturacak sayıya da ulaşmıştır.

Artan savunman sayısı zamanla haksız rekabeti, karşılıklı karalamayı, aç gözlülüğü, kötüye kullanmayı kısaca bozulmayı da getirmiştir. Büyük bir güç haline gelen savunma mesleğinin kurallara bağlanması gerekmiştir. Meclis savunma meslek kurallarını, çıkararak bazı düzenlemeler ve sınırlamalar getirmiştir. Ancak bu düzenlemeler savunma mesleğini boğmamış gelişmesine engel olmamıştır.

Avukatlık mesleğinin seyir defterinde, Antik Yunan'dan sonra ikinci durağımız Roma İmparatorluğu'dur. Roma'da çok ünlü hukukçular vardır. Roma İmparatorluğu'nda hukukun gelişmişlik düzeyi, yargıçlar sınıfı dışında avukatlar topluluğunu da zorunlu kılmıştır. Çeşitlenen hukuk kuralları uzman avukatlar (savunmanlar) yaratmıştır.

Roma'da avukatlar iyi konuşan, bilgili, aktif siyasetle ilgilenen kişilerden çıkmıştır. Bir çok Romalı avukat daha sonra imparator olmuştur. Romalı avukatların bir diğer özelliği ise savunmalarında şov öğelerini de kullanmış olmalarıdır. Romalı avukatlar savunma yaparken ağlamışlar, gülmüşler ve özellikle güldürmüşlerdir. Mahkeme heyetini ve jüriyi etkilemek için karşı tarafı küçük düşürmek çok önemlidir. Bu nedenle Romalı avukatlar savunmalarını esprilerle süsleyerek müvekkillerini savunmuşlardır.^[3]

Romalı avukatlar savunma yaparken halden hale girerlerdi. Ayrıca yanlarında bir grup insan taşırlardı. Bu insan grubu, avukatın yardımcıları olarak ona savunma sırasında yardım ederlerdi. Bu yardım avukatı alkışlamak, karşı tarafı yuhalamak şeklinde olurdu. Romalı avukat savunmasının alkışla kesilmesini istediğinde, önceden yapılan provaya uygun olarak alkışçıları büyük gürültüyle avukatı alkışlardı. Bu alkışlar mahkeme heyetini, oy kullanacak meclisi etkilerdi. Alkışlanan savunma sayesinde mahkûmiyet kararı verilmezdi.^[4]

Romalı avukatlar savunma malzemesi olarak alkışı kullanan ilk avukat kesimi olmuş, yaratıcılıklarını daha da ileri götürünce devletin önlem alması gerekmiştir. Nasıl önlem alınmasın ki? Romalı avukatlar artık duruşma sırasında kendilerini yerden yere atmaktadırlar. Müvekkillerinin haksız suçlandığını belirtircesine sinir nöbetleri geçirmektedirler. Bu hal rahatsız edici noktaya gelince avukatların duruşmalarda şov yapmasının önüne geçilmek için pek çok yasak ve düzenleme getirilmiştir. Ancak bu önlemler de dozunda uygulandığı için savunmayı boğmamış, köreltmemiştir.

Roma'da çıkarılan Cincia Yasası (Avukatlık hizmeti karşılığı ücret alınmasını yasaklayan yasa), Claudius tarafından yapılan düzenlemeler (ücret alma yasağının

[3] A. G. Çelik – Tarihte Savunma, syf.14.

[4] A. G. Çelik – Tarihte Savunma, syf.14.

kaldırılması) ve İmparator Justin tarafından yapılan düzenlemeler (avukatların örgütlenmesi) sayesinde avukatlık, kök salan bir meslek haline gelmiştir.

Avrupa kültürünü benimsemiş diğer devletler de savunmayı hep önemsemişlerdir. Savunma mesleği özlenen, imrenilen, saygın bir meslek olarak görülmüştür. Bu demokrat kafa yapısına has bir özellik olup, bütün büyük uygarlıklar yaratmış toplumlarda savunma hep el üstünde tutulmuştur.

Dünyanın en büyük medeniyetlerinden biri olan Mısır'da da durum böyledir. Mısır'da firavunlar çağında savunma meslek olarak vardır. Savunmanlar, aldıkları temsil yetkisine göre yargıçların karşısında sanığın–hak arayanın ya da borçlunun haklarını savunmuşlardır. Ancak Mısır'da avukatların sözlü savunma yapma hakları yoktur. Bu yolla yargıçların sözlü savunma ve etkileyici gösterilerden etkilenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Antik Mısır'da avukatlar müvekkillerini hazırladıkları yazılı metinlerle savunmuşlardır.

C) Ortaçağ ve Sonrası Dönemlerde Avukatlık Mesleği:

Ortaçağ dönemi dinin insanlar üzerinde terör estirdiği, dinsel iktidarın özel mahkemelerinin yargıyı ele geçirdiği dönemdir. İşkencenin araştırma yöntemi olarak kabul edildiği, itirafın yeterli ve tek delil olduğu bu dönemde, sanık yanında yer alan bir avukatın savunmasına izin verilmemiştir. Bunun nedeni savunmaya karşı duyulan korkudur. Ancak engizisyona karşı savunmanların yazılı görüşleri, sözlü ifadeleri sanıklar tarafından kullanılmıştır. Savunmanın kısıtlandığı ve bu kısıtlılığın doğru, normal, ahlaki kabul edildiği dönem olan Ortaçağ dönemi insanlık tarihinin en utanılabilir ve vahşi dönemidir.

Rönesans ve Reform hareketleri özgür düşünce ortamını sağlam temelleriyle yaratarak, savunma mesleğini beslemiştir. Ancak bu karşılıklı bir etkileşimdir. Özgür ve bilimsel savunma da Rönesans-Reform hareketlerini beslemiştir. Konuşan, düşünen, hak arayan, kendini dogmalara karşı korumak zorunda kalan insanın yanında hep savunmanlar olmuştur.

Faşizme, ırkçılığa, dinciliğe, militarizme karşı çıkanları savunanlar da avukatlar olmuştur. Hukuksal gelişme, avukatların atak, cesur, bilim dolu savunmaları; parlak, ileri görüşleri sayesinde olmuştur.

Avukatlığın Fransa, İngiltere gibi ülkelerde daha önce gelişip serptildiğini söylemek mümkündür. Avukatlık mesleğinin Fransa'daki gelişimini inceleyelim.

D) Avukatlık Mesleğinin Fransa'daki Tarihsel Gelişimi:

Avrupa uygarlığının bu önemli ülkesi Fransa'da savunma mesleğinin kayıtlara yansımış mazisi yedi yüzyıl öncesine, 1300 yıllarına dayanmaktadır.

Nitekim 1340 yılında avukatların bir sicili tutulmuş, avukatlık mesleğine girme ve çıkarılma kuralları belirlenmiştir. Tüm bu hususlar avukatlık mesleğinde bir dönüm noktası yaratmıştır. Bu önemli gelişmenin adı Baro'dur.

E) Baro'nun Kökeni:

Mahkemede bir başkasını savunan insanların çalışmalarını düzenleyen ilk metinler 13. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Dernekten baroya doğru önemli bir değişim başlamıştır.

Avukatlar, bugün de halen yürürlükte olan kendi başına bir teşkilatlanmayı, XIV. Louis'in Hükümdarlığı altında baro denilen bir kuruluşla geliştirmişlerdir. Ama Fransız avukatları hükümdarın gölgesi altında kalmaya pek niyetli olmamışlar ve hızla daha bağımsız bir statü için kolları sıvamışlardır.

Avukatlık mesleğinin Fransa'daki serüveni zaman zaman sekteye uğrasa da, daima gelişme göstermiş ve tüm dünyaya örnek olmuştur. Fransız avukatlarının onurlu mücadeleleri bazen parlamentoya karşı, bazen dinsel iktidara karşı, bazen de Fransız devriminde olduğu gibi devrim konseyine karşı olmuştur.

Fransız avukatlar dünyanın en güçlü imparatoru Napolyon'u ve Fransız Genel Kurmayını eleştirmiş, daima doğru bildiklerini savunmuş, onurlu meslek kurallarından ödün vermemişlerdir.

Dreyfus davasını üstlenen Avukat Demenge ve Avukat Labori verdikleri savunmalarla ceza usul hukukuna yepyeni ilkeler kazandırmışlardır (Sanık ve vekilinden gizli, kayıtlı herhangi bir belgenin saklanamayacağı ilkesi).

İkinci Dünya Savaşı sırasında vatan haini ilan edilen Fransa Başbakanı Laval'ı savunan avukatlar kin ve nefret kusmak için hazır bekleyen mahkeme heyetini dize getirmişlerdir. Devlet Başkanı De Gaule, mahkemeyi protesto için duruşmalara girmeyen avukatları ikna etmek zorunda kalmış; "Eğer, Laval mahkum olursa savunma yapmadan mahkum olacak, böylesi bir lekeyi Fransa Adalet Tarihine sürdürmemin" diyerek avukatlara ricada bulunmuştur.^[5]

[5] A. G. Çelik - Tarihte Savunma, syf. 28.

F) Avukatlığın Ülkemizdeki Tarihçesi

Ülkemizde savunma 16.yy da belirmeye başlamıştır. Avukatların Osmanlı İmparatorluğu'ndaki ilk görünümü dilekçe yazan, yol gösteren, akıl veren "arzuhalci"lerdir. Ancak arzuhalcilik dışında işlerde çalışan kişiler de yargıya olan yakınlıklarını kullanarak savunma-avukatlık-iş takip etme yoluyla faaliyetlerde bulunmuşlar ve savunmaya benzer görevler üstlenmişlerdir.

Osmanlı İmparatorluğu bir İslam devleti oluşu nedeniyle avukatlık, vekillik yönüyle başlamış ve gelişmiştir. Osmanlı'da (İslam Hukuku'nda) kadı davaya bakarken, bir taraf gelme dahi davaya bakmak zorunda olup; bunu gelmeyenine yerine vekil atayarak yapardı. Bu atama işlemleri zamanla kadı'nın yakın çevresinde az çok hukuku bilen ve bu işi meslek edinen kişileri yarattı.^[6]

Avukat Ali Haydar Özkent'e göre; "Ülkemizde avukat arzuhalci, ayak kavafi, müzevir kelimelerinden ve eylemlerinden doğmuştur. Yazara göre Osmanlı tarihinde arzuhalciler yazı ile savunma yapan ve iddiada bulunan kişilerdi. Cami avluları, kahve köşeleri, hanlar ve kervansarayları büro olarak kullanırlardı. Arzuhalciler bir tür katiplik yaparlardı. Hocalar iktidarı temsilen divanın, arzuhalciler ise halkın katibiydiler." Bu yüzden arzuhalcilere biraz yakından bakmamız gerekmektedir. Arzuhalci, arzuhal üreten kişiye denmektedir. Peki nedir arzuhal?

Arzuhal bir dilek veya şikayet bildirmek üzere alttan yazılan ve bugünkü karşılığı dilekçe olan belge türüdür. Esasta arzla aynı görevi yerine getirmez, arzuhal arasında farklılık vardır. Arz, genellikle devlet görevlilerinin resmi, arzuhal ise köylü ve askeri sınıfın şahsi dilekçeleri idi. Ancak sokaktaki arzuhalcilerin yaptıkları daha çok halkın müracaat edip istediği türden şahsi hak arama veya savunma ile ilgiliydi.^[7]

Ancak bu tür bir dilekçede dahi bazı temel noktalar vardı. İşte arzuhalci bu temel noktaları bilirdi. Neydi bu temel noktalar?

Bu temel noktalardan ilki arzuhalde yer alması gereken "davet" tir. Davet olarak "hüve", "Hüve'I-mu "ali" veya "ya fettah" gibi deyimler kullanırlardı. Ayrıca arzuhalin muhatabı olan

şahıs veya makama göre değişiklik gösteren seslenişler olurdu. Örneğin Padişah'a yazılan bir sesleniş (hitap) şöyledir; "Şevketlü, mehabetlü, re'fetlü, re'fetlü Padişah-ı alem-panah (e)hazretleri hilafetinde daim olsun".

[6] H. Argun Bozkurt - Hukukun Öyküsü, Ankara Barosu Yayınları, 2006, Ankara, syf: 290.

[7] H. Argun Bozkurt - Hukukun Öyküsü, Ankara Barosu Yayınları, 2006, Ankara, syf: 290.

Arzuhalcilerin yazdıkları dilekçelerin şer'iyeye uygun olması gerekirdi. Ayrıca arzuhalciler devletin denetimi altındaydılar. 1660 yılında (17.yy) Arzuhalci başının saraya verdiği dilekçe ile resmi düzenleme istemesi sonrasında, çıkarılan nizamname ile arzuhalci olmak için gerekli koşullar belirlenmiştir.

Arzuhalciler başlarına sarık sararlardı. Ayrıca biniş denen giysileri de vardı. Divit, hokka, kağıt torbası, birkaç kitap ve sakin bir köşe görevlerini yapmaları için yeterliydi. Sır saklamak en önemli mesleki ilkeydi. Arzuhalciler çoğu zaman devlet dairelerine yakın Ayasofya, Sultanahmet, Eminönü, Beyazıt gibi semtlerde görülürlerdi.^[8]

Arzuhalcilerin iyisi başvurunu bir kez dinledikten sonra bir solukta yazıyı tamamlayanı idi. Arzuhalciler her tür mektup yanında aşk mektubu da yazarlardı. Arzuhalcilerin yaptıkları bu işe karşılık loncalarının belirlediği ücreti almaları esastı. Arzuhalciler resmi dilekçelerin yanı sıra senet ve mukaveleler de düzenlerlerdi.

Kişisel arşivi ve derin bilgisi ile ülkemiz tarihine ışık tutan Sayın Necdet Sakaoğlu'na göre "Osmanlı uyrukları kişisel dilek ve şikâyetlerini resmi makamlara arzuhal (arz-ı hal) denilen dilekçelerle sunarlardı. Kâğıda, yazı tarzı, yazılış ve anlatım biçimleri bakımından arzuhallerin belirli özellikleri taşıması gerektiği için bu işi meslek edinen okuryazarlar yapardı. Bunlar, payitaht İstanbul'da ve loncalarında örgütleniyorlardı. Kadılıklarda ise bir ya da birkaç arzuhalci halkın gereksinimini karşılardı.

İstanbul'daki arzuhalciler, arzuhalci başının yönetiminde kalabalık bir lonca oluşturmaktaydılar. İleri düzeyde okur-yazar, hoş ve güzel yazan, mevzuat ve yöntem bilgisi olan topluma göre aydın sayılabilecek bir kişi bu mesleği seçmek istediğinde arzuhalci başına başvurarak Divan-ı Hümayun Çavuşları Emîni ve Katibi Efendilerin de yer aldığı bir kurul önünde sınava girip, başarılı olduğunda izin tezkiresi (diploma) alırdı. Bu mesleğe katılabilmek için yazı kuralları, başvuru yöntemleri, yazı ve hat türleri ile ilgili sınavlardan imtihan olunurdu."^[9]

Çağın gelişimi içinde arzuhalciler de kendini geliştirmişlerdir. Kavuklar atılmış, yerine fes giyilmiştir. Beyaz gömlek, koyu bir takım elbise, temiz tıraşlı bir yüz ve Avrupa'nın en son icadı olarak görülen kravat artık arzuhalcilerin yeni giysilerini oluşturmuştur.

Bu yeni kuşak arzuhalciler Osmanlı'nın son dönemlerinde ortaya çıkmıştır. Avrupa'dan etkilenen, Konsolosluk mahkemelerindeki avukatların temiz-pak

[8] İ. Ortaylı - İstanbul'dan Sayfalar, syf.130.

[9] Nejdîet Sakaoğlu - Geçmiş Zaman Olurki, Skylife Dergisi.

imajını gören Osmanlı yazar-çizerleri de kılık kıyafetlerini değiştirmişlerdir. Bu değişiklik sadece kılık ve kıyafette olmamıştır. Artık yeni dönem arzuhalçiler, masa ve sandalye kullanmaya başlamışlardır. Cami duvarındaki sedirlerde çıplak ayak hizmet verenler, bu kez cami yakınları yanı sıra devlet daireleri civarlarını da kullanmaya başlamışlardır.

Yine kaz tüylü kalemler veya kamaşkalemler, divitler atılmış yerine dolma kalem, sabit kalem gibi kalemler kullanılmaya başlanmıştır.

Daktilonun icadı ve toplumda yaygın olarak kullanılmaya başlanması arzuhalçileri de mekanize olmaya zorlamıştır. Artık arzuhalçiler, cami-medrese-kahve köşelerinden, adliye ve devlet dairelerine yakın binaların küçük dükkân odalarına geçmeye ya da derme çatma kurdukları kulübelerinde, masa-sandalye ve demir döküm daktiloları ile mesleklerini icra etmeye başlamışlardır. Eski yazının terk edilerek yeni Latin harflerinin kabulü arzuhalçilerde de yeni bir kuşak yaratmıştır. Eskinin sarıklı-sakallı arzuhalçisi yerini Latin harflerini bilen-yeni Türkçe yazıp-okuyan, daktilo kullanan ve bu işe mahsus büroları kullanan nispeten modern arzuhalçilere (dilekçecilere) bırakmıştır.^[10]

Arzuhalçilik mesleği kendi bünyesinde daha özel ancak yine avukatlığa geçişte bir durak olarak ele alınabilecek dava vekilliğini doğurmuştur. Üstat avukat Ali Haydar Özkent'in dava vekillerine bakış açısı oldukça serttir. Üstada göre dava vekilliğine ilk başlayanlar Niğdeli, Karamanlı, İncesulu ve civarı bakkallar, iflas etmiş müflis tüccarlar ve mahkûmiyet çekerken ceza evinde ustalaşan mahkûmlardır.^[11]

Ancak üstada burada katılmak güçtür. Bu mesleği layığı ile yapmak için çabalayanlar hiç yok mudur? Bunu mantık kuralları içinde kabul etmek de olası değildir. Dava vekilliğini hukuku bilen pek çok dürüst insan da yapmıştır. Bunlardan bir bölümü mahkemeden ayrılmış kalem işleri yapan memurlardır. Ayrıca Arzuhalçiler Odası'nın denetiminde yetişmiş hukuku bilen başka kişiler de dava vekilliği yapmışlardır.

“Dava vekilliği mesleği 19. yüzyılda “husumete vekâlet” şeklinde başlamıştır. Husumete vekâlet, yargıçlar huzurunda başkasına aracı olmaktır. Diğer bir ifadeyle vekil olan kimsenin sırf müvekkilinin iddia ve savunmalarını müvekkili adına yargıçlara söylemek, iletmeştir.”^[12]

[10] H. Argun Bozkurt - Hukukun Öyküsü, Ankara Barosu Yayınları, 2006, Ankara, syf. 292-293.

[11] A. H. Özkent age. syf. 50.

[12] Aziz Koruklu - Dava vekilliği Mesleği – Adalet Dergisi, age. syf. 657.

Avukat Ali Haydar Özkent bu dönemdeki savunma yapanlara olumsuz bakmaktadır. Ona göre dava vekilleri “Bakkallar kadı ve baş efendiyi (yazı işleri müdürü) tanırlardı. Bu tanışıklık mahkemede işi olanların ilgisini çektiğinden, bakkalları iş takipçisi haline getirmiştir. Bakkalların alış-veriş sırasında kadı-baş efendi gibi kişilerle kurdukları tanışıklık, ahbablık, kadıların-baş efendilerin davalarında rol oynadığını fark eden vatandaşlar da, bakkalları adli mesleğin (dava vekilliğinin) içine çekmiştir.

Bakkallar artık dükkânı çırağa bırakıp, Kadı'nın yanına koşar hale gelmişlerdir. Anlatıma göre, bakkallar bu işi ayrı bir yazıhanede (büroda) yapmazlardı. Ayakta “Adliye’de” dolaşarak müşteri ararlardı.

Cepleri, koltukaltları kâğıtlarla dolu olur, uluorta tanıdıkları kadıdan, baş efendiden bahsederlerdi. Bu bakkallara ayakta dolaştıkları için “Ayak Kavafi” dendiği gibi, cepleri kâğıtlarla dolu olduğu için “Kaat Kavafi” da denirdi.”^[13]

Bir hukuk devleti olmaktan uzak Osmanlı Devleti, savunmayı kurallara oturtmadığı (bunu düşünmediği-gerekli görmediği-ağır ihmal edip belki de bu güçten korktuğu) için hassas bir meslek olan savunmanlık (avukatlık) kötü niyetli kişilerin ağır saldırılarına uğramıştır. Ama bu dönemde de mesleğini en iyi şekilde yapanlar olduğunu unutmayalım.

Tanzimat ve Islahat Fermanına kadar bu iş böyle sürüp gitmiştir. Islahat Fermanı bu işe çeki düzen getirmiştir. Islahat Fermanı ile avukatlık mesleğine öz ve isim olarak yaklaşan müdafaa vekilliği (savunma vekili) kavramı girmiştir. Ancak ne kadar tuhaftır, Antik Yunanda M.Ö. 6.yy’dan itibaren başlayıp Roma İmparatorluğu dönemi sonunda terk edilen akrabaların vekil olması imkanı Islahat Fermanı ile hak olarak getirilmiştir.

Bu şekilde şahadetnameli (diplomalı) dava vekili bulunmayan yerlerde sanık hısımları avukatlık yapabilir hale gelmiştir.^[14]

Osmanlı’da görülen bir diğer vekil modeli de “vekili müsahharlar” dır. Bu tür dava vekilleri mahkeme tarafından seçilirlerdi. Nedeni tarafları gelmeyen davayı görmek için, vekil atanması idi. Mahkemenin resen (kendiliğinden) seçtiği bu vekilin adı müsahhar idi. Mahkeme seçtiği bu vekile (duruşma için) para öderdi. Her mahkemenin himaye ettiği kişiler olurdu ve bunlara bu görev verilir. Bazı vekiller hukuku bilmezler, “kabul etmiyorum”, “reddederim”, laflarıyla göstermelik olarak yargılamaya katılırlardı. Ancak bunun da Osmanlı’ya Kadı'nın yargılama yapmasına giden bir mazisi vardır. Kadı’lar da taraflardan biri

[13] A. H. Özkent age. syf. 50-51.

[14] A. H. Özkent – age. syf. 56-57.

gelmezse onun yerine vekil atayarak davayı görmek zorunda idiler. Gelmeyen kişi adına vekil atamadan, davayı göremezlerdi. Ancak kimi yetkin kişiler de aldığı işi layığıyla yapmaya çabalarlardı.^[15]

Mecelle (1868) dava vekilliği kavramını ele alan bir diğer yasal metin olmuştur. Mecelle ile dava vekilliğinin sorunları çözülememişse de Osmanlı-Türk toplumu yavaş yavaş avukatlığı önemsemeye ve benimsemeye başlamıştır. Nitekim dava vekilliğini düzenlemek için çıkarılan Nizamnameler bu mesleği şerefli bir hale getirmiştir. Ayrıca Meşrutiyet döneminde meslek mensupları için sınavlar açılmış, meslek kuralları az çok belirgin hale getirilmiştir. Dava vekillerinin ruhsat almaları zorunlu tutulmuştur. Dava vekilleri ruhsat alabilmek için hukuk derslerinden sınava tabi tutulmuştur. Ayrıca dava vekilleri için disiplin hükümleri yaratılarak, meslek kurallarına uymayanlar cezalandırılmıştır. Dolayısıyla üstat Ali Haydar Özkent'in tespitlerinin ihtiyatla karşılanması gereklidir.^[16]

Yine Türkiye'de – yabancılardan sonra – baro kuruluşuna olanak sağlayan kural, "Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname"dir.

1870 yılında ülkemizde ilk baro kurulmuştur. Ancak bu bir Türk Barosu değildir. İstanbul'da Konstantinopolis Barosu Cemiyeti adıyla kurulan bu baro yabancı bir barodur. İngiliz, Fransız, Alman, Yunan, Belçikalı, Rus ve İtalyan uyruklu avukatlar tarafından kurulmuştur... Bu gruba dahil Türk avukat yoktur. Yalnız Ermeni, Rum asıllı Osmanlı'dan beş kişi vardır. Bu beş avukat Avrupa'nın seçkin hukuk fakültelerinden mezun olmuş kişilerdir. 1870 yılında topraklarımızda kurulan bu ilk baro 1908 yılına kadar devam etmiştir.^[17]

Yıl 1874'ü gösterdiğinde dava vekillerinin Adliye Nezareti (Bakanlığı) tarafından kurulacak komisyon sınavında başarılı olup ruhsat almalarının şart koşulduğunu görmekteyiz. Bunu ilk Türk Hukuk Fakültesi'nin kuruluşu izlemiştir. Galatasaray Sultanisi birkaç yıl içinde bünyesinden çıkan hukuk mektebini doğurmuştur.

1876 yılında Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi ile ilk Osmanlı Barosu kurulmuştur. Ne tuhaftır ki; tüm bu sıçramaların bir nedeni de kapitülasyonlardır. Kapitülasyonlar ülkemizde avukatlık mesleğinin oluşumuna olumlu etki etmiştir. Konsolosluklar tebaalarına (vatandaş) ait davalara bakma imtiyazını (ayrıcılığını) elde edince, kendi adalet mekanizmalarını oluşturmuşlardır. 14.yy başlarından itibaren avukatlık kurumuna sahip bir toplum olan Avrupa doğaldır ki, avukatları da kurdukları adli mekanizmada başköşeye oturtmuşlardır.

[15] H. Argun Bozkurt - Hukukun Öyküsü, Ankara Barosu Yayınları, 2006, Ankara, syf. 294.

[16] Aziz Koruklu – agm. syf. 658 - 667.

[17] A. H. Özkent age. syf. 65.

Bu gelişme İstanbul, Mısır, İskenderiye, İzmir, Mersin, Selanik gibi kentlere Avrupalı avukatları çekmiştir. Avukatlar konsoloslukların baktıkları davalara katılarak savunma yapmışlardır.^[18]

Ülkemize gelerek büyük bir sükse yapan bu yabancı avukatlar batı hayranlığının da etkisiyle Müslümanlardan da talep görmüşlerdir. Zengin Osmanlı asilleri ecnebi avukatları kanalıyla iş görmeye başlamışlardır.

600 yıllık bir tarih-kültür süzgecinden geçerek gelen yabancı avukatlar, Osmanlı meslektaşlarının yetersizliğini tüm çıplaklığıyla ortaya koymuştur. Adliye Nezareti'nin nizamnamelerle dava vekilliğini düzenleme kaygısı, açılan hukuk mektepleri, Türk dava vekillerinin örgütlenerek 1876'da örgütlerini kurmaları Avrupalı avukatların estirdiği kültür rüzgarının sonucudur.

Türklerin sadece memur, asker olmaya eğilimli kafa yapısı, Avrupalı avukatların tarzını görünce değişmeye başlamıştır. Uzman meslekler olan avukatlık, doktorluk Türk gençleri tarafından da ilgi duyulmaya başlayan meslekler olmuştur.^[19]

1908 yılında (Meşrutiyetin ilanı) dava vekilleri Divan Yolunda bulunan Arif'in Kıraathanesi'nde toplanarak mesleğin yücelmesi için çeşitli kararlar almışlardır. Bu kararlara gerçek anlamda savunman olan 125 dava vekili katılmıştır. Alınan kararlar kısaca şöyledir:

“a) Savunma mesleğinin yüceliğini halka anlatmak, b) Niteliksiz, ahlaksız kişilerin savunma mesleği yapmalarının önüne geçmek, c) Hukuk mektebi mensuplarını sınavla mesleğe almak, d) Dava vekillerini bir levhada (kütükte) kayıt etmek” şeklindedir.

1880 yılında İstanbul Hukuk Fakültesine dönüşen Galatasaray Sultanisi içinde sadece hukuk eğitimi veren Mekteb-i Hukuk-i Sultani genç, dinamik, vatansever hukukçuları topluma kazandırmaya başlamıştır. Prof. Dr. Cengiz Kuday'ın anlatımıyla, Osmanlı'nın son döneminin şanslı hukuk fakültesi öğrencilerinin hemen tamamı 19 Mayıs 1915 tarihinde, Çanakkale'de Arıburnu'nda şehit olmuşlardır. Yurt savunması için okullarını, mesleki kariyerlerini terk ederek cepheye koşan bu hukukçu gençler 2. Tümen ile birlikte savaşa katılmışlar ancak çarpışmaların şiddetiyle şehit düşmüşlerdi. Gönüllü savaşa katılan hukuk fakültesi öğrencilerinin şehit düşmesi nedeni ile İstanbul Hukuk Fakültesi 1919 – 1921 yılları arasında mezun verememiştir.^[20]

[18] A. H. Özkent age, syf. 64.

[19] H. Argun Bozkurt - Hukukun Öyküsü, Ankara Barosu Yayınları, 2006, Ankara, syf. 296.

[20] A. Giray Çelik age. syf. 42.

1914 – 1920 yılları arasında ülke işgalle tanışmıştır. İşgal ile Osmanlı mahkemeleri silikleşmiş bundan Türk dava vekilleri de olumsuz etkilenmiştir. Konsolosluk mahkemeleri faaliyetini sürdürürken bazı işbirlikçi dava vekilleri buralarda iş takip etmişlerdir.

Ama hep böyle miydi? Hayır. Bunu nereden mi anlıyoruz? Tarık Dursun K. “Kokulu Kentler” adlı eserinde Kurtuluş Savaşı başlangıcını anlatırken, başlangıçta direnişi örgütleyenlerin arasında avukatların bulunduğunu gayet güzel anlatır. Bu kitapta avukatların bahsi şöyle geçer;

“15 Mayıs 1919 sabahı İzmir’in Yunanlılar tarafından işgali Ödemiş halkı üzerinde sarsıcı etki yarattı. Ödemişli aydınlar 16 Mayıs Cuma günü Belediye’de bir toplantı yaparak, Ödemiş Kuvayı Milliyesinin kurulmasına karar verdiler. 17 Mayıs’ta Ödemişliler Belediyeye çağrıldı.” Avukat Refik Şevket Bey de bu grup arasında vardı. “Avukat Refik Şevket Bey ülkenin korunması gereğini açıklayan bir konuşma yaptı.” Bu konuşma o yörede Kuvayı Milliye hareketini başlattı.

...Yunanlılar 1 Haziran 1919’da Ödemiş’i işgal ettiler. Rumların kışkırtmasıyla silah araması yaptılar. Kuvacı olduklarından şüphelendikleri Avukat Sabri Sipahioğlu Bey’i öldüresiye dövmeye geldiler. Halk, Avukat Sabri’yi dana derilerine sararak kurtardı. “Çünkü Avukat Sabri Sipahioğlu Bey de büyük bir yurtsever, iyi bir Kuvacı idi. Halkın üzerinde tesir ediyor, işgal kuvvetlerini, heyecanlı- düzgün konuşmaları ile yerden yere vuruyordu. Ayrıca Yunanlıların işgal sonrasında Ödemiş’te yarısı Türk, yarısı Rum olarak düzenlenen mahkemeye, Yunan işgal güçlerince yargıç olarak atanması teklifini kabul etmemiştir. Savunma mesleğinin yüz akı, birer kahraman olan bu beyler önder tavırları ile yeni kurulacak yönetime (Cumhuriyet’e) nasıl bir avukatlık kurumunun yaratılması gerektiğini de göstermişlerdir.”

1924 yılında savunma mesleği içine sızan hain ve ahlaksızlar ile niteliksizler meslekten çıkarılmışlardır. Bu tarihten sonra kültürlü ve ahlaklı avukatlığın meyveleri toplanmaya başlanmıştır. Avukatlar disiplinli bir şekilde örgütünü pekiştirmiş, kuruluş kanununu yaratmıştır.^[21]

1927 yılına gelindiğinde ilk kadın Avukat Süreyya Hanım (Ağaoğlu)’ın avukatlığa başladığına tanık oluyoruz. Bu o zamanki anlayışa göre büyük bir olaydır. Bir kadın hukukçunun varlığının Atatürk’ü son derece memnun ettiğini, avukat olması nedeniyle Atamızın Süreyya Hanım’ı tebrik ettiğini belirtmek isterim. Bu da çağdaşlaşma sürecindeki Türkiye’nin önemli bir başarısıdır. Ve avukatlar daima ileriye gitmek suretiyle Türk halkına ve ülke topraklarına hizmet etmişlerdir. Sıkıyönetim Mahkemelerinde hayati tehlikeler altında

[21] 1924’de Muhammat Kanunu, 1925’de Avukatlık Kanunu.

mücadele ettikleri gibi, darbelere karşı direnmişler, kurşunlanmışlar, işkence görmüşler, hapislerde yatmışlar ama yılmamışlardır. Gezi Parkı Olaylarında Türk ilericilerinin ve gençlerinin yanında yer almışlardır. Tek adam sultasına karşı önemli dirençler gösteren de yine avukatlar olmuştur. Türk avukatları adaletin yükünü çekmeye devam etmektedir. Bu hep böyle olmuştur, hep böyle olmaya da devam edecektir.

AVUKATLIK MESLEĞİNİN VE BAROLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Av. Vedat Ahsen COŞAR*

'Avukatlar, bütün memleketlerin yerlisi, bütün yüzyılların çağdaşdır.'

Rousse, Paris Barosu Önceki Başkanlarından

A- Batı Tarihinde Avukatlık ve Meslek Örgütleri

Avukatlık mesleği tarihin yazdığı en eski mesleklerinden biridir. Bu yönüyle kadim bir meslektir. Başlangıç tarihi tam olarak tespit edilmiş ve hatta mevcut bilgi ve belgelerin yeterli olmaması nedeniyle tespit edilebilir değildir. Bununla birlikte mevcut kayıtlara göre avukatlık mesleğinin başlangıcı eski Yunan'a, oradan da Roma'ya kadar gider. Nitekim avukat sözcüğü Yunancada '*üstün, ayrıcalıklı ve güzel konuşan*' anlamlarına gelen '*Advo Catus*' sözcüğünden türetilmiştir.

Ve hatta mitolojiye göre, savunma görevini ilk üstlenenler, Zeus'un kızları olan '*Litailer*'dir. Litailer '*suç işleyenlerin kandırıldıklarını*' savunuyorlar ve Zeus'tan onları bağışlamasını talep ediyorlardı. O nedenle, mitolojik yönden avukatlık mesleğinin ilk temsilcileri Litailer olarak kabul edilir. Suç Tanrıçası Ate'nin kız kardeşleri olan Litailer, kötü ruhlu, kıskırtıcı, günaha ve suça teşvik edici Ate'ye karşı hem iyilerin savunucusu hem de suç ve günah işleyenlerin af dileyicisiydiler. Litailerin Ate'nin etrafında dönmelerinin nedeni Ate'nin insanları suça ve günaha teşvik etmesine engel olmaktır. Çirkin görüntülerinin aksine yüce bir ruha sahip olan ve bu ruhla görev yapan Litailer, günümüzde avukatların yaptıkları şeyi yapmışlar, yani insanları suçtan ve cezadan uzak tutmaya çalışmışlar, suç işlediklerinde ise onları savunmuşlardır.

Avukatlığın meslek olarak şekillenmesinden önce, yine eski Yunan'da özgür ve erkek kişiler arasından seçilen ve daha ziyade hizmet verdikleri kişilerin dost ve akrabaları olan, bu kişilerin mahkeme önündeki açıklamalarını,

* 2010-2013 Türkiye Barolar Birliği ve 2004-2010 Ankara Barosu Başkanı.

savunmalarını, iddia ve taleplerini tamamlayan ve Yunanca ‘*synagore*’ olarak isimlendirilen kişileri avukatlık mesleğinin ilk temsilcileri olarak sayabiliriz.^[1]

Bir sonraki aşamada avukatlık mesleğinin kadim temsilcileri olarak ‘*legographes*’leri görürüz. Bunlar mahkemede söylenecek sözleri, bu bağlamda iddia ve savunmayı mahkeme huzuruna çıkmadan önce hazırlayan, zaman zaman da mahkemede davacı, davalı veya sanıkların yanında hazır bulunarak onlara hukuki konularda yardımcı olan kişilerdir.^[2]

Eski Yunan’da ve Roma’da avukatlık mesleğini icra etme hakkı ve yetkisi sadece özgür erkeklere tanınmıştı. Yani kölelerin avukatlık yapma hakkı ve yetkisi yoktu. Sadece kölelerin değil, ana-babalarına saygısızlık edenlerin, vatan savunmasına katılmayanların, bazı kamu görevlerini yapmayı reddedenlerin, ahlaka aykırı işlerle uğraşanların, onurlu bir hayat sürmeyenlerin de avukatlık yapmaları mümkün değildi. Avukatlık mesleğinin icrasıyla ilgili bu ilk sınırlamalar ve kısıtlamalar, Yunancada ‘*üstün, ayrıcalıklı*’ anlamlarına gelen ‘*Advo Catus*’ sözcüğünün anlamına ve işlevine, yani avukat unvanına uygun bir kişiliğe sahip bulunmamanın doğal sonucuydu.

İlk baro Atina’da kurulmuştur. Atina Şehir Devleti’nin ilk yöneticilerinden olan Draca, sadece şehir devletinin değil, Atina Barosu’nun da ilk yasal düzenlemelerini yapan kişidir. Draca’dan sonra göreve gelen ve MÖ. 640-560 yılları arasında yaşadığı tahmin edilen Solon, sadece devlet adamı ve şair değil, yaptığı reformlarla Atina demokrasisinin temelini atan kişidir. Kendi adıyla anılan, kadim Yunan anayasasını ve hatta dünyanın ilk anayasası olan Solon Anayasası’nı hazırlayan Solon, aynı zamanda bu uygarlığın yedi bilgesinden birisidir. ‘*Kanunlar örümcek ağlarına benzer: Güçsüz ve hafif şeyler ona yakalanır; daha ağır olanlar ise onu parçalayıp geçer*’ diyen Solon, Draca’nın başlayıp şekillendirdiği Atina Barosu’nun yasal düzenlemelerini tahkim ederek sürdüren kişidir.

Kadim Yunan’da olduğu gibi, eski Roma’da da avukatlık onurlu bir meslektir. O nedenle avukatlar yaptıkları hizmetlerin karşılığında bir ücret almazlardı. Bunun nedeni, Roma’nın tanınmış avukatlarından ve şairlerinden olan Ovidius tarafından ‘*Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise, bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir*’ şeklinde ifade edilmiştir.^[3]

[1] Yusuf Kaçar, Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi, Hukuk Forum Sitesi, Vekil Net.

[2] Agy.

[3] Agy.

Esasen Roma Hukuku'ndaki '*guato litis*' yasağının, yani ücret alma ve ücret sözleşmesi yapma yasağının kaynağı '*avukatın bağımsızlığı*' ilkesinden çıkmıştır.^[4] Çünkü profesyonellik anlayışının daha henüz mevcut olmadığı o dönemin anlayışına göre, ücret alınması ve ücret sözleşmesi yapılması, avukatın işini yapmayı üstlendiği kişi veya kişilere bağlı ve bağımlı hale gelmesi ve dolayısıyla avukatın bağımsızlığını kaybetmesi olarak kabul ediliyordu.

Bununla birlikte, Roma'da Cumhuriyet Döneminde yüksek görevlere giden yol avukatlık mesleğinden geçiyordu. Bu bağlamda, Cicero konsül olduğu zaman avukattı. Aynı şekilde Roma Devleti'nin imparatorluğa dönüşmesinde en önemli pay sahibi olan Sezar da, kendisine imparatorluğu giden yolu açan konsül olmadan önce, Roma Barosu'nda kayıtlı olarak avukatlık yapıyordu.

Eski Yunan ve Roma dönemindeki parlak günlerinden sonra avukatlık, özellikle Ortaçağ'da gerilemeye başlamış ve giderek önemsiz, sıradan bir meslek haline gelmiştir. Bunun en önemli nedeni, insanlığın en karanlık, en utanılacak çağı olan Engizisyon döneminde delillerin tamamının işkence, itiraf gibi hukuk ve insanlık dışı usullerle elde edilmesi ve buna bağlı olarak savunmanın yok sayılması ve dolayısıyla avukata gereksinim duyulmamasıdır. Onun için kaba gücün, işkencenin, engizisyonun egemen olduğu Ortaçağ'da avukatlık mesleği çok fazla bir gelişme gösterememiştir. Zira bu süreçte kanıtlar, işkence ve itirafla elde edildiği için savunma ve onun uzmanı olan avukat gereksiz kabul ediliyordu.

Avukatlık mesleği insanlığın aydınlık çağı olan Rönesans ile birlikte yeniden gelişme göstermeye başladı. Bu dönemde avukat, '*Yumuşak, sakin, Tanrı'dan korkan, gerçeği ve adaleti seven kişi*' olarak tanımlanıyordu. Yine bu dönemde Fransa'da avukatlar mesleklerini ikamet ettikleri yer dışında da yaptıkları için '*adaletin gezici şövalyeleri*' olarak nitelendiriliyordu.^[5] Avukatlığın şövalyelik gibi bir düzene bağlanması da bu döneme rast gelir. Bu düzen gereği '*Kamu Şövalyeleri*' olarak adlandırılan avukatlar, kendilerini şövalyelik onuru ile bağlı saydılar.^[6]

O dönemin Fransa'sında avukatlık mesleğinin saygınlığını ve ağırlığını gösteren bir diğer olgu, 18. Louis'nin '*Fransa Kralı olmasaydım, Bordeaux'da avukat olmak isterdim*' demiş olmasıdır. Yine Montesquieu'nun, '*Lettres Persanes*' isimli eserinin kahramanı olan yargıcın yaptığı, '*Avukatlar bizim için canlı kitaplardır. Görevleri bizi, aydınlatmaktır.*' şeklindeki tespit, sadece o dönem için geçerli ve doğru olan bir tespit değil, aynı zamanda günümüzün de bir gerçeğidir. Zira

[4] Agy.

[5] Agy.

[6] Agy.

dün de, bugün de yargılama süreci içinde, gerek getirdiği delillerle, gerekse sunduğu emsal nitelikteki yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşlerle karar verme mevkiinde olan yargıcı, yargıçları aydınlatan, adına karar dediğimiz yargısal üretimin ortaya çıkmasını sağlayan avukattır, avukatlardır.

Roma hukuk ve adalet sisteminin Fransa'da tanınması ve uygulanmaya başlaması Roma İmparatorluğu'nun Fransa'yı istila etmesinden sonra başlamıştır. Fransa'da Ortaçağın başlangıcına kadar Roma Hukuku'ndaki yöntemlerle sürdürülen avukatlık mesleği, Ortaçağ'da gerek engizisyonun, gerekse feodalitenin etkisiyle önemini ve işlevini yitirmiştir.

Avukatlık mesleği Kıta Avrupası'ndaki diğer pek çok meslek gibi uzunca bir süre lonca sisteminin etkisinde kalmıştır.^[7] Esasen kapitalizm öncesindeki geleneksel toplumlarda tüm mesleki örgütlenmeler lonca düzeni içinde gerçekleşiyordu. Hiyerarşik bir yapıya sahip olan lonca sistemi, toplumsal örgütlenmenin bir şekli olarak düzenlenmiş bir yapıydı. Cemaat ve erken dönemdeki dinsel kurum örgütlenmelerine benzeyen bu yapı, mesleğe girişten yükselmeye ve meslekten ayrılışa kadar olan her aşamayı en ince ayrıntısına kadar düzenleyen ve kurallara bağlayan bir örgütlenme şekliydi.^[8] Son derece disiplinli ve kendi dışına kapalı olan bu yapı içinde, haklardan daha çok görevler, yükümlülükler ve sorumluluklar vardı. Lonca içinde çıraklıkla başlayan hiyerarşik süreç, kişiyi başarısına ve yeteneğine bağlı olarak lonca içinde en yüksek statü olan ustalığa kadar taşıyordu. Sistemin kendisi toplumsal bir faaliyet üretmekten daha çok, sisteme dahil olanları toplum içinde gelir ve meslek sahibi ve buna bağlı olarak ayrıcalıklı yapan bir özellikteydi. Lonca sisteminin bireyi kendi içinde eriterek yok eden hiyerarşik yapısı, her şeyden önce avukatlık mesleğinin bağımsız olması gerektiği fikriyle ve avukatın halkın içinde olması anlayışıyla çatışıyordu. O nedenle, avukatlık mesleği lonca sisteminin hakim olduğu süreçte çok fazla bir gelişme ve ilerleme olanağı bulamadı.

Fransa'da avukatların lonca tarzındaki örgütlenmeyle bağlarını koparmaları Fransız Devrimi ile mümkün olmuştur.^[9] Özgürlük, kardeşlik, eşitlik ilkelerinden hareket eden Fransız Devrimi, o tarihe kadar hiyerarşik bir anlayışla örgütlenen ve kendi içinde bu anlayışın gerektirdiği gizemli ve ayrıcalıklı yapılar oluşturan bütün geleneksel kurumları, bu kapsamda lonca kurumunu da yıkmıştır. Fransa'yla ve Fransız Devrimi'yle başlayan bu kopuş, yarattığı sinerji ile Kıta Avrupası'ndaki diğer ülkelerdeki ve toplumlardaki kopuşu da etkilemiştir.

[7] Agy.

[8] Agy.

[9] Agy.

Avukatların imtiyaz sistemine dayanan ve hiyerarşik bir yapıya sahip bulunan lonca düzeninden kurtulmaları beraberinde önemli bir değişimi, dönüşümü ve ilerlemeyi getirmiştir. Bu bağlamda, avukatlık mesleği dönemin ruhuna uygun olarak modernleşmeye, avukatlar buldukları çevrede toplumsal inisiyatifler kullanmaya başladılar. Avukatın ve avukatlık mesleğinin bağımsızlığı fikri, serbest bir meslek olması ve yanı sıra kamusal düşünce, mesleki saygınlık, mesleğin dürüstlük anlayışına bağlı olarak yürütülmesi, avukatlık mesleğinin ticari bir faaliyet olarak kabul edilmemesi, reklam yasağı, kılık kıyafet, iş sahibinin talimatlarına hukuka uygunluk temelinde bağlılık gibi^[10] işlerliğini günümüzde de büyük ölçüde sürdüren ilke ve değerler bu değişimin ve dönüşümün getirdiği en önemli sonuçlardır.

Ne var ki, lonca sistemine son vermekle avukatlık mesleğinin önünü açan Fransız Devrimi, 14 Haziran 1791 tarihinde kendisi de avukat olan Le Chapelier'in önerisi üzerine kabul edilen ve o nedenle adını da ondan alan ve büyük burjuvazinin çıkarlarını koruyan Le Chapelier Kanunu ile sendikaların, derneklerin, meslek kuruluşlarının faaliyetinin yasaklanmasıyla önemli bir darbe almıştır. Bu darbenin etkisiyle barolar, yasanın yürürlükten kaldırıldığı 1848 yılına kadar çok fazla bir gelişme gösterememiş ve hatta kısmen gerilemiştir. Daha sonra yine Fransa'da 1852-1870 ve 1920 ile 1930 yılları arasında yapılan yasal düzenlemelerle, barolar bugünkü klasik yapısına kavuşmuş, meslek örgütünün kazanımlarına bağlı olarak avukatlık mesleği de ilerleme kaydetmeye başlamıştır.

Başta Fransa olmak üzere pek çok Kıta Avrupası ülkesinde engizisyonun etkisiyle ve özellikle Ortaçağ'da avukatlık mesleğinin etkili olamaması olgusu İngiltere'de yaşanmamıştır. Zira İngiltere Engizisyon sürecinin dışında kalmıştır. Bunun nedeni İngiliz Anglikan Kilisesi'nin Katolik olmaması ve o nedenle Katolik Kilisesi'ne dahil bulunmaması ve hatta ona muhalif olmasıydı. Magna Carta ile birlikte başlayan hukuki gelişme ve dönüşme, Common Law'ı, yani İngiliz Ortak Hukuku'nu yaratmıştır. Common Law kurumuyla birlikte İngiliz yargı sistemi kurulmuştur. Bununla birlikte 11 inci yüzyıldan sonra ortaya çıkan ve ilk kez 13 üncü yüzyılda lonca şeklinde örgütlenen avukatlık mesleği, 'Judge-made law', yani 'yargıç yapımı hukuk' olarak nitelendirilen İngiliz Ortak Hukuku'nun aktif öznesinin yargıç olması nedeniyle uzunca bir süre geri planda kalmış ve İngiltere'de çok fazla bir ilerleme sağlayamamıştır.

İngiltere'de Common Law ile başlayan süreçte ve başlangıçta, herhangi bir hukuki formasyonu olmayan ve 'dava vekili' adıyla faaliyet gösteren kişiler mahkemelerde iş yapmakta ve halkın hukuki sorunlarını çözmekteydi. 'Attorney' olarak isimlendirilen bu kişiler, davalarla ilgili gerekli hazırlıkları yapıyorlar ve

[10] Agy.

bunu takiben ihtilafların mahkeme önüne getirilmesini sağlıyorlardı. ‘Attorney’ statüsünde olan dava vekillerinin duruşmalara katılma yetkilerinin olmaması nedeniyle duruşmalara ‘Barrister’ adı verilen bir başka statüdeki dava vekilleri katılıyordu. Bu dönemde ‘Barrister’lerin daha kıdemli ve deneyimli olanlarına ‘Serjeant’ deniyordu. Bu dava vekilleri zaman içinde avukat statüsünü kazandılar. Bu gelişme doğrultusunda İngiltere’de avukatlar arasında kast sistemi temelinde iki ayrı statü ortaya çıktı. Bir tarafta daha kıdemli ve imtiyazlı ‘Serjeant’ler ve bunlardan biraz daha alt derecede olan ‘Barrister’ler, diğer tarafta ‘Attorney’ adı verilen meslek mensupları oluştu. 19 uncu yüzyılda ‘Attorney’lerin yerini ‘Solicitor’ adı verilen avukatlar aldı. Yirminci yüzyılda ‘Serjeant’ ve ‘Attorney’ görev ve unvanları kaldırıldı ve böylece günümüzde mevcut olan ‘Barrister’ ve ‘Solicitor’ biçimindeki ayırım ve kast sistemi oluştu. ‘Barrister’ler ayrıntılı eğitim almış uzman avukatlardır. Uzman avukat sıfatıyla ‘Barrister’ler, davanın taraflarına hukuksal görüşlerini, kanaat ve değerlendirmelerini sunarlar. Yine davaları mahkemelerde yürütmek ‘Barrister’lerin görev, yetki ve uzmanlık alanı içindedir. ‘Solicitor’lar ise hukuki veya ticari konularda danışmanlık yapan avukatlardır. Bu bağlamda ‘Solicitor’lar uyuşmazlıklarla ilgili olarak kendi görüş ve kanaatlerini iş sahiplerine bildirirler. Davaların yasal hazırlıklarını ‘Solicitor’lar yerine getirirler ve açılacak davalarda görev yapacak ‘Barrister’lar ile bağlantı sağlarlar. ‘Barrister’lar ve ‘Solicitor’lar genellikle ortak bürolarda birlikte veya şirketleşerek çalışırlar.^[11]

Avukatlık mesleğini Amerika Birleşik Devletleri’ne taşıyanlar İngilizler olmuştur. Bununla birlikte ve başlangıçta, başta New England kolonisi olmak üzere pek çok kolonide avukatlık mesleğinin icrasına karşı oldukça güçlü bir direnç yaşanmıştır. Bu direncin merkezinin New England kolonisi olmasının en önemli nedeni, bu koloniye İngiltere’den göç edenlerin hemen hepsinin Püriten olmalarıdır. İngilizce ‘saf’ ve ‘saflık’ anlamına gelen ‘pure’ ve ‘purity’ sözcüğünden türetilen Püritenlik özü itibarıyla ahlaki bir anlayış ve dini bir inançtır. 16 ncı ve 17 nci yüzyıllarda Kraliçe I. Elizabeth’in İngiliz Kilisesi’nde başlattığı reform hareketine karşı çıkan ve kendilerini saflığı, yani temizliği, arılığı arayanlar olarak tanımlayan Protestan nitelikte bir doktrin ve ibadet şekli olan Püritenlik ve Püritenler, hem dinsel hem de toplumsal anlamda son derece tutucu bir anlayışa ve inanca sahiptirler. ‘İnsanın insana boyun eğmeyeceğini, insanın sadece Tanrı’ya boyun eğeceğini’ savunan, İngiltere’yi hem bunun için, hem de Anglikan Kilisesini ıslah etmenin mümkün olmaması nedeniyle terk eden Püritenlerden oluşan New England göçmenlerinin avukatlara ve avukatlık mesleğine karşı çıkarken kullandıkları argümanlar; ‘Her insan kendi haklarını bizzat koruyabilecek güce ve yeteneğe sahip olmaları ve gerek kendi aralarında,

[11] Agy.

gerekse kendileri ile koloni yönetimi arasında herhangi bir anlaşmazlık çıkmayacağı yönünde bir inanca sahip bulunmaları ve o nedenle avukatlara ihtiyaçları olmadığı şeklindeydi.

Ne var ki, New England göçmenleri de dahil aynı görüşteki diğer koloni halkları kısa bir süre sonra, insanların tamamının melek olmadığını, içlerinde şeytanların da olduğunu, insan doğasının mekan değiştirmekle değişmeyeceğini, hemen her toplumda ve bütün zamanlarda insanlar arasında çekişmeler olabileceğini, bunların çözümü için mahkemelere, yargıçlara, avukatlara ve yasalara gereksinim olduğunu, Charles Dickens'in özlü deyişi ile '*kötü insanlar olmasaydı, iyi avukatlar olmazdı*' gerçeğini bizzat yaşayarak ve tecrübe ederek öğrenmek zorunda kaldılar.

Bir süre sonra hem New England'da hem de diğer kolonilerde, bireyler arasında çıkan anlaşmazlıkları çözmek, yönetimin emirlerini dinlemeyenleri yola getirmek, suç işleyenleri cezalandırmak, kamu düzenini korumak amacı ile mahkemeler kuruldu ve hemen arkasından avukatlar kolonilerde görünmeye başladı. Diğer ülkelerin tarihinde olduğu gibi, Amerika Birleşik Devletleri'nin tarihi de, zaman içinde, sağlıklı bir yargı ve hukuk düzeni kurmadan, avukatlar ve avukatlık mesleği olmadan, herhangi bir siyasal toplumda adil ve etkili bir yapı oluşturmanın; bu yapıyı istikrarlı şekilde sürdürmenin; bireylerin hukuki güvenliğini sağlamadan canlarını, mallarını ve ırzlarını korumanın; sürdürülebilir bir ekonomik yapı oluşturmanın; ekonomik ve toplumsal yönden ilerleme sağlamanın; dahası siyasal toplumu, yani devletin kendisini inşa etmesinin ve demokratikleştirmesinin mümkün olmadığını tüm insanlığa gösterdi.

Bu gelişmelere bağlı olarak, o tarihlerde Amerika'da hukuk fakültesi olmadığı için Orta Atlantik'te ve Güney Kolonilerde yerleşik varlıklı ailelerin İngiltere'ye giden ve orada hukuk öğrenimi gördükten sonra Amerika'ya tekrar geri dönen çocukları avukatlık yapmaya başladılar. Bu gençler aldıkları hukuk eğitiminin kazandırdığı hak duygusuna, toplumsal anlayışa, siyasal derinliğe, kültürel zenginliğe, insana ve yaşama bakışlarındaki sevecenliğe bağlı olarak, sadece kendi müvekkillerinin kişisel haklarını korumakla yetinmediler, aynı zamanda içinde yaşadıkları toplumun insanlarını hakları konusunda bilgilendirdiler, bilinçlendirdiler, örgütlediler, koloni yönetimlerinin icraatlarını eleştirdiler, yönlendirdiler ve giderek toplumu etkileyip değiştirdiler ve dönüştürdüler.

Avukatların kimi zaman önde, kimi zaman arkada, ama hep içinde oldukları bu mücadeleden, önce Kuzey Amerika Devletlerinin kuruluş aşamasında anayasalarının başına yerleştirdikleri Hak Bildirileri (*Bill of Rights*) içinde en önemlisi olan ve 12 Haziran 1776 tarihinde kabul edilen Virginia Haklar Bildirisi, arkasından 04 Temmuz 1776 tarihinde Thomas Jefferson tarafından

kaleme alınan ve altında imzası bulunan 56 kişiden 25'i avukat olan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, İngilizlere karşı 1776-1783 yılları arasında sürdürülen Bağımsızlık Savaşı, daha sonra kısaca devlet iktidarının kullanımını sınırlayan kurumlar manzumesi olarak tanımlanan anayasacılığın dünyadaki ilk yazılı örneği olan 1787 tarihli Amerikan Anayasası ve en sonunda da yeni bir ulus, yeni bir devlet, Amerika Birleşik Devletleri doğdu.

O nedenle Amerikan tarihini yazanların da açıkça ifade ettikleri üzere, yeni bir ulus ve yeni bir devlet olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin inşasında emeği ve katkısı olan en etkili meslek grubu hukukçular ve özellikle de avukatlardır. Amerikan Anayasası'nın kabulünden sonra, Amerikan toplumunda ve devlet yapısı içinde en vazgeçilmez kurumlardan birisi haline gelen avukatlık mesleği, hukukçular, hukuk fakülteleri Birleşik Devletlerin kurucu babalarından Thomas Jefferson'a göre, '*nursery of the legislature*', yani '*yasamanın acemi ocağıdır.*'

On Yedinci Yüzyıl boyunca süregelen yargısal faaliyet, kimi zaman doğal hukuktan ve İncil'den kaynaklanan genel hak ve hakkaniyet duygusuna dayanıyordu ve teknik olanaklardan yoksundu. Yüksek mahkemeler dışındaki yargılama usulü, büyük bir kısmı eğitilmiş olmayan yargıçlarca Amerikan gereksinimlerine uygun ve informal bir yapıda biçimlendirilmiş idi. İngiltere'deki yerel mahkeme modeli kolonilerce de örnek olarak alınmıştı ve usul hukuku gibi maddi hukuk da, kolonilerin gereksinimlerine az çok uygun bir yapıdaydı. On Sekizinci Yüzyılın başları, İngiliz olay hukukunun (*case law*) etkisi ile kolonilerin hukukunun gözle görülür şekilde tasfiye edilmesine ve İngiltere ile uygun hale getirilmesine tanıklık etti. Kolonilerin yasama organının yargısal denetimi daha mükemmel bir işleyişe kavuşturuldu. Ticaretin gelişmesi ve nüfusun artması ile birlikte, bir kısmı İngiltere'den göç eden, diğer bir kısmı ise İngiltere'deki hukuk okullarından mezun olan koloni mensubu eğitilmiş avukatların sayısı çoğalmaya, itibarları yükselmeye, mahkemelerde meslekten olan kişiler görev gelmeye başladı.

19 uncu yüzyılın ilk yarısında ekonomiye egemen olan tarım ve ticaret batıya doğru genişlemeye ve Avrupa pazarları için hammadde üretmeye başladı, Yargıçlar İngiliz hukukunu kendi yargılamalarına uyarlama üzerinde yoğunlaşmaya ve özellikle İngiliz Devrimi öncesindeki İngiliz Hukukunun sözleşmeler, haksız eylem, alım-satım, taşınmaz mülkiyeti, kanunlar ihtilafı konularındaki düzenlemelerinin Amerika'da uygulanabilirliğini belirleme üzerinde çalışmaya başladılar. Bu süreçte usul hukuku, ceza hukuku, evlenme, boşanma, vasiyetname, mirasın dağıtılması, mal varlığının yönetimi gibi alanlarda yasamanın sürekli müdahaleleri kendini göstermeye başladı. Kimi zaman yerel örf ve adet ile gereksinimler de hukuku biçimlendirmekteydi. 1861 ile 1865 yılları arasındaki sivil savaş, sert ve fakat uygun bir bölünmeyi ve Amerikan Hukuku'nun daha

sonraki süreçteki gelişmesini etkiledi. Savaş sonrası yıllar nüfusun hızla artmasına ve kentlerde yoğunlaşmasına, sanayinin, ulaşımın, iletişimin, şirketleşmenin büyük ölçüde büyümesine tanık oldu. 1850 ile 1860 yılları arasında Minnesota Eyaletinin nüfusu 6000'den 172.000'e çıktı. 1790'da nüfusun %3'üne tekabül eden 8000 kişi sadece 6 kentte yerleşik iken, 1890'da üç kişiden biri, nüfusu 4000 ve daha fazla olan kentlere yaşamaya başladı. 1869 ile 1900 yılları arasında demiryolu 30.000 milden 166.600 mile çıktı. İlk telefon konuşması 1876'da yapıldı, 1882'de Edison'un elektriği New York kentini aydınlatmaya başladı. Böylesine hızla gelişen ve büyüyen bir sanayi toplumu için istikrarlı bir hukuk sisteminin yaratılması önemli bir gereksinime haline geldi. Bu yüzyıl sona erdiğinde, mahkemelerin ilkesi hukuki, sosyolojik ve ekonomik istikrarı korumak olmakla birlikte, mahkemeler hızla değişen ekonomik ve siyasal düzenin gereksinimlerine karşılık vermekte son derece başarısız durumda idiler. 1886'da Amerikan İşçi Federasyonu'nun, ilk büyük ulusal işçi sendikalarının örgütlenmeleri, 1887'de eyaletler arası ticaret komisyonunun ve ilk ulusal düzenleme ajanslarının kurulması, 1890'da ilk federal anti-tröst yasası olan Sherman Yasası'nın yürürlüğe girmesi, bazı şeylerin değiştiğinin ve daha da değişmesi gerektiğinin ilk işaretleri idi. 20 inci yüzyıl ABD için hukukta değişimin ve yaratıcılığın başladığı yeni bir çağ oldu, bu bağlamda yasamanın ve özellikle sosyal yaşamın etkisinin artması ile birlikte idari mercilere olan güven mahkemelere olan güvenin üzerine çıkmaya başladı. 20 inci yüzyılın ikinci on yılında hemen hemen pek çok eyalette çalışanlar ile ilgili olarak tazminat yasası yürürlüğe girdi. Aynı tarihlerde modern idari organlar, ulus ve eyaletler bağlamında şimdiki biçimlerini almaya başladı.

Bütün bu değişimlere öncülük edenler hukukçular ve en başta da avukatlar oldu. Onun için İngiliz Ortak Hukuku '*Judge-Made Law*', yani '*Yargıç Yapımı Hukuk*' olmasına rağmen, Amerikan hukuku yargıç tarafından yapılan ve yaratılan hukuk değil aksine '*Attorney-Influenced Law*', yani '*Avukatın Etkilediği Hukuk*'tur. Zira Birleşik Devletlerde ve özellikle ceza davalarında, duruşma ve yargılama süreci bir rekabet, bir yarış alanıdır ve bu alanda ister atama, isterse seçimle gelmiş olsun, yargıçtan daha çok etkili ve aktif olan aktörler avukatlardır.

Barolar koloni döneminden itibaren mevcut olmakla birlikte, 19 uncu yüzyılın ortalarından itibaren etkisiz hale gelmiş ve 1870 yılında yerel yönetimin yaptığı suiistimallerle mücadele etmek için New York Barosu'nun kurulması ile birlikte yeniden canlanmış ve bu oluşum daha sonraki süreçte hem ABD ölçeğinde, hem de dünya genelinde baroların örgütlenmelerine örnek olmuştur. Bu bağlamda 1923 yılında her eyalet kendi baro örgütünü kurmuştur. Kamu kuruluşu statüsünde olmayan, dolayısıyla devletin hiyerarşik yapılması içinde yer almayan, tamamen bağımsız olan barolar; hukukun ve adalet

hizmetinin geliştirilmesi, ülke düzeyinde hukuki birliğin sağlanması, hukuk eğitiminin ilerlemesi, mesleki standartların yükselmesi, mensuplarının hukuksal gelişmesinin sürdürülmesi, hukuki servis vermenin uygun düzeye getirilmesi, kütüphanelerin zenginleştirilmesi yönünde etkin faaliyet gösterdiler ve halen de göstermektedirler.

Amerikan toplumunda avukatlar, mesleklerini danışmanlık ve fiili avukatlık yapmak suretiyle icra ederler. Avukatların belli bir konuda veya hukukun herhangi bir özel dalında uzmanlaşması son derece yaygındır. Bu uzmanlıklara örnek olarak; şirketler hukuku, taşınmaz mülkiyeti, tazminat hukuku, miras hukuku, iş hukuku, vergi hukuku, sigorta hukuku, çevre hukuku, marka ve patent hukuku, telif hakları, rekabet hukuku ve ceza avukatlığı verilebilir. Ceza yasaların eyaletlere göre çok farklı düzenlemeleri içermesinin yanı sıra, son derece komplike özelliklere sahip olması nedeni ile ceza avukatlığı, Amerikan toplumunda çok özel öneme ve işleve sahip olan bir uzmanlık dalıdır.

Almanya'da avukatlık mesleğinin gelişmesi, Cermen/Alman Hukuku'nun Roma hukuk sisteminin mirasçısı olması nedeniyle kadim Yunan ve Roma İmparatorluğu ile benzer özellikler taşır. Önceleri kişinin kendisini yargıç önünde bir temsilci aracılığıyla temsil ettirmesine izin verilmez iken, zaman içinde doğan gereksinimlere bağlı olarak ve sadece fiil ehliyeti bulunmayanların temsil edilmesine izin verilmiştir. Sözlü usule tabi olan yargılama bu usule hakim olmayı gerektirdiği kadar, yargıcın ikna edilmesinde de etkili olan güzel konuşmayı gerektiriyordu. O nedenle, Cermen/Alman Hukukunda daha 8 inci yüzyılda mahkemelerde davanın taraflarını temsilen konuşmaya yetkili olan ve 'Vorsprecher/Önceden Söyleyen' veya 'Fürsprecher/Aracılık Eden' adı verilen konuşmacılar görev yapmaya başladılar. İhtiyaç durumunda yargıcın, genellikle mahkeme mensupları arasından 'Vorsprecher' atama yetkisi vardı. Bu görev bir kamu görevi olarak kabul edildiği için herhangi bir ücrete tabi değildi. Giderek bu hizmet bir ücret karşılığında yapılır hale geldi.

İngiltere'nin aksine, diğer pek çok Avrupa ülkesine benzer şekilde Kilise Hukukunun Almanya'da etkili olmasına bağlı olarak özellikle 15 inci yüzyıldan sonra engizisyon yargılama süreci içinde etkili olmaya başladı. Bu süreçte delillerin daha çok işkenceyle temin edilmesinden ve savunmaya önem ve değer verilmemesinden dolayı müdafî yardımına ihtiyaç duyulmadı. Yine avukatlardan çok fazla haz etmeyen Prusya Kralı I. Wilhelm'in zamanında avukatlık mesleği önemli ölçüde geriledi, değerini ve saygınlığını yitirdi. I. Wilhelm tarafından yürürlüğe konulan 1726 tarihli Hükümet Kararnamesi'yle getirilen düzenlemede '*Biz düzenlemekteyiz ve herkese emretmekteyiz ki, avukatlar dizlerini kapayacak uzunlukta siyah manto giymelidirler, böylece bu dolandırıcılar uzaktan tanınır ve*

insanları onlardan korumak mümkün olur' denilmiş olması, o süreçte avukatın ve avukatlık mesleğinin kaybettiği değerin ve saygınlığın en somut göstergesidir.

Ancak zaman avukatların lehine gelişti. Hukukun değerinin öne çıkmasına, hukuk devleti ilkesinin kabul edilmesine, buna bağlı olarak hak ve özgürlüklerin alanının genişlemesine bağlı olarak savunma hakkının önemi ve değeri giderek anlaşılmaya başladı. Ve sonuçta 1878 tarihli Prusya Avukatlık Yasası'yla birlikte ve günümüze kadar avukatlık mesleği Almanya'da saygınlıkla ve yaygın olarak icra edilen bir meslek haline geldi. Hitler Almanyasında dönemin getirdiği kimi sıkıntıları yaşayan avukatlık mesleği, demokratik Almanya ile birlikte deyim yerinde ise özgürlüğüne ve bağımsızlığına yeniden kavuştu.

Bir Batı icadı olan avukatlığın, başkaca alanlarda ve konularda pek çok icadı olan, insanlığa oldukça önemli ve değerli katkılarda bulunan Çin gibi, Hindistan gibi, Japonya gibi, Arap ülkeleri gibi, Doğu, Uzak Doğu, Orta Doğu ülkelerinde kaydettiği önemli bir gelişme ve ilerleme ne yazık ki mevcut değildir. Dünyanın bu bölgelerindeki ülkeler, avukatlık mesleği ile 19 uncu yüzyılın sonlarında, 20 inci yüzyılın başlarında tanışmışlardır.

Her ne kadar İslam Hukuku'nda vekâlet kurumu mevcut ve Yüce Peygamberimiz Hz. Muhammed, Tanrı'nın yeryüzündeki elçisi ve vekili ise de, İslamiyet'teki bu vekillik kavramının ve vekalet kurumunun avukatlık olarak anlaşılması ve kabul edilmesi mümkün değildir. O nedenle kimi görüş sahiplerinin İslamiyet'teki vekalet kurumu ile avukatlık kurumunu ilişkilendirmeye çalışmaları yanlıştır. Şeriat adı verilen İslam Hukuku'nun vekaletle ilgili olan anlayışı, almaya satmaya, nikâha, kiraya vermeye vekâlettir. Gerek bu vekalet, gerekse '*husumete vekâlet*'in, diğer adıyla '*davaya vekâlet*'in avukatlıkla bir ilgisi olmadığı gibi, bu görevi yerine getirenlere İslam Hukuku'nda 'vekil' denilmesi bunların avukat olarak kabul edilmesini gerektirmez. Yine İslam Hukuku'nda 'gıyap' müessesesinin olmaması nedeniyle davanın taraflarından birisinin Kadı'nın huzuruna gelmemesi durumunda, Kadı'nın yargılamaya gelmeyen tarafa vekil tayin ederek duruşmayı sürdürmesini de avukat tayini olarak değerlendirmek mümkün değildir.^[12]

B- Avukatlık Mesleğinin Osmanlı ve Türkiye'de Gelişimi

Avukatlık mesleğinin Batıdaki gelişme süreci hakkındaki bilgilerin yetersizliğinin aksine, Türkiye'deki gelişmesi hakkındaki bilgiler oldukça yeterlidir. Bunun en önemli nedeni, bu gelişmenin son 150-200 yılda, yani yakın bir zamanda

[12] Mehmet Harun Elçi, "Geçmişten Geleceğe Avukatlık", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2010, S: 3, Yıl: 75, ss. 18-59.

olmasıdır. Bu gelişme süreci Tanzimat'tan önce, Tanzimat'tan sonra, Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemleri üst başlıkları altında toplanabilir ve dolayısıyla bu başlıklar altında incelenebilir.

Osmanlı tarihinde ve 1800'lü yıllara kadar avukatlık mesleği veya bunun bir önceki aşaması olan '*Dava Vekili*' adıyla icra edilen bir meslek ve sınıf mevcut değildir. Bununla birlikte bazı kayıtlara göre '*Arzuhalciler*' sınıfı mevcuttur. Nitekim Evliya Çelebi '*Seyahatnamesi*'nde şöyle yazar: '*Esnafı Yazıcıyan Dükkan 400, Nefer 500. Bu tayfa ordu ve pazarda, Sadrazam kapısında arzuhal ve mekatip tahrir ederler. Pirleri Kasım İbni Abdulkufi'dir...*'^[13]

Evliya Çelebi'nin verdiği bu bilgilere göre '*Arzuhalciler*' mahkemelerde faaliyet gösteren bir sınıfın mensubu olmayıp, sadece orduda, çarşıda, pazarda, Sadrazam Kapısında, yani devlet nezdinde işi ve sorunu olan kişilerin durumlarını, yani sorunlarını ve taleplerini dilekçe olarak bu yerlere ve makamlara ileten, bunları kaleme alan kişilerdir. O tarihlerde Osmanlı Devleti'nde bir yargı/mahkeme teşkilatının olmaması nedeniyle arzuhalcileri, gerek Batı'daki, gerekse günümüzdeki anlamı ve işleviyle avukat ve hatta dava vekili olarak kabul etmek elbette mümkün değildir. Ancak bu işi yapanların ilgili makamlarda sorunu olanların durumunu ve taleplerini yazılı olarak bildirdikleri, bir anlamda bu kişilerin savunmalarını yaptıkları göz önüne alındığında, arzuhalcilerin Osmanlı ve onu takiben Türkiye coğrafyasındaki, önce dava vekillerinin, bunları takiben avukatların ve avukatlık mesleğinin öncüsü olduğunu söylemek ve bu tespiti yapmak çok da yanlış olmayacaktır. Bu çerçevede ifade edilmesi gereken önemli bir husus, arzuhalciliğe herkesin girememesi, bu mesleğe girişin bir usule tabi olması, '*ocaktan yetişmeyen*' ve buna bağlı olarak '*izni müşir teskere*', yani '*ruhsatname*' sahibi olmayanların bu mesleği icra etmelerinin mümkün olmamasıdır.^[14]

Osmanlı Hukuku pek çok kişinin düşündüğünün ve bildiğini sandığının aksine şer'i bir hukuk, yani tamamen İslam Dini üzerine inşa edilmiş bir hukuk değildir. Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk alanında esas olarak İslam Dini kuralları uygulanmakla birlikte, bundan ayrı olan, ancak İslam'ın temel ilkelerine aykırı olmayan, Padişahlar tarafından vazedilen ve '*Örf-i Hukuk*' olarak isimlendirilen bir başka hukuk sistemi daha mevcuttur. Şer'i Hukuk kurallarıyla Örf'i Hukuk kurallarının toplamına '*Hukuk/Hukuk İlmi*' anlamına gelen '*Fıkıh*' deniyordu. Hukuku, yani fıkıhı bilen ve gerektiğinde görüşüne başvurulacak kişilere ise 'bilgin' anlamına gelen '*ulema*' adı veriliyordu. Ulema dışında hukuku bilen ve uygulayanlar ise '*kadılar*' ve '*müftiler*' olmak üzere ikiye ayrılıyorlardı. Hem idari, hem de yargısal görevleri ve yetkileri olan kadıların

[13] Agm.

[14] Agm.

görev yaptıkları yargısal alanlara ‘kaza’ deniyordu. Kadılar hem Şer’i Hukuku hem de Örf’i Hukuku uyguluyorlardı. Her kadının ‘*naip*’ adı verilen yardımcıları vardı. Hukuk kurallarının uygulanmasında ve yorumlanmasında tereddüde düşen kadı, müftinin ‘*müçtehit*’ adı verilen uzmanlarına veya ulemanın diğer yardımcılarına başvurabiliyordu. Bu kişilerin verdikleri hukuki görüşe ‘*fetva*’ deniyordu. Daha sonra tesis edilen ‘*Şeyhülislamlık*’ makamı imparatorluğun en büyük müftülük makamı, Şeyhülislam’ın verdiği fetvalar ise gerek dini gerekse hukuki meselelerde en önemli ve bağlayıcı referanslar oldu. Şeyhülislamlık makamıyla birlikte ihdas edilen ‘*Kazaskerlik*’ kurumu da, tebaanın, yani halkın, hakkının ve hukukunun korunmasında günümüzün ‘*ombudsmanları*’ gibi önemli görevler icra ediyorlardı.

Yargılama faaliyetinde davacı, davalı veya sanık konumunda bulunan ve hak arayan kişilere hukuki yönden yardımcı olan avukatlık kurumu mevcut değildi ve uzun yıllar boyunca da mevcut olmadı. Zamanla ve şartların, özellikle Osmanlı hukuk sisteminin, yani fıkın karmaşıklığından, karışıklığından ve zorluğundan doğan ihtiyaçla birlikte, daha önce kadıların yanında çalışan ve hukukun uygulaması ve yorumlanması konusunda bilgi ve deneyim sahibi olan ve adlarına ‘*muhzir*’ denilen bir kurum ortaya çıktı. Bu kişiler bir tür ‘*dava vekili*’ olarak mahkemelerde halkı temsilen görev yapmaya başladılar. ‘*Kavaf*’ da denilen bu kişilere, zamanla yalanla dolanla iş yaptıkları, halkı kandırdıkları için yalancı anlamına gelen ‘*müzevir*’ adı verildi.^[15]

Osmanlı modernleşmesinin başlangıcı sayılan ve ‘*düzenlemeler, reformlar*’ anlamına gelen ‘*Tanzimat*’ bir anlamda hukuk yoluyla toplumu değiştirme ve dönüştürme projesidir. 3 Kasım 1839 tarihinde okunan bir ‘*Hatt-ı Şerif*’, yani ‘*Padişah Yazısı*’ ile başlayan ve ‘*Tanzimat-ı Hayriye/Hayırlı Düzenlemeler*’ olarak ilân edilen bu süreç, II. Abdülhamit’in 1876’da tahta çıkması ve Meşrutiyet’in ilânıyla sona erdi. Askeri, idari, mali, eğitim, öğrenim ve sanayileşme konularında değişiklikler getiren bu dönemde yapılan en önemli değişiklikler ve düzenlemeler hukuk alanında yapılmıştır. Bu bağlamda, tüm ahali ‘*Osmanlı Vatandaşı*’ sayılarak din farklılıklarına bağlı ayrıcalıklar kısmen ortadan kaldırılmış, 1840’ta bazı maddeleri Fransız Ceza Yasası’ndan alınan yeni Ceza Kanunnamesi hazırlanmış, 1858’de tümüyle Batı’daki düzenlemeler esas alınarak ikinci Ceza Kanunnamesi kabul edilmiş, 1850’de Fransız Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlanan Ticaret Kanunnamesi yürürlüğe girmiş, bu kanunla faiz, anonim şirket ve kambiyo senedi kavramları ilk kez Osmanlı hukukuna dahil olmuş, özel mülkiyet güvence altına alınmış, Fransız Medeni Kanunu’ndan esinlenilerek hazırlanan, ancak aile hukukuyla borçlar hukukunu kapsamayan

[15] Agm.

Medeni Kanun kabul edilmiş, miras hakkı tanınmış, müsadere kaldırılmış, yargılama faaliyeti alenileştirilmiş, 1840'tan itibaren ceza ve ticaret davalarına bakmak üzere, laik ilkelere göre işleyen nizamiye mahkemeleri, 1851'de ticaret mahkemeleri, 1867'de Devlet görevlilerinin işlemlerine karşı açılan davaları görmek için Şurayı Devlet/Danıştay kurulmuştur. Bu dönemde yapılan en önemli kanun, fıkıhın yani İslam Hukuku'nun dağınık kitaplar halinde bulunan hükümlerini toplayan, Cumhuriyet döneminde 1926 yılına kadar yürürlükte kalan ve dönemine göre çok ileri hükümler içeren Osmanlı Medeni Kanunu'nun, yani '*Mecelle*'nin hazırlanması ve yürürlüğe konulmasıdır.^[16]

Tanzimat Fermanı'nın yukarıda işaret edilenlerin dışında getirdiği en önemli siyasi sonuç, Padişahın yetkilerinin meclislere ve kimi kamu görevlilerine devredilmesi ve buna bağlı olarak siyasi iktidarın kısmen de olsa saraydan alınarak devlet yönetiminde merkezileşmenin sağlanmasıdır. Her ne kadar ferman ile vaat edilenlerin tamamı yerine getirilememiş ise de, ferman ile başlayan ilerleme zaman içinde çağdaşlaşmayı ve cumhuriyet fikrini getirmiş ve bu suretle *Cumhuriyet*'e giden uzun yol başlamıştır.

Tanzimat döneminin avukatlık mesleği yönünden önemi, bu dönemin tam olarak avukatlık mesleğini getirmemekle birlikte, bu mesleğin ihtiyacı olan hukuki ve toplumsal alt yapıyı büyük ölçüde tesis etmiş olmasıdır. Bu bağlamda, 1864 tarihli '*Usulü Muhakematı Ticaret Nizamnamesi*'nin 28 inci maddesiyle '*tarafkların mahkemeye bizzat gelmeleri veya vekil tayin etmeleri mecburiyeti getirilmiş*', vekalet akdinin biçimsel koşullarıyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. 13.01.1876 tarihinde '*Dava Vekilleri Nizamnamesi*' yürürlüğe konulmuş, bu mesleğe giriş koşulları ve bunun için yapılacak sınav usulü 1885 tarihli '*Mehakimi Nizamiye Dava Vekillerinin Usulü İntihap ve İmtihanlarına Dair Kararname*' ile düzenlenmiştir.^[17]

Bu hukuki mevzuat içinde yer alan '*Dava Vekilleri Nizamnamesi*' Osmanlı coğrafyasında ve onun fiili mirasçısı olan Türkiye'de avukatlık mesleğini düzenleyen ilk hukuki metindir. Bu nizamname ile vekalet görevini üstlenenlere '*dava vekilliği*' unvanı verilmiş, dava vekili olacaklara Hukuk Mektebi mezunu olmaları şartı getirilmiş, aynı tarihlerde Mektebi Sultaniye'de hukuk dersleri okutulmaya başlanmış, bu mektepten mezun olanlara Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak olan sınava girme hakkı ve bu sınavda başarılı olanlara dava vekilliği yapabileme yetkisi verilmiştir.^[18]

[16] Agm.

[17] Şener Battal ve Stj. Av. Nurşen Erdem, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6, ss. 675-685.

[18] Agm.

Dava vekillerinin mesleki örgütlenmelerinin yolu da bu nizamnamenin ‘*Dava vekillerinin umur ve hususatına bakmak ve Nezareti Ahkam-ı Adliye tarafından icra olunacak tebligatı resmîyeye vasıta ittihaz kılınmak üzere bir cemiyeti daima tesis olunacaktır*’ hükmünü taşıyan 30 uncu maddesiyle mümkün olmuştur. Diğer bir deyişle günümüzde baro adını alan mesleki örgütlenmenin başlangıcı anılan nizamnamenin yukarıda içeriğine yer verdiğimiz 30 uncu maddesi hükmüdür.^[19]

Ne var ki, o günün koşulları, siyasi, toplumsal ve mesleki örgütlenme anlayışı çerçevesinde bağımsızlık fikri henüz mevcut olmadığından, hem dava vekilleri, hem de mesleki kuruluşları Adliye Vekilliği’ne bağlı bulunmaktaydı.^[20] O nedenle, o dönem bağlamında dava vekillerinin mesleklerini bağımsız olarak icra etmeleri mümkün olmadığı gibi iş sahiplerinin dava vekillerini özgürce seçme hakkı da yoktu.

Bu çerçevede işaret edilmesi gereken önemli bir husus, yabancı avukatların konsolos mahkemelerinde ve ticaret mahkemelerinde görev yapmaları ve hatta bu avukatların ‘*Dava Vekilleri Cemiyeti*’nden çok daha önce ‘*Bureau de Constantinople/İstanbul Barosu*’ adıyla kendi meslek örgütlerini kurmuş olmalarıydı.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde ‘avukat’ deyiminin kullanıldığı ilk hukuki metin 1884 tarihinde Padişah II. Abdülhamit Han’ın iradesi ile yürürlüğe konulan ‘*Rumeli Şarki Vilayetine Mahsus Avukatlık Kanunu*’dur.^[21] Avukatlık mesleğinin yalnızca Türklere ait olacağı hükmü ise, 1916 tarihli ‘*Memaliki Osmaniye’de bulunan ecnebilerin Hukuk ve Vezâifi Hakkındaki Geçici Kanun*’ ile mümkün olmuştur.^[22] İlk Hukuk Mektebi, İstanbul Darulfünunu, yani İstanbul Üniversitesi bünyesinde açılan ve 17 Haziran 1880 tarihinde öğrenime başlayan İstanbul Üniversitesi Hukuk Mektebi, yani günümüzün İstanbul Hukuk Fakültesi’dir.

Türkiye’de çağdaş anlamda avukatlık mesleğinin başlangıcı, aynı zamanda Türk aydınlanmasının ve modernleşmesinin başlangıcı ve tıpkı Tanzimat gibi hukuk yolu ile toplumu dönüştürme projesi olan Cumhuriyet’in kurulması ile birlikte olmuştur. Engin dehası ile Türk toplumunun önünü açan ve sahip olduğu üstün donanımları ile Türk tarihini hızlandıran Büyük Atatürk, Cumhuriyetin kuruluşunun ilk yılında ve daha henüz Cumhuriyetin ilk Anayasası olan 1924 Anayasası’nı yürürlüğe konulmadan, avukatlık mesleğini Batı normlarına uygun biçimde düzenlemek amacı ile 03 Nisan 1924 tarihli ve 460 sayılı Muhamat,

[19] Agm.

[20] Agm.

[21] Agm.

[22] Agm.

yani Avukatlık Yasası'nı çıkartmıştır. Türkiye'de avukatlık mesleğini düzenleyen ilk ciddi yasa 17 maddeden oluşan Muhamat Kanunu'dur. Uygulama Talimatnamesi ve İstanbul Barosu İç Nizamnamesi ile birlikte bir bütün oluşturan bu yasanın önemi 'baro' ve 'avukat' kavramlarının bu yasadaki kullanılmış olmasıdır.

Büyük Atatürk'ün Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılışında yaptığı konuşmada yer alan '*... Yeni Türk toplum yaşamının kurucusu ve güçlendiricisi olmak amacıyla öğrenime başlayan sizler, Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri olacaksınız. Bir an önce yetişmenizi ve ulusun isteğini eylemsel olarak tatmine başlamanızı ulus sabırsızlıkla beklemektedir. Sizi yetiştirecek olan profesörlerin üzerlerine düşen görevi hakkı ile yerine getireceklerine eminim. Cumhuriyetin yaptırımını olacak bu büyük kurumun açılışında duyduğum mutluluğu hiçbir girişimimde duymadım, bunu açığa vurmakla ve belirtmekle hoşnudum*' şeklindeki sözleri, Atatürk'ün hukuka, yargıca, savcıya, avukata verdiği önemi ve değeri gösterir.

460 sayılı Muhamat Yasası'nın, değişen dünya ve ülke koşullarına uygun olması ve gereksinimi karşılamada yetersiz kalması nedeni ile başlatılan çalışma sonucunda, özellikle Kıta Avrupası'ndaki ülkelerin avukatlıkla ilgili yasa, tüzük, yönetmelik gibi mevzuatları da göz önüne alınarak 01 Aralık 1938 tarihinde 3499 sayılı Avukatlık Yasası yürürlüğe konulmuştur. 3499 sayılı Avukatlık Yasası ile avukatlık mesleğine getirilen en önemli özellik, avukatlığın kamu hizmeti olarak ifade ve kabul edilmiş olmasıdır.^[23] Yaklaşık 31 yıldır yürürlükte kalan 3499 sayılı Avukatlık Yasası'nın yerini, 19 Mart 1969 yürürlük tarihli olan ve aradan geçen süre içinde pek çok hükmü değiştirilmiş olmasına rağmen halen yürürlükte bulunan 1136 sayılı Avukatlık Yasası almıştır.

C- Sonuç Yerine: Avukat kimdir?

Peki! Bu kadar özel, bu kadar onurlu bir tarihe sahip olan avukat kimdir ve ne yapar?

1924 yılında ABD Başkanlığı'na aday olan avukat *John W. Davis*, 16 Mart 1946'da New York Barosu'nun 75. Kuruluş Etkinlikleri kapsamında yaptığı konuşmada bu soruların yanıtını şöyle veriyor: '*Biz hukukçular, avukatlar köprüler kurmuyoruz, kule dikmiyoruz, motor yapmıyoruz, resim boyamıyoruz... Yaptığımız bütün işlerde insan gözünün görebileceği pek az şey var. Ama sorunları çözüyoruz; gerginliği gideriyoruz; hataları düzeltiyoruz; insanların yükünü üstleniyoruz; çabalarımızla barışçıl bir devlette insanların huzurlu ve adil bir yaşam sürmelerini mümkün kılıyoruz.*'

[23] Agm.

Benzeri bir diğer yanıt, George Mason Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi *Prof. Dr. Ronald D. Rotunda* ait. O da şöyle yanıt veriyor: ‘*Biz avukatlar, mühendisler gibi köprüler inşa etmeyiz; doktorlar gibi kemikleri onarmayız; mimarlar gibi bina tasarlamayız; ressam gibi resim yapmayız. Sadece insanların ellerinin bize dokunmasına imkan veririz. Eğer görevimizi profesyonelce, mesleğin onuruna uygun biçimde yaparsak, başka kişilerin yüklerini taşıyız; insanları streslerinden kurtarız; adaletin takipçisi oluruz; uygarlığın kaplaması olur ve onu daha da güçlendiririz.*’

Her iki değerli hukukçunun söylemediği, eksik bıraktığı önemli bir hususu da ben ilave edeyim. Avukat, varlığı ile yargıyı ve yargılama faaliyetini demokratikleştiren, önceleri tez/iddia, sentez/hüküm ikilisi üzerine kurulu olan yargılama diyalektiğini anti tez/savunma unsuru ile tamamlayan ve dolayısıyla adil yargılama ilkesini, buna bağlı olarak adaleti gerçekleştiren asli/vazgeçilmez bir öznedir. Onun olmadığı bir yargılama faaliyeti eksiktir, topaldır.

Son bir söz. Daha doğrusu bir şiir. Sadece bir şiir değil, avukatlığın şiirsel olarak yazılmış özlü bir tarihçesi aslında. Amerikalı avukat *Luis Land* yazmış. Okuyalım;

Ben Avukatım.

Kaba gücün yerine merhameti, adaleti, hakkaniyeti koydum.

İnsanoğluna diğerlerinin hakkına, mülkiyetine, hürriyetine saygıyı;

Vicdan, ifade ve toplanma özgürlüğünü ben öğrettim.

Haklı davaların sözcüsü;

Yoksulun, mazlumun, dul ve yetimin savunucusuyum.

Çarşıda pazarda onuru sürdürürüm.

Halkın sevmediği, popüler olmayan davaların şampiyonu benim.

Zulmün, baskının, bürokrasinin düşmanıyım.

On Emre giden yolu ben hazırladım

Yunanistan’da kölelerin, Roma’da esirlerin özgürlüğü için ben savaştım.

Stamp Act’le ben mücadele ettim.

İnsan Hak ve Özgürlükleri Bildirgesi’ni ben yazdım.

Köleleri ben savundum.

Kölelik karşıtıyım.

Kölelikten Kurtuluş Bildirgesini yayımlayan bendim.

*Her ülkede, her iklimde haini cezalandırır, masumu korur, düşeni kaldırır,
adaletsizliğe ve vahşete karşı çıkarım.*

Tüm savaşlarda özgürlük için savaşan bendim.

*Halkın yaygarasına ve çoğunluğun despotluğuna karşı duran benim.
Adaletin gerçekleşmesini engelleyen önyargı olmasın diye zenginleri savunur;
Yoksulun tüm hak ve imtiyazları teslim edilsin diye davasında ısrar ederim.*

*İrk, renk, sınıf, cinsiyet ya da din ayrımı yapmaksızın insanlığın
eşitliği için çalışırım.*

Hilebazlıktan, dalavereden ve sahtekarlıktan nefret ederim.

*Adaletten ödün vermekten ya da menfaati zıt iki müvekkile
hizmet etmekten yasaklıyım.*

Geçmişin muhafazakarı, bugünün liberali, geleceğin radikaluyim.

*Adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirmek için uzlaşmaya inanırım;
Aynı nedenle şekilciliğin ve kırtasiyeciliğin Gordion düğümünü kesip atarım.*

Tüm buhranlarda insanlığın lideriyim.

Dünyanın günah keçisiyim.

*İnsanlığın haklarını avucumun içinde tutarım da, kendi haklarımı sağlamayı
bir türlü beceremem.*

Ben öncüyüm.

Geçmişten vazgeçecek, bugünü ve var olanı yıkmak isteyecek en son kişiyim.

Ben, adil hükümdar, dürüst yargılayıcıyım.

Mahkum etmeden önce dinler, herkes için en iyiyi araştırırım.

Ben Avukatım.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA HAK ÖZNESİ OLARAK AVUKATLAR

Dr. Dilşad Çiğdem SEVER*

Yargılamanın asli unsurlarından biri olan avukatlar ve avukatlık mesleği diğer mesleklerden farklı belli özelliklerle tanımlanır. Adil yargılanma ve savunma hakkının güvencesi olarak avukatlar, hem müvekkilleriyle olan ilişkilerinde, hem de idareyle ve yargıyla olan ilişkilerinde çeşitli güvencelere sahip olmadıkları takdirde mesleklerini özgürce ve gereği gibi yürütmelelerinden bahsedilemeyecektir. Gerek ulusal düzeyde Avukatlık Kanunu ve avukatlıkla ilgili çeşitli normlarda, gerekse çeşitli uluslararası belgelerde mesleğe özgü bu tür niteliklerin izi sürülebilir. Bu doğrultuda 1990 yılında BM'de Havana İlkeleri olarak anılan Avukatların Rolü Hakkında Temel İlkeler^[1] ve Uluslararası Avukatlar Birliği tarafından 2002 yılında kabul edilen Turin İlkeleri^[2] bağlayıcı olmamakla birlikte avukatlık mesleğinin özgül niteliklerini ve avukatlık mesleğinin bağımsız ve özgürce yürütülmesine ilişkin ilkeleri belirlemiştir.

Avrupa'da ise ilk olarak Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi 1988'de Avrupa Hukukçuları Davranış Kuralları'nı kabul etmiş ve metne daha sonra çok sayıda ekleme yapılmış; 2006 yılında ise Avrupa Hukuk Mesleği Temel İlkeleri Tüzüğü'nü kabul etmiştir.^[3] Temel İlkeler Tüzüğü'nde temel ilkeler, (a) Avukatın bağımsızlığı ve özgürlüğü, (b) Avukatın, müvek-

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

- [1] Basic Principles on the Role of Lawyers, (the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 1990). Metnin Türkçesi için: www.ankarabarasu.org.tr/AvukatlikMevz/doc/meslekkurallar/m3.doc
- [2] Metnin Türkçesi'ne <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonras/ikitap/av-haklari-mrk-kitapcigi-ic.pdf> adresinden erişilebilir.
- [3] The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) the Code of Conduct for European Lawyers, the Charter of Core Principles of the European Legal Profession: https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf

kilinin davasını gizli tutma hak ve görevi ile meslek sırrı kavramına uyma ve saygı, (c) İki ayrı müvekkil arasındaki veya müvekkille avukat arasındaki çıkar çatışmalarından kaçınma, (d) Avukatlık mesleğinin itibar ve onuru ile avukatın kişisel dürüstlük ve saygınlığı, (e) Müvekkile sadakat, (f) Ücretlerle ilgili olarak müvekkillere adil davranmak; (g) Avukatın mesleki kabiliyet ve yeterliliği, (h) Meslektaşlar arası saygı, (i) Hukuk devletine ve yargının adil yönetimine saygı ve (j) Avukatlık mesleğinin kendi kendini denetlemesi olarak belirtilmiştir. Daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilen Davranış Kuralları'nda ise genel ilkeler ve avukatlık mesleğinin rolüne değinildikten sonra avukatların müvekkilleriyle ilişkileri, mahkemelerle ilişkileri ve avukatlar arası ilişkilere ilişkin maddelere yer verilmiştir. Bu maddelerde diğer uluslararası belgelerden farklı olarak ücret, bilgilendirme, müvekkile karşı sorumluluk, kişisel reklam gibi konularda açıklama ve belli standartlar getirilmiştir. Diğer yandan, Davranış Kuralları bazı kavramların açıklanması adına da önemli unsurlar içerir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2000 yılında Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yürütülmesine İlişkin Tavsiye Kararını kabul etmiştir.^[4] Tavsiye kararı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri dikkate alınarak avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayırım gözetmeden, hükümet veya kamudan gelebilecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler" in alınması gereğinden bahsettikten sonra ifade özgürlüğü, müvekkile erişebilme, müvekkille ilişkide gizliliğe yönelik tedbirler, müvekkillere karşı görevler, hukuk ve staj eğitimi, avukata erişim, barolar ve yetkileri gibi çok çeşitli konularda tavsiyeleri içermektedir.

Bu Tavsiye kararının varlığına karşılık Ocak 2018'e gelindiğinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 2121 (2018) sayılı Avukatlık Mesleğine İlişkin Bir Avrupa Sözleşmesi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Tavsiye kararı^[5] ile Bakanlar Komitesi'nin avukatlık mesleğine ilişkin bağlayıcı nitelikte bir Avrupa Sözleşmesi düzenlemesini tavsiye etmiştir. Tavsiyede; avukatların üstlendiği özel role ve bu konuda AİHM'in tutumuna da vurgu yapılarak "pek çok Avrupa Konseyi ülkesinde avukatlara yönelik taciz, tehdit ve saldırıların meydana gel-

Metinlerin Türkçe çevirilerine http://web2.e-baro.web.tr/uploads/20/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf adresinden erişilebilir. (Son erişim: 15.11.2018)

[4] Recommendation R (2000) 21 of the Council of Europe's Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer (adopted on 25 October 2000): https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDC_TMContent?documentId=09000016804d0fc8

[5] The case for drafting a European convention on the profession of lawyer: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=24466&lang=en>

meye devam etmesi ve hatta yaygınlık kazanarak sistematikleştiği ve bariz bir şekilde bilinçli bir politikanın sonucu olduğu bazı ülkelerde artış göstermesi(nin), son derece ciddi bir endişe kaynağı” olduğu belirtilmiştir. Metnin devamında ise bu saldırılara, “fiziksel şiddet, tehdit, haksız aleni eleştirilere maruz kalma ve avukatların önde gelen politik figürler dâhil olmak üzere müvekkilleriyle özdeşleştirilmesi, avukatları cezalandırmak üzere ceza soruşturmasının kötüye kullanılması ya da avukatların belli davalardan alınması, müvekkillerin avukatları ile görüşmelerinin hukuka aykırı şekilde izlenerek avukatlık mesleğine özgü ayrıcalıkların ihlal edilmesi, hukuka aykırı soruşturmalar kapsamında arama ve el koyma, avukatların kendi müvekkillerinin ceza davalarında tanık olarak sorguya çekilmesi, disiplin soruşturmasının kötüye kullanılması ve avukatların bağımsızlığının etkili şekilde korunmasını sağlama ve işlevsel kılma bakımından çeşitli yapısal ve usule ilişkin yetersizlikler”in de dâhil olduğu ifade edilmiştir. Bu kaygılardan hareketle kararda,

(a) Etkili bir koruma mekanizması kurulması gereği,

(b) Sözleşmenin sadece Avrupa Konseyi’ne üye ülkeleri değil, diğer ülkeleri de kapsayacak biçimde hazırlanması,

(c) Gazetecilerin Güvenliğinin Ve Gazeteciliğin Korunmasının Geliştirilmesi Platformu model alınarak; “Devam eden yargılama süreçleri dâhil, bireysel hakların her gün korunmasında avukatların üstlendiği rol bağlamında, Meclis ayrıca avukatların güvenliğine ve bağımsızlığına ve mesleklerinin gereklerini etkin şekilde yerine getirmelerine yönelik yakın tehditlere cevap verebilmek adına bir erken uyarı mekanizmasına ihtiyaç” olduğu vurgulanmıştır.

AİHM kararlarında, Avrupa Konseyi’nin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yürütülmesine İlişkin Tavsiye Kararı ile Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi’nin Avrupa Hukukçuları Davranış Kuralları’na ve Hukuk Mesleği Temel İlkeleri Tüzüğü’ne atfı yapılmakla birlikte bağlayıcı nitelikte bir Sözleşmenin hazırlanması ile birlikte devletlerin takdir marjlarının daralması muhtemel olacağından avukat hakları konusunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında farklı şekillerde yansımaları görmek de mümkün olacaktır.

Bu çalışma, AİHM’in konuyla ilgili kararlarının tamamının değil, önemli görülen bazı kararlarının incelenmesini içermektedir. Bu kapsamda, avukatların dava sürecinde mahkemede, dilekçelerde veya davalara ilişkin mahkeme dışındaki ifadeleri bakımından ifade özgürlüğü, müvekkilleriyle kurdukları iletişimin gizliliği ile avukatların ev veya bürolarında yapılan aramalara ilişkin belli kararlar seçilmiştir. Bu konuların seçilmesinin nedeni ise avukatların son yıllarda bu konularda daha fazla hak ihlaline uğraması ve bu konuların Türkiye’de daha fazla tartışmaya açılması gerekliliğidir. Bu nedenle, kararlar

değerlendirilirken Türkiye’de konuyla ilgili düzenlemeler ve uygulamadaki sorunlara da değinilmeye çalışılmıştır.

a. Avukatların İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün sınırları konusunda yapılan tartışmalarda ifadenin niteliği, nerede ve hangi koşullarda söylendiği, kime karşı söylendiği ve aynı zamanda kimin söylediği de önem taşır. Örneğin bir siyasetçinin özel hayatıyla ilgili söylenen sözlere gösterilmesi gereken müsamaha ile kamuya mal olmamış bir kişinin özel hayatına yönelik bir ifade AİHS 10. maddenin sınırları bakımından farklı değerlendirilebilecektir. Benzer şekilde, belli meslek gruplarının yürüttükleri faaliyetin niteliği ve bu mesleğin kamu yararı açısından işlevleri dikkate alınarak ifade özgürlüğünün sınırları farklı biçimde değerlendirilmelidir. Bir gazeteci açısından basın özgürlüğü, bir akademisyen açısından akademik özgürlük olarak karşımıza çıkan ve ifade özgürlüğünün daha geniş yorumlanması gereğini ortaya çıkaran bu durum, avukatlar bakımından da yargısal işlevlerinin kamusal önemi nedeniyle karşımıza çıkar. Avukatların mesleklerine ilişkin, özellikle de davalara ve yargıçlara ilişkin söylemleri nedeniyle yargılanmasına ilişkin bir başvuru olan *Morice v. Fransa*^[6] davası bu konuda en önemli örneklerden biridir.

Bir hâkimin öldürülmesi davasında ölen kişinin eşi ve çocuklarını temsil eden *Morice*, davada anonim kalmak isteyen bir tanığın baskı altında tutulmasına ilişkin iddialar üzerine soruşturma açılan bir davada daha sonra davadan çekilen iki hâkimin keşif ve tanığın yeniden dinlenmesi istemlerine ilişkin tutumuyla ilgili olarak *Le Monde*’a bir röportaj vermiş ve röportaj konuyla ilgili Adalet Bakanı’na yazdığı bir mektuptaki ifadeleri de içermiştir. Hâkimlerin şikayeti üzerine *Morice* hakkında hakaret ve iftiraya dayanarak ceza davası açılmış ve bu dava sonucunda *Morice* 4000 Euro para cezası, hâkimlerin her birine 75000 Euro tazminat ile yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilmiş; gazeteye de bir uyarı verilmesine karar verilmiştir.^[7]

Davanın AİHM bakımından önemli yanlarından biri, Daire incelemesinde ifade özgürlüğü bakımından ihlal kararı verilmemiş olmasına karşılık Genel Kurul’da ifade özgürlüğü bakımından ihlal kararı verilmiş olmasıdır. Daire kararında avukatın adalet sistemini eleştirirken sınırı aştığı ve yaptırımın ölçülü olduğu sonucuna varıldığından ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Başvurucu karara itirazında, iki nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve avukatlık mesleğini yürütülmesine ilişkin ifadeler bakımından

[6] *Morice v. Fransa*, (Genel Kurul) 23.04.2015, 29369/10.

[7] Par. 46.

daha fazla hoşgörü gösterilmesi ve ifade özgürlüğünün daha güçlü biçimde korunması gerektiğini ileri sürmüştür. İlk olarak, Avrupa çapında ve daha yaygın çeşitli uluslararası belgelerin müvekkillerini savunurkenki faaliyetleri bakımından avukatları koruduğu dikkate alındığında devletlerin geniş bir takdir alanı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. İkinci olarak, avukatların ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkıyla da doğrudan bağlantılıdır.^[8] Genel Kurul başvurusunda üçüncü kişi müdahalesi kapsamında Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi, Paris Barosu, Ulusal Baro Konseyi ve Fransa Baroları Konferansı Başkanlığı konuyla ilgili görüş sunmuş; görüşlerinde kamuya mal olmuş bu davaya ilişkin olarak avukatın mahkeme salonu dışındaki ifade özgürlüğünün korunmasının önemini vurgulamışlardır. Görüşün bir bölümüne göre, “kamuoyunun dikkatini çeken bir dava söz konusu olduğunda, ister gerekli müdahaleyi yaparak ister sesini basında duyurmak yoluyla bu müvekkili savunmaya devam etmek avukatın yükümlülüğüdür. Bu artık, -kamusal bir duruşmadan bir süre önce ya da çoğu zaman olduğu gibi sonrasında- avukatın hakkı değil, konumuyla bitişik bir görevdir”.^[9] Yine görüşlerde avukatların ifade özgürlüğüne getirilecek bu tür bir sınırlamanın son derece istisnai olması gerektiği, ifadelerinin müvekkilin savunmasıyla ayrıştırılabilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ve avukatların ifade özgürlüğünün en az gazeteciler kadar geniş yorumlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.^[10]

Genel Kurul, bir maddi vakaya ilişkin ifadeler ile değerlendirme içeren ifadeler arasında Mahkeme'nin daha önce yaptığı ayrıma da vurgu yaparak değerlendirmelerin de 10. madde kapsamında olduğu, bu değerlendirmelerin doğruluğunun test edilmesi güç olsa da bir “gerçekliğe ilişkin bir temele” dayanıp dayanmadığına göre değerlendirme yapılacağını belirtmiştir.^[11] Bu tür bir temelin bulunmaması halinde bu ifade, ifade özgürlüğü sınırını aşabilecektir. Olayda AİHM, Adalet Bakanı'na yazılan bir mektup, dosyanın iletilmesi sırasında yargıç ile savcı arasındaki bir yazışma ile hâlihazırda ilgili dosyada bazı iddialara ilişkin soruşturma başlatılmış olmasının iddiaların doğru olup olmasını ortaya çıkarmasa dahi bir temeli olduğunu belirttiğine karar vermiştir.

Yargı sistemine ilişkin eleştiriler söz konusu olduğunda bu sınırlandırmanın önemli gerekçelerinden biri de yargı otoritesinin ve yargıya olması gereken kamusal güvenin korunması olabilmektedir. Diğer yandan, mahkemelerin belli

[8] Par. 96.

[9] Par. 120.

[10] Par. 123.

[11] Par. 126.

bir takdir yetkisi ile karar vermesi, hâkimlerin sadece kendileri adına değil, tüm hukuk sistemi adına söz söylemeleri ve bu nedenle iddialara ilişkin açıklama yapamaması da yargıya ilişkin eleştirilerde dikkate alınması gereken bir unsur olarak görülür. Ancak Mahkeme'ye göre, tüm bu özelliklerine rağmen yürütükleri kamusal faaliyet nedeniyle hâkimlere karşı kullanılan ifadelerin diğer kişilere göre daha geniş bir eleştiri sınırı içinde olduğunu kabul etmek gerekir.^[12] Diğer yandan, söz konusu hâkimler o anda görevden çekilmiş oldukları için bu eleştirilerin yargısal sürece olumsuz etki edecek bir niteliği de yoktur ve bu nedenle yargının otoritesinin sarsıldığından bahsetmek mümkün değildir.

Mahkemeye göre, “*Avukatların ifade özgürlüğü meselesi, adil bir yargısal düzenin etkili biçimde yürütülmesi için çok önemli olan avukatların bağımsızlığıyla da ilgilidir. Demokratik bir toplumda savunma avukatının ifade özgürlüğünün –çok hafif bir ceza ile bile olsa- sınırlandırılması sadece istisnai durumlarda gerekli olabilir*”.^[13] Mahkeme, bu noktada dava sırasında duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler ile mahkeme dışındaki ifadeler bakımından da bir ayırım yapmıştır. Duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler savunma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının da bir parçası olduğundan bunlar bakımından yoğun bir koruma alanı öngörülmesinin yanı sıra dışarıdaki ifadeler de avukatların işlevlerinin bir parçası olabilecektir ve avukatın özellikle toplumun dikkatini çeken davalarda -gizlilik gerektiren konular dışında- kamuoyunu bilgilendirmesinde de fayda vardır. Bununla birlikte, Mahkemenin avukatların ifade özgürlüğünü gazeteciler kadar geniş yorumlamadığını da belirtmek gerekir.

Karara ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer nokta da daha önce Mahkemenin önüne gelen bazı durumlarda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiş olmasıdır. Bu olayı ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine ilişkin aynı yıl içerisinde verdiği *Fuchs v. Almanya ve Peruzzi v. İtalya* kararlarından^[14] ayıran en önemli özellik; değerlendirme içeren bu ifadenin gerçekliği test edilemeyecekse de gerçeklere ilişkin bir dayanağa/temele sahip olmasıdır. Bu karardan sonra verilen *Bono v. Fransa* kararında^[15] da terör eyleminde bulunma iddiasıyla yargılanan müvekkiline Suriye’de işkence ile imzalatılan itirafların dosya içeriğinden çıkarılması talebinde bulunan avukatın bu itirafla hâkimlerin “Suriye’de yapılan işkence suçuna dâhil olduğu” şeklindeki ifadeleri nedeniyle disiplin cezası alan

[12] Par. 128-131, 168.

[13] Par. 135. Aynı paragrafta konuyla ilgili şu kararlara atıf yapılmıştır: *Sialkowska v. Poland*, no. 8932/05, § 111; *Nikula v. Finlandiya*, no. 31611/96, § 55; *Kyprianou v. Kıbrıs [GC]*, no. 73797/01, § 174; *Mor v. Fransa* (no.28198/09, § 44).

[14] *Fuchs*, 27.2.2015, 29222/11 and 64345/11; *Peruzzi*, 30.06.2015, 39294/09.

[15] *Bono v. Fransa*, Beşinci Daire, 15. 12.2015, 29024/11.

Bono'nun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu ifadelerin hâkimlere bir hakaret olarak görülebileceğini ifade etmekle birlikte, "işkence suçuna dâhil olma" ibaresinin işkence iddiaları karşısında hâkimlerin Suriye istihbaratının işkence yaptığını bilmeleri gerekmesine rağmen bir uluslararası talep çıkarmalarının, yani usuli tercihlerinin şikâyete konu olduğu şeklinde yorumlamıştır.^[16]

Türkiye'de avukatların mahkemeye sundukları dilekçelerindeki ifadelerden dolayı dahi yargılanabildiği dikkate alındığında, avukatların görevleriyle ilişkili olan ve savunma sınırları içerisinde kalan ifadelerinden dolayı ceza yargılaması tehdidi altında kalmalarının caydırıcı etkisi ve yaratacağı mesleki tahribat da özellikle değerlendirilmelidir. Bu tür bir durum, sadece avukatın şahsına yönelik bir ifade özgürlüğü olmaktan öte, müvekkillerinin adil yargılanma hakkı bakımından da ihlale yol açabilecektir.

b. Avukat-Müvekkil İlişkisinde Gizliliğin Korunması

Avukat hakları bakımından tartışılan temel konulardan biri, avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin ve savunma hakkının olmazsa olmazlarından biri olan mesleki gizlilik ilkesidir. Yukarıda değinilen uluslararası belgelerde de belirtildiği gibi, gizlilik, sadece avukatın bir yükümlülüğü değil, aynı zamanda müvekkilin hakkıdır.^[17] Diğer yandan, gizliliğin sağlanması avukatın mesleğini bağımsız bir şekilde yürütebilmesinin de koşuludur. Bu bakımdan, AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın korunması hakkı avukat-müvekkil ilişkisi söz konusu olduğunda daha geniş bir koruma alanına sahip olmalıdır. Bu kapsamda, AİHM'e yapılan başvurularda cezai takibat sırasında banka hareketlerinin incelenmesi, müvekkil ile avukat arasındaki yazışmalara el konulması veya hukuk bürosunun telefonlarının dinlenmesi ya da belli suçları/şüpheli durumları ihbar zorunluluğu gibi konular ön plana çıkmaktadır.

Vergi kaçakçılığı iddiaları nedeniyle yapılan bir cezai soruşturma kapsamında avukat olan başvuruçunun mesleki olarak kullandığı banka hesap bilgilerinin istenmesi ve mesleki gizliliğin kaldırılmasına karar verilmesinin 8. maddeyi ihlal ettiği iddialarına ilişkin olarak Mahkeme, suçun önlenmesi ve soruşturulması kapsamında bu tür bir müdahale haklı görülebilecekse de usuli güvencelerin yerine getirilmemiş olması ve etkili yargısal denetimin olmamasının 8. maddenin ihlaline yol açtığına karar vermiştir.^[18] Portekiz mevzuatında avukatlara

[16] Par. 52.

[17] Avrupa Davranış Kuralları 2.3.; Şart, ilke (b).

[18] Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz, 1.12.2015, 69436/10.

ilişkin mesleki gizliliğin kaldırılmasına ilişkin özel hükümler olmasına karşılık örneğin bağlayıcı olmasa da Avukatlar Birliği'nden görüş istenmemesi, Yüksek Mahkeme'nin istinaf mahkemesi kararını değerlendirmemesi ihlal kararının esas gerekçelerindedir. Türkiye'de ise vergi mevzuatında avukatların banka hesaplarına ve mesleki gizliliğe ilişkin herhangi bir özel güvenceye yer verilmemiştir. Özel düzenleme olmaması doğrudan bir ihlal nedeni olmayacaksa da müdahalenin ölçülü olup olmadığı ve herhangi bir güvence içerip içermediği, bu kararlara karşı başvuru yollarının etkili olup olmadığı değerlendirilebilecektir.

Müvekkil ile avukat arasındaki yazışmalara el konulmasının 8. maddenin ihlali anlamına geldiğine ilişkin 2018 yılında verilen *Laurent v. Fransa* kararında müvekkiline polis gözetiminde, mahkeme girişindeyken verdiği belgeleri polis memurunun okumasının haberleşmenin gizliliğine bir müdahale niteliğinde olduğu, hukuka aykırı bir eylem olmaksızın bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı belirtilmiştir.^[19] Türkiye'de müdafiler bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 154. maddesinde “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz” hükmü bu gizliliği sağlamaya yönelik bir hükümdür. Ayrıca, Ceza İnfaz Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasında, “Avukat ve noter ile görüşme, meslek kimliklerinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır” hükmüne karşılık, maddenin beşinci ve devamı fıkralarında “Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin devamında, bu üç aylık sürenin hükümlünün kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz

[19] Laurent v. Fransa, 24.5.2018, 28798/13.

kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimi gözetilerek kısaltılabileceği veya uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bu sınırlandırma kanunla düzenlenmiş olmakla birlikte, bu tür bir kaydetme kararı verilmesi halinde 8. maddenin ihlal edilip edilmediği gözetilirken ölçülülük ilkesi, demokratik bir toplumda gerekli olma, özellikle tutuklular söz konusu olduğunda bu tür bir kararın adil yargılanma hakkı bakımından etkileri, kararın somut dayanağı olup olmadığı gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Yine uzatma kararının gerekçelerinin makul olması da bir başka denetim aracı olabilecektir.

Aynı Kanun'un "Tutukluların hakları" başlıklı 114. maddesinin (5) numaralı fıkrasında tutukluların müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı belirtilmiş; diğer yandan 66. maddede, "Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir" hükmüne yer verilmiştir. Kanun'un 115. maddesinde de tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara "belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması" tedbiri uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde, cezaevi idarelerinin tüm telefon görüşmelerini dinlediği ve avukatlarla telefonla görüşmenin gizliliği konusunda herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada birinci sorun, telefon görüşmesi hakkı kısıtlanan hükümlü veya tutukluların avukata erişim hakkının, diğer yandan avukatın müvekkiliyle iletişim kurmasının engellenmesidir. İkinci sorun ise, avukatlar bakımından gizlilik imkânının bulunmamasıdır. Bu konuya ilişkin bir tutuklu tarafından yapılan bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi hapisanelerde haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması bakımından devletlerin takdir marjının geniş olduğunu belirtmekle birlikte, tutukluların telefon yasağının avukatları da içermesi konusunda 114/5'te yer alan temas ve görüşme imkânına ilişkin hükmün telefon imkânını içerdiği yorumunu yapmış; 115. maddedeki tedbire ilişkin hükme ise hiç değinmemiştir.^[20] Kararda gizlilik meselesine değinmeksizin avukatla telefonla görüşme imkânı tanınması gereğine vurgu yapılmış ve ihlal kararı verilmiştir. Hatta cezaevi idaresinin telefon

[20] Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, Başvuru no. 2013/6693, 16.4.2015, R.G.: 13/7/2015-29415, par. 67.

hakkının kullanılmamasının gerekçesinin dinlenilmesi nedeniyle gizliliğin sağlanamayacağı olduğu düşünüldüğünde bu meselenin sadece 22. maddede yer alan haberleşme imkânı olarak değil, aynı zamanda adil yargılanma hakkı bakımından da değerlendirilmesi gerekecektir.

Diğer yandan, Ceza İnfaz Kanunu'nda hükümlülerin adil yargılanma hakkının devam etmediği gibi bir varsayımla düzenleme yapılması da ayrı bir sorun olarak görülmelidir. Olağanüstü kanun yollarına başvurma imkânı bulunan hükümlüler aynı zamanda kendileriyle ilgili başka davalar da olabileceği düşünüldüğünde, adil yargılanma haklarını etkili biçimde kullanma imkânına sahip kılınmalı ve avukatla görüşme imkânları bakımından tutuklularla ayrıştırılmamalıdır.

Gizliliğe ilişkin bir başka sorun da avukatlık bürolarının ya da avukatların mesleki görüşme yaptıkları cep telefonlarının dinlenmesidir. Haberleşmenin gizliliğine çok önemli bir müdahale niteliğinde olan ve özü itibariyle gizli yapılan bir sınırlandırma olan haberleşmenin dinlenilmesi bu gizli uygulama nedeniyle kötüye kullanılma riski barındırdığından bu tedbirlerin uygulama koşulları ve usulünün çok açık kanun hükümleri ile düzenlenmesi gerekir. Konuyla ilgili olarak AİHM Türkiye hakkında bir avukat olan Cevat Özel'in yaptığı başvuruda (mülga) Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu^[21] uyarınca hakkında yapılan dinlemede uygulanan kanunun gözetime ilişkin yetkiyi kötüye kullanmaya karşı etkin güvenceleri barındırmadığı, bu kapsamda “telefon görüşmeleri tespit edilen kişi hakkında ceza davası açılmadıkça ve tespit edilen veriler delil unsuru olarak kullanılmadıkça ya da gizli bir bilgi ifşa edilmedikçe, ilgili kişinin telefon görüşmelerinin tespit edildiğini bir gün öğrenmesi”nin mümkün olmaması gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.^[22] Söz konusu Kanun yürürlükten kalktığından bu karar pilot karar niteliğinde olmasa da bu kararın gerekçesinden yola çıkılarak var olan düzenlemelerin etkin güvenceleri içerip içermediği değerlendirilebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi ve devamında dinleme konusunda ayrıntılı hükümler bulunmaktadır ve 136. maddede “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz” hükmü ile avukatlık mesleğinde müvekkille özdeşleştirilerek kriminalize edilmesi ve iletişiminin dinlenmesi engellenmiştir. Diğer yandan, 137. maddede bu kayıtların içeriğinin imhasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Uygulamada ölçülülük veya demokratik toplumda gerekli olma

[21] 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 23.3.2205 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[22] Cevat Özel v. Türkiye, Başvuru No. 19602/06, 7.6.2016, par. 35.

ölçütleri bakımından bir değerlendirme yapılabilecekse de AİHM standartları bakımından yasanın kendisi yasallık ilkesi bakımından ihlale yol açacak nitelikte değildir. Anayasa Mahkemesi de Hilmi Yıldız başvurusunda benzer bir değerlendirme yaparak AİHM içtihadını da dikkate alarak CMK 135-137 hükümlerinin yeterli güvenceleri içerdiği sonucuna varmıştır.^[23]

Bu konuda dikkat çekici bir diğer madde Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun "Yetkiler" başlıklı 6. maddesine 2014 yılında eklenen 11. fıkradır. Buna göre, "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; Teşkilat Başkanı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir". Bu hüküm doğrultusunda herhangi bir şüphe veya somut gerekçe aranmaksızın bir avukatın yurtdışında gerçekleştirdiği tüm iletişiminin dinlenebilmesi mümkündür ve kişilerin bundan hiçbir zaman haberi olmayacağı gibi bu içeriğin nasıl kullanılacağı, bu verinin ne kadar süre korunacağı ya da nasıl imha edileceğine ilişkin hiçbir düzenleme yoktur. Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin AİHM'in belirttiği şekilde gözetime ilişkin yetkiyi kötüye kullanmaya karşı etkin güvenceleri içerdiğinden bahsetmek güçtür. Diğer yandan, dinleme kararı tedbir niteliğinde ise Ağır Ceza Mahkemesi'nde tazminat davası açmak mümkünken^[24] bu tür bir dinleme açıkça bir dava dosyasına ya da güvenlik soruşturmasına konularak erişilmediği sürece dava açılması mümkün olmayan bir ihlal niteliğinde olacaktır. Avukatlara özgü bir düzenleme getirilmemiş olması da özellikle yurtdışında müvekkilleri olan veya çok uluslu şirketler gibi müvekkilleri olan avukatların müvekkilleriyle iletişimlerinin gizliliği konusunda ciddi sorunlara yol açabilecektir.

AİHM'in konuyla ilgili ilk önemli kararı 1998 yılında verilen *Kopp v. İsviçre* kararıdır. Bir avukatlık bürosunun telefon hatlarının üçüncü kişi olduğu bir soruşturma nedeniyle dinlenmesi olayında avukatlık mesleğinde müvekkille ilişkilerin korunması vurgusunu içeren kararda ilgili kanunun özellikle bir avukatın davasındaki bir tarafın talimatlarıyla ilgili meselelerde nasıl bir ayırım yapılacağı konusunda ve hangi şartlarda kim tarafından dinleme yapılacağı

[23] Hilmi Yıldız başvurusu, par. 65.

[24] Bu şekilde haksız dinleme nedeniyle tazminat davası açık tazminat alan bir avukatla ilgili haber için bkz.

<https://www.cnnturk.com/turkiye/usulsuz-dinlemeden-ilk-tazminati-kazanan-avukat-da-usulsuz-dinlenmis>

konusunda açıklık olmadığı, ayrıca konunun savunma hakkıyla ilgisini dikkate alarak bağımsız bir yargısal denetim olmaması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir.^[25] 2015 yılında verilen *Pruteanu v. Romanya* kararında da dinleme kararının ölçüsüz olduğuna hükmedilmiş ve bu tür dinlemelerin mesleki gizliliği ihlal etmesi karşısında bir avukatla müvekkili arasındaki güven ilişkisini zedelediğini ve olayda var olan dinlemenin demokratik bir toplumda gerekli olma koşulunu karşılamadığına karar vermiştir.^[26]

Yine gizlilikle bağlantılı bir başka konu da avukatlara öğrendikleri bazı şüpheli durumları bildirim yükümlülüğü getirilmesidir. *Michaud v. Fransa* davasında Mahkeme, avukatlara müvekkillerinin olası kara para aklama eylemlerini bildirme yükümlülüğü getirilmesinin 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme'nin bu sonuca varmasının en önemli nedeni, Fransa'da uygulandığı haliyle bu yükümlülüğün kara para aklama suçları ile mücadele amacını gerçekleştirmek için orantılı bir tedbir olmasıdır. Konuyla ilgili Avrupa Adalet Divanı'nın Belçika'yla ilgili bir kararına da atıf yapan mahkeme, Fransa'da var olan düzenlemelerin avukatlık mesleğine özgü belli güvenceleri içerdiğini belirtmiştir. Bildirim yükümlülüğünün sadece belli tür işlemleri kapsamaması, avukatın müvekkilini savunması kapsamındaki işlevleriyle ilgili olmaması ve ilgili yasada avukatlara özgü hükümler getirilerek bildirilmesi gereken konuların bir davayla ilgili olmaması ve diğer mesleklerden farklı olarak ilgili idareye değil, baro başkanlığına bildirim yapılması gibi güvenceler nedeniyle orantılı olduğuna karar vermiştir.^[27]

c. Avukatların Ev veya Bürolarının Aranması

Avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliğiyle bağlantılı olan, ancak AİHM kararlarına en fazla yansıyan konulardan biri olması nedeniyle ayrı bir başlık altında incelemeye değer olan konu, avukatların büro veya evlerinin aranması ve eşyalarına el konulmasıdır. Mahkemenin aramalara ilişkin verdiği ihlal kararları genellikle ölçülülük ilkesine aykırılık ile mesleki gizliliği sağlamaya ve keyfiligi önlemeye yönelik güvencelerin etkili olup olmadığına dayanmaktadır. Ölçülülük değerlendirmesinde en sık karşılaşılan durum ise arama kararının genel nedenlere dayandırılması ve arama izninin çok geniş ifadelerle, arama yapanlara geniş yetkiler verecek şekilde hazırlanmasıdır. Etkili güvenceler konusunda ise Türkiye'de de bir güvence olarak karşımıza çıkan baro yetkililerinin arama

[25] Kopp v. İsviçre, 25.3.1998, 23224/94, par. 73-74.

[26] Pruteanu v. Romanya, 3.2.2015, 30181/05.

[27] Michaud v. Fransa, 6.12.2012, par. 127-129.

sırasında hazır bulunması ve etkili olup olmamaları değerlendirilmektedir. Yine Mahkeme’ce değerlendirilen bir başka konu da avukatın kendisiyle ilgili bir suçlamaya ilişkin olarak mı, yoksa müvekkillerinin işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olarak mı aranıp aranmadığıdır.

Konuyla ilgili ilk önemli karar 1992 yılında verilen *Niemietz v. Almanya* kararıdır. Bir hakaret iddiası nedeniyle bürosunda arama yapılan başvuruyla ilgili olarak Mahkeme, aramanın kapsamının genişliği nedeniyle ölçülülük ilkesinin aşıldığını belirtmiş ve “bir avukat söz konusu olduğunda, mesleki gizlilikle ilgili bir tecavüzün, adaletin düzgün şekilde yönetilmesi ve dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesi ile güvence altına alınan haklar üzerinde yan etkiler uyandırabileceğini dikkate almak gerekir” değerlendirmesiyle konunun hassasiyetini vurgulamıştır.^[28] Diğer yandan 2002 yılında verilen *Tamosius v. Birleşik Krallık* kararında vergi kaçakçılığına ilişkin bir soruşturmada avukat bürosunun aranmasında başsavcılıkça atanan ve soruşturmada bağımsız bir danışmanın hangi belgelerin avukatlık mesleği ayrıcalığı kapsamında olup olmadığına ve bu kapsamdaysa alınamayacağına karar verdiği bir aramaya ilişkin başvurunun müdahale ölçülü olduğu ve belli güvenceleri içerdiği için kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.^[29]

Arama sırasında tanık olarak komşuların yer aldığı iki başvuruda Mahkeme hukuki bilgiye sahip olmayan bu kişilerin varlığının mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmadığını belirtmiş;^[30] diğer yandan *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya* kararında Baro temsilcisinin bulunmasını bir güvence olarak görürken tek başına varlığının yeterli olmadığını, bu temsilcinin arama sırasında yeterli biçimde gözlem yapmasına olanak tanınmamasını ve aramanın sonuçlarından haberdar edilmemesini ölçülülük değerlendirmesinde kullanmış ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.^[31] Benzer şekilde, Rusya’ya karşı çok sayıda başvuruda avukatlık bürolarında yapılan aramaların arama emrinin çok geniş terimlerle ifade edilen ve kolluğa çok geniş yetkiler verecek şekilde hazırlanmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.^[32] Finlandiya ile ilgili bir başvuruda da ilgili mevzuatın arama sırasında mesleki gizlilik içeren belgelerin hangisinin aramaya veya elkoymaya dahil olup

[28] *Niemietz v. Almanya*, 16.12.1992, 13710/88, par. 37.

[29] *Tamosius v. Birleşik Krallık*, 19.09.2002, 62002/00.

[30] *İliya Stefanov v. Bulgaristan*, 22.5.2008, 65755/01; *Leotsakos v. Yunanistan*, 4.10.2018, 30958/13.

[31] *Örneğin Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya*, 16.10.2007, 74336/01.

[32] *Örneğin Smirnov v. Rusya*, 7.6.2007; *Aleksanyan v. Rusya*, 22.12.2008; *Kolesnichenko v. Rusya*, 9.4.2009; *Yuditskaya vd. v. Rusya*, 12.2.2015.

olmayacağı konusunda belirsizlik bulunduğu gerekçesiyle yasallık ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.^[33]

Türkiye’de konu Avukatlık Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesine göre, “*Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir*”. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde birinci fıkrada buna benzer bir düzenlemeye yer verilmiş; ayrıca ikinci fıkrada mesleki gizliliğe ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir: “*Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yir-midört saat içinde verilir*”.

Buna karşılık, 27.7.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin^[34] 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre; “*26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince; ... (i) Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz*”. Yani, olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda savcı bulunmaksızın yapılacak bu aramalarda baro temsilcisi ya da bürosu aranan avukatın mesleki gizliliğe ilişkin itiraz hakkı bulunmayacak ve bu konuda herhangi bir denetim

[33] Petri Sallinen vd. v. Finlandiya, 27.9.2005; benzer bir karar Heino v. Finlandiya, 15.2.2011.

[34] Kararname, 6755 sayılı, 8/11/2016 tarihinde kabul edilen ve 24.11.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile kanunlaşmıştır.

yapılamayacaktır. Adil yargılanma hakkını da etkileyebilecek bu düzenlemenin olağanüstü hal durumunda da temel hak ve özgürlüklerin sınırı olma niteliğini koruyan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıktır. Diğer yandan, olağanüstü hal durumunda yapılacak sınırlamalar ile idarelere olağan dönemlere göre tanınacak farklı yetkilerin olağanüstü hal ilan edilme nedeni ile bağlantılı olması gerekir; avukat müvekkil gizliliğinin keyfiliğe yol açacak şekilde ihlal edilebilmesi ile olağanüstü hal arasında bir bağlantı kurmak güçtür. Özellikle dijital verilerin kopyalanmasının kolaylığı ve bir bürodaki savunma hakkının kullanılmasına ilişkin tüm belgelere el koymasının adil yargılanma üzerindeki olası etkileri ve bu belgelere erişilmesine karşı etkili bir başvuru imkânı olmaması, hakkın özüne dokunacak nitelikte bir tedbirdir ve olağanüstü halle bağlantılı sayılamayacak bu tedbir sadece 8. madde bakımından değil, adil yargılanmaya ilişkin 6. madde ile etkili başvuru imkânı olmaması nedeniyle 13. maddeye aykırılığa yol açabilecek niteliktedir.

SONUÇ

Avukatlar, insan haklarının korunması ve hukuk devletinin güçlendirilmesi bakımından çok önemli bir role sahiptir. Avukatların herhangi bir sebeple herhangi bir merciden doğrudan veya dolaylı baskı ve müdahaleye maruz kalmalarını önleyen, mesleklerini yürütürken sahip oldukları özgürlüklerinin korunmasını güvence altına alan bir sistemin bulunmaması sadece avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesini önlemekle kalmayıp, bir bütün olarak adalet sisteminin adil olmaması sonucunu doğurur. Bu bakımdan, bir avukatın ifade özgürlüğünün ya da mesleki bilgilerinin korunması meselesi sadece avukatın öznel haklarıyla değil, adil yargılanma hakkıyla da ilişkilidir.

AİHM kararlarında “hukuk mesleğinin ayrıcalıkları” olarak ifade edilen ve bir hak öznesi olarak avukatların meslekleriyle ilgili hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda özgül bir içtihat oluşmaya başlamıştır. Mahkeme, dava sırasında veya kamuoyunun dikkatini çeken davalarda, davalarla ilgili yapılan eleştiri içerikli ifadelerde ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağlama eğilimine girmiş; özellikle avukat-müvekkil ilişkilerinde gizliliğin sağlanmasına yönelik etkili güvenceler bulunmaksızın yapılan müdahalelerde 8. maddenin ihlaline karar verebilmektedir.

Türkiye’de son yıllarda avukatlar üzerinde daha yoğun bir baskı ve özgürlüklerine daha fazla müdahale edildiğini görmek mümkündür. Fiziksel saldırı boyutuna varabilen bu tür müdahaleler mesleğin özgürce yürütülmesi bakımından caydırıcı nitelikte olabilecektir. Bu bakımdan, dava dilekçelerindeki ifadeler nedeniyle avukatların yargılanması, tutuklularla görüşme konusunda getirilen sınırlandırmalar, avukat telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve bürolarının aranması gibi konularda Türkiye’de mevzuattan kaynaklanan veya uygulamada ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmesi gibi sorunlarla karşılaşmaktadır.

TÜKENMEYEN ÖZLEM; GELECEĞİN AVUKATLIĞINI KARŞILAYABİLECEK BİR AVUKATLIK YASASI

Av. İ. Güneş GÜRSELER*

YENİ AVUKATLIK YASASI KORKUSU

Demokrasinin eksiklerini gideremeyen ülkemizde, sorunlarını çözmüş, güçlü ve özgür savunmayı da içeren, “erk” olabilmiş bir yargı kurumunu beklemek gerçekçi değildir. Bağımsız savunma bağımsız yargıda, bağımsız yargı gerçek hukuk devletinde, gerçek hukuk devleti de eksiksiz demokraside olur. Bu nedenle mesleğimizin sorunlarının çözülebilmesi de bir demokrasi sorunudur. Eksiksiz demokrasiye ulaşabilmenin öncelikli koşulu nasıl vatan-daşların onu gerçekten istemeleri ise mesleğimizin sorunlarının çözümünü de meslektaşlarımız gerçekten istemelidir^[1].

Bugün yaklaşık yüzotuzbin avukat, sorunlarla yaşıyor ancak çözümleri talep etmiyoruz. Avukat sayısının hızla artmasını eleştiriyor fakat sınava karşı çıkıyoruz. Bir yanda “Cumuk avukatlığı ceza avukatlığını öldürdü.” diyoruz öte yanda müdafî/vekil olarak atanmayı bekliyoruz. Bankalar ve diğerlerinin sömürsünden şikâyet ediyor fakat vekâletlerini alabilmek için çabalıyoruz. Ücret sözleşmesinin barodan geçirilmesine karşı çıkıyoruz. Avrupa Birliği üyesi olmaya çalışırken Avrupalı avukatlarla yarışabilecek donanımı kazandıracak gayreti göstermiyor, sorunlardan örülü kozamızın içinde düzenimiz bozulmasını istiyoruz.

Sorunlara uyum sağlayarak yaşama alışkanlığımız yürürlükteki yasamızın uygulamalarla geliştirilmesini engellemekle kalmadı, meslek örgütlerimizi de sorunları giderme arayış ve çabası yerine fiziki ortamı rahatlatma gayretlerine yöneltti. Oysa çözüm isteklerimizi dile getirip takipçisi olsaydık, yürürlükteki mevzuatın sağladığı olanaklar zorlanarak bir kısım çözümler sağlanabilirdi.

* Tekirdağ Barosu.

[1] Gürseler, İ. Güneş: “Yeni Avukatlık Yasası’na Gerek Var Mı?”, 29.11.2011, Yeni Yaklaşımlar, <http://www.yeniyaklasimlar.org/m.aspx?id=1715>

Avukatlık Yasası değişikliği ne zaman ucundan kenarından gündeme gelse tartışmalar “sorunlara uyum sağlama anlayışı” gölgesinde hemen başlıyor. Aslında tartışılanlar da tartışanlar da eski. Yıllardır çözümler üzerinde çalışılıyor, taslaklar hazırlanıyor ancak kurumsal devamlılık anlayışımız pek gelişmediği için her seçim sonrası, ister milletvekili genel seçimi ister Türkiye Barolar Birliği seçimi, tekrar başa dönülüyor. Tartışmaları izlediğinizde; bir tarafta siyasi iktidarın ne yapacağından endişeli oldukları için gündeme alınmasına karşı çıkanları, diğer tarafta da kendi konumuna zarar vereceğini düşündüğü değişikliklere karşı çıkanları görüyoruz.

Siyasi iktidar ve parlamento endişesi ile karşı çıkanlar pek de haksız sayılmaz çünkü ilk kez uygulanacak avukatlık sınavını bir ay kala avukat milletvekilinin yasa değişikliği önerisi ile iptal eden bir parlamento deneyimini yaşadık.

Bireysel korkuların aşılabilmesi ise mesleğin nicel ve nitel sorunlarının çözümünün hepimizin yararına olduğunu anlamamıza bağlıdır. Mesleğe girişteki kontrolsüzlüğü sürdürüp “cumuk avukatı” olarak ya da adli yardım avukatı olarak atanma sıramızın gelmesini, bankaların bize de icra takip dosyası vermesini bekleyemeyiz. Sömürü üzerine kurulu “ücretli/işçi avukat” garabetine karşı çıkarken temeldeki sorunun mesleğe girişteki başıbozukluk olduğunu inkârden gelemeyiz. Avrupa Birliği üyeliğine hazırlanır ve yurt dışındaki Türk avukatlarla öğrenir, fakültelerimiz yurt dışında avukatlık olanağı sağladıklarını duyurarak öğrenci çekmeğe çalışırken “yabancı hukuk büroları” sorununu sadece milliyetçilik ya da anti liberallik üzerinden tartışarak sonuç alamayız^[2].

Kişisel kaygı ve korkularımızı aşıp mesleğimizi içine düştüğü saygınlık kaybından çıkaracak anlayış birliğini oluşturmalı, böyle bir zeminde mesleğimizin geleceğini tartışıp düzenleyebilmeliyiz. Biz bunları yapmadıkça bir yandan kendi iç sorunlarımız nicelik ve nitelik boyutlarında artarken diğer yandan bütünleşen dünyada artan ihtiyaçlar ve gelişen olanaklarla sürekli yeni boyutlar kazanan, bu arada geleceği de tartışılan avukatlık uygulamalarından uzaklaşıyoruz. Örneğin son olarak Macaristan, Avrupa Birliği üyeliğinin olanak ve zorunluluklarını değerlendirerek hazırladığı Avukatlık Yasasını 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe soktu. Macarlar yeni yasalarında Ücretli Avukat, Kıdemsiz/Genç Avukat (Junior Attorney At Law), Hukuk Danışmanı, Avrupa Topluluğu Hukukçusu, Ücretli Avrupa Topluluğu Hukukçusu, Yabancı Hukuk Danışmanı, Avukat Yardımcısı gibi düzenlemeleri ayrı bölüm başlıkları altında ayrıntılı olarak yaptılar^[3].

[2] Gürseler, İ. Güneş: “Yeni Avukatlık Yasası Korkusu”, 17.01.2012, Yeni Yaklaşımlar, <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=1974>

[3] Gürseler, İ. Güneş: “Macar Avukatlık Yasası Yenilendi, Darısı Başımıza”, 12.08.2018, Yeni Yaklaşımlar, <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=10622>

Milletvekili, baro başkanı ve TBB Genel Sekreteri olarak görev yaptığım dönemlerde meslek sorunlarımıza yoğunlaşmaya, yazı ve konuşmalarım ile önerilerde bulunup görüşlerimi açıklamaya çalıştım. Özellikle 2013-2017 döneminde gerek Türkiye Barolar Birliği bünyesinde ve gerekse Adalet Bakanlığı Avukatlık Kanunu Taslağı Hazırlama Bilim Komisyonu'nda sorunlarımızı çağdaş bir yasa ile aşma yolunda katkı koydum. Adalet Bakanlığı Bilim Komisyonu çalışmaları sonunda ortaya çıkarılan, bazı çekincelere karşı önemli yenilikler getiren bu metin Bakanlık tarafından üniversitelere ve ilgili kurumlara gönderilip görüşler de alındığı halde Adalet Bakanı değişince Bakanlar Kuruluna sunulacak şekilde tamamlanıp tasarıya dönüştürülemedi^[4].

Yeni yasa hazırlanıp yasal düzenlemeler yapılamayınca ve ayrıca TBB'nin yönetmelik ve genel kararları ile yapmak istediği düzenlemeler engellenince, tam da “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” anlayışı ile mesleğimizin sorunları sürekli artıyor^[5].

NASIL BİR AVUKATLIK YASASI AMAÇLANMALIDIR YA DA YARININ AVUKATLIĞINA NASIL HAZIRLANILMALIDIR?

“Yeni” Avukatlık Yasası hazırlanırken avukatlığın “meslek” olduğu kadar “entelektüel bir faaliyet” olduğu da göz önünde tutulmalı, küreselleşmenin ve teknolojik gelişmelerin meslekte önemli değişikliklere yol açtığı kabul edilerek gelecek yapılandırılmalıdır. Bu gelişmeler ve Avrupa Birliği anlayışının ortaya çıkardığı “sınıraşan avukatlık” faaliyetlerinin düzenlenebilmesi için Avrupa Birliği'nin uygulamada birliklilik oluşturmak üzere direktifler geliştirdiği ve CCBE ilke kararları ile tavsiyelerinin yönlendirici olduğu göz ardı edilmemelidir.

Avrupa Birliği üye ülkelerde avukatlık mesleğine uygulanacak kuralları 1977 yılından başlayarak yürürlüğe konulan 77/249/EEC, 89/48/EEC, 92/51/EEC, 98/5/EEC ve 2008/52/EEC (arabuluculuk hakkında) sayılı direktiflerle düzenlemiştir. Bu direktiflerde belirlenen ayrıntılar doğrultusunda Avrupa Birliği ülkelerinde;

- AB üyesi ülkenin serbest avukatı kendi ülkesinde aldığı avukatlık ruhsatı ile “**karşılıklı tanıma**” koşulu ile diğer bir AB üyesi ülkede yeterlik testinden geçmek koşulu ile geçici ya da sürekli hizmet sunabilecektir,

[4] Avukatlık Kanunu Taslağı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf>

[5] Gürseler, İ. Güneş: “*Yeni Avukatlık Yasası Korkusu*”, 17.01.2012, Yeni Yaklaşımlar, <http://www.yeniyaklasimlar.org/m.aspx?id=1974>

- Sürekli hizmet sunan avukatlar o ülke barosuna da kaydolmak zorundadır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliğinin gerçekleşmesi durumunda bu kuralların bizler için de geçerli olacağı bilinci ile böyle bir ortak geleceğe hazır olmamız gerekmektedir. Çünkü bütün bu gelişmelerle yeni bir **“AVRUPALI AVUKAT”** tipi oluşmaktadır; yüksek kaliteli, uzmanlaşmış ve uluslararası çalışan bir takım içinde yer alabilen avukat^[6].

Bu nedenle, bugünün sorunlarına geçici çözümler aramakla yetinmeyen, gelişen gereksinimleri ve geleceğin beklentilerini karşılayacak ve kısa sürede değiştirilmek zorunda kalınmayacak çağdaş bir yasa hazırlanmalıdır.

Avukatlığın yarını nasıl şekillenmelidir ya da geleceğin avukatı nasıl olmalıdır?

Unutulmamalıdır ki; yarın neler olabileceği bugün kafamızda neler olduğuna bağlıdır.

Bu yazımda avukatlık mevzuatımızda yer alması gerektiğine inandığım en azından yasa hazırlığı sırasında üzerinde durulmasını yararlı gördüğüm başlıkları sıralayacağım, bunların her biri ayrı ayrı tartışılabilir ve sayfalarca yazılara konu olabilir:

- Avukatlığın **“kamu hizmeti”** ve **“serbest meslek”** nitelikleri yaşadığımız ilişkileri giderecek açıklıkta tanımlanmalıdır.

HUKUK EĞİTİMİ

- Yeni hukuk fakültesi açılmasına, öğrenci sayısına, müfredatına TBB ve Barolar müdahale edebilmelidir.
- TBB ve Baroların akreditasyon yetkisi olmalıdır.

MESLEĞE GİRİŞ

- Mesleğe kabul edilecek stajyer sayısı belirlenmelidir.
- Avukatlık Akademisi kurularak staj eğitimi verilmelidir.
- Staj süresi iki yıl olmalıdır.
- Staja başlangıç ve stajı bitirme sınavları Avukatlık Akademisi tarafından yapılmalıdır.

[6] Prof. Richard Susskind: “Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future” Oxford University Press 2013, “The End of Lawyers?: Rethinking the nature of legal services” Oxford University Press 2010.

- Başlangıç sınavında başarılı olan stajyere yapılacak maddi destek ayrıntılı olarak belirlenmelidir.
- Adayın sınavlara kaç kez katılabileceği belirlenmelidir.
- Yanında staj yapılacak avukatın yükümlülükleri açıkça belirlenmeli stajyer kabul zorunluluğu getirilmelidir.

AVUKATLIĞA BAŞLANGIÇ VE AVUKATLIK

- Mesleğe kabul edilecek avukat sayısı ilçe nüfusu esas alınarak belirlenmelidir.
- Avukatlığa kabulde engellerin ayrıntılı ve açık olarak belirlenmesi gerekir.
- Baroya kayıt sırasında avukatın, çalışma türünü (kendi bürosunda bireysel olarak, “Avukatlık Bürosu” ya da “Avukatlık Ortaklığı”) açıkça belirtmesi yükümlülüğü düzenlenmelidir.
- Avukatlıkla birleşebilen işler günümüzün gelişmelerine göre ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmelidir.
- Belirli mesleklerden ayrılanların avukatlık yapabilmesi yeniden düzenlenmelidir.
- Ücretli Avukat, Bağlı Avukat, İşçi Avukat olarak nitelenen “bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlık” açıkça tüm hak ve yükümlülükleri ile düzenlenmelidir.
- “Avukat Yardımcılığı” düzenlenmelidir.
- “Avukatlık Bürosu” ve “Avukatlık Ortaklığı” tanımları ve olanakları yeniden düzenlenmelidir.
- “Avukatlık Ortaklığı”nın şube açabilmesi değerlendirilmelidir.
- Yabancı avukatların durumu ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.
- Kamuda çalışan avukatların durumu ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.
- Avukatların hak, yetki ve yükümlülükleri yaşanan tartışmaları ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bu kapsamda; yalnız avukatların yapabilecekleri işler yasa ile düzenlemeli, dosya inceleme ve mesleğin yerine getirilmesinde karşılaşılan sıkıntıları giderecek düzenlemeler yapılmalı, avukatlara verilecek pasaport türü açıkça düzenlenmelidir. Avukatın soruşturulması ve kovuşturulmasında yaşanan karmaşayı giderecek düzenleme yapılmalıdır.
- Müvekkilin tazminat talepleri avukatlık ücret sözleşmesi ile sınırlı olmalıdır.

- Reklam yasağı, kuralları günümüz gelişmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir.
- Meslek Kuralları yeniden düzenlenmelidir.
- Mesleki sorumluluk sigortası zorunlu olmalıdır.
- Meslek içi eğitim Avukatlık Akademisi bünyesinde zorunlu olmalıdır.
- Sosyal Yardımlaşma Fonu uygulamaları ve olanakları yasa metni içinde düzenlenmelidir.
- Vekâlet pulu değeri TBB tarafından belirlenmelidir.

BAROLAR

- Baro kurulma koşulları yeniden düzenlenmeli ya da kurulların üye sayıları kayıtlı avukat sayısına göre değişebilir şekilde düzenlenmelidir.
- Baroların görev alanları toplumda yargıya güveni arttırmaya, adil ve nitelikli yargılamayı sağlamaya katkıda bulunacak şekilde açık yetkiler içerecek şekilde düzenlenmelidir.
- Baro Başkanı Adalet Komisyonu üyesi olmalıdır.
- Görevden uzaklaştırma ve göreve son verilme sadece olağanüstü genel kurul kararı ile olabilmelidir.
- Baro kurullarının görev süresi Türkiye Barolar Birliği görev süresi ile uyumlu olacak şekilde dört yıl olarak belirlenmelidir.
- Baro kurullarındaki görevin ücretli olmasının koşul ve yükümlülükleri düzenlenmelidir.
- Genel kurul seçimlerinde çarşaf liste uygulaması zorunlu olmalıdır.
- Baro başkanlığının boşalmasında uygulanacak yöntem açıkça düzenlenmelidir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

- Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma hakkı olmalıdır.
- Görevden uzaklaştırma ve göreve son verilmesi genel kurul kararı ile olabilmelidir.
- Görevdeki başkan ve yönetim kurulu üyeleri genel kurulda doğal delege olmalıdır.

- Kurullardaki görevin ücretli olması ile bunun koşul ve yükümlülükleri açıkça düzenlenmelidir.
- Birlik başkanlığının boşalmasında uygulanacak yöntem açıkça düzenlenmelidir.
- Genel kurul seçimlerinde çarşaf liste zorunlu olmalıdır.
- Genel Kurul delegeesi olmayan avukatların da yeterli delege imzası koşulu ile başkanlığa ve kurullara aday olabilmesi düzenlenmelidir.
- Avukatlar aleyhine soruşturma ve kovuşturmada izin yetkisi Türkiye Barolar Birliğinde olmalıdır.

DİSİPLİN İŞLEMLERİ

- Disiplin mevzuatı; yöntem, disiplin kurullarının oluşumu, cezalar ve baro disiplin kurulu kararları aleyhine doğrudan idari yargıya başvurabilmeyi içerecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

AVUKATLIK ASGARI ÜCRET TARİFESİ

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ve karşı taraf vekâlet ücretinin uygulamada yarattığı sorunlar dikkate alınarak varlığı, düzenleme yetkisi, hükümleri yeniden düzenlenmelidir. Örneğin her yıl yeniden tarife hazırlamak yerine TBB'nin hazırlayacağı bir yönetmelik olabilir. Parasal hükümler için özel bir artış oranı belirlenebilir.

AVUKATLIK ÜCRET SÖZLEŞMESİ

- Avukatlık ücret sözleşmesi zorunlu olmalı ve barodan geçirilmelidir.

YETKİ BELGESİ

Yetki belgesinin uygulamada süre sınırlaması da olmayan genel vekâletname gibi kullanılmasının, “vekil eden – vekil avukat – yetkilendirilen avukat” üçlüsü arasında neden olduğu ve pek çoğu da ücrete ilişki tartışmaları sona erdirmek üzere yetki belgesi yeniden düzenlenmeli, sınırlı ve geçici olduğu açıkça vurgulanmalıdır^[7].

[7] Gürseler, İ. Güneş: “Yetki Belgesini Doğru Kullanıyor muyuz?”, 22.01.2018, AdaletBiz, <http://www.adaletbiz.com/yetki-belgesini-dogru-kullaniyor-muyuz-makale,866.html>

Sonuç olarak söyleyeceğim; çok hızlıca, hemen, vakit geçirmeden sorunlarımızın ulaştığı boyutların gerçekten farkına vararak, “mış gibi” yapmaktan vazgeçip avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak çözümleri istemeli, direktmeli ve kendi yapabileceklerimizi gerçekleştirmeliyiz.

Sorunlarımızı bulabildiğim her ortamda dile getiriyorum, önerilerimi belirtiyorum belirtmeye de devam edeceğim. Bunların bazılarına aşağıdaki adreslerden ulaşılabilir.

İNTERNET KAYNAKLARI

BİR ÖZELEŞTİRİ; BİZ AVUKATLAR, SORUNLARIMIZI NEDEN ÇÖZEMİYORUZ? <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=489>

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULUNUN UYARISI <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=1223>

ANAYASA MAHKEMESİNİN AVUKATLIK MESLEĞİNE BAKIŞI <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=447>

ÖNLEYİCİ/KORUYUCU AVUKATLIK HİZMETİNİN ÖNEMİNİ BİR TÜRLÜ ANLATAMADIK <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=10616>

BAZI BAROLARIMIZIN “GENÇ OFİS” UYGULAMALARI MESLEĞİMİZE NE KADAR UYGUN? <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=10613>

AVUKATA SALDIRMANIN DAYANILMAZ HAFİFLİĞİ <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=10609>

BARO SEÇİMLERİNDE NİSPİ TEMSİL Mİ ÇARŞAF LİSTE Mİ? <http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=3023>

GENÇ AVUKATLARA GÜNCEL ÖNERİLER

<http://www.yeniyaklasimler.org/m.aspx?id=10397>

AVUKAT ERŞEN SANSAL VE AVUKAT ŞENAL SARIHAN İLE YUVARLAK MASA

Av. Faruk ÇAYIR* – Av. Seçkin TÜRKOğLU**

SUNUŐ

Ankara Barosu Dergisi'nin "Avukatlık" özel sayısı için 12 Mart, 12 Eylül, 1980 sonrası uzunca bir süre devam eden OHAL uygulamaları, 15 Temmuz sonrası OHAL dönemi, Sıkıyönetim Mahkemeleri, DMG'ler, Özel Yetkili Mahkemeler gibi olağanüstü dönem yargılamalarını konuşmak üzere, Türkiye'de Olağanüstü Hal Dönemlerini hem bizzat yaşamış hem de bu dönemlerde avukatlık yapmış meslek büyüklerimiz Avukat Erşen Sansal ve Avukat şenal Sarihan ile buluőtuk.

Avukat Erşen Sansal ve Avukat şenal Sarihan hakkında söylenebilecek pek çok Şey olsa da; gerek düşünceleri yüzünden kendilerinin yargılanmıő olmaları, gerek sivil toplum kuruluşlarında vermiş oldukları mücadeleler, gerekse savunma makamı olarak uzun avukatlık pratikleriyle Türkiye'de insan hakları ve ifade özgürlüğünün gelişimi için büyük katkıları olduğunu vurgulamakla yetiniyoruz.

"Avukatlık" özel sayımızda, meslek büyüklerinin eski olağanüstü dönem yargılamaları ve yeni OHAL dönemi yargılamaları ile ilgili karşılaştırmalı ve bilgilendirici değerlendirmelerinin, genç meslektaőtalarımıza faydalı olacağını düşünüyoruz.

Avukat şenal Sarihan'ın umut dolu "12 Mart, 12 Eylül hepsi aőtıldı. Bu dönemi de aőtım mümkün. Yeter ki genç avukat arkadaőtlarımız cesaretle, insan haklarına dayalı, hukukun yanında olan bir anlayış benimsetsinler. Yol almak mümkün. Umuttan baőtka çare yok. Siz varsınız iőtte, bunları bir deneyim olarak görmek bilmek istiyorsunuz. Geçmiş hep bir öğreti çıkarıyor değil mi? Öğrenilecek çok Şey var. Hepimiz birbirimizden öğrenerek ilerledik. O sebeple geçmiőt bilmek, öğrenmek önemli." sözleriyle sizleri söyleőtimiz ile baőt baőt bırakıyoruz.

* Ankara Barosu.

** Ankara Barosu.

YUVARLAK MASA

FARUK ÇAYIR: Merhaba. Sizler, 12 Mart Muhturası, 12 Eylül Darbesi ve yoğun baskı dönemlerinde avukatlık yaptınız. İnsan hakları savunuculuğu yaptınız. Bir taraftan da dönemin canlı tanıklarısınız. Hem o dönemlerde de bu mücadeleyi vermiş bir hukukçu olarak hem de o dönemdeki insan hakları mücadelesi açısından mahkemeler, yargılamalar hakkında bize biraz bilgi verirseniz seviniriz. Genç avukatlar olarak, yoğun baskı dönemlerini, sizin miras bıraktığınız röportajlar, belgeseller ve kitaplardan okuyarak ve görerek bir şeyler öğrenebiliyoruz ama direkt tanıklık yapmış sizlerin bize anlatması daha iyi olur diye düşünüyoruz. O dönemde mahkemeler, yargı, yargılamalar, insan hakları hukuk mücadelesi nasıl sürdürülüyordu? Yani dikkatinizi çeken, sizin “bu çok iyi örnek bir davaydı, çok iyi işler de yapmıştık” diyebileceğiniz örnekler var mı?

SEÇKİN TÜRKOğLU: Erşen Bey üstadımız siz başlayın isterseniz; özellikle 7 TİP’li öğrencinin katledilmesi, Bahçelievler Katliamı dosyasını takip ettiniz, Deniz’lerin dosyasında vardınız. Deneyimleriniz bizler için çok ufuk açıcı olacaktır.

ERŞEN SANSAL: Benim uzun sürmüş olan, sürmekte olan avukatlık yaşamımda, 1970 sıkıyönetiminden başlayarak, yani 15-16 Haziran olayları nedeniyle ilan edilen Sıkıyönetimden başlayarak, adına 12 Mart dönemi denilen 26 Nisan 1971’de ilan edilmiş olan Sıkıyönetim, 12 Eylül Sıkıyönetimi, 1973 ve 1985 Devlet Güvenlik Mahkemeleri dönemi ve günümüze doğru gelirken Milliyetçi Cephe Dönemleri yargılamaları, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri birbirlerine deneyimleriyle ve kazanımlarıyla aktardıkları birikimlerle zenginleşmiş, doğru bir tanım kullanmak gerekirse, birikmiş bir faşizm aktarması oldu. Bu çerçeve içerisinde böyle bir konuya acaba nasıl başlamalı, neresinden yaklaşmalı derken şöyle bir yaklaşım uygun gibi geliyor bana: Öncelikle halen de var olan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile ilgili bir giriş yapmak gerekiyor. Ancak Kanun’a gelirken dilerseniz onun öncesini, yani Sıkıyönetim Kanunu’nun gerisindeki demin söylemeye çalıştığım ona intikal ettirilen, aktarılan birikimi kısa bir açalım. Uygun olacaktır konuya girerken.

FARUK ÇAYIR: Kanun’un çıkmasında, geçmişinde yatan toplumsal bir birikim vardı. Yani birikmiş faşizmin kanuna yansması oldu. O dönemden bahseder misiniz bizim için?

ERŞEN SANSAL: 1402 sayılı Kanun’un çıkarılıp yürürlüğe konması 15 Mayıs 1971’dir. Sıkıyönetim dönemi yargıları, biz onlara Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Sıkıyönetim Mahkemeleri, olağanüstü yargı, olağandışı yargı diyoruz. Olağandışı yönetim olmasının dışında, bizleri, hukukçuları ilgilendiren çok önemli bir yanı var; olağanüstü dönemlerin olağanüstü yargıları ortaya

çıkartışı bizim için daha önemlidir. Mesela bakan 1973 yılında Sıkıyönetim Yargısı giderken yerini Devlet Güvenlik Mahkemeleri²ne bıraktı. DGM Kanunu o zaman bu kuruluş için, yani DGM için, bir anayasal kaynak gerekliliğine ihtiyaç duydu. Demirel'in başbakan olduğu bir dönemdir ve “Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur” cümlesi Anayasaya konuldu. Böylece Anayasal dayanağı oldu.

Sıkıyönetim Kanunu'na gelelim. Bir sıkıyönetim kanunu oluşturulması ile ilgili yasama çalışmaları varken 12 Mart olayı gelişti. 12 Mart dönemi denilmesi, muhtıranın verilme tarihinden kaynaklıdır, muhtıra 12 Mart'ta verildi. Sıkıyönetim dönemi değildi. Sıkıyönetim yaklaşık bir buçuk ay sonra 26 Nisan 1971'de ilan edildi. Sıkıyönetim ilan edildi, yürürlüğe konuldu ve 15 Mayıs 1971'de 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu çıkarıldı. Yani sıkıyönetim, kendisinin gereksinim duyduğu şeyleri kendisi gelip oluşturdu.

Alt yapısını İstiklal Mahkemeleri'nden, Divan-ı Harp'ten bu yana getiriyor. Bunun karşımıza çıkışı, güncelleşmesi 12 Mart ile oldu. Şenal Hanım çok iyi bilir, hatırlar o dönemin hukukunu ama bizler de sonradan bunu söylemez olduk. 12 Mart hukuku diye adlandırdık. Rahmetli meslektaşımız Emin Değer Bey 12 Mart hukuku ve Anayasası ile ilgili kitaplar yazdı. Bu 12 Mart dönemi ile birlikte, daha sıkıyönetim kanunu çıkarılmadan evvel Ankara Dışkapı'daki Sıkıyönetim Mahkemesi, bir diğer adıyla “Sarı Kışla” denilen yerde mahkemeler kuruldu. O dönemin yargılamaları için şu nitelikleri söyleyebiliriz:

Bu mahkemelerdeki davalar, yoğun işkence uygulamaları ile elde edilen deliller üzerine inşa edildi. Bu işkencelerden dolayı sakat kalanlar bugün hâlâ o sakatlıklarla yaşıyorlar. Ölenler oldu.

Bir diğer özelliği olarak şöyle diyebiliriz; 12 Mart döneminin belli başı davalarının hemen hepsinde örgüt denilen bir yapı içerisinde ortaya atılan suçlamalar, o yapıya sokulmuş ajan-provokatörler aracılığıyla yürütüldü. Tipik örneği Madanoğlu davası. İşte Mahir Kaynak'ın ajan olarak sokulduğu davadır. O dönemdeki davaların hepsinde böyle bir özellik görebiliriz. İstisnaları vardır tabii.

Bir başka özellik zaten ilk bakışta göze çarpıyor. Olağanüstü bir yargı olması. Tabii bazı şeyler kanımca detaydır. Sıkıyönetim mahkemeleri askeri mahkemelerin bir türüdür fakat giderek zaman içerisinde, örneğin 12 Eylül mahkemeleri ile sivilleştirilmeye başlandı. 12 Mart sıkıyönetim mahkemelerinde 3 kişilik kurullar vardı. Bu 3 kişilik yargı kurulu idi fakat daha fazlası yoktu. 12 Eylül'de bilerek 5 kişiye çıkarıldı. O zaman bir sıkıntı duyulduğu için ama kanımca asıl önemli tarafı şudur. Sivil hâkim ve savcılarının da sıkıyönetim yargı organlarında görevlendirilmesi, bir anlamda bu mahkemelerde görev yapan yargıçlara-hukukçulara uygulanan bir ceza uygulaması idi.

FARUK ÇAYIR: Hangi anlamda cezai bir uygulama idi?

ERŞEN SANSAL: Örneğin, bakın, Şenal Hanım iyi bilir. O dönemde Ankara Adliyesinin güzide bir asliye ceza hâkimleri kadrosu vardı. 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde Alaattin Bey, 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nde Mustafa Zorkun, 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nde Őakir Altay çok değerli hâkimlerdi. Adını saydığım bu üç hâkim 12 Eylül döneminde askere alındı. Devamı da var tayinleri çıkarıldı, sıkıyönetime gidiyorsunuz hâkim olarak denildi. "Biz gitmiyoruz. Biz sıkıyönetimde hâkimlik yapmayız" dediler. "Öyle mi? O zaman çekip gideceksiniz" zorlaması yapıldı. Ankara Hâkimliğinde bulunan bu kişileri Karadeniz'e dağıttılar. Oraya da gitmeyince emekliye ayırıldılar. Demek istediğim bu tarz cezai nitelikteki uygulamalardı.

FARUK ÇAYIR: Her ne kadar avukatlar açısından sıkıntılı bir durum varsa da hâkimler açısından da o dönemde sıkıntılar had safhada imiş. Demokrat hâkimler ve savcılar açısından da daha büyük sorunlar söz konusu imiş.

SEÇKİN TÜRKOĞLU: Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak aynı örnekler bugün de devam etmekte.

ERŞEN SANSAL: Mesela hangi davanın hâkimi?

SEÇKİN TÜRKOĞLU: Mesela Karadeniz'de HES'ler ile ilgili açılmış olan davaların hâkimlerinin karar öncesi yerinin değiştirilmesi gibi. Ya da 3. Havalimanı işçileri ile ilgili tutukluluk incelemesi yapacak olan mahkeme hâkiminin bir anda tayini çıkartılıyor ve başka bir hâkim orada tutuklama kararları verebiliyor. Sonra aynı hâkim başka bir yere tayin ediliyor. Yani tutuklama için nokta hâkim görevlendiriliyor.

FARUK ÇAYIR: 12 Eylül dönemine ilişkin ne düşünöyorsunuz? O dönemde avukat-hukukçu olarak tanıklıklarınız fazlaca. 80 döneminin hukuk pratikleri nasıldı? Avukatlık, insan hakları savunucularının pratikleri nasıldı?

ERŞEN SANSAL: Arka arkaya yaşanan 12 Mart, 12 Eylül dönemlerinde zaman zaman hepimiz bir karşılaştırma yapar gibiydik. "12 Eylül, 12 Mart'tan baskın geldi" diye çoğu kez denilmiştir. Kanımca böyle bir mukayese anlamlı değil. Fakat 12 Eylül'ün 12 Mart'tan devraldığı bir miras olayı var. O da idam meselesidir. Türkiye'de yargının, siyasi nedenlerle ve düşünceleri nedeniyle, ölüm cezasıyla cezalandırma sonucuna götürdüğü en vahim örnek 12 Mart'ta yaşanmıştır. 50'ye yakın veya daha da fazla idam kararı verildi. Ancak malum Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan ile ilgili infaz edilmiş cezalar daha sonra 12 Eylül'e bırakılan bir mirasın tohumları oldu. Bu da 12 Mart döneminin önemli bir özelliğidir.

12 Eylül mahkemelerinin yasal dayanağı oluşmuştu. Buna rağmen bu mahkemeler, gerçek anlamda mahkeme olamadılar bir türlü. Ben saygıyla anarak böyle bir ortamda adı anılmazsa çok eksik kalacağını düşündüğüm meslektaşımız Halit Çelenk'in adını yâd ederek söylüyorum. Bu mahkemeler birer kurul idiler. Beşer kişinin bir araya gelerek oluşturduğu kurullar; yoksa bir yargı anlayışı ve bir yargılama işlevi göstermediler. Ortaya koymadılar diyorum.

FARUK ÇAYIR: Şenal Hanım sizin de fikirlerinizi almak isteriz. Sanırım 12 Eylül döneminde yeni başlamıştınız avukatlığa. Öğretmenlikten avukatlığa geçmiştiniz değil mi? 12 Eylül sonrasında da aktif olarak avukatlığa devam ediyordunuz. Size göre, 12 Mart, 12 Eylül gibi bu olağanüstü hal dönemlerinde avukatlık ve insan hakları mücadelesi nasıldı? Nasıl bir güç sizi motive ediyordu yargılamalar açısından?

ŞENAL SARIHAN: Erşen Ağabey gayet net anlattı. Şimdi ben biraz bizim kendi pratiğimiz açısından örnekler vermek istiyorum ama izin verirseniz şunu da anlatmak istiyorum. Ben 12 Mart döneminin sanığıyım. 12 Mart'ta avukat değildim. Hukuk Fakültesi öğrencisiydim ama aynı zamanda ben öğretmendim. Daha doğrusu öğretmenken ek olarak İstanbul Üniversitesi'ne devam ediyordum. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girişim de çok farklı sebeplerle oldu. Aslında Sosyoloji'ye girmek istiyordum. Ancak derslere devam zorunluluğu konulduğu için, bir arkadaşımın önerisiyle gidip Hukuk Fakültesi'ne girdim. Yani bir tercihle bir avukatlık özlemiyle girmedim. Hukuk Fakültesi'ne girdikten bir buçuk yıl sonra tutuklandım. Tutuklandığım zaman avukat olmaya karar verdim. Yani ben bu okulu bitireceğim. Bu şans benim için. Eğer özgür olabilirim, çıkabilirsem diye düşündüm. Neden böyle? Çünkü avukatlar özellikle siyasi tutuklular için dışarıya açılmış bir penceredir. Gözünüz, kulağınızdır ve kötü günlerde her zaman bir dayanaktır. Özellikle 12 Mart'ta -32 gün işkence görmüştüm 12 Mart'ta hem İstanbul'da hem Ankara'da- sonradan Ankara'ya getirildim, burada Dışkapı Polis Merkezi vardı. Gözaltı merkezine oradan da yine Dışkapı semtindeki barakalardan oluşmuş yere, at ahırlarının barakasına konulmuş kadınlardık. İki ayrı barakada, hani Hukuk Fakültesi'nde öğrenciyim ve iyi kötü hukuk biliyorum, gördüğüm muamele çok kötü idi. Bunu ayrıntısıyla anlatmayacağım. Öğretmen kimliğimle alınmışım ve 33 gün boyunca bana gerçek kimliğimin ne olduğu soruluyordu. Evimden alınmışım, annemin babamın yanından, bu soruyla muhatap oldum. Önce işkencecilerden hesap sorulması gerektiğini, bu hesap sorulmadığı sürece ifade vermeyeceğimi beyan ettim. Sadece ben değil birlikte yakalandığımız arkadaşlar da böyle düşünüyordu. Hiçbir biçimde örgütsel ilişkim olmayan bir örgütün üyesi olarak yargılandım. Örgütü yönetmekten de ceza aldım. Yani bugün artık bunları, böyle bir şeyleri saklayacak değilim. Yaptığım şey işkence görmüş bir arkadaşımızın yeniden

işkence görmeye gitmemesi için onun tedavisiyle ilgilenmekti. Olsa olsa yataklık gibi bir suç olabilirdi. Ama sonuçta o mahkeme bana 20 yıl ceza verdi.

ERŞEN SANSAL: Affedersiniz gözümün önündedir o savunma, daha sonradan basıldı sarı kaplı bir kitaptır. Hâlâ bende örneği mevcuttur. O savunmayı mahkemede okuyan 3 kiŐiiden biriydiniz.

ŞENAL SARIHAN: Evet çünkü herkes yargılamalar sırasında duruşma salonundan atılmıŐtı. Biz kalanlardık.

ERŞEN SANSAL: O üç kiŐiiden biri olarak Şenal Hanım'ın o savunmayı böyle canlandırır bir Şekilde okuduğu, Şu an dahi gözümün önündedir.

ŞENAL SARIHAN: Teşekkür ederim. Sonuçta evet savunmayı okuyanlardan biriydim. İnsanlar duruşmada bir ifade de bulunsa duruşmadan atılıyorlardı. Duruşmadan atılmamıŐ olanlar o gün ya gitmemiŐ olanlar ya da başka bir Şey yaşıyorlar. Bu kadar ayrıntıya girmeyeceğim ama avukatlarımız, Halit Çelenk benim avukatımdı. Erşen Abi, siz de TÖB-DER avukatıydınız değil mi o dönemde?

ERŞEN SANSAL: Ben daha sonra 76'da TÖB-DER'e girdim.

ŞENAL SARIHAN: Evet, daha sonra çünkü sizi oradan anımsayamıyorum. Olduğunuzu hep biliyorum da benim avukatım olarak Halit Ağabey, Nevzat Ağabey vardı. Ve bu üstatlarımız işte bugüne hâlâ hukuk dünyasına damgasını vurmuş insanlardır.

ERŞEN SANSAL: Hiç unutulmaz. Bizim mesleğimizin en büyük isimlerinden biri de -eski bir Baro Başkanı- Asım Ruacan'dır. Asım Bey 141 savunmasında harikalar yarattı.

ŞENAL SARIHAN: Halit Ağabeyle ilk karŐılaŐmam da öylece oldu yani ben öğretmen olarak TÖB-DER üyesiydim. Onu hep biliyorduk, yani basından biliyorduk isimlerini. Bizim için o zaman bile çok bilinen çok değerli bir insandı. Onlara özendim. Halit Çelenk'e, Nevzat Helvacı'ya özendim. Onların duruşuna, mahkemede ki sağlam hukukçu duruşuna özendim. Ve de işte afla da çıktım sonuçta. Bu dışarıdaki insanların mücadelesi ile oldu; hem avukatların hem dışarıdaki arkadaŐların mücadelesi ile. KapatılmamıŐ olan demokratik kuruluşların varlığı bir af yasasını getirdi. Af da değil bir Őartlı salınma yasasıydı. İŐkencecileri kim affedecek diye sorduk. Çünkü gerçekten hemen herkes işkenceli sorgularla sanık haline getirilmiştir. Hatta Şöyle bir Şey söyleyebilirim, benimle birlikte alınan bir öğretmen hanım vardı. Bu öğretmen hanımın evinde birileri kalmış. Onun itirafta bulunmasına sebep olmuŐlar ve onu serbest bırakmıŐlar. Ben Fatih'te otuyordum, o ise Fikirtepe'de otuyordu. Fikirtepe'deki evde

bulunan belgelerin benim evimde bulunduğuna dair tutanak tutulmuş. Yani sahte delil üretme meselesi de o günlerden bugünlere geldi.

SEÇKİN TÜRKOĞLU: Hatta buradan bize dahi miras kalan bir şey söyleyeyim. Bizim karşılaştığımız iddianamelerde örgütlerin hangi faaliyetlerde bulunduğuna ilişkin bilgilerde de o dönemin işkenceyle alınan ifadeleri kullanılıyor.

ŞENAL SARIHAN: Yine Erşen Bey ifade etti 12 Mart bir miras, -tırnak içerisinde- “kötü bir mirastı”. 12 Eylül aldı ve sürdürdü daha sonra DGM’ler ve özel yetkili mahkemelerle de devam etti. Ben işkenceli sorguda 33 gün kaldım. 30 gün İstanbul’da ve 3 gün burada Ankara’da Emniyette. Fakat 12 Eylül başladığında artık gözaltı süresi 90 güne çıkmış durumdaydı. 90 günlük gözaltı süreleri vardı. İşkence daha incelmış daha teknik hale getirilmişti. Örneğin biz vücudumuzdaki izleri gösterebildik. O izlerin belgelerini alabildik. Ama 12 Eylül döneminde artık neredeyse vücutlarında iz bırakmayacak derecede yapılan bir işkence sürecine geçilmişti. 90 günlük süre bir kişi tutuklandıktan sonra cezaevinden alınırsa yeniden başlıyordu. Yani gözaltına alınmış ve daha sonra tutuklanmış insanlar için artık işkenceli sorgu da bitmiş değildi. Ben örneğin 1 yıla yakın işkencede kalmış müvekkillerimi biliyorum. İsimlerini şimdi tek tek söyleyebilirim ama bunları şimdi söylemek istemem; belki onların onurlarını ne yazık ki hâlâ da kıran bir şeydir. Başka bir şey daha oldu. Biz örgütsüz girdik o döneme avukatlar olarak. Neden çünkü Çağdaş Hukukçular Derneği kendisini kapatmak durumunda kalmıştı. Örgütsüzdük fakat ilginç bir durum avukatlar yönünden Erşen Bey, Nezahat Hanım (Gündoğmuş), Halit Ağabey, Mehdi Bektaş, Zeki Tavşancıl, İsmail Sami Çakmak, Şükrü Güner ve şimdi isimlerini anımsayamadığım daha birçok meslektaş, çok sayıda arkadaş vardı. Elbette böyle bir grup avukat adeta bir meslek örgütü gibiydi. ÇHD kökenli avukatlar idi bunlar. Aynı zamanda insan haklarına saygı duyan ve temel alan avukatlardı. Örgütümüz yoktu ama örgütlü gibiydik değil mi? Hep birlikte hareket ediyorduk ve bu davaları almaktan herhangi bir ürküntü de duymadık. Bunu özellikle söylüyorum. 12 Mart’ta da avukatların davalara girerken bir kaygıları yoktu. Fakat bugünkü olağanüstü hal döneminde avukatların dava almaktan imtina ettiğini görüyoruz. Belki onaylamadığımız siyasi gruplar bunlar ama hukuksuzluk ve haksızlık kime yapılırsa yapılsın, hepsinin karşısında olmamız gerekiyor. Böyle bir durum söz konusuydu yani biz daima müvekkillerimizin yanında olmaya, müvekkillerimizin haklarını korumaya ve bunları yaparken de bireysel davranmamaya özen gösterirdik. Çünkü bu davalar toplu savunmalar ve toplu tutum gerektirir. Eğer toplu davada avukatlar birbirinden farklı tutumlara yönelirlerse, farklı tutum o sanığın diğerlerinden farklı olduğu ve onunla ilgili o Mahkemeden, o kanunsuz ya da hukuksuz Mahkemeden, adeta bir taviz bekliyor izlenimi yaratır. O ayırım; sanıkları ayırmak, avukatları ayırmak Mahkemeler için

hoş bir Şeydir ama savunma makamı için yanlış olan bir durumdur. Bu nedenle toplu davalardaki tutumumuz o dönemde bizim için nder olan örnek olan avukat arkadaşlarımızın; Halit Ağabeyin, Erşen Beyin statlığı ile yürütülüyordu. Bizden çok daha deneyimli ve stad olan insanlardı. Onların sayesinde sağlam bir duruş oldu. Ama Mahkeme ne yapıyordu? Örneğin, söyleyeyim, Şöyle bir olay anlatacağım, bunu belki daha önce de anlattım: Halkın Kurtuluőu isimli bir grup vardı. Meral Beker isimli bir arkadaşımız ve mvekkilimiz cezaevinde dövülmüő. Vücudunun her yerinde dayak izleri var. Cezaevinde dayak çekildiği için. Duruşmaya geldi ve duruşmada gösterdi vücudundaki izleri. “Efendim” dedi Hâkim “bu konuda evet bir tutanak var. O tutanakta siz kendiniz kalori-ferlere arpmıőınız. Kendinizi yaralı göstermek için”. Bizler de gördüklerinizi tutanağa geiririn diye ısrar ettik. Tutanağa geçirmedi. Halit Ağabey kalktı, onun avukatı bir baőkasıydı sanıyorum, avukat arkadaşımız kalktı. Bu ısrar üzerine tutanağa geçmeyince topluca duruşmayı terk ettik. Hepimiz. Anlaşmalı değil, iki karşılıklı yerde oturuyoruz. Birbirimizle konuşma imknımız yok ama aynı anda duruşmadan ıkıyoruz. “Bu hukuksuzluğa biz malzeme olmayacağız” diyerek dışarı çıktık. Dışarı çıkınca arkamızdan Mahkemede tutanak tutulmuş. Efendim falan sayılı falan dergide avukatlara talimat verildiği için avukatlar topluca duruşmayı terk ettiler. Bizim için de örgüt yeliği iddiasında bulunmaya yatkın bir tutanak tutuluyor.

FARUK ÇAYIR: Dava açıldı mı bununla ilgili?

ŞENAL SARIHAN: Dava da açıldı evet ama sonuçta herhangi bir ceza söz konusu olmadı. Çünkü o arkadaşımız adına da dava açmıőtık. Dvlme olayıyla ilgili olarak.

FARUK ÇAYIR: Yani o dönemde duruşmalarda yaptığınız savunmalar ve yazdığınız dilekelerden dolayı sizin de bir örgüt yesi olduğunuza yönelik 12 Eylül döneminde bir dava açıldı mı? Mesleki faaliyetlerden dolayı?

ERŞEN SANSAL: Söyleyeyim izninizle. Ama nce 12 Mart’ta mesleğimizi icra etmek nedeniyle hakkımızda dava açıldı. Denizlerin davasında savunmamızda Şöyle bir cümle yer almıőtı: “Eğer bir Őartlanma yoksa iddianameye hâkim olan mantık bir peşin yargı mantığıdır” diye bir cümle. Özellikle söyledim ki; ne kadar masum ve savunma çerçevesinde kalan bir cümle. Bundan dolayı biz 11 avukattık, hakkımızda dava açıldı. 12 Eylül döneminde de örgütsel bir yer alıőım nedeniyle eski TCK 141. maddesinden İstanbul Sıkıyönetim Mahkemesi’nde dava açıldı. O avukatlık ile ilgili değil geçiyorum ancak avukatlıkla ilgili olarak yine Deniz’lerin idamı konusunda yazdığım bir yazıdan dolayı dava açıldı. O yazıyı aslında Basın Kanunu’ndaki zamanaşımı suresinin çok daha gerisinde kalan bir Şekilde, başka bir tarihte ve yerde de yazmıőtum. Bu da avukatlıkla

ilgili, savunmam ile ilgili bir yazıdır. Toplamda 7 kez bu tür siyasi suçlamalarla muhatap olarak dava açıldı hakkımda. Hiçbirisinde de beraat etmedim. Kimisi zamanaşımı ile düştü. Kimisi af kanunu ile düştü. Kimisi suç sayılan eylemin kanundan çıkarılmasıyla düştü. Hiçbirisinde de mahkûm olmadım.

ŞENAL SARIHAN: Halit Ağabeyin, müvekkili Çetin ile yaptığı konuşma sırasında onu açlık grevine teşvik ettiği gerekçesiyle hakkında dava açıldı. Emin Değer hakkında savunması nedeniyle dava açıldı.

FARUK ÇAYIR: Tabi siz o dönemde Emin Beyin stajyeriydiniz aynı zamanda.

ŞENAL SARIHAN: Evet Emin Ağabey zamanında başlangıçta stajyerdim. Sonrasında avukattım. Duruşmalara avukat olarak girdim. Emin Değeri de rahmetle analım. Çok emeği var hukuk alanında. Şöyle bir şey oldu Bülent Coşkun isimli müvekkilim vardı. O dönem cezaevinde A Blok, B Blok, C Blok, D Bloklar vardı. Mamak'taki Bloklarda bunlar derece dereceydi. A Blokte lider gördükleri şüpheliler, B'de bir altı, C ve D Bloklarda biraz daha hafif suçlar gibiydi. A Blokte Bülent Coşkun'u ziyaret ediyorum, açlık grevi yapıyordu. Annesi de çok ısrar etti. "Lütfen söyleyin. O çocukların yaşamasını istiyoruz. Onlar yaşasınlar istiyoruz. Grevi bıraksınlar." gibi bir şey söyledi. "Biliyorum bunu söylemek sizin için zor ama" dedi, o zaman bir de onu anlatmalıyım aslında arada. Şimdi biz sıkıyönetimde -12 Eylül'ü kastediyorum- avukatlığa başladığımızda bir kantin ve kantinde masalar vardı. Müvekkiliniz geliyor ve görüşme yapıyordunuz. Bir süre sonra aramıza bölme girdi. Normal görüş yeri yapıldı. O görüş yerine gidip karşılıklı taburelerde oturuyorduk. Sonra demir parmaklık girdi süre içinde. Sonra iki tel girdi. En sonunda da telefonla görüşmeye başladık. Süresiz görüşebilirken o süre yarım saate, yarım saatten yirmi dakikaya, yirmi dakikadan sonuç olarak üç dakikaya düşürüldü. Olağanüstü hâl hukukunun, "hukuk"u -tırnak içine alıyorum- uygulamasını buradan da çıkarabilirsiniz. Böyle telefonda da komut veriliyor ve komutla açıyorsunuz telefonu. Siz de bir asker kişi gibisiniz aslında. Karşınızdaki de sanırım bir asker kişi. Telefonu açtık dedim ki "Bülent, özür dileyerek söylüyorum. Sizin elbette iradeniz ve kararınız ama annen sizin yaşamanızı isteğini söylüyor". Hemen o telefonu bana bir şey söyleyerek bıraktı. "Şenal Abla, lütfen anneme bunları gösterin" dedi. Eğildi. İkimizin de arkasında asker var ve paçasını sıvadı, mosmor bacakları. "Biz burada zaten öleceğiz, bunu anlatın" dedi. Hemen telefon kesildi ve beni çekiştirerek aldılar, onu çekiştirerek aldılar. Akşama kadar ben oradaki görevli üsteğmen veya yüzbaşı tarafından bekletildim. Savcıya çıkacaksınız, çünkü siz açlık grevini teşvik ediyorsunuz iddiasında bulundular. Söylediğim söz ile aslında teşvik de etmiyorum. Fakat bununla ilgili soruşturma açıldı. Takipsizlik kararı verildi. Bununla ilgili bir olumluluk olarak söylüyorum; benim arkamda duran asker ısrarla Şenal Hanım böyle bir şey söylemedi diye

ifade vermiŐ. Fakat tutanađı da imzalamamıŐ. Bir sűrű tutanakta askerlere imza attırmıŐlar. Savcı daha sonra Anayasa Mahkemesi'ne giden bir askeri savcıydı. Tutanađı imzalamayan askeri ađırımıŐ. "Sen niye imzalamadın. Burada imzan yok" diye sormuŐ. O sırada terhis de olmuŐ idi zaten. Asker de anlatmıŐ; "Beni Őu kadar sűre hűcrede tuttular imzalamadım. Bűyle sűylemedi. Sűylemediđi için de ben bunu zaten imzalayamazdım, bu iftirayı atamazdım." Őeklinde ifade vermiŐ. Her zaman, her yerde dűrűst insanlarla karŐılaŐmak da műmkűn. Belki mesleđimiz açısından bir Őey deđil ama genel olarak olumlu bir durum diye onu da ifade ettim. Ve de sonuçta dava açılmadı bana ama yapmak istedikleri bizi gerçekten yıldırmaktı. Yine rnek olarak Halit Ađabey'in ozan Gűlten Akın'ın ođuluyla grűŐmesi sırasında, aynı yerde hiçbir Őekilde geçiŐ olanađı yokken, MHP'li űlkűcűler -űlkű Ocakları tutukluları- serbest bırakılmıŐ ve Halit Ađabey'in művekilleriyle grűŐtűđű sırada saldırı gerçekleŐtirdiler. Anımsıyorsunuz deđil mi ErŐen Bey? Bu davayı izledik hep birlikte. Bu tűr Őeyler de oldu. Yani sadece ceza ile korkutulmuyordunuz, aynı zamanda avukat olarak tehditlerle de karŐı karŐıya kalıyordunuz. Őimdi yine atlayarak ifade edeceđim. Bu sűreler avukatların dayanıŐmasının, avukatların birlikte davranmasının, rgűtlű bir Őekilde műcadele etmelerinin sonucunda ve dıŐarıdaki műcadelenin sonucunda aŐıldı elbette.

Ama ne yazık ki olađanűstű dönemler devamlı hale geldi. DGM'ler oldu, rneđin. 12 Eylűl Sıkıyönetimi siyasi partileri kapattı hatta daha sonra feshetti biliyorsunuz. O zaman Ecevit idi, CHP'nin Genel BaŐkanı. O da cezaevine gtűrűldű, bir sűre orada kaldı. Sonra yazıları sebebiyle, hiçbir siyasi parti űyesi açıklama yapamaz, faaliyette bulunamaz diye yasaklar getirildi. Bildirgeler hazırlandıđı için, bu tűr kararnameler gűndeme geldiđi için yeniden tutuklandı. CHP'nin mallarına el konuldu. Siz de muhakkak hatırlıyorsunuz TKP davalarını, orada grdűk evre Sokak'taki yerde merdivenlerde CHP yazılıdır. Orayı inŐa ederken öyle yapmıŐlar ki; CHP'nin űstűne basarak ve gözleri bađlı olarak siyasiler oradan içeri gtűrűldűler ya da insanlar oradan yargılanmak űzere Mahkemelere ıktılar. Yani çevrenin de alabildiđine sıkıyönetime dāhil olduđu bir sűre yaŐandı.

FARUK ÇAYIR: Bu sűrete meslek rgűtlerimiz; Barolar ve dıŐarıdaki hukuk dernekleri, diđer meslek rgűtleri, sivil toplum rgűtleri ile avukat olarak iliŐkiler nasıldı? Yani avukatların Baroyla, Baronun bu dönemdeki mesleki olarak savunmalarda ve faaliyetlerde desteđi var mıydı? DıŐarıdan hukukçu dernekleri var mıydı? Nasıl bir destek vardı?

ERŐEN SANSAL: Baromuzun bu olađanűstű dönemlerde hiç de olumlu bir not aldıđından söz edemeyiz. Uzun uzadıya anlatmak yerine bir örnek vereyim dilerseniz: 1972 veya 73'de İstanbul'dan Őimdi hayatta olmayan meslektaŐlarımız

Gülçin Çaylıgil ve Ziyane Erim beni telefonla aradılar. O günlerde Hürriyet Gazetesi bir yayın başlattı ve dedi ki bir dönemi bitiriyoruz. Yani 12 Mart dönemi geride kalacak ve bu dönemde yoğun bir işkence söylemi oldu. Hürriyet Gazetesi işkence gördüm diyenler, gördükleri işkenceleri bize anlatsınlar ve biz de onlarla konuşalım; iki taraf da ne diyor bu işkence iddiaları için, ikisini de yayınlayacağız şeklinde bir yazı dizisi hazırlamaya girişti. Okurlarımız karar verir dediler. Şimdi bu olacak şey değil. Bir yığın insan gördüğü işkenceyi anlatmaz, anlatamaz. Ya utandığı için anlatamaz ya kişiliğine yediremediği için anlatamaz. En önemlisi tanıştı olmadığı, ispatı mümkün olmadığı için anlatamaz. O halde işin bir yanı eksik kalacak fakat öbür yanı gidip bir generalle konuşacaklar, gidip bir emniyet müdürü ile konuşacaklar. Onlar da bire bin katıp neleri anlatacaklar. Bu, Ümit Erdal'ın öldüğünü duydunuz değil mi?

ŞENAL SARIHAN: Evet, evet.

ERŞEN SANSAL: Gözaltındaki birisini sormak için gitmiştim Emniyet Sarayına. O tarihte Emniyet 1. Şube Müdürü'nün odasına gitmek istedim. “Peki” dediler beni odasına çıkardılar. 6. kat meşhurdur. 6. katta ve birtakım odaların kapısı açık, geçerken görüyorum kablolar görünüyor ortalıkta bir şeyler. Bana “birinin kolundan tutsam gidip kolumu kırdılar deniyor” diye anlatıyor. Böyle yapıda insanlardı bunlar. Onun üzerine bir metin hazırlamış Gülçin Hanım, Hürriyet Gazetesinin açtığı bu kampanya nedeniyle. “İşkence olaylarına en yakın tanık olan ve bu konuyu en ayrıntılı bilen kişileriz. Biz onların avukatlarıyız. Neyi, ne zaman, nerede açıklayacağımıza biz karar veririz. Buna karar vermek Hürriyet Gazetesinin inisiyatifinde değildir. Hürriyet Gazetesinin yapacağı iş bunu çarpıtmaktan ibarettir.” şeklinde bir bildiri idi. O tarihlerde Yeni Ortam Gazetesi çıkıyordu. Kemal Bisalman çıkarıyordu ve bu yazıyı gönderdi Gülçin Hanım. Ankara'dan hatırladığım isimler Halit Çelenk, Niyazi Ağırnaslı, Ziya Acar, Çetin Güner, Refik Ergün, 8 avukat imzaladık. Bunu Yeni Ortam Gazetesi birinci sayfada, koskoca bir duyuruyla yayınladı. Bir hafta on gün kadar sonra bize Barodan bir yazı geldi “Yeni Ortam Gazetesinde böyle bir duyuru birinci sayfada yayınlanmıştır, bu konuyla ilgili savunmanızı bir haftalık sürede yazıp Baroya göndermeniz.” şeklinde idi.

FARUK ÇAYIR: Meslek örgütlerimiz, Baro, o kadar yanımızdaydı ki diyorsunuz...

ERŞEN SANSAL: Baro Başkanı hâlâ hayatta ve biz savunmamızı yaptık. Ancak bizi Disiplin Kurulu'na sevk etti. Disiplin Kurulu'nda ayrıca ifadelerimiz alındı. Duruşmalı inceleme yapıldı. Gayet iyi hatırlıyorum. Bu sefer de 28 avukat “Baronun sahip çıkmadığı ve aksine hasım aldığı yolunda” bir bildiri yayınladı. Yeni Ortam Gazetesi bunu da yayınladı. Bunun için onlar hakkında

da soruşturma açıldı. Böyle bir örnek de var yani. Ben 12 Eylül dönemi için, 12 Mart dönemi için bize yardımı dokunan bir Baroyu -zorluyorum kendimi ama- hatırlayamıyorum. Bir başka örnek olarak da Şunu söyleyeyim, dünyanın en büyük Barolarından birinin başkanı İstanbul’da tutuklandı. Av. Orhan Apaydın, “Barış Derneği Davası” diye böyle n dünya hukuk tarihine, dünya yargı tarihine geçecek bir davada yargılandı.

FARUK ÇAYIR: İstanbul Baro Başkanı idi değil mi o zaman?

ERŞEN SANSAL: Evet ve bu dava yüzden öldü Orhan Apaydın. O nedenle Ali Sirmen’in Cumhuriyet Gazetesi’nde yazdığı bir yazıda kullandığı ifadeyi söyleyeyim: “Orhan Apaydın’ın katlini gördüm” dedi. Katledildi Av. Orhan Apaydın, doğrudur. Bir dönemin meslek adamı olarak da n yapmış, bir dönemin BaŐbakanını savunmuş, Adnan Menderes’in avukatlığını yapmış bir isimdi ve dava İstanbul’da görülüyor. Ben Ankara’dayım. O tarihteki Barolar Birliği Başkanı’na gittim. Efendim “Dünyanın en büyük barolarından birinin başkanı ve onurlu bir görevi nedeniyle İstanbul Barosu Başkanı olarak yargılanıyor orada.” dedim. Ve çok zorlamalarla hazırlanmış olan tutukluluğa itiraz dilekçemi Barolar Birliği Başkanı’na imzalattım. Ne yazık ki Barolarımızdan bu dönemlerde bu tür görevleri yapan meslektaşlarımıza sahip çıkma tavrını ben göremediğimi ifade ediyorum. Aksine itici bir tavır gösterdiler.

FARUK ÇAYIR: Şenal Hanım sizin 80 döneminde, aędaŐ Hukukçular Derneği (HD) gibi, meslek rgt dışında bir sivil toplum kuruluşunun kurucu başkanı olarak bir göreviniz oldu. HD tecrübesiyle birlikte düşündüğümüzde, o dönemde meslektaşların gerek bireysel olarak birlikte hareket etmelerinin ve gerekse yargılamalardaki savunmalar ve tutumlar açısından meslek rgt dışında bir sivil toplum rgt ile birlikte hareket etmelerinin nasıl bir fayda sağladığını dŐnyorsunuz? Tabi Şunu da sormak lazım: Avukatlar açısından sendikal bir rgt m, sınıf rgt m, meslek rgt m yoksa bir sivil toplum rgt m olmalı? Bununla ilgili ne dŐnyorsunuz?

ŞENAL SARIHAN: Şimdi bu sorunuza yanıt vermeden önce bir olayı da anlatmak istiyorum, aslında yaşandığı dönemlerde bilinen olaylar ama çok fazla tarihe not dŐlmyor. 6 Kasım’da YK protestoları yapıyor biliyorsunuz. Hâlâ da devam ediyor. YK protestosunu bir grup ğrenci TBMM’de YK’e hayır pankartı açarak gerekleŐtirmıŐlerdi. Eylemleri bundan ibaretti. Fakat bu ocuklar TBMM’den çıktıktan sonra gözaltına alındılar, aramalar yapıldı ve gerçek olmayan bir silahın var olduğu da iddia edildi. Bunlarla ilgili yargılamalar sürerken, çok doğal olarak kamuoyunun da ilgisi vardı. Öğrenci kitlesinin, özellikle basın konu ile ilgili benden bir görüş aldı ne diyorsunuz bu davayı nasıl değerlendiriyorsunuz diye. Dedim ki; “Bunlara ancak kalemliler çete

denilebilir. Yani çete diye 168'den dava açıldı ama kalemlerinden başka bir şeyi yok” dedim. Daha sonra da bu isim böyle bir kalemler davası diye basında kaldı. Sonuçta bunlarla ilgili karar verildi. Süreci atlıyorum. Karar verildi ve bazıları hakkında da ceza verildi. Ben dışarı çıktım, yine kapıda basın soruyor ne yapacaksınız? Aynen şunu söyledim; “Ne yapacağız temyiz edeceğiz” dedim. “Kararı kabul etmemiz mümkün değil, kararı temyiz edeceğiz”. Birkaç gün sonra DGM'den beni davet ettiler. Savcı bilmem kiminle görüşeceksiniz. Gittim dedi ki “Siz, bizi silahlı çete gruplarına hedef göstermişsiniz.” “Ne demişim ne yapmışım?” “İşte kapıda temyiz edeceğim demişsiniz”. “Ciddi mi söylüyorsunuz?” dedim. “Bu sözden ötürü mü, bu bizim görevimiz değil mi? Ben temyiz edeceğim. Bu o kadar olağan bir şey ki dedim, yani evet bunu söyledim bu hedef göstermekse” dedim çıktım. Kapıda muhabir soruyor; “Neymiş Şenal Hanım niçin sizi çağırmışlar?” dedim böyle oldu, yani olanı anlattım. O da ertesi gün -hangi gazete şimdi gazete ismini anımsayamıyorum- işte gazetede bana soruşturma açıldığı bu çocuklarla ilgili bu sözümünden ötürü diye bir haber yapıldı; üç gün sonra ben yine DGM'ye davet edildim: “Siz tekrar bizi hedef göstermişsiniz”. Şimdi bu akıl almaz bir şey, yani hedef göstermek ve ben bu sebeple yargılandım gerçekten. Çok büyük bir katılımla da avukat arkadaşlar davada yanımda durdular. Sonuçta Mahkeme ilk celsede beraat kararı verdi. Yani bir şey yok çünkü. Ama bir de basından başkaları da var benim ne dediğim konusunda gayet açık ifade edilmiş, böyle bir süreci ve aslında o süreç devam ediyor. Tabii bitmiş değil, ne yazık ki bitmiş değil. Şimdi Barolarımızın tutumuyla ilgili bir şey söylemek istiyorum. Ben de çokça sanık oldum. 12 Eylül'de de tekrar gözaltına alındım ve Fatsa'ya, Ordu'ya götürüldüm. Bu sırada, 1986 yılı, henüz ÇHD yoktu fakat Baro bana sahip çıktı. Daha çok ÇHD kökenli arkadaşlar vardı Baroda da. Ayrıca Ordu Barosunu da burada ifade etmeliyim. Yani bir anlayışta gelişme vardı '70'li yıllardan '86'ya kadar; ancak, bu yeterli bir durum değildi. Bana sahip çıktı diye bunu genellemem mümkün değil. Çünkü biz yeniden ÇHD'yi kurarken daha çok şunu düşündük, yani bize ihtiyaç var. Hukukun demokratikleşmesi için bize ihtiyaç var. İşkenceli sorguların bitmesi için, gözaltında kayıpların bitmesi için, cezaevlerinin doldurulmasının engellenmesi için, düşüncenin özgürleşmesinin gerçekleşebilmesi için, hukukun insan haklarına dayalı bir hukuk olabilmesi için, bize ihtiyaç var dedik. Ve gerçekten ihtiyacı karşıladık o dönemde. Mesela 90'lı yıllar faili meçhul cinayetlerin çok yaygın olduğu yıllardı. Meslektaşlarımızdan da alınanlar ve kaybedilenler oldu. Meslektaşımız olsun olmasın ÇHD bütün bunların arkasında dimdik durdu. Çok mücadele ettik gerçekten, yani teşhir ettik kayıpları, işkenceleri, bunları Mahkemelerde ifade etmeye çalıştık. Ama sonra ÇHD olarak şunu düşündük. Dedik ki; bizim Barolarımızda da görev almamız lazım, yani biz bir Derneğiz ama Baro kocaman bir meslek örgütü. Bu meslek örgütünde bizim

var olmamız gerekir ve biz oralarda sorumluluklar almamızdır. İnsan Hakları Merkezi, -İnsan Hakları Komisyonuydu o zaman- İnsan Hakları Komisyonu önerelim dedik. Hafızam beni yanıltabilir -Erşen Abi'nin belleğine hayranım benim belleğim çok kötü- Hakkı Süha Bey'in dönemiymiş yanlış hatırlamıyorum. İnsan Hakları Komisyonu kuruldu, Kadın Hakları Komisyonu kuruldu, Çocuk Hakları Komisyonu kuruldu ve biz bu Komisyonlarda aktif olarak görev aldık. ÇHD'li avukatlar çalışma alanlarının aynı zamanda Barolar olduğunu da değerlendirdiler. Çünkü hepimiz o mesleğin bir üyesiyiz. Bu sebeple belki alçakgönüllü olmayacağım bu konuda, ÇHD'li avukatların Baroların anlayışlarının gelişmesinde ve daha duyarlı bir yapıya dönüşmelerinde mutlaka katkısı oldu. Ama bu günlerde, yani son dönemde OHAL döneminde de ben Baroların yeterince sorumlu davranmadığını düşünüyorum. Neden? Bir korku ortamı yaratıldı ve o korku ortamının altında kaldı. Oysa Erşen Abi bunu bize hep öğütlemiştir, söylemiştir: "Meşruluk nasıl sağlanır? Mücadele sizi meşru kılar. Mücadele ettikçe meşrulaşırırsınız." Elbette bazı baskılarla karşılaşırırsınız ama aynı zamanda da niye korkalım? Korkacağımız ne var? Biz ne yapıyoruz? Öyle değil mi? Biz mesleğimizi yapıyoruz. Hukukun gereğini yapıyoruz. Bunu Baroların kavramaları ve kendilerini geliştirmeleri gerekir diye düşünüyorum. Sendika mı? Meslek örgütü mü? Bu konuda ben de acaba avukatlar için böyle bir sendika, sınıf mücadelesi olarak gündeme gelebilir mi diye düşünüyorum. Avrupada var biliyorsunuz. Fransız Avukatlar Sendikası var ve gerçekten iyi bir mücadele veriyorlar. Bunu Erşen Abi nasıl düşünür bilmiyorum ama yeniden değerlendirmek gerekir.

FARUK ÇAYIR: İnsan hakları mücadelesinde sizin yapmış olduğunuz avukatlık pratiklerinin Baroya katkısı olur mu ve bunu sivil toplum örgütünde mi yapmak gerekir, yoksa bizzat mesleğin tam ortasında Baroda mı yapmak gerekir?

ERŞEN SANSAL: Yani çizdiğiniz çerçevede ve kurduğunuz anlamda kuşkusuz aslı sahibi hukukçuların olması gereken bir meslek örgütü var. Biz de -zaman zaman bazı kurullar ortaya çıktı- ve biz de bu kurullarda yer aldık. Ancak insan hakları meselesi ile ilgili olarak örneğin oğlu tutuklu olan bir annenin, kocası tutuklu olan bir kadının, kanımca insan hakları mücadelesinin daimi kadrosunu oluşturacak insanlar olmadığını düşünüyorum. Yani bir anlamda onların duyarlı oldukları zaman kesimi ve bu duyarlılığı kullanma biçimleri çok sınırlıdır. Ben daha önce sıcak faşizan dönemleri yaşadığım ortamlarda meslek örgütlerimizden bir destek görmediğimizi söylerken, belki bir de bugüne getirip bağlamalıydım. Bugün durum aynı değil. Bugün gördüğümüz meselede, iktidar Baroları hedef alan ve hasım olan görüşleriyle ortaya çıkan durumu yarattı. Hatırlayacaksınız Türk Tabipler Birliği'nin bir bildirisi nedeniyle doktorlar gözaltına alındı, bir hafta kadar gözaltında tutuldular. Merkez yönetiminin

yöneticileri, Başkan ve diğer yöneticileri ve onların meslek örgütü, dolayısıyla avukatların da merkez örgütü olarak Türkiye Barolar Birliği de bu husumetten payını aldı. Ve o zaman bildiğiniz gibi Baroların kapatılması konuşuldu, gündeme geldi. Dernekleşmeleri, hem de birçok dernek kurulması ve isteyenin istediği derneğe üye olmasından bahsedildi. Barolar Birliğinde, Baroların nispi temsil edilmesi, mutlak temsil örneğinin 30 bin üyeli İstanbul Barosu ile 70-80 üyesi olan bir küçük Anadolu Barosunun ikisinin de ikişer üyeyle Barolar Birliği Genel Kurulunda temsil edilmesi gibi görüşler ortaya atıldı. Bunlara rağmen özellikle büyük Baroların ve üyesi olduğumuz Ankara Barosunun da gerçekten mesleğe ve meslektaşına sahip çıkan tutumları görüldü. Hem de üstelik demin konuşurken sözünü ettiğimiz insanların idam edildiği ortamlar kadar -hukuk katli, yargı katli olmayan- bir dönem olmamasına rağmen yargının ve adaletin katli daha büyük boyutlara ulaşmıştır. İşte bu durumda da sessiz kalmamalıydık. Buna rağmen bugün beklediğimiz bazı sesleri yeterince duyamadığımızı da ifade etmem gerekir.

FARUK ÇAYIR: Yani geçmişteki OHAL dönemleri ile şu anki dönemi bir kefeye koyarsak aslında hiçbir farkı yok ve kalıcılaşmış bir OHAL dönemine geçmişiz gibi bir durum ortaya çıkıyor. Yanlış mı düşünüyorum?

ŞENAL SARIHAN: 2017’de sistemin değişmesiyle birlikte bu daha belirgin hale geldi.

FARUK ÇAYIR: Aynen öyle 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte kalıcı OHAL dönemine geçildi. Bu dönemde avukat meslek örgütü olan Baroya insan hakları ve hukuki mücadele açısından daha çok iş düşünüyor sanırım.

FARUK ÇAYIR: Şenal Hanım bu arada siz son dönem milletvekilliği de yaptınız, tam OHAL’in ilan edilme döneminde milletvekilliği yaptınız. Bu konuda kitabınız da var. Aynı zamanda OHAL dönemi ile ilgili olarak 1980 OHAL dönemine nazaran şimdiki OHAL dönemi ile karşılaştırdığınızda avukat olarak nasıl bir durum görüyorsunuz?

ŞENAL SARIHAN: Bu içinde yaşadığımız dönem, sizin de ifade ettiğiniz gibi sonuçta kalıcılaşmış bir döneme doğru evrimleşmiş bulunuyor. Fakat hem 12 Mart’ı bir sanık olarak, hem de 12 Eylül’ü bir avukat olarak, DGM’leri ve o süreci yaşamış bir avukat olarak yaşadığımız son dönemdeki ihlallerin çok daha yoğun olduğu kanısındayım. Belki işkence azaldı. Ancak bu da bir mücadele sonucu oldu gerçekten. Bu konuda ciddi mücadeleler verildi ve gözaltı süreleri kısaltıldı. Buna rağmen geçmişle orantılanmayacak birtakım kaba kuvvet kullanımı, şiddet kullanımı söz konusu. Ama en azından bunun yasal olarak da suç olduğu Türk Ceza Yasası’nda da ifade edildi. İnsanlığa karşı suç gibi kavramlar geldi. Yani bütün bunlar bizim de mücadelemizle, avukatların da mücadelesiyle,

aynı zamanda demokratik kitle örgütlerinin ve halkın mücadelesi ile gerçekleşti. Şimdi birdenbire düzeldiğini düşündüğümüz alanda kazanımlar olarak gördüğümüz, örneğin biz avukatlar geçmişte olağanüstü dönemlerde müvekkille görüşürken sırtımızda bir nöbetçiyle ya da nöbetçilerle görüşüyorduk aramızda hep kulaklar vardı, bunlar kalktı. Yani bir dolu olumlu şey de oldu bunları da görmek gerekiyor. Ama zaman gerekiyor.

FARUK ÇAYIR: OHAL'den sonra avukatların cezaevi müvekkil görüşlerinde bile kamerayla kaydı yapılır hale geldi.

ŞENAL SARIHAN: Hepsi ters yüz oldu yani, birden bire kararnamelerle yapıldı. Bu kararnameleri birer hukuk metni olarak görmemiz mümkün değil. Burada biz 1980'den söz ederken 10 yıllık bir süreçten, hatta daha uzun bir süreçten söz ediyoruz. Bir yıl içinde iki yıl içinde onu katlayan gözaltılar ve tutuklamalar, cezaevinde kötü muameleler gerçekleşti. Gözaltında avukat arkadaşlar bazı tutanaklara zorla imzalar atmak zorunda kaldılar. Tanık olmayanların ifadeleriyle, insanlar herkesin gözü önünde ve basına verilecek şekilde işkence gördüler. Evet bunlar darbeye teşebbüs etmiş olabilirler ama kesin suçlu durumunda değiller. Bunları teşhir etmeniz mümkün değil. Bunlara zaten eziyet etmeniz, işkence etmeniz mümkün değil. Ne olursa olsun, anlayışları ve düşünceleri ne olursa olsun işkence görmemeliler. Gözaltı sürecinden yargı sürecine kadar, bildiğimiz ve hukuki olarak geliştirdiğimiz her türlü olumluluk ortadan kalkmış oldu. Bu halen de devam ediyor, mesela 1402'likler vardı 12 Eylül'de. 1402'liklerin sayısı 4000 falandı, yanlış hatırlıyor olabilirim sayıyı. Şimdi 1402'likler yerine; binlerce, yüzbinlerce insandan oluşan KHK'lılar oldu. Akademisyenler alındı, hâkimler alındı, savcılar alındı, öğretmenler alındı, doktorlar alındı. Emniyet tarafından pasaportları iptal edilen insanlar oldu. 12 Eylül ile mukayese ettiğimizde, en az 100 bin kişi var. Pasaportları iptal edildi ve 1402'lik olanların 12 Eylül döneminde dışarıda çalışmalarının bir yasağı yoktu. Ama KHK'lerle atılan insanlar; medeni ölüm diye ifade ettiğimiz bir duruma mahkûm edildiler. Hiçbir yerde çalışamaz hale geldiler. İşte bu günlerde tartışılan, tabiilerle ilgili verilen yasal düzenlemenin mücadelesine de bu çok iyi bir şekilde yansımış oldu. Bu olağanüstü dönemin tek adam süreciyle birleşerek yeniden varlığını sürdürdüğü tehlikeli bir sürece doğru gidiyoruz. Yani hukukun gerçekten katledildiği bir sürece doğru giriyoruz. Ne güvenlik güçlerinde güvenilir kadrolar var, ne yargıda tam anlamıyla iyi kadrolar söz konusu. Bütün bunlar nasıl düzelecek? Bütün bunların düzelebilmesinde en önemli araçlardan birisini Barolar oluşturuyor. Barolar hukuka sahip çıkarlarsa -ki o hukuku insan haklarına dayalı hukuk diye tarif etmemiz gerekiyor, yoksa mevcut hukuk diye ifade edilen kanunları ve kararnameleri değil- bu mücadele verilebilirse, belki Türkiye için yeni bir aydınlık süreç ortaya çıkacak. Ama

olumsuzluk da var ortamda, o kadar yoğun bir geçmiş var, yoğun bir mücadele var. Başladığımız yerden geldiğimiz noktaya kadar yine de ben o umutsuzluğu arkada bırakmamız gerektiğini düşünüyorum. Çünkü Erşen Ağabey en başta ifade etti, dedi ki “Karşılaştırmayalım 12 Mart, 12 Eylül hepsi kendi içinde ağır.” Gerçekten öyle; hepsi kendi içinde ağırdı. Ama hepsi aşıldı, bunu aşmak da mümkün. Yeter ki genç avukat arkadaşlarımız cesaretle, insan haklarına dayalı, hukukun yanında olan bir anlayış benimsesinler. Yol almak mümkün. Baromuzda da yeni bir değişiklik oldu. Umuyorum ki daha genç bir kadro, daha eski deneyimlerden de yararlanarak mücadelede kararlı olarak Ankara Baromuzda gereğini yapar.

FARUK ÇAYIR: Hayranım sizin bu umutlu bakış açınıza...

ŞENAL SARIHAN: Umuttan başka çare yok

FARUK ÇAYIR: Meslekte bu kadar kötü dönemleri atlattıktan sonra siz hâlâ umutluyunuz, bizim umutlu olmaktan başka yolumuz yok.

ŞENAL SARIHAN: Ama siz varsınız, işte bunları bir deneyim olarak görmek bilmek istiyorsunuz. Geçmiş hep bir öğreti çıkarıyor değil mi? Öğrenilecek çok şey var. Hepimiz birbirimizden öğrenerek ilerledik. O sebeple geçmişini bilmek öğrenmek önemli.

ERŞEN SANSAL: Söyleşimizin başından beri en çok kullandığımız deyimlerden biri insan hakları. İnsan hakları meselesi ile ilgili olarak somut bir şekilde, Türkiye 1987’de yani AİHM’e bireysel başvurunun kabul edilmesiyle başladı bu iş ve ilk olaylarda AİHM’den çıkan kararlar gerçekten kamuoyunda olumlu etkiler yarattı. AİHM yargısı Türkiye için bir kazanım kapısı oldu. Fakat gel zaman git zaman aradan geçen, 30 yıl gibi uzun sayılmayacak süre sonunda bugün tersine dönmüş vaziyettedir. Bugün AİHM, Türkiye için bir güvence kapısı olma niteliğini taşıyor artık. Bakınız ilk zamanlar Mahkeme olmanın niteliklerine sahip, yani duruşmalar yapan, tarafları sözlü olarak dinleyen, şahit dinleyen, bilirkişi incelemesi yapan, keşif yapan, tipik bir yargı organıydı AİHM. Bugün bunların hiçbiri yapılmıyor, hepsi terk edildi. Bir başvuru sahibinin dilekçesi, bir de Hükümetin savunması alınıp dosya üzerinden yapılan bir yargılama var. Bunun yanı sıra katıldığım bir işkence ile ilgili bir duruşmada; Türk Hükümetinin avukatı, AİHM’nin eski başkatipli, emekli bir katip Alman profesör Golsong adında bir profesördü. Kendisi Alman fakat Amerika’da yaşıyor. Bizde de zaman zaman olur ya emekli Yargıtay üyesini avukat tutmak gibi. Türk Hükümetinin öyle bir mantıkla tuttuğu avukat. Ve bu işkence meselesi ile ilgili Türk Hükümetini savunurken, bu konudaki madde AİHS 3. madde başlıca 3 derecesini sayıyor bunların, kötü muamele, insanlık dışı muamele ve işkence diye. Bizim iddiamız; o kişinin göğüslerinin dağlanması, ellerinin

arkadan bağlanması nedeniyle işkence olduğunun yanı sıra, uygulanan manevi baskıların da dikkate alınmasıyla işkence olduğunu iddia etmiştik. Golsong savunmasında bir şey söyledi: “Türkiye öyle bir devlet ki; orada insanların gözünün bağlanması hiç de işkence sayılmaz, olsa olsa kötü muamele sayılabilir ama insanlık dışı bir muamele değildir.”

FARUK ÇAYIR: Türkiye’dekiler insan değildir gibi bir sonuç ortaya çıkıyor.

ERŞEN SANSAL: Evet. Türkiye’deki davada İzmir Barosunun eski avukatlarından -şimdi hayatta değil- Güney Dinç ile birlikte avukatlık yapıyorduk. Söylediğimiz şu oldu Mahkeme Başkanına: “Sayın Başkan görüyorsunuz, biz müvekkilimizin yanı sıra Türkiye’nin itibarını da korumak durumundayız. Koruyanlar onlar değil bizleriz” dedik. Fakat bugün AİHM o Golsong’un oradan başlangıcını yaptığı şeye geldi. Bir laf dolaşüyor işte bunu Fransızca söylüyorlar “Türkiye için vahim değil. Vukuat-ı adiyedendir bunlar.” Kararlar da bu doğrultuda çıkıyor.

FARUK ÇAYIR: Genç meslektaşlarımızın da insan haklarının vazgeçilmez bir ilke olması konusunda daha fazla gayret göstermeleri gerekiyor galiba.

ERŞEN SANSAL: Evet. Bunu da AİHM’e kanıtlamaları gerekiyor.

SEÇKİN TÜRKOĞLU: Her iki üstadımıza da çok teşekkür ederiz.

AVUKATLARIN SENDİKALAŞMASI VE AVUKATLAR SENDİKASI PRATIĞİ

Av. Sedef ÜNAL*

Avukatların Sendikalaşmasının Hukuki Dayanakları

Bilindiği gibi Anayasamızın 51. maddesine göre “çalışanlar” önceden izin almaksızın sendika kurabilirler, sendikalara üye olabilirler. Sendikalaşma, temel hak ve özgürlüklerdendir. Dünyada, Fransa gibi Batı ülkelerinin yanı sıra Mısır gibi Doğu ülkelerinde de bulunan ve son derece etkin olan avukat sendikaları yakın zamana kadar Türkiye’de yoktu. Bunun en önemli sebeplerinden biri, Türkiye’de meslek sendikacılığının 12 Mart 1971 ertesinde getirilen yasal düzenlemeler ile yasaklanmış olmasıdır. Halen yürürlükte olan sendika mevzuatımıza göre, sendikacılık özel sektör için ya “işçi” ya da “işveren” sıfatlarıyla ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun ekindeki tabloda belirtilen iş kollarından^[1] biri seçilmek suretiyle, kamu çalışanları için de 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun ekindeki tabloda belirtilen hizmet kollarından biri seçilmek suretiyle yapılabilmektedir.

Oysaki uluslararası hukuk ve bilhassa Türkiye’nin de taraf olduğu sözleşmeler, sendikacılığı bu dar kalıplara hapsedmemiştir. ILO Sözleşmeleri içerisinde yer alan 87 No’lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi’ne göre “**çalışan**” sıfatı taşıyan herkes bu hakka sahiptir. Bu sözleşmenin Türkiye’de uygun bulunmasına dair kanunun gerekçesinden bir bölüm aynen şöyledir: “Sözleşme, **çalışanlara hiçbir ayırım gözetmeksizin ve önceden izin**

* İstanbul Barosu. Avukatlar Sendikası Kurucu Başkanı. Türkiye’nin ilk avukat sendikası olan AVUKATLAR SENDİKASI (AV-SEN kısaltmasıyla), 26 Kasım 2014’de İstanbul merkezli olarak kurulmuştur. Kurucu başkanlığını, bu satırların yazarı yapmaktadır.

[1] Burada dikkati çeken, 1961 Anayasası döneminde Çalışma Bakanlığınca çıkarılan 11.08.1964 günlü Resmi Gazete’de yayımlanan Sendikaların İş Kolları Yönetmeliği’nin iş kolları cetvelinde, 33. sırada avukatların da yer almasıdır. (Bkz. Av. M. Hilmi Özarpat, Avukatların Sendika Kurma Hakları, Ankara Barosu Dergisi, <http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1965-4/02.pdf>) 19.12.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan şu anki İş Kolları Yönetmeliği’nde bu, 69.10. sırada “Hukuk faaliyetleri” olarak geçmektedir.

*almadan istedikleri örgütleri kurmak ve bunlara üye olmak hakkını tanımaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan 'sendika hakkının tanınmasında hiçbir ayırım gözetilmeyeceği' ifadesinden de anlaşılacağı üzere, **Sözleşme sendika kurma ve sendikalara üye olmak hakkına ulusal hukuk düzenlemelerinde işçi, memur, hizmetli vb. gibi niteliklerle anılan bağımlı çalışanların bir kısmı ile sınırlandırmamaktadır. Bu hak, tüm çalışanlara ve işverenlere tanınmıştır***". Görüldüğü gibi uygun bulma kanunumuzun gerekçesi, gayet açık ve doğru şekilde kaleme alınmıştır.

Aynı şekilde, İHAM'ın pek çok kararında, sendika özgürlüğü çok geniş şekilde kabul edilmiş, İHAM bu özgürlüğe getirilecek **kısıtlamaların ancak "zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılaması"** ilkesine göre yapılabileceğini, eğer bu kısıtlama zorunlu bir ihtiyacı karşılamıyorsa, kısıtlamanın getirilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira İHAM, İHAS'ın 11.maddesinin dernek kurma özgürlüğünün bir türü ya da özel bir boyutu olarak, sendika özgürlüğünü içerdiğini kabul etmektedir.^[2] Örneğin Tüm Haber Sen ve Çınar – Türkiye (no. 28602/95) kararında Yüksek Mahkeme, **"mevzuatın böyle bir imkanı öngörmemesinin" sendikanın feshi kadar radikal bir tedbiri haklı göstermeye yetmediğine** karar vermiştir; zira taraf devletler imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uygun iç hukuk mevzuatını geliştirmek zorundadırlar.

İHAM, yalnızca ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerle dernek/sendika kurma özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların haklı çıkarılabileceğini, bu tür durumlarda, "acil bir sosyal ihtiyacın" söz konusu olup olmadığını belirlerken, devletlerin sınırlı bir takdir hakkının bulunduğu ve bu takdir hakkının da, hem kanunu hem bu kanunu uygulayan mahkemelerin, mahkemeler bağımsız olsalar dahi, kararlarını sıkıca denetleyen İHAM kontrolüne tabi olduğunu ifade etmiştir.^[3] İHAM, her zaman, İHAS'nin 11. maddesinin, sendikaların kolektif eylemleri yoluyla sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını koruma özgürlüğünü güvence altına aldığını, **devletlerin bu kolektif eylemlere hem izin vermesi gerektiğini hem yürütülmesini ve gelişmesini mümkün kılması gerektiğini** değerlendirmiştir.^[4] İHAM kararlarında, sendikalara katılma haklarının, Sözleşmelerin ve Tavsiyelerin Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi'nin 87 no'lu Sözleşme çerçevesinde Türk Hükümeti'ne ilettiği gözlemlerinde, bu belgenin öngördüğü şekilde örgütlenme hakkına yönelik tek kabul edilebilir istisnanın, silahlı

[2] Bkz. İHAM Belçika Ulusal Polis Sendikası–Belçika, 27 Ekim 1975 ve Swedish Engine Drivers' Union.

[3] Bkz. İHAM Sidiropoulos ve Diğerleri – Yunanistan, 10 Temmuz 1998.

[4] Bkz., yukarıda anılan, İHAM Belçika Ulusal Polis Sendikası kararı; İHAM İsveç Lokomotif Sürücüler Sendikası; Schmidt ve Dahlström – İsveç, 6 Şubat 1976.

kuvvetler ve polis teşkilatına ilişkin olduğunu ifade etmiştir.^[5] Kaldı ki polislerle ilişkin dahi bu konu halen tartışılmaktadır. Hülasa, İHAM içtihatlarında, **sendika kurma özgürlüğünün istisnalarının çok sınırlı olabileceği, kanunla bu istisnaların getirilebileceği ve istisnaların getirilmesinin “demokratik bir toplumda gerekli, zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılması” gerektiği, mevzuatın belirli bir toplumsal kesimin sendika kurma hakkını düzenlememiş olması gerekçesiyle kurulan bir sendikanın feshedilemeyeceği, bu konuda sözleşmeci devletlerin iç hukuklarında düzenleme yaparak uluslararası mevzuatla uyumlu hale getirmelerinin gerektiği, sendikal örgütlenmenin gelişmesi için devletlerin çalışmaları gerektiği** ifade edilmiştir.

Yukarıdaki anlatımlarımız ışığında ortaya çıkan şudur ki, Türkiye’de meslek sendikacılığının yasaklanması (kamuda bu yasak açıkça halen varken, özel sektör açısından yasak kalkmış olmasına rağmen halen iç mevzuat sadece “işçi-işveren” üzerine kurulu olup, fiilen yasak sürmektedir), iş kolu esasına göre sendika kurma kısıtlılığının getirilmesi, uluslararası hukuka aykırıdır. Nitekim, Yargı-Sen’in başvurusu üzerine Mart 2012’de ILO, meslek sendikacılığının mümkün olması gerektiğini, örgütün şikayetinin haklı olduğunu ifade etmiş ve konuyla ilgili Hükümet’in iç mevzuatını ILO sözleşmeleriyle uyumlu hale getirmesi gerektiğini belirtmiştir.^[6] Tüm çalışanlar, “çalışan” sıfatıyla sendika kurulabilir/sendikalara üye olabilir. İç hukukta yer alan sınırlamalar, Anayasa madde 90/5 uyarınca, uluslararası mevzuat karşısında geçerli olamayacaktır. Zira, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

[5] Bkz. İHAM Demir ve Baykara-Türkiye Davası, 34503/97, 12 Kasım 2008.

[6] Komite kararından ilgili iki bölüm şöyledir: “...4688 sayılı yasanın meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamayacağını belirten 4. maddesi ile bağlantılı olarak; Hükümetin Uzmanlar Komitesi’ne sunduğu yazıdan elde edilen bilgilerde, İş Kanunlarındaki reform çerçevesinde özel sektörde çalışan işçiler açısından da meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamayacağını düzenleyen hükmün değiştirilmekte olduğu bilgisi verilmiştir. Komite bu yasağın kamu sektörü için de kaldırılmasını beklemektedir...Komite, ILO denetim organları tarafından devamlı olarak talep edildiği üzere ve sosyal taraflar ile istişare edilerek, 4688 sayılı yasanın yakın gelecekte 87 sayılı sözleşme ile uyumlu hale gelecek şekilde değiştirileceğini beklemektedir ve Hükümetten bu konudaki çabalarını arttırmasını talep etmektedir. Komite hükümeti devam eden ILO teknik yardımlarından bu konuda faydalanmaya davet etmektedir...”.

Konuyla ilgili, “Yargı-Sen”e açılan kapatma davasında, yargıç ve savcıların uluslararası hukuka ve sözleşmelere göre sendika kurabilecekleri fakat “meslek sendikası kurulamayacağı, hizmet kolu esasına göre sendika kurulabileceği” gerekçesiyle kurmuş oldukları bu sendika kapatılmıştır.(Ardından hizmet kolu esasına göre “Yargıçlar Sendikası” adında yeniden sendika kurulmuştur. Yargıçların bir hizmet kolu seçme zorunluluğu nedeniyle kendilerine en yakın olabilecek hizmet kolu olarak “büro, bankacılık, sigortacılık” hizmet kolunu seçmek zorunda kalmaları, ülkemizdeki meslek sendikası yasakçılığının trajikomik bir sonucudur.) Yargı-Sen davası, halen İHAM önündedir. Buradan, sendikal özgürlükler yönünde bir karar çıkacağına kesin gözüyle bakılmaktadır.

Avukatlar Sendikası her ne kadar 6356 Sayılı Yasa’nın ekindeki tabloda yer alan “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” iş kolunda kurulmuşsa da, bünyesinde hem bağıtılı çalışan hem de serbest çalışan meslektaşları kapsamakla, amaçsal olarak bir meslek sendikasıdır.

Bu yönüyle Avukatlar Sendikasının kurulduğu ilk zamanlarda, bize karşı da tıpkı Yargı-Sen örneğindeki gibi Çalışma Bakanlığı nezdinde bir karşı çıkış olmuş, Bakanlık tarafından “avukat sendikası kurulabileceği fakat sadece SGK’lı olarak çalışan avukatların üye olabileceği” yönünde bir eğilim açıklanmış, fakat Bakanlık tarafından Avukatlar Sendikasına karşı süresinde herhangi bir dava açılmamıştır. Mayıs 2015’te ilk genel kurulunu yaparak organlarını oluşturan Sendikamıza, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2015 yılının Kasım ayı itibariyle nihayet dosya açmış ve kod vermiştir; böylece Avukatlar Sendikasını resmen tanımıştır. Böylece Av-Sen, varlığını idareye de kabullendirerek, hem mesleki açıdan büyük bir girişim gerçekleştirmiş hem de Türkiye’deki sendika özgürlüğü yönünden çok önemli adımlara vesile olmuştur.

Hâlihazırda, iç hukuk mevzuatının getirdiği hukuksuz kısıtlamalar nedeniyle kimi engeller önümüze çıkmaktadır. Örneğin, sendikalara üye kaydı artık e-devlet üzerinden yapılabilmesine karşın, e-devlet sisteminde bir çalışanın bir sendikaya üye olabilmesi için, işvereni tarafından o sendikanın ait olduğu iş kolunda gösterilmiş olması gerekmektedir. Yani örneğin, çalışan, “ticaret büro, eğitim ve güzel sanatlar” iş kolunda yer alan bir sendikaya (örneğin Avukatlar Sendikasına) üye olmak istiyor ve fakat bu çalışanın işvereni onu “genel iş” kolunda SGK’ya bildirdi ise, o takdirde bu çalışan o üye olmak istediği sendikaya e-devlet üzerinden üye olamamaktadır; bu hâlde yazılı form alarak üyelik gerçekleştirmekteyiz. Bu durumda, aslında o çalışan da sendika üyesi iken, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın istatistiklerinde, o sendikanın üyesi olarak gözükmemektedir. Bu da, özellikle üye sayısı çok olan sendikalar için büyük bir hak kaybına yol açmaktadır; zira toplu sözleşme hakkı o iş kolunda en yüksek sayıya sahip sendikanın olduğu için, örneğin Sosyal İş Sendikası

her sene Bakanlık istatistikleri aleyhine davalar açmaktadır. Çalışanın, işvereni tarafından doğru iş kolunda gösterilmemesi ihtimalinde böyle bir sorun ortaya çıkmasından başka e-devlet sistemi ile ilgili diğer sorun, bağıtlı çalışmayan yani serbest çalışanların e-devlet sistemi üzerinden sendikaya üye olamamalarıdır. Zira, iç hukuk mevzuatının dar kalıplarını sürdürmek isteyen devlet anlayışı yüzünden, İş Kanunu anlamında işçi olmayan, yani bir avukata, avukatlık ortaklığına veya kuruma bağıtlı olarak çalışmayan avukatların Avukatlar Sendikasına üye olmalarının mümkün olmadığı Bakanlıkça iddia edilmektedir. Öyleyse, Bakanlığın bakış açısına göre, serbest çalışan ve Anayasal bir hak olan sendika üyesi olma hakkını kullanmak isteyen bir kişinin, böyle bir hakkı olmadığı gibi absürt bir sonuç ortaya çıkmaktadır. (Serbest çalışan fakat kimsenin işvereni olmayan bir kişinin işveren sendikasına üye olması da beklenemez.) Oysaki, Avukatlar Sendikasının kurucularından bir kısmı serbest avukat olup, Bakanlıkça bu kişilerin sendika üyesi olmaları hususunda bir itiraz gelmemiştir; Bakanlık istatistiklerinde bu kurucu meslektaşlar Avukatlar Sendikası üyesi olarak gözükmektedirler. Fakat sonradan üye olan serbest çalışan meslektaşlarımız, istatistiklerde gözükmemektedir.

İşte, başta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olmak üzere Türk devlet yetkililerinin, taraf olduğumuz ILO Sözleşmelerine aykırı şekilde sendika hakkını kısıtlayan ve halen “işçi-işveren” ayırımına indirgeyen ve diğer çalışanların sendika haklarını yok sayan tutumuna karşı, e-devlet sistemindeki yanlışlığı odak alarak idari yargıda dava açtık. Türk idare mahkemelerinin son yıllarda devlet aleyhine karar vermeme yönünde gelişen reflekslerinin bir sonucu olarak, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler yok sayılarak davamız reddedildi. Bu davayı Anayasa Mahkemesine taşıdık ve aksi bir sonuç çıkması halinde İHAM’a taşımaya da kararlıyız. Bu sürecin olumlu sonuçlanması durumunda, ILO sözleşmelerinde ve Anayasamızda ifade edildiği gibi, “çalışan” sıfatı taşımanın, sendika üyeliği için yeterli olduğunu Türk yargı ve bürokrasi mercilerine de kabul ettirmek yolunda önemli bir adım gerçekleştirilebilir.

Böylesi bir adımın, işçilerin haklarını korumak üzere kurulan işçi sendikalarını zayıflatacağı yönünde eleştiriler getirilmiştir. Oysaki bu adım, yalnızca çalışan olanların, yani işçi ya da işveren olmayan fakat çalışan insanların da sendika haklarını tesis etmek üzere atılmıştır. Bu adım, var olan ve yeni kurulacak işçi sendikalarının önünü kapatmaz. İş Kanunu anlamında işçi olan ve bizim “bağıtlı çalışan” dediğimiz avukat meslektaşlarımızın salt bağıtlı çalışan avukatlardan oluşan bir avukat sendikası kurmalarının önünde bir engel yoktur. Fakat, aşağıda da değineceğimiz gibi, avukatlık esas olarak bağımsız yapılması öngörülen bir meslek olup, bağıtlı ve bağımsız çalışmanın arasındaki çizginin çok ince olduğu, geçişkenliğin doğal süreç olduğu bir meslektir.

Avukatların Sendikalaşmasının “İşçi Avukat” Kavramını Meşrulaştırması Endişesi Üzerine

“İşçi avukatlık” kavramı, dillendirildiği ilk günden beri hukuk dünyasından tepki toplamış, “Avukatın işçisi mi olur?”, “Mesleğin onurunu zedeliyorsunuz”, “Meslektaşlar arasında işçi-işveren ayrımı olmaz, usta-çırak ilişkisi vardır” eleştirileriyle karşılaşmıştır. Bununla beraber işin gerçeği, adına ne dersenez deyin (Avukatlar Sendikası olarak biz tüzüğümüzde “bağıtlı çalışan meslektaş” dedik), bir iş sözleşmesi ile başka bir avukata veya kuruma sigortalı olarak bağıtlı çalışan meslektaşlar vardır ve bunların sorunları da varlıkları kadar gerçektir.

Esasen, Avukatlar Sendikası, sendikamızın tüzüğünü kabul eden tüm meslektaşları (bağıtlı ya da serbest çalışan ayrımına tabi tutmadan) kapsamı nedeniyle, başlıktaki eleştirinin muhatabı değildir. Zira, Avukatlar Sendikası, tüm meslektaşların eşit olduğunu ve meslek onurlarının korunması gerektiğini ifade etmektedir.^[7] Sendika, tüm avukatların avukatlık mesleğine özgü **bağımsızlık** gibi özelliklere sahip olması gerektiğini, bunu kısıtlayan durumların ortadan kaldırılmasını savunmaktadır. Örneğin Sendika bu meyanda, radikal bir örnek olarak, kamu avukatlığının (hukuk müşavirliği haricinde) kaldırılmasını, kamuda çalışan meslektaşların serbest çalışmasını ve memur gibi değil avukat olarak çalışmalarını, kamudaki avukatlık işlerinin serbest çalışan avukatlar arasında dağıtılmasını (bunun barolar tarafından tıpkı adli yardımda olduğu gibi yapılmasını) öngörmektedir.

Yine bu bağlamda Sendika, bağıtlı çalışan avukatların bağımsızlıklarını sağlayabilmeleri için onlara uygun yardımın yapılmasını (Adalet Bakanlığı ve TBB tarafından), ilk beş yıl vergi, baro aidatı konularında yardımcı olunmasını, bağıtlı çalışmanın ilk beş yıldan sonra istisna olarak kalmasını savunmaktadır. Dolayısıyla Sendika, **artan avukat sayısına kısıtlama getirecek ve bölünen pastayı büyütme için avukatlara artı iş sahası açacak çözümler bulunması, bağıtlı çalışmanın olabildiğince en aza indirilmesi, indirilemeyen kısmı için**

[7] Bununla beraber, bir tüzük değişikliğine giderek, sendikaya üye olabilecek meslektaşların, yanında sigortalı avukat çalıştırmayan meslektaşlarla sınırlandırılması düşünülebilir. Yani sendika üyeliğine “**bağıtlı çalışan avukatlar ve yanında sigortalı avukat çalıştırmayan (bir avukatın işvereni olmayan) serbest avukatlar**” kabul edilebilecektir. Bu, pratikte gerçekleşme ihtimali düşük olsa da, teorik olarak işveren avukatların sendikada hakim olmaları ihtimalinde, özellikle genç ve çalışan avukatların hakları için yola çıkmış Sendika'nın işlevselliğini yitirmesi endişesi duyan meslektaşların eleştirileri üzerine getirilecek bir önlem olabilecektir. Fakat bunun yapılması için, önce bu endişeyi doğurabilecek avukat potansiyeline ulaşılması gerektiği tarafımızdan düşünülmektedir. Mevcut hal ile, önemli olanın tüm meslektaşların desteğiyle avukatın konumunu güçlendirecek güç birliklerinin gerçekleştirilmesidir kanaatindeyiz.

de meslek onuruna yaraşır çalışma ortamı ve özlük haklarının sağlanması için mücadele etmektedir, edecektir.

Avukatların Sendikal Örgütlenmesinin Klasik Sendika Mantığına Uygunluğunun Tartışılması ve Sendikal Örgütlenmenin Gerekliliği ile Baroların Varlığına Rağmen Bu Gerekliliğin Ortaya Çıkışı

Avukatlar Sendikasına getirilen başlıca eleştirilerden biri, hem bağıtlı çalışan hem de serbest çalışan meslektaşların nasıl bir arada mücadele vereceği ve serbest çalışan avukatların sendika mantığına göre karşısında bir işveren olmadığına göre kimi muhatap alacaklarıdır.^[8]

Avukatlar Sendikası, İş Kanunu'na göre "işçi" olarak çalışan (bizim tüzükte "bağıtlı çalışan" olarak ifade ettiğimiz) meslektaşlarımızın haklarını savunurken, karşısında muhatap olarak işveren avukat ya da işveren kurum (şirket gibi) olacaktır (nitekim aşağıda açıklayacağımız gibi, bağıtlı çalışan meslektaşların iş davalarında emsal ücret sorduğu tek kurum Avukatlar Sendikasıdır.) İleride sendika üye sayısı artarsa, işverenlerle toplu sözleşme yapma ihtimalimiz olabilecektir. Bu olsun veya olmasın, işverenin bağıtlı çalışan meslektaşlara karşı tutum ve davranışları yakından izlenecek, meslek etik kurallarına aykırı davranan işveren meslektaşların yasal takibi de yapılacaktır.

Serbest çalışan avukatların muhatabı da, başta Adalet Bakanlığı ve Türkiye Barolar Birliği olacaktır. Zira, Bakanlık ve TBB asgari ücret tarifesini belirleyerek karşı vekalet ücretlerini tayin etmektedir. (Nitekim örneğin 2015 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde ücretlere zam öngörülmemiş olması tepkiyle karşılanmış ve Ankara Barosu tarafından idari yargıda buna karşı dava açılmıştır.) Ayrıca Adalet Bakanlığı, CMK ve adli yardım ücretlerini belirlemektedir (bu ücretler konusunda büyük sıkıntılar vardır.) Bu hususta Bakanlıkla toplu sözleşme/görüşme yapılması uzak ihtimaller değildir. Sendikalaşmanın en önemli

[8] Tersine olarak, avukatla müvekkili arasındaki avukatlık sözleşmesinin, vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi karışımı bir yapısı olduğunu savunan doktrine gönderme yaparak, avukatların bu açıdan da sendika mevzuatına göre "işçi" sayılabileceklerini savunan görüşler olmuştur (Bkz. Av. M. Hilmi Özarpat, Avukatların Sendika Kurma Hakları, Ankara Barosu Dergisi, <http://www.ankarabarosu.org.tr/sitelet/ankarabarosu/tekmakale/1965-4/02.pdf>) Ağır basan ve bizim de katıldığımız görüşe göre avukatlık sözleşmesi vekalet sözleşmesi sayılmakla bu görüşü benimsememekle birlikte, bedeni ve fikri olarak bizzat çalışan kişiler olarak avukatların (bağıtlı veya serbest), İş Kanunu anlamında olmasa da geniş anlamda (sendikal manada) "işçi" kavramına dahil edilebileceği söylenebilir. Bununla beraber, günümüzde hukuk bürolarının yaygınlaşması ve işveren avukatların ortaya çıkmasıyla, bağıtlı avukat işveren avukat ilişkisi ortaya çıkmıştır ve bu yeni düzene göre avukatı korumak için önlemler almak mecburidir.

araçlarından biri olan toplu sözleşme/görüşme hakkı hukuki geçerliliğimiz konusunda kafalarda oluşan ezber duvarları yıkıldığında, kullanılabilir olacaktır.

Avukatların meslek onuruna uygun ücretlendirme için toplu sözleşme/görüşme dışında, ister bağıtlı çalışsın ister serbest çalışsın meslektaşların onlarca sorunu vardır. Hem bağıtlı çalışan hem de serbest çalışan meslektaşlar için yine Adalet Bakanlığı'nın, Avukatlık Kanunu'nun, Türkiye Barolar Birliği'nin getirdiği kuralların bağlayıcılığı mevcut olup, bu kanun ve kurallardan meslek etiği, onuru, evrensel değerleri ile çelişik olanlar konusunda da mücadele tüm avukatlar için ortak paydadır.

Türkiye'de şu an itibariyle yüzlerce hukuk fakültesi, yaklaşık (her gün artan bir sayıyla) 120.000 avukat ve on binlerce hukuk fakültesi öğrencisi vardır. Özellikle açılan vakıf üniversiteleri ile, hukuk fakültesi okumanın kolaylaşması söz konusu olup, bir avukat enflasyonu oluşmuştur.

Avukatlık, bir kamu görevi olmasının yanı sıra aynı zamanda bir serbest meslek oluşuyla, mesleğinin doğasından gelen ve özünü oluşturan "bağımsızlık" unsuru, oluşan avukat enflasyonu yüzünden geri planda kalmaktadır. Yani meslektaşların pek çoğu, ofis açıp serbest avukat olarak mesleğini ifa edememekte, bir şirketin veya başka bir meslektaşının yanında sigortalı olarak çalışmak zorunda kalmaktadır. Şu anda Türkiye'deki avukatların 1/3'ü bu şekilde bağıtlı çalışan avukattır. Verdiğimiz rakamlar düşünüldüğünde, çok yakında avukatların çoğunun bağıtlı çalışan (İş Kanunu manasında işçi statüsünde) olacağı aşikardır. Bu da, mesleği ve meslektaşları ciddi anlamda tehdit etmektedir. Bırakınız bir avukatın yanında çalışmayı, yakında meslektaşlar hukukçu dahi olmayan şirketleşmiş yapılarda çalışmak zorunda kalacaklardır. Öte yandan bu çalışma, mesleğin onuruna uygun şekilde de gerçekleşmemektedir. Enflasyonun olduğu yerde ücretler düşer. Avukat enflasyonunun olduğu bu ortamda avukatlık ücretleri komik rakamlardadır. Avukatlar kimi ofislerde gece saatlerine kadar çalıştırılıp, kendilerine sözleşme çevirileri yaptırılıp mesleki gelişimleri de sağlanmadan, fazla mesai ücreti dahi alamamaktadır.

Öbür yandan bu şartları kabul etmeyip kendi bürosunu açan meslektaşlarımız ise, iş bulma zorluğu yaşamaktadır. Ofisini yeni açmış bir meslektaşla, çok ünlü hukuk bürolarının gelirleri arasında uçurum olmakla birlikte, sorumlulukları ve aidat ödentisi, pul ödentisi gibi giderleri aynıdır. Bir hukuk fakültesi mezunu stajdan itibaren meslekle ilgili hayal kırıklıklarına başlamaktadır ve anlattığımız bu sorunlar gün geçtikçe artmaktadır.

Tüm bu çizdiğimiz tabloda **barolar (ekseriyetle) ve Türkiye Barolar Birliği, özellikle genç avukatların, yani bürosunu yeni açmış veya bağıtlı çalışan avukatların sorunları açısından yetersiz kalmaktadır.** Baro yönetimleri

genellikle işveren avukatların oluşturduğu yapılardır ve meslekte daha yeni olanların sorunlarıyla yeterince ilgilenilmemektedir; bu konularda eksik kalınmaktadır. Örneğin, “İşçi Avukatlar” adlı platformun yıllardır verdiği çabayla Türkiye Barolar Birliği tarafından, bağıtlı çalışan meslektaşların işverenleriyle yapacakları bir “tip sözleşme” kabul edilmişse de, Danıştay tarafından bu yönergenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.^[9] Yürütmeyi durdurma kararında, böyle düzenlemelerin yönerge ile değil yönetmelikle yapılması gerekliliği ifade edilmiştir. Yürütmeyi durdurma kararının üzerinden altı aydan fazla zaman geçtikten sonra, Sendikamızın düzenlediği imza kampanyasının hemen ertesinde TBB yönetmeliğinin çıkarılması kararını almış ve fakat önceki yönergede getirilen pozitif maddeleri tırpanlamıştır.^[10] Ardından bu Yönetmelik (Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığında Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik), Adalet Bakanlığı tarafından veto edilmiş, yargıya taşınmış ve ne yazık ki Danıştay tarafından bu Yönetmeliğin yürütülmesinin durdurulması kararı verilmiştir (Danıştay 8. Dairesi’nin 22.09.2016 tarih ve 2015/15155 E. sayılı kararı). Henüz iptal kararı gelmemiş olmakla birlikte,^[11] TBB’nin bu davada söz konusu yönetmeliğin iptal edilmemesi ile ilgili, ne bir kamuoyu açıklaması ne de başkaca bir çabası olmuştur.

Avukatsız yargı özlemi ve avukatların daha adliyeye girerken itibarsızlaştırılması amacıyla **Avukatlık Kanunu md. 58’e rağmen** avukatların hâkim-savcılardan farklı muameleye tutularak, **adliye kapılarında (t)aranması** hususunda ise İstanbul Barosu ve TBB karşı çıkmak şöyle dursun, adeta bu uygulamayı meşrulaştıran açıklamalarla, yasayla kazanılmış hakkımızın gaspına yol açmıştır. Konuyla ilgili Avukatlar Sendikası olarak **idari yargıda açmış bulunduğumuz iptal davasına İstanbul Barosu ve TBB müdahil dahi olmamış, idareye eklemli tavrını sürdürerek meslektaşları büyük hayal kırıklığına uğratmıştır.** Söz konusu dava şu anda Anayasa Mahkemesi’nin önündedir. Biz Avukatlar Sendikası olarak, tarihi olarak kazanılmış haklarımızı korumak uğruna mücadele verirken, meslek örgütlerimiz bu mücadeleyi baltalamıştır. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi’ne Adalet Bakanlığı’nın sunduğu

[9] Bkz. Danıştay 8. Dairesi’nin 2013/10851 E. sayılı dosyası.

[10] Tip Sözleşme Yönetmeliği olarak adlandırdığımız yönetmeliğin Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığında Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik’in değerlendirmesi için bakınız: <http://www.avukatlarsendikasi.org/tbbnin-cikarma-karari-aldigi-tip-sozlesme-yonetmeligine-iliskin-aciklama/>

[11] Çalışma kaleme alındığında iptal söz konusu olmamakla birlikte, dergi yayıma hazırlanırken söz konusu yönetmelik Danıştay 8. Dairesi’nin 27.06.2018 tarih ve 2016/578 E. 2018/3664 K. Sayılı Kararı ile iptal edilmiştir -editör notu.

savunma dilekçesinde, Bakanlık kendisine referans olarak İstanbul Barosu'nun hukuksuz açıklamalarını göstermiştir.

Öte yandan, bağıtlı çalışan meslektaşlarımızla, yine avukat olan işverenleri arasındaki veyahut çalıştıkları kurumlar arasındaki hukuk davalarında (işçilik alacağı davalarında), mahkemelerin müzekkere yazarak İstanbul Barosuna emsal ücret sorduğu durumlarda, baro tarafından “serbest piyasadır, karışamayız, herhangi bir şey söyleyemeyiz” şeklinde cevap verildiği görülmüştür. Bu husustaki yönetmeliğin durdurulması ile birlikte, bir avukatın alacağı minimum (asgari) ücret dahi belirsizdir. **Diğer mesleklerdeki çalışanlar, meslek grubunun dahil olduğu sendikaların/meslek örgütlerinin verdikleri emsal ücret cevapları sayesinde ücretlerini ispatlama imkanına sahipken, ne yazık ki baronlaşan baro anlayışı yüzünden, emekçi avukatların böyle bir imkanı bulunmuyordu. Bu boşluğu, Avukatlar Sendikası doldurmuştur.** Artık, **iş mahkemeleri, avukatlar arasındaki (veya bir avukatla çalıştığı kurum arasındaki) alacak davalarında işçinin ücreti hakkındaki ihtilafta, emsal ücret araştırması için Avukatlar Sendikasına sormakta** ve diğer çalışanların kendi alanlarındaki sendikaların verdiği emsal ücret araştırması cevabı gibi biz de, avukatlık mesleğinin piyasasındaki ortalamalara göre (çalışanın kıdemi, okulu, yabancı dili, lisans üstü öğrenim seviyesi ve benzeri kriterleri baz alarak) mahkemelere cevap vermekteyiz; böylece emekçi meslektaşlarımızın emeklerini almalarına vesile olduğumuz için de oldukça mutluyuz. İşte Avukatlar Sendikası, her şeyden önce böyle bir boşluğu doldurmuştur.

Baroların yapabileceği (fakat yapmadığı) işler ve gösterebileceği duruşlara çok basit başka bir örnek daha vermemiz gerekirse, CMK ücretleri hususundaki inanılmaz adaletsizliğe ve adeta devlet soygununa değinmek gerekir: CMK ücretleri, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin dahi altındadır ve yaklaşık bu tarifenin üçte biri tutarındadır; buna karşın bir de üstüne üstlük bu ücretlerden stopaj vergisi de dahil olmak üzere her türlü vergi alınmakta, yapılan zorunlu yol giderinden dahi vergi kesilmektedir. Konuyla ilgili Adalet Bakanlığı'nın cevabi yazısıyla^[12], yol giderlerinden vergi alınmayacağı belirtilmişse de, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yol gideri makbuzda belirtilmediği sürece ödenmemekte, böylece makbuzda yol gideri belirtilerek bundan vergi kesintisi yapılmaktadır. Bununla ilgili baroların CMK müdafisi görevlendirmemesi şeklinde yapacağı basit bir yaptırımla, bu haksız uygulamaya son verilebilir. Bu ve benzeri örnekleri genişletmemiz mümkündür.

[12] Bkz. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 14.09.2011 tarihli cevabi yazısı: <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2011-69-ek2.pdf>

Avukatlar Sendikası olarak kurulduğumuz günden bu yana, **biri İstanbul Barosuna biri Türkiye Barolar Birliğine, ikisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına, biri Adalet Bakanlığına** (adliye kapısında arama yapılması uygulamasıyla ilgili açtığımız dava) olmak üzere **davalar açmış bulunmaktayız**; bunun dışında, **toplumsal bir takım davalarda da (Ayşegül Terzi Davası gibi, Akit yazarının Atatürk'e hakaret davası gibi davalarda) müdahillliğimiz bulunmaktadır.**

İstanbul Barosuna açtığımız dava, avukatın avukatı şikayetinden para alınmaya başlanması uygulamasının iptali istemidir. Vatandaşın avukatı şikayetinden para alınmasını anlayabiliriz; fakat avukatın meslektaşını şikayetinde para alınması, kabul edilemez. Avukat, o baronun genel kurulunun bir üyesidir ve disiplin kurulunun çalışması için ekstra para ödemez; baro aidatını ödeyerek baroya borcunu ödemiştir. Buna rağmen, diğer pek çok baroda bulunmayan şekilde İstanbul Barosu, avukatın avukatı şikayetinden de para almaya başlamış ve baro olarak avukatları re'sen denetleme görevi varken, herhangi bir ihlali öğrendiğinde re'sen işlem yapmak ve avukatlığa zarar verecek eylemleri önlemek yükümlülüğü varken, böyle bir ihbardan dahi ücret almaya başlamıştır. Avukatlık Kanunu gereği avukatların reklam yasağı bulunmasına rağmen, çoğunlukla büyük hukuk büroları tarafından bu yasağın delinerek inanılmaz boyutlarda reklamlar yapıldığını, hatta bunların bir kısmının utanç verici olmasına karşın baro tarafından hiçbir takip ve disiplin işlemi yapılmadığını gözlemlemekteyiz. Burada da yine baronlaşmış baro yönetimi anlayışının tezahürleri görülmektedir. Meslek kanununda açıkça yasaklanmış ve baroların denetimine bırakılmış bu alanda, barolar, özellikle İstanbul Barosu, herhangi bir çalışma yürütmek bir yana, ihbarları dahi paralı hale getirerek, avukatlık mesleğine, onuruna, kurallarına aykırı davrananlara adeta yol açmaktadır. Baronun bu tutumu, yalnızca reklam yasağı hususunda değil, diğer pek çok meslek kuralı konusunda da geçerlidir. Güçlü olanın, haklı da olsa güçsüzü ezmesine izin veren sistemimize, “çağdaş”, “ilkeli” ve sair olduklarını iddia eden baro yönetimlerimiz de ne yazık ki entegre olmuş gözükmediler.

Türkiye Barolar Birliğine açtığımız dava ise, avukat kimlik kartlarının beş yıl süreli hale getirilerek, bu beş yılın sonunda fahiş bir ücretle (barodan baroya değişen 30-70 TL arası bir ücretle) yenilenmesi, bunun yapılmaması halinde çiplerinin kullanıma kapatılarak çalışamaz hale getirilmesi şeklindeki uygulamanın iptali için açtığımız davadır. Bizim başvurumuz üzerine TBB, “Avukatlar Sendikasının önerisi” olarak konuyu yönetim kurulunda görüşmüş ve kimlik kartlarındaki bu yenileme sürecini değiştirmiştir. Yani artık, avukat kimlik kartları yeniden süresiz hale gelmiştir; fakat halen elimizde bulunan kimlik

kartlarının değiştirilmesi için yine o ücretlerin ödenmesi öngörülmektedir. Buna ilişkin de TBB'ye iptal davası açtık; devam etmektedir.

Avukatlar Sendikası dava açmaktan başka ve hatta bundan önce, barolara ve TBB'ye (elbette diğer kamu kurum ve kuruluşlarına da) yazı yazmak suretiyle görüş ve önerilerini iletmekte, iptal ya da bilgi edinme talepleri ile başvurmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi bu başvuruların bazıları olumlu sonuçlanırken, bazılarında ise yanıt dahi verilmemektedir. Örneğin, tüketici hakem heyetlerine baroların seçtiği avukat meslektaşlarımızın hangi kriterlere göre nasıl belirlendiği hususunda İstanbul Barosuna yapmış olduğumuz başvuru yanıtız bırakılmıştır. Oysaki, hepimizin ödediği aidatlar ile varlığını sürdüren ve mali konularda devletin denetimi altında bulunan, zorunlu üyeliğin söz konusu olduğu **baroların**, bu ve benzeri **seçim ve atamaları konusunda şeffaf, objektif ve denetime imkan sağlar nitelikte yapılara bürünmeleri zorunluluğu vardır**. Söz konusu başvurumuza verilmeyen yanıt, baroların (en azından İstanbul Barosunun) çalışma yöntemlerini gözler önüne sermektedir...

Baro seçimleri, özellikle İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerde, siyasi gruplar üzerinden yürütülen seçimlerdir. Yani, meslektaşların çoğu, baro yöneticilerini birebir tanımamakta, mensubu yahut sempatisini olduğu siyasi eğilime göre var olan gruplardan birinin başkan adayına ve kurullar adaylarına oy vermektedir. Bu da, **meslek sorunlarına çözüm odaklı, hukuk devleti ile birlikte avukatların haklarını önceleyen kişi veya grupların değil, siyasi gruplaşmalar sonucunda oluşmuş yapıların baroları yönetmesi** anlamına gelmektedir. Her ne kadar Avukatlar Sendikası tarafından tüm meslektaşlarımıza, baroların çalışma komisyonlarına girmeleri ve baro yönetimlerine baro içerisinden de yardımcı ve gerektiğinde eleştirel şekilde katkı vermeleri salık verilse de, yakın zamanda bu siyasi grup anlayışı dışında baro seçimlerinin yapılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, meslek haklarının korunması için, üyeleri olarak biz avukatlar barolara hem içerden hem de dışarıdan katkı sunmak ve baskı oluşturmak mecburiyetindeyiz.

Görüldüğü gibi, **Avukatlar Sendikası, baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin tekel konumunda olmalarından kaynaklanabilecek mahzurları önlemede örgütlü ve demokratik bir güçtür. Aynı zamanda, idarenin hukuka aykırı eylemleri karşısında da bir örgütlü güç ve mücadele merkezidir**. Yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve avukatlık hukuku konularında baroların ve TBB'nin eksiklerinin farkındayız; bunları gereğinde tamamlamak gereğinde de meslek örgütlerimizi harekete geçirmek, amaçlarımız arasındadır.

Barolar, zorunlu meslek örgütlerimiz olup, sendika, dernek gibi örgütlenmeler meslek örgütümüzün yerine geçecek örgütlenmeler değildir. Başta, baroların

bölünmesini getirecek tasarımlara karşı çıkmak olmak üzere, meslek örgütümüzün gücü için çalışmayı sürdürmekle beraber, eksik yapılan hususlarda da kamuoyu oluşturan bir eleştiri makamı olma gerekliliği vardır. Sendikal örgütlenme, gönüllü bir birliktelik ile bürokrasiden uzakta, çok daha dinamik bir yapılanma olabilecektir. Çeşitli hukuk dernekleri baroların gücünü bölmediği gibi Avukatlar Sendikasının da öyle bir gayesi ya da gücü bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel olarak sendikaların, barolardan tamamen farklı yetkileri mevcuttur. Avukatlar Sendikası, baroların alternatifi olmayıp, zorunlu üyelik sistemi bulunan baroların işlevlerini yerine getirirken **aksayan yanları, eksiklikleri tespit ederek barolara bu konularda uyarılarda ve tavsiyelerde bulunan, hukukun üstünlüğünün ve meslektaşların haklarının korunması konusunda barolara yardımcı ve gereğinde baskı gücü olan, kamuoyu oluşturma işlevi üstlenen (umudumuz odur ki Türkiye çapında) örgütlenmiş bir güç olarak çalışmalarını sürdürecektir.**

Türkiye'nin, tek parti iktidarının özellikle son dönemlerinde, hukuk devleti olma vasfını tamamen yitirmesi, 2 yılı aşkın süre devam eden OHAL süreci ve ardından OHAL uygulamalarının adeta yasallaştırılması ile tek adam yönetiminin kalıcı olarak tesis edilmesi, ifade özgürlüğünün tamamen bitirilmesi, tüm devlet kurumlarının kurumsallığının yok edilerek kayırmacı, rüşvetçi, rantçı bir yönetim anlayışının buralarda istenildiği gibi at koşturması, yargıç güvencesinin yok edilip tamamen itaatkar yargıç prototipinin oluşturulması, seçim güvenliğinin yok edilmesi, dolayısıyla hukuk devletinin ortadan kaldırılması, en temel hukuk prensiplerinin ayaklar altına alınarak Türkiye'nin bir otokrasi ile yönetilmeye başlaması sürecinde barolar ve Türkiye Barolar Birliği, genel olarak ifade etmek gerekirse, internet sitesi açıklamaları ve kınamaların ötesinde bir çalışma, eylem ve etkinlik gösterememiştir. Türkiye'nin geldiği şu noktada avukatlar, sistemin en istenmeyen kişileri olup, "avukatsız yargı" özlemi artık sadece eylemle değil söylemle de açıkça ortaya konmuştur. İşte tam bu dönemde, yüzbinlerce mensubu olan TBB ve baroların, Anayasal kurumlar olmalarının da verdiği yetki ve güç ile, yargı pratiğine yön vermeleri, her türlü demokratik eylem modeli ile hukuk devletini canhıraş savunmaları gerekmektedir. Cumhuriyet değerlerini savunmak da sözle değil icraatla ortaya konulmalıdır. Oysaki Mimarlar Odası dahi, hukukçu olmamalarına karşın, bu mücadelede etkinlik gösterirken, barolar pasif tavırları ile ne topluma yararlı olabilmemiş ne de kendi üyeleri olan avukatlara yeterli desteği sağlayabilmişlerdir. Avukatlar, adliyelerde, karakollarda, cezaevlerinde ve hatta baro odalarında dahi yalnız bırakılmıştır. Hukuk devletinin son savunucusu olarak kalan avukatlar yok edilmek, bastırılmak, sindirilmek istenirken, cübbelerinden tutulup yerlerde sürüklenirken, avukatlık hizmeti verdikleri için tutuklanırken sessizliğe bürünen

baroların etkili mücadele edecek yapılar haline gelmeleri için bir baskı unsuru olmak, Avukatlar Sendikası'nın temel amaçlarından biridir.

Adliyelerde yer yer avukata yapılan saygısız muamele, avukatın emeğine ve mesaisine tecavüz niteliğindeki uzun duruşma bekleme saatleri, duruşmalarda savunma hakkının kullanılmaması ve kanun hükümlerine aykırı davranılması-buna karşılık duruşma zabıtlarına gerçeğe uygun kayıt yapılmadığı için çekilen ispat zorlukları akla ilk gelen sorunlardır. Bununla ilgili tüm duruşmaların SEGBİS sistemiyle kameraya alınması^[13], avukatın saygınlığı konusunda bilinçsiz davranan personelin sıkı yasal takibi, duruşma saatleri konusunda HSK'nın "makul aralıklarla duruşma saati verilmesi" kararlarına rağmen bunu gözetmeyen yargıçların ve ayrıca meslek onuruna aykırı davranan yargıç-savcıların sıkı yasal takibi bu sorunlara karşı geliştirilebilecek ilk çözümlerdir; ve Sendika bunları yapmaktadır, yapmaya devam edecektir. Sendika adına davalar açılmakta, üye meslektaşlarımızla ilgili yapılan yasal takibatlarda müdahil olmak için başvurulmaktadır. Avukatlık Kanunu'nda getirilmesi düşünülen avukatı kısıtlayıcı hükümler, avukat olmayan kişilerin avukatlık yetkilerini gasp etmesi, bazı davalarda nispi vekalet ücretlerinin maktu vekalet ücretlerine dönüştürülerek avukatın mali gücünün sarsılması, meslektaşlara yapılan uygunsuz muameleler ve savunmanın dokunulmazlığına karşı saldırılar konusunda Avukatlar Sendikası, dinamik gücüyle mücadele edecektir.

Prof. Dr. Alpaslan Işıklı Hoca'nın dediği gibi gerçek örgütlenme sendikacılıktır.^[14] Tüm Türkiye'den meslektaşlarımızı, dinamik bir mücadele için, mesleğimize sahip çıkmak ve gücümüzü göstermek için Avukatlar Sendikası'na davet ediyorum. Kitleleştiğimiz kadar güçlü olabilir ve başarabiliriz.

[13] Ki SEGBİS Yönetmeliği Madde 12'ye göre," Görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması olanağının varlığı hâlinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlem SEGBİS ile kayda alınır." Fakat dünyanın en büyük adliyesi olan İstanbul Anadolu Adalet Sarayı'nda dahi, yasadaki zorunlu haller dışında hakimlerce uygulanmamaktadır.

[14] Alpaslan Işıklı, Gerçek Örgütlenme Sendikacılık, İmge Kitabevi, Ekim 2003.

AVUKATLAR VE LİBERALİZMİN SINIRLARI: WEIMAR CUMHURİYETİ'NDE ALMAN BAROSU*

Prof. Dr. Kenneth F. LEDFORD**
Çev.: Kasım AKBAŞ

22 Nisan 1933 Cumartesi günü *Celle* bölgesi İstinaf Mahkemesine bağlı hukukçular loncası üyeleri yeni Yönetim Kurulunu (*Vorstand*) belirlemek üzere Hannover'de toplandılar.^[1] Bu olağanüstü ve usul dışı toplantı, 30 Ocak'tan itibaren Nasyonel Sosyalist Parti'nin denetimine geçmiş olan Prusya Adalet Bakanlığının emri üzerine gerçekleştirilmiştir.^[2] Mevcut Yönetim

* *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, Ed. Terence C. Halliday ve Lucien Karpik, Oxford: Clarendon Press, 2003 içinde "*Lawyers and the Limits of Liberalism: the German Bar in the Weimar Republic*" başlığıyla yayımlanmıştır. Yazarın ve kitap editörünün izniyle Türkçeye çevrilmiştir.

** Case Western Reserve Üniversitesi.

[1] *Celle* bölgesi İstinaf Mahkemesine (*Oberlandesgerichtsbezirk*) bağlı hukukçular loncası (*Anwaltskammer*) Prusya'nın Hannover vilayetindeki ve Lippe'nin iki prensliğindeki avukatların hepsini kapsamaktadır. 1 Ocak 1933 itibarıyla toplamda 820 üyesi bulunmaktadır. Toplantıya 350'si katılmıştır ki, bu sıra dışı şekilde yüksek bir sayıdır. Toplantı çağrı kağıtları *Niedersächsisches Hauptstaatsarchiv Hannover* (NHStA), Hann. 173, Acc. 30/87, Nr. 30, '*Geschäftsberichte*'de dosyanın en önündeki ayrı sayfalar olarak yer alır. Toplantı kayıtları, hukukçular loncasının 1933 yılına ait ve yeni Nasyonel Sosyalist yönetim tarafından kaleme alınan yıllık raporlarında yer almaktadır, *ibid.*, 110-19, 112 ve H. Mundt, *100 Jahre Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtbezirk Celle* (Hannover, n.p., 1979), 43-48.

[2] İmparatorluk ve eyalet adalet bakanlıkları hakkında detaylı çalışmalar yayımlanmıştır. Bkz. L. Gruchmann, *Justiz im 'Dritten Reich' 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, İkinci bası (Munich, Oldenbourg, 1990); E. Nathans, *Franz Schlegelberger* (Baden-Baden Nomos, 1990). Hukuk ve adalete ilişkin Nasyonel Sosyalist yaklaşım için bkz. D.L. Anderson, *The Academy for German Law, 1933-1944* (New York, Garland, 1987); ayrıca bkz. K.C.H. Willig, 'The Theory and Administration of Justice in the Third Reich', basılmamış doktora tezi, University of Pennsylvania (1975).

Kurulu, Bakanlığın topluca istifa etmeleri talebini 3 Nisan'da reddetmiş; üstelik yegâne Yahudi üyenin sunduğu istifa mektubunu da “uzun yıllar süren üstün hizmetlerini göz önünde bulundurarak” kabul etmemiştir.^[3] Sonuç olarak, Adalet Bakanlığı, Yönetim Kurulunu görevden alarak yerine, 22 Nisan toplantısında “yeni devlet düzeni çerçevesinde adalet yönetiminin karşı karşıya kaldığı önemli vazifeleri yerine getirme konusunda kendisine düşen görevleri yapmaya” muhtemelen daha istekli olacak yeni Kurul seçilene kadar hukukçular loncasında “Komiserlik” yapmak üzere, yerel bir Nasyonel Sosyalist hukukçuyu, Focko Meiborg'u atamıştır.^[4]

Adalet Bakanı'nın doğrudan talimatı üzerine, genel kurul halkın katılımına da açıldı. Toplantının yapıldığı mahkeme salonunun arkasına sıralanan kahve-rengi-gömleklili *Sturmabteilung* (SA)'ların tehdidi altında, hukukçular loncası üyeleri, Nasyonel Sosyalistlerin baskın olduğu, Meiborg'un liderliğindeki listeyi seçtiler.^[5] Her ne kadar, Hannoverli muhafazakâr bir hukukçu, toplantının hemen öncesinde, bu olağanüstü genel kurulun, bilhassa dışarıdan katılımlar nedeniyle, kurallara aykırı ve illegal olduğunu ileri sürerek protestosunu yükseltmiş ve Göttingen'den bir başka hukukçu da, genel kurulun ardından Meiborg'a hitaben bir açık mektup kaleme alarak, toplantının her türlü usul kuralını ihlal ettiğini dile getirmişse de yeni Yönetim Kurulu görevde kalmayı sürdürmüştür.^[6]

Benzer şekilde, serbest çalışan avukatların ulus çapındaki örgütlenmesi olan Alman Avukatlar Birliği (*Deutscher Anwaltverein*, (DAV)) de Nasyonel

[3] Vorstand der Anwaltskammer Celle an den Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten (OLGP) Celle, 3 Nisan 1933, NHStA, Hann. 173, Acc. 30/87, Nr. 30, 91.

[4] OLGP Celle an den Herrn Vorsitzenden des Vorstandes der Anwaltskammer Celle, 3 Nisan 1933, NHStA, Hann. 173, Acc. 30/87, Nr. 30, 88 ve OLGP Celle an den Herrn Preußischen Justizminister (PJM) in Berlin, ibid., 92; alıntı PJM an den Herrn OLGP, 11 Nisan 1933, ibid., numaralandırılmamış, ayrı sayfalar'dandır.

[5] Toplantının kamuya açık olacağı emri için bkz. PJM an den Herrn OLGP, 11 Nisan 1933, ibid., numaralandırılmamış, ayrı sayfalar; toplantı çağrısı için bkz. ibid. ve 24 Nisan'da Berlin'e raporlanan sonuçlar için bkz. ibid., 102-3. Düzgün bir açıklama için bkz. Mundt, *100 Jahre Rechtsanwaltskammer*, 47-8.

[6] Rechtsanwalt Otto Kleinrath an den Herrn PJM, 20 Nisan 1933, ibid., 97; Briefwechsel mit dem Kommissar für den Vorstand der Anwaltskammer Celle, Herrn Rechtsanwalt Meiborg in Celle, zur Kenntnis. Rechtsanwalt Friedrich-Karl Walbaum, ibid., 104. Kleinrath, itirazının “Alman Ulusal Halk Partisi'nin [*Deutschnationale Volkspartei* (DNVP)] yerel liderliğinin rızası” ile yapıldığını özellikle belirtmiştir. Berlin'deki hukukçular loncasındaki heyecanlı değerlendirmeler ile diğer yerlerde yaşanan gelişmelerin bir özeti için bkz. Tillmann Krach, *Jüdische Rechtsanwälte in Preußen. Bedeutung und Zerstörung der freien Advokatur* (Munich, Beck, 1991), 215-23.

Sosyalistlerin idaresi altında bir “eşgüdüm” [Kamusal kurum ve politikaların kendilerini yeni Nazi Almanyasının gerekleri ile uyumlu hale getirilmesine *co-ordination* denilmektedir -ç.n.] tecrübe etti. 26 Mart’ta DAV, Nazi avukatlar örgütü ile birleşilmesi talebini, Yahudi üyelerinin ihraç edilebileceği sebebiyle reddetmişse de; DAV Yönetim Kurulunun Yahudi-olmayan üyelerinin ricası üzerine Yahudi Yönetim Kurulu üyeleri 7 Nisan’da istifa ettiler. 18 Mayıs’ta DAV kurumsal olarak Nazilere katıldı ve 27 Aralık 1933’te avukatlar birliği resmi olarak kendini feshetti.^[7]

Nasyonel Sosyalistlerin iktidarı ele geçirmelerine dair pek çok hususta olduğu gibi, serbest faaliyet gösteren Alman avukatlara yönelik “eşgüdüm” kampanyasının kolayca başarıya ulaşmış olması tarihçileri şaşırtır. Almanyadaki avukatlar çok uzun süreden beri, gerek kendi tasavvurlarında gerekse liberallerin onlara ilişkin yaklaşımlarında, Alman liberalizminin en önemli kazanımlarından biri olan *Rechtsstaat*’ın [hukuk devleti] yani hukuk uyarınca idare olunan devlet fikrinin, münhasır hamil ve hamileri olarak, siyasi liberalizm yanlısı olarak görülürler. Avukatların, Nasyonel Sosyalist eşgüdümün usulsüzlüğü ve hoşgörüsüzlüğüne bu kadar kolay teslim olmaları, bir şeylerin gerçekten çok yanlış gittiğini göstermektedir.

Bazı tarihçiler, Alman Yahudileri ile liberal doktrin arasındaki ilişkiden yola çıkarak bir yanıt ararlar. Önde gelen Yahudilerin barodan tasfiyesi sonucunda, avukatlar nezdinde liberal fikirlerin öncülüğünü yapacak kimsenin kalmadığını ve dümensiz kalan baronun Nasyonel Sosyalist faaliyetlerin insafına bırakıldığını ileri sürerler.^[8] Bazıları, serbest avukatları, daha genel üniversite öğrenimi görmüş hukukçular sınıfı içerisinde değerlendirerek, üniversite yaşamları ve

[7] Nasyonel Sosyalist avukatların örgütü olan Alman Nasyonel Sosyalist Avukatlar Federasyonu [*Bund nationalsozialistischer Deutscher Juristen* (BNSDJ)] 1933 öncesinde hiçbir zaman geniş bir üye kapsamına ulaşamamıştı. 1 Ekim 1931 itibarıyla yalnızca 253 üyeye sahiptir ve Konrad Jarausch bunun bütün avukatların ancak %5’ine tesadüf ettiğini tahmin etmektedir. 1933’ten hemen önce bin kadar üye kazanmıştır. K.H. Jarausch, *The Unfree Professions: German Lawyers, Teachers, and Engineers, 1900-1950* (Oxford, Oxford Univ. Press, 1990), 102, 109, 254’deki Tablo A.16. Krach, *Jüdische Rechtsanwälte*, 146-51’de “[BNSDJ]’nin yarattığı yankı, açık ki, pek hafifti” der. DAV’ın eşgüdümüne dair açıklamalar için bkz. F. Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte, 1871-1971*, İkinci baskı (Essen, 1982), 229-35; Krach, *Jüdische Rechtsanwälte*, 223-36, özellikle 223-32; H. Göppinger, *Juristen jüdischer Abstammung im “Dritten Reich.” Entrechtung und Verfolgung*, İkinci baskı (Munich, Beck, 1990), 118-21 ve Jarausch, *The Unfree Professions*, 116-19’de “Avukatlar mesleklerini korumak adına liberal geleneklerini ve yere göğe sığdıramayan özerkliklerini, şaşılacak bir hevesle feda ettiler” sonucuna ulaşır.

[8] I. Müller, *Hitler’s Justice: The Courts of the Third Reich*, Çev.: Schneider, Deborah Lucas (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991), bölüm 8, “Purges at the Bar”, 59-67.

askerlik hizmetleri süresince baştan aşağıya monarşist ve milliyetçi kültürle bulandıklarını, büyük çoğunluğunun Cumhuriyet'le, en iyi ihtimalle geçici olarak uzlaşmış olduklarını, en kötü ihtimalle ise ona düşman olduklarını iddia ederler.^[9] Nihayet, İkinci İmparatorluk, Weimar Cumhuriyeti ve Üçüncü Reich [Üçüncü İmparatorluk veya Nazi Almanyası] dönemlerindeki mesleki gelişmelere ilişkin yakın zamanlı çalışmalar, avukatların 1920'ler ve 1930'ların başında görülen genel ekonomik zaruretlerle çakışacak şekilde ortaya çıkan, hukuk mezunları ile avukat sayısındaki artışa dayalı mesleki kalabalıklaşmanın sebebiyet verdiği ciddi mali sıkıntılarına vurgu yapmaktadırlar.^[10] Konrad Jarausch, Alman hukukçular ile liberalizm ittifakının kümülatif hiper-enflasyon, stabilizasyon ve depresyon krizi esnasında çözüldüğünü ileri sürer. Avukatlar, mesleki meselelerin idaresinde liberal pratikleri bir yana bırakarak, genel kültürel alandaki neo-muhafazakâr hatta *völkisch* [halkçı ve/veya milliyetçi] fikirlere kucak açmışlar, siyasi alandaki liberalizmi reddetmişlerdir.^[11]

1933'ün ilk aylarındaki dramatik olaylara ve 1929-33 arasındaki iktisadi altüst oluşlara odaklanıldığından, Alman serbest avukatlık mesleği ile siyasi liberalizm arasındaki 1830'lardan 1933'e kadarki ilişkinin ve liberal ideolojinin ve kurumlarının 1920'lerdeki genel krizin hikâyesi geri planda kalmıştır. Bu çalışmada aksine, Alman hukukçuların liberalizmi bir yana bırakmalarının sebebinin, mesleki çıkarlarını korumak üzere hamle yaptıkları her seferinde, liberal uygulamaların başarısız olması nedeniyle çözüm bulamamaları olmadığı ileri sürülecektir. Eşgüdüm hızlı gerçekleşmiştir zira avukatlık örgütünün ideolojik ve kurumsal yapısının -keza siyasi liberalizmin de- yeni bir maddi adalet nosyonuna, farklı hükümet ajanlarının alışık olunmadık faaliyetlerine

[9] Weimar zamanında Alman yargısının siyasi muhafazakârlığına dair gözlemler yeni tarihidir. Bkz. E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (Berlin, 1927; repr. Darmstadt, 1968) ve T. Rasehorn, *Justizkritik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der Zeitschrift 'Der Justiz'* (Frankfurt, Campus, 1985). Ayrıca bkz. R. Angermund, *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung* (Frankfurt, Fischer, 1990) ve *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, ed. Ralf Dreier ve Wolfgang Sellert (Frankfurt, Surhkamp, 1989). Radikal milliyetçilik ve hukuk fakülteleri özelinde üniversitelerdeki liberalizm dışı çevreler için bkz. K.H. Jarausch, *Students, Society and Politics in Imperial Germany: The Rise of Academic Illiberalism* (Princeton, 1982).

[10] Jarausch, *The Unfree Professions* ve McClelland, Charles E., *The German Experience of Professionalization: Modern Learned Professions and their Organizations from the Early Nineteenth Century to the Hitler Era* (Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1991).

[11] K.H. Jarausch, "The Decline of Liberal Professionalism: Reflections on the Social Erosion of German Liberalism, 1867-1933" *In Search of a Liberal Germany: Studies in the History of German Liberalism from 1789 to the Present* içinde ed.: K.H. Jarausch and Jones, Larry Eugene (New York, Oxford ve Munich, Berg Publishers, 1990), 261-86, 284'te.

ve mesleğin içinde işleyişi akamete uğratabilecek çatışmalara uyum sağlamakta yetersiz kaldığı görülmüştür. Kısacası, her ikisi de liberalizmin ürünü ve emaresi olan, avukatların problemlerin çözümüne prosedürel yaklaşımları ve elitlerin hakimiyetindeki baro, 1919 ilâ 1933 arasındaki dönemde karşı karşıya kalınan envaiçeşit anlaşımlağla dair etkili çözüm önerememiştir.

Hukuk mesleğİ ile siyasi liberalizmin güzergâhlarını iki unsur birleştirir. Birincisi, her ikisi için de, en net ifadesini Almanların, devletin faaliyetlerini öngörülebilir, genel ve kesin olacak şekilde önceden konulmuş kurallara bağlamayı amaçlayan *Rechtstaat* kavramında bulan prosedürelleğinin hayati bir önem taşımasıdır.^[12] Esasen pratik bir liberalizm tanımı; az çok âdil ancak devleti sınırlandırabilmek için belli bir formda, bilinebilir ve kesin, içerisinde pek çok birbiriyle rekabet eden adalet ve iyi hayat nosyonunun yarışabileceğİ usuller kümesine vurgu yapan bir siyasi doktrin şeklindedir.^[13] *Rechtstaat*'ın Alman liberal tasarımıdaki merkeziliğİ, hukuk uygulayıcılarının prosedürel analitik düşünce sistemleri ile siyasi liberalizmin prosedürelleğİ arasında bir yakınlık doğurmuştur.^[14] Liberaller, bağımsız bir serbest avukatlık mesleğinin, liberal siyasi kültür için önemini kavramışlar; *Rechtstaat*'ı güvence altına alacak bir hukuki reform programı için uğraşmışlardır. Buna mukabil, avukatlar da kendi mesleklerinin yapısına yönelik reform kampanyasının toplumun genel çıkarlarının faydasına olacağı şeklindeki bir düşünceyi benimsemiş ve savunmuşlardır. Liberallerin avukatları *Rechtstaat*'ın sosyal hamilleri olarak görmeleri, serbest avukatların daha yüksek bir statü ve bağımsızlık arzuları ile birbirini

[12] Alman *Rechtstaat* kavramının tartışmalı içeriğİ için L. Krieger, *The German Idea of Freedom: History of a Political Tradition* (Chicago, Univ. Of Chicago Press, 1957), özellikle 252-61. Ayrıca bkz. W.-W. Böckenförde, "The Origin and Development of the Concept of *Rechtstaat*", *State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law* içinde Çev.: J.A. Underwood (New York, Berg Publishers, 1991), 47-70.

[13] M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 1982), 113-22. Sandel'in kitabı J. Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford, Oxford Univ. Press, 1971)'in liberal doktrininin geniş bir eleştirisidir. Bu hayli sınırlandırılmış liberalizm tanımı, kavramın tümüyle anlamsız veya keyfi kullanımlarına karşı geliştirilmiştir bkz. J. Breuilly, "State-Building, Modernization, and Liberalism from the Late Eighteenth Century to Unification: German Peculiarities," *European History Quarterly* 22 (1992): 257-84, 277.

[14] D.J. Gerber, "Idea-Systems in Law: Images of Nineteenth-Century Germany," *Law and History Review* 10 (1992): 153-67, "düşünce sistemi" kavramını görece özerk, sistematik anlamda birbiriyle ilişkili, organik bir bütün olarak ele alınabilecek düşüncelere atıfla kullanmaktadır. Burada kavramı yalnızca modern hukukçuların prosedürel analitik yaklaşımlarının kısaltması olarak kullanıyorum.

tamamlamıştır. Avukatların mesleki tasarımları, liberalizmin sosyal ve siyasi tasarımı ile birleşmiştir.^[15]

1877-9'da *Reichstag* [Prusya İmparatorluk Meclisi], mahkemelerin örgütlenmesine, medeni ve ceza yargılaması usullerine ve avukatlık mesleğinin yapısına dair kapsamlı reformlara vücut veren İmparatorluk Adalet Yasalarını yürürlüğe koyar.^[16] Ancak bu büyük yasama zaferinin, Almanya'nın siyasi birliğinin sağlanmasının ardından siyasi liberalizmdeki kabarmanın bir işareti olduğu anlaşılmaktadır.^[17] 1878'de ve tekrar 1879'da Alman siyasi liberalizmi, koruyucu vergiler ve nezuher Sosyal Demokrasi'ye yönelik baskıcı yasalar hakkındaki tartışmalar nedeniyle yeni ve daha derin bir çatlakla karşı karşıya kalmış; bölünen hareket, daha sonra daha da parçalanmasına ve etkisini mutlak şekilde yitirmesine sebep olacak derin bir seçim yenilgisi almıştır. Serbest avukatların örgütlenmesi konusunda 1879, yeni bir kurumsal hikâyenin başlangıcını ve avukatlar ile liberalizm arasındaki ikinci hayati bağa işaret eder. Serbest avukatlar kendilerine, Alman liberal partilerinin gücünü ve zayıflıklarını yansıtan kurumlar inşa etmişlerdir. Her ikisinde de elit, saygı temelli bir muteber kişiler örgütsel yapısı söz konusudur.^[18] Bu kurumsal çerçevede avukatlar, liberal bir mesleki ideoloji inşa ederek, 1918 öncesinde, öngörülebilirlik ve mesleki çıkarlarını

[15] “Mesleki tasarım” kavramı yapısalcı sosyolojik kabullere dayanır, M. Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (Berkeley and Los Angeles, 1977). Liberalizmin “orta sınıf tasarımı” ile mesleki tasarım arasındaki ilginç bağlantı için bkz. H. Siegrist, “Bürgerliche Berufe. Die Professionen und das Bürgertum” *Bürgerliche Berufe. Zur Sozialgeschichte der freien und akademischen Berufe im internationalen Vergleich* içinde ed.: H. Siegrist (Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1988), 11-48.

[16] İmparatorluk Adalet Yasalarının benimsenmesi ile ilgili tartışma için bkz. K.F. Ledford, “Lawyers, Liberalism, and Procedure: The Imperial Justice Laws of 1877-79,” *Central European History* 26 (1993): 165-93.

[17] D. Langewiesche, “German Liberalism in the Second Empire, 1871-1914” *In Search of a Liberal Germany* içinde Ed.: Jarausch and Jones, 217-35, 218'de şöyle der: “Alman ulus devletinde siyasi yaşamın normalleşmesi, liberallerin müstesna konumlarını kaybetmeleri, bütün bir ulusun vücut bulduğu hareket olmaktan çıkıp, diğerleri gibi bir parti olmaları anlamına gelir”.

[18] Kavramın Almancası *Honoratiorenorganisation*'dir ve en iyi açıklaması şuradadır: T. Nipperdey, “Verein als soziale Struktur im späten 18 und frühen 19. Jahrhundert”, *Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert* içinde, Ed.: Hartmut Boockmann, et al. (Göttingen, 1972), 1-44. Bu, siyasi partilerin yapısına dair analize dayanır, *Honoratiorenpolitik*, H. Boockmann *Die Organization der deutschen Parteien vor 1918* içinde (Düsseldorf, Droste, 1961). G. Eley muteberlerin siyasetine dayalı olarak örgütlenen liberal partilerin karşı karşıya geldikleri zorlukları açıklar, “Notable Politics, the Crisis of German Liberalism, and the Electoral Transition of the 1890s”, *In Search of a Liberal Germany* içinde, Ed.: Jarausch and Jones, 187-216 ve G. Eley, *Reshaping the*

savunma çabalarına üst düzey başarı kazandıracak şekilde, bürokrasi ve yasama ile huzurlu bir ilişki kurmuşlardır. Muteber kişiler örgütlenmesi, avukatların, basit çıkarların üstünde oldukları ve özel kazanımlardan ziyade ortak iyiyi, özellikle de Hegelci anlamda “evrensel sınıf”ı temsil ettikleri yolundaki kanaat ve tutumun işareti olmuştur. Ne var ki, bu elitist ve saygı temelli kurumsal yapının, özel çıkar grupları siyaseti çağında yetersiz olduğu görülmüştür.

Aynı mesleki reformlar, meslek içerisinde büyük bir değişim yaratmıştır. Kayıtların açılması, baronun hızla kalabalıklaşmasına ve buna dair yeni kaygıların oluşmasına sebebiyet vermiştir.^[19] Daha evvel dışlanan veya hukuk öğrenimi göremeyen sosyal gruplar, şimdi baroya dolmuşlardır.^[20] Sosyal değişim ve piyasa baskısı, avukatları, baro içerisinde yeni çatışmalara sebep olacak şekilde yeni kariyer yolları aramaya yöneltmiştir. Farklı avukat grupları arasında birbiriyle çelişen çıkarlar oluşmaya başlamış ve bu da mesleki kurumlar dahilindeki mevcut düzenlemeleri zorlayacak şekilde, birbiriyle yarışan ve çelişen özel çıkar örgütlerini ortaya çıkarmıştır. Bu rekabet halindeki çıkar grupları, ortaya çıkan ihtilaflara hem meslek içerisinde hem de devlet, bürokrasi ve yasama kurumlarına başvurmak suretiyle çözümler aramaya başlamışlardır. Birinci Dünya Savaşı'nın ve devrimin yarattığı çalkantılar ve kargaşa, Weimar Cumhuriyeti'nde baronun, yeni mesleki kompozisyon ve içerisinde faaliyet göstereceği koşullar gerçeği ile ilgilenmesi gerektiğini göstermiştir.

İkinci İmparatorluk döneminde (1871-1818), Alman avukatlık örgütü, monarşik devlet yapılanması ile huzurlu ilişkilerini sürdürmüştür. Mesleği ilgilendiren düzenlemeler, büyük oranda Prusya Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmakla birlikte, İmparatorluk Adalet Ofisi (daha sonra Bakanlığı) tarafından yürürlüğe konulmuştur. Baro, her iki bürokratik yapı ile de yakın ilişkiler

German Right: Radical Nationalism and Political Change after Bismarck (New Haven, 1980), 19-40.

[19] Almanya'da avukat sayıları 1880'de 4.901'den, 1901'de 6.800'e ve 1913'te 12.297'den 1932'de 18.036'ya yükselmiştir, bkz. Tablo A.5a, “Increase in Attorneys: German Lawyers”, *Unfree Professions* içinde 238. Ayrıca bkz. K.F. Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers 1878-1933* (Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1996).

[20] Mesleğin sosyal farklılaşmasının hikâyesi karmaşıksa da, avukatların değil tacirlerin ve üniversite öğrenimi görmüş kişilerin çocuklarının sayısında bir artış ve özellikle de taşra ile bazı büyük kentlerdeki mahkemelerinde avukat ile kamu görevlilerinin çocuklarının sayılarında bir düşüş yaşanması şeklinde özetlenebilir. Bkz. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, Tablo 5.3-5.6., 147-50. Musevilerin, özellikle yöneticilik ve yargı gibi diğer alanlardaki ayrımcılık nedeniyle 1878'den sonra avukatlığa yönelmeleri ile ilgili olarak bkz. Krach, *Judische Rechtsanwälte*, 14-32 ve K. H. Jarasch, “Jewish Lawyers in Germany, 1848-1938—The Disintegration of a Profession,” *Yearbook of the Leo Baeck Institute* 36 (1991), 171-9.

kurmuştur. *Reichstag*'ta liberal partiler iktidarda kaldıkları sürece, avukatların sahip oldukları önemli işlevler onlara, bu yapı içerisindeki her türlü yasama faaliyeti üzerinde ikincil bir etki yaratma imkânı sağlamıştır.^[21] İmparatorluk 1918 Kasım'ında çöküp, yerine 1919'da Weimar Cumhuriyeti kurulurken ortaya çıkan kargaşada, yalnızca monarşiler ve baro ile Adalet Bakanlıkları arasında gelişen huzurlu ilişkiler kaybolup gitmekle kalmamış; avukatların en çok özdeştirildiği liberal partiler için de kapsamlı siyasi sonuçlar ortaya çıkmıştır. Seçmenleri neredeyse bütün bir sanayi işçileri sınıfını kapsayan Alman Sosyal Demokrat Partisi (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, (SPD)) ile Merkez Katolik Parti (*Zentrum*) Weimar döneminin en büyük partileri olmuştur ve ikinin de avukatlar için özel bir cazibesi yoktur. İki liberal parti, Alman Demokrat Parti (*Deutsche Demokratische Partei*, (DDP)) ve Alman Halkçı Parti (*Deutsche Volkspartei*, (DVP)), başlangıçta dikkate değer bir seçmen desteği bulmuş olmalarına -DDP 1919 ve DVP 1920'lerin ortalarındaki seçimlerde olmak üzere- rağmen, 1932 yılı ve ekonomik kriz dönemi itibarıyla, bu iki parti bütün oyların ancak yüzde ikisini alabilmişlerdir.^[22] Dolayısıyla Weimar Cumhuriyeti'nde Alman avukatlar, iki büyük partinin genel seçmen çıkarları adına, avukatlara hayli yabancı gelen sosyalist veya organik-korporatist politikalar güttükleri bir siyasi konjonktürle karşı karşıya kalmışlardır. Ayrıca avukatlara hem ideolojik bir yurt hem de kamusal alana sızma imkânı sağlayan liberal partiler, seçmen ve sosyal tabanlarında dolayısıyla idari etkililiklerinde sert bir erime yaşamaktadırlar. Alman liberal siyasi partilerinin 1871 ile 1933 arasındaki acıklı hikâyeleri iyi bilinir ve çokça dile getirilmiştir.^[23] Bu makalede bunun yerine, serbest avukatların buna paralel ancak daha az bilinen hikâyelerine yoğunlaşılacaktır.

Avukatlar, Liberalizm ve Usul: *Rechtstaat*

Hegel, *Hukuk Felsefesi*'nde devlet görevlilerini sivil toplumda veya devlette "topluluğun evrensel çıkarlarını" temsil eden "evrensel sınıf" veya "genel tabaka" olarak henüz yeni tespit ettiğinde, Prusya hukuku üst düzey devlet görevlilerinin

[21] Avukatlar, iki yılda bir yapılan genel kurullarda usul hukukunda ve avukatlık kanununda değişiklik yapılmasını sürekli tartışmışlardır. DAV yönetim kurulu İmparatorluk veya Prusya Adalet Bakanlıklarına resmi başvuruda da bulunmuştur. Örneğin bkz. Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 39-46.

[22] Weimar döneminde liberal partilere ilişkin eksiksiz bir çalışma için bkz. L.E. Jones, *German Liberalism and the Dissolution of the Weimar Party System 1918-1933* (Chapel Hill, 1988). Ayrıca bkz. Langewiesche, *Liberalismus in Deutschland* (Frankfurt, Suhrkamp, 1988), 240—86, ve Tablo 16: "Reichstagswahlen in der Weimarer Republik," 334.

[23] Jones, *German Liberalism* ve Langewiesche, *Liberalismus* dışında 1918'e kadar olan dönem için bkz. J. J. Sheehan, *German Liberalism in the Nineteenth Century* (Chicago, 1978).

hukuk yüksek öğrenimi görmüş olmaları gerektiğini çoktan düzenlemişti.^[24] Ancak, 1819'da devletin öncülüğünde başlatılan reformun yarattığı tehdit, liberalleri, genel çıkarların hamiliğini yapacak, siyasi denetimin ve vesayetin bir derece daha dışında, bir başka sosyal grup arayışına yöneltti. Kimileri, yargısal bağımsızlık için kuvvetler ayrılığı argümanına dayanarak, aklına yargıyı taktı.^[25] Kimileri ise, 1830'lardan yirminci yüzyıla kadar, serbest avukatların, bir kez devlet denetiminde kurtulduktan sonra, Alman halkına yurttaşlık becerileri anlamında rehberlik yapabileceklerine, Alman toplumunu ıslah edebileceklerine ve siyasi liderlik için doğal bir cazibe yaratabileceklerine kani olmuşlardı.^[26]

Carl Josef Anton Mittermaier, 1832'de, avukat olarak yerine getirdikleri profesyonel rolleri gereği her bir hukukçunun "yardıma ihtiyacı olana danışman, başı dertte olana vekil, yargıçlara denetimci, her türlü ezilenin her daim dikkatli koruyucusu, bir zamanlar oluşturulmuş içtihatların tercümanı, yasanın yorumcusu olarak" hizmet ettiğini vurgulamaktadır.^[27] Ancak avukatların liberal siyasi işlevleri, mesleki pratikleriyle sınırlı değildir. Friedrich List, 1834'te,

[24] Bkz. Reinhart Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung vom 1791 bis 1848* (Stuttgart, 1967); özellikle G.W.F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right*, Ed. ve Çev.: T. M. Knox, Oxford: Oxford University Press, 1952, §§25, 303 (132, 197-8'de). Hegel *Hukuk Felsefesi*'ni 1821'de yayımlamıştı. 1817'den itibaren Prusya bürokrasisinde yer alan yöneticilerin tamamının bir Alman üniversitesinde en az üç yıllık hukuk öğrenimini tamamlaması zorunlu kılınmıştır. Devlet görevlilerinin hukuk öğrenimi görme zorunluluklarının tarihi için bkz. W Bleek, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg*, (Berlin, 1972). Ayrıca bkz. J R. Gillis, *The Prussian Bureaucracy in Crisis 1840-1860: Origins of an Administrative Ethos* (Stanford, 1971).

[25] C. von Rotteck, bağımsız yargının özgürlük için ne kadar hayati olduğuna ilişkin düşüncesini şöyle dillendirmiştir: "Eğer mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçların güvenceli konumları sona erecek olursa... toplumun kendini feshetmesi ve bireylerin, tabiat halinde var olan ve devletin artık sağlayamayacağı haklarını kendi kendilerine elde etmeye çalışmalarında fayda vardır". (C. von Rotteck, "Justiz," *Staats-Lexikon oder Encyclopdie der Staatswissenschaft* içinde Carl von Rotteck and Carl Welcker, 15 cilt (Altona, 1834-43), 8 (1839): 720-56, 756).

[26] L. O'Boyle *Vormärz*'de avukatların siyasi rollerine ilişkin normatif argümanı tarif eder: "Liberaller ve demokratlar için avukatların durumu, daha geniş bir siyasi değerlendirmeyi gerektirir hale geldi. Avukatların statülerinin iyileştirilmesi, siyasi liberalizmin yaygınlaştırılmasından ayrı görülemezdi... Halka, hukuk altında yaşamanın önemini ancak saygın ve bağımsız hukukçular anlatabilirdi. Avukatlar, serbest hükümet mücadelesinde yalnızca muhtemel değil, daha ziyade zorunlu müttefikler olarak görülmeye başlandılar". (L. O'Boyle, "The Democratic Left in Germany, 1848," *Journal of Modern History* 33 (1961), 374-83, 379).

[27] C. J. Anton Mittermaier, "Die künftige Stellung des Advokatenstandes," *Archiv für die civilistische Praxis* 15 (1832): 138-5, 138-9 (Yazarın kendi çevirisi).

uygulamadan kazanılan tecrübenin avukatlara “halkı hak ve ödevleri konusunda eğitime, hukuki durumu düzeltme, daha ileri bir hukuk doktrini geliştirme ve hukuku daima halkın genel kültürü ile uyumlu tutma yüksek vazifelerini” tevdi ettiğini ileri sürer.^[28] 1867’de, *Rechtstaat*’ın önde gelen teorisyenlerinden Rudolf von Gneist, serbest avukatların, Alman toplumunu kendi idaresini kazanma yolunda harekete geçirebilecek “Arşimed noktası” olduğunu iddia etmektedir. “Serbest işleyen bir baro, daha geniş ölçekte sosyal hayatın, kendi kendini idarenin, anayasal yaşamın her türlü bağımsızlığının önkoşulu olmak dışında bir anlama gelmez”.^[29]

Liberalizmin avukatlara ihtiyacı bulunuyordusa da, on dokuzuncu yüzyıl gözlemcileri, avukatların da buna mukabil, liberalizme bir yakınlık duyduklarına kesinkes inanmaktadırlar.^[30] Bu kanı, kimi kanıtların da gösterdiği üzere yirminci yüzyılda da korunmuştur. Avukatlar 1848-9 Alman Ulusal Meclisinde öncü bir rol oynamışlardır. Birinci Dünya Savaşı öncesinde, Ulusal Liberal ve İlerici partilerinin (Alman siyasi yelpazesinin iki temel liberal partisi) çoğu önderi serbest çalışan avukatlardır.^[31] Dolayısıyla avukatlar, siyasi liberal programı,

[28] F. List, “Advocat,” *Staats-Lexikon* içinde ed.: von Rotteck ve Welcker, eds., Cilt I (1834), 363-77, 366.

[29] R Gneist, *Freie Advocatur. Die erste Forderung alter Justizreform in Preußen* (Berlin, 1867), 49, 70 (Yazarın kendi çevirisi). Gneist Berlin’de bir hukuk profesörüdür. Ayrıca *Reichstag*’ta Ulusal Liberal parti temsilcisi ve *Verein für Sozialpolitik* kurucusudur.

[30] Burke ve Tocqueville’den beri gözlemciler, avukatların Fransız Devrimi’ni desteklediklerini söylemektedirler; E. Burke, *Reflections on the Revolution in France* (Garden City, N.Y., 1973), 54, ve Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, 2 vols. (New York, 1945), 1:284-5. Daha detaylı tezler için bkz. L.R. Berlanstein, *The Barristers of Toulouse in the Eighteenth Century (1740-1793)* (Baltimore, 1975), 148-82; Michael P. Fitzsimmons, *The Parisian Order of Barristers and the French Revolution* (Cambridge, Mass., 1987), 196-8; D.A. Bell, “Barristers, Politics, and the Failure of Civil Society in Old Regime France,” *Politics Matter: Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism* içinde Ed.: Terence Halliday and Lucien Karpik, bölüm 2 (Oxford, 1996) ve D.A. Bell, *Lawyers and Citizens: The Making of a Political Elite in Old Regime France* (Oxford, 1994). Ayrıca bkz. Adolf Weißler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft* (Leipzig, 1905), 458.

[31] Frankfurt’taki Alman Milli Meclisi’nde 1848-9’da 812 delege ve yedeklerinin 445’i *Volljuristen*, yani bir hukuk öğrenimi tamamlayıp, hukuki kariyer yapmış kişilerdi. W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments* (Bern and Frankfurt, 1976), 33-34. Bkz. F. Eyck, *The Frankfurt Parliament 1848-1849* (London and New York, 1968), 57-102, özellikle 95’deki Tablo 1. *Reichstag*’taki liberal partiler arasında avukatların üstünlüğü çarpıcıdır. Birinci *Reichstag*’ta (1871) Ulusal Liberal 120 temsilcinin 17’si serbest çalışan avukatı. İkinci’de (1874)

vesayetçi devletin müdahalelerinden kaçılacak bir alanda şahsi ve mesleki güven-
ceye ulaşmak üzere bir araç olarak büyük oranda benimsemişlerdir. 1920'lerin
başlarında bile, Max Weber, avukatların siyasete ve siyasi liberalizme dair bir
hevese sahip olduklarına inanmaktadır:

“Fransız Devrimi çağında, hukuki rasyonalizmin önde gelen temsilci-
leri serbest avukatlardı. Modern serbest avukat ile modern demokrasi, o
dönemden beri ayrılmaz bir birlik oluşturmuştur... Siyasi partilerin ortaya
çıkması ile serbest avukatların önem kazanması, tesadüf değildir. Siyasetin
siyasi partiler eliyle idare edilmesi, özetle çıkar grupları eliyle idare edilmesi
anlamına gelir... Ve, menfaat sahibi bir taraf için bir davayı etkin bir şekilde
sürdürmek öğrenim görmüş bir avukatın zanaatıdır”.^[32]

Böylece, mesleki eğitimlerinin bir gereği olarak avukatlar, modern toplumda
siyasi önderlik ve bilhassa da liberal siyasi partilerin liderliği konusunda yerine
getirecek önemli bir işleve sahiptirler.

Avukatların liberalizme yatkınlıklarının ötesinde, söz konusu meslek ile
ideoloji, prosedürelilik ve formalizme dair ortak bir vurguya sahiptir. Meslek
ile siyasi söylemin kesişme noktası ise *Rechtstaat*'tır. Modern Batılı hukuk sis-
temleri, hukukta usul ve maddi içerik bakımından temel bir ayrıma sahiptir.
Maddi hukuk, bireylerin birbirlerine ve devlete karşı hak ve ödevlerini belirler;
toplumun refah ve güvenliğini tesis edecek davranış kurallarını ifade eder. Usul
hukuku ise, maddi hukukun uygulanacağı süreçlerden ibarettir; hak ve ödevlerin
neler olduğunu söylemez, yalnızca uygulanma usullerini gösterir ve böylece
ortaya çıkacak sonuçlara dair bir öngörülebilirlik ve düzenlilik sağlar.^[33] Avukatlar

152'nin 19'u, Üçüncü'de (1877) 127'nin 12'si ve Dördüncü'de (1878) 98'in 10'u avukatı.
Sayı, 1880'lerde düşmüşse de, 1912'de yine 44'te 9'a çıkmıştır. Benzer şekilde, 1912
Reichstag'ındaki İlerici Partinin 42 temsilcisinin 12'si serbest avukatı. W. Kremer, *Der
soziale Aufbau der Parteien des Deutschen Reichstages von 1871-1918*, Yayımlanmamış
doktora tezi, University of Cologne (1934), 13-14, 46-47. Kremer'den aktarılan
Langeweische, *Liberalismus*, Tablo 7, 312-13 ve Sheenan, *German Liberalism*, 239-41'e
bilhassa dikkat çekilmelidir.

[32] M. Weber, “Politik als Beruf” *Gesammelte Politische Schriften* içinde, 505-60, 522-3,
524 (Yazarın kendi çevirisi). H.H. Gerth ve C. Wright Mills tarafından yapılan çeviri
Weber'in, Almanya'da serbest mesleğe yalnızca dörtte birinin dahil olduğu hukuk yüksek
öğrenimi görmüşler (*Juristen*) ile serbest çalışan avukatlar (*Advokaten*) arasında yaptığı
ayrımı yeterince iyi vurgulamamaktadır. M. Weber, “Politics as a Vocation,” *From Max
Weber* içinde, Ed.: Gerth ve Mills, 77-128, 93-4, 94-5.

[33] Milton D. Green, *Basic Civil Procedure*, İkinci baskı (Mineola, N.Y., 1979), 5-6. Almanca'da
ayrım *materielles Recht*; maddi hukuk, hukuku bu şekilde buyuran yasalar ile *formelles
Recht*; formal hukuk, maddi hukukun uygulanmasına yarayan yasalar şeklindedir. İlki

maddi hukuku, yasama veya içtihat tarafından temin edilmiş, yani verili kabul ederler. Onların avukat olarak görevleri, uygulanacak maddi hukuku bulmak, ama çok daha önemlisi usul hukukunu hünlerli bir şekilde manipüle etmek suretiyle müvekkillerinin davasına en uygun, dolayısıyla kazanma ihtimalini en fazla artıracak şekilde tatbik edilecek halde sunmaktır.

Formel, rasyonel modern hukuk sistemlerinde usul düzenliliği, istikrar ve genellik hukuk düzeninin bütününe meşruluk kazandırır.^[34] Liberalizmde esas olan hukukun üstünlüğü [*Rechtstaat* ve/veya hukuk devleti] teorileri, on dokuzuncu yüzyılda ve büyük oranda prosedürel kurgular olarak ortaya çıkmıştır.^[35] Niklas Luhmann'ın da ifade ettiği üzere, usul devletin kamu alanında, sözleşmenin toplumun özel alanında gördüğüne benzer bir işlev görür: En kapsamlı güvenlik ve özgürlük tedbirlerini sağlayacak sihirli bir formül olma işlevi...^[36] Liberalizm, devletin temel hedefi olarak prosedürel hakkı, iyi'nin maddi belirleniminin üstünde görür. Bu da, düşüncenin hukuki formları ile liberal doktrin arasındaki yakınlığı artırır.^[37] Alman hukukçularının eğitimlerini aldıkları hukuk düşüncesinde ve sosyalleştikleri hukuk düzeninde usulün önemi, liberalizmin prosedürel mizacı ile birleşerek siyasi liberalizm ile özdeşleşme temayüllerini pekiştirir.

maddi hukuka diğeri usul hukukuna ilişkindir. Bkz. "Recht," maddesi *Rechtswörterbuch* içinde, Carl Creifelds, Sekizinci bası (Munich, 1986), 897-8, 898.

- [34] Habermas, Weber'in modern hukuk düzeni kavramını, J. Habermas, *Theory of Communicative Action*, 2 cilt, Çev.: Thomas by McCarthy (Boston, 1984), cilt. 2, *Reason and the Rationalization of Society*, 254-71, özellikle 264-5'de aşırı formel olmakla eleştirmişse de, kendisinin Weber'in hukuk sosyolojisi okuması da eleştirilmiştir. S.Ewing, "Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law," *Law and Social Inquiry* 21 (1987): 487-512, 506-11.
- [35] Hukukun üstünlüğünün en önde gelen İngiliz kuramcısına göre kavramın özü, bireysel hakları koruyacak tedbirleri sağlayan usullerin hüküm altına alınmasıdır: "Habeas Corpus yasaları ne bir ilke ne de bir hak tanımlar; ama bireysel özgürlüğü güvenceye alınmasında yüz tane anayasa maddesine bedeldir". A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Üçüncü bası (London, 1889), 184-9, 187. Judith Shklar, Montesquieu'nun Hukukun Üstünlüğü kavramının tamamen ceza davalarındaki usule ilişkin olduğunu ileri sürer ve Dicey bu çabayı daha da ileri taşımış, yargısal kesinliğin yapısı veya amacından ziyade formuna bakmıştır. Judith Shklar, "Political Theory and the Rule of Law," *The Rule of Law. Ideal or Ideology* içinde, Ed.: Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan (Toronto, 1987), 1- 16, 5, 6.
- [36] Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (Neuwied, 1969), 7, ve özellikle "Gerichtsverfahren" üzerine 55—135.
- [37] M.J. Sandel, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self," *Political Theory* 12 (1984): 81-96, *Communitarianism and Individualism* içinde yeniden basım, Ed.: Shlomo Avineri and Avner de-Shalit, (Oxford, 1992), 12-28.

Alman *Rechtstaat* kavramı da maddi-prosedürel dikotomisini içerir.^[38] Alman siyasi ve anayasal teorisi içerisinde 1815'ten sonra ortaya çıkmaya başlayan *Rechtstaat* öğretisi, on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren bir değişim geçirerek, devletin amaçlarına dair bir yönerge olmaktan çıkıp devlet faaliyetlerinin harici formlarına dair bir yönerge haline gelmiştir.^[39] Muhafazakâr teorisyen Friedrich Julius Stahl'ın katı prosedürel formülasyonu liberallerce de kabul görmüştür: “[*Rechtstaat*] sonuç itibarıyla devletin amacını ve içeriğini değil, bunların gerçekleştirilmesinin metodunu ve şeklini işaret eder”.^[40] 1870'ler itibarıyla *Rechtstaat* “yalnızca, iktidarı, hukuki etki şekliyle, yani genel kurallara uygun yasalarla ifade olunan devlet” anlamına gelmektedir.^[41] *Rechtstaat* öğretisinin Alman liberalizmi tarafından prosedürel kavranışı, avukatların usulün önceliği vurgusuna tam oturmuştur. 1877-9'da İmparatorluk Adalet Yasalarının yürürlüğe girmesiyle, Ulusal Liberal ve İlerici partilerde avukat-siyasetçilerin oluşturmaya çalıştıkları yapıt, liberalizmin *Rechtstaat* yaratma işi ilk zirvesini görmüştür.^[42]

[38] Alman *Rechtstaat* doktrinin en kolay anlaşılır özeti için bkz. Böckendorfer, “Origin and Development of *Rechtsstaat*”. *Rechtstaat* kavramı, Amerikan hukukun üstünlüğü doktrini ile benzerse de aslında birbirinden ayrıdır; ibid., 48, n. 3. Bu ayrımın önemine dair bkz. H.J. Berman, “The Rule of Law and the Law-Based State with Special Reference to the Soviet Union,” *Toward the “Rule of Law” in Russia? Political and Legal Reform in the Transition Period* içinde Ed.: Donald D. Barry (Armonk, N.Y., and London, 1992), 43-60.

[39] Krieger, *The German Idea of Freedom*, 252-3'ün yanında ayrıca bkz. F. Neumann, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Leamington Spa, Berg Publishers, 1986), 179-82, 180. Alman liberal teorisinin legalizmine ve özellikle “Hukuki Bir Kavram Olarak Devlet” için bkz. G. De Ruggiero, *The History of European Liberalism*, Çev.: R. G. Collingwood (Oxford, 1927; yeniden basım, Gloucester, Mass., 1981), 251-64. O. Pflanze de Alman liberalizmine dair benzer bir iddia ileri sürer: “Juridical and Political Responsibility in Nineteenth-Century Germany,” *The Responsibility of Power. Historical Essays in Honor of Hajo Holborn* içinde Ed.: Leonard Krieger and Fritz Stern (Garden City, N.Y., 1967), 162-82.

[40] F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Üçüncü bası, 3 cilt (Heidelberg, 1856), Cilt 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 137'den aktaran Neumann, *The Rule of Law*, 180, n. 6.

[41] Krieger, *The German Idea of Freedom*, 459-60, 460'dan alıntı. Gneist'in bu dar kavrayış eleştirisini paylaşan başka yazarlar da vardır. E.J.C. Hahn, “Rudolf Gneist and the Prussian *Rechtsstaat*: 1862-1878,” *Journal of Modern History* 49 (1977): D1361-81., ve daha derinlemesine E.J.C. Hahn, “Rudolf von Gneist (1816-1895): The Political Ideas and Political Activity of a Prussian Liberal in the Bismarck Period” (Yayımlanmamış doktora tezi., Yale University, 1971).

[42] Bkz. Ledford, “Lawyers, Liberalism, and Procedure” ve Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code* (Oxford, 1989). John'un önceki tezinin başlığı, “The final unification of Germany: politics and the codification of German civil law in the *Bürgerliches Gesetzbuch* of 1896”, Yayımlanmamış doktora tezi,

Avukatlık Meslek Örgütleri

1877-9 tarihli İmparatorluk Adalet Yasaları tek tip bir ulusal mahkeme örgütü yasası, ulusal ceza ve medeni yargılama usulü kuralları ve baro örgütlenmesini düzenleyen bir avukatlık kanunundan oluşmakta; otuz yıllık çalkantılı dönemin ve sekiz yıllık yoğun yasama çalışmasının nihayete erdiğini göstermektedirler. Avukatlık Yasası, avukatlar ve liberaller için özel bir hedef olmuştur; zira Gneist ve muadilleri, avukatlık mesleği reformunu, Alman devlet ve sosyal reformunun anahtarı olarak görmektedir. Her iki zümreye göre, Alman barosu kapsamlı bir reform geçirmelidir. Siyasi birliğin sağlanmasının ardından bile, muhtelif Alman eyaletleri, avukatlığın idaresine dair birbirinden ayrı sistemlere sahiptiler. En büyük eyalet olan Prusya, her bir mahkeme için baroya kaydolun avukatların sayısını katı bir şekilde sınırlandırmayı (*numerus clausus* diye anılan bir sistem), avukatları yargının veya Adalet Bakanlığının elinde bulunan aşağılayıcı disiplin mekanizmalarına tabi kılmayı, alacakları vekalet ücretlerini hâkimin takdir yetkisiyle belirleyeceği miktarla sınırlandırmayı ve avukatlara kamu görevlisi-benzeri (*beamtenähnlich*) yani devletin adalet aygıtının bir uzantısı gibi muamele etmeyi sürdürmüştür.^[43] Tabiatıyla bu kısıtlamalar altında bunalan avukatlar, *numerus clausus* sisteminin zararları kadar faydalarının da farkında olsalar da, mesleki özyönetim ve disiplin idaresi talepleri ile liberal iktisadi ve siyasi öğretiye olan genel temayüllerin birbirini beslemesi sonucu bir değişim heyecanına kapılmışlardır.^[44] Liberallere göre, Alman halkının eğiticileri olarak avukatların büyük normatif ödevlerinin; bağımsız, kendi kendini idare eden özerk bir baro yaratılması ihtiyacı ile örtüştüğü açıktır.

Avukatlık Yasasının dayandığı temel ilke savunma özgürlüğü, *frei Advokatur*'dur: *numerus clausus*'un kaldırılması ve bir Alman üniversitesinde

Oxford University, 1983; liberallerin İmparatorluk Adalet Kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak usul yasalarının marifeti hakkında düşünderlerini maddi hukuk için düşündüğünü gösterir.

[43] Almanya'da serbest hukukçuluğun gelişimi için bkz. Weißler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft* ve Ledford, *From General Estate to Special Interest*; ayrıca bkz.D. Rueschemeyer, *Lawyers and their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the United States* (Cambridge, Mass., 1973) ve Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*. Ayrıca bkz. H. Siegrist, "Public Office or Free Profession? German Attorneys in the Nineteenth and Early Twentieth Centuries," *German Professions* içinde, Ed.: Cocks and Jarausch, 46-65.

[44] M. John, "Between Estate and Profession: Lawyers and the Development of the Legal Profession in Nineteenth-Century Germany," *The German Bourgeoisie. Essays on the Social History of the German Middle Class from the Late Eighteenth to the Early Twentieth Century* içinde, Ed.: David Blackbourn and Richard J. Evans (New York, 1991), 162-97, pek çok Alman serbest avukatın *numerus clausus*'un sona erdirilmesine dair tam bir kesinliğe ulaşamamış fikirlerinin tartışılmasındaki detayları verir.

üç yıllık hukuk öğrenimini tamamlayıp, iki aşamalı baro sınavını geçen ve üç yıllık ücret kazanılmadan yapılan hukuk uygulaması eğitimini (*Referendariat*) tamamlayan herkesin serbestçe mesleğe katılması; avukatların, her bir istinaf mahkemesi bölgesinde hukukçular loncası şeklinde örgütlenmesi, buna üyeliğin zorunlu olması ve bu örgütlenmenin özyönetim gücüne, üyeleri üzerinde disiplin yetkisine sahip olması; avukatları vekalet ücreti konusunda yargısal takdirden kurtaracak şekilde, yasama düzeyinde belirlenmiş ücretler.^[45] Baroya kaydolmalarının ardından her bir avukat, Almanya'daki herhangi bir mahkemede avukatlık yapmayı tercih edebilirdi; ancak yasa aynı zamanda avukatın söz konusu mahkemenin bulunduğu yerde ikamet etmesini de gerektirmekteydi.^[46] İmparatorluk Adalet Yasaları ve özellikle Avukatlık Yasası, böylece, liberaller ile avukatların istediklerine benzer çerçevede, içerisinde avukatların kendi mesleki işlerini düzenleyebilecekleri bir baro tesis etmiştir.

Hukuk loncaları, avukatların uzun süredir var etmeye çalıştıkları yenilikçi kurumlar olmakla birlikte, yasanın çıkmasını bekledikleri uzun süreçte avukatlar kendilerine başka kurumlar da oluşturmuşlardır.^[47] İlk olarak, 1820'lerden itibaren, iyi *bürgerlich* [kentsoylu] avukatlar, yerel zorunlu olmayan baro birlikleri kurmuşlardır.^[48] Yerel gönüllü birliklerin kamusal ve özel amaçları bulunmaktadır: Üyeler üzerinde disiplin otoritesi sağlamak, serbest avukatların menfaatlerini

[45] Uzun *freie Advokatur* kampanyası için bkz. H. Huffmann, *Kampf um freie Advokatur* (Essen, 1967); L. Muller, "Die Freiheit der Advokatur. Ihre geschichtliche Entwicklung in Deutschland während der Neuzeit und ihre rechtliche Bedeutung in der Bundesrepublik Deutschland" (Yayımlanmamış doktora tezi., Würzburg, 1972). Modern Alman hukukçuluk mesleğinin eğitim sürecine dair bkz. E. Blankenburg&U. Schultz, "German Advocates: A Highly Regulated Profession, *Lawyers in Society* içinde, Ed.: Abel and Lewis, 2:124-59.

[46] 1915 itibarıyla Almanya'da 29 istinaf, 176 itiraz ve 1950'den fazla da eyalet mahkemesi bulunmaktaydı. Reichs-Justizministerium, *Deutsche Justiz-Statistik* (Berlin, 1915), 17, Tablo IV, 22-5. Avukatlar, İmparatorluk Yüksek Mahkemesi huzurunda görev yapmayı serbestçe seçemiyorlar, burada avukatlık yapacak 25 kişi yargıçlar tarafından belirleniyordu. Avukat adayları, kesin bir hakka sahip değillerdi. Yalnızca kendi bölgelerinde sınavdan geçip, stajlarını tamamladıkları bir baro dışında avukatlık yapma iznine sahip olurlardı.

[47] Farklı baro kurumları arasındaki karmaşık ilişkinin daha ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, bölüm 4.

[48] Weißler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft* bunu şu şekilde ifade eder: "Birlikler çağında, baronun bu yüksek kamusal hareketliliği dikkate almak durumunda olması anlaşılırdır" (Yazarın kendi çevirisi). 19. yüzyıldaki birlik fenomenine ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. eds., *Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert* (Göttingen, 1972), 1-44. See also W. Hardtwig, "Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen des Vereinswesens in Deutschland 1789-1848," *Vereinswesen und bürgerlich Gesellschaft in Deutschland* içinde, Ed.: Otto Dann (Munich, 1984), 11-50 ve

temsil etmek, sosyalleşmek için bir forum imkânı sağlamak. Devletin her türlü kamusal faaliyet konusunda şüpheli olduğu 1830'ların zorlu koşullarında ve yine 1850'lerde yerel birlikler ancak bu kadarına niyet edebilmişlerdir.

1840'lardan başlayarak ve yine 1860'larda, avukatlar bölgesel, eyalet çapında ve nihayet ülke çapında zorunlu olmayan baro birlikleri kurmaya başladılar. Bazı durumlarda, yerel birlikler ile daha geniş çaplı olanlar arasında organik bir bağ da bulunuyordu ama daha ziyade birbirine paralel örgütlenmeler oluşmaya başladı. 1848'deki kısa bir dönem dışında, gerici hükümetler avukatlar için bir ulusal kongre toplantısı yapılması çabalarına karşı çıkmıştır. 1870-1'de siyasi birliğin sağlanması ile manzara değişir. Ağustos 1871'de Bavyera ve Prusya Avukatlık Birlikleri'nin ulusal düzeyde bir Avukatlık Birliği, DAV, kurulması için yaptıkları kongre çağrısına avukatlar olumlu tepki verirler. DAV, pek çok açıdan arketip bir mesleki örgütlenmedir.^[49] Benzer şekilde, avukatlar DAV'ı tipik, elitlerin baskın olduğu, liberal bir muteber kişiler örgütü olarak yapılandırmışlardır. Kuruluşundan yirminci yüzyılın başlarına kadar, DAV'da iki organ bulunmaktadır: iki yılda bir toplanan ve her bir üyenin katılmak zorunda olduğu birlik genel kurulu (*Anwalstag*) ile genel kurullar arasında birliği temsil eden yönetim kurulu. 1881'de Alman avukatların yalnızca %37,8'i DAV üyesiye de, 1915'te avukatların %80'inden fazlası üye olmuştur ve aynı eğilim 1920'lerde ve 1930'ların başında da sürmüştür.^[50]

Böylece Alman bir avukat, üç örgüte üye olma seçeneğine sahiptir: yerel zorunlu olmayan örgüt, ulusal çaplı DAV ve Avukatlık Kanunu'nun düzenlediği hukukçular loncası. Bu üç düzey arasında hiçbir organik bağ bulunmaz. Ayrıca her bir örgütlenme, avukatlar elitinin hakimiyetindedir. Hukukçular loncası Yönetim Kurulu, öncelikle, istinaf ve bölge mahkemelerinde avukatlık yapanlardan oluşma eğilimi sergiler.^[51] Merkezi, Yüksek Mahkeme'nin de yerleşik

K. Tenfelde, "Die Entfaltung des Vereinswesens während der Industriellen Revolution in Deutschland (1850-1873)," *ibid.*, 55-114.

[49] 1871 ile 1933 arasında DAV, *Juristische Wochenschrift (JW)* ismiyle, önceleri ayda iki kere, daha sonra haftalık olmak üzere, serbest avukatları ve diğer hukukçuları hedefleyen mesleki bir gazete yayımlamaya başladı. 1914'ten başlayarak 1933 sonuna kadar da, yalnızca kendi üyelerine yönelik olarak mesleğin iç idari meselelerinin ve genel olarak uygulamayı ilgilendiren diğer sorunların tartışıldığı bir başka gazete daha yayımlandı. Önceleri *Nachrichten für die Mitgleider des Deutschen Anwaltsvereins* adını taşıyan bu gazete daha sonra basitçe *Anwaltsblatt* diye anılmaya başladı.

[50] Ledford, *From General Estate to Special Interest*, Tablo 4.1., 102.

[51] Celle hukukçular loncası tüzüğü'nün 8. maddesi örneğin, yönetim kurulu başkanı ve sekreterinin loncanın bulunduğu yerde ikamet edenler arasından, yani Celle'deki istinaf mahkemesi avukatları arasından seçilmesi zorunludur. Geheimes Staatsarchiv PreuBischer

olduğu Leipzig’te bulunan DAV’ın Yönetim Kurulunda İmparatorluk Yüksek Mahkemesi ile *Kammergericht* nezdinde avukatlık yapanlar baskındır.^[52] Keza yerel birlikler de önde gelen muteber avukatlar tarafından yönetilirler. Sıradan dosya avukatlarının mesleki yönetime daha geniş çaplı katılabilecekleri tek olanak, hukukçular loncasının yıllık toplantıları ve DAV’ın iki yılda bir gerçekleştirilen genel kuruludur. Bu toplantılarda da genel olarak, genel kurulun toplandığı şehirdeki avukatların katılımı ağırlık taşımaktadır.

Henüz Birinci Dünya Savaşı öncesinde bile, kimi avukatlar, özellikle küçük kentlerdeki ilk derece mahkemelerinde çalışanlar, meslek kurumlarının, kendilerini temsil etmediğini düşünmeye başlamışlardı. Bu avukatlar, bu kurumlardan hiç birinin özellikle avukatların iktisadi menfaatlerini yeteri kadar coşkulu bir şekilde savunmadığını düşünmektedirler.^[53] 1907-9’da Yönetim Kurulunun, üyelerin yarısının talep ettiği, usul reformları tasarısının tartışılacağı olağanüstü genel kurul toplantı çağrısını reddetmesi nedeniyle DAV içerisinde bir kriz baş gösterir.^[54] DAV Yönetim Kurulunun elit avukatlardan oluştuğu, sıradan dosya avukatlarının menfaatleri ile hiçbir ilgileri olmadığı ve birlik genel kurullarının yerel avukatların “tesadüfi çoğunlukları” (*Zufallsmehrheiten*) ile toplandığı yolundaki hararetle eleştirilerin ardından, tepkili avukatlar 1909 yılında, DAV’ı, taşradaki DAV üyeleri tarafından seçilen, temsil kabiliyeti bakımından yönetim kurulundan daha üstün, genel kurula oranla daha kullanışlı ve az maliyetli bir temsilciler meclisi oluşturmak üzere tüzüğünde değişiklik yapmaya zorlamak konusunda başarılı olmuşlardır. Ne var ki, bu mesleki örgüt reformu, elit avukatların iktidarlarının zayıflatılması hususunda yetersiz kalmıştır. İlk derece mahkemeleri avukatları, kendi hususi menfaat örgütlerini oluşturup, temsilciler

Kulturbesitz, Berlin-Dahlem (GStA), I HA Rep. 84a, Nr. 21912, “Jahresberichte, Rechtsanwaltskammer Celle”, 9-27. 1881 ile 1900 arasında Celle’de görev yapan 32 yönetim kurulu üyesi avukatın 8’i Celle, 6’sı Hannover istinaf mahkemesinde avukatlık yapmakta, 4’ü ise ilk derece mahkemelerindedir. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, Tablo 5.19, 165.

- [52] 1871 ile 1920 arasında DAV yönetim kurulunun 52 üyesinden 10’u Leipzig’teki İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, 4’ü Leipzig itiraz mahkemesi, 8’i Berlin’deki *Kammergericht*’te, 17’si diğer bazı istinaf mahkemelerinde, 10’u diğer bazı itiraz mahkemelerinde ve yalnızca 3’ü ilk derece mahkemesinde avukatlık yapmaktadır. Ibid., 138, n. 37; Dittenberger, “Fünzig Jahre Deutscher Anwaltverein. 1871/1921,” *JW* 50 (1921), 990-1’den hesaplanmıştır.
- [53] Özellikle bkz. H. Soldan, *Neue Ziele, Neue Wege. Ein Vorschlag zur Hebung des deutschen Anwaltstandes* (Mainz, 1909), 2-4. Soldan’ın bu konudaki ilgisi onu, kendi ekonomik güvenliklerini korumayı amaçlayan ayrı bir avukat örgütü, Alman Avukatlar Ekonomik Birliği, kurmaya yönlendirmiştir.
- [54] Bu krize dair tam bir değerlendirme için bkz. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, 103-12 ve Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 90-2.

meclisi için aday listelerini hazırlayarak yüksek mahkeme avukatları hilafına temsil kabiliyetlerini artırmışlardır ancak bu iki seçmen grubunun güçlerinin aşamalı olarak birbiriyle denkleştirilmesi yalnızca güç dengesini elinde bulunduran, istinaf mahkemesi elit avukatlarının iktidarını *güçlendirmeye* yaramıştır.^[55] Özetle, bu kurumsal reform avukat gruplarına, meslek örgütlerini, iktidar mücadelesinin sahası haline getirebilecekleri bir alan sağlamıştır.

Çok Boyutlu Weimar Bunalımı

1920'lerde ve 1930'ların başlarında, Alman serbest avukat baroları, bir kriz ve kendi temel iddiaları ile çelişen bir tehdit dalgası ile karşı karşıya kalır. Yeni oy hakkı kazanan kitleler, avukatların kendi mesleki alanları ve kamusal siyasi alanda ileri sürdükleri güvenli prosedürelilik yerine maddi adalet taleplerini yükseltmeye başlarlar. Keza, avukatlar, meslek için önem taşıyan meseleler üzerine farklı ve yeni ortaya çıkan idari yapılarla müzakere yürütmek zorunda kalmışlardır. Avukatlar dışındaki seçmenlerin beklentilerini de karşılamak durumunda olan bu yeni idari mekanizmalar, avukatlara artık daha az kulak vermektedir. Nihayet baro, geleneksel elitler iktidarlarını korurken, bölünmeleri de engelleyecek çareler aradıkları ve memnuniyetsiz avukatlar grubu harici bazı mekanizmalara başvurduğu için, mesleğin yapısına dair dahili meselelerle de mücadele etmektedir. Hepsi birlikte, bu kriz, birlik içerisindeki derin yarılmayı açığa çıkarmış; avukatların “evrensel sınıf” olarak, ortak menfaatleri temsil etme zanlarının önüne geçmiş; avukatların ve birlik içerisindeki alt grupların, Weimar döneminin siyasi atmosferinde ayakta kalma mücadelesi veren diğer pek çok özel menfaat grubundan farklı olmadıklarını ortaya koymuştur. Dolayısıyla Weimar döneminde avukatların tecrübe ettikleri şey, dikkate değer oranda, siyasi liberalizmin tecrübe ettiği bir yansımasıdır.^[56]

1920'lerin başında maddi adalet talebinde bulunan avukatlar, genel menfaatleri temsil ve *Rechtstaat*'ın güvencesi olarak hizmet etme iddialarının tartışmaya açılması gerçeği ile yüzleşmek zorunda kalmışlardır. Weimar Cumhuriyeti'nin anayasası eşit hak güvencesini Alman tarihinde ilk kez kadınlara da teşmil etmiştir (madde 109). Ayrıca madde 128 “Devletin bütün yurttaşları, yasa gereği hiçbir ayırım yapılmaksızın, nitelik ve yeteneklerine göre kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Kadın kamu görevlilerine yönelik her türlü istisnai

[55] Ledford, *From General Estate to Special Interest*, 112.

[56] Bu makalede ele alınan bazı meselelerin daha ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. K. F. Ledford, “German Lawyers and the State in the Weimar Republic,” *Law and History Review* 13 (1995): 317—49.

düzenleme hükümsüzdür” düzenlemesini getirmiştir.^[57] Görünüşte, bu düzenlemenin kadınların adalet hizmetlerinde her türlü göreve getirilmelerini sağladığı düşünülebilir; ancak avukatlar kadınların kendi mesleklerini yapmalarına karşı olduklarını açıkça belirtmişlerdir. 13 Haziran 1919’da *Celle*’deki hukukçular loncasının yönetim kurulu bire karşı on oyla “İlke olarak, kadınların birliğe kayıt olmalarına izin verilmez” kararını alır. Ardından ifade olunan gerekçeler, kadınların adalet hizmetlerine katılımlarına dair ekonomik ve özcü-ideolojik itirazları içermektedir.^[58] Benzer şekilde DAV Yönetim Kurulu da, temsilciler meclisi gibi, 1919 ile 1922 arasında açıkça ve kararlı bir şekilde kadınların serbest avukatlık faaliyetine katılmalarını reddetmiştir.^[59]

Bu muhalefet karşısında, kadınların gerek kürsüde gerekse temsil makamında yer alabilmelerini açıkça düzenleyen bu anayasal hükümlerin kendiliğinden uygulanabilir şekilde yorumlanmamış olması ve *Reichstag*’ın 11 Temmuz 1922’de, kadınların avukatlığa ve yargı makamlarına girebileceğini düzenleyen bir yasa çıkarmak zorunda kalması şaşırtıcı değildir.^[60] *Reichstag*’daki müzakereler sırasında avukatlar kendilerini, farklı partilere mensup kadınlar ile bir avukat ve 1922’de *Reich* [İmparatorluk] Adalet Bakanı olan Gustav Radbruch liderliğindeki SPD’nin hedefinde bulmuşlardır. Böylece avukatlar, kadınların mesleğe katılımlarını engelleme çabalarının kadınlar ve sosyalistler tarafından savunulan maddi eşit adalet talebiyle boşa çıkarıldığını görmüşlerdir. Bu sindirilmesi zor ittifak, avukatların mesleki *status quo*’nun ortak iyiyi temsil

[57] Çeviri Weimar Anayasası metninden alınmıştır, şuradan ulaşılabilir: E. Hucko (ed.), *The Democratic Tradition. Four German Constitutions* (Oxford, Berg Publishers, 1987), 149-90, 177.

[58] “Ekonomik sebepler temel olarak bu ifade edilenlerdi; özellikle de yargı görevlileri ile avukatların olağanüstü derecede kötü koşulları, ki şimdi artık genel olarak geçerlidir. Ama kadınların bu kurumlar ve meslekler için elverişsiz (yetersiz) olduklarına dair sesler de yükseliyordu”. Ayrıca bkz. GStA, I HA Rep. 84a, Nr. 21913, “Jahresberichte, Rechtsanwaltskammer Celle”, “Geschäftsbericht der Anwaltskammer zu Celle für das Jahr 1919”, 207.

[59] Ostler, *Die deutschen Rechtsanwältinnen*, 169-74, argümanlar, Celle’deki yönetim kurulunca dile getirilen özcü ifadelerin geliştirilerek tekrarıdır.

[60] Deutscher Juristinnenbund, ed. *Juristinnen in Deutschland. Eine Dokumentation (1900-1984)*. İkinci bası (Frankfurt: J. Schweitzer, 1989), 1-16. Bu düzenlemeyi takiben ilk Alman kadın avukat, Dr. Marie Otto, 7 Aralık 1922’de Münih’te mesleğe başladı; Prusya’daki ilk kadın avukat 1924’te Dr. Maria Munck’tu; Hannover bölgesinde baroya giren ilk kadın, babası da orada avukat olan Duderstadt’lı Berta Schmidt’ti ve Eylül 1927’de yemin ederek mesleğe başladı. 1931’de üç kadın daha baroya kayıtlarını yaptırıldılar, ikisi Hannover’de, biri Lüneburg’ta... Ama 820 avukat arasında yalnızca 4 kadın avukat sayısı hayli azdı. Mundt, *100 Jahre Rechtsanwaltskammer Celle*, 26-7

ettiği iddialarını tartışmalı hale getirmiş ve avukatların prosedürel liberalizme bağlılıklarının Weimar döneminin yeni siyasi gerçekliğine direnmekte yetersiz kaldığı anlaşılmıştır.

1920'lerin başlarında yaşanan bir başka olay daha, birlik yönetiminin mensuplarını mevcut verili durumun mesleki menfaatler için en iyisi olduğu konusunda ikna becerisindeki düşüşü ortaya koymaktadır. Zorunlu emeklilik sigortası sisteminin yasalaşması meselesine dair söylem ve başlangıçta lehte olan görüşün aleyhe dönmesi, avukatların daha evvel yaptırmaya alışık olmadıkları zorunlu emeklilik sigortasına dair devlet bürokrasisindeki isteklilik, birliğin “demokratik sosyal” cumhuriyet hedeflerine ve mesleki özel statü arasındaki tarafsız duruşunun nasıl korunabileceğine dair bir kuşkuyla tetiklemiştir.

1871'den kısa süre sonra avukatlar özel kişilerden, gönüllü avukatlardan ve hukukçu loncalarından gönüllü bağışlar toplamak üzere “Alman Avukatları Yardımlaşma Fonu”nu kurmuşlardır.^[61] Ayrıca bazı yerel hayırseverlik kurumları ve ihtiyaç temelli fonlar da varlıklarını korumaktadırlar.^[62] Yardım Fonu, 1894-5'te zorunlu bir “Emekliler, Dul ve Yetimler Fonu” kurulmasını önermişse de, böyle bir kurumun sürdürülebilirliğine ve gerçekten arzu edilip edilmediğine dair tartışmalar yıllar sürmüştür.^[63] Meseleye dair çeşitli değerlendirmeler ve zorunlu sistemin reddinin ardından, gönüllü bir fon oluşturulmuş ancak üyelik oranı düşük kalmıştır.^[64]

Birinci Dünya Savaşı sırasında, çatışmalarda yaralanan avukatların, keza ölmüş olanların hayatta kalan akrabalarının bakımı meselesi, askerlik hizmeti nedeniyle mesleki gelir ve sosyal güvencedeki kayıplar, savaş dönemi enflasyonu problemleri ile birlikte, zorunlu emeklilik sigortasını yeniden değerlendirme ihtiyacını doğurmuştur. Mart 1918'de, Adolf Gröber (bir yüksek mahkeme

[61] Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 87,89, 200-1.

[62] Hannover bölgesindeki yerel fonların faaliyetlerinin raporları için bkz. Celle'deki yıllık raporlar, GStA, I HA Rep. 84a, Nr. 21912 ve 21913, “Jahresberichte, Rechtsanwaltskammer Celle”. Küçük şehirlerdeki sağlıklı fonlar da 1923 enflasyonu ile birlikte tükenmiştir.

[63] Şu eserdeki tarihsel çerçeve faydalıdır: H. Cahn, “Denkschrift des Bayerischen Anwaltsverbandes zur Herbeiführung einer Pensionsversicherung der Deutschen Anwaltschaft,” *AbI* 9 (1922): 92-104, 92-6.

[64] 1920'lerdeki zorunlu plan taraftarları bu reddi, 1900'ler civarındaki yirmi yıl boyunca avukatların sahip oldukları ekonomik liberalizme yormuşlardı: “Esasen, -kompozisyonu ve yapacakları oylama tesadüfe kalmış- bu kurumlar [DAV yönetim kurulu ile baro genel kurulları] meseleye belli bir kayıpla yaklaşmışlardır. Bu mesleğimizin öncelikli niteliği ile -ifadeyi mazur görün- kongrenin plutokratik oluşumu ile açıklanabilir. Öyleyse, Manchesterizm'e iyice meylettik! “*Laissez faire laissez aller*” e bağlılık, ki bugün çoğunluğun tutumunu hiçbir şekilde karşılamaz”. (İbid., 94)

yargıcı) *Reichstag*'a bir teklif sunarak hükümete mevcut iki fona mensubiyeti bütünü avukatlar için zorunlu kılarak "Alman serbest avukatlarının birliğinin sosyal bir örgüt" olmasını sağlayacak bir tasarı hazırlama çağrısı yapmıştır.^[65] Birliğin önde gelenleri bu teklifi, avukatların sosyal güvencelerinin ilerletilmesi için büyük bir fırsat olarak görmüşlerse de, bir kısım avukat "yalnızca işçi ve çalışanlarla (*Arbeitnehmer*) sınırlandırılmış olan zorunlu sigortalılığı, serbest meslek mensuplarını kapsayacak şekilde" ilk kez yaygınlaştıran öneriyi reddetmişlerdir.^[66]

Savaş yenilgisinin ve devrimin karmaşası içerisinde mesele 1922'ye kadar askıda kalmıştır. Enflasyon, emeklilik birikimlerinin değerini aşındırdıkça, avukatlar arasında, emeklilik fonlarını etkin bir şekilde koruyabilecek bir tür emeklilik sigortası fonuna ilişkin ilgi artmıştır. DAV zorunlu emeklilik sigortası meselesini yeniden değerlendirmeye almıştır. 1923'ün başlarında DAV, yasa taslağı hazırlamak üzere bir komisyon oluşturur. Çeşitli hukukçu loncalarının yönetim kurullarıyla görüş alışverişinde bulunan DAV komisyonu, bir taslak hazırlayarak, 2 Ocak 1924'te İmparatorluk Adalet Bakanlığına sunar.^[67]

1923'teki hiper-enflasyon DAV'ın taslağına ilişkin genel olarak olumlu bir zemin oluşturmuştur ve on altı hukuk loncasının yönetim kurulları taslağı uygun bulurlar. Gelgelelim, 1924'ün Mart ayında, DAV temsilciler meclisinde Hamburg avukatları karşı çıkarlar:

"Emeklilik sigortası aracılığıyla birlik, avukatlık mesleğinin özgürlüğüne yakışmayacak şekilde devlete bağımlı hale gelecektir. Çünkü emeklilik sigortasının maliyetinin müvekkillere yüklenip yüklenemeyeceği konusunda birliğe izni ulusal hükümet verecektir. Birlik, kendisini layık olmadığı bir bağımlılık ilişkisine boyun eğecektir. Birlik kendisini gönüllü bir sosyal sigorta

[65] Ibid., 95-6; karar aynı zamanda sigorta yasası taslağının yasama gerekçesinde de alıntılanmıştır, "Das Versicherungsgesetz für Rechtsanwälte," *Abl* 13 (1926): 31; Gröber kararı için bkz. Ostler, *Die deutsche Rechtsanwälte*, 120-2.

[66] Cahn, "Denkschrift", 95-6. Hiç kuşku yok ki; Almanya 1880'lerden beri dünyanın en kapsamlı kaza, hastalık ve emeklilik sigortası sistemini geliştirmiştir. Ancak, kapsamı yalnızca sanayi işçileri ile başlamıştır ve 1911'de beyaz yakalı yeni orta sınıfları da içerecek şekilde diğer gruplara doğru tedricen yayılmıştır. Bkz. G. A. Ritter, *Social Welfare in Germany and Britain: Origins and Development*, Çev.: Kim Traynor (Leamington Spa, 1986), 17-130, özellikle 91-5.

[67] Dr. Strauder, "Pensionsversicherung für Rechtsanwälte," *Abl* 9 (1922): 30-2; Dr. Schweer, "Geldentwertung und Allgemeine Pensionskasse der Rechtsanwaltschaft," *Abl* 9 (1922): 37-8; "Aus der Vereinstätigkeit," *Abl* 10 (1923): 24-6, 25; "Entwurf eines Gesetzes über die Pensionsversicherung der deutschen Rechtsanwälte. Nebst Erläuterungen. Aufgestellt vom Deutschen Anwaltverein Dezember 1923," *Abl* 11 (1924): 15-20.

boyunduruğuna, yani genişletilmesi değil, ortadan kaldırılması gereken bir ilişkiye sokmaktadır”.^[68]

Yine de temsilciler meclisi taslağı uygun bulur. İmparatorluk Adalet Bakanlığındaki yetkililer bunu önemli bir adım olarak memnuniyetle karşılamışlardır: “Önümüzdeki taslak, yepyeni bir alan açmaktadır; zira serbest bir mesleğin ilk kez sosyal sigorta sistemine dahil olması girişimi olma özelliği taşımaktadır”.^[69]

Taslak kanun İmparatorluk Adalet Bakanlığı ile Çalışma Bakanlığı bürokratları arasında kabul görmeye başladıkça, avukatların zorunlu emeklilik sigortasına ilişkin tutumları da değişmeye başlamıştır.^[70] Özel sigorta şirketleri avukatları, kolektif mesleki yatırım yerine bireysel teminatlara para yatırarak daha küçük maliyetlerle daha büyük fayda sağlayabileceklerini ileri süren reklam bombardımanına tutmuşlardır.^[71] Yönetim Kurulu ve hukukçular loncasının yıllık genel kurulu ile yapılan sürekli görüşmeler sonrasında bir erteleme yapmak, mesele üzerinde ikinci bir kez daha düşünme fırsatı bulmak mümkün olur. Söz gelimi, zorunlu emeklilik sigortası sistemini 1923'te kabul eden *Celle* hukukçular loncası, emeklilik sigortasını zorunlu hale getiren bir kanun aracılığıyla devletin mesleğe müdahalesinin avukatlık mesleğinin serbestliğini sınırlandıracakları gerekçesiyle, 1925 (Yönetim Kurulu) ve 1926'da (genel kurul) reddetti.^[72] DAV Temsilciler Meclisi, Mart 1926'da, şimdi İmparatorluk Çalışma Bakanlığı'ndan çıkmış bulunan taslağı değerlendirmek üzere toplanır ve baronun tutumunun geçen yıldan bu yana değişmiş olduğuna karar verilir. Meseleye dair bir karar almış olan yetmiş beş yerel birlikten otuz dördü taslak kanunu desteklerken kırk biri karşı çıkmaktadır.^[73] Tartışmanın sonucunda temsilciler meclisi zorunlu emeklilik sigortası taslağını kırk sekize karşı otuz sekiz oyla reddeder. Zorunlu emeklilik sigortası meselesi kapanmıştır.

[68] “17. Vertreterversammlung des Deutschen Anwaltvereins,” *Abl* 11 (1924): 59-64, 62.

[69] “Aus der Vereinstatigkeit,” *Abl* 12 (1925): 32. *Anwaltsblatt* editoryal kurulu, serbest bir mesleğin sosyal sigorta kapsamına alındığı bu yeniliği yasanın en güçlü yanlarından biri olarak görüyordu; “Die Aufgaben des Jahres 1926,” *Abl* 13 (1926): 1-3, 2.

[70] Yasanın iki bakanlık arasındaki gidiş geliş için bkz. raporlar; “Aus der Vereinstatigkeit,” *Abl* 12 (1925): 10 (Feb.); 17 (March); 32 (April); 97 (June); 145 (Nov.); 167 (Dec).

[71] Bkz. *Anwaltsblatt* editörlerinin ve diğer zorunlu emeklilik sigortası yanlılarının şikayetleri ve sigorta şirketlerinin taleplerinin haksız olduğu iddiaları; “Die Pensionsversicherung,” *Abl* 12 (1925): 97-8, 97; “Pensionsversicherung,” *Abl* 12 (1925): 115—16; Hugo Cahn, “Zwangspensionsgesetz und Lebensversicherungsanstalt,” *Abl* 12 (1925): 134-6; “Pensionsversicherung,” *Abl* 12 (1925): 163.

[72] Bkz. *Celle*'deki *Anwaltskammer*'ın yıllık raporları; G.St. A., I HA Rep. 84a, 21913, 235 (yönetim kurulu, 1925); ve *ibid.*, 241 (genel toplantı, 1926, “büyük bir çoğunlukla red”).

[73] “Die 19. Vertreterversammlung,” *Abl* 13 (1926): 118.

Avukatların zorunlu emeklilik sigortasına ilişkin tutumlarındaki bu değişim, DAV liderliğinin sıradan dosya avukatları için neyin iyi olduğuna dair görüşlerini dayatma kapasitelerindeki aşınmayı da açığa çıkarmıştır. DAV Yönetim Kurulu ile iki baro yayın organının yayın kurulu üyeleri, zorunlu sigortanın avukatların büyük çoğunluğunun lehine olduğu yolundaki fikirleri konusunda bir an bile tereddüt etmemişlerdir. Ancak ne var ki, sıradan dosya avukatlarının vehimlerine de karşı koyamamışlardır. Kırılma noktası, Çalışma Bakanlığındaki yeni ve meseleye yabancı bürokratların kendilerini yetkili addetmeleri olmuştur. Bu, avukatları, sosyal sigortaya tabi diğer gruplarla eşit hale getirmekte ve “evrensel sınıf” veya *Rechtstaat*’ın güvencesi olma gibi özel statülerini tehdit etmektedir. Böylesi bir statü kaybı, Alman avukatların 1926’da henüz hazır olmadıkları bir fedakârlıktır.^[74]

Kadınlara avukatlık ruhsatı verilmesi meselesinde benzer bir başka esaslı konuda da SPD’nin menfaatleri ile baronun sembolik ve maddi menfaatleri çatışmıştır. SPD’nin 1920’lerdeki temel yasama gündemlerinden biri kapsamlı bir iş hukuku (*Arbeitsrecht*) sistemini yasalaştırmaktır. Bunun için de Sosyal Demokratlar, avukatların meslekleri üzerindeki muhtemele sembolik ve maddi etkileri nedeniyle daha şimdiden nefret ettikleri bir yasal temel hazırlamaktadırlar. Kapsamlı bir iş hukuku kanunu çıkarılmazdan evvel, yoğun olarak Roma hukuku karakteri taşıyan Alman hukukunda yeni ortaya çıkan ve Alman nüfusunun büyük bir kısmı için önem taşıyan iş hukukunu himaye edecek pek az düzenleme bulunuyordu. Çalışanlarda ve diğer kesimlerde, iş hukuku davalarında adaletin yavaş ve maliyetli işlediği, mahkemelerin ve yargıçların yalnızca zenginlerin yanında ve işçilerin çıkarlarına düşman oldukları yolunda bir kanı yükseliyordu. İşçiler yalnızca bir avukat tutmak ve işveren avukatı ile karşı karşıya gelmek zorunda kalmıyorlar, kaybeden taraf olduklarında, medeni usul uygulaması gereği her iki tarafın vekalet ücretini de ödüyorlardı.^[75] Pek çoğu, avukatların bu işleri daha da karıştırdığını ve daha pahalı hale getirdiğini düşünüyorlardı. Diyalektik tedrisattan geçmiş sosyal demokratlar da, meseleyi ve yasayı açıkça ortaya koymak yerine suyu iyice bulandırıyorlardı. Hukuki formaliteler ve usullere odaklanmış olmaları, iş hukukunun içeriğini, özünü ve

[74] Orta sınıf gruplarının statüleri ile ilgili detaylı tartışmalar ve hangi koşullarda “dayanışmacı” olabileceklerine dair bkz. Peter Baldwin, *The Politics of Social Solidarity: Class Bases of the European Welfare State 1875-1975* (Cambridge, 1990), özellikle 1—54. Alman avukatlar devlet temelli emeklilik sistemine ancak 1957’de dahil olmuşlardır; *ibid.*, 277.

[75] Medeni Usul Kanunu’nun §87 (daha sonra §91) numaralı düzenlemesi, kaybeden tarafın, kazan tarafın avukatlık vekalet ücreti dahil bütün masraflarını karşılaması gerektiğini belirtir.

sosyal ruhunu görmelerini engelliyordu.^[76] Avukatların iş hukuku davalarının dışında tutulmasının karar verme süreçlerine hız, ekonomi, basitlik ve “doğallık” kazandıracağı kanısı yaygınlaşmıştı.^[77]

1889'daki büyük grev dalgasının ardından, 1890 yasalarıyla, patron ile ustabaşı veya kalfa arasındaki iş uyuşmazlıklarında özel bir yargılama usulüne göre işleyen sanayi mahkemeleri (*Gewerbegerichte*) kurulmuş ve bu mahkemeler önündeki davalarda avukatlar dışarıda bırakılmışlardı.^[78] Sanayi mahkemeleri, tarafsız bir yargıcın başkanlığında toplanan işçi ve işverenlerden oluşuyordu. Yirmi beş yaş üstü erkek işçi (ve işverenler) doğrudan ve gizli oy sistemiyle alaylı hâkimleri belirliyorlardı. Bu dışarıda bırakılma durumu ilk olarak taşra avukatlarının gelirleri için zarar vericiydi; ancak temyiz kısıtlamaları nedeniyle yüksek mahkeme avukatları da olumsuz etkilendiler.^[79] Ama daha önemlisi, avukatın prestijinin düşmesi idi; avukat ile temsil ilkesine ilk kez bir istisna getirilmişti. Barodan yükselen protestolara rağmen 1904 yılında, *Reichstag*, ticari işverenlerle çalışanlar arasındaki iş uyuşmazlıklarına bakacak münhasır yargı yetkisine sahip ticari iş mahkemelerini kurarak ikinci bir özel usul yargılaması getirdi ve avukatları bunun da dışında tuttu.

Sosyal Demokratlar ve sendikalar, alaylı hâkimlerin seçim süreçlerindeki siyasi hareketlilikten ve sendika veya parti görevlilerinin sanayi veya ticari iş mahkemelerinde seçmenlerinin çıkarlarını temsil etmesinden memnundular. Avukatlar doğal olarak, kendilerinden vazgeçilebileceği ilkesini, etkili ve ekonomik bir adalet hizmeti için zararlı oldukları düşüncesini reddetmeyi sürdürdüler. Weimar Cumhuriyeti'nde SPD ve sendikalar, iş hukukunun yasallaştırılmasının bir parçası olarak, özel mahkemelerin yargılama usullerinin, bütün iş uyuşmazlıklarına bakmak üzere kurulacak iş mahkemelerini (*Arbeitsrichte*) de kapsayacak şekilde genişletilmesi için çaba gösteriyorlardı.^[80] İmparatorluk

[76] L. Bendix, “Richter, Rechtsanwälte und Arbeitsgerichte,” *Die Justiz* 1 (1925-6): 186—93, 187. Ayrıca bkz. L. E. Schücking, “Leitwort zur Verabschiedung des Arbeitsgerichtsgesetzes,” *Die Justiz* 2 (1926-7): 273-7.

[77] Bovensiepen, “Das Verbot der Zulassung von Rechtsanwälten vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten,” *JW* 42 (1913): 729-30, 729.

[78] İş uyuşmazlıklarında özel mahkemelerin yetkilendirilmesine ilişkin en kapsamlı tarih çalışması için F. Wunderlich, *German Labor Courts* (Chapel Hill, 1946). Ostler, *Die deutsche Rechtsanwälte*, 39, serbest avukatların 1890'da bir sanayi mahkemesi oluşturulması eğilimini tartışır.

[79] Ostler, *Die deutsche Rechtsanwälte*, 40-41.

[80] Tartışmayı takip ediniz, Wunderlich, *German Labor Courts*, 40 ve Ostler, *Die deutsche Rechtsanwälte*, 179-81. Weimar Anayasası md. 157, federal hükümetin tek tip iş kanunu (*Arbeitsrecht*) hazırlamasını gerektirmektedir.

Çalışma Bakanlığında iş mahkemeleri yasa taslağı çalışmaları başlamıştı. Avukatlar buna çok sert tepki verdiler. 2 Kasım 1920'de DAV Yönetim Kurulu İmparatorluk Adalet Bakanlığını protesto etti ve yerel barolar ile hukukçular loncasından, eyalet Adalet Bakanlıklarından ve *Reichstag* üyelerinden destek arayışına girişti.^[81] DAV temsilciler meclisi 1922'de şu karara vardı:

“Avukatların, özel mahkemelerde temsilden dışlanması, özel yargılamanın bütün bir iş hukuku alanına yayılması ile hakları ihlâl edilecek adalet peşindeki halka ve işçi ile işverenlere ciddi bir darbedir. Avukatların özel mahkemelerin dışında tutulması, avukatlık mesleğine yönelik emsali görülmemiş ve hiçbir gerekçesi olmayan saldırıdır”.^[82]

Özellikle işçi sınıfının, iş mahkemeleri ve avukatların bunun dışında tutulmasına taraftarlığı, avukatlara ve bütün bir hukuk sistemine yönelik, Weimar döneminin siyasileşmiş yargısının da ağırlaştırdığı giderek artan bir öfkenin sonucuydu.^[83] Bu vehmin kısmi ifadesi de, iş mahkemeleri taslağının, mahkemeler, avukatlar ve hukuki reform konusunda yetkili olan İmparatorluk Adalet Bakanlığında değil, çalışma ve diğer sosyal meseleler konusunda yetki sahibi olan İmparatorluk Çalışma Bakanlığında çıkmış olduğu gerçeğidir.^[84] Avukatlar, tasarı hakkındaki müzakerelerin Hukuk Komitesi tarafından değil, *Reichstag* Sosyal-Siyasi İşler Komitesi tarafından yürütülmüş olmasını şiddetle eleştirmişlerdir. Zira bu komite yalnızca avukatların menfaatlerine karşı olmakla kalmamakta, yirmi sekiz üyesinden yalnızca iki veya üçü hukuk öğrenimi görmüş durumdadır.^[85] Avukatlar acı bir şekilde tasarının “teorik” ve “avukatlara düşman” olduğunu ilan etmişler ancak karşı çıkışlarına rağmen 13 Aralık 1926'da 210'a

[81] “Zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes,” *Abl* 7 (1920): 210-11; DAV'ın yönetim kurulunun çabaları için bkz. “Sitzung des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins vom 4. und 5. Dez. 1920,” *Abl* 7 (1920): 227-31, 227; ve “Aus der Vereinstatigkeit,” *Abl* 8 (1921): 3-5, 4. Bkz. “Aus der Vereinstatigkeit,” *Abl* 9 (1922): 3-5, 3-4, DAV'ın *Reich* Adalet Bakanlığı ile yaptığı tartışmayı aktarır.

[82] “Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes, insbesondere: Die Angliederung der Sondergerichte an die ordentliche Gerichte, Zulassung der Rechtsanwälte,” *Abl* 9 (1922): 19-20, 20; *Braunschweig* on dördüncü temsilciler meclisi toplantısında kabul edilen karar, 28 Ocak 1922 (Yazarın kendi çevirisi).

[83] Bu tutum aksiyomatik bulunmuştur; H. Sinzheimer, “Zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes,” *Die Justiz* 1 (1925-6): 6-12, 8. Bu kuşku ve düşmanlıkla ilgili gözlemler için ayrıca bkz. Hachenburg, *Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts*, 164.

[84] Wunderlich, *German Labor Courts*, 55-6.

[85] *Ibid.*, 121; açık yakınma için bkz. H. Dittenberger, “1927,” *Abl* 14 (1927): 1-3, 1.

karşı 140 oyla, tasarı kabul edilmiştir.^[86] Yasaya karşı mücadele ettiklerini ileri sürerek baroya yaranmaya çalışan siyasi partilere son bir kez çıkmış olsalar da serbest avukatlar, itibarlarına yönelik, faaliyet alanlarına el uzatan bu saldırılara boyun eğmek zorunda kalmışlardır.^[87]

Uzun zamandır tanınan, müzakere halinde olunan geleneksel ve rahat çalışılabilir, özellikle İmparatorluk Adalet Bakanlığındaki devlet görevlileri, avukatlar için önemli olan meseleler hakkındaki yetkilerinde artık rakipsiz değillerdir. Diğer bakanlıklar ve özellikle de, çatışan değilse de rekabet halinde denilebilecek politika hedeflerine sahip Çalışma Bakanlığı, kararları avukatları etkileyen yeni bir aktör olarak sahneye çıkmıştır. *Reichstag*'daki partiler, özellikle de avukatlara hasımlık güden seçmen ve politikalara sahip Sosyal Demokrat Parti, yasama meclisinde kendine güvenli ve bağımsız şekilde hareket etmektedir. İmparatorluk dönemindekine göre Weimar Cumhuriyeti döneminde farklılaşan bu koşullar altında avukatlar, gelirlerinde azalmaya neden olan küçültücü bir siyasi mağlubiyet almışlar, siyasi etkilerinin azaldığını açık etmişler ve üstelik, “evrensel sınıf” olarak tarafsız konumları da zarar görmüştür.

Yirminci yüzyıla gelindiğinde Avukatlık Yasası, 1879'da öngörülme-yen başka problemler de yaratmıştır.^[88] Yasa, avukatlara, önünde avukatlık yapacakları mahkemeyi seçme imkânı tanımakta ancak seçtikleri mahkemenin bulunduğu yerde yerleşik olma (*Lokalisierung*) koşulu getirmektedir. Medeni usul kanunu, davaları yüksek mahkeme önünde olan tarafların, ancak söz konusu yüksek mahkemede avukatlık yapabilenler (*Anwaltszwang*) tarafından temsil edilebileceğini düzenlemektedir. Bu koşul, görece küçük miktarda uyuşmazlıklar için ilk derece mahkemesi işlevi gören taşra mahkemeleri için söz konusu değildir. Dolayısıyla bu mahkemelerde davası görülen kişiler, yalnızca istinaf veya yüksek mahkeme için yetkili olan avukatları da tutabilmekteydiler. Buna

[86] Pek çok farklı örnek arasından bkz. A. Engel, “Zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes,” *Abl* 12 (1925): 152-6, 152, 153. İş mahkemeleri kanunun ortaya koyduğu sistem için bkz. H. B. Davis, “The German Labor Courts,” *Political Science Quarterly* 44 (1929): 397—420, ve özellikle avukatların dışarıda tutulmasını ele aldığı 414-16; avukatların dahil olmasının sermaye ve emek açısından büyük bir fark yaratmayacağını ileri sürer ancak maliyet ve süre artışından söz etmez.

[87] DAV ile DDP arasındaki dikkat çekici alışverişe dikkat edilmelidir. DDP, büyük resim içerisinde avukatların çıkarlarını temsil eden DVP'nin taleplerini görmezden gelmiştir. DAV, *her iki* partinin de avukatların çıkarlarını savunamadıklarını söyleyerek, DDP'nin taleplerine karşı çıkmıştır. “Zum Arbeitsgerichtsgesetz,” *Abl* 14 (1927): 57-8.

[88] İlk derece mahkemeleri ile itiraz mahkemeleri avukatları arasında yükselen tansiyonun yarattığı problemler için bkz. K. F. Ledford, “Conflict within the Legal Profession: Simultaneous Admission and the German Bar 1903-1927,” *German Professions* içinde, Ed.: Geoffrey Cocks ve Konrad H. Jarausch, 1800-1950 (Oxford, 1990), 252-69.

karşın, ilk derece mahkemesi avukatları, *hiçbir şekilde* yüksek mahkemeye temyize gidemiyorlardı; yüksek mahkemeye gidilmeden evvel görmekte oldukları davalar için bile... İlk derece mahkemelerindeki avukatlar, sayıları arttıkça, bu sınırlandırmayı aşagılıyıcı bulmaya başladılar.^[89] Yüksek mahkemelerdeki meslektaşları ile aynı niteliklere sahiptiler; aynı neo-hümanist klasik ortaöğrenimden geçiyor, aynı üniversite öğrenimini ve uygulamalı avukatlık eğitimini görüyorlardı. Bu nedenle aynı imtiyazlara sahip olmaları gerektiğini ifade ettiler. Buldukları çözüm eşanlı kayıt sistemiydi. Her bir ilk derece mahkemesi avukatı, aynı anda hem kendi mahkemesine hem de işin tabiatı gereği, mahkemesinin bağlı olduğu yargı çevresindeki yüksek mahkemeye kayıt olmuş sayılmalıydı.^[90]

Prusya ve Bavyera Adalet Bakanlıkları, bir avukatın aynı anda iki yerde birden müvekkillerini savunamayacağını ileri sürerek eşanlı kayıt sistemine direndiler. Bakanlıklar, eşanlı kayıt nedeniyle gecikmeler ve maliyet artışı yaşanabileceğini iddia ederek, takdir yetkilerini buna izin verilmesi yolunda kullanmayı reddettiler.^[91] Bunun üzerine ilk derece mahkemesi avukatları, Avukatlık Yasası'nı değiştirerek eşanlı kayıt hakkını kabul edecek bir yasal düzenleme getirme arayışına girdiler. 1903 yılının başında meseleyi DAV'a sundular. 1905 ve 1907 tarihli DAV genel kurullarında, Avukatlık Yasası'nda bir hak olarak eşanlı kayda izin veren değişiklik yapılması benimsendi. İlk derece mahkemesi avukatları 1909'da, Alman İlk Derece Avukatları Birliği adı altında, kendi muayyen menfaatlerini savunacak bir yapı dahi kurmuşlardı.^[92]

Ancak, ilk derece avukatlarının menfaatleri, daha evvel yüksek mahkeme avukatlarının uhdesinde olan mesleki hizmet piyasasını tehdit ediyordu ve

[89] 1880'de Almanya'da yalnızca 165 bölge mahkemesi avukatı bulunmaktadır (4901 avukat arasında); 1915'te 13.501 arasında 3123 olmuştur. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, Tablo 7.2., 219.

[90] Eşanlı kayıt sistemi tartışmaları, 1903 ile 1927 arasında avukatlık mesleğinin periyodik yayınlarını işgal etmiş; tartışma sonrasında da sürmüştür. Taraflı olmakla birlikte meseleyi tam olarak aktaran bir çalışma için bkz. Verein Deutscher Amtsgerichtsanwalte, e.V., ed.: *Simultanzulassung. Handbuch zum Reichsgesetz vom 7. März 1927* (Berlin, 1931), ve "Bericht des Referenten Justizrat Schatz, Leipzig," Anlage B, içinde Deutscher Anwaltverein, ed., *Um die Simultanzulassung. Bericht tiber die Ausschufiverhandlungen im Deutschen Anwaltverein* (Erster Teil) (Leipzig, 1925), 22-43. Ayrıca bkz. Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 67-78.

[91] Prusya Adalet Bakanlığı'nın eşanlı kayda izin verilmesinin reddine ilişkin 23 Mayıs 1894'te Şansölye Caprivi'ye yaptığı açıklama için bkz. G.St.A., I HA Rep. 84a, Nr. 10346, "Gesetzliche Ordnung der Verhältnisse des Anwalts- und Advokatenstandes, Bd. VI, 1888-1902," 223-29.

[92] Argümanların özeti için bkz. G. Reidnitz, *Lokalisation und Simultanzulassung* (Mainz, 1911).

bu durum onları, eşanlı kayıt talebine karşı harekete geçirdi. Meslek yayın organlarında karşı saldırıya geçtiler ve tartışma alevlendi. 1913'teki DAV genel kurulunda yüksek mahkeme avukatları eşanlı kayıt meselesinin DAV içerisinde oluşturulacak ve Birinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar hiç harekete geçmeyen bir çalışma komisyonuna bırakılması hususunda başarı elde ettiler. Savaş zamanı ve savaş sonrası enflasyon oranları, iki avukat grubu arasındaki ekonomik çatışmayı yoğunlaştırdı; zira uyuşmazlıklar nominal olarak artarken dosyalar ilk derece mahkemesinden yüksek mahkemelere doğru "göç ediyordu". İlk derece avukatları 1920'de meseleyi bir kez daha DAV'ın ve İmparatorluk Adalet Bakanlığının önüne getirdiler. DAV Yönetim Kurulu eşanlı kayda imkân verecek bir yasaya ilişkin desteğini yineledi.^[93] Yüksek mahkeme avukatları buna 1921'de Alman Yüksek Mahkeme Avukatları Birliği'ni kurarak karşılık verdiler.^[94] DAV, birbiriyle anlaşmazlık yaşayan iki avukat grubu arasında arabuluculuk yapmayı denedi ama bunda başarısız oldu. Baroda ilk derece avukatları ile yüksek mahkeme avukatları arasında kutuplaşma olması DAV'ı ve yerel hukukçu loncalarını anlaşmazlığın sertliğinden yakınmak dışında hiçbir şey yapamaz hale getirmişti. 1922'yi takip eden dönemde her iki özel çıkar örgütü de Prusya ve İmparatorluk Adalet Bakanlıklarını dilekçeler ve kendi pozisyonları lehine bir yasa yapma çağrısı içeren yayınlarla ayrı ayrı bombardımana tutuyordu.^[95] Buradan yüz bulamayan taraflar, *Reichstag* üyelerine ulaşarak, amaçlarına ulaşmak için parlamentoyu kullanmaya çalıştılar. Mart 1925'te Alman Ulusal Halk Partisi'nin meclisteki temsilcileri olan ilk derece mahkeme avukatları eşanlı kayıt sistemini hak olarak kabul eden bir yasa teklifi sundular. Avukatlar arasında 1903'ten beri süregelen tartışmanın argümanları komitede ve *Reichstag* genel kurulunda bir kez daha tekrarlandıktan sonra yasa 7 Mart 1927'de kabul edildi ve 1 Ocak 2018 itibarıyla de yürürlüğe girdi.^[96]

[93] Schatz, "Bericht," 24. Ayrıca bkz. Verein der Amtsgerichtsanwälte des Oberlandesgerichtsbezirks Düsseldorf tarafından *Reich* Adalet Bakanlığına verilen dilekçe, 6 Temmuz 1920, içinde G.St.A., I HA Rep. 84a, Nr. 71, "Gesetzliche Ordnung der Verhältnisse des Anwaltsund Advokatenstandes, Bd. XII, 1920–23," 127–28. Eşanlı kaydın yapılmasını teklif etmektedir.

[94] İtiraz mahkemesi avukatları Jena'da kendi birliklerinin kurulduğunu 22 Mayıs 1921'de Prusya Adalet Bakanlığına bildirmişlerdir. Verein Deutscher Landgerichtsanwälte'den Prusya Adalet Bakanlığına, Haziran 2, 1921, G.St.A., I HA Rep. 84a, Nr. 71, 259–61.

[95] Örneğin bkz. dilekçeler Verein Deutscher Amtsgerichtsanwälte, ed., Simultanzulassung, 193–315, ve başvurular, G.St.A., I HA Rep. 84a, Nr. 71, 225–30, 307, Nr. 72, 571–85 and 589–607.

[96] DAV kendisini eşanlı kayda ilişkin tartışmalarda âtil hissetmiştir; Hachenburg, *Lebenserinnerungen*, 163.

Eşanlı kayıt sistemine ilişkin bu meslek içi çatışma, baronun toplumun ortak iyisini temsil etme iddiasının geçerliliğini daha da aşındırmıştı. Zira ileri gelen avukatların, avukatların hepsinin adına bile konuşamadıkları meydana çıkmıştı. Meslek kurumlarının kendileri bile, birbirleriyle rekabet halindeki avukat gruplarının kendi çıkar mücadelelerinin, özel çıkarlara dayalı hasım aday listeleri ile mesleki örgütlerin yönetimlerine seçilmenin sahası haline gelmişti.^[97] Ayrıca baro yöneticileri lehine geleneksel olarak var olduğu düşünülen kurumsal desteğin olmadığı da görülmüştü. Yöneticilere, uyumsuzluğun giderilmesi için ne Prusya Adalet Bakanlığı ne de liberal siyasi partiler bir yardımda bulunabilmiş; yasama inisiyatifini liberal olmayan partilere, özellikle de DNVP'ye bırakmışlardı. Mücadelenin sonunda, hem ilk derece mahkeme avukatları hem de yüksek mahkeme avukatları, kendi çıkarlarını tam olarak savunamadıkları için baro yöneticilerine teessüf ederek, kendi özel menfaat örgütlenmelerini muhafaza etmişlerdi. Bu da “evrensel sınıf” olma iddiasının tümüyle geçersiz hale geldiğini göstermektedir.

Savaş arası dönemde, devletin avukatların hayatlarına doğrudan müdahalede bulunduğu başka gelişmeler de yaşanmıştır; avukatlık pratiğinden elde edilen gelirin ticari vergi kapsamına alınması gibi... Normalde yerel idarelerin işleyişlerinin finansmanı için kullanılmakla birlikte, 1920'lerin başlarında elleri iyice darlanan hükümetler azalan gelirlerini karşılamak üzere neyin ticaret sayılacağına dair tanımı genişletmişlerdir. 1921'de Saksonya eyalet idaresinin her türlü serbest meslek faaliyetinin de ticari vergilendirmeye tabi olması gerektiği şeklinde teklifi DAV tarafından değerlendirilmiş ve buna karşı çıkmıştır.^[98] DAV her şeyden evvel serbest mesleklerin bu kapsama alınmasının, gelirlerinin vergilendirilmesini federal hükümete özgüleyen federal yasalara aykırı olduğunu iddia etmiştir. İkinci olarak da, serbest mesleklerin kelimenin hukuki tanımı itibarıyla “ticaret” olmadığını söyleyerek, rekabete ilişkin, örneğin reklam yasağı gibi, hukuki faaliyetin diğer hizmetlerle birleşmemesi gibi doğal olarak “meslek ahlakından” (*Standessitte*) kaynaklandığını ileri sürdükleri sınırlandırmalara dikkat çekmişlerdir.^[99] Ne var ki, 1921 boyunca Saksonya, Baden ve diğer bazı küçük eyaletler mesleki gelirleri ticari vergi kapsamına geçirmişlerdir.^[100]

[97] Ledford, *From General Estate to Special Interest*, 111-12.

[98] “Aus der Vereinstätigkeit,” *Anwaltsblatt* 8 (1921): 3-5, 3-4. DAV'ın Sakson hükümetine başvurusunun yeniden basımı için ibid., 19-21.

[99] Wassertrüdingen (Nürnberg), “Gewerbsteuer vom Anwaltseinkommen?” *Abl* 8 (1921), 182-84, 184

[100] “Aus der Vereinstätigkeit,” *Abl* 8 (1921), 104-7, 105-6. DAV, kendi eyaletlerinde avukatlara uygulanacak ticari vergilerle mücadele etmeyi yerel baro teşkilatlarına bıraktığını göstermiştir.

1920'lerin ortalarında yaşanan ekonomik istikrarla birlikte, serbest meslek gelirlerinin ticari vergilere dahil edilmesi yolundaki idari çabalarda bir düşüş yaşanmıştır.^[101] Depresyon hükümetlerin gelirlerini yeniden düşürmeye başlayınca avukatların soluklanması da sona ermiştir. 1929'da mesele gerek ticari vergilere dair "çerçeve" yasa taslağında serbest mesleklerin açıkça *muaf* tutulduğu ulusal düzeyde gerekse serbest meslekleri vergi kapsamına alma yolunda ilerleyen eyaletler -ve bilhassa da Almanya'nın uzak ara en büyük eyaleti olan ve Katolik Merkez Parti ile SPD koalisyonunun yönettiği Prusya- düzeyinde ivme kazanmıştır.^[102] DAV bir kez daha yerel baroları ve hukukçu loncalarını, değişikliğe karşı çıkmak üzere harekete geçmeye çağırmış; ayrıca Berlin'de bir toplantı ve gösteri yürüyüşü tertip etmiştir.^[103] Avukatlar ticari vergiye tabi olmaktan 1929'da kurtulmuşlarsa da, 1930'da o kadar şanslı değillerdir. Ekonomik koşullar kötüleşince, vergilendirilebilir gelir arayışı da umarsız hale gelmiş ve ticari vergi meselesi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Tacirler ve örgütlenmeleri, etkin bir vergilendirme oranı yakalanırsa kendi gelirleri üzerindeki vergilerin azalabileceği beklentisiyle serbest mesleklerin de vergi kapsamına alınması yönünde bir kampanya yürütmüşlerdir.^[104] Avukatların, kendi mesleklerinin bir ticaret olmadığı yolundaki itirazlarına, vergi hasılatının beklenildiği kadar artmayacağı ve yeni bir yükün zaten kuşatılmış olan mesleği iyice yıpratabileceği uyarılarına rağmen, Prusya parlamentosu Mart 1930'da yeni bir ticaret vergi kanunu çıkararak, serbest meslekten elde edilen kazançları da bu kapsama almıştır.^[105]

DAV, ticari vergilendirmeye karşı mücadelesini iki cephede birden sürdürmüştür. İlk olarak yerel barolara, yasal vekâlet ücretlerine yüzde on ilave yapmak suretiyle, ticari vergi yükünün maliyetinin müvekkillere aktarılmasını önermiştir.^[106] Yerel birlikler bu aktarımın "mesleki bir görev" (*Standespflicht*) olduğunu söyleyerek, müvekkil örgütlerinin itirazlarına rağmen, hükümet

[101] Weimar döneminin sonunda yaşanan finansal kriz esnasında hükümetin mali politikalarına ilişkin daha geniş çaplı siyasi değerlendirme için bkz. D. Orlow, *Weimar Prussia 1925-1933: The Illusion of Strength* (Pittsburgh, 1991), özellikle 165-72.

[102] "Aus der Vereinstätigkeit," *Abl* 16 (1929): 76-80, 78.

[103] *Ibid.*: 116-18, 116-17; Berlin protestosuna bin beş yüzden fazla avukat katılmıştır.

[104] "Vereinsnachrichten," *ibid.* 17 (1930): 97-100, 99.

[105] Neden vergi kapsamında olmamaları gerektiğine ilişkin avukatların iddiaları için bkz. P. Marcuse, *Die freien Berufe und die Gewerbesteuer* (Leipzig, 1929), ve P. Marcuse, "Die preußische Gewerbesteuer," *Anwaltsblatt* 17 (1930): 116-20.

[106] Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 208; ayrıca bkz. "Die Abwälzung der Gewerbesteuer," *Anwaltsblatt* 17 (1930): 174-76; 15 Haziran 1930 itibarıyla kırk dört baro teşkilatı "geçirme" düzenlemesini gerçekleştirmiştir.

bu uygulamayı 1932'de bir kararname ile hukuk dışı ilan edene kadar, vergi yükünü aktarmışlardır.^[107] İkinci olarak DAV, ticari vergilerin hukukiliğini iki dava silsilesi ile tartışma konusu haline getirmiştir. İlk dava, ulusal anayasa mahkemesinde (*Staatgerichtshof*) eyaletlerin serbest meslek gelirlerini vergilendirmesinin, gelir vergisi yetkisini federal hükümete tanıyan Weimar ve Prusya anayasalarına uygunluğuna dair açılmıştır. İkinci dava silsilesi ise eyalet mali mahkemelerine (*Finanzgerichte*) vergi değerlendirmesi itirazı şeklinde yapılan başvurulardır.^[108] Her iki yöntem de, 1930'dan 1932'ye kadar yargı sistemi içerisinde olağan seyrini izlemiş ve meslek örgütü her ikisinde de bir başarı kaydedememiştir. Anayasa Mahkemesi 1931'de ticari vergilerin mesleki gelirleri kapsayacak şekilde genişletilmesinin Weimar Anayasası'nı ihlal etmediğine hükmetmiştir.^[109] Avukatların orta derece istinaf düzeyinde kısmi bir başarı elde etmelerinin ardından Prusya Yüksek İdare Mahkemesi 5 Nisan 1932'de Prusya ticari vergi yasasının serbest meslek kazançlarına uygulanmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.^[110] Bu kararla birlikte, hukuki girişimler sona ermiş ve Alman avukatların büyük çoğunluğunu oluşturan Prusyalı avukatlar ticari vergi yükü ile birlikte çalışmak zorunda kalmışlardır.

Ticari vergiye tabi kılınmanın getirdiği mali darbe avukatlar için önemlidir, ancak daha önemlisi, prestijlerine, özel statü iddialarına vurulan darbedir. Yasama ve mahkeme düzeylerinde ellerinden geleni yapsalar da, mesleklerinin “ticaret” olarak nitelenmesini engelleyememişlerdir. Bu kararı verme gücü, avukatların kendilerini özdeşleştirdikleri siyasi liberalizmin partilerinin nicel ve dolayısıyla nitel olarak sert bir biçimde kayıp yaşadıkları kutuplaşmış yasama meclislerindedir. Yönetim organları artık liberal partilerin ellerinde olmayan yerel idarelerin mali ihtiyaçları, onları yeni gelir kaynakları aramaya ve ekonomik ve statü güvencelerine zarar verme pahasına avukatlık kazançlarının peşine düşmeye itmiştir. Baro örgütü ve liberal müttefiklerinin çıkarlarını korumakta yetersiz oldukları anlaşılmıştır.

Nihayet ekonomik kriz, avukatları meslek ideolojilerinin meslekteki aşırı kalabalıklaşma problemini çözebilmek için en sevilen ilkelerinden birinden vazgeçmeye zorlamıştır. Meslekteki kalabalıklaşma meselesi 1870'lerde Avukatlık

[107] Reichsverband der Deutschen Industrie ile DAV arasındaki Mayıs 1930'daki mektuplaşmaya bkz. *Abl* 17 (1930) 175–76. Politikasının hukuk dışı ilan edilişi için bkz. Ostler, *Die deutschen Rechtsanwälte*, 209.

[108] “Preußische Gewerbesteuer,” *Anwaltsblatt* 17 (1930): 227.

[109] “Aus der Vereinstätigkeit,” *Anwaltsblatt* 18 (1931): 172–74, 173.

[110] “Aus der Vereinstätigkeit,” *Anwaltsblatt* 19 (1932): 229–30, 229; Bu görüş yeniden basılmıştır; *Juristische Wochenschrift* 61 (1932): 2113.

Yasası esnasındaki tartışmalara kadar geri götürülebilir.^[111] Mesleğe girişin önündeki kısıtların kaldırılmasına kimileri, çok sayıda ve yetersiz adayın gelmesine neden olacağı, standartları düşüreceği ve mesleğe dair kamu algısını bozacağı gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. Baroda en başta yaşanan sayısal artış dramatik olmadıysa da, çoğu avukatın endişesi devam etmiştir. 1885'te ve keza 1894'te Prusya Adalet Bakanlığı hukuk loncaları ve istinaf mahkemeleri başkanları düzeyinde bir araştırma yaparak, bölgelerinde bir aşırı kalabalıklaşma olup olmadığını sorgulamıştır. Bakanlık *numerus clausus* uygulamasını yeniden getirmeyi dahi önermiş, ancak gerekli bilgilendirmeyi aldıktan sonra buna ilişkin bir adım atmamıştır.^[112]

DAV, mesleğe katılıma bir sınır getirilmesi yolundaki her türlü öneriye kararlı bir şekilde direnmiştir. 1850'ler ve 1860'larda avukat ve hâkimlerin yaşadıkları siyasi eziyetlerin hatıralarından dem vuran sözcüler ve yazarlar, avukatların sayılarının sınırlandırılması çağrılarına karşı çıkmışlardır; yalnızca ekonomik liberalizm ("bırakınız yapsınlar") gerekçesiyle değil, avukatların sayılarının devlet tarafından sınırlandırılmasının, bir şekilde kimin mesleğe gireceğine dair devletin tercih hakkı olduğu, fiilen uygulanmasa bile güvenlik incelemesi fırsatı yaratabilecek bir sistem getirebileceği endişesiyle de... Yüzyıl dönümündeki on yılları kapsayan dönemde ortaya çıkan her türlü tahrike, hatta yalnızca aşırı kalabalıklaşmanın önlenmesine hasredilmiş avukat dernekleri kurulmasına rağmen 1894 ve 1911 genel kurullarında mesleğe giriş sınırlandırma getirilmesi talepleri reddedilmiştir.^[113] Keza hukukçu loncaları da, pek çok bölgede mesleğe girişe sınırlama getirilmesi taleplerini reddetmişlerdir.

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından ekonomik alt üst oluş, öğrenimleri veya eğitimleri savaş nedeniyle kesintiye uğramış adayların bir anda akın etmesi ve bununla beraber yüksek öğrenimin de yaygınlaşması, meslekte kalabalıklaşmaya

[111] Burada özellikle işe yarar bir çalışma E. Fließ, *Der Kampf um den numerus clausus in der Rechtsanwaltschaft* (Yayımlanmamış doktora tezi, Freiburg i. B., 1933). Mesleğin aşırı kalabalıklaşması ile ilgili kaygılar için bkz. T. Kolbeck, *Juristenschwemmen. Untersuchungen über den juristischen Arbeitsmarkt im 19. und 20. Jahrhundert* (Frankfurt, 1978) ve H. Titze, "Die zyklische Überproduktion von Akademikern im 19. und 20. Jahrhundert," *Geschichte und Gesellschaft* 10 (1984): 92–121.

[112] Prusya Adalet Bakanlığı'nın araştırma sirküleri için bkz. G.St.A., I HA Rep. 84a, Nr. 36, "Revision der Rechtsanwaltsordnung," 33–40 (Nisan 11, 1885) ve 67–90 (Mart 19, 1894). Krach, *Jüdische Rechtsanwälte*, 41, yalnızca 1894 sirkülerinden söz eder.

[113] "Verhandlungen des XII. deutschen Anwaltstag zu Stuttgart," *Juristische Wochenschrift* 23 (1894), Beilage zu Nr. 55; ve "Verhandlungen des XX. deutschen Anwaltstages zu Würzburg," *JW* 40 (1911), Zugabe zu Nr. 20, 50. Ayrıca bkz. Ledford, *From General Estate to Special Interest*, bölüm 8, 245-73.

dair korkuları yeniden su yüzüne çıkarmıştır.^[114] Çoğu avukat, meslekteki genel ekonomik zorluğu, aşırı kalabalıklaşmaya bağlamıştır. Yeni “demokratik sosyal” cumhuriyet koşulları altında, bazıları, kamunun ortak refahını korumak adına, edimleri bireylerin haklarının kısılması anlamına gelse bile, devletin avukatlara bir nitel kabul süreci kısıtı getirmesinin bir hak hatta ödev olduğunu ileri sürmüşlerdir:

“Yalnızca Tabiat kendisine binlerce tohum saçma cömertliğinde aşırılık yapma hakkı tanıyabilir; tohumlardan biri yetişirken, geri kalan hepsi yok olup gidebilir. Manchesterist [19. yüzyılda İngiltere’nin Manchester kentinde ortaya çıktığı böyle anılan ve sosyal eşitliğin serbest ticaretle sağlanabileceğini savunan sosyo-politik hareket -ç.n.] bir siyasi teori, üretici güçlerin aşırı üretimi karşısında kendisine, kıyasen benzer bir pozisyon belirleyebilir, ama demokratik-sosyal cumhuriyet bunu yapamaz. Sosyal cumhuriyet, istekli emek güçleri için istihdam yaratma sorumluluğunu üzerine alır”.^[115]

Yine de DAV yöneticileri, mesleğe katılımın sınırlandırılması çağrılarında kararlı bir şekilde direnmişlerdir. Sınırlandırma taraftarları, problem olarak baro yöneticilerini görmeye başlamışlar, sınırlandırma fikrine muhalefetin, mesleğin yaşlı, işlerini yoluna koymuş ve ekonomik olarak güvenceli kesimlerinden geldiğini ileri sürmüşlerdir. Bu “avukat mesleğinin üst sınıf” mensupları baroların, DAV’ın kurumlarının, hukuk loncalarının yönetim ve disiplin kurullarının kontrolünü ellerinde tutmakta; kendi görüş ve ideallerini, genç ve ekonomik anlamda kırılğan meslektaşlarına dayatmaktadırlar.^[116]

[114] Weimar Cumhuriyeti döneminde akademik mesleklerdeki aşırı kalabalıklaşma algısı ve gerçekliği için işe yarar bir çalışma olarak bkz. M. Beatus, “Academic Proletariat: The Problem of Overcrowding in the Learned Professions and Universities during the Weimar Republic 1918–1933” (Yayımlanmamış doktora tezi, University of Wisconsin, 1975). Daha kısa bir özet için bkz. W. M. Kotschnig, *Unemployment in the Learned Professions: An International Study of Occupational and Educational Planning* (Oxford, 1937), 117–21.

[115] Feuchtwanger, *Sigbert, Die freien Berufe. Im besonderen: Die Anwaltschaft. Versuch einer allgemeinen Kulturwirtschaftslehre* (Munich and Leipzig, 1922), 150–51 (Yazarın kendi çevirisi).

[116] “Üst sınıf avukatlar” kavramı için bkz. M. Rumpf, *Anwalt und Anwaltstand. Eine rechtswissenschaftliche und rechtssoziologische Untersuchung* (Leipzig, 1926) 31–32. Günden güne genç, sıradan dosya avukatlarının mücadelelerinden uzaklaşmaları için bkz. R. Bauer-Mengelberg, *Standesgefühl und Solidaritätsgesühl gesehen von der Psychologie des jungen Anwalts* (Leipzig, 1929), 58–59. Liderliğin sıradan avukatların ekonomik meselelerine temas edemedikleri iddiasını yinelemiştir, “Die Abgeordneten,” *Anwaltsblatt* 18 (1931): 237–40, özellikle 238, DAV yöneticilerini “temsil edici olmamak”la itham eder.

Mesleğin kalabalıklaşmasından endişe duyan avukatlar, DAV'ın temsilciler meclisi seçimlerinde aday listesi hazırlamışlar ve 1928-1932 arasındaki ekonomik kriz döneminde mesleki kurumlarda daha fazla söz sahibi olmuşlardır. Kasım 1928'de temsilciler meclisi mesleğe katılımın önündeki her türlü sınırlamanın kaldırılması şeklindeki bir önergeyi reddetmekle birlikte, her hangi özel bir sınırlama türü üzerinde ittifak sağlayamamıştır.^[117] 1930'da *Referendare* [stajyer -ç.n.] için *numerus clausus*'u, yani iki baro sınavı arasında alınan ve yalnızca serbest avukatlar için değil, her türlü hukuk mesleği için zorunlu olan uygulamalı eğitim sürecine girecekler için bir kota getirilmesini kabul etmiştir.^[118] Nihayet dünya ekonomik krizinin derinleştiği Aralık 1932'de, temsilciler meclisi baroya yeni katılımların üç yıl süreyle dondurulması çağrısı yapmış, bu süre zarfında avukatlar için, devlet vesayeti riskini taşımayan, işe yarar bir *numerus clausus* plan taslağı hazırlanmasını önermiştir.^[119] Her ne kadar, Nasyonel Sosyalistlerin gelişinden ve onların aşırı kalabalık avukat sayısının azaltılmasına ilişkin sahip oldukları apayrı kriterlerden evvel bu konuda bir yasal ilerleme kaydedilmediyse de, temsilciler meclisinin yeni kayıtların dondurulması ve *numerus clausus*'un kabul edilmesi kararı, DAV'ın avukatların menfaatlerini koruma isteğinin son bir çabası olmuştur.

[117] "Vereinigungen Deutscher Anwaltverein," *Juristische Wochenschrift* 57 (1928): 3094–95. Her türlü sınırlandırılmasının reddi, 61'e 56 kabul görmemiştir; *Assessoren* bekleme süresi 68'e 49 ve staj için *numerus clausus* 64'e 52 (bir eksik) kabul görmemiştir. "Stenographischer Bericht über die 22. Abgeordnetenversammlung vom 3. und 4. November 1928 im Hotel 'Frankfurter Hof' zu Frankfurt a.M.," *Anwaltsblatt* 16 (1929), Beilage zu Heft 2, 115–18.

[118] "Beschlüsse der 25. Abgeordnetenversammlung des Deutschen Anwaltvereins vom 22. und 23. März 1930 zu Leipzig," *Juristische Wochenschrift* 59 (1930): 1036. Kayıtlara sınırlama getirmek suretiyle aşırı kalabalıklaşmanın önlenmesi oylamasının sonucu 65'e 50 idi; "Stenographischer Bericht über die 25. Abgeordnetenversammlung vom 22. und 23. März zu Leipzig," *Anwaltsblatt* 17 (1930), Beilage zu Heft 6, 99–102. Staj eğitimine gelenlere *numerus clausus* uygulanması oylaması 63' 52 kaldı, ibid., 102. Max Hachenburg, *numerus clausus* yanlılarının şaşkıncu bir şekilde, aşırı kalabalıklaşmanın görüldüğü büyük şehirlerden değil, orta ve küçük boyuttaki şehirlerden geldiğini söyler; "Juristische Rundschau," *Deutsche Juristen-Zeitung* 35 (1930): 539–44, 542.

[119] Üç yıllık dondurma oylaması 127'ye 19 lehe sonuçlandı; *numerus clausus* 115'e 31 lehe çıktı, "Stenographischer Bericht über die 29. Abgeordnetenversammlung von 4. Dezember 1932 zu Berlin," *Anwaltsblatt* 20 (1933), Beilage zu Heft 3, 70–72.

Sonuç

Nisan ve Mayıs 1933’de yaşanan olaylar, Alman avukatlık meslek kurumlarının Nasyonel Sosyalist hareketin yoğun hoşgörüsüzlüğü karşısında direnebilme konusundaki yetersizliğinin su götürmez bir gerçek olduğunu ortaya koymuştur. Ancak meslek örgütünün sağladığı eşgüdüm, Nazi saldırganlığı ve cebri karşısında âni bir teslim olma veya uzun zamandır sahip olunan avukat-liberalizminin gizemli bir şekilde bir yana bırakılması şeklinde olmamıştır. Eriyen sosyal tabanları karşısında “evrensel sınıf” olma iddiaları inandırıcılığını uzun zaman önce yitirmiş olan avukatlar, liberalizm ile aynı kaderi paylaşmıştır.^[120] Avukatların Weimar Cumhuriyeti ve Üçüncü Reich [Üçüncü İmparatorluk veya Nazi Almanyası] döneminin değişen koşullarına gösterdikleri tepkinin kökleri Savaş öncesi ideolojilerine, kurumlarına ve yapısal değişikliklere kadar uzanır. Bu makalede ele alınan, Weimar döneminde karşı karşıya kaldıkları altı temel mesele, avukatların liberal mesleki yapılarının ve ideolojilerinin bu değişen koşullarda sınırlı bir şekilde işe yarayabileceğini göstermektedir.

Alman liberal parti önderlerinin Alman halkını, kendi örgütlenmelerinin genel menfaatleri savunduğu konusunda ikna etmekte başarısız oldukları gibi, baroların liderleri de hem kamuya avukatların toplumun genel çıkarlarını savunduğunu anlatmakta hem de yöneticiler olarak kendilerinin, avukatların “genel sınıfı”, yani bütün avukatların çıkarlarının temsilcisi oldukları iddialarını sürdürmekte başarısız kalmışlardır. Yüksek Mahkeme ile Berlin’deki *Kammergericht*’te faaliyet yürüten muteber-avukatlar DAV’ın Yönetim Kurulu ile Temsilciler Meclisinde baskınken, bölge mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinde görev alan avukatlar hukukçu loncalarında ve varlıklı yerel avukatlar da yerel gönüllü birliklerde baskın olmuşlardır. Bu önde gelenlerin, bütün avukatların çıkarlarını temsil ettikleri yolundaki iddiaları, kendileri dışındakilerin taşıdığı ve emeklilik sigortası, eşanlı kayıt, mesleğe katılımın sınırlandırılması tartışmaları etrafında açığa çıkan temsil edici olmadıkları ve “avukatların üst sınıfları” oldukları şeklindeki kanılara karşı yenik düşmüştür. Ayrıca meslek örgütlerinin önde gelenleri, daha geniş kamuoyunu, avukatların, “evrensel sınıf” olmanın gereği olarak, özel statü ve kendi meselelerine dair özel bir denetim işleyişi taleplerinin meşruluğu konusunda da ikna edememişler; kadınların mesleğe kabulünün önlenmesi, iş mahkemelerinde avukatla temsil ve ticari vergilendirmenin savuşturulması mücadelelerini kaybetmişlerdir. Birbirini takip eden yasama faaliyetleri, mesleğin “evrensel sınıf” tutumu maskesini düşürmüş ve birbiriyle rekabet eden diğer menfaat gruplarından biri olduklarını açığa çıkarmıştır.

[120] Liberal partilerin kaderi analizi ile olan benzerlik çarpıcıdır; sonuç bölümü için bkz. Jones, German Liberalism, 476–82.

Weimar'ın zorlukları, meslek örgütlerinin yalnızca kendi sosyal tabanının dar çıkarlarını temsil eden herhangi bir özel çıkar grubu olduğunu ortaya koyarken, özel çıkarlara sahip avukat birliklerinin türemesi mesleki kurumları, bu grupların içerisinde hegemonya için mücadele verdikleri bir alana dönüştürmüştür. DAV liderlerinin buna verdikleri tepki, menfaatlerin ifade edilebileceği yeni usul araçları yaratma çabasına girişmek olmuştur. Dışlanmış seslerin temsil edilebilmelerini sağlayan usul reformları maddi adalet taleplerini karşılamamış, yalnızca tartışmanın kurallarını yeniden belirlemeye yaramıştır. Liderlik liberal kurumları bir arada tutmaya çalışırken, özel çıkar grupları kendi amaçlarına ulaşabilmek için dışarıda başka yapılar aramaya başlamışlardır. Statü endişelerinin de, eşanlı kayıt üzerine tartışmalarda görüldüğü üzere, bu uyuşmazlıklarda ekonomik çıkarlar kadar büyük bir yer tuttuğu görülmüştür. Baronun bu uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapamaması hem baro yöneticilerinin mesleğin çıkarlarını temsil meşruiyetlerini *hem de* bir bütün olarak baronun “hukukun koruyucusu” olarak muamele görme taleplerini sorgulanır hale getirmiştir.

Yardım beklentisiyle devlete yönelen gerek yönetici gerekse kendilerini temsil edilmemiş hisseden avukatlar, 1920ler ve 1930'ların başlarındaki etki alanlarının, Birinci Dünya Savaşı öncesindeki kadar geniş olmadığını fark etmişlerdir. 1922'de *Reichstag*'ta yalnızca on bir, 1932'de ise yalnızca on dört serbest avukat görev yapmıştır.^[121] Benzer şekilde, daha önceleri liberallerin kontrolünde olan avukatların kalesi konumunda bulunan kent konseyleri, cumhuriyetin seçim reformu ile birlikte rekabetçi bir seçim arenasına haline gelmiş, avukatlar sahip oldukları zemini yitirmişlerdir.^[122] Seçilmiş organlar içerisinde avukatların sahip oldukları alanlar, liberal siyasi partilerin kaderleriyle paralel bir şekilde yitirilmiştir.

1918'den sonra avukatlar yeni, tanımadıkları ve pek de dostane olmayan bir bürokrasi ile karşı karşıya kalmışlardır. Daha önceleri temel ve genel olarak da

[121] Julius Curtius, “Anwaltschaft und Parlament,” *Juristische Wochenschrift* 51 (1922): 1289–91, 1289. *Reichstag*'taki az sayıdaki avukat hakkındaki şikâyet için bkz. “1927,” *Anwaltsblatt* 14 (1927): 1–2, 2, ve “Aus der Vereinstatigkeit,” *Anwaltsblatt* 19 (1932): 188–91, 189–90 (henüz yeni fesih olmuş *Reichstag*'ta 560 temsilciden 14'ü). On dokuzuncu yüzyıl sonu ile yirminci yüzyıl başlarında Fransa'daki avukatlar için siyasi faaliyet ve parlamenterlik görevlerinin merkeziliğine ilişkin içeriden bir değerlendirme için bkz. L. Karpik, “Lawyers and Politics in France, 1814–1950: The State, the Market, and the Public,” *Law and Social Inquiry* 13 (1988): 707–36, 719–20.

[122] H.P. von Strandmann, “The Liberal Power Monopoly in the Cities of Imperial Germany,” *Elections, Mass Politics, and Social Change in Modern Germany: New Perspectives* içinde ed. Jones, Larry Eugene ve Retallack, James (Cambridge, 1992), 93–117; W. Hardtwig, Wolfgang, “Großstadt und Bürgerlichkeit in der politischen Ordnung des Kaiserreichs,” *Stadt und Bürgertum im 19. Jahrhundert* içinde, ed. Gall, Lothar (Munich, 1990), 19–64.

sempatik bürokratik iletişimin kurulduğu İmparatorluk Adalet Bakanlığı, artık, avukatların çekişmek durumunda oldukları alanda tek başına değildir. Zorunlu emeklilik sigortasına verdikleri destek konusunda, pek çok avukatın içi, Çalışma Bakanlığının fikre büyük bir şevkle sahip çıkmasıyla ferahlamıştır. Keza aynı bakanlık iş hukuku reformu konusunda, meslek örgütlerinin itirazlarına ve asıl yetkinin Adalet Bakanlığında olması gerektiği iddialarına rağmen, Sosyal Demokrat programı anında uygulamaya koymuştur.

Son olarak, meslek ideolojisinin liberal *Rechtstaat* öğretisi ile yakından ilişkili olan dar prosedürelciliği, baro içerisindeki veya Alman toplumundaki çatışmalara dair hiçbir çözüm sunamamıştır. Liberalizm gibi meslek ideolojisi de çıkar gruplarının meşruiyetini tümüyle *yadsınmıştır*. Birbiriyle çelişen taleplere dair karar verilirken, esas sebeplere dair bir çözüm üretmeyi reddetmiş; meselenin özünü görmeyi engelleyen usullere odaklanmıştır. Baro örgütünün son sığınağı, *numerus clausus*'u kabul ederek, mesleğe girişe dair temel usulü değiştirmeye çalışmak olmuştur.^[123] Böylece 1933'de, adaletsizliğe muvafakat etseler de, özgürlüğe formel sadakatlerini koruyarak doğru kalabilecekleri konusunda kendilerini ikna edecek zemini hazırlamışlardır. Basmakalıp bağımsız, liberal “serbest” meslek çerçevesi içerisinde kalan avukatlar prosedürel liberalizmin sınırlarını görünür kılmışlardır.

[123] Tilmann Krach Aralık 1932'deki *numerus clausus* kararının verilmesinde avukatlar arasındaki anti-Semitizmin önemli bir rolü olmadığını söylese de, karar her hâlükârda “nesnel olarak Nasyonel Sosyalistler'in Musevi avukatlara karşı önlem almalarına yaramıştır”, Krach, *Jüdische Rechtsanwälte*, 75.

KATMA DEĞER VERGİSİ GENEL UYGULAMA TEBLİĞİ ÖZELİNDE VEKÂLET ÜCRETLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ TARTIŞMASINA KATKI

Av. Dr. Hasan ORAL*

Avukatların hem serbest meslek icra ederken elde ettikleri gelirden dolayı Gelirler Vergisi Kanunu'na, hem de yaptıkları hizmetin ücretini vergilendiren KDV Kanunu'na tabi olmalarından kaynaklanan sorunların başında, davanın kazanılması halinde mahkemece hükmedilecek vekâlet ücretinin, katma değer vergisi karşısındaki durumu gelmektedir.

Yargıtay ve Danıştay kararlarında, barolarda, hukuk dergilerinde, akademik platformlarda tartışılan bu konuya bir katkı(!) da vergi idaresinin çıkarmış olduğu "Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği" ile gelmiştir. Genel Uygulama Tebliği'nin sunmuş olduğu katkı(!), avukatların vekâlet ücretlerine uygulanacak katma değer vergisini netleştirmek yerine maalesef bu sıcak tartışmaya yeni malzemeler katarak, sorunu daha da alevlendirmiştir.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, yargılama sonunda haksız çıkan tarafın ödeyeceği vekâlet ücretinin ve avukatların hukuki durumunu tartışma konusu yaparak, vekâlet ücretinin katma değer vergisine tabi olup olamayacağına ilişkin bazı çıkarımlarda bulunma yoluna gitmiştir.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin bir diğer çıkarımı ise mahkemenin hükmettiği vekâlet ücretine, KDV'nin dâhil olup olmadığına ilişkin saptaması olmuştur.

Yasal bir dayanak içermeyen bu idari çıkarımların avukatların vekâlet ücretinin vergilendirilmesine ilişkin tartışmalara çözüm üretmesinden çok, uygulamada avukatlara sorun getireceğini şimdiden söylemek mümkündür. Zira aşağıda da tartışacağımız üzere vekâlet ücretinin vergilendirilmesine ilişkin uygulamalar, vergilerin yasallığı ilkesi, vergilendirilmede kıyas yasağı gibi pek çok ilkenin çiğnenmesi yönünde devam etmektedir.

* Ankara Barosu.

A. Tartışmalı Vekâlet Ücretine İlişkin Düzenleme

28983 sayılı ve 26.04.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 3065 Sayılı KDV Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin açıklamalar içeren Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, “B. VERGİNİN KONUSU İLE İLGİLİ ÇEŞİTLİ HUSUSLAR” başlığının 4. maddesinde “Avukatlık Ücretleri”ni konu almıştır. İki paragraftan oluşan düzenleme şu şekildedir:

“Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi KDV’nin konusuna girmez. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olur. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanan serbest meslek makbuzu düzenler ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterirler.

Mahkeme kararında “KDV hariç” şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekâlet ücretinin KDV dâhil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir.”

B. Uygulama Tebliği’nde Karşı Vekâlet Ücretinin Katma Değer Vergisine Tabi Olup Olmadığına İlişkin Saptama

Uygulama Tebliği’nde mahkemelerce hükmolunan karşı vekâlet ücretinin davaya kazananlara ödenmesi halinde, vekâlet ücretinin KDV’ye tabi olmadığı; ödemenin avukatlara yapılması halinde ise vekâlet ücretinin KDV’ye tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu duruma istisna olarak ise, maaş karşılığı çalışan avukatların, kendi işverenlerine ait karşı vekâlet ücretlerinin KDV’ye tabi olmadığı ifade edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 441. maddesinde karşı vekâlet ücreti, yargılama gideri olarak düzenlenmiş ve devam eden 442. maddesinde ise yargılama giderlerinin, haksız çıkan karşı tarafça ödenmesi gerektiği öngörülmüştür. Avukatlık Kanunu ise, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin haklı çıkan tarafın avukatına verileceğini öngörmektedir^[1].

Vergi idaresinin, karşı vekâlet ücreti ödemesini doğrudan davayı kazanan tarafa yaptığında KDV’nin doğmaması; ödemenin davayı kazananın vekiline yaptığı durumda ise KDV’nin doğması hükmünün, yukarıdaki hukuki düzenlemeler dikkate alındığında, yasal herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

[1] 1136 sayılı Avukatlık Kanunu madde 164/son.

Vergiyi doğuran olay, Katma Değer Vergisi Kanunu m. 10/1'e göre malın teslimi ve hizmetin yapılması ile meydana gelir^[2]. Avukatlar açısından vergiyi doğuran olay ise, avukatlık hizmetinin ifası ile gerçekleşir. Bu nedenle karşı taraf vekâlet ücreti, ister davayı kazanan tarafa verilsin, isterse kazanan tarafın avukatına verilsin, katma değer vergisine tabi olmayacaktır. Zira vekâlet ilişkisi, bir hizmet ilişkisidir. Vekâlet ücreti ise, vekâlet hizmetinin karşılığında kazanılmaktadır. Oysa bir yargılama masrafı niteliğinde olan karşı vekâlet ücretinin avukat tarafından, davayı kaybeden taraftan tahsil edilmesi halinde, davayı kazanan taraf avukatının, kaybeden tarafa herhangi bir avukatlık hizmeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, KDV yönünden vergiyi doğuran olay gerçekleşmemiştir.

Ayrıca, çoğu zaman avukatın görevi davayı kazanmakla bitmemektedir. Mahkeme ilamının gereğinin yerine getirmesini sağlamak da avukatlardan beklenmektedir. Davanın kazanılması halinde mahkeme masraflarının karşı taraftan tahsil edilmesi de bir avukatlık hizmetidir. Mahkeme masraflarının, dolayısıyla karşı vekâlet ücretinin, davayı kaybeden taraftan istenirken, davayı kazanan asil ile vekili arasında bir ayırım yapılması ve buna göre karşı vekâlet ücretinin katma değer vergisine tabi tutulması, KDV Kanunu'nun genel mantığına da aykırılık teşkil etmektedir.

C. Uygulama Tebliği'nde Karşı Vekâlet Ücretine Katma Değer Vergisinin Dâhil Olup Olmadığına İlişkin Saptama

Ülkemizde normlar hiyerarşisinin başı olan Anayasa'da vergilendirmeye ilişkin düzenleme, 73. maddede düzenlenmiştir. Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Anayasanın bu hükmü bize vergilerin yasallığı ilkesini işaret etmektedir. Yasalar dışında herhangi idari düzenleme ya da yargısal kararın vergilendirmenin kaynağı olamayacağı, vergilerin yasallığı ilkesinin bir sonucudur.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği "Avukatlık Ücretleri" konulu düzenlemenin 2. paragrafında belirtilen "Mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekalet ücretinin KDV dahil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir." düzenlemesinin kanımızca, idarenin mahkeme

[2] Madde 10-Vergiyi Doğuran Olay:

a) Mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, malın teslimi veya hizmetin yapılması,

...

kararlarını uygulama zorunluluğu açısından, hukuka aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Ancak düzenlemede belirtildiği üzere, vergi matrahının yasalarla değil de mahkeme kararıyla belirlenmesi, Anayasa'nın 73/3 maddesinde belirtilen “*vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*” hükmüne aykırılık teşkil ettiği görülebilmektedir.

Vergilerin yasallığı ilkesi gereğince, vergi matrahında değişikliklerin, yargı kararları ile dahi olsa yapılabilmesi mümkün değildir. Ancak idare, hukuka aykırı bulunduğu mahkeme kararlarını, istinaf ve temyiz etme hakkı saklı kalmak kaydıyla, uygulamama yetkisine sahip değildir. Zira İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde belirtildiği üzere idare, yargı kararlarını en geç 30 gün içinde uygulama zorunluluğu ile de karşı karşıyadır^[3].

SONUÇ

Vekâlet ücretinin vergilendirilmesine ilişkin sorunlar yıllardır çözülme beklemektedir. Ancak çözüme dair yapılan düzenlemeler ne yazık ki ihtiyaçlara cevap verememektedir.

Karşı vekâlet ücretinde avukatın, avukatlık hizmeti vermediği karşı tarafa serbest meslek makbuzu keserek katma değer vergisi ödemesi kuşkusuz ki yasal dayanaktan yoksundur.

Vekâlet ücretinin matrahına, katma değer vergisinin dâhil olup olmadığına ilişkin net bir yasal düzenlemenin olmamış olması, yargı organlarınca boşluk olarak değerlendirilmektedir. Mahkemeler, biz avukatlar lehine olsa dahi hukuka aykırı bulduğumuz, “katma değer vergisi hariç” şekilde vekâlet ücretine hükmedebilmektedir. Vergi idaresi ise, hukuki düzenlemelerini, hukuka aykırı yargı kararlarına ya da yasal boşluklara dayanarak şekillendirmektedir. Ortaya ise hukuki dayanaktan yoksun idari düzenlemeler çıkmaktadır.

Bu sıkıntının önüne geçilmenin en tutarlı yolu, vekâlet ücretinin vergilendirilmesine ilişkin eksik düzenlemelerin yasalarla bir an önce giderilmesi, hukuka aykırı düzenlemelerin ise yeni yasalara uygun hale getirilmesidir.

[3] İYUK madde 28 – 1. (Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemez.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ VE AVUKATLIK ÜCRETİ

Av. Salih AKGÜL*

A- SÖZLEŞME VE ÜCRET

Kanunda doğrudan tanımı yapılmamış olan avukatlık sözleşmesi; hukuki yardım talep eden iş sahibi ile hukuki yardım verecek olan avukat arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenlemek amacıyla yapılan bir anlaşmadır.

Nitekim 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/1 maddesinde avukatlık ücreti, "*avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 07 Nisan 1969 tarih, 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avukatlık sözleşmesi ve avukatlık ücreti ile ilgili maddeler, kanunun onbirinci kısmında 163. ile 175. maddeleri arasında 13 madde halinde düzenlenmiştir. 170. madde (tarifenin uygulanacağı diğer yerlerle ilgili olarak) 3256 sayılı Kanunla, 167. madde (Baro Hakem Kurulu ile ilgili olarak) 4667 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. 175. madde ise iş sahibinin adresi ile ilgilidir. 163. madde avukatlık sözleşmesi ile diğer 9 madde ise avukatlık ücreti, masraf ve ücret karşılığı yükümlülükler gibi hususlarla ilgilidir.

Avukatlık Kanunu'nun 163. ve 164. maddelerinde 02.05.2001 tarihinde kabul edilen ve 243987 sayılı Resmi Gazete'de 10.05.2001 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Yasayla ve yine 13.01.2004 tarihinde kabul edilen ve 25352 sayılı Resmi Gazete'de 20.01.2004 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5043 sayılı Yasayla değişiklikler yapılmıştır.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki düzenlemeye göre: 163. madde sözleşmenin yazılı olmasını zorunlu kılıyor, tarifede öngörülen asgari ücretin altında kararlaştırılan ücretle iş ve dava kabulünü yasaklıyor, aksine hareketi disiplin cezasına tabi tutuyor; yazılı ücret sözleşmesi olmayan hallerde asgari ücret tarifesinin uygulanacağını, ücretten doğan davalarda yazılı sözleşmeden başka delil gösterilemeyeceğini hüküm altına alıyordu.

164/2. madde ise avukatlık sözleşmesinin ücret hükmünü "başarıya göre değişen" şekilde belirlenmiş (başarısızlık hali için de ücretin belirlenmiş)

* Ankara Barosu.

olmasını öngörüyor, ücret “başarıya göre değişen” şekilde belirlenmemiş ise sözleşmeyi geçersiz sayıyordu.

164. maddenin 3. fıkrasının “*İkinci fıkraya göre yapılacak anlaşmalar, dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avukata ait olacağını ve böylece avukatın taraflardan biri imiş gibi dava konusuna doğru- dan doğruya ortaklığını kapsayamaz. Bu gibi ücret sözleşmeleri batıldır.*” hükmü gereğince 164. maddede 4667 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe kadarki dönemde yapılan sözleşmelerde dava konusu mal, alacak veya hak gibi kavramlardan bir kısmının avukata ait olacağı şeklindeki anlaşmalar dava sonucuna katılma (hasılı davaya iştirak) yasağı kapsamında kalıyordu.

Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı hususu hüküm altına alındı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 13.4.2000 tarih ve 2000/2918 E. -2000/3303 K. sayılı kararında: *18.8.1998 günlü Avukatlık Ücret Sözleşmesinde alınacak alacağın %5'nin ücret olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu kararlaştırmada başarı şartı bulunmadığı için Avukatlık Kanununun 164 maddesi gereğince bu şart geçersizdir ve bu hususun mahkemece resen gözetilmesi gerekir. Bu durumda, bu sözleşmeye göre davacılar 18.8.1998 günlü sözleşmeye göre ücret isteyemez..... Bu nedenle mahkemece davacıların isteyebileceği ücret Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre belirlenerek, o miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken mahkemece sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.*

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 23.10.2000 tarih ve 2000/5606 E. -2000/8851 K. sayılı kararında: *..... Taraflar arasında düzenlenen tarafların ve mahkemenin kabulünde olan 16.5.1995 günlü avukatlık ücret sözleşmesinin “ücret” başlıklı kısmında aynen TL tazminatın (müddeabihin) %25'i vekil ücreti olarak avukata ödenecektir. Davanın kaybı halinde avukata avukatlık asgari ücret tarifesine göre vekalet ücreti ödenecektir” yazılıdır. Bu şekliyle avukata ödenecek ücretin işin başarıya ulaşması halinde müddeabihin %25'i, başarıya ulaşmaması halinde ise avukatlık asgari ücret tarifesi gereğince ödenmesi gereken ücret olarak kararlaştırıldığıнын kabulü gerekir. Avukatlık Yasasının 164/2. maddesi hükmü uyarınca bu nitelikte bir ücret kararlaştırılması mümkündür ve buna ilişkin sözleşmede hukuken geçerlidir. Şu haliyle taraflar arasındaki vekalet ücretine ilişkin sözleşme, mahkemece geçerli kabul edilmeli, bunun sonucuna uygun olarak bir karar verilmelidir. Mahkemenin sözleşmenin geçersiz olduğu esastan hareketle yazılı şekilde karar vermesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir.*

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 8.4.2010 tarih ve 2010/2891 E.-2010/4625 K. sayılı kararında: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Yasa ile 02.05.2001 tarihinde yapılan değişiklikten sonraki 164. maddesinde, sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için, değişiklikten önce mevcut olan "başarıya göre değişme koşulu" kaldırılmış olup, taraflar arasında düzenlenen 21.10.2006 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinin geçersiz olduğundan söz edilemez. Hal böyle olunca mahkemeye işin esasına girilerek taraf delilleri değerlendirilip oluşacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile ücret sözleşmesi geçersiz kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra: 163. maddede sözleşmenin belli bir hukuki yardımı ve meblağı kapsamı gerektiği ve yazılı olmayan anlaşmaların genel hükümlere göre ispat edilebileceği, yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmelerin geçerli bulunduğu ve ücret tavanını aşan sözleşmelerin tavan miktarında geçerli olduğu, yokluk halleri hariç sözleşmenin bir hükmünün geçersizliğinin sözleşmenin tümünü geçersiz kılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yine 164. maddenin üçüncü fıkrası "*İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.*" şeklinde değişmiş ve bu değişiklikle dava konusu paranın bir kısmının avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması hasılı davaya iştirak olmaktan çıkarılmıştır.

Dördüncü fıkrada, avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde onbeşi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirlenebileceğine hükmedilmiş ve beşinci son fıkrada; dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir hükmü getirilmiştir. Yine bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceği öngörülmüştür.

5043 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra: 163. madde önceki dönemin aynısı olup sadece maddenin kenar başlığı değişmiştir.

Genel hükümlere göre ispat: Yazılı olmayan anlaşmanın (avukatlık sözleşmesinin) genel hükümlere göre ispat edilebileceği kanunda belirtilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ispat yolları: İkrar madde 188, belge ve senet madde 199 ve devamı, yemin madde 225 ve devamı, tanık madde 240 ve devamında düzenlenmiştir.

6100 sayılı kanunun 200. maddesinin “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iftası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*” şeklindeki hükmü nedeniyle avukatlık sözleşmesinin en çok ihtilafa neden olan ücret hükmünün genel hükümlere göre ispatı mümkün olamamaktadır.

164. maddenin sadece 4. fıkrası değişmiştir. Buna göre “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır.” denilmiştir.

5043 sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddede “*Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır.*” denilmiştir.

Geçici 21. madde, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2008 tarih ve E.2005/126-K.2008/54 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Geçici 21. maddenin iptalinden sonra (ücret ihtilafına ilişkin) uyuşmazlıklarda hangi kanun hükmünün uygulanacağı konusunda ortaya çıkan boşluğu dolduran Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış kararları gereği, Avukatlık Kanunu'nun 4667 ve 5043 sayılı Yasa ile kaldırılan 163 ve 164. madde hükümleri avukatlık ücreti ile ilgili uyuşmazlıkların bir kısmında uygulanır hale gelmiştir. Bu konu aşağıda avukatlık ücretinin hesaplanması başlığı altında detaylı açıklanacaktır.

B- AVUKATLIK ÜCRETİ İLE İLGİLİ ÖZELLİKLER

1- Avukatlık ücretinin kapsamı: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 1. fıkrasında “*Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.*” denilmiştir. Kanun'daki bu tanım iş sahibinden alınacak ücretin neyin karşılığı olduğuna ilişkindir. Hukuki yardımın karşılığı ücret hukuki yardım yapılan kişiden alınan ücretle sınırlı değildir. Avukat vasıtasıyla takip edilen dava veya icra takiplerinde; 6100 sayılı HMK'nun 323. maddesi 1.fıkrasının “g” bendi gereği, yargılama giderleri kapsamında (ve Avukatlık Kanunu 168/son ve 169. maddelerine göre) belirlenen avukatlık ücreti de Av. K. 164/son hükmü gereği (iş sahibi ile avukat arasındaki iç ilişkide) avukata attır. Bu nedenlerle Avukatlık Ücreti, hukuki yardım karşılığı, iş sahibinden alınan (akdi) ücret (Av.K.163 ve 164/4 gereği) ile karşı yandan alınan (yasal) vekalet ücretinin (Av. K. 164/son gereği) toplamıdır.

2- Avukatlık ücretinin sınırı: Avukatlık Kanunu 164/4'ün birinci cümlesindeki “*Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz.*” hükmü gereği maktu ve nisbi ücretler için taban sınır Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirtilen maktu miktardır.

Üst sınır: Nisbi ücretler için, taraflar arasında yapılan sözleşmelerde (Av. K. 164/2) %25, sözleşme olamayan hallerde Av. K. 164. maddesi gereği %20 (4667 sayılı yasa döneminde % 15)'dir. Maktu olarak belirlenen ücretler için belirlenmiş bir üst sınır yoktur. Ancak bu mutlak bir sınırsızlık değildir. Hukukun genel ilkeleri, Avukatlık Kanunu, Avukatlık Meslek Kuralları, MK'nın 2 ve 3. maddeleri, BK'nın vekaletle ilişkin hükümleri ile 28. maddesi çerçevesinde, belirlenen maktu ücretin geçerliliği tartışılabilir.

3- Hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir: Avukatlık Kanunu 173/1 maddesinde: “*Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, mukabil dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir.*” hükmünü taşımaktadır. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde yapılan hukuki yardımların her biri ayrı ücrete tabidir.

4- Avukatlık ücretinin muaccel (istenebilir) olduğu tarih: Kanun ve tarifede açık hüküm olmadığından taraflar sözleşme ile ücretin muaccel olacağı tarihi belirleyebilirler.

Sözleşme ile ücretin muaccel olacağı tarih belirlenmemiş ise, Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesinin “*Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder*” hükmü ve AAÜT 2. maddesinin “*Bu Tarifede yazılı avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye*

kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığıdır.” şeklindeki hükmü gereği ücret, hukuki yardımın tamamlanması (kesin hüküm) ile muaccel olacaktır. Konu ile ilgili olarak:

Yargıtay 13.HD. 25.6.2013 tarih ve 2012/26965 E.-2013/17391 sayılı kararında: “Yasada avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen “Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.” ve “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi”nin 2. maddesinde düzenlenen “... avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır.” hükümleri gereğince vekalet ücreti alıncağının, üstlenilen işin bitmesiyle muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz.”

Yargıtay 13.HD. 16.01.2014 tarih ve 2013/17664 E.-2014/796 sayılı kararında: “Avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir. Yasada avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen “Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder” ve “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi”nin 2. maddesinde düzenlenen “...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır” hükümleri gereğince vekalet ücreti alıncağının, üstlenilen işin bitmesi ile muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz.” denilmiştir.

Ancak yukarıda açıklanan kuralın uygulanması için, tarafların akdi ücretin ödeme gününü belirlememiş olmaları dışında, ayrıca iş sahibi ile avukat arasındaki vekalet ilişkisinin kesintisiz devam etmesi gerekir. Taraflar arasındaki vekalet ilişkisini ya da ücretin doğacağı hukuki yardımı etkileyen iradi ya da başka bir neden olmaması gerekir. Böyle bir neden varsa kural işlemez.

Akdi ücretin hak edilebilmesi için hukuki yardımın tamamlanmış olması kuralının uygulanamayacağı nedenler (kuralın istisnaları):

- Tarafların anlaşması ile
- Akdi ücretin taraflarca belirlenen ödeme gününün geçmesi ile
- Avukat haksız olarak azledilmiş veya avukat haklı olarak istifa etmiş ise
- Hukuki yardıma konu işin tarafları uyuşmazlığı sulh ile sonuçlandırmış ise

- Vekalet ilişkisi kendiliğinden son bulmuş ise (vekil ya da iş sahibinin ölümü gibi)

- Diğer haller

Avukatlık ücretine faiz istenebilmesi için alacağın muaccel olması yetmez, borçlunun 6098 sayılı TBK. 117. maddesi gereği temerrüde düşürülmüş olması gerekir. 13.HD. 26.4.2016 tarih ve E. 2015/6376- K. 2016/11422. sayılı kararında: “ ... *Borçlar Kanununun 101/1 (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 117.) maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarı yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. ... Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilmek suretiyle; davacının talep edebileceği alacak tutarına ... TL karşı yan vekalet ücreti işlemiş faizinin de dahil edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.* “ denilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 8.4.2008 tarih ve 2007/14863 E.-2008/4922 K. sayılı kararında “... *Temerrüt faizinin istenilebilmesi için alacağın muaccel olması yeterli olmayıp, borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmüş olması gerekir. Olayda davalının icra takibinden önce temerrüde düştüğü kanıtlanamadığına göre mahkemenin ayrıca alacak miktarlarına işlemiş faiz hesabı yaptırmak suretiyle işlemiş faiz yönünden de davayı kabul etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*” denilmiştir.

5- Avukatın hapis hakkı: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda avukatın hapis hakkı iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Kanundaki ilk düzenleme Avukatın Hak ve Ödevleri kenar başlıklı altıncı kısmın, Avukatın dosya saklaması ve hapis hakkı kenar başlıklı 39/2 maddesidir ve bu maddede “*Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.*” denilmiştir.

İkinci düzenleme ise Avukatlık Sözleşmesi başlıklı 11. kısmın, Avukatın Hapis Hakkı ve Avukatlık Ücretinin Rüçhanlı Bulunması kenar başlığı taşıyan 166/1 maddedir ve bu maddede “*Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun adına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.*” denilmektedir. Hapis hakkının uygulanması daha çok 166. madde kapsamında görüldüğünden bu bölümde 166. madde ile ilgili açıklama yapılacaktır.

Hapis hakkının nasıl kullanılacağı, kapsamı, hapis hakkının kullanımından sonraki durum ile ilgili maddede bir açıklık yoktur. Bu nedenlerle de çoğu kez

“hapis hakkı kullanımı” avukatın alacağını elde etmesi ile sonuçlanmamakta, taraflar arasında yeni sorunlara yol açmaktadır.

Uygulamada yol gösterici olan Yargıtay kararları ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları, akademik görüşler hapis hakkının kullanılmasına kadar uyulması gereken kuralların oluşmasını sağlamıştır.

Yargıtay 13.HD. 5.10.2010 tarih ve 2010/2876 E.-2010/12681

...Hemen belirtmek gerekir ki, Avukatlık Kanununun 166. maddesinde tanımlanan hapis hakkı, sadece vekalet ücret alacakları ve yapılan giderler oranında kullanılabilir. Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını “hapis hakkı” adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır. Aynı şekilde hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin iş sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktar ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklamaması ve konu ile ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten ve gerektiği durumlarda yapılacak hesaplaşmadan sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünde tabii bir sonucudur. Nitekim, Avukatlık Kanununun 34. maddesinde, “Avukatlar, yüklenedikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.” hükmü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 43. maddesinde de, “Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.” hükmü bulunmaktadır.

Öte yandan avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir.

Yargıtay 13.HD. 25.6.2013 tarih ve 2012/26965 E.-2013/17391 K.

...Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını “hapis hakkı” adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır. Aynı şekilde hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin iş sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklamaması ve konuyla ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün de tabii bir sonucudur. Nitekim, Avukatlık Kanununun 34. maddesinde “Avukatlar, yüklenedikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır

bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.” hükmü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 43. maddesinde de, “Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.” hükmü bulunmaktadır.

Öte yandan avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları^[1]

16.6.1990 gün 29-46 sayılı: *Avukatın ücret sözleşmesi ile kararlaştırılan miktardan daha fazlasını icra dairesinden tahsil ettiği paradan kendine alıkoyup müvekkile kalanını vermesi ve gerçekte yaptığı masrafların üzerinde bir miktarı yargılama masrafı adı altında istemesi Yasaya ve Meslek Kurallarına aykırıdır (TBB Dis. Kur. 16.6.1990, 29/46; TBBD 1990/2, s.255).*

16.6.1990 gün 33-47 ve 16.6.1990 gün 28-48 sayılı: *Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin olmadığı hallerde, asgari ücret tarifesinin uygulanması gerekir. Avukatın icra dairesinden tahsil ettiği paradan tarifedeki miktarın üzerinde bir bedeli alıkoyması ve kalanı müvekkile vermesi disiplin suçu oluşturur”*

1.2.1986, 6/1, ABD 1986/2 sayılı: *“Avukat takip ettiği dava sonunda müvekkil namına tahsil ettiği bedel üzerinde, anlaşma gereği kararlaştırılan vekalet ücreti kadar hapis hakkına sahiptir. Vekalet ücreti, diğer alacaklara oranla rüçhanlı olacaktır”.*

İstikrar kazanmış uygulama gereği hapis hakkının kullanımı ile ilgili kurallar:

- 1) Sadece muaccel ücret ve masraf alacağı için hapis hakkı kullanılabilceği,
- 2) Hapis hakkı kullananın derhal iş sahibine haber vermesi gerektiği,
- 3) Ücret ve masraftan fazlanın elde tutulmaması gerektiği,
- 4) Hapis hakkı kullanılarak elde tutulanın alacakla orantılı olması gerektiğidir.

Uygulamada “hapis hakkı” kullanımından doğan ihtilaflarda yol gösterici olan bu kurallar hapis hakkı kullanıldıktan sonra ne yapılacağı sorusuna cevap oluşturmamaktadır.

[1] Prof. Dr. Meral Sungurtekin (Avukatlık Hukuku 1. Baskı İzmir 2006) ve Murat Aydın'ın (Avukatlık Ücreti 5. Baskı, (Seçkin Yayınları Ankara 2010) eserlerinden ve bu eserlerin dipnotlarından alınmıştır.

Hapis hakkı kullanımı alacağın (ücret ya da masraf alacağı) tahsili değildir. Her ne kadar “hapis hakkı” kullanılması tahsil etme olarak algılsa da, kanundaki düzenleme tahsil değil (ödemeye zorlamak için) elde tutmadır. 166. maddede “...**avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.**” denilmiş olması, hapis hakkı kullanan avukata; ücreti ya da masraf alacağı, iş sahibi tarafından ödeninceye kadar “hapsetme yetkisi” verilmesi anlamını taşır. 1169 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun gerekçesinde de bu vurgulanmıştır. Gerekçede 166. madde ile ilgili olarak aynen: “165 ve 166 nci maddeler avukatlık ücretinin teminatını teşkil eden hükümler niteliğindedir. Nitekim anılan maddelerle ücret borçları bakımından müteselsil mesuliyet esası kabul edilmiş, avukata hapis hakkı tanınmış ve avukatlık ücreti alacağının imtiyazlı olması öngörülmüştür.” denilmiştir. Kanun gerekçesinde 166. madde için “ücretin teminatı” denilmesi kanun koyucunun “hapis hakkını” tahsil değil, güvence olarak düşündüğünün açık göstergesidir.

Konu ile ilgili olarak Dr. Özcan Günergök^[2] “Avukata tanınan bu hapis hakkının hukuki niteliği nedir? MK 950 anlamında bir hapis hakkı mı söz konusudur yoksa Av.K. 39’daki gibi bir alıkoyma hakkı mıdır? sorusunu sormakta ve cevaben Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemenin MK 950 hükmüne paralel olduğunu, sebeple avukatın sahip olduğu hapis hakkı Medeni Kanun anlamındaki hapis hakkı olarak görülmeli ve bu hakkı düzenleyen hükümlere tabi olmasıdır. Kanunda, üzerinde hapis hakkı kullanılan şeylerin, avukatlık ücreti ve giderler ödeninceye kadar alıkonulması açıkça zikredilirken, bunların paraya çevrilmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Avukatlık Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmaması hapse konu şeylerin parayla çevrilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Aksi halde hakkı tanımanın bir anlamı kalmayacaktır, hapis hakkı kullanan avukat, MK m. 953 gereğince, borç yerine getirilmediği ve yeterli güvence de gösterilmediği takdirde, borçluya daha önce bildirimde bulunmak kaydıyla, hapsettiği teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir” demektedir.

Avukatların hapis hakkı kullanımının daha çok müvekkil adına tahsil edilen para üzerinde olduğu bilindiğinden, hapis hakkı kullanan avukatın devamında ne yapması gerektiği sorusu MK 953. maddesi (Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsettiği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir.) ile de yanıt bulmamaktadır.

Bu belirsizlik nedeniyle uygulamada; avukatın, hapis hakkını kullandığını bildirmesinden sonra iş sahibinin kabulü (veya cevap vermeyerek zımni kabulü)

[2] Avukatlık Sözleşmesi 2. Baskı (Seçkin Ankara 2009) s: 140 vd.

ile hapis hakkı kullanımını tahsile dönüşerek sorun giderilmiş olmakta, iş sahibinin kabul etmemesi sonucunda çıkan ihtilaf, daha çok iş sahibinin avukatını azlederek açtığı alacak davasının sonucuna göre belirlenmektedir.

Bu nedenlerle soruna Av. K. md. 34 ve Avukatlık Meslek Kuralları ışığında çözüm üretmek gerekir. Öncelikle “hapis hakkı”nın istisna bir hak olarak görülmesi ve ücret veya masraf alacağın (öncelikle elde etmek için değil) tahsili gerçekten riskli görüldüğü hallerde bu hakkın kullanılması gerekir. Çünkü hapis hakkının kullanılması (avukat-müvekkil ilişkisinde olmaz ise olmaz derecede önemli olan) güven duygusunu olumsuz etkilemektedir.

Hapis hakkı kullanılırken yukarıda açıklanan kurallar gereği; hapis hakkı kullanmak zorunda kalan avukatın; tahsil edilen paranın kaynak ve miktarını, hapis hakkını kullandığı muaccel alacağının kaynağını (incelemeye elverişli) müvekkile bildirmesi ve mutabakat sağlamak amacıyla görüşmeye davet etmesi amaca uygun olacaktır. Tarafların bir araya gelmesi halinde ise görüşme tutanağı ile uzlaşma sağlanıp, sağlanamadığı tutanak altına alınmalıdır. Uzlaşma sağlanamayp ihtilafın devam edeceğinin ortaya çıkması halinde ise elde tutulan paranın tevdi mahalli tayini yoluyla nemalandırılması sağlanmalı ve derhal hapis hakkının mesneti olan (vekalet ücreti veya masraf alacağı) alacaklar için tespit davası açılması, kanımızca daha doğru olacaktır.

C- AVUKATLIK ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

1- Akdi ücretin belirlenmesi

a-) Akdi ücretin taraflarca belirlenmesi: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 163. maddesinin (ilk hali ve 4667 iye 5043 sayılı Yasa ile değişik hallerinde var olan) “*Avukatlık ücreti, avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılır.*” hükmü gereği, ücreti ödeyecek iş sahibi (lehine hukuki yardım yapılan vekil eden) ile hukuki yardım yapacak avukat arasında (kanunda gösterilen sınırlar içinde) serbestçe belirlenir.

Akdi ücretin nisbi belirlenmesi: Kamulaştırma davaları hariç (2942 Sayılı Kanun 31/e, 33) para ile ölçülebilen dosyalarda yapılan hukuki yardımlar için ücret belirleme yöntemidir. Hükmedilenin %15'i gibi.

Akdi ücretin maktu olarak belirlenmesi: Para ile ölçülebilen (tazminat davası) ve para ile ölçülemeyen (ceza davaları) dosyaları için yapılan hukuki yardımlarda ücret belirleme yöntemidir. Diğer bir deyişle, ücretin miktar olarak belirtilmesidir.

Akdi ücretin, maktu + nisbi olarak belirlenmesi: Aynı hukuki yardım için hem maktu hem nisbi ücret belirlenmesi de mümkündür. (2.000,00 TL. + kazanılacak bölümün %10'u gibi)

b-) Taraflarca kararlaştırılmamış ücretin re'sen belirlenmesi: Avukatlık Kanunu 164. maddesinde sayılan hallerin (1. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olması 2. Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmaması 3. Ücret sözleşmesinin belirgin olmaması veya tartışmalı olması 4. Sözleşmenin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayılması) durumlarından doğan ücret uyuşmazlıklarında ücret mahkemece re'sen belirlenir.

Akdi ücretin re'sen belirlenebilmesi için öncelikle uygulanacak Yasa hükmünün belirlenmesi gerekir. Çünkü 5043 sayılı yasa ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddenin iptalinden sonra, Avukatlık Ücreti uyuşmazlıkları ile ilgili temyiz mercii olan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış kararları gereği sözleşme tarihinde (sözleşme yok ise hukuki yardımın başladığı tarihin sözleşme tarihi olduğunun kabulü ile) yürürlükte olan hükümlere göre çözümlenmektedir. Konu ile ilgili kararlar.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 30.03.2011 tarih ve E. 2011/2960 - K. 2011/4853 sayılı kararında özetle: "... 5043 Sayılı yasanın Madde 7'si ile geçici 21. madde eklenmiş olup, anılan maddede; "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu kanunun değişik hükümleri uygulanır. 21. madde Anayasa Mahkemesi'nin 7.2.2008 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Öyle olunca, artık geçici 21.maddenin, dolayısıyla 5043 Sayılı Yasa'nın 164. maddesinde yapılan değişikliklerinde uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, hukuki yardımın başladığı, tarihteki yürürlükte bulunan Avukatlık Yasası'nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Hukuki yardımın ne zaman başladığı konusu ise değişken olup her işlemin özelliğine göre farklılık gösterebilmektedir. Örnek vermek gerekirse, dava açılmış ise dava açıldığı, ya da tespit yapıldığı tarih, müvekkilin aleyhine dava açılmış ise cevap verme tarihi, ya da vekaletnamenin verilme tarihi hukuki yardımın başladığı tarih olarak esas alınmalıdır."

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 06.06.2013 tarih ve E. 2013/10509 - K. 2013/15307 sayılı kararında: ...Somut olayda taraflar arasındaki ücret sözleşmesi geçerli olmadığına göre, mahkemece davalı avukatların yaptığı hukuki yardımın 2002 yılında başladığı hususu da dikkate alınarak davalıların hak ettiği vekalet ücreti 2002 yılında yürürlükte bulunan Avukatlık Kanununun 164. maddesine göre belirlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeyle sözleşmeye geçerlilik tanınarak yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 01.06.2016 tarih ve E. 2015/19494- K. 2016/14044 sayılı kararında: ... Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın çözümü açısından ücret sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda hangi tarihteki düzenlemenin uygulanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. 5043 Sayılı Kanun ile değiştirilen Avukatlık Kanununun 164/4. madde ve fıkrasına göre; “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete dair hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir.” Yine 5043 Sayılı Kanun’un 7. maddesiyle geçici 21. madde eklenmiş olup, anılan maddede; “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır.” düzenlemesi getirilmiştir. Ne var ki, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’na 5043 Sayılı Kanunla eklenen geçici 21. madde, Anayasa Mahkemesi’nin 07.02.2008 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Öyle olunca, artık geçici 21. maddenin, dolayısıyla 5043 Sayılı Kanun’un 164. maddesinde yapılan değişikliklerin de uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, hukuki yardımın başladığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Hukuki yardımın ne zaman başladığı konusu ise değişken olup her işlemin özelliğine göre farklılık gösterebilmektedir. Örnek vermek gerekirse, dava açılmış ise, davanın açıldığı, ya da tespitin yapıldığı tarih, müvekkil aleyhine dava açılmış ise cevap verme tarihi, ya da vekaletnamenin verilme tarihi hukuki yardımın başladığı tarih olarak esas alınmalıdır.

Sözleşme tarihi nasıl belirlenecektir? Taraflar arasında yazılı sözleşme varsa sözleşme tarihi, sözlü anlaşma var ve tarihi ispat edilmiş ise sözlü anlaşma tarihi, aksi halde hukuki yardımın başladığı (dava avukat tarafından açılmış ise dava tarihi, açılmış bir davaya sonradan vekalet konulmuş ise vekaletin konduğu tarih, davalı vekili olarak cevap verilen tarih) tarihin sözleşme tarihi olduğunun kabulü ile o tarihte yürürlükte olan kanun hükmüne göre akdi ücret hesabı yapılacaktır. Yani sözleşme tarihi:

- 10.05.2001 tarihinden önce ise (4667 sayılı Yasa yürürlük tarihi) kanun değişikliklerinden önceki 163/son maddesinin “Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hallerde asgari ücret tarifesi uygulanır.” hükmü gereği akdi ücret, o tarihte yürürlükte olan, asgari ücret tarifesine göre hesaplanacaktır.

- 10.05.2001 tarihinden sonra fakat 20.01.2004 tarihinden önce ise (5043 sayılı Yasa yürürlük tarihi) akdi ücret 164. maddenin 4667 sayılı yasa ile gelen

(5043 sayılı yasa ile değişen) haline göre ve değeri para ile ölçülemeyen dava ve işler için avukatlık asgari ücret tarifesine göre, değeri para ile ölçülebilen dava ve işler için ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla dava değerinin %5 ile - %15 arasında bir oranla belirlenecektir.

- 20.01.2004 tarihinden sonra ise akdi ücret 164. maddenin 5043 sayılı Yasa ile gelen (halen yürürlükteki) hükmüne göre ve değeri para ile ölçülemeyen dava ve işler için avukatlık asgari ücret tarifesine göre, değeri para ile ölçülebilen dava ve işler için ise davanın kazanılan bölümü için asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla %10 - %20 arasında bir oranla belirlenecektir.

1. Örnek Avukatın Asliye Hukuk Mahkemesinde, davacı vekili sıfatıyla açtığı ve kesinleşinceye kadar takip ettiği davada 9.000,00 TL alacağına hükmedilmiştir. Vekalet ücreti ödenmediği için avukat tarafından alacak davası açılmıştır. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 163 ve 164. maddelerinde yapılan değişikliklere göre ücret hesabı (bir başka deyişle hukuki yardıma konu davanın 4667 sayılı yasa değişikliğinden önceki dönemde açılmış olması, 4667 sayılı yasa ile gelen değişikliğin yürürlükte olduğu dönemde açılmış olması ve 5043 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra açılmış olması halinde ücret hesabı):

- Dosya 2000/ E. ise akdi ücret: 1999 yılı AAÜT^[3] 3. kısmına göre:

İlk 400,00 TL. için % 10 olduğundan 400,00 TL. X % 10 = 40,00 TL.

Sonra gelen 200,00 TL. için % 8 olduğundan 200,00 TL. X % 8 = 16,00 TL.

Sonra gelen 200,00 TL. için % 6 olduğundan 200,00 TL. X % 6 = 12,00 TL.

Sonra gelen 100,00 TL. için % 4 olduğundan 100,00 TL. X % 4 = 4,00 TL.

Sonra gelen 50,00 TL. için % 2 olduğundan 50,00 TL. X % 2 = 1,00 TL.

Sonra gelen 50,00 TL. için % 1 olduğundan 50,00 TL. X % 1 = 0,50 TL.

1.000,00 TL. den yukarısı %0 1 olduğundan 8.000,00 TL. X % 0 1 = 80,00 TL. Toplam : 153,50 TL.

- Dosya, 2002/ E. ise akdi ücret: 164. maddenin 4667 sayılı yasa ile gelen hali gereği ücretin % 5- %15 arası hesaplanması gerekir.

% 5'e göre 9.000,00 X % 5 = 450,00 TL * 4667 sayılı yasanın 164. maddesindeki "asgari ücret tarifelerinin % 5'e göre 9.000,00 X % 10 =900,00 TL altında olmamak koşulu gereği, hesaplanan ücret 2000 yılı AAÜT

[3] 15.5.1999 gün ve 23696 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren ve 4 Aralık 2001 tarihine kadar yürürlükte kalan.

% 5'e göre $9.000,00 \times \% 15 = 1.350,00$ TL m.7.deki 175,00 TL.den küçük olsaydı akdi ücret 175,00 TL olacaktı.

- Dosya, 2005/ E. ise akdi ücret: 164. maddenin 4667 sayılı yasa ile gelen hali gereği ücretin % 5- %15 arası hesaplanması gerekir.

% 10'a göre $9.000,00 \times \% 5 = 900,00$ TL * 5043 sayılı yasanın 164. maddesindeki "asgari ücret tarifelerinin

% 15'e göre $9.000,00 \times \% 10 = 1.350,00$ TL altında olmamak koşulu gereği, hesaplanan ücret 2005 yılı AAÜT % 20'ye göre $9.000,00 \times \% 15 = 1.800,00$ TL m.7.deki 35,00 TLden küçük olsaydı akdi ücret 350,00 TL olacaktı.

2. Örnek Avukat tarafından açılan dava "değeri para ile ölçülebilir" dava olmasaydı (örnek: boşanma davası olsaydı) akdi ücret nasıl belirlenecektir.

a-) Avukatlık Kanunu'ndaki değişikliklerden önceki 163/son maddesinde "Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hallerde asgari ücret tarifesi uygulanır." denildiğinden ve

b-) 4667 ve 5043 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerden sonrada 164/4 son cümlesinde "Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır." denildiğinden, hukuki yardımın ne zaman başladığına bakılmaksızın akdi ücret AAÜT 2. kısım 2. bölümüne göre maktu olarak belirlenecektir.

3. Örnek Avukat tarafından açılan (1. örnekte verilen) davada, davanın reddine karar verilseydi, yani dava "değeri para ile ölçülebilir" dava olmasına rağmen "kazanılan bölüm" olmasaydı akdi ücret resen nasıl belirlenecektir.

a-) Avukatlık Kanunu'ndaki değişikliklerden önceki 163/son maddesinde "Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hallerde asgari ücret tarifesi uygulanır." denildiğinden akdi ücret AAÜT 2. kısım 2. bölümüne göre maktu olarak belirlenecektir.

b-) Avukatlık Kanunu'nda 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonraki 164/4 maddeye göre "değeri para ile ölçülebilen davalarda ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değeri üzerinden " % 5 ile % 15" arasında ücret hesaplanması gerekiyordu.

c-) Avukatlık Kanunu'nda 5043 sayılı yasa ile yapılan değişikikten sonraki 164/4 maddesine; "% 10 ile % 20" arasında nisbi ücretin "davanın kazanılan bölümü" için hesaplanacağı düzenlenmiştir.

Bu dönemde (2004 sonrasında) davanın kazanılan bölümü olmaması hali için düzenleme olmadığından ve 164/4 maddenin " değeri para ile ölçülebilen

dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla.” denildiğinden, değeri para ile ölçülmesine rağmen kazanılan bölüm olmayan davalarda davacı vekili için akdi ücret AAÜT 2. kısım 2. bölümüne göre maktu olarak belirlenecektir.

2- Karşı yan ücretinin belirlenmesi: Bu ücret, 6100 Sayılı HMK 323. maddesinin 1. fıkrasının “ğ” bendi gereği ve Av. K. 169. maddesinde gösterilen şekilde yargılama giderleri kapsamında merci tarafından resen belirlenir. Bu merci davalar için Mahkeme, icra dosyaları için İcra Müdürlükleridir. Karşı yan ücreti davalarında davacı yararına kazanılan miktar, davalı yararına ise reddedilen miktar üzerinden, icra takiplerinde ise takip miktarı üzerinden hesaplanır.

Karşı yan ücreti uyuşmazlıkta haklı çıkan lehine, haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen ücrettir.

Bu nedenle yasal ücret takdir edilebilmesi için ilk koşul kazanılan bölüm olması gerekir. Uyuşmazlıkta kazanılan bölüm yok ise karşı yan ücreti takdir edilmez.

Ücret hesabı Av. K.168/son hükmüne göre “*hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan*” Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanır. Karşı yan ücreti Av. K. 169. maddesi gereği avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.

Karşı yan ücreti davalar için hüküm, icra dosyaları için hitam tarihinde yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre ve para ile ölçülebilen dava ve işlerde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin üçüncü kısmındaki oranlara göre, para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 2. kısım 2. bölümdeki merciiye göre belirlenmiş maktu miktarlar esas alınır.

Kanuni vekalet ücreti olarak adlandırılan bu ücret yargılama giderleri kapsamında olduğundan dış ilişkide (davacı-davalı arasındaki veya alacaklı-borçlu arasındaki) iş sahibi olan müvekkile aittir. Bundan dolayıdır ki borçlusundan talep edilirken müvekkil adına talep edilir. İç ilişki de ise (müvekkil ile vekil arasındaki ilişkide) Av. K. md. 164/5 gereği avukata aittir. Taraflarca aksi, yani karşı yan ücretinin vekil edene ait olacağını kararlaştırabilir.

D- TALEP EDİLEBİLECEK AVUKATLIK ÜCRETİ İLE İLGİLİ

1- Hukuki yardım tamamlanmış olması halinde ücret

Taraflar arasındaki sözleşmede aksine hüküm olmadığı takdirde, hukuki yardımın tamamlanması ile avukatlık vekalet ücreti muaccel hale gelecektir. Muaccel hale gelen ücret iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan (kararlaştırılmadığı

takdirde genel hükümlere göre hesaplanacak olan) akdi ücret ile hukuki yardımdan doğan karşı yan ücretidir. Hukuki yardımdan doğan karşı yan ücreti olmadığı takdirde, talep edilebilecek ücret sadece akdi ücrettir.

Kural olarak akdi ücret iş sahibinden (müvekkil), karşı yan ücreti ise aleyhine ücrete hükmedilen müvekkilin hasmından talep edilir.

2- Hukuki yardım tamamlanmadan vekalet ilişkisinin son bulması halinde ücret:

a) Tarafların iradesi dışında bir nedenle vekalet ilişkisinin son bulması

Taraflardan birinin ölümü (veya tarafların iradesi dışında bir başka nedenle) vekalet ilişkisinin kendiliğinden son bulduğu tarihte hukuki yardım tamamlanmış ise, avukatın tam ücret (akdi+karşı yan ücreti) talep edebileceği tartışmasızdır. Ancak vekalet ilişkisinin kendiliğinden son bulduğu tarihte hukuki yardım tamamlanmamış ve iş sahibinin ölmesinden sonra, mirasçuları, murisin vekiline işi takip için vekalet vermemesi mümkündür. Çünkü mirasçuların, önceki avukata (murisin avukatına) vekalet verme zorunlulukları yoktur, işi kendilerinin bizzat takip etmesi veya bir başka avukata vekalet verme hakları vardır. Bu ve benzeri durumlarda avukatın mirasçılardan talep edebileceği vekalet ücreti nasıl hesaplanacaktır.

Vekalet ilişkisinin kendiliğinden son bulduğu hallerde talep edilebilecek vekalet ücreti hakkında Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 01.12.2008 tarih ve E. 2008/7337 - K. 2008/14326 sayılı kararında ^[4] “...(vekalet ilişkisinin son bulduğu tarihten önce) açılıp da takip ettiği dava ve işlerden dolayı 23.07.2004 tarihine kadar sarfettiği emek ve mesaisi dikkate alınarak, Avukatlık Kanununun 164. maddesindeki oranlar nazara alınmaksızın takdir ve tayin edilecek hakkaniyete uygun bir ücretin belirlenmesi” demektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin de benzer nitelikte kararları vardır.

b) Tarafların iradesiyle vekalet ilişkisinin son bulması

b1) Avukatın istifası veya azledilmesi

Avukatın hukuki yardım yaparken, hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalması vekil edenine karşı Avukatlık Kanunu, Avukatlık Meslek Kuralları ve 6098 Sayılı TBK 505 ve devamı maddelerinde somutlaştırılan yükümlülüklerini Avukatlık Kanunu 34. maddesine uygun (ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü içerisinde) olarak yerine getirmesi gerekir.

[4] Kazancı içtihat programından alınmıştır.

Hukuki yardım devam ederken avukatın istifa etmesi veya iş sahibi tarafından azledilmesi haline ilişkin yasal düzenleme 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 174. maddesidir. Maddede:

“Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır.

Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez. Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakla zorunlu değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibininindir. Yazılı sözleşmedeki diğer ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır.” denilmiştir.

174. madde kapsamında vekalet ücretine ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle istifa veya azlin haklı olup olmadığının tespiti gerekir.

İş sahibi ile avukat arasındaki “vekil- müvekkil” ilişkisinde en önemli (olmaz ise olmaz) unsur “GÜVEN”dir. Avukatın ağırlaştırılmış özen borcu gereği, GÜVEN duygusunun ayakta kalmasını sağlamak öncelikle avukatın ödevidir.

Güven duygusunu zedeleyen/yok eden davranış avukata ait ise, bir başka deyişle avukat (birinci fıkrada açıklanan) özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ise, azil haklı, istifa haksız olacaktır. Aksi durumda, yani güven ilişkisini zedeleyen/ yok eden davranış iş sahibine ait ise azil haksız, istifa haklı olacaktır.

Avukatın özen borcuna ilişkin olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 24.04.2006 tarih ve E. 2005/16998 - K. 2006/6398 sayılı kararında ^[5] “... avukatın, vekil olarak borçları BK'nın 389 ve devamı maddelerinde gösterilmiş olup, öncelikle vekil BK'nın 390. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özen ile ifa etmekle yükümlüdür. Vekil, sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Şayet vekili görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş, sadakatle vekaleti ifa etmemiş ise, vekil edenin vekilini azli haklıdır.” denilmiştir.

Vekalet ilişkisinin istifa veya azil ile son bulduğu hallerde talep edilebilecek vekalet ücreti, istifa veya azlin haklı ya da haksız oluşuna göre belirlenir.

İstifa haklı veya azil haksız ise avukat hukuki yardımları nedeniyle tam ücrete hak kazanır. Hak kazanılan tam ücret; istifa veya azil olmasaydı, avukatın (edimi olan) hukuki yardımı tamamladıktan sonra elde edeceği toplam ücrettir. Bu nedenle ücret hesabı; hukuki yardıma konu dava ve işlerin istifa ya da azil tarihi

[5] Kazancı içtihat programından alınmıştır.

itibariyle lehe sonuçlandığı (kesin hüküm) varsayımıyla (sözleşme yoksa 164. maddeye göre hesaplanan) hesaplanan akdi + karşı yan ücretlerinin toplamıdır. Bu ücret avukatın hukuki yardıma devam ederek ücretine kavuşmasını engelleyen iş sahibi olan önceki müvekkilden talep edilecektir.

Azil ile ilgili Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 14.11.2017 tarih ve E. 2015/32045 –K. 2017/11096 sayılı kararı: Dava, haksız azil nedenine dayalı takip edilen icra takiplerindeki icra vekalet ücreti alacağıının tahsili amacıyla başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı avukatın azlinin haksız olduğu mahkemenin de kabulündedir. Avukatlık Kanunu'nun, 174. maddesinde, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez." hükmü mevcut olup, bu hükme göre azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekalet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibariyle sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edilebilir. Buna karşılık haksız azil halinde ise avukat, hangi aşamada olursa olsun, üstlendiği işin tüm vekalet ücretini talep etme hakkına sahiptir. ... "

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 28.09.2017 tarih ve E. 2015/17057 - K. 2017/8752 sayılı kararında: Dava, haksız azilden kaynaklanan karşıyan vekalet ücretine ilişkindir. Avukatlık Kanununun, 174. maddesinde, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez." hükmü mevcut olup, bu hükme göre azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil Avukata vekalet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibariyle sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edilebilir. Buna karşılık haksız azil halinde ise avukat, hangi aşamada olursa olsun, üstlendiği işin tüm vekalet ücretini talep etme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle güncel içtihatlarımız gereği haksız Başka bir deyişle güncel içtihatlarımız gereği haksız azil halinde karşı yan ücretine hükmedilmesi için tahsil edilebilirlik koşulları aranmaz." denilmiş olup, benzer birçok karar vardır.

İstifa ile ilgili Yargıtay 13. Hukuk Dairesi "19.9.2013 tarih ve E. 2013/15398 - K. 2013/22021 sayılı kararında: "Davacı, davalıların vekili olarak takip ettiği dosyalara ilişkin vekalet ücretinin, bir kısım masrafların ve yol giderlerinin ödenmediği gerekçesiyle vekillik görevinden istifa ettiğini ileri sürerek, vekalet ücretine konu alacağıın tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, haksız istifa tarihi itibariyle davacı tarafından takip edilerek sonuçlandırılan (kesin hüküm elde edilen) dava ve icra takipleri yönünden davacının hak ettiği akdi ve karşı yan vekalet ücreti ile davalılar tarafından itiraz edilmemesi nedeni ile tüm dosyalarda yapılan masrafların hesaplanması için bilirkişi kurulundan ek rapor alınması ve davacının

davalılardan aldığı kabul ettiği miktarın mahsubundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, kesin hüküm elde edilmediği halde sadece karara çıkmış dosyalar yönünden de hesaplama yapılan bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” denilmiştir.

İstifa haksız veya azil haklı ise avukat hukuki yardımları nedeniyle sadece istifa veya azil tarihi itibarıyla neticelenmiş (kesin hüküm haline gelmiş) dava ve işler için ücret talep edebilir. İstifa veya azil tarihinde derdest olan işler için ücret talep edemez ve derdest işler için alınmış peşin ücret varsa iade etmesi gerekir.

Önceki dönemlerde, Yargıtay kararları ile getirilen kural gereği; haklı azil halinde ikili ayrıma gidilerek; avukatın azle neden olan davranışı iş sahibine zarar vermemiş ise derdest dava ve işlerdeki emek ve mesaisi karşılığı takdir edilecek bir ücreti talep etmek hakkı olduğu kabul ediliyordu. Bu görüşü yansıtan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/16998 - K. 2006/6398 sayılı ve 24.4.2006 tarihli kararında “Avukatlık kanununun 174. maddesine göre, avukatın haksız olarak azli halinde ücretin tamamı azil edilen vekile verilir ancak, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise, yani azil haklı ise avukatlık ücretinin ödenmesi gerekmez. HGK'nın 23.9.1987 gün 8713-188 esas 871657 karar sayılı ilamında da açıklandığı gibi, haklı olarak azledildiği halde, azle yol açan davranışının davalı aleyhine herhangi bir sonuç doğurmayan ve azle neden olan davranışı iş sahibine zarar vermeyen avukatın, azil tarihine kadar sarf ettiği emek ve mesaisine karşılık adalete uygun bir avukatlık ücretinin ödenmesi hakkaniyet gereği olarak kabul edilmelidir.” denilmiştir. Ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bu görüşünden dönmüştür.

b2) İş sahibi ile karşı tarafın sulh olması (veya her nu suretle olursa olsun anlaşma ile sonuçlanan veya takipsiz bırakılan işler) **halinde ücret:**

Konuya ilişkin düzenleme Avukatlık Kanunu 165. maddesidir. 165. maddede, müvekkil ile sulh olan hasmı müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Maddede bu sorumluluğun kapsamı (akdi ücret + karşı yan ücreti mi yoksa sadece karşı yan ücreti olduğu) açıkça belirtilmemiştir. Müteselsil sorumluluğun kapsamı konusunda Yargıtay'ın bazı Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığı vardır. Bu görüş ayrılığına Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 08.02.2010 tarih ve E. 2009/4326 - K. 2010/979 sayılı ilamının Karşı Oy yazısında işaret edilmiştir. Karşı oy yazısında : “... Yargıtay (3) ve (13)'ncü Hukuk Daireleri ile üyesi olduğum 4. Hukuk Dairesi, her iki vekalet ücretinden dolayı da gerek davacı (alacaklı) ve gerekse davalı (borçlu)'nın Avukatlık Kanunu'nun 165'nci maddesi gereğince müstereken ve müteselsilen sorumluluğunu kabul etmekle birlikte (3) ve (13)'ncü Hukuk daireleri iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile kendi avukatı arasında yapılan

avukatlık ücret sözleşmesinin tarihi ve sözleşmenin yazılı olup olmamasına göre davalı (borçlu)'nun sorumlu olacağı miktar yönünden değerlendirme yaparken, 4. Hukuk Dairemizin sayın çoğunluğu ise, iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile avukatı arasındaki avukatlık ücret sözleşmesindeki miktarla bağlı kalmaksızın davalı (borçlu)'yı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki miktar ile sorumlu tutmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi olarak ben ise, davalı (borçlu)'nun her iki vekalet ücretinden de sorumlu olmadığı, kendisinde davalı olma sıfatı bulunmadığından dolayı dava açılmayacağı, dava açılması halinde pasif husumet yokluğu nedeniyle açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim.” denilmiştir.

Bugüne kadarki uygulamada; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (29.03.2017 tarih ve 2017/13-772 E. 2017/564 K., 07.11.2012 tarih ve 2012/13-218 E.-2012/759 K. sayılı ve diğer kararları vd.) ile 13. Hukuk Dairesi'nin benzer görüşteki bir çok kararı (13.03.2018 tarih ve E. 2016/19556 – K. 2018/3023, 14.02.2018 tarih ve E. 2017/10010 – K. 2018/1733 vd.) gereği müteselsil sorumluluğun akdi ücret + karşı yan ücreti olmak üzere toplam ücreti kapsadığı kabul ediliyordu. Uygulamaya yön veren bu kararlar gereği 165. madde kapsamında akdi ve karşı yan ücret hesabı tarafların sulh olduğu miktar üzerinden (sulh olunan miktar tespit edilemiyor ise harçlandırılmış dava değeri üzerinden) yapılıyordu.

ANCAK Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 05.10.2018 tarihli kararında “Avukatlık Kanununun 165. maddesine düzenlenen “ücret dolaşısıyla müteselsil sorumluluk” hallerinden olan sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde, karşı tarafın avukatı lehine her iki tarafın müteselsil olarak ödenmesinden sorumlu olacağı avukatlık ücreti kapsamına avukat ile iş sahibi arasında yapılan avukatlık ücret sözleşmesine göre avukata ödenmesi gereken akdi vekalet ücretinin de girmediği” yönünde karar verildiği açıklanmıştır.^[6]

İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararı gereği bundan sonra 165. madde kapsamında müvekkilin hasmından akdi ücret talep edilemeyecektir.

b3) İş sahibinin avukatından yazılı muvafakat almaksızın bir başka avukatı da (aynı iş için) vekil tayin etmesi

Konuya ilişkin yasal düzenlemeye 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 172. maddesidir.

[6] Yargıtay 1. Başkanlığı 08.10.2018 tarih ve 60482426/7169/12387 sayılı Dağıtım Yerlerine hitaben yazılmış Bilgilendirme Notu.

Madde gereği aynı iş için ikinci bir avukattan hukuki yardım almak isteyen iş sahibi: ilk avukatına en az bir haftalık süre vererek yazılı muvafakat talep etmesi gerekmektedir. Kendisinden muvafakat talep edilen avukatın (iş sahibinin bildirdiği süre içinde, süre bildirilmemiş ise bir hafta içinde) muvafakatı olup olmadığını bildirmesi gerekir. Avukat cevap vermemiş ise muvafakat etmiş sayılır.

İlk avukatın muvafakat etmediğini bildirmesi halinde vekalet akdi kendiliğinden sona erer ve 172/2 hükmü gereği avukat ücretinin tamamını iş sahibinden talep edebilir.

Aynı dava/iş için, maddede belirtilen şekilde ilk avukattan muvafakat istenmesi veya devam eden dava/iş için kendisine vekalet verilmek istenen ikinci avukatın; Avukatlık Meslek Kuralları^[7] 39. maddesinin “*İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekalet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir.*” hükmü gereği ilk avukata yazılı bilgi verildiği yaygın bir uygulama olmadığı görülmektedir.

Uygulamada önceki avukat ikinci avukatın atandığını daha çok ya dosyada işlem yaparken konulan vekaletten ya da azledilmesi ile haberdan olabilmektedir. Dosyadan ikinci avukat atandığını öğrenen avukatın bu durumu kabullenerek hukuki yardıma devam etmesi halinde hukuki yardım tamamlandıktan sonra tam ücrete hak kazanacaktır.

İkinci avukatın atandığını dosyadan öğrenen avukat makul sürede (en geç bir hafta içerisinde) bu gerekçe ile istifa edererek ve haklı istifa iddiası ile tam ücret talep etme hakkı olacaktır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 08.06.2011 tarih ve E. 2011/12283 – K. 2011/18982 sayılı kararı:Davacı dava dilekçesinde, bilgisi ve rızası dışında başka bir avukatın görevlendirildiği gerekçesiyle ödenmeyen vekalet ücretinin tahsili istemi ile eldeki davayı açmıştır. Davacı avukatın başka bir avukata vekalet verildiğini öğrendikten sonra makul bir sürede Avukatlık Kanununun 172. maddesi uyarınca çekilip çekilmediği hususu araştırılmalı, makul sürede çekilmediği tespit edildiği takdirde ücret isteyemeyeceği göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Mahkemece az yukarıda değinilen hususlar göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

Hukuk Genel Kurulu 30.01.2013 tarih ve E. 2012/13-691 – K. 2013/173 sayılı ilamı kararı ... Davalı, Avukatlık Kanunu'nun 172. maddesi gereğince davacının yazılı muvafakatini almadan, davacının takip ettiği davaya bakma görevini

[7] 26 Ocak 1971 tarihli ve 5 sayılı TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

başka bir avukata vermiş, davacının iddiasına göre de 02.11.2004 tarihli duruşma öncesinde kendisini durumdan telefon ile haberdar etmiştir. Bu durum davacının işi bırakması için haklı bir neden oluşturmaktadır.

Dosya kapsamından davacının 02.11.2004 tarihli duruşmaya hiç katılmadığı, görevlendirilen yeni avukatın davalıyı temsil ettiği de duruşma zabıtlarından açıkça anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı vekillik görevini gereği gibi yerine getirdiğinden; davalı da haklı bir neden olmaksızın ve anılan kanunun 172. maddesinde belirtilen usule uymaksızın yeni bir avukat görevlendirdiğinden, eldeki davayı açmakta haklıdır. Direnme bu nedenle yerindedir. Ne var ki, Özel Daire’ce hüküm diğer yönlerle ilişkin incelenmemiştir. Bu nedenle dosyanın Özel Daire’ye gönderilmesi gerekmektedir.

E- HUKUKİ YARDIMA KONU DAVA VE İŞİN MASRAFLARI İLE İLGİLİ

Avukatlık Kanunu 173/2 maddesinde “Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harc ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir.” denilmiştir.

Madde hükmü gereği kural olarak hukuki yardım yapılacak dava ve işlerin tüm giderleri müvekkile (iş sahibine) aittir. Ancak taraflar bunun aksini yani masrafin avukat tarafından karşılanacağını ve hukuki yardımın sonunda masrafların avukata ödeneceğini (veya tahsilattan alınacağını) kararlaştırabilirler.

Madde hükmünden doğan masrafların iş sahibine olduğuna dair karine nedeniyle Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararlarında; taraflar arasındaki sözleşmede masrafların avukat tarafından yapılacağına dair hüküm olmaması veya iş sahibi masrafların avukat tarafından yapıldığını kabul etmemesi halinde, masrafların kendisi tarafından yapıldığını avukatın ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir. Doktrinde ihtilaf halinde masrafı verdiğinin müvekkil tarafından ispatı gerekir diyen görüş sahipleri “olumsuzun ispatının istendiği gerekçesiyle” Yargıtay kararlarındaki görüşü eleştirmektedir.

Uygulama da Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararları doğrultusundadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 19.02.2015 tarih ve E. 2014/13331-K. 2015/4858 sayılı kararında “...Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir.

Davacı avukatın davalı müvekkili için yaptığı dosya masraflarının davalı müvekkilinden aldığı avans ile yaptığı hususu karine teşkil etmekte olup bu karinenin aksi davacı avukatça ispatlanamamıştır. Ödeme belgelerinin elinde bulunması bu giderlerin avukat tarafından karşılandığını ispata yeterli değildir. Davacının dosya masraflarına ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 03.05.2016 tarih ve E. 2016/2647- K. 2016/12131 sayılı kararında “..1136 sayılı Avukatlık Kanununun 173/2. maddesinde, “Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler, iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekle avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir.” Hükmü mevcut olup, bu hüküm gereğince, işin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Dava konusu olayda davacı avukat, “masrafların işin başında alınmadığı” konusundaki bu ispat yükümlülüğünü yerine getirmediğinden, davalara dair masrafların işin başında avukata verildiğinin kabul edilmesi gerekirken, mahkemece, takibe konu mahkeme ilamında yer alan 1.461,90 TL yargılama giderinin de davacı avukatın alacağına dahil edilerek karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” denilmiştir. Benzer çok sayıda karar vardır.

AVUKATIN EDEBİYATA “ÇIKAR AMAÇLI” İLGİ DUYAN BİR ADAM OLARAK PORTRESİ

Av. Selçuk KOZAĞAÇLI*

Silivri Kapalı Hapishanesi / 15.11.2018

15 Kasım “Hapishanedeki Yazarlar” günüydü. Her ne kadar Uluslararası PEN’in ilgisini çekip “derhal bıraksınlar” listesine giremediysem de hapiste olduğum ve bir şeyler yazdığım kayda geçsin lütfen. Bu listeye girip de hükümetlerin “al o zaman bırakıyoruz” dediği yazar var mıdır bilmiyorum, ama peşindeyim.

Hapishaneden yazmak gerçekten zordur. Çünkü okurunuz, yazdıklarınızı ancak şu süzgeçten geçirdikten sonra okumaya razı olur: “Yalnız biliyorsun adam hapiste!?” Ee, yani? Yanisi şu: “Siyaset” yazdınız diyelim; eninde sonunda sizi hapse düşürdüğüne göre pek de matah görüşlere sahip olmadığınızı ortadadır. “Meslek” ile ilgili yazın desek mesela; siz hapisteyken dört tane Ceza Genel Kurulu ile iki sonbahar kararnamesi geçmiş. Bırakın içtihat tartışmayı, şöyle ilgi çekici bir hâkim dedikodusu bildiğiniz bile şüpheli. Hem zaten artık dedikoduları yapılmaya değmeyecek kadar uzak, soğuk ve tozlu bir gezegen gibi görünüyorlar insanın gözüne. Belki hep öyleydiler:

Çoğunun yüzünü unuttum büsbütün

yalnız, çok ince, çok uzun bir burun aklımda kalan^[1] der Nazım kendi mahkeme heyeti için ta 1946’da. Hemen arkasından gerçekten nefis birkaç tespit daha yapar hakimler için ama benim hüküm kurulmadan tekrarlamam pek hayırlı olmaz hakkımda, siz açıp okuyun, kaçırmayın derim.

“Hukuk” yazsam, belki? En kötü seçenek! Hapiste yatan “hak, hukuk, adalet” falan diye atıp tutmaya başladığında; kelin ilacı olsa kendi başına süreceğini milletçe bildiğimizden, bize ne satmaya çalıştığını merak bile etmeyiz.

* Ankara Barosu.

[1] Nazım Hikmet Ran, “Dokuzuncu Yıldönümü” şiiri, *Yatar Bursa Kalesinde, Tüm Şiirler* içinde, Yapı ve Kredi Bankası Yayınları, İstanbul, 2007, s. 875.

Kaldı geriye Edebiyat. PEN listesine içimin yanması boşa değil, çünkü hapiste başka bir kariyer imkânı görünmüyor yazarlar için. Yün bere sokmanın yasak olduğu bu saçma mekâna, üzerinde bandrol olmak kaydı ile neredeyse her türden edebiyat eseri sokmak mümkündür.

Şöyle inanılıyor sanırım: “Oturup hapisaneye girmek için yapıp ettiklerini düşüneceklerine, bunları okusunlar...”

Tamamen kusurlu bir kabule dayanıyor bu bakış açısı.

Bir kere genellikle zannedildiğinin aksine, insanlar bir şey “yaptıkları” için değil “yapmadıkları” için hapiste olduklarını düşünürler. Daha doğrusu, tutuklanmamak için yapılması gerektiği halde, o sırada akıl edememiş veya becerememiş olduklarından yapamadıklarını düşünerek.

Lars T. Lih, Rusça “*konspiratsiya*” kavramının İngilizceye “*tutuklanmama güzel sanatı*” olarak çevrilmesi gerektiğini önerip, sadece el becerisine değil, sanatsal yeteneğe de atıf yapar siyasi suçlular açısından.^[2] Adi suçlarda da durum belirsizdir. “Akılsızlıktan” şikâyet edildiğinde; suçlamaya yol açan fiilden mi yoksa yakalanmaya yol açan fiilden mi söz edildiği, temkinli bir şüphe gerektirir.

Bir kuru kafanın ağzından dökülmesine rağmen, Orhan Veli’nin muhteşem çevirisiyle, sesi hepimizinkinden canlı duyulan, François Villon’un “*Asılmışlara Balad*”’ından bir dördlük tam da bu konuya değinir:

Kanun namına öldürüldük diye

Hor görmeyin bizleri, kardeş bilin

Dünyada herkes akıllı olmaz ya

Biz de böyle olmuşuz neyleyelim^[3]

Tutuklu olmak bu açıdan akıl, sanat veya yetenek eksikliğiyle açıklanabileceği gibi; bazı durumlarda bizim lehimize birtakım değerlendirmeler yapıldığını da bilmenizi isterim. İçerisinde çok ilginç ve pek gönülsüz bir hapisane firarı öyküsü de barındıran Parma Manastırı’nın Şövalye Foscarini’si için, daha 1839’da Stendhal şöyle söyler: “*Oldukça dürüst bir adam olan Foscarini, bu yüzden neredeyse bütün hükümetler döneminde bir müddet hapis yatmıştı.*”^[4]

[2] Lars T. Lih, *Lenin’i Yeniden Keşfetmek*, çev: Melih Pekdemir, Ayrıntı, İstanbul, 2018.

[3] Alain Guyard, *Kodes*, Çev: Nazlı Ceyhan, Kolektif, İstanbul, 2017, bkz. Epigraf.

[4] Marie- Henri Bayle Stendhal, *Parma Manastırı*, çev: Ceylan Gürman, İletişim, İstanbul, 2016, s. 517.

Kıscacası, aynı dürüstlük gibi “akıl” da öyle hemen, ilk bakışta parlayan cevherlerden değildir. Sabırlı davranıp, zamanın ne getireceğine veya “gece” bittiğinde kimin içeride kimin dışarıda olduğuna bir kere daha bakmak gerekebilir. Birlikte göreceğiz.

Uluslararası PEN’in -kendince haklı sebepleri olabileceğini artık kabullenmiş olmakla birlikte- bu 15 Kasım’da beni hapisneden kurtarmaya çalışmıyor olmasının yarattığı şişkinliği görmezden gelmeyi başardığımda; mesleğimizden birçok harika yazar çıktığını fark edebiliyorum. Buna rağmen avukatlar edebiyatta hak ettikleri ilgi ve saygıyı görmemişlerdir. Korkarım tarih boyunca bu güzel mesleğin ne işe yaradığını bazı aklı evvellere anlatamamış durumdayız. Genel kanı, hiçbir şey üretmediğimiz gibi; bu “hiçbir şey” karşılığında biraz fazlaca yükümüzü tutma alışkanlığımız olduğu yönündedir. Tam da acaba belli bir açıdan bakıldığında bazı hak verilebilir yanları olabilir mi diye öz eleştirel bir tutum geliştirmeye çalışırken; öyle sert ve haksız bir yumruk gelir ki mecburen savunmaya geçeriz: “*Hekimlerden sonra sırayı dar kafalı hukukçular alır. Belki de ilk sırayı almaları gerekirdi (...) çünkü önemli ya da önemsiz her iş bu eşeklerin kararına göre yürüyor*”^[5] der Erasmus.

Reformasyonun bu büyük ve parlak Rotterdam’lı meşalesinin hepimize eşek demesi yetmemiş gibi bir gözde de cebimizdedir: “... *adamların çiftliklerinin sayısı ikiye katlanırken ilahiyatçı tanrısallığın bütün bilgisine erecek diye kitap raflarını alt üst ettiği halde kuru baklaya talim ediyor...*”^[6] Böylesi bir haksızlık karşısında insanın, hukuk fakültesi öğrencileri bu adamın adını taşıyan “öğrenci değişim programı”nı boykot etsin diyesi geliyorsa da hukukçuya sakın olmak yakışıır.

Yani onbeşinci/onaltıncı yüzyıllarda bu işler nasıl yürüyordu ayrıntılı bilğimiz yok tabii ama bugün gerek Papa’nın gerekse Diyanet İşleri Başkanı’nın makam araçlarına şöyle bir göz atan kim acaba Türkiye Barolar Birliği Başkanı’na yapılan haksızlıktan şüphe duyabilir? İlahiyatçılar kuru bakla yiyormuş! Fazla iddiacı görünmek istemem ama loncamızın akademide artık yükselecek kariyer kalmadığı için baroya geçiş yapmış en güzide temsilcisinin, beş yıl sürecek bir ağır ceza davası için koparabildiği ücreti; vergileri düşüldükten sonra, Nihat Hatipoğlu Hocaefendinin haftalık ramazan sohbetinden kaptığı inancındayım.

Bu mudur kuru baklaya talim? Bu mu ilahiyat?

Oysa bu açık haksızlığa rağmen çoğumuz kazancımıza oranla ne kadar çok ne gereksiz çalışırız. Kendimizden çalarız. Sevgilimizden, çocuklarımızdan hobilerimizden... En berbatı da gençlik hayallerimizden çalarız: “Okuldayken

[5] Erasmus, *Deliliğe Övgü*, 3. Baskı, Çev. Çiğdem Dürüşken, Alfa, İstanbul, 2016, s.103.

[6] Agy.

öğrenci lideriydi!” Bakarsın olmuş “Telekom dosyalarının hepsi onda...” Stajda aşk şiirleri yazıyor olanı hatırlayıp sorarsın: “Altın hanımdan sonra en ünlü boşanmacı oldu, ciğer söker nafakada” derler. Dönüşürüz. Gençliğimizdeki “biz” olmaktan çıkmak değil, o genç adamı ya da kadını utandırmak, onlara “aşkolsun” dedirtmektir sorun. Bir kere “çalışıyorum ben, çok meşgulüm” diye havaya girince duramazsınız; en azından istediğiniz yerde duramazsınız. “Devrim yapacağız” diye okul bitirip, başsavcı vekilliğinden emekli olan insan tanırım; Allah saklasın...

No where a busier man the there was

And yet he seemed busier than he was^[7]

Der Geoffrey Chaucher “sergeant at the law” hakkında:

Hiçbir yerde onun kadar meşgul bir adam yok

Ama gerçekte olduğundan daha da meşgul görünürdü

Centerbury hikayelerinin avukatı; hacılar arasındaki ne en ilginç ne de en renkli tiptir. Ama kesin olan en meşgul kişi olduğudur. Ünlü yoğunluğunuzun beş yüzyıl önceden edebiyatı nasıl meşgul ettiğini bilin istedim. Ve yine hem gerçek telaşınızın hem de kendinizi soktuğunuz “havanın” ilk kez sizin tarafınızdan icat edilmediğini bilmenin hüznünü yaşayın.

“Yani ne? ‘Çalışmayın’ mı diyorsun, para da mı kazanmayacağız? Senin tuzun kuru tabi yan gelmiş yatıyorsun...” diyenler olacaktır. Burada icra dairelerinde nispeten biraz daha nezih ve huzurlu bir ortam bulunduğunu kabul etmekle birlikte, Mümtaz Zeki Taşkın’ın 1949 tahlili “*Hafakan*” şiirini hatırlatmak isterim huzur söz konusu olduğunda:

Bu çilli gökyüzü

Bu kalaysız ay

Huzurdan semiren erik

Duadan çatlayan güvercin

Sükundan çıldıran meşcit

Sabırdan yarılan kubbe

[7] Geoffrey Chaucher, “Centerbury Tales”; Mina Urgan, *İngiliz Edebiyat Tarihi* içinde, Yapı ve Kredi Bankası Yayınları, İstanbul, 2003.

Huzurdan da bezdik ya rabbim^[8]

Aslında fazla huzurun, şiirin adından bile kolaylıkla anlaşılabilir biyopolitik etkisi; bir başka şairin, Heine'in ölümsüz bir dörtlüğünde açıkça tarif edilir;

Bir şeyler yapıldığını görelim artık

Korkunç kanlı suçlar işlensin

Bıktık bu besili iyilikten

Herşeyi yutup eriten törelerden...^[9]

Geçen yüzyılın başlarında yazılmış bu iki şiirin size öğretmesi gereken; hapiste yatmakta olanlara “siz de iyisiniz ha, yan gelip yatıyorsunuz” tarzında espriler yaptığınızda ne hissettiklerini; bizzat hapse girmeden de bilebilebileceğiniz olmalıdır. Daha açık söylemek gerekirse, öyle espri yapmayın, sinirleniyoruz.

İster gerçek ister sahte olsun, yoğunluğun yarattığı bu dönüşümün bedeli çok ağır olabilir. Ağır ama zor fark edilebilen bir cezadır bu ve birçok şanslı insan cezalandırıldığının farkına bile varmadan ölür. Ama kaburga kalınlığı açısından o kadar şanslı değilseniz, bir gün, bilanço kendiliğinden görünür hale gelir. Hasta yatağınızın etrafında toplananların yüzündeki ışığın azaldığını fark ettiğinizde veya bir sevdiğinizin cenaze kortejinde yürürken veya belki eski arkadaşlarınızla fotoğraflarınıza bakarken... Yeterince kendisine saygısı olan insanlarda, ayna karşısında bile kendiliğinden belirverdiği söylenir “Soru'nun”: Ne hayal etmiştim ve ne oldum? Seçimlerim neleri sonsuza kadar kaybetmeme neden oldu? Şimdi çok geç, artık bitiyor, ama nasıl olabilirdi? Paranın teselli verebileceği anlardan olmadığı söylenir. Trajiktir. Yine de benim hayal edebileceğimden daha yüksek rakamla deneyip kendisini iyi hisseden olursa, haberim olsun.

Böyle anlar aynı zamanda epifaniktir. Yani faydasız pişmanlık ve kesif hüüzün açığa çıkan “aydınlanma” anları.

Herkesin ilk dizesini deliler gibi sevip alıntılıdığı, ama kimse bahsetmediği için, sonunu bir tek benim bildiğimden korktuğum şiirinde, bu aydınlanma anı için bir adres daha gösterir Gülten Akın:

Ah kimselerin vakti yok

Durup ince şeyleri anlamaya

[8] Mümtaz Zeki Taşkın, “Hafakan” şiiri, Orhan Kahyaoğlu, *Modern Türk Şiiri Antolojisi* Cilt 1 içinde, Ayrıntı, İstanbul, 2015.

[9] Heine'den aktaran Ernst Fischer, *Sanatın Gerekliliği*, 6. Baskı, çev. Cevat Çapan, Sözcükler, İstanbul, 2017, s.126.

(...)

Sonra kasabamızın cezaevinde

Silgilerimizi göz önüne yerleştiriyoruz

Günlerimizi iterek genişletiyoruz

Yer açıyoruz karılarımızı düşünmeye

Bizsiz geçen menevşeyi düşünmeye^[10]

“Olay hapishanede geçiyor, o yüzden dikkatini çekmiştir senin” demeyin lütfen. Evet, bu dörtlüğün her sabah kapılar açıldığında yüzlerce orta yaşlı adamın ciğerlerinden havaya karıştığını hissedebiliyorum, ama benimkinden değil. Benim işim sağlam, çünkü hapse girmeden *Yirmi Yaşım*’la sıkı bir anlaşma yaptım. Ben, onun okumak istediği bütün kitapları okudum, topladım biriktirdim. Onun bütün düşmanları ile dövüştüm; kafamı, kolumu kırdılar, öldürürüz dediler geri adım atmadım. Onun dostlarına vefalı olmaya çalıştım. Borçlarını ödedim. Gitmeyi hayal ettiği her yere gittim üşenmeden. Üstüne bir de sevgilisi ile evlendim. Ben ona hiç ihanet etmediğim için o da şimdi anlaşmaya uyup benim yerime hapis yatacak. Genç adam, yatsın. Dolayısıyla benim, “kasabanın cezaevi” yerine getirildiğim “cezaevi kasabası”nda, silgi ile genişletip yapmadıklarına yer açacağım, boş beleş gün yok geçmişimde.

Varsa henüz yerine getirilmeyen bir vaat: Devrim’dir, o da hâlâ geçmiş zamana değil şimdiki zamana ait. Menevşe’ye gelince “geçtiği” falan yok; yıllar geçtikçe güzelleşiyor kadın. Eh o kadarı da yirmi yaşımın bana “hediyesi” olsun; şu halimle asla kandıramazdım, beni o zaman görecektiniz!

Sadece çalışma saatlerinin azaltılmasına kafayı taktığı için değil, birlikte öldükleri güne kadar bağlılık duyduğu gençlik aşkı Laura, sevgili Karl Marx’ın kızı olduğu için de hısmımız sayılması gereken Paul LaFarge, bu mücadeleyi kazandığımızda bir grup meslekle birlikte bizimkinin de ortadan kalkacağı kanaatinde: “... *O zaman evrensel tüketim amacından kurtulacak olan burjuvazi; tüketme ve savurganlık konusunda kendisine yardımcı olmaları amacıyla yaralı uğraşlarından kopardığı; asker, yargıç (savcı, avukat vb. de herhalde, b.n.), berber, pezevenk vs. den oluşan sürüyü bir an önce başından atmaya çalışacaktır...*”^[11] Damat tarafından dahil edildiğimiz meslek buketinin, pek güzel kokmadığını kabul etmekle birlikte, hemen devamında yapılan “*avukatlar ve bileyci köpekleri*” benzetmesini de görmezden gelirsek, fikri yaratıcı bulduğumu söyleyemeliyim.

[10] Gülten Akın, “İlk Yaz” şiiri, Orhan Kahyaoğlu, *Modern Türk Şiiri Antolojisi* Cilt 2 içinde, Ayrıntı, İstanbul, 2015.

[11] Paul La Farge, *Tembellik Hakkı*, çev. İsmail Yerguz, İshık, İstanbul, 2016, s. 79.

Tebessüm ettiniz. Edin tabii. Ama ben gerçekten bu ömür törpüsü mesleğin ortadan kalktığı günü görebileceğimiz umuduyla yaşıyorum. Herkesin sevdiği, üretici, güzel işler yapacağımız günler. Roman yazarak PEN'in "hapisten ilk kurtarılacak" listesine girebildiğimiz günler. Oysa maalesef bugün, tebessümünüz bile edebiyatta kötü bir üne sahiptir: "... bunun üzerine avukat katibi yine güldü; yürekte gelen gürültülü bir kahkaha değildi bu, kendi kendine, sessiz, sinsî bir şeydi. Mister Pickwick bundan hiç hazzetmedi. Bir insanın iç kanaması kendisi için tehlikelidir; için için gülmesi ise başkaları ve herkes için tehlike alametidir."^[12] demişti Dickens. Peki kim bu Mister Pickwick? Ah! İşte işin en üzücü kısmı o. Dünyada sizi sevmesini en çok isteyebileceğiniz dört kişiden birisi ve avukatlardan nefret ediyor, en azından "iç kanama" gibi sırtanlarımızdan. Dostoyevski öbür üç kişiyi "İsa, Don Kişot ve Prenses Mişkin" olarak hayal etmişti ama onun bile Mister Pickwick'ten söz ederken sesi titrer sevgiden.^[13]

Hayır, elbette kendimizi herkese sevdirmek zorunda değiliz. Mesela adına "Hohunnnyymm" dediği bir beygir cumhuriyetini, kurduğumuz bütün uygarlığa tercih eden aksi protestan papazı Jonathan Swift de sevmez avukat; ama bu o kadar üzmez beni.

Bugün bir arama motoru olarak bildiğimiz "Yahoo" da aynı öykünün, yani Gülliver'in son seyahatinin, sefil ve aşağılık insan türünün adıdır aslında.

Bulduğu ilk fırsatta "efendisi" at ile doğrudan bizim dedikodumuzu yapar Swift: "...burada efendim araya girerek onlar hakkında anlattıklarına göre, bu avukatlar kadar harika bir zekayla donatılmış yaratıkların başkalarına bilgelik ve bilgi konusunda eğitimlik yapmaları için yüreklendirilmemeleri ne kadar yazık' dedi. Buna yanıt olarak efendime; 'kendi meslekleri dışında kalan konularda bunların aramızdaki en cahil ve aptal, günlük konuşmalardaki en bayağı kişiler olduklarını, kendi mesleklerinde olduğu gibi diğer tüm konularda da insanlığın genel mantığını şaşırtmaya eşit derecede meyilli olduklarını' söyledim."^[14]

Üzüldünüz mü? Eh, ne cahilliğimiz kalmış, ne aptallığımız ne bayağılığımız. O zaman sırf neşelenmek için bir de yargıçlar hakkında söylediklerini okuyun, insan gerçekten eğleniyor.

Gördüğünüz üzere, edebiyat ile ilgili yazmaktaki temel güçlük bir sonunun olmayışı. Madem bu yıl PEN tarafından hapisshaneden kurtarıma ihtimalim

[12] C. Dickens, *Mister Pickwick'in Serüvenleri*, çev. Tektaş Ağaoglu, Yapı ve Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 497.

[13] Fyodr Dostoyevski, "Sofya İvanova'ya Mektup", Richard P. Blackmur, *Avrupa Romanı Üzerine Onbir Makale içinde*, çev. Müge Güney, İletişim, İstanbul, 2017.

[14] Jonathan Swift, *Gulliver'in Seyahatleri*, çev. Can Ömer Kalaycı, Say, İstanbul, 2014, s. 301.

yok, bu kadar edebiyat yetsin. Daha hapis yatacak mıyım? Bu işler belli olmuyor ama sanırım evet, bir süre daha yatırılır. Yargılama nasıl gidiyor? Önümüzdeki ay tanık dinleyecekler. 1865 yılı yaz başının o unutulmaz duruşmasındaki gibi gelişmeler bekliyorum:

“... Şapkacı, mahkemeye Fındık Faresi ile kolkola gelen Mart Tavşanı'na baktı.

'Martın on dördünde sanırım' dedi

'On beşi' dedi Mart tavşanı

'On altısı' dedi Fındık Faresi

'Bunları yazın' dedi kral jüriye ve jüri üyeleri hevesle üç tarihi de levhalarına yazıp kaydettiler. Sonraları bunları toplayıp yanıtı şilin ve peniye göre buldular.”^[15]

Duruşmamıza gelmeyi düşünmüyorsanız, yukarıdaki metinde “jüri” yerine “mahkeme heyeti” koyun, tutanak olarak saklarsınız. Üç aşağı beş yukarı her tanıklı duruşmada olacak olan budur.

Ben de mızıka çalarak bekliyorum.

Yok, herhangi bir ironi yapmadım, alıntı da değil. Gerçekten mızıkam var. Niye bütün solcular gibi bağlama ya da gitar istemediğimi sorduklarında, ikisini de yıllarca deneyip çalmayı öğrenemediğimi söylemeye utandım. İnsan niye bağlama çalamaz, acaba solcu mu değilim yeterince diye endişeleniyorsun haliyle. Ben de ayıbımı saklamak için: “Yönetmelikte mızıka yazıyor, ben ondan istiyorum” diye tutturdum. Bulup getirdi sağ olsun bizimkiler. Küçük ama pek güzel bir enstrüman.

İlk aylarda “Happy Birthday” ve “Daha Dün Annemizin” çıkarmaya çalışıyordum; ama şimdi Bob Dylan çalışıyorum:

You got gangsters in power

And lawbreakers making rules

When you gonna wake up?^[16]

[15] Lewis Carrol, *Alice Harikalar Diyarında*, çev. Sinan Ezber, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2017.

[16] Bob Dylan, “When you gonna wake up”, “Gangsterler iktidarda/ Ve suçlular kuralları koymakta/ Ne zaman uyanacaksınız?”. W. Schorlau, *Mavi Liste içinde*, İletişim, İstanbul, 2017.

Ne mi diyor?

Ne bileyim? Ben mızıkayla çalışıyorum şarkıyı; ağızda mızıkaya varken şarkı söylenmiyor. Ama tavsiye ederim, bulun dinleyin, nefis parça.

Sevgiler.

OHAL HUKUKUNA DAHİ UYMAYAN TÜRKİYE 2016-2018 OHAL'İ YAHUT HUKUK DEVLETİ TAAHHÜDÜNÜN SONU^[1] (OHALDE İNADINA AVUKATLIK)

Av. Doğan ERKAN*

*“Hukuki ideolojiyi eleştirmek yetmez.
Asıl önemli olan hukuki biçimin
günlük hayat içinde nasıl üretildiğini göstermektir.”^[2]*

GİRİŞ

Yayın Kurulu’ndan dostlarım, “OHALDE AVUKAT OLMAK” konulu bir yazı istediklerinde, ilk önce Türkiye OHAL’inin kronolojik hukuk-suzluklar silsilesini haritalamayı düşündüm. Ancak mesele daha başka bir hukukpolitik perspektifi ortaya koymak olmalıydı –salt bu perspektifi ortaya koymak adına hâlihazırda yapılmış haritalama çalışmalarına atıf ve kısa alıntılar yapmak yine de gerekmiştir.-

Bu durumda OHAL ile yaratılan rejim/yeni rejim ortaya konmalıydı. Hukukpolitik olarak bu yeni rejim, bir hukuk dergisinin sınırlarında,

* Ankara Barosu.

[1] OHAL ‘in “Hukuk Devletinin Sonu” olduğu kavramını ABD terör hukuku ve ceza hukuku dönüşümünü ve Avrupa OHAL ‘lerini analiz ederek yeni Küresel Devlet tezini ortaya koyan 2009 yılında yayımladığı aynı isimli eserinde Fransız hukukçu ve sosyolog Jean-Claude Paye kullanmıştı. Bu yazımızda biz de çokça atıf yapacağız. Paye’nin tespitine katılmakla birlikte, “Hukuk Devleti” kavramsallaştırmasının “iktidar”, “mülkiyet”, “sınıf” ve “egemenlik” ilişkilerinde bir “yaşanan ilişki” değil, olsa olsa bir imgelem, egemen sınıf tarafından sunulan bir “taahhüt” olduğu kanısıyla, Paye’e ekleme yapmayı gereksindik.

[2] Aleksandr Grigoryeviç Gojbarg.

hukukteknik argümanların kendisi ile kanıtlanmalıydı. Kanıtlanacak olgu yeni bir rejim inşa edildiği iddiamızdır. Ve OHAL'in formel bitiş ilanının, kurulan yeni rejimin hukukunu da politikasını da bitirmediği; bilakis rejimin kendisine içkin, rejimin kendisi olan bir Olağanüstü usuller toplamı re-organizasyonu (adli bilişim hukukunda, adli kolluk yetkilerinde, sorgu hakimliği yöntemlerinde, güvenlik tedbirlerinde, terörle mücadele pratiklerinde ve terör hukukunda, hasılı bilcümle ceza usul hukukunda, anayasa hukukunda ve idare hukukunda) gerçekleştiği –altını çizelim hukukteknikniğin kendisinden– gözler önüne serilmeliydi.

Bu bağlamı sağlamak üzere, 3 ana problem ile karşı karşıyayız. Bu 3 ana problemin çözümü, yeni olağanüstü rejimin tarifine kendiliğinden ulaşacaktır inancındayız:

1. OHAL Nedir?

Ne var ki bu ana problem iki arızı alt soru getirmektedir. Arızidir zira pozitif/normatif cevaplar sadece tanımlama ipucu vermektedir. Ana tanım hukukpolitik alan dışında gelememektedir:

- i. Pozitif olarak OHAL Nedir?
- ii. Normatif olarak OHAL Ne olmalıdır?

2. Türkiye OHAL'i (2016-2018) ne getirmiştir?

- i. Hukuki olarak
- ii. Hukukpolitik olarak

3. Dünyada OHAL hangi re-organizasyonları sağlamış, hukuku ve “hukuk devleti”ni nasıl re-organize etmiştir? Türkiye aynı yolu mu izlemiştir?

- i. Hukuki olarak
- ii. Hukukpolitik olarak

Bu süreci ortaya koyabilmek, hukuk pratiği öne, hukuksal teoriyi onun arkasına –pratiği çözerken teoriyi kurmaya çalışan bir avukat olarak şahsımızın OHAL 'de avukat olma görevinin ve aynı konulu yazının amacının ifası arayışıdır.

Yazının asıl konusu, süje değil nesnedir. “Avukatlık” mesleğinin toplumsal formasyonu ve tarihsel evrimleri bir başka yazının -hatta kitabın- ana konusu olabilir. Ancak nesne üzerine “OHAL” ile sınırlı bir avukatlık ideası,

“OHAL ‘de Avukat Olmak”ın spesifik çerçevesi, spesifik gereklilikleri ve silahları konuşulabilir. Yazı bununla bitirilmelidir o halde: Cazip bir kelime sesteşliği oyunun ötesinde, spesifik alanda, OHAL’de avukatlık neye tekabül ediyordu ve yeni rejimle birlikte nereye evirilmeli?

I. POZİTİF HUKUKTA OHAL NEYDİ?

Yasa hilafına mühürsüz oy pusulası ve zarfların idari kararlarla geçerli kılındığı tartışmalı Nisan 2017 referandumundan önceki 1982 Anayasası’nın 120. maddesi uyarınca ilan edilmiş bir Olağanüstü Hal vardı karşımızda:

“Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı”

Madde 120

“Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”

II. OHAL’ DE NE YAPILIR?

Bunu da değişiklik öncesi Anayasa’nın 15. maddesinde buluyorduk:

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması”

Madde 15

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

Anayasa’nın kendisi, anayasacılığın en temel derdi olan “hak ve hürriyetlerin korunması” konusuna dair, kendi ontolojisine dair bir *istisna* hali tanımlıyordu. Doğrusu Anayasal güvencelerin anayasal düzenlemeyle sınırlanması hali hukuk retoriği bakımından da sorunludur. Ama mesele çok daha derin...

Yine Anayasa kuralıyla 3 ay süreyle ilan edilen OHAL için, dönemin başbakan yardımcısının basın deklarasyonu “3 ay süreyle ilan ettik ama öyle

tahmin ediyorum bir buçuk ay gibi bir sürede tamamlarız” notu düşüldüğünü ve sonrasında 2 yıl sürdüğünü de hatırlatalım.

“Hür demokrasi düzeni”nin sosyolojik tartışmalarından da bir an için uzaklaşalım ve 15 Temmuz öncesi hür bir demokrasimiz olduğunu varsayalım.

Temel rasyonalite ihlâli -ilan bakımından OHAL unsur hatası- Anayasa koyucu tarafından yaygın şiddetin bastırılması amacına özgülenen OHAL'in yaygın şiddet hali bastırıldıktan bir hafta sonra ilan edilmesiydi.

Konusu bakımından sorun ise, “temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik” 15 Temmuz şiddetini engellemek üzere, OHAL formu ile temel hak ve hürriyetlerin durdurulması irrasyonallitesi oluşturuyordu. Temel hak ve hürriyetleri korumak için, temel hak ve hürriyetlerin kurumsal engellenmesi... Şimdilik Hegel'in *fasit daire*' sine^[3] atıf yapmakla yetinelim. Bir farkla: Hegel'de dönüp dolaşan *fikir* dir; OHAL sebep-konu-maksat dairesinde dolaşan, “korunan” ve engellenen ise *temel hak ve hürriyetler*...

İstisnanın istisnasına bakalım. Anayasal güvencelere aykırı tedbirlerin anayasa eliyle sınırlanmasının sınırı nedir?

Değişiklik öncesi aynı 15. maddenin ikinci fıkrası buna pozitif cevap veriyordu:

“Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz.”

Pozitif olarak bir üst hukuksal normumuz (lexsuperior) sayılan – Türkiye Yargı İktidarınca hiçbir zaman fiilen *derogategiinferior*^[4]i kabul edilmeyen-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de bir istisna hali olarak OHAL tarifi, OHAL'de askıya alma (derogasyon) ve askıya alınamayacak haklar tanımlıyordu. Bunlara da göz atalım:

“Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma”

Madde 15

“1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası

[3] Hegel'in *fasit daire* kavramı üzerine bkz Timuroğlu, Vecihi, *Estetik*, s. 218.

[4] “*Lexsuperiorderogategiinferiori*” (*Üst Kanun Alt Kanunları İlgâ Eder*).

hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

“2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.”

Dolayısıyla;

i- Yaşam Hakkına aykırı tedbir OHAL’de de alınamaz.

ii- İşkence Yasağına aykırı tedbir OHAL’de de alınamaz.

iii- Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağına aykırı tedbir OHAL’de de alınamaz.

iv- Kanunsuz Ceza Olmaz ilkesi ve geçmişe yürümezlik kuralı OHAL’de de ihlâl edilemez.

v- İhdas edilen AİHS genel ilke ve haklarına aykırı düzenlemeler ve her türlü yönetsel işlem, karar ve eylem TEDBİR niteliğinde olmalıdır. Kalıcı olamaz.^[5]

Diğer yandan, her ne kadar AİHS tarafından “askıya alınamazlık” içerisinde değerlendirilmese de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi “Adil Yargılama Hakkı”nın temel ilkelerinin de sınırlanamaz mahiyette olması gerektiğini takdir etmiştir.^[6]

Adil Yargılama Hakkı’nın temel ilkelerinin kısıtlanamaz olduğuna ilişkin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin bu karar ve yorumuna daha sonra “Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu” (Venedik Komisyonu) da 9-10 Aralık 2016 tarihli raporunda atıf yaparak katılmıştır.^[7]

İlk kez dostlarımız Av. Ebru BEŞE ve Av. Deniz VURAL’ın dilimize kazandırdığı Siracusa Prensipleri’nden^[8] de bir bölümü almakta fayda görüyoruz:

[5] ERKAN, Doğan, Etkileriyle ve Sonuçlarıyla OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve KHK Müeyyidelerine Karşı İzlenebilecek Hukuki Yollar, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Ağustos 2018, s. 7-8.

[6] CCPR, Genel Yorum no. 29, Olağanüstü Haller (madde 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), paragraf 10 ve sonraki paragraflar.

[7] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu 12 Aralık 2016 tarihli raporu.

[8] **Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi** Uluslararası Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Hükümlerinin Kısıtlanması Ve Askıya Alınmasına İlişkin **SIRACUSA İLKELERİ**; ERKAN, Doğan, a.g.y., s. 91-108.

III. KISITLAMA ŞARTLARI

1. Kısıtlamaların Gerekçelendirilmesine İlişkin Genel Açıklayıcı İlkeler

1. Sözleşme hükümleri ile belirtilmiş dahi olsa, hiçbir kısıtlama veya gerekçe, sözleşme ile güvence altına alınmış haklara uygulanamaz.

2. Sözleşmede belirtilen kısıtlamanın kapsamı, ilgili hakkın özünü tehlikeye atacak şekilde yorumlanamaz.

3. Tüm kısıtlama şartları, somut olayda kesin bir şekilde ve haklar lehinde yorumlanır.

4. Tüm kısıtlamalar, ilgili olduğu hak nazara alınarak ve bu bağlamda değerlendirilir.

5. Sözleşmede kabul edilen bir hakka getirilen tüm kısıtlamalar, kanunla belirlenmeli, Sözleşmenin konusuna ve amacına uygun olmalıdır.

6. Sözleşmede gönderme yapılan hiçbir kısıtlama, belirlenen amaçlar dışında uygulanamaz.

7. Hiçbir kısıtlama, keyfi bir biçimde uygulanamaz.

8. Uygulamaya konulan her kısıtlama, kötüye kullanılması durumunda, itiraza ve kanun yollarına tabidir.

9. Sözleşme ile temin edilen bir hakka, 2. maddenin 1. paragrafı hilafına kısıtlama getirilemez.

10. Sözleşme hükümleri uyarınca, kısıtlamanın zorunlu olduğu hallerde, kısıtlama hükmü aşağıdaki şartları ihtiva etmelidir;

(a) Sözleşmenin ilgili maddesinde belirtilen kısıtlamaların, meşrulaştırma temelini dayanak almalıdır.

(b) Zorlayıcı bir kamusal veya sosyal bir ihtiyaca cevap vermelidir.

(c) Meşru bir amaca dayanmalıdır ve

(d) Bu amaçla orantılı olmalıdır.

Kısıtlamanın gerekli olduğuna dair değerlendirmeler, objektif nedenlere dayanmalıdır.

11. Bir kısıtlamanın uygulanmasında, devlet, kısıtlamanın amacına uygun zorunluluklar dışında, daha sınırlayıcı durumlar tesis edemez.

12. Sözleşme ile teminat altına alınan bir hakka getirilen kısıtlamanın meşruiyetini ispat külfeti, devletin sorumluluğundadır.

13. Sözleşme ile teminat altına alınan haklarla çelişik olmayan sınırlamalara ilişkin, Sözleşmenin 12. maddesinde ifade edilen zorunluluk, sözleşmede belirtilen diğer haklar için de saklıdır.

14. Sözleşme ile hüküm altına alınan kısıtlama şartları, devleti bağlayan diğer uluslararası yükümlülükler ile korunan bir insan hakkının kullanımının sınırlandırılması şeklinde yorumlanamaz.

2. Özel Kısıtlama Şartlarına İlişkin Açıklayıcı İlkeler

2.1. Kanunla belirlenmiş olma

15. Sözleşme ile uyumlu bir biçimde, genel uygulama olarak ulusal mevzuatta düzenlenmiş ve kısıtlamanın uygulandığı dönemde yürürlükte olmayan insan haklarının kullanımına ilişkin bir kısıtlama, ortaya konamaz.

16. İnsan haklarının kullanımının kısıtlanmasında tatbik edilen kanunlar, keyfi ve aşırı olamaz.

17. İnsan haklarının kullanımını kısıtlayan yasa hükümleri, açık ve herkesçe erişilebilir olmalıdır.

18. İnsan hakları kısıtlamalarının uygulanması sırasında oluşacak, yasadışı veya kötüye kullanılma durumlarına karşı, yeterli koruma önlemleri ve etkili hukuk yolları, kanunla belirlenmiş olmalıdır.

ii. “demokratik bir toplumda”

19. “Demokratik bir toplumda” ifadesi, bağlı olduğu kısıtlama şartları üzerinde, daha fazla sınırlamanın uygulanmaması şeklinde yorumlanmalıdır.

20. Kısıtlamaların, toplumun demokratik işleyişini ihlal etmediğine ve en uygun kısıtlamaların uygulandığına ilişkin ispat yükü, devlete aittir.

IV. NORMATİF OLARAK OHAL NEYDİ?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2015 yılında “Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma” başlıklı bir TEMATİK BİLGİ NOTU yayınlamış, not ekinde pek çok AİHM kararından alıntı ve atıf yapılmıştır. İlgili not şöyledir^[9]:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi (Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma)

[9] AİHM Tematik notunun tam metni için bkz: ERKAN, Doğan, a.g.y., s.109-139.

“Taraf Devletlerin hükümetlerine, istisnai koşullarda, Sözleşme kapsamındaki belirli hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüklerini geçici, kısıtlı ve denetimli bir şekilde askıya alma imkânı sunmaktadır. Bu hükmün uygulanması, aşağıdaki usul ve esas koşullarına bağlıdır:

- Askıya alma hakkına yalnızca savaş zamanında veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde başvurulabilir;

*- Devlet, yalnızca **DURUMUN KESİNLİKLE GEREKTİRDİĞİ ÖLÇÜDE**, Sözleşme ‘de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir;*

- Yükümlülüklerle aykırı tedbirler, Devletin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerine ters düşmemelidir;

- Sözleşme ‘de öngörülen belirli haklar, yükümlülüklerle aykırı tedbir almaya izin vermez.

Bu bağlamda: Sözleşme’nin 15. maddesi, meşru savaş filleri dışında 2. maddeye, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağına, kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ve “kanunsuz ceza olmaz” kuralına aykırı tedbirlerin alınmasına izin vermez; benzer şekilde, Sözleşme’nin 6 No’lu Protokolü’nün 1. maddesine (barış zamanında ölüm cezasının kaldırılması), Sözleşme’nin 13 No’lu Protokolü’nün 1. maddesine (ölüm cezasının kaldırılması) ve Sözleşme’nin 7 No’lu Protokolü’nün 4. Maddesine (aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı) aykırı tedbirler alınmaz.”

Tematik nota göre AİHM’in, OHAL’de temel bir hakkın askıya alınmasını **“Durumun Kesinlikle Gerektirdiği Ölçü”** kavramıyla, katı ve kesin bir ölçüte bağladığını görmekteyiz. Bahsedilen “kesin gereklilik” ölçütünü ihlal eden bir kısıtlamanın ister idari işlem ister düzenleyici idari işlem ister KHK, ister cezai soruşturma işlemi biçiminde olsun; tüm “de jure” kategoriler için geçerli olduğu söylenmelidir. Zira “Sözleşme, tarafların statüsü, uyumsuzluğun nasıl karara bağlanacağını düzenleyen **MEVZUATIN NİTELİĞİ** ve konuyla **YETKİLİ MAKAMIN NİTELİĞİ NE OLURSA OLSUN** uygulanır.”^[10]

Tematik not hukuksal bağlamda idam tartışmalarına da nokta koymaktadır. Her iki ek protokol de (6 ve 13 no’lu Ek Protokoller) Türkiye tarafından imzalanmıştır. AİHS’in ayrılmaz parçası olan bu protokolleri ihlal eden herhangi bir düzenleme, Türkiye’nin kurucu üyesi olduğu Avrupa Konseyi’nden çıkarılmasına sebep olur ki, mevcut siyasal iktidarın ekonomik-siyasal-sosyal sebeplerle bunu göze alabilmesi olanaksızdır.

[10] Georgiadis/Yunanistan kararı.

AİHS'in kabul ettiği Olağanüstü Hal durumunda alınan tedbirlerin hukukiliği ve kesinlikle gerekme ölçütü konusunda verdiği bir karar şöyledir:

“Mahkeme, diğer hususların yanı sıra, her bir Taraf Devletin, “ulusunun varlığı” konusundaki sorumluluğu dâhilinde, ulusun varlığının “genel bir tehlike” ile tehdit edilip edilmediğini tespit etmesi ve eğer öyleyse söz konusu tehlikenin üstesinden gelebilmek için alınması gereken tedbirlerin derecesini belirlemesi gerektiğine vurgu yapmıştır. İlgili zamanın acil ihtiyacından doğrudan ve sürekli haberdar olmaları nedeniyle ulusal makamlar, genel bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için alınması gereken aykırı tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı konularında karar verme hususunda uluslararası yargıçtan daha donanımlıdır. . . , bu bağlamda ulusal makamlara geniş bir takdir payı bırakılmalıdır.

“Bununla birlikte, Devletlerin yetkisi de sınırsız değildir. Mahkeme, Devletlerin, durumun “kesinlikle gerektirdiği ölçünün” dışına çıkıp çıkmadıklarına karar vermelidir. Bu denetimi gerçekleştirirken Mahkeme, yükümlülükleri askıya alan tedbirlerin etkilediği hakların mahiyeti ve olağanüstü hale neden olan ve süresini belirleyen koşullar gibi faktörlere gerekli önemi vermek zorunda kalmıştır.”^[11]

V. OHAL'DE, OHAL KHK YOLUYLA KALICI YASAL DEĞİŞİKLİK YAPILABİLİR Mİ?

“Olağanüstü Hal KHK'leri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içerisinde “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hâl ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir.

“Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hâl yönetimi yaratmaya neden olur.

“Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hallerin ilan edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hâl KHK'leri ile yasalarda değişiklik yapılamaz.

Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hâl KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü

[11] Aksoy/Türkiye kararı.

halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hâl KHK'lerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hâl KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur.^[12]

Karar çok açık. OHAL KHK'leriyle yasalarda kalıcı değişiklik yapılamaz.

Buna rağmen OHAL KHK'ları ile yapılan değişikliklere dair haritalamalara ileride atıf yapacağız. Bir rejim değişikliği ile tüm hukuk düzeninin içine kalıcı olarak OHAL'in sokulduğunu göstereceğiz. Şimdilik Anayasa Mahkemesi alt sorunu ile devam edelim.

2016 yılında Anayasa Mahkemesi, CHP'nin ilk OHAL KHK'leri için yaptığı başvuruda eski gerekçesini ve OHAL'e uygunluk denetimi görevi terk etmişse de çok önemli bir kararı bireysel başvuru yolunda verdi.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru ile yapılan bir başvuruda OHAL KHK'sini "zımnen ilga" etti. 667 sayılı KHK 6/1 maddesi, Tutukluluk incelemesinin dosya üzerinden yapılmasına olanak getirirken (dosya üzerinden incelenebilir), hızını alamayan 668 sayılı KHK 3/ç maddesi ise, emredici hükümlerle dosya üzerinden incelemeyi kural yapmıştı (dosya üzerinden incelenir). Her iki KHK da süresi geçse de yaşanmıştı.

Anayasa Mahkemesi, 2016/15637 sayılı ve 12.04.2018 tarihli kısa kararında hem genişletilmiş bir Habeas Corpus^[13] hem de bir yasayı/KHK'yi zımnen ilga kararı verdi ve "Tutukluluk incelemelerinin hâkim önüne çıkarılmaksızın yapılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna" karar verdi.

Kararın daha sonra yayımlanan gerekçesinde ise Anayasa Mahkemesi:

"Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde"

[12] Anayasa Mahkemesi'nin 10/1/1991 tarih ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararı.

[13] Habeas Corpus: Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuki nitelemesinin yargıç tarafından yapılması ilkesi.

kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” şeklindeki kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceği anlamına gelmediğini değerlendirmektedir. Nitekim Anayasa’nın diğer maddelerinde veya ilgili kanunlarda, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemde bireysel başvuru kapsamında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu buna ek protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesi’nin inceleme yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale, olağanüstü hâl KHK’lerine dayanılarak gerçekleştirilmiş olsa da bireysel başvuruya konu edilebilir” diyerek bir OHAL içtihadı yaratmıştır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi OHAL KHK’lerini KHK halindeyken Anayasa’ya aykırılık denetiminden kaçınmışsa da, bireysel hak ihlalleri denetiminde kaçınmamıştır. İhlâlin doğrudan KHK’den kaynaklandığını tespit ettiğinden, ilgili KHK maddesini fiilen işlemez hale getirmiştir.

Yazımız açısından daha önemli sonuç, karar gerekçesinin şu satırlarındadır:

“iv. Anayasa’nın 15. Maddesi Yönünden

“234. Anayasa’nın 15. maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve bunlar için Anayasa’nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak Anayasa’nın 15. maddesi, bu hususta kamu otoritelerine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Anayasa’nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin Anayasa’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir. Anayasa Mahkemesince Anayasa’nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme bu ölçütlerle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu incelemenin usul ve esaslarını ortaya koymuştur.”^[14]

“...Diğer taraftan başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında “durumun gerektirdiği ölçüde” olup olmadığının tespiti gerekmektedir...”

[14] Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 192-211,344.

“...Bu kapsamda olağanüstü hâl döneminde çıkarılan 667 sayılı KHK'nın 6. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halin devamı süresince tutukluluğun incelenmesinin, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanabilmesine olanak sağlanmıştır. 668 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle de aynı suçlar bakımından tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanacağı düzenlenmiştir (Aydın *Yavuz ve diğeri*, § 352). 667 ve 668 sayılı KHK'ların daha sonra (sırasıyla 18/10/2016 ve 8/11/2016 tarihlerinde) yasalaştığı görülmektedir...”

“...Bu durumda silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma suçundan tutuklu bulunan başvuru kişinin tutukluluk incelemeleri kapsamında on sekiz ayı aşan bir süre boyunca hakim/mahkeme önüne çıkarılmaması ve tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklamaya dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hakim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmesine imkan tanınmaması “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak değerlendirilmemiştir.”

“Bu itibarla “olağanüstü hal” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. Maddesinin başvuru kişinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak tutukluluğun yirmi bir ay boyunca hakim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesi şeklinde yapılan ve Anayasa'nın 19. Maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı olan bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.”

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla da olsa, OHALde alınan bir tedbirin ÖLÇÜLÜLÜK kıstası yönünden denetimini yapmış ve ÖLÇÜLÜ olmadığını karar verebilmiştir. Bu tedbir yasanmış bir KHK'nın kendisinden kaynaklanmış ve tedbirin Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklere aykırı bir ölçsüzlükte olduğuna hükmedilmiştir.

Bu durumu not ettikten sonra söylemeliyiz ki, OHAL KHK'lerinde ve özellikle kalıcı yasal değişiklik yapan binlerce KHK maddesinde bu ÖLÇÜLÜLÜK denetiminin yapılmasına ihtiyaç vardır.

Sonuç olarak, önceki kararında Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'leri ile hiçbir şekilde kalıcı yasal değişiklik yapılamayacağı (geçici tedbir olma kıstasıyla) denetimi yaparken; bu denetimden vazgeçtiği geriye giden yaklaşımında dahi ölçülülük denetimi yapmaya karar vermiştir.

Cumhuriyet Halk Partisi'nin KHK'lerin yaşanmasından sonra, bizlerin de Ceza Hukuku yönünden katkı sunduğu madde-i mahsusa çalışması yaparak, yasanmış KHK'lerin kimi maddelerini Anayasa Mahkemesi'ne götürdüğünü ve Anayasa Mahkemesi'nce incelemenin sürdüğünü de hatırlatalım.

OHAL KHK'leri ile yasal değişiklik yapma sorununa devam edelim...

Öğreti konuyu şöyle tartışmıştır: “15 Temmuz darbe teşebbüsüyle ve keza bu darbe teşebbüsünün arkasında yer alan “Fethullahçı Terör Örgütü (FETÖ)” ile ilişkisi olmayan bir KHK düzenlemesi Anayasamıza aykırıdır. Çünkü Anayasamız (m. 121/son), Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna herhangi bir konuda değil, sadece ve sadece “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda” olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi vermektedir.”^[15]

Venedik Komisyonu Raporunda da bu durum şu şekilde kayıt düşülerek ifade edilmiştir: “Anayasa Hükümete oldukça geniş olağanüstü hâl yetkileri tanıyabilmektedir. Bununla birlikte bu yetkiler sınırsız olamaz; aksi takdirde Anayasa bir kendi kendini ortadan kaldırma mekanizması içermiş ve erkelerin ayrılığı rejimi yerini yürütme organının pervasız iktidarı almış olacaktır... , nitekim modern anayasaların çoğunda, hükümetin temel yapısal niteliklerine olağanüstü halde dahi müdahale edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Hükümetin yeni kalıcı yetkileri ya da diğer bileşen organların yetkilerinde, bileşiminde ya da işleyiş esaslarında kalıcı bir değişiklik öngören yeni düzenlemeler kaynağını kanun hükmünde kararnamelerden almamalıdır.”^[16]

Oysa yapısal (genel) tedbirler söz konusu olduğunda ise olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin hükümleri, olağanüstü halin sona ermesiyle birlikte hukuki geçerliliğini yitirmelidir. Bu gibi kanun hükmünde kararnamelerle mevzuatta kalıcı değişiklikler yapılmamalı, kalıcı değişiklikler olağan mevzuata bırakılmalıdır. Bu durum, etkili hukuk yollarının varoluşu açısından özellikle önemlidir: hukuk yolu sağlayan usullerin boyutları değiştirilebilir ancak etkili hukuk yolları tamamen uygulamadan kaldırılamaz. Hükümetin, eylemlerinin yargısal denetimini dışarıda bırakmasına veya böyle bir denetimi etkisiz kılabilmek için iç tüzüğü değiştirmesine izin verilmemelidir. Aynı ölçüde Hükümet, diğer bağımsız Devlet kurumlarının konumunu zayıflatan, yapılarını, işleyiş ilkelerini vs. değiştiren kurallar da koyabiliyor olmamalıdır.”^[17]

[15] Kemal Gözler, 15 Temmuz Kararnameleri, Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme, <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf>, s. 10.

[16] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 8

[17] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 19.

“Kanun hükmünde kararnameler, yapısal bir niteliği olduğu ve kurumların statü ve işleyişlerini veya olağan iç tüzüğü etkilediği görünen mevcut düzenlemelere de birtakım değişiklikler getirmiştir. Kanun hükmünde kararnamelerin getirdiği bazı tedbirler açıkça geçici olmasına rağmen, diğer tedbirler mevcut mevzuatta değişiklik yapmakta olup kanun hükmünde kararnamelerde bu tedbirlerin, olağanüstü halin bitmesinden sonra geçerliliğini yitireceği belirtilmemektedir. Nitekim resmi makamlar bu tedbirleri mevzuatta kalıcı olarak tutma eğilimindedirler.”^[18]

“Tüm bunlar göstermektedir ki, bu gibi tedbirleri getiren olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesinin Meclis tarafından onaylanmasıyla sonradan hukuken (*de jure*) kalıcı hale getirilebilecek bazı olağanüstü tedbirlerin fiili (*de facto*) olarak “kalıcılaşma” riski bulunmaktadır. Bu da Venedik Komisyonunun gözünde demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün tehdit altında olması demektir. Yukarıda da vurgulandığı üzere mevzuatta yapılan kalıcı değişiklikler, olağanüstü hâl rejimi çerçevesinde yürürlüğe sokulmamalıdır.”^[19]

Görüleceği üzere pozitif/normatif olarak OHAL gerek Anayasa gerekse AİHS'e göre sıkı ve zorunlu koşulları olan bir tedbirdir, kısa süreli bir istisna olması gerekir. OHAL'de temel hak ve özgürlükler kısıtlanabilmekte, yasama yetkisi fiilen Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kuruluna devredilmekte, Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) yoluyla yerleşik kanun maddeleri değiştirilmekte ve OHAL KHK'lerine Anayasa Yargısı denetimi kapatılmaktadır.

VI. TÜM BU ANAYASA YARGISI, İNSAN HAKLARI YARGISI KARARLARINA VE İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ/ PRENSİPLERİNE, AVRUPA KONSEYİ VE BM KONSEYİ İLKE VE RAPORLARINA RAĞMEN, 2 YILLIK TÜRKİYE 15 TEMMUZ OHAL'İNDE NELER OLDU?

Ülke geneli bakımından da, olağanüstü halin (OHAL) ilan edildiği 20 Temmuz 2016 tarihinden bugüne toplam 1194 maddeden oluşan 30 adet OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi (KHK) yayınlandı ve bunlarla mevzuat alanında toplam 1000 maddenin üzerinde yeni düzenleme yapıldı.^[20]

[18] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 20.

[19] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 34.

[20] Yasalarda kalıcı değişiklik yapan KHK'ları ve değişen yasa maddelerini gösterir TABLO, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciligi'nce hazırlanan “Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri” raporundan görülebilir, s. 104-118 (<https://tr.boell.org/tr/2018/01/10/olaganlasan-ohal-khklerin-yasal-mevzuat-uezerindeki-etkileri>)

Çoğunluğu OHAL'in ilan ediliş nedenleriyle ilişkili olmayan bu düzenlemelerle, milli savunma ve iç güvenlikten yargı ve personel rejimine, ekonomi ve sosyal güvenlikle idari yapıya, eğitim ve sağlığa kadar birçok alanda devlet-toplum ilişkilerini yeniden yapılandırmayı amaçlayan değişikliklere gidildi.

Hukuksal ve Yargısal tüm denetim mekanizmalarının devre dışı kaldığı, Anayasanın ihlal edilebildiği, ceza usul rejiminin keyfileştiği, 30 günlük gözaltı sürelerinin normalleştiği (daha sonra bu süre azami 14 güne indirilmiştir), savunma haklarının kısıtlandığı, idari soruşturmaların ve cezaların kuralılaşması OHAL uygulamasının, koşulları da ortadan kalkmış olmasına rağmen ve keyfi olarak uzatılması, AİHS ve Anayasa'da yasaklanan "Sözleşme 'de öngörülmemiş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmama" ilkesinin ve AİHS'in "Olağanüstü hallerde askıya alma" koşulu olan "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçü" kriterinin açıkça ihlali olmuştur. Tüm bu hukuk üstü olağanüstü süreç, savunma hakkına ve avukatlık mesleğine dönük onlarca yasaya aykırı uygulama ve düzenleme, adil yargılanma hakkı ve bunun onlarca usul kuralına dair anayasa ve yasaya aykırılık, derogasyon yasağı altındaki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" (nullum crimen nulla poena sine lege) ilkesinin fiilen askıya alınması, uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri, avukatın görüşme ve sır saklama hak ve yükümlünün ihlalleri, savunma dokunulmazlığının yok edilmesi ve avukatların müvekkilleriyle özdeşleştirilmeleri; gözaltı, tutuklama, muhakeme ve infaz rejiminde politik süjelere bambaşka bir hukuk rejimi özgülenmesi ve külli olarak ikili hukuk sistemi içerisinde insan hakları ihlalleriyle dolu bir sistem inşasına kadar ulaşmıştır. Böylece Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bağitlanan koşullarına aykırı olarak ilan edilen ve uzatılan OHAL, temel hakların süresiz kısıtlanmasına sebep olan, demokrasi dışı bir kanunsuz ceza hukuku rejimi de yaratmış olmaktadır.

Yasal mevzuattaki pek çok önemli değişikliklerin yanı sıra, OHAL KHK'leri ile herhangi bir yargı kararına gerek duyulmaksızın, kamu çalışanlarına, dernek ve vakıflara, medya kuruluşlarına, şirketlere ve belediyelere yönelik, ihraç, kapatma, mal varlıklarına el koyma ve kayyım atama gibi çeşitli ağır tedbirler uygulanmıştır. 20 ayı aşkın bir süredir devam eden ve süresi altı defa uzatılan OHAL süresince 115.516 kamu çalışanı için ömür boyu kamu görevinden ihraç kararı verilmiştir. 24 Aralık 2017 tarihi itibarıyla 117 üniversiteden, 5822 akademisyen ihraç edilmiştir.

"OHAL KHK'leriyle alınan tedbirlere karşı yargı yolu kapatılırken, haklarında işlem tesis edilen gerçek ve tüzel kişilerin itiraz edebileceği tek merci olarak, 685 sayılı KHK ile OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. 22 Mayıs 2017'de göreve başlayan komisyona bugüne kadar 102 binin üzerinde başvuru yapılmıştır. **Bugüne kadar çıkarılan KHK'lerle 49 özel sağlık kuruluşu, özel**

öğrenci yurtları ve pansiyonları da dahil olmak üzere 2271 özel öğretim kurum ve kuruluşları, 146 vakıf ve 1427 dernek, 15 vakıf yükseköğretim kuruluşu ve 19 sendika kapatılmıştır. KHK’ler eliyle kapatılan gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları ile özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sayısı ise, 24 Aralık 2017 tarihi itibarıyla, kapatılma kararları kaldırılan 26 adedi hariç, toplam 148’e ulaşmıştır. Kapatılan medya ve basın kuruluşlarının 71’i özel radyo ve televizyon, 77’si ise gazete, dergi, yayınevi, dağıtım kanalından oluşmaktaydı.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Temmuz-Eylül 2017 dönemini kapsayan Üç Aylık Raporuna göre aktif büyüklüğü 47 milyar TL’ye yaklaşan toplam 1022 şirket ve ticari işletmeye kayıım atanmıştır. Bu işletmelerde istihdam edilen çalışan sayısı yaklaşık 49.928 kişidir.^[21]

VII. OHAL KHK’LERİ MECLİS DENETİMİNDEN KAÇIRILDI, SÜRESİ İÇİNDE YASANMADI VE ÖLÜ DOĞDU

Olağanüstü Halin ilan edildiği 20 Temmuz 2016 tarihinden bu yana 30 adet Kanun Hükmünde Kararname yayınlandı. Bu kararnamelerin hiçbirisi süresi içinde TBMM Genel Kurulunda görüşülerek kanunlaştırılmadı. 9 Mart günü resmî gazetede yayımlanan KHK’lerin yasalasma ilanı ise, hiçbir yasama tekniği, parlamento görüşmesi-tartışması, lehte aleyhte söz hakkı verilmeden şeklen “yasa”laştı”. Diğer bir deyişle gerek ilk 5 KHK gerekse bir buçuk yılı aşkın yasama süresi geciktirilen sonraki 25 KHK, yasanmadan yasalastırıldı. Yasalaştırılanların Tüm bu KHK’ları, çıkarıldıkları ve yasalastıkları tarihleri ve gösterir tablo şöyledir:

KHK Sayısı	Yayımlandığı R.G. Tarihi	Kanun Numarası	Yayımlandığı R.G. Tarihi
667 Sayılı KHK	23.07.2016	6749 S. Kanun	29.10.2016
668 Sayılı KHK	27.07.2016 2.M	6755 S. Kanun	24.11.2016
669 Sayılı KHK	31.07.2016	6756 S. Kanun	24.11.2016
670 Sayılı KHK	17.08.2016	7091 S. Kanun	08.03.2018 1.M
671 Sayılı KHK	17.08.2016	6757 S. Kanun	24.11.2016
672 Sayılı KHK	01.09.2016 1.M	7080 S. Kanun	08.03.2018 1.M
673 Sayılı KHK	01.09.2016 2.M	7081 S. Kanun	08.03.2018 1.M
674 Sayılı KHK	01.09.2016 2.M	6758 S. Kanun	24.11.2016
675 Sayılı KHK	29.10.2016	7082 S. Kanun	08.03.2018 1.M
676 Sayılı KHK	29.10.2016	7070 S. Kanun	08.03.2018 1.M
677 Sayılı KHK	22.11.2016	7083 S. Kanun	08.03.2018 1.M
678 Sayılı KHK	22.11.2016	7071 S. Kanun	08.03.2018 1.M
679 Sayılı KHK	06.01.2017 1.M	7084 S. Kanun	08.03.2018 1.M
680 Sayılı KHK	06.01.2017 1.M	7072 S. Kanun	08.03.2018 1.M
681 Sayılı KHK	06.01.2017 1.M	7073 S. Kanun	08.03.2018 1.M
682 Sayılı KHK	23.01.2017	7068 S. Kanun	08.03.2018 1.M

[21] “Olağanlaşan OHAL: KHK’ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri”, aynı yerde.

683 Sayılı KHK	23.01.2017	7085 S. Kanun	08.03.2018 1.M
684 Sayılı KHK	23.01.2017	7074 S. Kanun	08.03.2018 1.M
685 Sayılı KHK	23.01.2017	7075 S. Kanun	08.03.2018 1.M
686 Sayılı KHK	07.02.2017 1.M	7086 S. Kanun	08.03.2018 1.M
687 Sayılı KHK	09.02.2017	7076 S. Kanun	08.03.2018 1.M
688 Sayılı KHK	29.03.2017 1.M	7087 S. Kanun	08.03.2018 1.M
689 Sayılı KHK	29.04.2017 1.M	7088 S. Kanun	08.03.2018 1.M
690 Sayılı KHK	29.04.2017 1.M	7077 S. Kanun	08.03.2018 1.M
691 Sayılı KHK	22.06.2017 2.M	7069 S. Kanun	08.03.2018 1.M
692 Sayılı KHK	14.07.2017 1.M	7089 S. Kanun	08.03.2018 1.M
693 Sayılı KHK	25.08.2017	7090 S. Kanun	08.03.2018 1.M
694 Sayılı KHK	25.08.2017	7078 S. Kanun	08.03.2018 1.M
695 Sayılı KHK	24.12.2017	7092 S. Kanun	08.03.2018 1.M
696 Sayılı KHK	24.12.2017	7079 S. Kanun	08.03.2018 1.M
697 Sayılı KHK	12.01.2018	7098 S. Kanun	08.03.2018 1.M
701 Sayılı KHK	08.07.2018	7150 S. Kanun	03.11.2018 1. M

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 121. maddesi 3. Fıkrası şöyledir:

“Olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.”

“Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 128. maddesi ise şöyledir: “Anayasanın 121 ve 122nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır.”

“Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.”

Tablodan görüleceği üzere, hiçbir KHK'de bu süre kuralına uyulmamıştır. Açık bir Anayasa ihlaliyle KHK'lar meclis denetiminden kaçırılmış ve yasanmamış, yasanmamış KHK'lar ile yasalar kalıcı olarak değiştirilmiştir.

Bunun bir diğer önemli sonucu şudur: Yasamadan geçmeyen KHK, Anayasa Mahkemesince de denetlenmemiştir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz gibi Türk Anayasa Mahkemesi bu yönde (OHAL KHK'sını denetlememe yönünde) karar vermiştir. Böylece KHK'lar, Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden de kaçırılmıştır.

Bu duruma, henüz 2016 Aralık ayında Türkiye OHAL'i hakkında rapor hazırlayan Venedik Komisyonu raporunda şöyle ifade edilmişti:

Venedik Komisyonu, bu durumun Anayasa ve İktüzükle açıkça uyumsuz olduğu inancını taşımaktadır. Anayasa'da geçen "derhal" ibaresi, sadece olağanüstü halin ilanının onaylanması konusunda kullanılmasına rağmen Anayasa ve İktüzük, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin incelenmesini de açıkça ivedilik gerektiren bir husus olarak görmektedir.

"Olağanüstü hâl tahmininin "yürütme yetkisi için süre" olduğuna dair ortak kaniya rağmen çağdaş anayasacılık, bu süreçteki düzenlemelerin Meclisin rolünü teminat altına almasını öngörmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini, Türkiye Büyük Millet Meclisinin *geriye dönük (ex post)* denetimi altına sokmaktadır. Böyle bir denetim etkin olmalıdır; olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin çıkarılmasıyla bunların Meclis tarafından incelenmesi arasındaki uzun gecikme, söz konusu tedbirlerin, meclis denetimi olmaksızın, o süreç içinde tek taraflı olarak uygulandığı anlamına gelir. Ayrıca bahsi geçen durumda olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin zamanında denetlenemiyor olması çok daha tartışmalı bir durumdur. Çünkü inceleme kapsamındaki süre esnasında kanun hükmünde kararnamelerle ilgili yargı denetimi gerçekleşmemiştir ve Anayasa Mahkemesi de olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini, sadece bir defa yasalarca onaylandıktan sonra *soyut (in abstracto)* olarak görebilmektedir."^[22]

"Meclis kontrolü söz konusu olduğunda Venedik Komisyonunun da yukarıda gözlemlediği üzere iki ayı aşkın bir süre boyunca Meclis, *belirli* kanun hükmünde kararnameler üzerindeki denetim hakkını kullanmamıştır. Meclis, Ekim 2016'da görevine yeniden başladıktan sonra bile olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin gözden geçirilmesiyle ilgili 30 günlük süreye tam olarak uymamıştır."^[23]

Komisyonun o tarihte dikkat çektiği 2 aylık gecikme, bazı KHK'lar açısından bir buçuk yılı aşkın gecikme haline tekabül etmektedir.

Hukuk sosyolojisi terminolojisi buna *ölü kanun (lex mortuis)* demektedir.

OHAL hükümetinin, son derece irrasyonel ve kuralsız KHK'larının, yasaları da değiştirdiği halde, OHAL boyunca bunların denetlenmemesini sağlamak üzere Meclise getirmediği görülmektedir.

Çok büyük bir Anayasa Hukuku gaspına, bir "anayasasızlık" devletine delalet eden bu pratik, hem OHAL rejim inşasına hem de sonraki yerleşik gizli OHAL sürecinin inşasına dair de bir "hukuk pratiği" idi esasen. Süresinde yasanmayan,

[22] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 13.

[23] Venedik Komisyonu, a.g.y., s. 40.

bir buçuk yıl yasanma süresi aşan KHK'ler ile tüm yasal mevzuatın değiştirilmesi... Oysa bu KHK'lerin süresinde yasanmaması onu mülga hale getirmeliydi. Anayasa mahkemesine yalnızca bu talepli bir başvuru dahi yapılmaması, toplumsal/hukuksal muhalefet grupları bakımından da bir zayıflığa tekabül eder. Biz toplumcu avukatlar, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular yoluyla yukarıdaki “zımnın ilga” tespitleri çıkarmayı önerdik iki yıl boyunca. Ancak bunun kolektif ya da kurumsal bir örgütlenmesi sağlanamadı. Bu noktayı, yazının sınırları bakımından bu kadarla geçelim.

VIII. İHLÂLLER

Uygulamaları ve sonuçları anlatılan Türkiye OHAL'i, öncelikle ve en temel olarak İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü ve Hukuk Devleti (AİHS m. 1) ilkelerini topyekûn ihlal etmiştir.

1. OHAL Rejimi İle Yaşam Hakkı İhlâl Edilmiştir.

KHK ekli listeleri yoluyla kamu görevinden ihraç edilen on binlerce insan, yeniden kamu görevine dönme hakları, maaşları ve emeklilik hakları ellerinden alınarak ve birçoğunun mülkiyet haklarına da (evleri, arabaları, bankalardaki paraları) el konularak MEDENİ ÖLÜMLERE^[24] (*civiliter mortuus*) sebep olunmuştur.

Sivil ölüm uygulamalarıyla ilgili literatür büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarının etkisinde şekillenmektedir. Bu alandaki en bilinen kararlar Ülke v. Turkey 2006, Ercep v. Turkey 2011, Savda v. Turkey 2012 sivil ölüm kavramına gönderme yaparak karara bağlamıştır.

Ayrıca OHAL müeyyideleri sebebiyle gerçekleşen intiharları da Yaşam Hakkı ihlali kapsamında saymak gerekir.

“15 Temmuz'daki kalkışmanın ardından yürütülen soruşturmalar kapsamında hakkında işlem yapılan kişiler ya da yakınlarından en az 35 kişi intihar etti. 4 kişi de intihar girişiminde bulundu. İntiharlar ve intihar girişimlerinden 8'i cezaevlerinde, gözaltında ya da gözaltına alınırken gerçekleşti.”^[25] Bu kapsamda

[24] Sivil Ölüm/Medeni Ölüm kavramı konusunda bkz: ALTIPARMAK, Kerem, OHAL KHK'leri Sivil Ölüm mü? <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek>

[25] CHP OHAL raporundan, <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39745716>

hem yaşam hakkını hem de diğer insan haklarını olabildiğinde etkili şekilde uygulamak, AİHM'in yerleşik yaklaşımıdır.^[26]

AİHM, AİHS'nin 2. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesinin devletlere iç hukuki düzende kendi yargısına tabi kişileri üçüncü kişilerin eylemlerine ya da gerektiğinde kendi eylemlerine karşı korumak amacıyla gerekli tüm tedbirleri almaları yönünde pozitif yükümlülük getirdiğini hatırlatmaktadır.

Devletin yaşam hakkına ilişkin sorumluluğunun kapsamı, kamusal ajanlar tarafından keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakmanın önlenmesinin ötesine geçmektedir. AİHS m. 2'yi m. 1 ile birlikte okuyan AİHM, devletin yaşam hakkından kaynaklanan bazı pozitif yükümlülükleri olduğunu da saptamıştır. Mahkeme, AİHS m. 2'de yer alan "Herkesin yaşam hakkı yasa tarafından korunacaktır" ibaresinin, devletleri sadece hayata keyfi ve hukuka aykırı olarak son vermekten kaçınmayı değil; kişilerin hayatlarını koruyacak gerekli adımları atma yükümlülüğünü de içerdiği kararını vermiştir.

Pozitif yükümlülükler devletlerin, kişilerin yaşamına yönelik tehditlere karşı etkili, yasal ve idari önlemleri almasını zorunlu kılar. Bu önlemler, yaşama yönelik tehditleri caydıracak etkililikte olmalıdır.^[27]

"Devletin, bireylerin yaşamını, öngörülebilecek her türlü tehdide karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletin yürütme yükümlülüğü altında olduğu bir soruşturmanın temel amacı, kamusal niteliği haiz kişi ya da organların sorumluluğundaki vakalara ilişkin olarak, yaşam hakkını koruyan iç hukuk normlarının, etkili bir şekilde uygulanmasının güvence altına alınmasıdır" (Anguelova v. Bulgaria, Başvuru no. 38361/97, 13/06/2002).

Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvuru kararlarından görülebilecek görüşüne göre, kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin

[26] Bkz. *Uçar v. Turkey*, no. 52392/99, § 102, 11 April 2006.

[27] Örneğin bkz., *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, 87/1997/871/1083, 28/10/1998; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, 46477/99, 14/03/2002; *İlhan v. Turkey* [GC], Application no. 22277/93, 27/06/2000; *Kılıç v. Turkey*, Application no. 22492/93, 28/03/2000; *Mahmut Kaya v. Turkey*, Application no. 22535/93, 28/03/2000.

kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. (B. No:2012/752, 17/9/2013, § 50-51 ve B. No: 2012/850, 7/11/2013, § 47).

Anayasa'nın 17. maddesi, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda; devlete, öncelikle elindeki tüm imkanları kullanarak, yaşam hakkını koruma esas yükümlülüğünü vermektedir. (B. No:2012/752, 17/9/2013, § 52-53).

2. Örgütlenme Özgürlüğü (AİHS m. 11) İhlal Edilmiştir

“Örgütlenme Özgürlüğü bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korur”^[28]

“Geçici temaslar bir örgüt kurmak için yeterli değildir, örgütsel bir yapı kurma isteğiyle çaba göstermeyi gerektirir. Bu maddedeki hak örgüt kurma hakkıyla sınırlı değildir, örgütün yaşamını sürdürmesi, örgütün etkili bir şekilde işleyebilmesi için ifade özgürlüğünü kullanmasını da kapsar”^[29]. “Bu hakkın kullanılmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale bulunup bulunmadığı incelenmelidir”^[30]

Mahkeme, sözleşmenin 11. maddesini sendikalara olduğu gibi, siyasi partilere de uygulamıştır.^[31]

OHAL ve OHAL yasakları sebebiyle, partilerin, sendikaların, derneklerin örgütlenme özgürlüğü, ihlal edilmiştir. Bazı siyasi partiler seçimlere sokulmamış, seçimlere sokulmayan partilerin Anayasa Referandumu sürecinde bilgilendirme broşürlerini dağıtmalarına dahi izin verilmemiştir. Sendikalar ve dernekler “teröre iltisak” gerekçesiyle külli olarak kapatılmıştır. Salt bazı yönetici ve üyeleri sebebiyle Yargıçlar ve Savcılar Birliği derneği (YARSAV) ve 40 yıllık bir hukukçu örgütlenmesi olan Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD) kapatılmıştır. Sadece sendikalara üye olduğu için kamu görevinden ihraç edilen binlerce insan vardır.

Diğer yandan, “bir yasa özel bir uygulama işlemi bulunmaması halinde bile bireyi doğrudan etkiliyorsa, o yasanın kendisi bireyin haklarını ihlal edebilir” (Klass ve diğerleri, 33, agy., s. 437). Bu durumda Yasa ya da Yasa gücünde

[28] Prof. Dr. Osman DOĞRU, Dr. Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Cilt 2, s. 436.

[29] Osman Doğru, a.g.y., s. 437.

[30] Aynı yerde.

[31] Sidiropoulos ve diğerleri, 31, agy., s. 437.

kararnameye yahut yasama organından çıkmış kararlara da bu içtihat uygulanmalıdır. O halde, yasama organının çıkardığı bir yasa, örgütlenme özgürlüğünden potansiyel olarak yararlanacak kişilerin bu özgürlüğü kullanmalarına bir müdahale oluşturabilir.”^[32]

3. İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) İhlâl Edilmiştir.

“Görüşe sahip olma özgürlüğü, bir kimsenin herhangi bir endişeye kapılmadan, bir fikre sahip olması ve bunu ifade edebilmesidir.^[33] Diğer yandan “gösteride bulunmak, gösteriye katılmak, bildiri dağıtmak gibi eylemler de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Chorherr-Avusturya davasında Mahkeme, bildiri dağıtan bir göstericinin gözaltına alınması işlemi 10. madde altında işlemiştir” (aynı yerde).

Ülkemizde ise hem de jure hem bunun psikolojisiyle de facto OHAL uygulamasında, bildiri dağıtanlar, basın açıklamaları yapanlar, gazeteciler, yazarlar gibi ifade özgürlüğünü kullananlar tutuklanmıştır. Bunun geldiği noktada hukuki fiili ve siyasi sebebi OHAL düzenlemeleri ve ötesindeki OHAL atmosferi olmuştur.

İçeriğinde herhangi bir terör örgütünü öven ifade bulunmayan ve aksi görüşe irrasyoneliteden başka mana veremeyeceğimiz bir bildiriye imza atan yetişmiş binlerce akademisyen kamu görevinden süresiz olarak geri çıkarıldılar.

Bu minvalde, Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Başkanlık Anayasası'nın oylanıldığı ve sonuçları halen tartışmalı olan referandum sürecine ilişkin olarak çıkarılan broşürün dağıtımına da OHAL sürecinde pek çok engel çıkarılmıştır. Broşürün Ankara sokaklarında dağıtılmasına kolluk güçlerince izin verilmemiş, gerekçe olarak da OHAL gösterilmiştir. Böylece Ankara Barosunun ifade özgürlüğü de engellenmiştir.

OHAL'deki OHAL valilikleri yasaklamalarıyla, bir bütün olarak toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı'nın da ihlâl edildiği söylenmelidir. Yalnızca Ankara Valiliğinin OHAL toplantı yasaklarına bazı örnekler şöyledir:

- **10 Ocak 2017 Tarihli Yasak:** 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamında yol, meydan, cadde, sokak, park gibi umuma açık alanlarda yapılacak her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşleri, umuma açık alanlarda düzenlenecek oyun, temsil, açıklama ve çeşitli şekillerdeki gösteriler ile basın açıklamaları ve kamusal alanlarda stant açılmasının **30 gün** yasaklanması

[32] Osman Doğru, a.g.y., s. 437.

[33] Osman Doğru, a.g.y., s. 183.

- **26 Mayıs 2017 Tarihli Yasak:** Ankara ili genelindeki cadde ve sokaklarda güneşin batımından sonra ateş yakmak suretiyle eylem yapılması, yüksek sesle çevreyi rahatsız edici şekilde şarkı, türkü, marş vb. sloganlar atmak suretiyle toplantı, basın açıklaması vb. her ne suretle olursa olsun eylem yapılması, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11/m maddesi hükümleri kapsamında **süresiz** yasaklanmıştır.
- **2 Ağustos 2017 Tarihli Yasak:** Ankara genelinde park, bahçe ve umuma açık alanlarda, 2017 Ağustos ayı boyunca açlık grevi, oturma eylemi, anma toplantısı, konser ve bu gibi toplu etkinlikler; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/c maddesine göre ilimiz sınırları içerisinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyet kamu esenliğinin sağlanması amacıyla, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11/m maddesi hükümleri doğrultusunda **süresiz** yasaklanmıştır.
- **2 Kasım 2017 Tarihli Yasak:** Ankara genelinde park, bahçe ve umuma açık alanlarda 1 Kasım 2017 tarihinden itibaren **üç (3) ay süreyle** açlık grevi, oturma eylemi, anma toplantısı, konser vb. toplu etkinlikler; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/c maddesine göre ilimiz sınırları içerisinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyet, kamu esenliğinin sağlanması amacıyla 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11/m maddesi hükümleri doğrultusunda yasaklanmıştır.
- **7 Aralık 2017 Tarihli Yasak:** 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesine göre huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyet kamu esenliğinin sağlanması amacıyla, 2911 sayılı Toplantı Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17'nci maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11'nci maddesinin k bendi ile m bendi hükümleri doğrultusunda 07 Aralık 2017 tarihinde Ankara genelinde ve Nazım Hikmet Kültür Merkezinde düzenlenmek istenen "Söyleşi, Sarraf Davası, Off-shore belgeleri, Yolsuzluklar, Halk ne yapmalı?" konulu söyleşi/toplantı etkinliği organizasyonu yasaklanmıştır.

Formel olarak OHAL bitmiş olmasına rağmen, halen Ankara ilinde çok geniş merkezi bir alanda (Kızılay, Sakarya Caddesi, Yüksel Caddesi, Güvenpark, Sıhhiye, Abdi İpekçi Parkı) basın açıklaması yapmak dahi yasaktır. Ankara Emniyetine bağlı kolluk güçleri Ankara Adliyesi önünde, Ankara Barosunun yapmak istediği bir basın açıklamasına dahi izin vermemiştir.

4. Etkili Başvuru Hakkı (AİHM m. 13) İhlal Edilmiştir^[34]

AİHM'e göre etkili hukuk yolu hem teoride hem uygulamada bulunmalıdır. Bu yol:

- Etkili
- Yeterli,
- Erişilebilir olmalıdır.^[35]

“Yeterlilik kriterinin ise iki ölçütü vardır:

- i- Çözüm yolunu inceleyen makamın ihtilafın her alanını çözebilme yetkisi
- ii- Giderim sisteminin yeterli ölçüde tatmin edici olması.”^[36]

Stefanec-Çek Cumhuriyeti kararında AİHM, idari yaptırıma karşı başvuru anayasa yargısı yolunu dahi, mahkemenin sadece anayasaya uygunluk denetimi yaptığı ve uyuşmazlığı her yönüyle inceleme yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle yetersiz görmüş ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Etkili Başvuru Hakkı bağlamında bir diğer ve temel sorun, OHAL KHK'leri ile bu OHAL süresince çıkarılan KHK'ler kapsamında verilen karar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda Yürütmenin Durdurulmasına karar verilemeyeceğinin hükme bağlanmış olmasıdır (667 s. KHK m. 10, 668 s. KHK m. 38).

Başlı başına bu durum AİHM'e göre Etkili Başvuru Hakkı'nın İhlalidir.

“Etkili bir ulusal makam, sözleşmeye aykırılığı tartışmalı bir tedbirin uygulanmasının telafisi güç veya mümkün olmayan zararlar meydana getirmesi söz konusu olduğunda, bu tedbirlerin yürütmesini durdurabilme yetkisine sahip olmalıdır”.^[37]

Jabari/Türkiye kararında da AİHM, “tedbirin durdurulması” güvencesini Ankara İdare Mahkemesi sağlayamadığından, Etkili Hukuk Yoluna Başvurma Hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.^[38]

Üstelik, Anayasa Mahkemesi, 10/1/1991 tarih ve E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı kararıyla, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 33. maddesini değiştiren 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesindeki “**Yürütmenin**

[34] Erkan, Doğan, a.g.y., s. 39-41.

[35] Agy. s. 562.

[36] DOĞRU, Osman, a.g.y., s. 563.

[37] DOĞRU, Osman, a.g.y., s. 561.

[38] DOĞRU, Osman, a.g.y., s. 561-562.

Durdurulması Kararı Verilemeyeceği” hükmünü iptal etmiştir. OHAL hükümeti, Anayasa Mahkemesi’nin bu bağlayıcı iptal kararına rağmen aynı hükmü 667 ve 668 sayılı KHK’lerde ve tüm OHAL süreci boyunca ihdas edilen işlem ve kararlara, geleceğe de etkili olacak biçimde geçerli olmak üzere yeniden düzenleyerek, açık bir ANAYASA İHLALİNDE bulunmuştur.

5. Adil Yargılanma Hakkı OHAL’de topyekûn ihlâl edilmiştir.

Bütün bir ceza usul rejimi kalıcı olarak değiştirilmiş, savunma ve avukatlık yetkileri kısıtlanmış, gözaltı ve tutukluluk süreleri uzatılmış ve bu yöndeki mevzuat kalıcı olarak değiştirilmiş, kural olarak mahkemenin yargısal yetkisi altında olan tedbirlere hükmetme (arama, el koyma, teknik takip, yakalama kararı vb.) hususlarında savcılığa ve kolluğa çok geniş yetki devri yapılmış, yargılamada SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ yok edilmiş, Masumiyet Karinesi ortadan kalkmış ve sanıklara/şüphelilere düşman ceza hukuku uygulanmıştır.

Ülke genelinde milletvekilleri, gazeteciler, öğrenciler, düşünce suçları sebebiyle tutukludur. Özgürlük ve Güvenlik hakkı ihlal halindedir. Tutuklu yargılama istisna olmaktan çıkıp, kural haline gelmiştir. Öyle ki Anayasa Mahkemesi’nin haksız tutukluluk tespiti ve Özgürlük ve Güvenlik hakkı ihlali tespit ettiği gazeteciler bile, mahkeme üzerindeki siyasi baskıyla tahliye olmamıştır. Siyasal iktidarın baskısıyla yerel bir mahkeme Anayasa Mahkemesi kararına karşı TAM KANUNSUZLUK HALİNDE direnebilmştir.

OHAL KHK’ları ile değiştirilen ve insan hakları yönünden kalıcı olarak geriye götürülen ADİL YARGILANMA HAKKI ihlallerini göstermek üzere, bir ceza usul hukuku değişikliği listesi ile hangi maddelerin nasıl değiştirildiği listesi ve KHK rejimi ile değiştirilen yasal/anayasal düzenin bir eylemli Adil yargılanma hakkı ihlalleri toplamı oluşturduğunu aşağıdaki açıklamalarımızla ayrıca değineceğiz.

6. Kanunsuz Ceza Olmaz (Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi- Nullum crimen nulla poena Sine Lege) İlkesi Gerek KHK’ler İle Gerekse Ceza Soruşturmaları Süreciyle İhlal Edilmiştir.^[39]

- Bir bankada hesabı bulunmak,
- Bir dershanede öğrenci bulunmak,
- Bir yurttta kalmak,
- Bir sivil ya da askeri okulda öğrenci ya da öğretmen olmak,

[39] ERKAN, Doğan, a.g.y., s. 9-11.

- Bir şirkette çalışmak vb... Tüm bunlar yasaların suç saymadığı fiillerdir.^[40] Terör örgütü üyeliği ya da iltisakı, bu suç olmayan fiillerden kıyas yoluyla çıkarsama yapılamayacak bir kategoridir. Nitekim suç tipi nitelemesinin ve bu nitelermeye giden suçun unsurlarının kıyas yoluyla savlanması da ceza hukukunda “KIYAS YASAĞI” ile karşılaşır. Yasal olan bir eylemden yasal olmayan bir eyleme doğru sanık aleyhine akıl yürütmek ya da yasal suç tipinin yasakladığı eylemi, yasaklanmayan yasal eylemi de kapsayacak şekilde genişletmek, “kıyas yasağı” ve onun sonucu olan “genişletme yasağı” çerçevesinde mümkün değildir. Terör örgütü üyeliği suçu, çok daha ciddi ve somut suç araçları ve delillerinin mevcudiyetini ister. Aksi halde, bizatihi siyasi iktidarın yıllarca referans olduğu, iç içe olduğu bu kurumlardan hizmet alanlarda ya da buralarda ücretli emekçilik yapanlarda, bu etkinliklerinin suç oluşturmadığına dair güvenlerinin yok edilmesi sonucu çıkar. Bu aşamada “hukuki güvenlik” ve “öngörülebilirlik” ya da “belirginlik” ilkesi (AİHM kavramlaştırmasıyla Legal Certainty ilkesi) karşımıza çıkar.^[41] Bu başlığın ceza hukukundaki bir kapsamı da isnadın bilinmesi/isnadın bildirilmesi ilkelere dir. Süje, neyle suçlandığını ve suçunun kanuni bir suç tipi olduğunu bilmeli, isnadın delillerini görmeli ve

[40] Nitekim **Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 26.10.2017 tarihli kararında özetle;** “ilk derece mahkemesi” sıfatıyla 24.04.2017 tarih, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı başta olmak üzere, Dairece benimsenen ve istikrar kazanmış yargı kararlarında, örgüt üyesinden ne anlaşılması gerektiği, bu kapsamda örgüt üyesinin, örgütün amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olup verilecek görevleri yerine getirmeye hazır şekilde iradesini örgüt emrine terk eden kişi olduğu, örgüt üyesinin örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılması gerektiği, organik bağın ise, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik durumunu tespit eden bir bağ olarak üyeliğin en önemli unsuru olduğu, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi kapsamında verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tam bir teslimiyet duygusu ile yerine getirmeye hazır olup öylece ifa etmesi gerektiği, bu çerçevede silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak da süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin varlığının aranması gerektiği, bununla birlikte niteliği, işleniş şekli, gerçekleşen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özellikleri olmasa da sadece örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olarak kabulünün gerektiği, bu nedenle örgüte yalnızca sempati duymak (Türk Dil Kurumu’na göre birisini sevimli, cana yakın bulmak) veya örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak gibi fiillerin örgüt üyeliği için yeterli olmayacağına karar vermiştir.

[41] Legal Certainty ilkesinin tartışıldığı kararlarında AİHM, ancak bu şekilde Sözleşme’nin getirdiği “hukukilik standardı”nın karşılanabileceğini vurgulamıştır. “Sözleşme ’deki hukukilik standardı aynı zamanda bir **öngörülebilirlik** ölçütüdür. Başka bir anlatımla, keyfi tedbir uygulanması riskinin ortadan kalkması ve kişilerin olayın şartları içinde belirli bir davranışın sonuçlarını görebilmelerini sağlamak için, hukuk yeterince açık olmalıdır” (Steel ve Diğerleri, §54; Medvedyev ve Diğerleri, §80).

buradan kurulan muhakeme hukukuyla kendisine hukuka aykırı bir suçlama yapıldığı hissine kapılmamalıdır. Verili durumda ise, toplum, bizatihi yürütme organlarının cevaz verdiği olguların bir anda suç kategorisi olarak ilan edilmesini anlamlandıramaz, kavrayamaz. Bir bütün olarak toplumun hukuk inancı yok olur. Suç olarak nitelendirilmeyeceğine emin olduğu eylemler sebebiyle bir anda mesleğinden çıkarılmış, hapisanelere düşmüş bir toplumda hukuk güvenliği yok olur. Elde kalan ceza hukuku değil, “düşman ceza hukukudur.”^[42]

Sonuç olarak gerek yürütülen idari soruşturmalar gerek idari tasarruf niteliğindeki kurum kararları, gerek KHK ek’li listeleriyle görev ihraçları yönünden; gerekse cezai soruşturmalarda, bu yönüyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Oysa Anayasa ve AİHS, ceza hukukunun temeli olan bu ilkenin OHAL’de dahi ihlal edilemeyeceğini, buna aykırı idari ya da adli işlem ve eyleme cevaz verilemeyeceğini kurala bağlamıştır.

7. Adalete Erişim Hakkı İhlaline Dönük ve Yargısal Güvencelere Yönelik Düzenlemeler ile İhlaller

Adil Yargılanma başlığındaki anlatımımıza paralel olarak, Adalete Erişim Hakkını ihlâl eden ve/veya kalıcı mevzuat değiştiren KHK’ları da maddeleriyle birlikte ihlal sebebi saymak gerekir.

8. Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkı, Avukatlık Hak Ve Yetkileri Ve Ceza Usul Hakları İhlalleri^[43]

8.1. Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Avukatlık Mesleğinin İcrasına Yönelik Düzenlemeler

8.1.1. Müdafisiz Duruşmaya Devam Edilebilmesi

676 sayılı KHK’nın 5. maddesinin Ceza Muhakemesi Kanunu’na (CMK) yaptığı eklemeye, kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde, “müdafin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebileceği” düzenlendi.

[42] Alman ceza hukukçusu Prof. Dr. Günther Jakobs tarafından geliştirilen bir kavramsallaştırma.

[43] Bu bölüm, HeinrichBöllStiftung Türkiye Temsilciliği raporu aynı konulu sistematığı, başlıkları ve yorumları alınarak, yazarın görüşleriyle birlikte harmanlanarak oluşturulmuştur.

8.1.2. Duruşmada Avukatla Temsile Kısıtlama

676 sayılı KHK ile CMK'de, ceza yargılamasında sanığın adil yargılanma ve etkili savunma hakkını etkileyen bir dizi değişiklik yapıldı. İlk olarak, adı geçen KHK'nın 1. maddesiyle Kanun'un 149. maddesine yapılan eklemeyeyle, "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabileceği" hükme bağlandı. Böylece, maddenin eklemeden önceki halinde sadece soruşturma evresinde, şüphelinin ifadesi alınırken geçerli olan üç avukat sınırlaması, kovuşturma aşamasını da kapsayacak şekilde genişletildi.

8.1.3. Müdafilik Görevinden Yasaklama

676 sayılı KHK ikinci olarak CMK'da düzenlenen müdafilik görevinden yasaklamanın sınırlarını alabildiğine genişletti. (Müdafilikten yasaklama daha önce, 667 sayılı KHK'nın 6. maddesiyle de düzenlenmişti). Kanunun önceki halinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, silahlı örgüt kurma ve yönetme ile terör suçlarından tutuklu veya hükümlü olanların müdafiliğini üstlenen avukatların, kendileri hakkında da aynı suçlardan kovuşturma bulunması, yani dava açılmış olması halinde, bir yıl süre ile müdafilikten yasaklanabileceği ve bu sürenin, iki kez, en fazla altı ay süreyle uzatılabileceği düzenlenmişti. 676 sayılı KHK'nın 2. maddesi, avukatın müdafilikten yasaklanabilmesi için, hakkında ilgili suçlardan bir ceza soruşturması açılmış olmasını yeterli kıldı.

8.1.4. Soruşturma Safhasında Müdafiyile Görüşme Hakkına Sınırlama

676 sayılı KHK, şüphelinin avukatıyla görüşebilme hakkını da yeniden düzenledi. Daha önce 668 sayılı KHK, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen belirli suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlar ve örgüt kapsamında işlenen uyuşturucu imal ve ticareti suçları bakımından, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, gözaltına alınan kişinin avukatı ile görüşme hakkının hâkim kararıyla 5 güne kadar kısıtlanabileceğini düzenlemişti. 676 sayılı KHK'nın 3. maddesi ise, bu sürenin yirmi dört saat süreyle kısıtlanabileceğini ve bu sürede şüphelinin ifadesinin alınamayacağını hükme bağladı.

8.1.5. Cezaevinde Avukatla Görüşme Hakkına Sınırlama

676 sayılı KHK, cezaevinde avukatla görüşme hakkına da ciddi sınırlamalar getirdi. KHK'nın 6. maddesinin, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a yaptığı eklemeyeyle, TCK'da düzenlenen belirli suçlar ve TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinin

Cumhuriyet savcısının talebi ve infaz hâkiminin kararıyla üç ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebileceği, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla bir görevlinin görüşmede hazır bulundurulabileceği; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örneklerine, dosyalarına ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabileceği veya görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi hüküm altına alındı. Bu süre, üç aydan fazla olmamak şartıyla birden fazla kez uzatılabilecektir. Kanuna yapılan ek düzenleme, sürenin uzatılması yetkisine bir sınır getirmedir. Hükümlünün, terör örgütü veya diğer suç örgütlerini yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verdiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar ilettiğine dair bilgi, belge, bulgu elde edilmesi halinde görüşme sona erdirilerek, hükümlünün avukatıyla görüşmesi infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabilecektir. KHK ile, tüm bu tedbirlere aynı şekilde tutuklular hakkında da hükmedilebileceği düzenlendi. 667 sayılı OHAL KHK'sı benzer kısıtlamaları tutuklular bakımından zaten getirmişti. 676 sayılı KHK ise benzer sınırlamaları, hükümlüler bakımından da Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna eklemiştir.

9. Soruşturma Tedbirlerine Karar Verme Yetkisine Yönelik Düzenlemeler ve Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri

668 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ile toplu işlenen suçlar bakımından, soruşturmanın yürütülmesi sırasında Cumhuriyet savcısının ve kolluğun yetkileri ciddi ölçüde genişletildi; soruşturma tedbirleri üzerindeki yargısal denetim zayıflatıldı ve işlevsiz kılındı.

9.1. Savcılara Yakalama Kararı Verme Yetkisi Tanınması

KHK'nın 3(1)(a) maddesine göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılar yakalama emri düzenleyebilecektir. Oysa olağan hukuk rejiminde, soruşturma evresinde bir kişi hakkında yakalama emri (müzekkereli yakalama) verilmesi, ancak Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkimi kararıyla ve kişiye ulaşılamaması veya tebligat yapılamaması koşuluyla mümkündür.

9.2. El Koyma İşlemine Yönelik Yargısal Denetimin Zayıflatılması

KHK'nın 3(1)(h) maddesine göre, hâkim kararı olmaksızın el koyma işlemi yapıldığı takdirde, el koyma işlemi 5 gün içinde hâkim onayına sunulabilecek ve hâkim, kararını el koyma tarihinden 10 gün içinde açıklayabileceği düzenlendi. Oysa olağan hukuk rejiminde hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma

işleminin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması ve hâkimin de el koyma tarihinden 48 saat içinde kararını vermesi zorunlu tutulmuştur.

9.3. Arama ve El koyma Sırasındaki Güvencelerin Kaldırılması

668 sayılı KHK'nın 3(1)(e) maddesiyle birlikte, konutta, işyerinde veya kapalı alanlarda arama yapılabilmesi için komşulardan birinin bulunması yeterli sayıldı. Oysa olağan hukuk rejiminde komşulardan en az iki kişinin hazır bulunması kuralı söz konusudur. Yine askeri mahallerde, savcının katılımı olmaksızın, kolluk görevlileri tarafından arama ve el koyma işlemi yapılabilecek; avukat bürolarında da mahkeme kararı olmadan ve savcı katılımı olmaksızın kolluk tarafından arama ve el koyma yapılabilecek hale getirildi

Olağan hukuk rejiminde ise, avukat bürolarında arama ve el koyma yapılabilmesi ancak mahkeme kararıyla ve savcının refakati bulunması halinde mümkündür.

Ayrıca avukatın, el konulmak istenen eşyanın, müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu itirazını öne sürmesi halinde, bu eşyaya el konulması mümkün değildi. 688 sayılı KHK ile bu itiraz hakkı ve avukat-müvekkil ilişkisinin mahremiyetini korumaya yönelik güvence ortadan kaldırıldı ve itiraza rağmen eşyaya el konulması ve kolluk tarafından inceleme yapılması mümkün kılındı.

Ayrıca şüpheli veya sanık kişi ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler arasındaki mektup ve belgelere, belgelerin bu kişiler nezdinde bulunsa bile el konulabileceği düzenlendi. Olağan rejimde ise, söz konusu belgeler tanıklıktan çekilebilecek kişiler nezdinde bulunuyorsa bunlara el konulamıyordu.

9.4. Taşınmaz, Banka Hesabı ile Her Türlü Hak ve Alacaklara El Koymanın Koşullarının Yeniden Düzenlenmesi

KHK'nın 3(1)(ı) maddesiyle getirilen el koyma işlemlerine ilişkin bir diğer düzenleme ise, soruşturma ve kovuşturma aşamasında şüpheli veya sanığın işlediği suçlardan elde edilen veya suçun işlendiği taşınmaza, bankalardaki hesaplara ve her türlü hak ve alacaklara, ilgisine göre, BDDK, SPK, Mali Suçları Araştırma Müdürlüğü, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan alınması gereken rapor olmaksızın, doğrudan el konulabilmesidir.

KHK'ya göre, bu kararı vermeye ise sulh ceza hâkimliği yetkili kılındı. Oysa daha öncesinde, CMK madde 128/9'a göre bu tür el koymaya, ağır ceza mahkemesi ancak oybirliğiyle karar verebilir. OHAL sürecinde ise KHK ile bu usul ortadan kaldırıldı. KHK'nın 3(1)(ı) maddesiyle, gecikmesinde sakınca

bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da el koyma yetkisi tanındı. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği; hâkimin, kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklayacağı; aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı gibi bir güvence yine de düzenlendi.

Oysa olağan rejimde, soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulursa dahi Cumhuriyet savcısının el koyma emri vermesi mümkün değildir.

9.5. Kolluğa Belgeleri İnceleme Yetkisi Verilmesi

Yine 668 sayılı KHK'nın 3(1)(g) maddesi ile hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge ve kağıtlarının kolluk görevlileri tarafından incelenebilmesine imkân verildi. Olağan hukuk rejiminde ise bunların ancak savcı veya hâkim tarafından incelenmesi mümkündür.

9.6. Savcıya Bilgisayar Kayıtlarına El Koyma Yetkisi Tanınması

668 sayılı KHK'ya göre, şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve el koyma işlemlerine de, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmesi sağlandı.

Olağan rejimde ise, CMK madde 134/1 uyarınca bu işlemler ancak hâkim kararıyla yapılabilir. Savcının el koyma kararı, KHK'nın diğer el koyma işlemleri için de öngördüğü beş günlük süre içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklaması şartı burada da korundu.

9.7. Savcıya İletişimin Tespiti ve Dinlenmesi Kararı Verebilme Yetkisi Tanınması

668 sayılı KHK'nın 3(1)(k) maddesine göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebileceği düzenlendi. Kararın Cumhuriyet savcısı tarafından alınması halinde, bu karar beş gün içinde hâkimin onayına sunulacak ve hâkim, kararını beş gün içinde açıklayacak; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkacaktı. Olağan hukuk rejiminde ise, CMK madde 135/2 uyarınca bu karar ağır ceza mahkemesi ya da soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından verilebilir; fakat kararı savcı almış ise, bu kararın **derhâl** mahkeme onayına sunulması ve mahkemenin kararını

en geç 24 saat içinde açıklaması zorunlu tutulmuştur. Alınacak tedbire ise ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi gerekir.

668 sayılı KHK ile getirilen düzenlemeyle, olağanüstü hâl boyunca bir kişinin, sadece savcılık kararıyla, mahkeme kararı olmaksızın 10 gün boyunca dinlenmesi mümkün kılındı.

9.8. Savcıya Gizli Soruşturmacı Görevlendirme ve Teknik Araçlarla İzleme Kararı Verme Yetkisi Tanınması

668 sayılı KHK'nın 3(1)(k) maddesiyle savcıya aynı zamanda gizli soruşturmacı Görevlendirme ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine karar verebilme yetkisi de tanındı.

Oysa CMK'ye göre bu tedbirlere, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, ancak ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, gecikmede sakınca bulunması şartına bağlı olarak böyle bir tedbire karar veremez.

KHK'da, tedbire savcının karar vermesi halinde, kararın 5 gün içinde hâkim onayına sunulacağı ve hâkimin kararını 5 gün içinde vereceği düzenlendi.

Son olarak, 668 sayılı KHK'nın 3(1)(n) maddesinde, Cumhuriyet savcısının soruşturma sırasında bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde, soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkiminden de karar alabileceği düzenlendi ve cumhuriyet başsavcılıklarına, soruşturmanın gerekli kılması halinde, yargı çevresi içindeki mülki idare amirliklerinden bina, araç, gereç ve personel talebinde bulunma yetkisi tanındı.

10. Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği ve Doğrudan Doğruluk İlkesine Yönelik Düzenlemeler

10.1. Avukatın Dosya İçeriğini İnceleme ve Örnek Alma Hakkının Kısıtlanması

Olağanüstü hal kapsamında çıkarılan 668 sayılı KHK'nın 3(l) maddesi, avukatın dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin, ceza soruşturmasının amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabileceğini düzenledi.

CMK madde 153/2'ye göre kısıtlama kararı vermeye, savcının istemi üzerine sulh ceza hâkimi yetkili kılınmışken, 668 sayılı KHK bu yetkiyi doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısına verdi.

Tanık Dinletme Hakkına Sınırlama

676 sayılı KHK'nın 4. maddesiyle Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin duruşmada dinlenmesi talebinin hâkim tarafından reddedilebileceği düzenlendi. Kanun önceden, tanık veya uzman kişinin çağrılması talebinin reddedilmesi halinde, sanığa veya katılana bu kişiyi mahkemeye getirme imkânı tanır ve getirilen kişinin duruşmada dinlenmesini zorunlu tutarken; KHK ile ilgili maddeye eklenen cümleyle, hâkime *davayı uzatmak amacıyla yapılan talepleri reddetme* yetkisi verildi.

10.2. Tanığı Sorguya Çekme Hakkına Sınırlama

694 sayılı KHK ise 142. maddesiyle, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlilerinin tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da diğer bir deyişle sanık ve avukatının yokluğunda da dinlenebileceğini veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenebileceğini düzenledi. Böylece, gizli soruşturmacı duruşma sırasında sanık ve avukatı hazır olmadan da gizli tanık olarak dinlenebilecek hale geldi.

10.3. Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkına Sınırlama

694 sayılı KHK'nın 147. maddesi, CMK'nin 196. maddesine yaptığı eklemeye, mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, sanığın sorgusunun duruşmaya getirilmeksizin, görüntülü ve sesli iletişim teknikleri kullanılarak da yapılabileceğini düzenledi.

CMK madde 193'te güvenceye alınan duruşmada hazır bulunma hakkı, savunma hakkının da en önemli unsurlarından birini oluşturur. KHK ile mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanınarak sanığın duruşmaya getirilmemesine karar verme yetkisi verilmesi, sanığın adil yargılanma hakkını zedeler niteliktedir.

10.4. Hükmün Müdafî Yokluğunda Açıklanabilmesi

694 sayılı KHK'nın 148. maddesi, CMK madde 216'ya yaptığı eklemeye, hükmün verilmesi aşmasında, "zorunlu müdafinin hazır bulunmamasının hükmün açıklanmasına engel oluşturmayacağını" düzenledi. Böylece zorunlu müdafî duruşmada bulunmasa dahi, hüküm sanığın yüzüne karşı verildiyse tefhim edilmiş sayılacak ve hükme karşı başvurulacak kanun yolu süresi işlemeye başlayacaktır.

11. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına Yönelik Düzenlemeler ve Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri

11.1. Gözaltı Süresinin Uzatılması

29 Ekim 2016 tarihli, 674 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 6(1) maddesiyle, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından gözaltı süresi, olağanüstü halin devamı süresince azami olarak otuz gün olarak düzenlenmişti. 684 sayılı KHK'nın 10(a) maddesiyle bu kanunda değişikliğe gidilerek, bahsi geçen suçlar bakımından gözaltı süresi azami 7 gün olarak düzenlendi ve Cumhuriyet savcısına, gözaltı süresini 7 gün süreyle uzatma yetkisi tanındı. OHAL düzenlemelerinden önce CMK madde 91'e göre gözaltı süresi, şüphelinin ifadesi yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saat ile sınırlıydı. Bu süre, toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, Cumhuriyet savcısı tarafından her defasında bir günü geçmemek üzere, 3 gün süreyle uzatılabiliyordu. Formel OHAL'in bitmesi ile mevcut durumda olağan gözaltı süresi ise 4+4+4 gün (toplam azami 12 gün) şeklinde yeniden düzenlendi.

11.2. Terörle Bağlantılı Suçlar Bakımından Azami Tutukluluk Süresinin Uzatılması

694 sayılı KHK'nın 141. maddesiyle CMK'nın 102. maddesine yapılan eklemeye, kanunda en çok iki yıl olarak düzenlenen tutukluluk süresi için öngörülen üç yıllık genel uzatma süresi, TCK'nın yukarıda bahsi geçen bölümlerinde düzenlenen suçlar ile TMK kapsamındaki suçlar için özel bir düzenlemeye gidilerek, beş yıla çıkarıldı. Böylece terörle bağlantılı suçlar bakımından azami tutukluluk süresi, 2+5 olmak üzere 7 yıla çıkartıldı. (Anayasa Mahkemesi'nin bu değişiklik öncesinde 5 yılı aşan tutukluluk süresinin ihlal olduğunu tespit ettiği kararı vardır.)

11.3. Hukuka Aykırı Gözaltı ve Tutuklama Nedeniyle Ödenecek Tazminatın Kesinleşmesi Şartı

CMK madde 141 ve 142, hukuka aykırı yakalama, tutuklama ve tutukluluğun devamı kararları ile makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmayan kişilerin uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi hakkını düzenlemektedir. 694 sayılı KHK'nın 144. maddesiyle, tazminat isteminin koşullarını

düzenleyen CMK madde 142'ye ek iki bent ilave edildi ve tazminata ilişkin mahkeme kararlarının, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine koyulamayacağı düzenlendi.

Kanun ve Yargıtay kararları uyarınca, haksız gözaltı ve tutuklama/tutukluluğun devamı kararlarının yol açtığı zararların tazmini kararının takibe konulabilmesi için kesinleşmesi aranmazken; KHK ile getirilen yeni düzenlemeyle artık tazminat kararlarının kesinleşmesi aranmakta ve böylece haksız gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin yol açtığı maddi ve manevi zararların tazmini zorlaştırılmaktadır.

12. Mahpus Haklarına Yönelik Düzenlemeler

12.1. Mahpusların Ziyaret ve Haberleşme Hakkına Yönelik Kısıtlamalar

667 sayılı KHK'nın 6(e) maddesiyle, tutukluların dış dünyayla ilişki kurma ve görüş haklarına önemli sınırlamalar getirildi. Olağanüstü halin yürürlüğe girmesinden önce, Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'e göre, mahpuslar, haftada bir kez olacak şekilde, üçü kapalı, biri açık görüş olmak üzere yakınlarıyla ayda dört kez görüşme yapma hakkına sahiptiler. Yönetmelikte ziyaret hakkına sahip yakınlar, geniş anlamda aile fertleri ile tutuklu ve hükümlülerin kendilerinin seçebileceği, bunların dışında kalan üç ziyaretçi olarak düzenlenmişti. 668 sayılı KHK'ya göre ise, tutuklu olanların yakınlarıyla görüş hakkı önemli ölçüde sınırlandırıldı. Buna göre, Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet Başsavcılığının yetkileri saklı kalmak üzere tutuklular, belgelendirmeleri koşuluyla sadece eşleri, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasi veya kayyımı tarafından ziyaret edilebilecektir. Böylece, hem tutukluları ziyaret hakkına sahip olan yakınlarının kapsamı daraltıldı hem de tutukluların kendi seçebilecekleri 3 kişiyle görüşme hakları kaldırıldı. Yine tutuklular için haftada bir olan telefonla görüşme hakkı, on beş günde bire düşürüldü ve KHK'da belirtilen kişilerle sınırlandırıldı.

696 sayılı KHK'nin 102. maddesi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da değişiklik yaparak, aile yakınları yaşamsal tehlike oluşturacak önemli ve ağır hastalık içinde bulunan tutukluya hasta ziyareti amacıyla izin verme yetkisini, ceza infaz kurumu en üst amirinin önerisi üzerine, Cumhuriyet başsavcılığının onayına bağladı. Kanun'un önceki halinde bu yetki, soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısına; kovuşturma evresinde ise kovuşturmayı yürüten hâkim veya mahkemeye aitti.

12.2. Mahpusların Ceza İnfaz Kurumu Dışına Çıkmasının Kısıtlanması

674 sayılı KHK'nın 16. maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a yapılan eklemeye, terör ve örgüt suçlarından tutuklu ve hükümlü bulunanların ihtiyaç durumunda ceza infaz kurumu dışına çıkabilmesinin Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kısıtlanabileceği düzenlendi. Buna göre, "ceza infaz kurumu düzenini ve toplum güvenliğini tehlikeye düşürebileceği, terör örgütü veya diğer suç örgütü üyelerinin örgütsel amaçlı faaliyet ve haberleşmelerine imkân sağlayabileceği, yol, kalınacak ceza infaz kurumu ya da sınav merkezi veya okulda güvenlik açısından sakınca bulunabileceği değerlendirildiği takdirde", tutuklu ve hükümlülerin kurum dışına çıkmaları savcılık kararıyla engellenebilecektir. Bu şekilde, hükümlü ve tutukluların, örneğin duruşmaya katılma, sağlık hizmeti alabilmek için hastaneye erişebilme, anayasal eğitim hakları kapsamında sınavlara girme haklarına ciddi sınırlamalar getirilebilecektir.

12.3. Mahpuslara Tek Tip Kıyafet Uygulaması

696 sayılı KHK'nın 103. maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a eklenen EK Madde 1, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar nedeniyle tutuklu ve hükümlü bulunanlara duruşmaya sevk edilirken ceza infaz kurumu idaresince verilen giysileri giyme zorunluluğu getirdi. TCK'nın Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı beşinci bölümü altındaki 309-312. maddelerinde düzenlenen, anayasayı ihlâl, cumhurbaşkanına suikast veya suikaste teşebbüs ile yasama organına ve hükümete karşı suçlardan tutuklu ve hükümlü olanların badem kurusu; TMK'den tutuklu ve hükümlü olanların ise gri renk, göğüs ve pantolon bölümü bitişik giysiler giyeceği düzenlendi. Madde hükmünün çocuklar ve hamile kadınlar bakımından uygulanmayacağı; kadın tutuklu ve hükümlülerin giysileri ile madde uygulamasına ilişkin diğer hususların bir ay içinde yürürlüğe girecek olan yönetmelikle düzenlenmesi öngörüldü. 696 sayılı KHK'nın 101. maddesi ise, tek tip kıyafet uygulamasına riayet etmeme ve kıyafetlere zarar vermeyi disiplin suçu olarak düzenledi ve bu durumda bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşünden yoksun bırakma yaptırımını uygulanmasını öngördü.

Neyse ki düzenleme şimdilik uygulanmadı.

13. Adalete Erişim Hakkı ve Yargısal Güvencelere Yönelik Düzenlemeler

13.1. OHAL KHK'ları Kapsamındaki İşlemler İçin Yürütmeyi Durdurma Yasası

667 sayılı KHK'nın 10. ve 668 sayılı KHK'nın 38. maddeleriyle, olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği öngörüldü. Oysa 1991 yılındaki aynı düzenleme KHK ile getirildiğinde Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal etmişti. Bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin daha önce iptal ettiği anayasaya aykırı kural yeniden mer'î oldu.

13.2. OHAL KHK'ları Kapsamında Karar Alan, Darbe Teşebbüsü ve Terör

Eylemlerinin Bastırılmasında Görev Alan Kişilere Sorumsuzluk Getirilmesi

667 sayılı KHK'nın 9. maddesi, bu KHK kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin, görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğuna gidilemeyeceğini düzenlemişti. 668 sayılı KHK'nın 37. maddesi ise, sorumsuzluk ilkesini daha da genişleterek, *darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında karar alan, karar ve tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan* kişiler ile OHAL süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görev yerine getiren kişilerin bu kapsamdaki görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmamaacağına hükmetti. 690 sayılı KHK'nın 52. maddesi de, OHAL tedbirlerini incelemek için kurulan OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu üyelerinin görevleri kapsamındaki karar, görev ve fiillerine ilişkin hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının olmadığını düzenledi.

13.3. Memur Disiplin Hukukundaki Soruşturma Sürelerinin Uygulanmaması

669 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle, 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra milli güvenlik gerekçesiyle görevden uzaklaştırılan kamu görevlileri için öngörülen olağan soruşturma açma sürelerinin olağanüstü hâl boyunca uygulanmayacağına karar verildi. Devlet Memurları Kanunu'nda, uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında, disiplin suçu niteliğindeki fiillerin öğrenilmesinden itibaren bir ay; memurluktan çıkarma cezasında ise altı ay içinde disiplin soruşturmasına başlanmadığı takdirde, disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür.

13.4. Yargıtay'da Duruşmalı Yargılamaya Kısıtlama

696 sayılı KHK'nın 100. maddesiyle CMK'de yapılan değişiklikle, on yıl veya daha fazla hapis cezasını içeren hükümlerle ilgili olarak temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması Yargıtay'ın uygun görmesi koşuluna bağlandı. Daha önce ise CMK'nin 299. maddesi, temyiz incelemesinin, sanığın veya katılanın temyiz başvurusunda talep etmesi üzerine veya re'sen duruşmalı yapılmasını düzenlemişti.

IX. KHK'LAR ELİYLE İLE CEZA USUL KANUNUNDA YAPILAN KALICI TEMEL YASAL DEĞİŞİKLİKLER

- **684 sayılı KHK'nın 41. maddesi ile CMK 102/2 fıkrası değiştirilerek** Terör suçları ve bazı suçlara özgü tutukluluk uzatma süresi 5 yıla çıkarıldı.
- **696 sayılı KHK'nin 93. maddesiyle CMK 104/2 fıkrasında** yer alan “*Ret kararına*” ibaresi “*Bu kararlara*” şeklinde değiştirilerek, salıverme kararına savcının itiraz etmesinin yolu açıldı
- **674 sayılı KHK'nın 13. maddesi ile CMK 128. maddeye 10. no.lu fıkra eklenerek** “*el konulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atan*” ması olanağı getirildi.
- **696 sayılı KHK'nın 94. maddesi ile CMK 129. maddeye 3 no.lu fıkra eklenerek** “*Elkoyma kararı veya emrinin aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak verilmesi halinde gönderilerin bulunduğu zarf veya paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk memurları tarafından açılabilmesi olanağı* getirildi.
- **694 sayılı KHK'nın 142. maddesi ile CMK 139/3 fıkrasına cümle eklenerek** gizli “*soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlen*”ebilmesi imkanı getirildi.
- **694 sayılı KHK'nın 144. maddesi ile CMK 142. maddesine 9 no.lu fıkra eklenerek** haksız arama-el koyma-gözaltı-yakalama-tutuklama “*Tazminat davaları nedeniyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbî avukatlık ücreti ödenir. Ancak, ödenecek miktar Tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz*” sınırlaması getirildi.
- **694 sayılı KHK'nın 144. maddesi ile CMK 142. maddesine 10 no.lu fıkra eklenerek** “*Tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve*

idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur” kuralı getirildi.

- **676 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle CMK 149/2 fıkrasına cümle eklenerek** “Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir” sınırlaması getirildi.
- **676 sayılı KHK'nın 2. maddesiyle CMK'nin 151/3 fıkrasında** yer alan “tutuklu ve” ibaresi “şüpheli, sanık veya” şeklinde, “kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliyini” ibaresi “soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini” şeklinde değiştirilerek, hakkında maddede sayılan suçlardan kovuşturma yürütülen avukatların aynı suçlardan tutukluların avukatlığından yasaklanması mümkünken, hakkında bu suçlardan soruşturma açılan avukatların da, tutuklu olmayan şüpheli veya sanıkların da avukatlığından yasaklanabilmesinin yolu açıldı. Aynı KHK maddesiyle CMK'nin 151/4. ve 5. fıkraları da bu duruma uyarlandı.
- **676 sayılı KHK'nın 3. maddesi ile CMK 154. maddeye 2 no.lu fıkra eklenerek** “Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafisi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz” sınırlaması getirildi.
- **694 sayılı KHK'nın 145. maddesi ile CMK 158. maddeye 6 no.lu fıkra eklenerek** “soruşturmaya yer olmadığı kararı” müessesesi ilk kez düzenlendi. Düzenleme şöyle: “İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler

ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir.”

- **680 sayılı KHK'nın 9. maddesiyle CMK'nin 161. maddesi 6. fıkrası değiştirilerek** “*Vali ve kaymakamların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır*” kuralı getirildi.
- **694 sayılı KHK'nın 146. maddesiyle, CMK'nin 161. maddesine 9 no.lu fıkra eklenerek** dokunulmazlıkları kaldırılan milletvekillerine özgür yetkili yer savcılığı ve sorgu hakimliği düzenlenerek “*milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve bu yer ağır ceza mahkemesine aittir. Soruşturmayı Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği vekili bizzat yapar. Başsavcı veya vekili, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın kısmen veya tamamen yapılmasını isteyebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı zorunlu olan delilleri toplar ve gerekmesi hâlinde alınacak kararlar bakımından bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunur*” kuralı ihdas edildi.
- **680 sayılı KHK'nın 10. maddesiyle CMK'nin 172/2 fıkrası değiştirilerek** “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilme*” kuralına, “*bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilme*” ek kuralı düzenlendi.
- **680 sayılı KHK'nın 11. maddesiyle CMK'nin 173/6 fıkrası değiştirilerek,** Cumhuriyet savcısının KYOK kararına “*İtirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172 nci maddenin ikinci fıkrası uygulanır*” yollamasıyla Sulh Ceza Hakimliğinin kararının aranması koşulu bu duruma da eklendi.
- **676 sayılı KHK'nın 4. maddesi ile CMK'nin 178/1 fıkrasına yapılan ekle** “*Çağrılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi*” halinde dinlenmesi temel kuralına “*davayı uzatmak amacıyla yapılması*” halinde reddedilme istisnası getirildi.
- **676 sayılı KHK'nın 5. maddesiyle CMK 188/1 fıkrasındaki** “*zorunlu müdafinin bulunmasını şartı*” koyan genel kurala “*müdafin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir*” istisnası getirildi.
- **696 sayılı KHK'nın 96. maddesiyle, CMK'nin 188/1 fıkrasına getirilen** mazeretsiz duruşmayı terk eden müdafinin yokluğunda devam etme

istisnasına “*mazeretsiz duruşmaya gelmeyen*” müdafinin de yokluğunda duruşmaya devam etme imkânı düzenlendi.

- **694 sayılı KHK'nın 147. maddesi ile CMK'nin 196/4 fıkrasında yapılan değişiklikle**, fıkranın önceki halinde bulunan “*aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgu*” (SEGBİS) “*yapılabilir*” imkanına bağlanan “*yukarıdaki fıkralar uyarınca*” koşutu çıkarılarak, yerine “*hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda*” düzenlemesi getirilmiştir. Bu durumda aynı maddenin “2.” fıkrasında düzenlenen “*alt sınırı beş yılın üzerindeki suçları*” “*istinabe*” den ayrıık tutan kuralın bu fıkraya sınır koyan bağı kaldırılmış ve “4.” fıkradaki SEGBİS tekniği başlı başına ve bu sınırlamaya bağlı olmadan kullanılabilir bir yöntem haline getirilmiştir. (SEGBİS'in istinabenin bir parçası olduğu tartışmalı yorumu sebebiyle bu değişikliğin yapıldığı ve her durumda alt sınırı 5 yılın üzerindeki suçlarda da SEGBİS yönteminin kullanılmasına dair engel yorumun ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.)
- **696 sayılı KHK'nın 97. maddesiyle CMK'nin 209. maddesinde yer alan** “*Duruşmada okunulması zorunlu belge ve tutanaklar*” düzenlemesi hem başlıkta hem de buna uygun olarak madde içeriğinde “*duruşmadan anlatılması*” şeklinde değiştirilmiş, madde içeriğinde yer alan belgeler bakımından okuma zorunluluğu anlatılma zorunluluğuna dönüştürülmüştür.
- **694 sayılı KHK'nın 148. maddesiyle CMK'nin 216/3 fıkrasına yapılan ekle**, “*Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir.*” temel kuralına, “*Bu aşamada zorunlu müdafinin hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez*” düzenlemesi getirilmiştir. Ek fıkranın müdafinin mazeretli olup olmaması ayrımı yoktur.
- **674 sayılı KHK'nın 14. ve 15. maddeleriyle CMK'nin 277., 278. ve 280. maddelerinde** yapılan birbirine bağlantılı değişikliklerle, istinaf aşamasında dosyanın önce Bölge Adliye mahkemesi savcısına teslim edilmesi ve onun görüşünün alınması (tebliğ name) kuralları kaldırılmış, savcı görüşü olmadan dosyanın doğrudan ilgili daireye gitmesi sağlanmıştır.
- **696 sayılı KHK'nın 99. maddesiyle CMK'nin 282/1-d bendinde yapılan değişiklikle** istinaf aşamasında “*Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur*” cümlesindeki “*okunur*” ibaresi “*anlatılır*” şeklinde değiştirilmiştir.
- **696 sayılı KHK'nın 100. maddesiyle, CMK'nin 299/1 fıkrasının birinci cümlesinde** yer alan “*sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki*

istemi üzerine veya re'sen duruşma yoluyla yapar” ibaresi “uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir” şeklinde değiştirilmiş, böylece 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde sanığın veya katılanın istem üzerine temyiz isteminin duruşmalı yapılması zorunluluğundan vazgeçilmiş, Yargıtay dairesinin takdirine bırakılmıştır.

X. DİĞER İHLÂLLER

On binlerce sivil-askeri öğrencinin Eğitim Hakkı idari soruşturma-güvenlik soruşturması yapılmaksızın bir toplu cezalandırma yöntemiyle, OHAL KHK'ları ile birlikte ihlal edilmiştir.

Yüzbinlerce insanın maaşlarına, malvarlıklarına, yaşadıkları evlerine el konularak, şirketlere henüz soruşturma aşamalarında el konularak, Mülkiyet Hakkı (Ek Protokol madde 1) OHAL ile birlikte ihlal edilmiştir.

Yüzlerce insan işkence yasağı ihlaliyle karşılaşmıştır. Uluslararası Af Örgütü raporları, sağlık örgütlerinin raporları, mahkeme tutanakları, yüzlerce işkence anlatımı barındırmaktadır. Basına da yansımış işkence görüntüleri tüm dünyaya izlenmiştir. Ve AİHS 3. maddesi ihlâl edilmiştir.

KHK'lar ile kamu çalışanlarının emeklilik hakları ve emekli ikramiyelerine de el konulmuştur.

AİHS'in ihdas edildiği tarihte henüz güncel bir sorun olan zorla çalıştırma (angarya) yasağı, bugün için bir pratik sorunsal olmaktan çıkmış gözükse de AİHM kararlarıyla, “çalışma hakkı” ve bu hakka dönük ihlallerin yargılaması, AİHS 4. maddesinde düzenlenen “zorla çalıştırma/ angarya yasağı” kapsamında cereyan etmektedir. Dolayısıyla, bireyin eylemi kanuni bir suç tipine altlandırılabilir de olsa ve eylemi bir ceza ile mahkeme hükmüyle de müeyyidelendirilse, örneğin yıllarca çalışmasının karşılığı olan emeklilik/kıdem tazminatı vb. haklarından mahrum bırakılamaz, bankadaki önceki çalışmasının karşılığı olarak yatırılmış olan maaşına el konulamaz. Aksi yaptırım OHAL'de dahi uygulanamazdı. Kaldı ki KHK'lar ile emeklilik ikramiye ve hakları ellerinden alınanların haklarında bir ceza soruşturması olmadığı gibi, idari disiplin soruşturması da yoktur ve dolayısıyla savunma hakları da kullanılmamıştır.

XI. ARA SONUÇ

Yaygın şiddet sonlandıktan sonra, 2 yıl süren, hiçbir kesin gereklilik ölçütü olmayan, kalıcı yasal düzen değiştiren, kanunun suç saymadığı onlarca fiili “iltisak” kavramı adı altında suç ilan eden, binlerce insanın sivil ölüme mahkûm

edildiği, ceza yargılaması usulü ve rejimi değiştiren, Anayasa Mahkemesi'nin “ölçüsüz tedbirler” tespit ve kararı verdiği bir OHAL yaşanmıştır.

Tam olarak hukuk politikası yardımı çağıracağımız yerdeyiz. Yukarıda KHK ile yapılan yasal mevzuat değişikliklerinin birinci örtük bağlamında, savcı ve kolluk yetkilerindeki genişlemeyi görüyoruz. Yakalama, gözaltı, arama ve el koyma ve müdafilik engel ve yasakları oluşturma noktalarında...

İkinci bağlamda ise, şüpheli, sanık ve özellikle müdafii yetkilerinin kısıtlandığını...

Bu negatif korelasyon, devletin yeni hukuksal rejimine dair ipuçlarının da birleştiği bir perspektif sunuyor: OHAL'e girip çıktıktan sonra elde kalan ceza usul rejimi, Hukuk Devleti taahhüdünden ricatı, Güvenlik Devleti reorganizasyonunun sağlandığını gösteriyor. Peki kimin güvenliği? Buna aşağıda hukukpolitik bağlamda cevap sunmaya çalışacağız.

Ama önce son bir hukuk normatif OHAL tartışması tüketilmelidir:

XII. OHAL İŞLEMLERİ İNCELEME KOMİSYONUNUN OLUŞUMUNA, KARARLARINA VE KARAR ALMA SÜREÇLERİNE DAİR BİR ELEŞTİRİ^[44]

Bilindiği gibi OHAL İnceleme Komisyonu, KHK müeyyidelerine yapılan itirazlar hakkında karar vermeye başladı. Biz, “kamu görevinden çıkarma” cezasına karşı yapılan başvurularla ilgili kararlarını değerlendireceğiz.

Komisyonun nasıl bir garabet olduğuna dair tespitlerimizi kısaca özetlemeliyiz. Zira bu tespitlerimiz aynı zamanda komisyonun etkili bir başvuru yolu (effectiveremedy) olmadığı ve adil bir usul (dueprocess) hukuku rejimine mündemik olmadığına da delalet ediyordu...

1. OHAL İNCELEME KOMİSYONU NEYDİ?

685 sayılı “OLAĞANÜSTÜ HAL İŞLEMLERİ İNCELEME KOMİSYONU KURULMASI HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME” ile, aslında Avrupa Konseyi bünyesindeki en önemli komisyon olan Venedik Komisyonu raporunda önerilen Ad Hoc “Kurul” müessesesine öykünülmüştü.

9-10 Aralık 2016 tarihinde 109. Genel Kurul toplantısında komisyonun kabul ettiği bu görüşün 221. ve 222. paragrafında şöyle denilmiştir: “Venedik

[44] ERKAN, Doğan, a.g.y., s. 71-80.

Komisyonu Türk resmi makamlarını diğer seçenekleri gözden geçirmeye davet etmektedir – örneğin kamu görevlilerinin görevden alınmalarıyla ve ilintili diğer tedbirlerle ilgili münferit vakaların incelenmesinden sorumlu özel bir geçici kurul oluşturulması gibi. Bu kurulun, hukuk kurallarının temel ilkelerine saygılı olması, özel kanıtları incelemesi ve gerekçeli kararlar vermesi gerekecektir. Bu kurul bağımsız ve tarafsız olmalı ve durumu öncesine döndürebilmek (statusquoante) ve/veya uygun olan yerlerde tazminat verebilmek için yeterli derecede yetkili kılınmalıdır.”^[45]

Bu durumda Komisyonu “statusquoante” (durumu öncesine döndürebilme) imkanı açısından değerlendirelim...

Başvuru komisyonunu ihdas eden 685 sayılı KHK açıkça şunu söylemektedir:

“...ilişği kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü halinde karar Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Bu şekilde bildirilen personelin atama teklifleri; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara yapılır. Bu fıkra kapsamında kamu görevine iade edilmesine karar verilenlerden, yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, yöneticilik görevinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır.” (685 s. KHK md. 10).

Görüleceği üzere itirazın kabulü halinde dahi komisyona, kural olarak önceki kurumundan *başka kuruma atama ve yöneticilik görevine geri vermeme* sınırı getirilmiştir. Yani durumu öncesine döndürebilme yetkisi ve gücü komisyonda yoktur.

Daha sonra 694 sayılı KHK, 685 sayılı Başvuru komisyonu KHK’sına madde ekleyerek şöyle dedi: “başvuru komisyonunun geri alınmasına karar verdiği akademisyenler, Ankara, İstanbul, İzmir dışındaki üniversitelere ve 2006’dan sonra kurulanlara öncelik verilmek suretiyle atanırlar (m. 198). Böylece komisyonun statusquoante yetkisi keenlemeyekün oldu.

Oysa AİHS’in birincil amacı, ihlalin hiç gerçekleşmediği noktaya dönüşü sağlamaktır. AİHM bu hususu Papamichalopoulos/Yunanistan kararında şu şekilde ifade etmiştir:

“Mahkeme’nin Sözleşme’nin ihlâl edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlâl öncesi durumu tesis

[45] Bkz. Venedik Komisyonu raporu, s. 47.

edecek (restitutio in integrum) şekilde sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler.”

Dolayısıyla Komisyonun zaten başvuruyu önceki hale getirme – statusquoante- ve ihlal öncesindeki durumu tesis etme –restitutio in integrum- yetkisi ve işlevi hiç olmadığından, daha baştan etkili bir başvuru yolu olmamıştır.

2. KOMİSYON HANGİ HUKUK KATEGORİSİNE DAYANMALIYDI?

Elimizdeki emsal inceleme ve ret kararlarında komisyonun büyük bir hukuksal yorum hatası içinde olduğunu söylemeliyiz. Komisyonun hukuki dayanağı (legal basis), tamamen hatalıdır. Dahası bu hata içinde AİHM’in “inandırıcı dayanak” ölçütlerine aykırılık (plausiblebasis) ilan edilmektedir.

Komisyon ret kararlarında, **“değerlendirme CEZAI SORUMLULUĞUNUN BULUNUP BULUNMADIĞINDAN BAĞIMSIZ OLARAK sadece kamu görevinde kalmanın uygun olup olmadığı yönünden yapılmaktadır”** denildiği görülmektedir. Bu yaklaşım hem legal basis hatasıdır hem de kalan dayanaklar plausiblebasis ölçütünden yoksun olmaktadır. Esasen Komisyon çaresizliğinden, yüzbinlerce başvuruyu ceza yargılaması titizliği uygulamaktan ve adil yargılama usul prensipleri uygulamaktan kaçmaktadır.

Ancak biz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin emsal nitelikteki kararını hatırlayalım:

Le Compte/Belçika kararında AİHM “Meslekten Men” şeklindeki disiplin cezasının idari olarak verilebileceğine dair “yargısal” yetkiyi kabul etmektedir. (Dolayısıyla “meslekten men” idari yetkisi AİHM’e göre aslında bir yargısal yetki kullanımıdır). ANCAK, karar birebir şu koşullardan bahsetmiştir:

“Ne var ki böyleli durumlarda sözleşme şu iki sistemden en az birinin uygulanmasını gerektirir:

- Ya yargısal organlarının kendileri sözleşmenin 6/1 fıkrasının (Adil Yargılama hakkı) gereklerine uyum sağlarlar,

- Ya da bu şekilde uyum sağlayamıyorlarsa daha sonra tam yetkili ve 6/1 fıkrasının güvencelerini sağlayan bir yargısal organın denetimine tabi olurlar.”

Demek ki komisyonun, AİHS Adil Yargılama Hakkı ve bu hak kapsamındaki tüm diğer ilke ve türev haklara sıkı sıkıya riayet etmesi gerekirdi.

Her ne kadar sözleşme (AİHS), Adil Yargılama Hakkı’nı doğrudan derogasyon (askıya alma) yasağına tabi tutmasa da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi “Adil Yargılama Hakkı”nın temel ilkelerinin de sınırlanamaz mahiyette

olması gerektiğini takdir etmiştir. Bunda da yukarıda bahsetmiştik. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin bu karar ve yorumuna daha sonra Venedik Komisyonu da 9-10 Aralık 2016 tarihli Türkiye OHAL raporunda atıf yaparak katılmıştır. Kaldı ki AİHM OHAL Tematik notuna göre, “mutlak gereklilik” ölçüsünde zorunlu olmadıkça sözleşmeden kaynaklanan haklar askıya alınamaz. Yukarıda uzunca anlatmıştık.

3. Peki, Adil Yargılanma Hakkı uygulanması hangi hukuksal kategoriler için olmazsa olmazdır?

Yine AİHM kararlarıyla cevap verelim:

“Mahkeme, sözleşmenin 6. maddesi kişisel hak ve yükümlülükler bakımından belirleyici olan yargılamaları kapsadığını, devletin işlemine dayandırdığı yasanın idare hukukuna girip girmemesinin ve bu konuda karar veren otoritenin bir mahkeme veya idari kuruluş olmasının bir önemi bulunmadığını belirtmiştir.” (Ringelsen (Esas hk.) § 94).

“Disiplin suçu olarak nitelendirilen suçlar, sözleşmenin “Suç” şeklindeki özel kavramının içine girebilirler. Devletlere suçları cezai alan dışına çıkarma konusunda takdir yetkisi bırakılması sözleşmenin konusu ve amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir.” (Öztürk, §49).

Mahkeme, ihlale konu hukuk kuralının 6. Madde kapsamında ceza hukuku ilkeleri bağlamında ele alınabilmesine dönük şu kriterleri de ortaya koymuştur:

- “Hukuk kuralının caydırma ve cezalandırma amacının bulunup bulunmadığı” (Öztürk, § 53).
- “Cezanın verilmesinin bir suçluluk tespitine dayanıp dayanmadığı” (Benham, §56).

“Bir sözleşmeci devlet iç hukukunda bir suçu ceza hukuku kapsamında değil ama idare hukuku veya disiplin hukuku kapsamında değerlendirmiş ve böylece bireyi ceza yargılama hukukunun sağladığı güvencelerden yoksun bırakmış ise diğer ölçüt kullanılarak suçun gerçek niteliği ve böylece uygulanması gereken muhakeme alanı belirlenir.” (Engel ve diğerleri, § 81-82).

“Ceza davalarında savunma haklarının güvence altına alınması, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir ve 6. maddenin bu güvenciyi sadece teorik ve kağıt üstünde değil ve fakat pratik ve etkin şekilde kullanacak biçimde yorumlanması gerekir (Artico/İtalya, no. 6694/74). AİHM’in çok kez vurguladığı üzere, kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun, adil yargılanma hakkından feragat edilemez. Bu nedenle 6. maddede düzenlenen adil yargılama güvenceleri,

en basit suçta da örgütlü suçlar gibi en zor ve karmaşık suçlarda da uygulanır (Teixeira de Castro/Portekiz, no: 25829/94).

“AİHM, bu nedenle bazı davalarda, 6. maddenin spesifik bir ihlalini sap-tamadan usulün bütün halinde adillik ilkesine (principle of fairness) aykırı olduğunu tespit etmiştir (Van Kück/Almanya, no 35968/97).

“Silahların eşitliği ilkesi, taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın, davasını ileri sürme konusunda makul bir imkânın verilmesini gerektirir. AİHM, usul kurallarının birincil amacının, sanığı otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korumak olduğunu belirtmektedir (Coeme/Belçika, no: 32492/96).

“Bunun yanında, yargılama hem hukuk hem de ceza davalarında çekişmeli olarak yürütülmeli ve taraflara, karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkânı sunulmalıdır (RuizMateos/İspanya, no 12952/87).^[46]

Bu açıklamalar ışığında, kamu görevinden ihraç işleminin, nasıl adlandırıldığından ve işlemin tesis eden makamın adından bağımsız olarak, işlemin niteliği ve muhtevası gereği ceza yargılaması alanında ve temel olarak bu alana dair ilke olan “adil yargılanma hakkı” bağlamında ele alınması gerektiği açıktır. Dolayısıyla Komisyonunun ifade ettiği, “**değerlendirme cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak yapılmıştır**” yaklaşımı tümüyle AİHM müktesebatına aykırıdır. Fahiş biçimde *legal basis* hatasıdır.

Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi’nin ölçütünü göstermek bakımından ise, Mahkemenin 14.01.2015 tarih, 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı “Milli Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin b fıkrasının ikinci cümlesini iptal eden kararına değinmek gerekir. Anılan karar “Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi **disiplin hukuku açısından da Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşulu**”nu düzenlemiştir. Dolayısıyla, disiplin eylem, işlem ve kararlara da –hangi işlem türüyle olursa olsun– Ceza hukukunun temel ilke ve kurallarının uygulanması gereklidir.

Bu bağlamda;

Adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan “Adil muhakeme hakkı” komisyon kararlarında ihlal edilmektedir.

[46] Karar atf ve alıntıları için: “Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu”, Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK, <http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/2017-1/3.pdf>, s. 76-79.

Adil yargılanma hakkının kapsamı olarak, adil muhakemenin gerçekleştirilmesi öncelikle SAVUNMA HAKKININ hayata geçirilmesine bağlıdır. OHAL İnceleme Komisyonu ise hiçbir aşamada başvurucuların savunmasını almadan karar vermektedir. Böylece komisyon, KHK'ların kümülatif/toptancı yöntemine devam etmiş olmaktadır.

Dahası temel bir anayasal düzenleme yok edilmektedir.

ANAYASANIN “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” üst başlığında düzenlenen “Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence” alt başlıklı 129. maddesinin 2. fıkrası:

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına **SAVUNMA HAKKI tanınmadıkça disiplin cezası verilemez**” şeklinde düzenlenmiştir.

Disiplin cezasının koşulu olan “savunma”, görevden almanın “evleviyetle” (argumentum a fortiori) koşuludur

Nitekim Venedik Komisyonu da Raporunun sonuç kısmında Hükümete şu tavsiyelerde bulunmuştur:

“Türk resmi makamları, tüm vakaların kişiye özgü ele alınmasına ve sonuç olarak görevden alınmış olan kişilere “kendini savunma fırsatı” vermesine imkân tanıyacak alternatif yasal mekanizmalar üzerine düşünmelidir”.

“Adil muhakeme hakkının yerine getirilmiş sayılmasının diğer koşullarını AİHM; “Tarafın sunulan kanıt ve bütün görüşler hakkında bilgi sahibi olması hakkı”, “ve bunlarla ilgili görüş bildirme hakkı” olarak belirlemiştir. (Lobo § 31, Vermeulen§ 33, agy, s. 637) AİHM bu hakları silahların eşitliği ve çekişmeli yargı kapsamında ele almaktadır.

Yine, “Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya” davasında AİHM, “delillerin tartışılması” hakkından bahsetmiş ve başvurucuya bu hakkın etkin olarak kullandırılmamasını ihlal olarak kabul etmiştir.

Başvurucular ise hangi kanıt ve görüşler sebebiyle hakkında “*Milli güvenlik aleyhine yapılarla bağlantı*” suçlaması yapıldığını bilememektedir. Bu suçlamanın sebepleri adeta gizli tutulmaktadır. Haklarında var olduğu Komisyon kararlarında ifade edilen “*şahsi dosya*”larda ne vardır, bunları kim düzenlemiştir, görülememekte, incelenememekte, bilinmemektedir. Bu kanıt ve görüşlerin kendisinden gizlenmesi nedeniyle doğaldır ki bunlara karşı görüş bildirme hakkı da tanınmamıştır.

Oysa bu iki hakkın tanınmamasını AİHM J.J./ Hollanda kararında adil muhakeme hakkı ihlali saymıştır.

Diğer yandan “tanık dinletme ve tanık sorgulatma hakkı” kullanmak da başvurucular açısından mümkün olmamaktadır.

İhraçların de facto sebeplerinden birinin doğru-yanlış iç içe geçmiş ihbarlar müessesesi olduğu bizatihi hükümet yetkililerince dahi ifade edilmiştir. Bu durumda Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda kararındaki ölçütlere değinmekte fayda vardır. Buna göre:

“Genel bir kural olarak sanığa, aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına ya tanık ifadesinin alındığı sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında İTİRAZ İMKANI tanınmalıdır.”

“Sözleşmedeki ‘tanık’ kavramının iç hukuklardaki tanık kavramından daha özerk bir şekilde yorumlandığı ve daha geniş bir anlama sahip olduğu belirtilmelidir” (Bönsch §31-32).

Başvurucuların ise dosyadaki tanık ya da tanık beyanı niteliğindeki hiçbir bilgidenden haberdar edilmesi, tanık delilini ve tanık beyanı niteliğindeki sair delilleri incelemesi ve dahi tanık sunmaları mümkün olmamaktadır. Gerek ihracın yöntemi sürecinde gerekse komisyon karar alma sürecinde adil usul işletmediğinden, esaslı bir delil aracı olarak *tanıklık* müessesesi de bu durumdan payını almıştır.

Sonuç olarak Komisyon, tüm bu kararlara ve temel içtihadı karar olan Le Compte kararına aykırı biçimde, hiçbir adil yargılama mekanizması işletmeyecek, etkisiz bir prosedür yolu olmuştur.

Demek ki Komisyon kararlarındaki “ceza sorumluluktan bağımsız değerlendirme” yaklaşımı AİHM hukukuyla taban tabana çelişik vaziyettedir. Mahkeme bilakis, esas hakkında bir ceza yargılaması kararı olmaksızın idari ceza disiplin –üstelik de memuriyete son verme biçiminde- tesisini ihlal olarak görmektedir.

Belirtilmelidir ki, “Sözleşmenin 6/2 fıkrası aynı zamanda “şüpheden sanık yararlanır” –dubioproreo–ilkesini de içerir. İspat yükünün iddia makamından sanığa geçirilmesi masumiyet karinesini ihlal eder.” (Telfner-Avusturya)

İhraç müeyyidelerinde suçluluğun kural, masumiyetin ispat edilmesi gereken olgu olduğu yönündeki fiili duruma ve yukarıdaki açıklamalarımıza bu bağlamda da dikkat çekmek isteriz. OHAL Komisyonu bu tersine suçluluk karinesini KHK'lara paralel olarak sürdürmektedir.

Masumiyet karinesinin bir alt başlığı da İSNAT EDİLEN SUÇU ÖĞRENME hakkıdır. Bu hakkın yerine gelmiş sayılması için ise, “isnadın mahiyeti ve *sebebi*

hakkında *detaylı bilgilendirme, SUÇ FİİLLERİNİN yerinin ve zamanının gösterilmesi*" gereklidir.^[47]

Nitekim Mattocchia/İtalya kararında AİHM "isnat edilen suçun maddi olayları hakkında yeterince bilgilendirilmeme" haline ihlâl kararı vermiştir.

Sonuç olarak;

OHAL İnceleme Komisyonu, OHAL hükümeti ile Avrupa insan hakları hukuku kurucuları ve uygulayıcıları arasında bir mutabakat olarak kurulmuştu. Ancak Avrupa insan hakları hukukunun içtihadı hiçbir kuralını karşılamayan komisyonun karar verme usulü, etkisiz bir yol olduğunu ve Adil Yargılanma Hakkı ile türev haklarını ihlal etmek üzerine kurulu olduğunu göstermektedir.

Bu aşamada meseleyi hukukteknik alanından hukukpolitik alanına doğru getirelim... Bu bağlama en iyi anlama olanağı verecek başlık, ABD 11 Eylül sonrası güvenlik devleti sürecinden devralınan Avrupa'daki yeni Terör Hukuku tanımlamaları, yeni kolluk soruşturması ve yeni bilişim ceza hukuku sistemlerini yaratan Avrupa OHAL'leri olacak...

XIII. ABD VE AVRUPA'DA OHAL VE TERÖR HUKUKUNUN VE GİDEREK DEVLETİN REVİZYONU

11 Eylül saldırılarından sonra, 19. Yüzyıl ile start alan "hukuk devleti" hül-yasının terki 1990'larda tek kutuplaşan ve yakın "tehdit"ini yitiren Batı'nın "küreselleşme" yönelimiyle başladı. Hukuk devleti taahhüdünün parçası olan toplumsal haklar/toplumun hakları, sermayenin merkezileşmesi önünde bürokratik bir engele dönüşmeye başlamıştı. Ancak batı egemenlerine yeni bir dönüşüm enstrümanı olacak politik düşman ve fırsat gerekiyordu, bulundu: 11 Eylül saldırısı.

ABD bu süreçte tüm ceza usul hukukunu ve terör hukuku değiştirdi. 200 bin kişi "terör bağlantısı" sebebiyle izlenmeye ve dinlenmeye başladı. Terör bağlantısı (daha sofistike kavramlaştırma: iltisak) kavramı ABD'de ilk kez geliştirildi. Bu bağ, doğrudan terör örgütleriyle ilişkili olan süjelere tedbir alınmasından çok daha geniş bir halka içinde, bu süjelerle irtibatı olan süjelerin de takibine imkân veriyordu. Örneğin Müslümanların yaşadığı bir mahallede, El Kaide bağlantısından şüphelenilen bir bakkal dükkanından alışveriş yapan diğer mahalleli Müslümanlar da bu "bağlantı" kategorisine girebiliyordu. Bu 200 bin kişinin tüm elektronik haberleşmelerinin takibine dayanan yeni adli

[47] DOĞRU, Osman, a.g.y., s.645.

rejim, istihbarat sistemiyle iç içe ve esasen onun bir parçasıydı artık. Adli rejim, bir siyasal istihbarat rejimine dönüşmüştü.

Avrupa El-Kaide saldırılarıyla bu sarkaç Avrupa ülkelerine sırayla uyarlandı. Jean-Claude Paye atıf yapılan kitabında bu süreci hukukteknikten hukukpolitığe doğru son derece sistematik anlatır.^[48]

11 Eylül saldırılarını izleyen günlerdeki özgürlükleri öldüren ortam Parlamento'nun (Avrupa Parlamentosu-y.n.) izole bir şekilde sürdürdüğü direnişe bir son vermeyi mümkün kıldı. 30 Mayıs 2002'de Avrupalı vekiller eski tavırlarını terk ettiler ve direktif önerisinin 15. maddesini geçirdiler. Bu madde şöyle demektedir: Üye devletler bu direktifte öngörülen hak ve yükümlülükleri sınırlamayı hedefleyen yasama önlemlerini eğer bu kısıtlama ulusal güvenliği koruma, savunma ve halkın güvenliğini korumak için gerekli bir önlem ise cezai suçların ya da elektronik iletişim sisteminin izinsiz kullanımın araştırılması, tespitini ve takibini kabul edebilirler (...). Bu amaçla üye devletler başka önlemlerin yanında sınırlı bir üre için veriye el konulmasını önleyebilirler.^[49]

Üye devletlerde bu gözetim, adli makamlara hesap vermeyen ve bakanlık denetiminden özerk olan polis kuvvetleri (Europol) tarafından yürütülecektir.

Avrupa birliği düzeyinde de aynı şey geçerlidir. Avrupa Polis Teşkilatı önemli bir özerkliğe, bağımsızlığını sağlayan bir dokunulmazlığı sahiptir.^[50]

Europol Sözleşmesi'nin 8. maddesi üyelerine resmi görevlerinin yürütülmesinde yapılan sözlü ya da yazılı açıklamalarla kendileri tarafından gerçekleştirilen eylemlerle ilgili hukuki süreçten dokunulmazlık ve resmi kâğıt ve dokümanlarının ve diğer resmi materyallerinin dokunulmazlığını tanır.^[51]

Özel hayatın piyasa mekanizmalarına entegrasyonuna, artık sadece kamusal alanla sınırlı olmayan, şimdi günlük hayatın bir parçası olan polis gözetimi eşlik etmektedir.^[52]

Telekomünikasyon şirketlerince saklanan veri tabanlarının yönetilmesinde polisin merkezi rolü, polise zamanında tüm elektronik postaların içeriğini okunması olanağını sunan İngiltere yasasında açıkça belirtilir.^[53]

[48] Bkz (1) no.lu dipnot.

[49] Paye, a.g.y, s. 146.

[50] Aynı yerde., s. 149.

[51] Aynı yerde., s. 150.

[52] Aynı yerde., s. 177.

[53] Aynı yerde., s. 177.

Yargı aygıtının zayıflaması ve onun giderek artan bir şekilde yürütmenin özerk parçasına dönüşen polise boyun eğişi, hukuk devleti şeklinin yok olmasının yapısal bir unsurudur.

Yürütme, yasama ya da yargı herhangi bir kontrolün noksanlığında ulusal, Avrupa (Europol) ve dünyada polis operasyonlarının artarak özerkleştiği görülür. Bu süreç polisi, ulus devlet yapılarının merkezine yerleştirir ve polise dünya piyasasının örgütlenmesinde anahtar bir rol verir.^[54]

Üzerindeki adli ve idari kontrolden kurtulan polis, ulus devletinin merkezi organı halini alır. Sadece düzeni ve toplumsal kontrolü sağlamak için egemenlik işlevi yoktur; aynı zamanda güvenlik politikalarının uygulanmasına halkın seferber edilmesi (halkın desteğinin ve katılımının sağlanması-y.n.) yoluyla hegemonik bir işlevi vardır.^[55]

Terör suçu giderek kanıtlardaki somut temelden ayrılır; eylemin ve bunların geçmişle bağlantısının emrivaki yorumlanabildiği spekülatif kurmacanın sonucu olarak oluşur.^[56]

Suç örgütünün kurucu bir ögesi olarak suçu ‘maddi faydalar ve uygun olduğunda kamu otoritelerinin işleyişini uygunsuz etkilemenin bir yolu’ olarak işler. Böylece kriminal bir suçu anlatmak için doğrudan siyasal kavramlar kullanılır. Adli polisin işi, doğrudan devletin istikrarının korunmasının bir yolu halini alır.^[57]

Dar anlamıyla ceza yaklaşımının aksine, kriminolojik tipte bir tanım çok geniş bir suçlamayı mümkün kılar. Böyle bir yaklaşım cezalandırılabilir fiillerin net olarak tanımlanmasını şart koşan yasallık ilkesine karşı çıkar.^[58]

Bu tip soruşturmanın adli bir amacı vardır; fakat henüz olmamış olaylar ve bu yüzden işlenemeyecek olaylar üzerinedir. Bu durumda soruşturma adli eylem sayılmayacaktır; fakat istihbaratın dosyalaması ve soruşturmalar, resmi bir soruşturma açılmaksızın yani savunmanın haklarını uygulama imkânı olmaksızın yapılacaktır. ‘Proaktif’ polis soruşturması istihbarat servislerinin işlerine benzer.^[59]

[54] Aynı yerde., s. 178.

[55] Aynı yerde., s. 183.

[56] Aynı yerde., s. 70.

[57] Aynı yerde., s. 105.

[58] Aynı yerde., s. 107.

[59] Aynı yerde., s. 109.

Avrupa tutuklama emri, anayasal usulleri koruyan özgürlükleri askıya alır. Avrupa tutuklama emri bu hakkı ve böyle bir idari yargı tarafından uygulanan denetimi ortadan kaldırır.^[60]

Terörün özgül bir suçlamasını yaratan bugünkü yasalar ters bir şekilde hareket eder... failin siyasal amacı açısından (örneğin toplumsal istikrarı bozma isteği) bu adi suçlarından farklı olarak varsaymakla mazur görülebilir.^[61]

İlk terörle mücadele yasaları siyasal alandan şiddet eylemlerinin bütününe dışlamaya izin verirken daha yeni yasalar daha çok siyasal alanı tekrardan tanımlarlar. Terör olarak belirlenen eylemlerdeki siyasal karakter aksine alınan önemlerin özgürlükleri öldürücü doğasını haklı gösterir. Fakat bu eylemler toplumsal talepleri taşıdıklarından değil, devletin istikrarını bozmaya yatkın oldukları için böyle tanımlanırlar. Siyaset, siyasal olana, iktidarın siyasal örgütlenmesine indirgenir. İktidar kendisini yine kendisine göre tanımlar ve kendisinden kısmi olarak dışarıda olanların tüm siyasal ifadelerini inkâr eder.^[62]

Suç örgütü ve terörün yasal tanımları ve de siber suç ile uğraşan ve bilgisayar verisinin alıkonulmasına izin veren yasalar ulus devletlerin ceza yasasını tamamen değiştirirler. Bu önlemlerin temelinde ABD inisiyatifleri, özellikle de FBI'nın talepleri yatmaktadır.^[63]

Üyelerine bu konularla ilgili hızlı bir şekilde mevzuat yapma görevini veren sözleşmeler hazırlamış olan Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi, ABD taleplerine aracı işlevi görmüşlerdir.^[64]

Böylece polisin ulus devlet yapısı içerisindeki merkezi rolü sadece birbirinden ayrı politikaların sonucu değildir, aynı zamanda dünya bazında iktidarın yeniden düzenlenmesinden kaynaklanır. Terörle mücadele bu yeniden yapılanmada önemli bir vazife oluşturur ve ABD'nin kendi hakimiyetini güçlendirmesi için ayrıcalıklı araçlardır.

Gücün kullanılmasındaki bu değişim devletin hukuki şeklinin ötesine geçer, maddi oluşumunu, içeride olduğu gibi dışarıdaki örgütlenme tarzını etkiler.

Ceza hukukundaki değişime (olağanüstü usulü de içeren usul, yasa üzerindeki hakimiyeti) iktidarın örgütlenmesindeki yapısal değişim eşlik eder. Yargı

[60] Aynı yerde., s. 121-122.

[61] Aynı yerde., s. 111.

[62] Aynı yerde., s. 116.

[63] Aynı yerde., s. 191.

[64] Aynı yerde., s. 192.

aygıtının yürütme erki tarafından araçsallaştırılması, daha kesin olarak adaletin polis aygıtına boyun eğişini ima eder. Pratikte yargı makamının polis işi üzerinde hiçbir kontrolü yoktur; ancak sonradan polis tarafından alınan dava kararlarına bir çeşit garanti ya da destek olarak ortaya çıkar.

Eğer olağanüstü tekniklerin anayasal özgürlükler üzerindeki üstünlüğü hukukun askıya alınmasına ve e hukuk düzeninde bir değişime sebep oluyorsa saf anomi, herhangi bir hukuk sistemi dışında kurulan olağanüstülük bizi toplumun bir başka siyasal örgütlenme şekline doğru götürür. Bu, bizi yeni bir siyasal rejim tipi içine yerleştirir.^[65]

Bugün, ceza hukukunun öznelleşmesine tanıklık ediyoruz ve bu, mahkemeleri, ceza hukuku tarafından polisin yardımcısı haline getiriyor.

Hukuk devleti çerçevesinde ceza hukuku bireylerin kontrol altında tutulması için bir araçtı. Bugün ise toplumsalın parçalanmasının bir aracı olarak siyaseti içeriden yeniden yapılandırır.^[66]

Günümüz devletinin ceza hukuku politikaları organize bir sosyal güç üzerine değil 'yüksek-riskli gruplar' üzerine odaklanır. Devamlı olarak tekrardan tanımlanan potansiyel bir düşmana karşı gerçek bir savaş yaratır. Bu, devletin dışında olan bir toplumsal harekete karşı devletin savunması değildir; tam tersine, iktidar yapısının içeriden değişimidir.^[67]

Hukukun askıya alınmasına sürükleyen istisnai usuller, olağanüstü halin özellikleridir. Bu kavram Nazi Hükümeti tarafından Weimar Anayasası'nın bireysel özgürlüklerini garantileyen tüm maddelerin askıya alınması gibi tarihsel olayları anlayabilmek için oldukça elverişlidir. Bu kavram aynı zamanda günümüzü anlayabilmek için de faydalıdır.

Terörle mücadele bağlamında bu hükümet tipi geçici değildir. Sürekli olarak değişen bir düşmana karşı yapılan uzun soluklu bir savaşın parçasıdır.

Hukuk devleti ya da olağanüstü hâl kavramları bizim iktidar kavramının kendisini sorgulamamıza hala izin vermezler.^[68]

Saf bir şekilde siyasal gerçek olarak varsayılan olağan üstü hal kavramını hukuksal olarak tanımlamak kolay değildir; çünkü genelde hukuk tarafından

[65] Aynı yerde., s. 222.

[66] Aynı yerde., s. 225.

[67] Aynı yerde., s. 226.

[68] Aynı yerde., s. 227.

kapsanmayan, olağan olmayan durumlara atıfta bulunur. “Muğlak ve belirsiz bir bölgede, hukuksal ile siyasetin kesişiminde” yer alır.^[69]

Carl SCHMİTT tarafından hukukun resmi teorisine zıt bir şekilde kurulan olağanüstü hâl teorisi aslında onun tamamlayıcısı olduğunu kanıtlar. Schmitt egemenliği bir normu dayatma gücü üzerine değil, her türlü normatif zorluktan kurtulmuş olan karar üzerine kurar. “Kararın hukuki normdan ayrıldığı” istisna devletin otoritesini karardan daha iyi belirtir. “Olağanüstü duruma karar veren egemen olandır”.^[70]

Terörle mücadele istisnayı ve hukukun askıya alınmasını emperyalist bir yapının kurucu fiili yapar. Böyle bir hukuk düzeninin oluşturulması Schmitt’in temel tezine yeni bir boyut katar: Egemenliğin oluşturucu fiili olarak istisnaya karar vermek.^[71]

Bugünkü olaylar olağanüstülikle ilgili kararın hukuk düzeninin bir parçası olduğunu gösterir. Alınan son terörle mücadele önlemleri Schmitt’in olağanüstü halin, *istisnanın yasaya kaydedilmesi* olarak nitelendirmesinin doğru olduğunu kanıtlar. Bugünkü durumun Schmitt’in hukuk düzeninin istisna ile ilgili karar araçları ile sağlandığı tezine gerçek anlamını verdiği dahi söylenebilir.

Emperyalist hukuk düzeninin olgunlaşmasında ABD, lokomotif işlevi görmektedir. Olağanüstü hal olana karar veren ve empoze edilmiş istisnaların bir işlevi olarak normu özellikle ceza hukuku ve onun icra usulleri değiştiren ABD’dir.^[72]

Olağanüstü usulün üstünlüğü, hukukta bir değişikliğe sebep olur. Bu değişiklikte devlet, toplumu oluşturur ve sürekli olarak toplum ile onun dışı arasındaki sınırı tekrardan tanımlar. Terörle mücadele hukukunun askıya alınmasını gerektirir ve yeni bir hukuk düzeni yaratırken aynı zamanda maddi ve formel olarak savaşılabacak düşmanı da üretir. Hukuk düzeninin adaptasyonu sıkıyönetimde olduğu gibi sisteminin dışında bir tehdidi değil, sistemin kendisinin içinden bir düşman hedefler. Araçlarla amaçlar arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesine tanık oluyoruz. Terör örgütünün, düşman olarak belirlenmesi onu, hukuki ve siyasi düzenleri değiştirmek için bir araç haline dönüştürür. Siyaseti kendi sureti ile kuran iktidarın kendisidir.^[73]

[69] Aynı yerde., s. 230.

[70] Aynı yerde., s. 231.

[71] Aynı yerde., s. 241.

[72] Aynı yerde., s. 242.

[73] Aynı yerde., s. 244.

Terörle mücadele ile çevrelenen reformlar siyasal alana yeni boyut getirirler. Toplumsal muhalefetin suçlanması, on dokuzuncu yüzyılda olduğu gibi ceza alanının içine azledilmesi değildir. Sadece devlet yönetimi organları meşru eylem gerçekleştirebilirler. Toplumsal muhalefetin suçlanmasını mazur gösteren şey, hükümetin dengesini bozan, onun üzerinde belirli eylemlere geçmesi ya da geçmemesi için baskı kuran ya da ona gözdağı veren hükümet tarafından kabul edilemeyen taleplerde bulunulmasıdır.^[74]

Terörle mücadele aracılığıyla iktidar yeni bir siyaset kavramı dayatmaya çalışıyor. Siyaset, toplumsal gruplar arasında bir karşı karşıya gelme ve uzlaşma mekânı olmayacak; fakat sadece bir yönetim alanı, teknik bir paradigma olacaktır. Böyle bir yapılanma piyasa ekonomisine toplumsal bir alternatif oluşturan her toplumsal yeniden yapılandırma sürecinin önleyici bir şekilde tasfiye edileceğini ima eder. Bu aşamada ceza yasaları ve ceza muhakemeleri usulünün reformundaki amaç, polisin inisiyatifi ele alan faaliyetine izin vermektir.

Bu büyük değişim, siyasetin doğasında gerçek bir değişiminde işaretçisidir. Yöneten sınıfın oluşmasında olduğu gibi egemenlik altındaki sınıflarla ilişkisinde de siyaset artık kimi hakların uzlaştırılması değil, evrensel olarak zaten var olan özel bölgesel çıkarların temsil edilmesi, teknik yöntemidir.

Dahası bu süreç kamusal olanla özel olan arasındaki ayrımın birbirine girmesine, neo-patrimonyal yönetim, devletin özelleşmesi, olarak anlaşılmıştı. Ayrıca sık sık siyasal olan ile ekonomik olan özerkliğinin sonu ya da sivil toplumun bütün işlevlerinin devlet tarafından emilmesi olarak analiz edilmiştir.^[75] Daha da radikal bir şekilde sivil toplumun siyasal olan içinde yok olması sorunu toplum ile devlet arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesi, devletin toplumu yaratması olarak da ortaya konulabilir.^[76] Fakat bu süreci bir sonuç olarak değil de, yerleşik otoritelerin eğilimleri, süregelen bir strateji olarak tasavvur etmek daha uygun olacaktır.^[77]

Her ne kadar her tür toplumsal yeniden yapılanma süreci dışlanmış olsa da, bu reformlar özel hayatın yönetimindeki müdahale alanını doğrudan genişletirler. Emperyalist yapı böylece hayatın tümünü kuşatır.

Böylelikle terörle mücadele önlemleriyle toplum-devlet ilişkisi kesin olarak ters çevrilmiştir. Sivil toplum siyasete karşı tüm özerkliğini kaybeder. Devletin

[74] Aynı yerde., s. 258.

[75] Norbettobobbio, L'Etat et la democratie internationale, Editions Complexe, Bruxelles,1998, s. 256.

[76] Michael Hardt ve AntonioNegri, Empire, Exils, Paris,2000, s. 122.

[77] Paye, a.g.y., s. 259.

meşruiyetinin kaynağı olan halkın egemenliği fikri terk edilmiştir. Vatandaşlığı bahşeden ve geri alan ve toplumu meşru kılan iktidardır. İktidar, toplumu kendi modeline uymaya zorlar ve yine eğer gerekirse suçlu olarak ilan eder. [78]

Terörle mücadele, kapsamlı olağanüstü halin ya da dünya diktatörlüğünün oluşturulmasında en ileri noktadır. Bu, yönetim şeklini tanımlayan bütün öğeleri yoğunlaştırır. Yürütmenin üstünlüğünü güçlendirerek iktidarın yeniden yapılanmasını etkiler. Çerçeve yasalarının gelişimiyle- ki bu çerçeve yasaları, kararnamele ya da bakan sirküleri ya da basitçe Adalet Bakanlığı ya da Başsavcı tarafından yapılan listeler yoluyla güçlendirirler- yürütme tam olarak yasama işlevini uygular ve de yargıyı araçsallaştırır. [79]

Hizmetlerin toptan liberalleşmesine mâni olan idari önlemlerin ortadan kalkmasını amaçlayan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması Projesi de tüm devlet düzeninin sistematik bir şekilde tasfiye edilmesinin bir başka örneğidir. Dünya Ticaret Örgütü'nde müzakere edilen bu proje sağlık ve eğitim gibi sektörlerin rekabete açılmasına imkân tanır. Kamu hizmetlerinin korunması ya da bazı hizmetlerin üzerinde bir düzen dayatmak için savaşılan güçlü bir protesto hareketi terörist olarak varsayılabilir. [80]

Toplumsal hareketlerin bastırılması uluslararasılaştırılması iş gücü üzerindeki kontrolün küreselleşmesine tekabül eder. Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa Birliği arasındaki son anlaşma bu eylem planının önemli bir parçasıdır. ABD olağanüstü mahkemelerine küresel siyasal komutanın üzerine inşa edildiği olağanüstü olma imkânı tanır. Hükümetler ya da uluslararası örgütler üzerine yapılan 'kanunsuz' siyasal baskının dava edilmesine izin veren yasalarla terör faaliyetlerine katılmakla suçlanan yabancıları yargulamakla görevli mahkemelerin eklenmesi, çok uluslu sermayenin politikalarına karşı olan herkesin hukuki korumalar olmaksızın cezalandırılabilmesini mümkün kılar. Olağanüstülük, yasanın hayatı emdiği belirli bir eylem planıdır. Bu özel mahkemelerin çalışması tüm hukuk sisteminin dünya ölçeğinde yeniden örgütlenmesini mümkün kılar. Böylece hukuk sistemi özel ABD mahkemelerinin belirleyici konum sahibi oldukları asimetrik bir örgütlenme haline gelir. Aslında onlar hukuk devletinin normal işleyiş sınırlarını koyanlar haline gelirler. Olağanüstülüğe karar veren, kuralı da oluşturur. [81]

[78] Aynı yerde., s. 260.

[79] Aynı yerde., s. 263.

[80] Aynı yerde., s. 266.

[81] Aynı yerde., s. 268.

SON SÖZ

“İstisna halinin temel niteliği, hukuki düzenin (bütünsel ya da kısmi olarak) alınması ise, bu askıya alma nasıl olur da yasal düzen içinde yer alabilir? Nasıl olur da hukuki düzen içinde bir yasadışılığa izin verilebilir? Aslında, İstisna hali, hukuki düzeni ne dışında ne de içindedir. İstisna halinin tanımı sorunu, tam olarak içle dışın birbirini dışlamadığı, tersine birbirini belirlediği bir eşiktir. İstisna halinde fiilin hukuka dönüştüğü söylenmişse de bunun tersi de doğrudur. Yani istisna halinde, fiilde, hukukun askıya alındığı ve unutulduğu tersine bir hareket de kendini gösterir”.^[82]

Paye'nin tüm sözleri Türkiye OHAL'ini anlatır gibi değil midir? Tıpkı onun ifade ettiği gibi, OHAL rejimi ile hukuksal rejim evresi, bir siyasal reorganizasyona tekabül etmektedir. Aleyhe götürülen bir ceza usul sisteminden bahsetmiyoruz yalnızca. Olağanüstü kolluk ve savcı yetkilerinin yerleşik hale getirildiği bir siyasi adli kolluk sisteminden bahsediyoruz. Siyasi adli kolluğun yargıdan üstün tutulduğu, “siyasi istikrar” a yönelen her etkinlik ve eylemi terör hukukuyla karşılayan yeni bir devlet yöneliminden. ABD'nin başlattığı bu yeni güvenlik devleti /polis devleti (polizeigestalt) modelinin hem Türkiye’de yerleşikleştirildiğinden hem de uluslararasılaştığından...

Carl Schmitt, sosyal devlet teorisinden Nazizmin otorite devlet pratiğine hızla savrulan bir yolculuk yapmış ve otoritenin *kararcılığını* (desizyonizm) her türlü hukuksal formasyonun üstünde bir hukuk kabiliyetinden görmüştür. Hobbes'dan devraldığı “kararı veren otoritedir, yasa değil” tümcesi bu serüvenini özetleyebilir. Sonuçta çıkan “otorite hukuku” ise aslında bir “hukuksuzluk” hukukudur.

OHAL, bir adli rejim inşa ederken bir siyasal rejim kurucu unsur haline gelmiştir hasılı. Ceza yargılaması ve pratikleri bunun yalnızca yöntemleri olmuştur. Bir farkla, bu yöntemler de artık birer toplumsal formasyon değil, iktidarın silahlarıdır. Ve bu yeni rejimde, “siyasi istikrar” a yönelmiş her eylem “terör suçu”na altlandırılmaya münasiptir artık.

2013’de Gezi Direnişi yargılamalarını konu aldığımız bir yazımızda “Türk Ceza Muhakemesi sistemimizin yeni aktörlüğü: İdeolojik savcılık” başlığını kullanmıştık. Devletçi savcılık bundan önce de vardı. Kanuncu savcılık da öyle. Ancak iktidarın ideolojisini yeniden üretmek üzere savcılık ikamesi ve pratiği, işte bu OHAL ile kazandırılan bir yeni nitelik. Bu kez emir de içsel...

Siyasal iktidar “istikrar” ını bozmaya yönelen her etkinliği -ceza hukukunu ilgilendirsin ya da ilgilendirmesin- kriminalleştirmek, ve adli usulü bunun

[82] Giorgio Agamben, İstisna Hali, çev. Kemal Atakay, İstanbul: Otonom, 2006, s. 33-39.

silahı olarak kullanmak. Elbette iktidarın ideolojisinden doğru... Çocuğuna pantolon alamadığı için çaresizliğinden intihar eden İsmail Devrim'in haberini yapan gazetecinin gözaltına alınması, bu ideolojinin adli refleksidir, ya da adli iktidarın ideolojik refleksi... Yoksulluğu, sınıf çelişkilerini, ekonomik krizi bir anda toplumsal kaynama momentine getiren -insani düzlemden- bir emsaldi İsmail baba... İdeolojik savcılık önce basın açıklamasıyla karşılık verdi (mer'i CMK'ye göre soruşturma aşaması gizliydi), ardından haberi yapan gazeteciye gözaltı ile.

Bir ay önce de "dolar artışlarıyla ilgili manipülatif haber yayanları gözaltına alırsız ha" diye basın açıklaması yapmıştı savcılık...

"Bitli yataklarda yatıyoruz, mesai ücretlerimiz ödenmiyor, arkadaşlarımız ölüyor" diyen eylem yapan 3. Havaalanı işçilerinin terör suçlamasıyla tutuklanması da buradandı... CMK'de tutuklama, TCK'daki suçlama kategorilerine bakıp aldanmayın, havaalanı işçilerinin eylemi iktidarın siyasi ve ekonomik istikrarını sarsma ihtimali taşıyordu. Ve "toplumsal muhalefetin suçlanmasını mazur gösteren şey, hükümetin dengesini bozan, onun üzerinde belirli eylemlere geçmesi ya da geçmemesi için baskı kuran ya da ona gözdağı veren hükümet tarafından kabul edilemeyen taleplerde bulunulmasıdır.

XIV. OHAL'de AVUKATLIK

Avukat, pozitif hukukun oyun kurallarını bozmak pahasına, doğal hukuka doğru gelişimi sağlayabilecek tek yargı unsurudur. Doğal hukukun eşitsizliklerini eşit gösteren mistifikasyonu karşısına da hukukpolitik donanımla çıkabilecek tek oyun kurucudur.

Bu nedenle "yeni merkezi güvenlik teknik devleti" ve onun "siyasi adli rejimini" zora sokabilecek, hatta bunu yargı aparatı içinde yapabilecek tek nosyona, Müdafinin hak ve yetkilerine yönelmiştir en kalıcı KHK düzenlemeleri.

Ve yeni rejim ilk gözaltı ve tutuklamalarında asgari usul ilkelere uyulması için dirençleri koyabilenler de avukatlar, hatta CMK avukatları olmuştur. Bunun yüzlerce pratik örneğini bilmekteyiz...

Yukarıda OHAL adli rejimine mündemiç OHAL politik rejimini anlatmaya çalıştık. Buna karşı yükseltilecek "Yeniden Cumhuriyet Hukuku" mücadelesinin, nesnesi hukukteknik ve hukukpolitikten; öznesi avukat kolektiflerinden geçmektedir. OHAL'de Avukatlık süren bu spesifik vazifenin adıdır. Sürmektedir, çünkü OHAL sürmektedir.

OHAL'de İnadına Avukatlık!

BİR ANKARA YOKSUNLUĞU; ADLIYE BİNASI

Av. Altan Görkem GÜRCAN*

Son 10 yıl içinde hemen hemen tüm kentlerde yeni adliye binaları inşa ediliyor. Bir yandan dağınık adliyelerin birleştirilmesi sonucunu doğuran bu inşa etme hali, bir yandan kentlerde bir gösteriş olarak dev adliye saraylarının dikilmesine neden oluyor. Ancak, bu sürece başkent Ankara dahil değil. Tam tersine, Ankara Adliyesi bölünerek eksiltilmiş durumda. Şehrin bir çok farklı yerine dağılmış olan mahkeme salonlarının ne zaman toplanacağı ise henüz bilinmiyor.

Hâlihazırda elimizde iki somut adliye durumu mevcut. Bunlardan bir tanesi; dışardan bakıldığında dev bir AVM’yi anımsatan, içeri girildiğinde ise her adım başı danışma olmasa gideceğiniz yeri asla bulamayacağınız ve bir site devletinin yaşayabileceği kadar büyük yapıların adliye binası olarak inşa edilmesi. Bir diğer somut durum ise; kentin farklı bölgelerine dağılmış ve aslen bir kamu hizmeti olarak adalet hizmetinin sunulması öngörülmeden inşa edilmiş olan yapıların adliye olarak tercih edilmesi. Avukatlık mesleğinin vazgeçilmez mekanı olan adliyelerin bu somut durumlarını; “nasıl bir adliye istiyoruz” sorusuna cevap bulmak niyetiyle bu yazıda değerlendireceğiz. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken; avukatlar mesleki faaliyetlerini daha kolay nasıl yürütürler çerçevesinden değil; bir kamu hizmeti olan adalet hizmetinin sunulması açısından değerlendireceğiz.

Öncelikli olan şu ki; her ne kadar mesleğimizi icra ettiğimiz önemli bir mekan olsa da; adliye binasının varlık nedeni, avukat-hâkim-savcılarının mesleklerini icra etmeleri değildir. Aslında bu icra hâli, bir sonuçtur. Bu anlamda, şu anki iktidarın dağıttığı ya da topladığı adliyelerin nasıl olması gerektiğini tespit etmeden önce cevaplanması gereken soru şudur: “Adliye niye var?” Avukatlar savunma yapsın, savcılar dilekçe okusun, hâkimler duruşma yapsın diye değil; “adalet hizmetini sunmak amacıyla örgütlenmiş kamusal mekanlar” oldukları için adliyeler var.

Bu çerçevede, yani “bir kamu hizmeti olan adalet hizmetini sunmak için örgütlenen kamusal mekan” olarak adliye düşünüldüğünde; sadece binanın

* İstanbul Barosu.

içinin nasıl olacağı dışında bir çok unsurla birlikte değerlendirme yapmak gereği ortaya çıkıyor.

Sosyoloji ve kent üzerine yaptığı çalışmalarla tanınan bilim insanı Manuel Castells'in belirttiği gibi “*Meydanlar, anıtlar ve anıtsal yapılar ideolojik yapının taşıyıcılığı yapıyor*”.^[1] Kentleşme bağlamında konuya baktığımızda; bir kentin merkezinde büyük kışlaların olması, merkezi otoritenin yüceltildiği bir yönetim anlayışını gösterirken; başka bir kentin merkezinde tiyatroların ya da üniversitelerin olması, bilim ve sanata olan önceliği göstermektedir. Bu anlamda, kamu hizmetlerine ait mekanların, kentin hangi bölgesinde konumlandırıldığı ve hatta binanın yapısı, iktidarın bu hizmetin sunumuna ilişkin temel ideolojisini yansıtmaktadır. Kısacası; iktidarın “adliye” örgütlenme biçimi ile adaleti konumlandığı yer arasında direk bir bağlantı olduğunu söylemek mümkün olduğu gibi; binanın büyüklüğü ve yapısı da bu hizmetin verilmesine dair ideolojik tutumla doğrudan ilgilidir.

İktidarın adalet hizmetine yönelik ideolojik tutumu ile dağıtılan ve toplanan AVM tipi adliyelerin değerlendirilmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki; adaleti, bir binaya sıkıştırmak elbet mümkün değildir. Adalet, hayatın her alanında, tüm canlılar ve hatta cansızlarla birlikte yaşar. Hak paylaşımı ile düzen sağlanmasının dengelenmesi, adaletin asıl canlı olarak ortaya çıktığı alan olup; bu dengenin sağlanamadığı yani uyumsuzluğun doğduğu anda ihtiyaç olan yargılama sistemi ve binası son aşamada devreye girer. Bu anlamda adaleti, asıl canlı olarak ortaya çıktığı alanlarda yaşatmaksızın, sadece uyumsuzluk aşamasında tartışma yürütülerek, bir sistemin adil olup olmadığı tespit edilemez. Keza, mevcut toplumsal hayatta adliye gelinceye kadarki aşamada adalet zaten canlı kalamamaktadır. Bu nedenle bu yazıda “nasıl bir adliye istiyoruz” sorusuna verilebilecek olan yanıt; maalesef ki kısıtlıdır.

AVM Tipi Adliye Sarayları

Çağlayan Adliyesi olarak bilinen İstanbul Adalet Sarayı, açılışında Recep Tayyip Erdoğan'ın da belirttiği gibi “Avrupa'nın en büyük adalet sarayıdır.” Asıl değerlendirilmesi gereken husus şudur: Avrupa'nın en büyük adalet sarayına ihtiyaç duymak ve sahip olmak, övünülmesi gereken bir unsur mudur?

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; adliye, toplumsal hayatta çözümlenememiş olan uyumsuzlukların geldiği son noktadır. Bu anlamda dev bir adliye binasına ihtiyaç duymak; uyumsuzlukların hayatın içinde çözümlenemediği, her yurttaşın bir

[1] Öncü, Ayşe& Weyland, Petra, Mekan, Kültür, İktidar (Küreselleşen Kentlerde Yeni Kimlikler) , İletişim Yayınları, Üçüncü Baskı, İstanbul 2010.

diğeri ile ya da idare ile sorununu ancak hâkim karşısında çözebildiği anlamına gelir. Tarihi, kültürü ve yapısı gereği, hâkim kararı olmaksızın uzlaşabilen bir toplumun, dev gibi adliye saraylarına ihtiyacı olmayacağı ortadadır. AVM tipi Adliye Sarayına ihtiyaç duyuyor olacak kadar uyumsuzluğun olması, övünülmesi gereken bir unsur değildir. Bu nedenle de ve maalesef ki Avrupa'nın en büyük adliyesine ihtiyacı olan ülke, Türkiye'dir.

Bunun yanı sıra; özellikle güvenlik, sağlık, adalet hizmetlerinin sunumunda unutulmaması gereken husus şudur: İhtiyaç anında ortaya çıkan ya da erişilebilen; ama mümkünse hiç ihtiyaç duyulmayacak olan, yani dingin ve huzurlu anlarda gözle görünmeyen olmaktır. Daha net bir şekilde ifade etmek gerekirse; hiçbirimiz, her sokak başına bir panzer dikildiğinde kendimizi huzurlu hissetmeyiz; ancak sokakta hiç kolluk kuvveti görmediğimiz halde, sadece suç işlendiği anda ortaya çıkan, mağduru koruyan kolluk, bize kendimizi güvende hissettirecektir. Bu anlamda kentin merkezindeki dev AVM tipi adliyeler, uyumsuzluğun belirgin olduğu bir atmosferi hakim kılar ki; adaletin, toplumsal hayatın her alanında yaşatıldığı bir ülkede, merkezi konumda müzelerin, sanat merkezlerinin olacağı kesindir.

Bölünerek Eksilen Adliye Binaları

Şu anda belirgin olarak Ankara'da yaşanan; mahkeme binalarının kentin farklı yerleşim alanlarına serpilmesidir.

Ankara özelinde belirtmek gerekir ki; Ankara'da çok adliye yoktur; Ankara'da çok sayıda "mahkeme binası" vardır. Okulu inşa etmek, sadece yan yana sınıf koymak olmadığı gibi; adliye de sadece mekansal olarak duruşma salonlarının toplamı değildir.

Kamusal bir mekan olan adliyenin ve içindeki yurttaşlarının öncelikle güvenliğinin sağlanması gerekmektedir. Güvenlik, sadece bomba taraması yapmak değildir. Örneğin, bir yangın çıktığında tahliye olanakları ya da biri kalp krizi geçirdiğinde sağlık görevlisinin erişimi için gerekli olanaklar var mıdır?

Şu anda kamuoyunda İkbâl Adliyesi olarak bilinen ticaret ve iş mahkemelerinin kurulu olduğu bina; aslen otel hizmeti vermek için inşa edilmiş olduğundan; kriz anında tahliye olanakları da; asansör sayısı ve taşıma yükü de; kalabalık grupların sürekli kullanacağı şekilde değil, az miktarda insanın dağınık zamanlara girip çıkacağı varsayılarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla; o binada çıkabilecek bir yangının; korkunç bir felaketle sonuçlanması yüksek ihtimaldir.

Bütün bunların yanı sıra kamusal öncelikle herkese açıklık ile tarif edilir. Bu anlamda her türlü kamusal mekanın "erişilebilir" olması gerekmektedir.

Ankara'da herhangi bir duruşmaya gidecek olan bir yurttaşın öncelikli olarak mahkemesinin hangi semtte olduğunu tespit etmesi, ardından buraya giden toplu taşıma araçlarını arayıp bulması gerekmektedir. İnternet kullanımını bir nedenle yapamayan yurttaşlar için ilgili mahkemeye ulaşmak neredeyse mümkün değildir.

Kaldı ki; Ankara'daki parçalı mahkeme binalarının hemen hiç birinde fiziksel olarak dezavantajlı yurttaşların binaya girip, zamanında duruşma salonuna erişmesi mümkün değildir. Asansör sayısı kısıtlı olduğu gibi, taşıma kapasiteleri de düşük olduğundan kapıdaki asansör sırasını beklemek gibi bir sorun dahi fiziksel dezavantajlı yurttaşlar düşünüldüğünde, adalet hizmetini ulaşılmaz hale getirmektedir.

Yurttaşlar bir yana; en üst katta kalp krizi geçiren bir hâkime, sağlık hizmetinin zamanında ulaşması dahi düşük ihtimaldir. Ya da tanık olarak, bebeği ile gelmiş bir annenin; bebeğinin bakımını yapacağı bir alan bulunmamaktadır.

Bu anlamda; mekansal olarak konumu bilinebilir, erişilebilir, güvenli mekanlar olmayan bu binalarda, 10 metrekare salonlara kürsü konuşlandırmak suretiyle inşa edilen duruşma salonları toplamı için "adliye" tanımının kullanılması mümkün değildir. Kısacası, şu anda Ankara'da adliye yoktur.

Olmayan bu adliyenin serpilmiş binaları arasında gidip gelen dosyaların her birinin ise duruşmaları ve işlemleri yavaşlattığı kesindir. Örneğin, ticaret, asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davaların bir çoğu icra dosyasına dayanmakta olup; ilgili dosyanın başkaca bir binadan istenip, posta yoluyla gönderilmesi gibi işlemler, sistemi ciddi şekilde yavaşlatmakta ve masrafa neden olmaktadır.

Ve nihayetinde, avukat olan bizler için organize edilmesi mümkün olmayan bir duruşma dağınıklığı; her mahkeme binası için ayrı bir masraf ve zaman ayırma; emek kaybı söz konusudur. Bu dışarıdan bakıldığında mesleki bir sorun gibi görünse de; asili temsilen bulunduğumuz salonlarda maruz kaldığımız her sorun; kaçınılmaz olarak yine asilin mağduriyeti haline gelecektir. Bu anlamda mesleki olarak avukatlar üzerinde vücut bulsa da; sonuç olarak bitmeyen ve geciken her işlem asil olan yurttaşları mağdur etmektedir.

Son söz yerine;

Her yurttaşın sorununu, ancak bir otorite olan hâkimin kararı ile çözmek zorunda kalmadığı; uyuşmazlıkların istisna, uzlaşmanın asıl olduğu bir toplumsal hayatta adaletin daha canlı olacağını biliyoruz. Öncelikli hayalimiz, toplumsal

hayatın her alanında yaşayan bir adalettir; kent merkezlerinde ise dev müzeler, üniversiteler, tiyatro sahneleridir.

İstisna olan uyuşmazlığın; çözümü için gerekli kamusal mekanlar olan adliye binaları, öncelikle adliye olarak projelendirilmiş binalar olmadığı takdirde; yurttaşın erişimini imkânsız kıldığı gibi, onlarca güvenlik ve sağlık sorununa yol açtığına avukatlarca şahidiz.

Bu parçalı yapının yarattığı organizasyon sorunlarının hem yargılama sürecini uzattığını, hem de masraf yükünü arttırdığını görüyoruz.

Bütün bunların içinde sadece mesleki derdimiz olmayan masraf ve emek kaybının, azımsanamayacak bir düzeyde olduğu ve asil olan yurttäşa da yansıdığı bir gerçektir.

İktidarın son 15 yılında her türlü inşaat yatırımını misli misli yaptığı, ancak başkente adliye yapmak yerine, mahkeme salonlarını serpiştirmesinin; bir olanak ya da bütçe sorunun değil; adli sisteme ilişkin bir ideolojik tercih olduğunun farkındayız.

David Harvey'in dediğı gibi “*Ne tür bir kent istediğimiz sorusu ne tür toplumsal bağlar, doğa ile ilişki, yaşam biçimleri, teknolojiler ve güzel duyu değerleri arzuladığımız sorusundan ayrılamaz. Kent hakkı kent kaynaklarına ulaşma bireysel özgürlüğünden çok öte bir şeydir: Kenti değiştirerek kendimizi değiştirme hakkıdır. Ayrıca bireyselden çok ortak bir haktır.*”^[2]

Bugün Ankara'daki adliye yoksunluğuna ve serpilmiş mahkeme salonlarına karşı olan mücadelemizin; yurttaşların ve avukatların ortak talebi ve mücadele konusu olan “adil bir yaşam mücadelesi” çerçevesinde olduğunun bilinciyle yolumuza devam edeceğiz.

[2] Harvey, D, (2008), “The Right to the City,” *New Left Review* 53, Eylül-Ekim, s. 23-40. [New Left Review'daki İngilizcesinden Meriç Kırmızı tarafından Sendika.Org için çevrilmiştir], Akt, <http://sendika62.org/2013/05/kent-hakki-david-harvey-29360/>, Erişim tarihi, 01/11/2018.

KAYNAKÇA

Harvey, D, (2008), “The Right to the City,” New Left Review 53, Eylül-Ekim, s. 23-40. [New Left Review'daki İngilizcesinden Meriç Kırmızı tarafından Sendika.Org için çevrilmiştir], Akt, <http://sendika62.org/2013/05/kent-hakki-david-harvey-29360/>, Erişim tarihi, 01/11/2018.

Öncü, Ayşe& Weyland, Petra, Mekan, Kültür, İktidar (Küreselleşen Kentlerde Yeni Kimlikler), İletişim Yayınları, Üçüncü Baskı, İstanbul 2010.

BİR “YAKIN DÖVÜŞ SANATI” OLARAK” AVUKATLIK

Dr. Orhan Gazi ERTEKİN*

“Ben, mahkemeye iki şey sunuyorum, gerçeği ve kafamı. Birincisini dinledikten sonra ikincisi hakkında dilediğiniz gibi karar verebilirsiniz.”
(Marie-Antoinette’in avukatı Chaveau Largarde)

Türkiye’de avukatlığın ne olduğuna/ne olması gerektiğine dair geniş bir tartışma külliyatı olduğu söylenemez. Dilekçe ve sözleşme hazırlama, yasa şerhlerini okuma ve Yargıtay-Danıştay içtihatlarını takip etmek gibi çeşitli “teknik” çalışmalardan başlayarak avukatlık etiği, duruşma adabı ve adliye kültürüne kadar uzanan bir “eğitim” sürecinin ve buna dair kapsamlı mesleki yaşam alanının kendi dinamizmine uygun bir kamusal ve popüler tartışma birikimine sahip olmaması pek şaşırtıcı olduğu gibi hem kurumsal birimler olarak barolar ve Barolar Birliği hem de bireysel olarak her bir avukatın pratiği ve bilincinin kendi potansiyellerine nazaran bu kadar geride kalmasının da aynı derecede şaşırtıcı olduğunu kabul etmek gerekiyor. Türkiye’de avukatlığın son 150 yıllık tarihine bakıldığında mesleğin kendi toplumsal ve siyasal serüveninde yeniden tarif edilmesi girişimlerinin neredeyse hiç olmadığını görmek ciddi bir yenilenme sorununu da ortaya koymaktadır. Avukatlık üzerine en son ciddi çalışma olan Av. Ali Haydar Özkent’in “Avukatın Kitabı”nın yazıldığı 1940 yılından bu yana 80 yıl kadar geçmiştir. Bu süre içinde hep kenarda köşede kalan çeşitli makaleler ve avukatlık biyografileri dışında avukatlığa ilişkin kapsamlı bir tartışma birikimi yaratılamamıştır maalesef. Peki “avukatlık nedir?” sorusuna nasıl cevap verilmektedir o halde? Belki incitici bulunabilir. Fakat büyük oranda klişeler, “uykulu sayıklamalar”, küçük mekanlarda paylaşılan ve kamusallaşmayan anılar ve muhtevassız açılış konuşmaları ve nutukların içinden yükselen “uğultular”la verilmektedir cevaplar ve bu da avukatlığın mevcut olağanüstü toplumsal ve siyasal dinamizminin oldukça dar alanlarda harcanması anlamına gelmektedir.

Neden Avukatlık Ekollerinden Söz Edilememektedir?

Gelin şöyle bir bakalım Türkiye’de avukatlığın tarihsel ve teorik kaynaklarına. Pek gariptir ki, örneğin Türkiye’de avukatlığın bir toplumsal tarihi

* Yargıç, Demokrat Yargı Eşbaşkanı.

yoktur. “Avukatlık ekolleri”nden, buna ilişkin geleneklerden de ne yazık ki söz edilememektedir. Avukatlara sorulacak “hangi avukatlık ekolündensiniz?” sorusunun cevabı neredeyse hiç yoktur. Avukatlık mesleğinin kendine has bir hafızası olmadığı gibi kavramsal zenginliğinden de söz edilemez. Nitekim Türkiye tarihi yazımlarının neredeyse hiçbirinde avukat, avukatlık, hak, adalet, hukuk ve yargı perspektifi baskın bir eksen olmamış, olamamıştır. Örneğin nasıl olup da 1940’lı yıllar Türkiye’sinin Av. Bülent Nuri Esen, Av. Kenan Öner, Av. Şevket İnce vb. gibi isimler üzerinden hiç yazılmamış olması hukukçuları şaşırtmaz ve ciddi bir “ayıp” olarak görülemez? Bugünün hukukçularının kendilerinden birkaç kuşak önce yaşamış avukat, hâkim ve savcılarını hiç tanımaması, isimlerini dahi bilmemesinin meslek ve mesleğin toplumsal dayanıklılığı açısından ne kadar büyük bir kayıp olduğu nasıl olup da akla gelmez? Daha devam edelim mi? Şurası da açıktır, ki hukuk ve yargı antolojileri ve almanaklarının yokluğu yargı muhabirliğinin Türkiye’deki yüzeysel varlığı ile bir araya getirildiğinde avukatlık çevreleri içindeki tartışma ve düşünsel potansiyelin kamusallaşma eğilimini de oldukça zayıf ve güçsüz konumlarında terk etmekle sonuçlanmıştır.

Kuşkusuz “hukukçuluğun” tüm alanlarına kadar genişletilebilecek bir teorik ve tarihsel hazırlık ve imkândan yoksunluk üzerine konuşuyoruz ki bu durum hâkimlik, savcılık, hukuk akademisyenliği gibi avukatlığı da son derece dar bir ilkeler ve vaazlar alanında teslim almış görünüyor. Son dönemlerde sıkça gönderme yapılan Jacques Vergès’in avukatlığın “sanat” olduğuna dair yaklaşımı duyulur olsa da ciddiyetle ele alınan ve katmanları belirlenen bir etkinlik haline gelmemiştir.

Görüldüğü üzere, Türkiye’de avukatlık bahsi, toplumsal roller içindeki önemli yerine, güçlü kurumlara sahip olmasına ve güncel dikkatler alanında yer almasına rağmen ciddiye alınabilir bir hafıza ve düşünce birikimi alanı olamamıştır.

Biz burada, şimdilik, avukatlığın ne olduğuna ve nasıl tanımlanması gerektiğine dair genel bir tartışma açacağız. İlerleyen dönemlerdeki yazılarımızda ise bir Türkiye avukatlık tarihi taslağı çıkarmak da kaçınılmaz olacaktır.

Avukatlık Nedir?

Avukatlık, yasaların kendi gerçekliğine kavuşturulduğu o uçsuz bucaksız belirsizlik alanının içinde yürütülen bir meslek/bir felsefe/bir sanat/bir spor alanıdır. Tam da bundan dolayı oldukça tuhaf bir gerilim ve çelişkinin üzerinde hareket etmektedir avukat. Bir yandan mutlak kesinliğin, yani yasaların nesnel ve olağan sonuçlarının olduğu bilgisi ve bilincinin üzerine oturur. Ama aynı anda koca bir belirsizliğin, bir kaosun, çoklu seçenek ve tercihler dünyasının tam ortasında

yer alır. Yasal kesinlik ile yargısal belirsizlik, yasanın mutlaklığı ile kararın çoklu ihtimalleri arasındaki derin çatlaklar içinde hareket eder. Bu durum, avukatı, bir yandan gerçeği arayan bir kişiye dönüştürürken aynı anda gerçeği yaratan haline de getirir. İşte Türkiye’de avukatlık pratiği, bilgisi ve bilincinin ilk fark edilmesi gereken nokta burasıdır; yasa ile kararı birbirinden ayırmak avukat için olmazsa olmaz bir kategorik farkı ortaya koyar. Çünkü Avukat, kendi varlığı ve etkinliğini tam da bu iki alanın yasa ve kararın arasındaki uzun mesafenin içine yerleştirir. Ve avukatın ikinci fark etmesi gereken şey ise yasa ile karar arasındaki geniş mesafenin içinde yasaı yeniden yaratmak, onu yeniden belirlemek ve sonuçlandırmak görevi ile karşı karşıya olduğunu bilmesidir. Burada Türkiye’deki cari avukatlık anlayışı bakımından iki ciddi sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi Türkiye hukuk/yargı geleneğinin yasa ile gerçek arasında doğrudan bir bağlantı kuran rasyonalist anlayışı ile hesaplaşmak zorunluluğu. İkincisi ise gerçeğin tek bir yapıda değil çoklu bir yapıda olduğunu anlayarak bir keşif konusu değil bir yaratma konusu olduğunu kabul etmek. Oysa Türkiye hukuk ve yargı geleneği hukukta “doğrunun tekliği” üzerine kurulu bir yaklaşıma sahip olmakla zaten avukatın ve avukatlığın ikincil hale gelmesini “nesnelleştirmek”tedir. Dolayısıyla Türkiye’de hukuku doğru yerine yerleştirmenin ilk koşulu avukatlığı doğru anlamaktan ve uygulamaktan geçmektedir.

Avukatlık Bir Keşif Değil İnşadır!

Gerçekten de avukatlık önceden var olan bir “nesne”yi veya bir “doğru”yu bulmak değil onu “yaratmak”tır. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi hukukta kendi başına bir gerçek yoktur. Hukuk ve yargıda bir yasa ve argümantasyon süreci içinde doğrulanma söz konusudur. Dolayısıyla somut karşıtlıkların belirli ve somut bir sahnede karşı karşıya gelmesi söz konusudur. İkincisi ise, bilgi, güç ve yetkinlik düzeylerine bağlı olarak “gerçeğin” değişebilir olmasıdır. İşte avukatlığı bir yakın dövüş sanatı haline getiren en temel nokta burasıdır. Şöyle anlatalım.

Büyük hukukçu Şeyh Bedreddin “Camiül Füsuleyn” isimli kitabında modern dönem hermenötüğünü çok erken keşfettiğini gösteren bir ayırmda bulunur. Bu aynı zamanda Amerikan Hukuki Realizm akımının da temel düsturudur. Ona göre “yasanın metni ile hâkimin kararı birbirinden ayrı iki farklı alandır...” Bu ilk anda sanıldığından daha ciddi bir keşiftir ve bugünün avukatları açısından bu Bedreddini hukuk ilkesi yaşamsal bir yol hattı da açmaktadır. Bu ilke şu anlama gelmektedir açık olarak: Birincisi yasaların tek bir yorumu yoktur. Yasa yorumu bir doğru yol boyunca belirlemez. Onu tek bir yapıda ve tek bir sonuç ile koşulamaz. Ve ikincisi ise yasalar zaman içinde de farklı yorumlanabilirler. Yasanın metni ile hâkimin kararını böylece birbirinden kategorik olarak

ayırdığınızda avukatlık bir keşif olmaktan çıkar ve bir inşai faaliyet haline gelir. Doğrunun bulunduğu değil yaratıldığı bir faaliyete dönüşür.

Avukatlık Gerçeği Aramak Değil Gerçekleri Yaratmaktır!

Hitler’in Adalet Bakanı Dr. Suitsze 1934’teki bir demecinde “avukatların sadece ve sadece gerçeğe ulaşması ve buna uygun hareket etmesi” gerektiğini söylemişti. Bütün dikta yapılarının avukatlığı tek ve mutlak gerçek ile eşleştirmesi, onu sadece basit, sıradan, kendi iradesi olmayan iktidara bağlı uydu bir yapıya dönüştürmez tek başına. Aynı zamanda gerçeği de sadece ve sadece dikta iktidarlarının tek ve değişmez kanaatleri olarak göstererek farklı hakikat iddialarının önünü kapatır. Böyle bir yapıda avukatlık yapılamaz. Çünkü, yargıda sanıldığı gibi tersine “gerçek” aranmaz. Aranamaz. Gerçek, sadece tanrının bir ayrıcalığıdır. Bu açık gerçek yargıda bir “gerçek” olmadığını, yargının “gerçeği” arayamayacağını, gerçek ile bağının kesinlik üzerinden değil sadece tarihsel anlar üzerinden belirlenebileceğini, bunun ise daima güç ilişkilerine, medya ve kamuoyunu belirleme yeteneklerine, avukatın söz ile ilişkisine bağlı olduğunu kabullenmeyi gerektirir. Gerçek üzerinde sahiplenici bir talebin her durumda bir tartışma ve duruşma konusu olduğunda ısrar etmek avukatın ve avukatlığın varoluş ve işlevinin ilk ve onsuz olmaz ilkesidir. Avukat gerçeği duruşma salonunda ve dosyada kurabildiği ölçüde gücünü ve varlığını ortaya koyar. Yani yargının gerçeği duruşma sahnesi ve dosya kapsamıdır ki işte bu gerçek yargıdaki güç ilişkilerinin, hâkim, savcı, avukat rollerinin temel zeminidir.

Avukatlık Bir Dövüş Sanatıdır!

Şu yukarıda belirtilen özellikler avukatlığı sadece bir bilgi alanı olmaktan çıkartır ve anlık bir performansa dönüştürür. Öğrenmek, bilgilenmek, antrenman yapmak ve anlık karar ve irade geliştirmek üzerine kurulu bir etkinlik alanından söz ediyoruz. Bu durum onu bütün bir dünyanın, bütün bir evrenin ortasında sonsuz bir mekanın içine yerleştirirken aynı anda somut bir sahneye de sabitler. Böylece avukat küçük bir sahnede evrensel bilgileri ile o anın ilişkileri ve rakiplerinin anlık hareketlerinde kendini kurar. Sanat ve estetik ile şiddet ve dehşetin bulunduğu duruşma salonlarında peşin bir konum alan hâkim ve savcılar karşısında kendi etkinliği ve pratiği ile ayakta kalabilecek tek aktördür avukat. Kendinden önce kurulmuş sahneyi, kendinden önce verilmiş rolleri ve kendinden önce yazılmış oyunu bozarak, onu arızalı hale getirerek varlığını ortaya koyar ve sahneyi yeni baştan çizer.

Sanatın, bilimin, felsefenin ve “dövüş sporu” nun yan yana geldiği bir “dünya”nın bir “sahne”, bir “tiyatro” ve bir “arena” özelliği arz etmemesi ve geniş bir seyirlik ilgi çekmemesi mümkün değildir. İşte avukatlığı insanlığın gelmiş geçmiş bütün agoralarında sanatçılar, politikacılar, tiyatrocularla beraber en ilgi çekici meslek kılan şey de budur...

AVUKATLIK METODOLOJİSİ: YARGININ YARGILANMASI*

Av. Berşan KAYIKÇI**

Tanıl Bora'nın “*Adaleti tanımlamak, evet, zordur, adalet soyuttur; adaletsizlik ise somuttur, gördüğünüz yerde tanırsınız onu.*”^[1] sözüyle ulaştığı bir hakikat vardır: Adalet, eşitlik ve hürriyet gibi kavramlar hakkında söylenecek her söz yalnızca düşünceyi düşündürmektir. Bugüne kadar keskin bir tanıma ulaşamadık.

Avukatlık mesleğinin ne olduğuna ilişkin bir tanım arayışına düştüğümüzde Avukatlık Kanunu'nca, kabaca bizlere “ne memurluk ne esnafılık” gibi bir yasal statü bahşedildiğini anlarız. Çünkü “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.” Bu –tanım olmayan- tanım şuna benzer: Doksanların sonu ikibinlerin başında inşa edilen apartmanların çirkin ve küçük mozaiklerle örüldüğü karanlık bir mimarî dönem yaşadık. Çoğu apartmanın girişine yine aynı mozaiklerle “Mülk Allah'ındır” yazılırdı. Fakat kirayı ev sahibine ödemek zorundaydık.

Avukatlık mesleğinin ne olduğuna ilişkin tekrar bir tanım arayışına düştüğümüzde, karşımızda “efradını cami ağyarını mâni” bir tanım olmadığı gerçeğiyle karşılaşırız. Ulusal ve uluslararası yasal mevzuatlar içerisinde önümüze tanım diye sunulan tüm cümlelerin nitelik ve işlev belirlediğini görürüz. Havana Kuralları olarak adlandırılan Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi, apaçık şekilde avukatların görev ve sorumluluklarını düzenler. Avukatların adalet dağıtımında temel bir unsur olduğunu ifade ettikten hemen sonra, mesleklerinin şeref ve itibarlarını korumakla görevli olduklarını hatırlatır.

Avukatlık mesleğinin ne olduğuna ilişkin onlarca nitelikle ve yüzlerce sorumlulukla karşılaşırız. Ancak avukatlığın “nasıl” icra edileceği büyük bir yalnızlıktır. Bir omzunda müvekkilinin haklarını diğer omzunda mesleğinin

* Hukuk Defterleri” adlı derginin 5. sayısında yayınlanan “Avukatlık Metodolojisi: Bir Düşünce Taslağı” adlı yazının gözden geçirilmiş ve çeşitli değişiklikler yapılmış hâlidir.

** Ankara Barosu.

[1] Tanıl Bora, Birikim Dergisi, 21 Haziran 2017, “Adalet”.

sorumluluklarını taşıyan avukatın, yargı pratiği içerisinde avukatlık mesleğini “nasıl” icra edeceğine ilişkin problem, mesleğin özüne ilişkin temel problemdir. Avukat, sanıldığı üzere sadece kanunlarda boşluk, huzurdaki davada işe yarar yüksek yargı kararı yahut düzenli ödeme yapan müvekkil şirket değil, yöntem arayandır.

Avukat Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı* adlı eserinde “Genç Avukatlarla Gizli Konuşmalar” başlığı altında “Avukatlık Metodolojisi” ne ilişkin, bilinen, ilk yazılı kaynağı ortaya koymuştur.^[2] Özkent’in anlatımı içerisinde Avukatlık Metodolojisi’nin ne olabileceğine ilişkin bir tanım çıkartmamız mümkün: *Avukatlık mesleğinin kaygıdan uzak ve etkin şekilde icra edilebilmesini amaçlayan yöntem arayışı.*

Avukatlık Metodolojisi hakkında çalışmalar yapan bir başka isim ise Avukat Kemal Vuraldoğan’dır. Ernest Hırş’ın “Pratik Hukukta Metod” kitabını kaynak olarak *Uyuşmazlığın Hukuksal Özünün Belirlenmesi* adlı makaleyi kaleme almıştır.^[3] Yargı pratiği içerisinde, maddi dünyada yaşanan bir olayın dava dilekçesine “nasıl” tercüme edilebileceğini adım adım tartışır. Yaptığı tartışma bütünüyle yöntem üzerinedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yazılı yargılama usulünün yargılama içerisinde kazandığı büyük zafer karşısında, özel hukuk yargılamalarına ilişkin duruşmaların avukat tarafından dilekçedeki hususların tekrarını içeren bir beyan bildiriminden öteye gitmediği düşünülebilir. Ne var ki; avukatlığın, maddi dünyada gerçekleşen olayı hukuk diline tercüme eden, belirlenen gün ve saatte görülen açık yargılamada dilekçeye bağladığı tercümesini telaffuz eden bir meslek olmadığı açıktır. Gerçekten de, Vuraldoğan “Göreviniz, hikayeleri, yaşananları hukuksal biçime sokmak; başka bir deyişle müvekkilinizin hikayesini aktarmakla yetinmeyerek, hikayenin hukuksal analizini yaparak ilgisine hukuksal bir biçimde sunmaktır. Aksi takdirde sadece arzuhalcilik yapmış olursunuz”^[4] sözleriyle avukatlık faaliyetinin özünü titizlikle ortaya koymuştur.

Yargı pratiği içerisinde *duruşma*; birbirine yakın “dakika” aralığıyla sıraya konulan, hiçbir zaman belirlenen saatinde yapılmayan, ne var ki yargıcın bir sebeple duruşmaya bakamayacağı öğrenildiğinde mahkeme kapısında hazır bulunan Avukat tarafından “mesleki mazeret dilekçesi” verdirtilerek bir sonraki mevsimde görülme umudu taşınan işteş bir fiildir.

[2] Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, Ankara: Arkadaş Basımevi, 2002.

[3] Kemal Vuraldoğan, “Uyuşmazlığın Hukuksal Özünün Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1: 537-548.

[4] Vuraldoğan, a.g.e.

Şüphesiz ki “yargının yargılanması” ile kast edilen idari yargılamaya konu, hâkim ve savcıların disiplin yargılamasına ilişkin bir yargılama faaliyeti değildir. Belirlenen gün ve saatte duruşma için hazır bulunan avukatın, mübaşir tarafından hâkimin mazereti sebebiyle duruşmanın görülemeyeceği kendisine söylendiğinde, yargılama dosyası içerisine sunulan “hâkimin mazereti sebebiyle duruşmanın görülemeyeceği tarafımıza bildirilmiştir” içerikli beyanı dahi içerisinde taşır. Nasıl ki; ceza hukuku yargılaması ile ulaşılması beklenen maddi gerçeğin ortaya çıkartılması; özel hukuk yargılaması ile de şekli gerçekliğin hakkaniyet çerçevesinde hukukî sonuca bağlanması ise; yargının yargılanması, avukatın savunma hakkı çatısı altında yer bulabilecek, mesleğin varoluşuna ait temel bir sorumluluktur.

Yargı pratiği içerisinde “nasıl” baş edileceği tartışılan tüm olumsuzluklar, Avukatlık Metodolojisi çerçevesinde çözümlenecektir. Artık idari bir mercii haline gelmiş yargının kökleşmiş ve hatta kurumsallaşmış tüm kusurlarına yargının kendi içerisinde çözüm getiremeyeceği açıktır. Avukatlık mesleğinin yargının dışında tutulmasını sağlayan tüm düzenlemeler, mesleğin bağımsızlık niteliğini güçlendirmektedir. Çünkü yargılama da yargılanır ve bu yargılamayı yargı pratiği içerisinde yapabilecek tek mekanizma Avukat’tır.

ADLIYEDE BİR HAYALET DOLAŞIYOR: VERGES'İN HAYALETİ!

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU*

Avukatlık yapmak nasıl öğrenilir sorusu üzerine ne kadar düşündünüz, avukatlık yapma biçimleri arasındaki farkları alıcı gözle izleme fırsatı buldunuz mu, bilmiyorum. Avukatlık, üzerinde konuşulması zor ve fakat en heyecan verici mesleklerden biri. Genellikle serbest icra ediliyor oluşundan dolayı; ne kadar avukat varsa o kadar avukatlık pratiği var demek, abartılı olmaz sanırım ve bu yüzden de, avukatlık üzerine konuşmak zor bir taraftan. Diğer yandan, bu durum avukatlığı özel, özgün, özgür ve heyecan verici kılan en önemli sebeplerden. Avukatlık konusundaki şahsi deneyimimle diyebilirim ki; avukatlık hâlen usta-çırak ilişkisinden çokça etkilenmekte, ancak bu etki avukatlığı icra edenin kişisel ve politik tercihlerine göre, kendine özgü bir biçime bürünmekte. Tam da bu sırada Türkiye'de hukuk fakültelerindeki eğitimin, hâkim ve savcı yetiştirmek üzere kurgulandığını, fakülteden mezun olanların avukatlığın en temel esaslarından dahi habersiz olduğunu söylemem gerekiyor. Avukatlık stajları ise, yeknesak bir müfredat ve uygulamadan uzak. Böyle olduğu için de, doğru veya yanlış, her avukat el yordamıyla, biraz kişisel altyapısına ve şansa kalmış faktörlerin etkisiyle meslekle tanışıyor. Resmî eğitimde avukatlığın yerinin neredeyse yok denecek kadar az olmasının yanında, avukatlar tarafından da kişisel ve kolektif deneyimleri kitap ve makale haline getirilmiyor. Tarihteki yeri hâkimlik ve savcılık mesleklerinden daha önceye, hatta insan topluluklarının oluşumu kadar eskiye götürülen avukatlık hakkında, çok az yazılı metin mevcut. Bu yüzden topluma ve hukukçulara, avukatlığı konuyla hiç ilgisi olmayan kişilerden ve onların yaptığı filmlerden, dizilerden ve kulaktan kulağa aktarılan söylencelerden öğrenmek düşüyor.

Avukatlar üzerinde, duruşma sırasında izlenen, dilekçesi okunan her avukat olumlu ya da olumsuz bir farkındalık yaratır ve bu sürekli kendini güncelleme hâlinin, mesleğe olan ilginin diri kalmasında etkisi büyüktür. Tabi bazı metinlerin ve bazı avukatların, meslekle ilgili düşüncelerin oluşmasında ve mesleği yapış şeklinde, daha çok etkili olduğu kesin. Burada; her avukatın, hatta her hukukçunun; mutlaka okuması, araştırması ve üzerinde

* Ankara Barosu.

düşünmesi gereken bir avukat olan Jacques Verges'ten ve onun hukuk, yargı ve avukatlık konusundaki kült kitabı olan *Savunma Saldırıyor*'dan bahsedeceğim.

Yargılama içinde savunma tarafında bulunmak, genellikle kendiliğinden bir mahcubiyet içinde olmak demektir. Savunma durumunda olan ister sanık olsun, ister şüpheli, ister de müdafî; “meşru” olana saldırmayla itham edilmiş olmak oturuşuna, konuşurkenki ses tonuna yansır; tereddüt ve mahcubiyetin etkisiyle davranır ve yargının diğer unsurları tarafından öyle davranması da beklenir. Avukatlık Kanunu, avukat, yargının unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder dese de, avukatın kendini hâkim ve savcı ile eşdeğerde gördüğünü ima eden her davranışı; saygısızlık, cüretkârlık, haddini bilmezlik, işgüzarlık ve hatta teröristlik olarak değerlendirilebilir. Bu yüzden pozitif hukukun vaadine uygun bir avukatlık pratiği göstermek bile; mahkeme salonunda, emniyette, cezaevinde azarlanmaktan, kötü muamele görmeye ve hatta tutuklanma ve cezalandırılmaya kadar giden bir aralıkta muameleye maruz kalmayı göze almayı gerektirir. Böyle bir pratiğin içerisinde mesleğini yürüten bizler için, “Savunma Saldırıyor” ismi çok anlamlı ve manidardır. İçeriği okumadan dahi, birçok avukatta, hep dilinin ucunda ve gönlünde olanın bu olduğu hissi doğar önce. Okumaya başladığınızda ise içeriğin, kitabın inceliğine ters bir ağırlıkta olduğunu görürsünüz.

Kitabın, özellikle Türkiye'nin son yıllarına damgasını vurmuş davaları ve etrafında gelişip şekillenen olayları anlamlandırabilmek açısından çok faydalı olacağı kanısındayım. Okuduktan sonra, “Tek biz değiliz.”, “Sadece bu zamana özgü değiliz.” ve “Düşüncelerimiz ne kadar da dar bir perspektife sıkıştırılmış.” sözlerinin, ağızınızdan döküleceği garantisini de verebilirim.

Yargının, egemen ideolojinin kendini korumak için kullandığı bir araç olduğu; özellikle solcular ve cinsiyetçi kararların mağduru kadınlar tarafından uzun yıllardır dile getirilir ve bu eleştiriler kamuoyunda bir türlü yerini bulamazdı. Fakat son yıllarda Türkiye'de sanık olması tahayyül dahi edilemeyecek kişiler hakkında açılan ceza davaları ve bu davalardaki açık hak ihlalleri nedeniyle, sorun medyanın ve konu ile ilgili ilgisiz herkesin ilgisine mazhar oldu. Ergenekon ve Balyoz gibi, komplo ya da kumpas davaları diyebileceğimiz davalar yoluyla, bazı kurumlardan bir siyasi grubun tasfiye edilerek başka bir siyasi grubun yerleştirilmeye çalışıldığı, bu biçimde de gücün ve iktidarın el değiştirmesinde yargının araç olarak kullanıldığı, Türkiye'de artık hiç kimsenin inkâr etmeyeceği kadar açık. Bütün bu davalar ve yaşananlar sonrasında, yargının “adaletinin” tartışılmaz olmadığı gerçeği, hem toplumda hem kanaat önderleri arasında artık daha geniş yankı bulabiliyor. Verges; “*Oysa adalet ister ilah gibi süslensin, ister paçavralara bürünsün, yönetici sınıfların emrindeki şu işlevi hiç değişmez:*

yasanın çiğnenmesi ile ortaya çıkan toplumsal çelişkileri o sınıflar lehine çözmek."^[1] derken de, tam buna işaret ediyor. Verges; "*Savunmanın haklarına saygı, hukuk devletinin temeldir. Ancak yutturmacanın bu denli büyük rol oynadığı çok az yaşam alanı mevcuttur. Tumturaklı sözlerin gerisinde alçakça manevraların sürünerek yaklaştığını görmek muazzam bir uyanık kalma çabasıyla mümkündür.*"^[2] derken, adeta bugün yaşadıklarımızı tarif ediyor. Siyasi olan ile hukuki olanın sınırlarının belirsizleştiği ve ceza hukukunun siyasi olanı da kapsayarak, kriminalize etme yoluyla muhalifleri hizaya getirmenin bir aracı olduğu ülkemizde, hukukçuların her zamankinden daha uyanık olması gerekiyor. Ülke olarak bizzat yaşadığımız tecrübelerin de gösterdiği üzere, gündemin ağırlıklı olarak ceza davalarından oluşması ile otoriter bir yönetim biçimiyle yönetilme arasında paralellik var.

Hukukla yüzleşmek, hukukun adaletle olan ilişkisini ortaya koymak ve neye hizmet ettiğini görmek; sadece bizim değil bütün toplumların uzun vadede kaçamayacağı, zaten kaçmaması da gereken bir zorunluluk. Bu ihtiyacı bütün avukatlık yaşamı boyunca hisseden ve bu sayede kopuş davaları kuramının en önemli uygulayıcısı olan Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor* isimli kitabında hukukun/yargının "adaleti" sorununu, bütün dünyadaki önemli dava örnekleri üzerinden inceliyor. Verges, avukat olarak meslek yaşamı süresince, Klaus Barbie, Slobodan Milošević, Çakal Carlos gibi kendi politik duruşuna ters ve dünyanın lanetlediği kişileri de savunmaktan çekinmemiş. Kendisi ile yapılan röportajlarda bu kişileri neden savundunuz sorusuna kötülük ve adaletsizliğin bu kişilerle başlamadığını, egemenler tarafından daha yaygın ve derine nüfuz etmiş bir şekilde çok daha ağır suçlar işlendiğini, ancak bunların yargılanmadığı/cezalandırılmadığına bu sayede dikkat çekebileceğini söylemiştir. Çarpıcı bir örnek olarak, Verges "*Kudüs yargıçlarının Eichmann aracılığıyla mahkûm ettikleri emperyalizm değildi, onunla dayanışma halindeydiler, emperyalizmin nazizimle büründüğü şekildi; cinayet değildi, sadece cinayetteki hırpanilikti.*"^[3] demektedir.

Verges; savunduğu müvekkillerinin işledikleri suçların ağırlığı sebebiyle, terörün avukatı olarak nitelenmiş, duruşma salonlarında yuhalanmış, hatta bir süre avukatlık yapması yasaklanmıştır.^[4] Fakat bütün bunlar, onun mesleği inandığı biçimde yapmasına engel olmamıştır. Çünkü onun için; "*Çelişki, varoluşun bizatihi koşuludur; suç da hayatın kendisine, değişmesi için çaktığı*

[1] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 14

[2] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, Türkçe Basıma Önsöz

[3] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 16

[4] <http://www.belgeselciyiz.com/terorun-avukati-belgesel-izle.html?fbclid=IwAR0yCRtCa1W-pX6C09xd6Oz5Ja3MLsSsM9tkzZFMaCW0gCechESEuYS8-kg>

işaret. Davanın işlevi, bireyler ile toplumlar arasındaki çelişkileri ortaya sermektir. Bizzat sanıkların rızasıyla, en azından boyun eğişiyle.”^[5]

Kitapta tarihe damgasını vurmuş bazı davalarda, sanıkların savunma stratejileri, mahkemelerin tutumları ve kamuoyunda yarattığı etkilere yer verilmiş. Gerçek davaların yanı sıra Stendhal'ın *Kırmızı ve Siyah* romanındaki ve Kafka'nın ünlü *Dava* isimli kitabındaki davalar da, bu bağlamlarda incelenmiş.

Verges kitabında, savunmanın hukuk devletinin temeli olduğunu söylerken, diğer taraftan savunma hakkının bir yutturmaca olarak kullanılabileceği, görün-tüyü kurtarma amaçlı, yapılan işleme “hukukilik” görünümünü vermek için işlevsiz bir hale getirilebileceği konusunda uyanık olunması gerekliliğini vurguluyor.

Yazar, kitabı uyum davaları, kopuş davaları ve siyasi dava tekniği olarak üç bölüme ayırmış. Uyum davaları başlığı altında incelediği davalarda, halihazırda mahkemelerde gördüğümüz tarzda bir savunma stratejisi uygulandığını görüyoruz. Yani sanık/savunma, suçu işlemediği ya da zorunluluk altında işlemek zorunda kaldığı şekilde kendisini savunuyor. Bu duruma dair, “*Adaletin görevi, çelişkiler iç savaşa ve kitlesel bastırmalara varmadıkça, onları eldeki imkânlarla çözmektir ve bu olmayacak iş değildir, zira sanık her zaman müjdelediği yeni dünyanın bilincinde olmaz; çoğu kez yargıçlarıyla eski yasaların er meydanında yüzleşmeyi kabul eder, hele, tarihin bir cilvesiyle, o yasalar geçici olarak kendisine lütüfkâr davranıyor gibiyse.*”^[6] ifadesini kullanıyor Verges.

Kopuş davaları başlıklı bölümde incelenen davalarda ise; bildiğimiz anlamda yargılamayı ve hukuk mantığını altüst eder bir tarz sergileniyor. Zaten Verges, “*bir ceza davasının üslubunu belirleyen şeyin sanığın var olan düzene karşı duruşu olduğunu*” ve “*sanığın var olan düzeni kabul ettiği bir durumda davanın mümkün olduğunu; var olan düzeni reddettiği durumda ise, hukuki mekanizmanın dağılacığını*”^[7] söylüyor. Esasen kopuş stratejisini, bir savunma olarak adlandırmak doğru da değil. Zira bu durumda sanık ne iddianameye, ne somut olayı gerçekleştirip gerçekleştirmediği iddialarına cevap veriyor. Verges bunu, “*kopuşta sanığın kişiliği, olgular ve eylemin koşulları önemini yitirerek ikinci plana düşer; ön planda, toplumsal düzene karşı yöneltilen sert itiraz belirir*”^[8] diyerek, ifade ediyor. Sanık kendini mevcut mahkemenin gözünde aklamaya çalışmak yerine, düşüncelerini kamuoyu ile paylaşmayı amaçlıyor. Bunu yaparken çoğu zaman düzeni/hukuku/mahkemeyi, yaptıkları ve/veya yapmadıkları konusunda

[5] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 13

[6] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 13, 14

[7] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 15

[8] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 48

yargılamayı da ihmal etmeden. Böyle baktığımızda, Verges’in kitabına neden “Savunma Saldırıyor” ismini verdiğini anlamak kolaylaşıyor.

Mahkemelerin ve hukukun yönetici sınıfların menfaatlerini korumak amacıyla kurulan ve kullanılan araçlar olduğu iddiası, kopuş stratejisinin özünü oluşturur. Egemen ideoloji ve sınıf lehine olduğu müddetçe, adaletsiz ve eşitsiz kararlar vermekten çekinmeyen mahkemenin meşruiyetini reddeden sanık, meşru kabul etmediği mahkemeye hitaben değil kamuoyuna karşı savunmasını/konuşmasını yapar. “*Kopuş davalarının çoğunda savunmanın hedefi, sanığı aklamaktan çok, düşüncelerini açığa çıkarmaktır.*”^[9] Bu biçimde sanık, mahkemeyi muhatap almak yerine, kamuoyunu kendisine muhatap alır ve kararı kamuoyunun vermesini bekler.

Hukuku tartışmaya açanları kaos istemekle suçlama eğilimini öngören Verges, “*kopuş adaletinin ayrı dünyasının tümüyle yasa dışı ve yasadışı bir dünya olmadığını, kopuş ile suçu ve şiddeti meşrulaştırmaya çalışmadığını, sadece davaların siyasi ve toplumsal koşullarını tabli etmeye çalıştığını*”^[10] söylüyor.

Son yıllarda büyük bir duruşma salonuna dönüşen Türkiye’de de, farkında olmadan kısmi bir kopuş yaşandığını söylemek abartılı olur mu bilmiyorum. Ancak hukukçu olan olmayan herkesin yaşamına fazlasıyla dokunan hukuk ve adalet konusunda ezberleri bir kenara koyup, geniş bir perspektifte düşünmeye zemin açan “Savunma Saldırıyor” kitabı, hepimiz için bir giriş olabilir.

Jacques Verges ile tanıştıktan sonra hukuka, siyasete ve davalara bir de onun gözüyle bakmaktan kendinizi alıkoyamayacaksınız. İzlediğiniz, okuduğunuz veya bizzat içinde olduğunuz dosyalarda/duruşmalarda onun nasıl bir konuşma yapacağını düşünmek hem merakınızı celbedecek, hem de heyecanlandırarak... Adliyede onun hayaleti ile birlikte olduğunuzu hissedeceksiniz ve o hayalet size; “*Kimsiniz? Neyi temsil ediyorsunuz? Nedir tarihteki varlık nedeniniz?*”^[11] diye soracak. Bu sorulardan korkmayın ve kaçmayın!

[9] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 55

[10] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 104

[11] Jacques Verges, *Savunma Saldırıyor*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 18

AVUKATLIĞIN ERİLLİĞİ*

Dr. Esra ERGÜZELOĞLU KİLİM

Gerçekliği sınıf analizi ile anlamaya çalışanlar için feminist kavramları ve terminolojiyi kullanmaya başlamak ve bu alışkanlığı kazanmaya çalışmak başlangıçta zorlayıcı olabiliyor. Yaşamın ve pratiğin içinde karşılaşılan gündelik sorunlarda feminist metodolojinin akıl açıcılığı yardımıyla düşünmenin kazandırdığı derinlik ve netlik göz ardı edilemez bir düzeye ulaştı. Bunun tarihsel materyalist yöntem ile birlikte yeni bir sentezde buluşma olasılığı üzerine düşünmek, tekrardan somuta ve günecele dönerek öğrendiklerimizi ve bulgularımızı sınamak ile gerçekleşebilir. Kapıdan içeriye doğru ilk bakış, ilk sorular, ön düşünceler ile bir yol açabilmek umudunu taşıyan bu yazıda, adalet dağıtma mekanizmasının, adli bürokrasinin küçük ama önemli bir parçasını ele alarak yol alabileceğimizi umuyorum.

Devlet, bürokrasi, yargı biçiminde kurumsallaşan iktidarın aynı zamanda baştan başa eril olması, tarihsel olarak ataerkil bir kuruluş ilkesine dayandığının ileri sürülmesi, aksinin mümkün olup olmadığı üzerine bir tartışmayı da beraberinde getirebilir. Erillğin karşıtı olarak dişil kavram ve kurumlar icat edilirken bir başka inceltilmiş sınıfsal iktidarının görünmez ağına kapılabilir miyiz? Eril ya da dişil tarz, kurum, süreç saptamasını yapmak önemli olmakla birlikte, birini diğerine alternatif olarak kurmadan iktidarın böylesine kurumsallaşmış biçimlerinin toplumdaki temel işlev ve amaçlarının özüne geri dönme niyetini anlama çabası nasıl canlı tutulabilir. Konumuz bağlamında biraz daha somutlarsak rasyonel, sonuç odaklı “eril” bir adalet sisteminden, uzlaşma, müzakere, ikna ve pazarlığa dayalı “dişil” bir sisteme geçiş için arabuluculuk tarzını yargı dışına çıkarma yollarına mı başvuracağız? “Eril” ve “dişil” kategorilerini verili olan böylesine bir içerikle mi kavrayacağız?^[1]

* Yazının oluşmasında katkılarından dolayı Emra’ya, Çağdaş’a ve Mersin Barosu Kadın Hakları Merkezi’nden Arma Umran Yiğit, Filiz Soyulubozan, Şirin Güner, Zelay Akgül, Nesrin Gözen Bilek ve diğer kadın hak savunucularına teşekkür ederim.

[1] Erillik kategorisi için bkz. Özgür O. Erden, “Akıl/Beden Dikotomisinden Modern Eril Politik Uğrağa: Bedenin İnşasından Cinsiyetçi Politika Üzerine Bir Not” *Toplum ve Demokrasi* Y.2, S.4, Eylül-Aralık 2008, s.127-134.

Temel sorun, erillik veya dişillik öznelardan, sınıflardan, çıkarlardan soyutlanarak bir tahakküm modeli olarak ele alınabilmesi, birine göre diğersinin tercih edilmesi değildir. Ortada apaçık durduğu halde kanıksanmış, unutulmuş, üzerine düşünülmemiş, açık edilmemiş tarzların katmanları içine gizlenmiş boyutların ortaya çıkması için kullanışlı araçlar bulunmasıdır. Gelişen feminist alan yazını dil, cinsler arası ilişkiler, aile, meslekler, ekonomi, siyaset, hukuk ve devlet gibi toplumsal yaşamın birçok boyutunda erillik ve ataerkil kuruluşun çözümlenmesini yapmakta, toplumsal cinsiyet olarak kavramsallaştırdığı tahakküm ilişkisini görünür hale getirmektedir. Gündelik yaşamdan, politikaya, bilime ve sanata üretim alanlarında bu yeni bilgi alanından kaçmak yerine hepimize bunun üzerine uzun soluklu tartışmaların yapılması sorumluluğu vermektedir.

Türkçe alan yazında, hukuka feminist bakış ile, normların içeriğinde ve temel kanunlar üzerine önemli bir mücadele yürütülmektedir. Medeni kanun, ceza kanunu kadınların hukuksal anlamda erkeklerle eşitlenmesini veya kadınlık durumundan ötürü yaşanan adaletsizliklerin bir ölçüde giderilmesi için kamuoyunda yürütülen tartışmalar hukuk alan yazınına girebilmektedir. Zaman zaman geri kaybedilebilse de, milliyetçi-muhafazakar pratiklerin hükümet politikası olarak desteklendiği dönemlerde bile kadın hareketinin çeşitli kazanımlarının en azından kuramsal ve hukuksal düzleme yerleştiğini görmek umut verici oluyor. Son zamanlardaki kazanımlardan en önemlisi “kadının beyanı esastır” ilkesinin, en azından yargılamanın başlangıç aşamasında, toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri içinde “tarafsızlık” ilkesinden ötürü gördüğü zararın katlanmasını önleyecek kadın yanlısı koruyucu hukuki araçların olabilirliğini göstermiştir.

Hukukçuların kendi çalışma ilişkilerine yönelik feminist pratikleri ne yazık ki kişisel ya da baro düzeyinde yürütülen aktivizm boyutunda kalmış görünmektedir. Adalet bürokrasinin bütünsel olarak kendi üzerine feminist avadlıkla düşünme ya da hukukçu akademisyenlerin adalet sistemine feminist bir perspektiften bakma geleneği henüz yerleşmemiştir. Bir giriş niteliğindeki böyle bir yazı aracılığı ile Mersin Barosu’ndan kadın avukatlar ile gerçekleştirdiğimiz düşünce alışverişinden edindiğim bazı saptamaları aktarmaya çalışacağım.^[2] Akademik tartışma ve araştırmalara kaynaklık edecek başlangıç sorularına aracılık etmesi oranında bu konudaki çalışmaların derinleşmesini umut edelim.

[2] Bu başlangıç çalışmasının yazım aşamasında yedi kadın avukat ile kısa bir zaman aralığında bir görüşme yapılabılmıştır. Türkiye’de 2017 yılı adalet istatistiklerine göre 60.360 erkek, 46.136 kadın avukat görev yapmaktadır. Kadın avukatlar tüm avukatların %43,3’lük bir kesimini oluşturmaktadır. Bu konuda daha sistematik niteliksel araştırmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Kadın Avukatların Habitusu

Evde, büroda, baroda, adliyede, karakolda, emniyette, cezaevlerinde, sokakta insanlarla değişik karşılaşma anlarında, ilişkilene biçimlerinde farklı farklı roller üstlenen kadın avukatların bütün bu alanlara özgü çeşitli eril pratikleri deneyimlemesi, gözlemesi ve bunlarla mücadeleye karar vermesi işten bile değil. Sorun sistematik bir mücadele hattının örülmesi için her birini yerli yerine koymakla ilgili görünüyor. Gündelik iş akışı içinde doğrudan erkek meslektaş ya da çalışma arkadaşlarının kendi otoritelerini kurmak, iktidarlarının sürekliliğini sağlamak için bilerek ya da başka bir türlü sunu bilemedikleri için kullandıkları alışkanlık haline getirilmiş davranışlarına maruz kalınabiliyor. Eril zihniyeti ortaya koyan dil, bazen de hemcinslerin benimsemesi ve düzenin içselleştirmesi ile öznenin cinsiyetinden bağımsızlaşabiliyor. Bu durum her meslek grubundan çalışan kadınların temel sorunları ile benzerlikler taşımakta.

Avukatlığa özgü olan, adli sürecin yürütülmesinde ortaya çıkan kendine özgü yanlar da var. Mesleklerinin gerektirdiği işleri yaparken avukatlar, savcı ve yargıçlarla eşitsiz bir konumda ilişkilendikleri bir sistem içerisinde yer alıyorlar. Bu eşitsizliğe “kadınlık durumu”ndan kaynaklanan dezavantajlar da ekleniyor. Eşit ilişkiler içinde olunması gereken meslektaşlar ile yine “kadınlık durumu”ndan kaynaklanan mesafe ya da hiyerarşi söz konusu oluyor. Güvenlik güçleri, adliye çalışanları adalet yönetimi içinde yer alan her aktörü bu denkleme eklemek gerekiyor.

Kendi pratikleri üzerinde düşünmeye başlayan kadın avukatların ilk önce aktarmak istediği konu **yargıç zihniyeti**; aynı durumda olan iki ayrı cinsin dava süreçlerinin değerlendirilmesinde ayrımcılığın olması. Örneğin erkek şiddet gördüğünde dava sırasında işleyen hukuki prosedür olayın niteliği ile ilgili daha doğrudan nedenlere odaklanırken, kadın söz konusu olduğunda giyim tarzı, davranış biçimi, şiddet gördüğü zaman ve mekanın özelliği –gece sokakta olmak gibi- koşulların olay örgüsünün anlaşılmasında gündeme getirildiği ve bunun peşin hüküm ve kolaycı yargılara zemin oluşturabildiğini gözlemliyorlar. Kadın ile erkeğin konu olduğu olaylar, dava konusu haline getirilirken farklı zihinsel süreçlerden geçiriliyor. Kadınlar söz konusu olduğunda olay örgüsündeki neden-sonuç ilişkisini anlatan illiyet bağı daha geniş bir çerçevede yorumlanabiliyor.

Bazen öylesine muhafazakâr düşünceli yargıçlar oluyor ki; kadın mücadelesine taraf olan bir avukat, kadın müvekkiline, duruşmaya “kapalı bir kıyafet” ile gelmesini tavsiye etmek ya da bunun kendi düşünce ve tutumu ile bağı kuramadığı için karışmamak arasında seçim yapmak zorunda hissediyor.

Tecavüze uğrayan bir kadına “Ben senin yerinde olsaydım kendimi öldürürdüm” diyebilecek düzeyde muhafazakâr ideolojiye saplanmış yargıçlar var.

Tecavüz gibi bir şikayet söz konusu olduğunda böyle bir durumda kadınların içinde bulunduğu duygu durumu ile hiç ilişkilenmek istemediği için “Neden iki yıl sonra başvuruyorsun?” diyenler de var. Bu tutumlar çoğu zaman erkeğin kadına karşı suçu söz konusu olduğunda onun davranışını mazur göstermeye, dikkati kadının kışkırtıcılığına doğru yönlendirmeye yol açıyor. Olay örgüsünde kadının varlığı, erkeğin suç işlemesi için yeter sebep olması, mantığa büründürülecek bir neden olması anlamına geliyor.

Yargıç tutumunu yansıtan bir diğer konu, kadına karşı suç işleyen kişiye yargıcın “senin de kız kardeşin, annen var, aynı olay senin de başına gelirse...?” şeklinde bir gerçekle ile yaklaşması. Kadın, hakları olan birey olarak değil, erkek ile ilişkilene biçimi ile anne, eş, kardeş olarak özneleştiriliyor. Kadına ikincil, tamamlayıcı bir rol veren eril bakışla uyumlu bu yaklaşımı yansıtan bu cümleler aynı zamanda “kıyas ve kısas” a dayanan geleneksel yargılama kalıplarının “modern” bürokrasi içinde işlevini yürütebildiğini gösteren bir ipucu olarak da değerlendirilebilir.

Yargıçların bir diğer muhafazakâr tutumu kadın avukatların savunmalarını dinlememe ya da önemsememe olabilir. Hatta kadın davalarında yapılan bir savunmayı “saldırı” olarak algılayabiliyorlar. Bu tutumu fark eden kadınlar, böyle davalarda savunma işini erkek meslektaşlarına devredebiliyorlar. Eril zihniyetle mücadele edilen davalarda kalabalık bir avukat grubunun davaya müdahil olması da bir seçenek oluyor ama bu durumda başka tepkilere maruz kalma riski ortaya çıkıyor.

Duruşma sürecinde kadınlar söz konusu olduğunda konuyu “kadınlık durumuna” bağlanmadan olayı geçiştiren, kendini bu konulara “bulaştırmamaya” çabalayan kadın ve erkek avukat **meslektaşları**, kadın avukatların üzerinde durduğu bir diğer konu. Cinsiyete bağlı bir adaletsizliğe dikkat çekmek, “bedensel, dünyevi, hijyen olmayan” bir kategori. Avukatlık, yargıç ve savcılık ise “zihinsel, uhrevi, saygın” tarafta konumlanmak durumunda.

Meslektaşlar arası ilişkileri anlamaya çalışırken, kendi meslektaşı ile aynı zamanda evlilik ilişkisi içinde bulunan kadın avukatların gözlemleri özellikle önemli. Kadınlar bu tür bir durumda uyuşturucu, çek-senet, tefeci, nakliye, ulaştırma gibi mafyatik ilişkilerin yoğun yaşandığı konuları ya da ceza davalarını eşlerinin üstlendiğini, boşanma ya da daha standartlaşmış davaları kendilerinin üstlendiğini belirtiyorlar. Aslında aynı durum bir büroda bağımlı çalışan kadın avukatlar için de bir ölçüde belirleyici olabilir. Bu kadın avukatlara biraz daha “korunaklı” bir konum sunarken, bir yandan da onları pasifize edici, tembelleştirici etkiye yol açabiliyor. Bazen de böyle dosyaların tüm emeği kadın avukat üzerinde olurken, dosyanın görünen yüzü erkek oluveriyor. Evli olup kazancı

ortak paylaşan avukatlar için gündelik yaşam gayesi içinde bu pek üzerinde durulmayan bir boyut oluyor ya da evdeki, özel yaşamdaki mücadelenin bir devamı niteliğine bürünüyor.

Bir süre sonra kadınlar çetrefilli davalara girme cesaretini kaybederek kendi kendine bariyer koymaya başlayabiliyor. Kadınlar için böylesi davalara konu olan ya da savunmak durumunda kaldıkları kişilerle iletişim kurmak, onların dilini konuşmak gittikçe zorlaşıyor. Mersin gibi bir büyükşehirde bile bu tür davalara girebilecek kadın sayısı çok az ve onlar da bireysel olarak değil, avukatlık şirketlerine bağlı olarak çalışıyorlar. Tam da bu noktada şirketlerde bağımlı çalışan ve stajyer olan kadın avukatların “kadınlık durumu” kaynaklı sorunlarının da ayrı bir çalışma olarak incelenmesi gerektiğine vurgu yapmak gerekiyor.

Meslektaşların zihniyetini ele veren bir diğer konu da yine dava dosyalarının duruşmada gündeme alınması sırasında ortaya çıkıyor. Özellikle kadın sorunlarına yönelik davalarda avukatların, kadın tarafın “oturuş tarzına”, “giyimine”, “rahat davranmasına” özellikle dikkat çekmesi, muhafazakar ideolojinin getirilerinden yararlanmaya istekli bir savunma biçiminin yerleşmesine zemin oluşturabiliyor.

Kadınlara ya da adliyeye işi düşen sanık, tanık ya da yakınlarına aşırılıkları olabilecek, yaramaz çocuklara yapıldığı gibi kontrol edilmesi gereken varlıklar olarak yaklaşan eril avukat pratiğine de rastlanıyor. Ciddi durulması, koridorda gülüşülmemesi gibi nasihatler ile otorite kurma ve kontrol sağlama biçiminin, muhatabın kadın ya da erkek olmasından bağımsız olarak, eril kategorisinde değerlendirilebileceğini söylemek mümkün.

Kadın avukatların kendi aralarında görüş alışverişi, dayanışma, yardımlaşma pratikleri gelişmediği durumlarda bu tarz yerleşik kalıpları fark edip buna göre tutum takınması da zor olabiliyor. Baro içinde ya da başka ortamlarda böylesi bir dayanışma pratiği gelişmesini engelleyen geleneksel örgütlenme anlayışlarının varlığına da değinmek gerekebilir. Mersin’de bir baro başkanının bir kadın avukatı kürsüde ittirmesi ile başlayan feminist bir mücadelenin kesintiye uğramasının arkasında farklı siyasi duruşların izlerinin aranması gerekiyor. Kadın avukatların, meslekleri içinde kadınların konumunu anlama ve değiştirme mücadelesi içinde feminist “bilinç yükseltme” yöntemine uzak oldukları görülmektedir.^[3]

[3] Bilinç yükseltme yöntemi için bkz. Juliet Mitchel, *Kadınlık Durumu*, Çev. Günseli, Gülnur vd. Kadın Çevresi Yayınları, 1985. Catharine A. Mackinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yay. 2015, s.106-127.

Kadın avukatların habitusunu oluşturan bir başka grup da kendilerine başvuran müvekkiller. Kıyafetlerini süzen, göz teması kurmayanlar da var aralarında. Erkek müvekkiller ile dışarıda bir yerde yemek sırasında görüşmek, konuşmak gibi iş pratiklerinin toplumda iyi karşılanmadığı bilinci içinde davranıyor kadın avukatlar. Erkek avukatlar için hiç gündeme gelmeyen rahatsız edici bakışlar ile muhatap olunuyor.

Ceza davalarında savcılık, emniyet, TEM eril tutum ve davranışlara maruz kalınan diğer mekanlar. Erkek ve kadın avukata karşı tutum ve davranışlarda her zaman belirgin bir fark oluyor. Bu nadiren “avukat hanım” gibi saygınlık cümlelerine de bürünebiliyor.

Bütün bu aktörlerin davranışlarına yansıyanların dışında avukatlığın “erkek işi” olarak değerlendirilmesi de söz konusu. Ancak bu erkek işi olma durumu güven duygusuna ihtiyaç duyan müvekkillerin özellikle kadın avukat seçmesine de yol açabiliyor. Kadınlar daha disiplinli, çalışkan olarak algılanabiliyor. Şirketleşen bürolarda da daha düşük ücretle daha çok çalışmaya razı kadın avukatlara yönelim olabiliyor. Kadın avukatların kendi hakkını ararken de kavgacı ve rekabetçi “eril” pratiklerden kaçındığı, patron avukatlar tarafından da kolaylıkla hissedilebiliyor.

Kadın avukatlar bir yandan erkek işi olarak görülen avukatlığın özelliklerine göre biçimlenmek durumunda kalıyorlar. Meslek ciddiyet, kararlılık, girişimcilik gerektiriyor. Buna alışan özellikle çocuklu kadın avukatların, evde kendilerinden sevecenlik, duygusallık, yumuşaklık bekleyen bir ruh haline uygun davranmaları gerekiyor. Her ne kadar mesleklerin yaşamın bu kadar merkezinde yer almasını arzu etmeseler de zamanının büyük bölümünü harcadıkları uzmanlık alanları, kişilikleri de şekillendiren bir etki yaratabiliyor.

Sonuç ve Bazı Öneriler

Toplumsal cinsiyet konusu, başka mücadele alanları içinde kadın ve erkek arasında bölünme mi yaratır yoksa aslında çok bölünmüş ve bu nedenle izleğini kaybetmiş mücadeleyi birleştirici olma potansiyeli mi taşır konusu önemlidir. İçinde bulunduğumuz çağda, kadın sorunları görmezden gelinmeye devam ettiği sürece diğer toplumsal mücadele alanlarının sahiçiliğini kaybetme olasılığı daha yüksek gibi görünmektedir. Bu yazıda toplumsal alanda hak arama mücadelesinin en birincil özneleri olan avukatların “kadınlık durumu” ve feminist mücadele içinden bir bakışla kendilerini ve yaptıkları işi nasıl değerlendirecekleri konusuna bir giriş yaptık.

Avukatların pratiğinde nelerin “eril” olarak sınıflandırılacağı konusunda bir ölçüt geliştirmek şu aşamada kolay olmasa gerek. Bunu başarabilmek için çok daha fazla kadın avukat ve yargılama sürecinin diğer aktörleri ile görüşmeler yapılması gerekiyor. Ölçütler çalışma yaşamındaki ortak deneyimlerden süzülerek geliştirilmeli. Burada genel olarak feminist alan yazın bağlamında geliştirilen bazı saptamalarla yetinmek durumunda kalındığını söyleyebiliriz.

Yargılama süreci aktörlerinin eril tutum ve davranışlarının herhangi bir somut olayda ya da duruşma sırasında gündeme getirilmesi ve üzerine düşünülmesi yeterli düzeyde sonuç alıcı bir etki yaratamamaktadır. Asgari ortak bir anlaşma dili ile konuşamayan aktörlerin bir duruşma sırasında karşılaşma anlarında mevzuat dili sınırlarını aşması beklenemez.

Yargı sürecindeki kadın ve erkek tüm aktörleri bir araya getirecek, ortak bir dil kurmalarını sağlayacak mekanizmalar oluşturulması ve onların kadın sorunlarına ve kadınlık konumuna hassas hale getirilmesi için önlemler alınması gerekiyor. Avukat grubu için bunun yeri Barolardır. Ancak yargıç ve savcılar için bunun kurumsallaşacağı düzlem Adalet Bakanlığı ya da HSK olmak durumundadır. Adalet Bakanlığı, HSK ve Baroların kadın sorunlarını görmek için bir arada çalışması gerekmektedir.

Barolarda kadın davalarının özel olarak takip edildiği bir araştırma, inceleme, düşünce üretme biriminin kurulması kadın avukatlar tarafından istenen bir durumdur. Bu birimlerde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden ötürü dezavantajlı olan grupları güçlendirecek yöntemler geliştirilmesi düşünülebilir. Eşit olamayan gruplara karşı tarafsızlık yerine zayıftan, güçsüzden taraf bir adalet anlayışı yaşama geçirilebilir. Kadın dayanışması ve feminist erkeklik üzerine^[4] politikalar üretilebilir. Barolarda ayrıca kadın ve çocuk davalarından olumsuz etkilenen kadın avukatlara psikolojik ve profesyonel destek sunulma olanakları da sağlanmalıdır.

Kurulu düzenin içinde haklar ve ayrıcalıkların eşitsiz dağıtılmış olması ve zamanla bu adaletsizliğin nasıl kurulduğunun ve neden buna tahammül edildiğinin bile unutulması durumu kadın avukatları da oldukça derinden etkilemektedir. Cinsiyetçi hiyerarşi, duygusal emek ve görünmeyen emek yükü ile başa çıkabilmek için kadın ve erkeğin ortaklaşa sorumluluk üstlenmeleri düşünülebilir.

[4] Başlangıç okuması için Bell Hooks, *Feminizm Herkes İçindir Tutkulu Politika*, Çev. Ece Aydın vd., bgst yayını, 2012.

ENGELLİLERİN ÇALIŞMA HAKKI VE ENGELLİ AVUKATLARIN SORUNLARI

Av. Turhan İÇLİ*

Yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, işkenceye ve kötü muameleye uğramama hakkı gibi kişinin ruh ve beden bütünlüğüne yönelik temel haklarını bir yana bırakırsak, insan haklarının başında çalışma hakkı gelir. Çalışma hakkı, engelli bireyin bağımsız ve kendi kendine yeten bir yaşam sürdürmesinin güvencesi olduğu kadar, toplumsal ve siyasal yaşama etkin olarak katılımının, itibar ve özgüven kazanmasının da önkoşuludur. Bu nedenle engellilerin çalışma hakkı Anayasa ve Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmıştır.

Engellilerin Çalışma Hakkı Konusunda Ülkemizde Durum

Hemen her konuda olduğu gibi çalışma hakkı konusunda da engelliler ile engelli olmayan bireyler arasında büyük bir uçurum bulunmaktadır. Resmi rakamlara göre ülkemiz nüfusunun yaklaşık %12'si engellidir. Buna göre Türkiye'de 9,5-10 milyon dolayında engelli yurttaş yaşamaktadır. Bu bireylerin önemli bir bölümü 18 yaşın altında veya 65 yaşın üstünde, bir bölümü de bakıma muhtaç olması nedeniyle çalışma yaşamına katılma olanağına sahip değildir. Çalışma yaşında ve çalışma gücüne sahip 1 milyon 800 bin dolayında engellinin bulunduğu tahmin edilmektedir.

İŞ-KUR ve Devlet Personel Başkanlığı verilerine göre 2017 yılı sonu itibarıyla özel sektörde veya kamuda işçi ya da memur olarak 160 bin dolayında engelli çalışmaktadır. Bu rakamı çalışma yaşındaki çalışma gücüne sahip engelli sayısı olan 1 milyon 800 bine böldüğümüzde %9'a yakın bir oran elde edersiniz. İşte bu, ülkemizdeki engellilerin çalışma oranıdır. Yani engellilerin %91'i işsizdir. Oysa engelli olmayan nüfus arasında işsizlik oranı resmi rakamlara göre %10 dolayındadır. Demek oluyor ki, engelli işsizliği genel işsizlik oranının tam on katıdır. Belki de genel işsizlik oranını %10 dolayına çeken en önemli faktörlerden biri engelli işsizliğinin bu denli yüksek olmasıdır.

* Engelliler Konfederasyonu Başkanı.

Bu arada parantez içerisinde şu gerçeği anımsatmamızda büyük yarar vardır: Ülkemizde engellilerin gerek sayısına gerekse engel türüne, derecesine, yaşına, cinsiyetine, eğitimine, sosyo-ekonomik statüsüne ilişkin ayrıştırmış istatistikî bilgiler ne yazık ki mevcut değildir. Genel nüfus sayımı içerisinde bu çeşit istatistikleri elde etmeye yönelik sorular sorulmamaktadır. Sorulsa bile, nüfus sayımını yapan kadroların bu konuya ilişkin olarak eğitilmemiş olmalarının yanı sıra, engelli yurttaşların da sağlıklı yanıtlar vermesini sağlayacak önlemler alınmamıştır. Nitekim, engellilik alanında çalışan örgütlerin basıncıyla 1985 yılı nüfus sayımında engellilere ilişkin iki soru sorulmuşsa da sağlıklı sonuçlar alınamamış; engelli sayısı, Dünya Sağlık Örgütü'nün geliştirmekte olan ülkeler için verdiği oranların çok altında kalmıştır. Bu nedenle sağlıklı sonuç alabilmek için gerekli önlemlerin alınması yerine, nüfus sayımlarında bir daha engellilere ilişkin soru sorulmaması yoluna gidilmiştir. Engelliler hakkında ayrıştırmış bilgilerin bulunmaması, engellilere yönelik hizmetlerin planlanmasının gerçekçi temellere oturtulamaması sonucunu doğurmaktadır.

Parantezimizi kapatıp esas konumuza dönersek, şunu söyleyebiliriz: Devlet, engelli işsizliğini önleyici tedbirleri hızlı bir biçimde almamakla, bir yandan genel işsizlik oranını yükseltmiş olmakta; öte yandan nüfusun %12'sinin yükünü, engelli olmayan nüfusun sırtına yıkmaktadır. Bu durum rasyonel olmadığı gibi, sürdürülebilir de değildir. Hatta engelliliğin ve engelli işsizliğinin ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin alınmaması çoğu zaman iktidar partilerinin tercihi olarak ortaya çıkmaktadır. Kimi iktidarlar, engelliliği ve engelli işsizliğini yöneterek, engellileri, kendi iktidarlarını sürdürülebilmek için bir yedek güç haline getirmektedirler. Bu, daha çok himayeci ve sadakacı politikalar aracılığıyla sağlanmaktadır. Engelliler eğitimsiz ve çaresiz bir kitle oldukları için yapılan yardımlar sayesinde yaşayabildikleri duygusuyla genellikle iktidar partilerine minnet duymakta ve bağımlı hale gelmektedirler. Engellilik yok-sulluğun ikiz kardeşi olduğundan bu politika, engellilerin mensubu oldukları 30 milyon dolayındaki engelli yakını bir kitleyi de etkilemektedir. Bu kitlenin üçte ikisinin seçmen olduğu düşünüldüğünde iktidarı belirleyen bir gücün oluşması kaçınılmaz hale gelmektedir. İktidarların seçim başarıları, bir de bu bakış açısından irdelenmelidir.

Şunu açıkça itiraf etmeliyiz ki, bugün özel sektörde ve kamuda istihdam edilen işçi ve memur engellilerin önemli bir bölümü, son dönemlerdeki hükümetlerin yasal düzenlemeleri ve çabaları sayesinde çalışma olanağına kavuşmuştur. Yapılan yasal düzenlemeler sonucu 50 ve üzerinde işçi çalıştıran özel ve kamu sektöründe, sırasıyla %3 ve %4 oranında engelli işçi çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir. Çalıştırılan engelli işçilerin SSK prim ödemelerinin işveren payına düşen bölümü devlet tarafından karşılanırken bu yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere her

engelli işçi için 2018 yılı itibarıyla her ay 2.627,00-TL para cezası uygulanmaktadır. Kesilen bu para cezaları, İŞ-KUR bünyesinde bir fonda toplanmakta ve istihdam artırıcı projelerin desteklenmesinde kullanılmaktadır. Bu uygulamalar engelli işçi istihdamını anlamlı bir oranda artırmıştır.

Öte yandan 2002 yılından bu yana engelli kamu personel istihdamında da önemli artışlar meydana gelmiştir. 2012 yılında yürürlüğe giren Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı Ve Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmelik ile, hemen hiçbir ülkede bulunmayan Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavları (EKPSS) uygulamasına geçilmiş; engelliler, iki yılda bir yapılan sınavlarda aldıkları puanlara ve yaptıkları tercihlere göre çeşitli kamu kurumlarına yerleştirilmişlerdir. Bu uygulamanın ortaya çıkardığı tablo şöyledir: 2002 yılından 2012 yılına kadarki on yıl içerisinde 20.829 engelli kamu personeli istihdam edilmişken EKPSS'nın başladığı 2012'den 2018 yılı sonuna kadarki yedi yıl içerisinde 30 bin 985 engelli, kamu personeli olarak istihdam edilmiştir (Bkz. <http://www.dpb.gov.tr>). Yani EKPSS uygulamasıyla başlayan süreç, daha önceki on yıllık sürecin iki mislinden fazla bir engelli istihdamına tanıklık etmiştir.

Burada sorulması gereken asıl soru şudur: Peki, kamu personeli olarak istihdam edilen 50 binin üzerindeki engelli, gerçekten istihdam edilmekte midir? Bu soruya dürüstlikle yanıt vermemiz gerekirse HAYIR! Kamuda istihdam edildiği söylenen 50 binin üzerindeki engelli, gerçekten istihdam edilmiş olmamaktadır. Zira hiçbir mesleki eğitimden geçmeden kamu kurum ve kuruluşlarına yerleştirilen engellilerin çoğunluğuna, engel türlerine ve derecelerine uygun bir iş verilememekte; bir süre sonra bu engellilerin önemli bir bölümü aydan aya maaşını alan, ama işyerine uğramayan bankomat memuru haline gelirken, bir bölümü de amirlerinin mobbing uygulamaları sonucu işini bırakmak veya değiştirmek zorunda kalmaktadır. Böylece istihdam edildiği iddia edilen engelliler üretim ve hizmet süreçlerine etkin ve verimli bir biçimde katılmalarından dolayı hayal kırıklığına uğrarken söz konusu kurum ve kuruluşlar da gereksinim duydukları kadrolara kavuşamamış olmaktadır. Bu nedenle engelli kamu personel istihdamı, gerçek bir istihdam değil, bir sosyal yardım niteliği kazanmaktadır.

Bu durum daha çok vasıfsız kadroları gerektiren işler için böyledir. Bir de dört yıllık üniversite eğitimi sonucu meslek sahibi olan engellilerden söz etmek gerekir. Doktorluk, mühendislik, avukatlık, psikologluk, sosyologluk gibi nitelikli mesleklere sahip bu engellilerin gerçek istihdamı için eğitimle ilgili bir sorun söz konusu değildir. Burada temel sorun, EKPSS için tahsis edilen kadrolar arasında bu çeşit nitelikli mesleklerin yer almaması veya son derece sınırlı sayıda yer almasıdır. EKPSS uygulamasının başladığı 2012 yılından

bugüne dek Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde 3.451 engelli öğretmen istihdam edilmişken; 992 engelli mühendis, 127 engelli psikolog, 111 engelli veteriner, 94 engelli sosyolog istihdam edilmiştir. EKPSS üzerinden kurum avukatı olarak istihdam edilen engelli avukat sayısı sadece 80'dir. Oysa aynı süreç içerisinde kurum avukatı olarak istihdam edilen engelli olmayan avukat sayısı, 4.797 ile bunun altmış katına yaklaşmaktadır (bkz. www.dpb.gov.tr, www.osym.gov.tr).

Çok sayıda avukat istihdam eden bazı kurum ve kuruluşlar, EKPSS için hiç engelli kadrosu açmamışlardır. Milli Eğitim Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı bu kuruluşlardan sadece bazılarıdır.

Özel Sektörde Engelli Avukatlık

Özel sektörde de engelli avukat istihdamı son derece düşüktür. İŞKUR'da ya da özel kariyer sitelerinde “engelli avukat” iş ilanı hemen hemen hiç yayınlanmamaktadır. Özel sektör engelli kadrolarını daha çok beden işçisi, büro memuru, ofis boy gibi az ücret vereceği pozisyonlarla doldurmakta; engelli avukat tercih etmemektedir. Öte yandan toplumda yaygın olan engellilere yönelik önyargılar ve ayrımcılık, genel olarak şirketlerin, hatta özel avukatlık büro ve firmalarının sahiplerinde ve yöneticilerinde de egemendir. Bu nedenle hukuk fakültelerini bitiren engelliler, çoğunlukla mesleklerini icra edememekte; yardımcı hizmetli veya genel idari hizmetler kadrosunda memur olarak çalışmaktadırlar.

Engelli avukatların özel büro veya avukatlık şirketi kurmaları, öncelikle özgüven ve sermaye gerektirmektedir. Toplumda engellilere yönelik olarak egemen olan önyargılar, yurttaşların engelli avukatlara güvenmemeleri ve davalarını vermeyi tercih etmemeleri sonucunu yaratmaktadır. Bu durumda özel büro veya şirket kurmuş olan engelliler yarıya iki sıfır yenik olarak başlamaktadırlar. Engelli avukatın başarısını kanıtlaması, ancak hasbelkader aldığı davalarda kendini göstermesi ile mümkün olmakta; zaman zaman engelli avukata karşı davasını kaybeden kişi ve şirketler engelli avukatın kapısını çalmaktadır. Ülkemizde bürosunu veya şirketini kurmuş olan engelli avukatları koruyan herhangi bir düzenleme bulunmadığından engelli avukatlar haksız rekabet koşullarında bin bir güçlüğü aşarak uzunca bir süre içerisinde piyasaya kendilerini kabul ettirebilmektedirler.

Adliyelerin Hizmetlerinin Durumu

Adliyeler ortopedik engelliler için de görme engelliler için fiziki erişilebilirlik şartlarına uygun değildir. Adliye girişlerindeki oldukça fazla basamağı olan merdivenler ciddi bir sorundur. Öte yandan adliye içerisinde asansörler mevcut

olsa da; asansörlerin aşırı dolu olması, uzun süre bekleme zorunluluğu engelli avukatları çok zorlamaktadır. Görme engelli avukatların yardımcılarının ceza evi ziyaretlerine alınmaması, bu avukatları gardiyanların veya ceza evi memurlarının yardımına mahkûm etmekte; müvekkilleriyle yaptıkları görüşmelerde not alabilmelerini engellemektedir.

Başta UYAP olmak üzere KAMU Web sitelerinin görme engelliler açısından erişilebilir olmaması, özellikle görme engelli avukatların teknoloji olanaklarından yararlanamaması sonucunu vermektedir.

Bütün bu güçlükler ve engeller engelli avukatların mesleklerini etkin ve verimli bir biçimde yapabilmelerini önlemekte; bu güçlük ve engellerin aşılabilmesi için bir dizi köklü önlemin alınmasını ve düzenlemenin yapılmasını gerektirmektedir.

Bir başka yazımızda bu önlem ve düzenlemelerin neler olabileceğine ilişkin önerilerimizi sunacağız.

GÜÇ DENGESİZLİĞİ VE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ KARŞISINDA ARABULUCUNUN TUTUMU

Av. Arb. Yurdağül GÜNDOĞAN*

Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmayıp, tarafların serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarını çözmek için başvurdukları, alternatif bir çözüm yoludur. Uyuşmazlığın çözümünde taraflardan başka bir karar verici yoktur. Taraflar kendi çözümlerini arabulucunun yardımıyla üretirler. Arabulucunun asıl görevi, tarafların zayıflayan ya da kopan iletişimlerini tekrar kurmaya çalışmaktır. Yoksa onların yerine geçerek çözüm üretmek değildir.

Arabuluculuk, hukukumuzda yargılama, tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi adalete erişim araçlarından biri olarak kabul edilir. Adalete erişimin temelleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 9, 10, 36, 141/4. maddeleri ve HMK'nın 77. maddesinde yer almaktadır^[1].

Arabulucu süreç yönetirken bağlı olduğu kuralların yanı sıra, iki önemli sorumluluğu vardır; toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek, güç dengesizliklerini giderici önlemler almak. Yaşanan uyuşmazlıkta bunlardan biri ya da ikisi birden söz konusu ise, arabulucu daha dikkatli ve özenli olmak zorundadır. Çünkü arabulucu, süreci adil bir şekilde yönetmek, taraflar arasında eşitliği gözetmek ve tarafsız olmakla yükümlüdür. Toplumsal cinsiyet eşitliği, birçok ulusal ve uluslararası yasal düzenleme ile koruma altına

* Ankara Barosu.

[1] Avrupa Konseyi'nin T.C Adalet Bakanlığı ile Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi kapsamında hazırlanan Temel Arabuluculuk Eğitimi Eğitici Kitabı–Eylül 2017.

alınmış ve insan haklarıyla bağlantısı kurulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla bu konu, arabuluculuk sürecinde dikkate alınması zorunlu olan bir konudur^[2].

Güç dengesizliği nedeniyle taraflar arasında eşitlik yoksa arabulucu öncelikle eşitliği tesis etmeye çalışmalıdır. Çünkü sağlıklı bir müzakere ancak eşitler arasında mümkündür. Bununla beraber, eşitliği sağlamak her zaman mümkün olmayabilir. Yani arabulucu, tüm çabalarına rağmen taraflar arasındaki güç dengesizliğini gideremeyebilir. Böyle durumlarda arabulucu, sürece devam etmemelidir, süreci sonlandırmalıdır.

Bu durum, bünyesinde güç dengesizliği barındıran ihtilaflarda sıkça karşımıza çıkar. Örneğin işçi işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, aile hukukundan kaynaklanan, mal paylaşımı ve malların idaresine yönelik uyuşmazlıklar, yapısı itibarıyla güç dengesizliği barındıran ihtilaflardır. Genellikle bir taraf güçlü diğer taraf zayıftır.

GÜÇ DENGESİZLİĞİ İÇEREN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCUNUN TUTUMU

Arabulucu süreç yönetirken, öncelikle taraflara ayrı ayrı sorular yönelterek uyuşmazlık konusuyla ilgili yeterince bilgi sahibi olup olmadıklarını anlamaya çalışmalıdır. Bunu yaparken arabulucunun amacı, haklıyı haksızı ortaya çıkarmak değildir. Tarafların sürece serbest iradeleri ile katılıp katılmadıklarını, uyuşmazlık konusunda haklarını bilip bilmediklerini, anlaşma veya anlaşmama yönünde baskı altında olup olmadıklarını anlamaya çalışır. Arabulucu bunları yaparken diğer yandan da tarafların temelde yatan ihtiyaçlarını ortaya çıkarmaya çalışır.

Arabulucu, yönelttiği sorulara aldığı cevaplardan, taraflardan birinin veya ikisinin de uyuşmazlıkla ilgili haklarını yeterince bilmediklerini fark edebilir. Böyle durumlarda, taraflara yasal konularda bilgi verebilir; ama hukukî tavsiye vermemelidir. Arabulucu uygun hâllerde, tarafları, bir avukata veya ilgili diğer bir uzmana yönlendirerek danışma ve hukuki destek alma imkânları hakkında bilgilendirmelidir. Arabulucular, bağımsız ve tarafsız olarak hareket etmeli ve arabuluculuk süreci esnasında, “silahların eşitliği” ilkesine uyulmasını temin etmelidirler. Arabulucunun, taraflara bir çözüm dayatma yetkisi yoktur^[3].

[2] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı.

[3] 2000 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 Sayılı tavsiye Kararı.

Arabulucunun bunları yaparken hedeflediği şey, tarafları müzakere için eşit duruma getirmektir. Yani aralarındaki güç dengesizliğini gidermektir. Bunun için her iki tarafa da hukuki yardım almaları konusunda tavsiyede bulunurken, oturumu da bu nedenle erteler. Arabulucu, sonraki oturumlarda tarafların yeterince bilgi sahibi oldukları kanaatine varırsa müzakereye devam eder, aksi halde süreci sonlandırması gerekir.

Bir örnek verecek olursak; uyuşmazlığın, on yıldır çalıştığı işyerinden çıkarılan işçi ile işvereni arasında yaşanan işçilik alacakları olduğunu varsayalım. İşçi işten çıkarıldığında hangi hakların sahibi olduğunu bilmiyorsa, arabuluculuk sürecinde hangi konularda müzakere edeceğini bilemez. Eksik bilgiyle yapacağı bir müzakere sonunda varacağı anlaşma, uzun vadede onu mutlu etmeyecektir. Aksine pişmanlık yaratacaktır. Kalıcı bir barış tesis edilmemiş olacaktır. Böyle bir son ise, arabuluculuğun hedeflediği bir son değildir, olmamalıdır.

Tarafların haklarını yeterince bildiklerine kanaat getirilmesi halinde müzakereye devam edilir. Süreç boyunca yapılan tüm müzakerelerde tarafların aydınlatılmış iradeleri sürmeli, her tür baskıdan uzak, özgür iradeleriyle sürece devam etmeleri sağlanmalıdır.

Taraflardan birinin içinde bulunduğu ekonomik kriz, iradesini baskı altına alıyor ve olumsuz yönde etkiliyorsa; başka bir anlatımla işçi ileride pişmanlık duyacağını bile bile bir anlaşmaya evet diyorsa, arabulucu buna izin vermemelidir. Arabulucu, taraflardan birinin mağduriyetine neden olacak bir anlaşmaya imza atmamalıdır. Örneğin, 100.000 TL alacağı olan bir işçinin 10.000 TL miktarlı bir anlaşmaya razı olmasına seyirci kalmamalıdır. Haklarını bildiği halde böyle bir sona razı olduğunu ifade eden tarafın iradesinin baskılardan uzak, tamamen özgür bir irade olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Arabulucu, anlaşmaya varılan konularda bir daha yargı yoluna gidilemeyeceğini asla aklından çıkarmamalıdır. Tarafları da bu konuda bilgilendirmelidir. Arabuluculuğun amacının, kişilerin yargıya ve adalete ulaşımını engellemek değil, kolaylaştırmak olduğu unutulmamalıdır.

Hatalı bir anlaşmanın telafisi yoktur, hatalı bir anlaşmazlığın ise her zaman telafisi mümkündür. Anlaşma halinde taraflar bir daha dava açamazken; anlaşmazlık halinde dava yolu açıktır. Hatta isterlerse tekrar arabulucuya bile gidebilirler.

Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında güç dengesizlikleri ve toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri karşısında arabulucuya çok önemli sorumluluklar yüklemiştir. Arabulucuyu güç dengesizliğini giderici önlemler almak, güç dengesizliğini giderememesi halinde süreci sonlandırmakla yükümlü kılmıştır. Aynı şekilde toplumsal cinsiyet eşitliğine karşı duyarlı olma sorumluluğunu yükleyerek, süreç

sonunda verilen kararların toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olmasını tavsiye etmiştir. Bu tavsiye kararları 6325 sayılı Arabuluculuk Yasası'nda, Yönetmelikte ve Türkiye Arabulucuları Etik Kurallarında benimsenerek yerini almıştır.

ARABULUCUNUN TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİ GÖZETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arabulucuların güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda tarafsızlığını koruması ancak toplumsal cinsiyet farkındalığıyla mümkündür. Çünkü toplumsal cinsiyet bireylerin bir özelliği değil toplumların toplumsal kurumların ve kültürün bir özelliğidir. Kadın ve erkeğin toplumsal kurumlar içerisinde (aile, çalışma hukuk, eğitim, siyaset, din, sağlık vb.) mevcut kaynakların ve gücün kullanımında eşit olup olmadıkları toplumsal cinsiyet eşitliğinin olup olmadığının da göstergesidir. Toplumsal cinsiyet ihtiyaçlarının insan haklarıyla yakından ilişkili olması sebebiyle, özellikle kadınların arabuluculuk sürecine erişimini kolaylaştırmak, adil ve eşitlikçi bir seviyede katılımları sağlanmalıdır.

Toplumsal cinsiyet eşitliği, birçok ulusal ve uluslararası yasal düzenleme ile koruma altına alınmış ve insan haklarıyla bağlantısı kurulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla, bu konu arabuluculuk sürecinde dikkate alınması önerilen değil, zorunlu olan bir konudur.

2000 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 Sayılı Kararı ile birlikte arabuluculuğun toplumsal cinsiyetle ilişkisinin kurulması, toplumsal cinsiyetin temel arabuluculuk açısından iki temel boyutta tartışılmasını sağlamıştır.

Bu çerçevede; kadınların arabuluculuk süreçlerine aktif katılımının artırılması ve bu sürecin sonunda ortaya çıkan kararların toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olması gerektiği vurgulanmıştır.

2003 yılında Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı (madde 7.5 ve madde 8.2), taraflar arasında güç dengesinin gerekliliğini ve bunu sağlamanın arabulucunun temel sorumluluğu olduğunu açıkça belirtmektedir.

Arabuluculuğun çatışmaların çözümü ve yönetiminde en etkili yol olması sebebiyle, toplumsal cinsiyet eşitliğini temel alması gerekmektedir. Arabulucunun, biyolojik cinsiyet farklılıklarına karşı tarafsız, adil ve eşitlikçi bir tutum sergilemesi gerekir.

Çatışmaya neden olan tutumların ve inançların biyolojik cinsiyet, cinsiyet tercihleri, sınıf, etnik köken, dinî inanç vb. ile biçimlenen farklı güç ilişkileri çerçevesinde ele alınması gerekir.

Arabuluculuk sürecinde toplumsal cinsiyet bakış açısı, çatışma içerisinde yer alan aktörlerin iletişim tarzlarını, çatışma davranışını ve ihtiyaçlarını anlayabilmek açısından önemlidir. Tarafsız, adil ve eşit bir arabuluculuk süreci geliştirmek için toplumsal cinsiyet bakış açısı önemlidir.

Avrupa Konseyi'nin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki 1639 sayılı ve 2003 tarihli Tavsiye Kararı'nda arabuluculuk sürecinin temel insan haklarını ihlal edecek bir süreç olarak görülemeyeceği ve güç dengesi gözetilerek yürütülmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir^[4].

5. *Aile adalet sistemlerinde olduğu gibi aile arabuluculuğunda da cinsiyet eşitliğinin teminat altına alınması gerekmektedir. Maliyet etkinlik ve alternatif çatışma çözümleri yöntemlerine yönelik trendin yükselmesi gibi nedenlerle bireysel haklar göz ardı edilmemelidir. Güç dengesizliği nedeniyle aile arabuluculuğunda cinsiyet dezavantaj haline gelmemelidir. Güç dengesizliği istismardan kaynaklı olabilir ve kişi kendini tam olarak ifade edemeyebilir (örn. uyuşturucul/alkol bağımlılığı veya ruhsal sağlık sorunlar gibi nedenlerle) veya duygusal veya mali açıdan dezavantajlı olabilir (örn. kişi evde çocuklara bakıyordu ve ev dışında çalışmıyordu). Güç dengesizliğinin bir sonucu olarak aile arabuluculuğunda adil olmadığı aşikâr anlaşmalar yapılması halinde, anlaşma arabulucu veya hâkim tarafından onaylanmamalıdır.*

6. *Taraflar arasında güç dengesizliği olması halinde, arabuluculuğun sadece taraflardan birinin isteklerini karşılayacak nitelikte bir anlaşmaya yol açmaması sağlanmalıdır. Tartışma konusu olan çocuk ise, çocuk arabuluculuk sürecinde dinlenmelidir, çünkü çocuğun da kendi hakları vardır. Çocuğun yüksek yararına uygun çözüm bulunacak ise, çocukların da görüş bildirmesine izin verilmelidir.*

7. *Arabuluculuğun başlıca amacı mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması değil, arabuluculuk alanında eğitim almış bir profesyonel yardımıyla taraflar arasındaki iletişim kopukluğunu onarmaktır. Arabuluculuğun temel unsurları olmaksızın arabuluculuk yargılamanın yerini alamaz.*

....

[4] 2003 yılında Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı.

v. Taraflar arasında güç dengesi sağlanmalıdır. Bu arabulucunun sorumluluğudur. Dolayısıyla bu kıstasın yerine getirilmesini sağlayabilmesi için arabulucunun özel olarak eğitim almış olması gerekmektedir;

vi. Arabulucunun yetkin olması vasıflarına bağlı olduğundan, arabulucu eğitimi, arabulucuya resmi yetki verilmesi ve denetim konusuna özellikle önem verilmelidir.

TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ İLE GÜÇ DENGESİZLİĞİNİN TÜRKİYE ARABULUCULARI ETİK KURALLARINDA YERİ

21 Aralık 2017 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Arabulucuları Etik Kurallarında, toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmek, güç dengesizliği karşısında giderici önlemler alınması konusuna tavsiye kararlarına paralel düzenlemelere yer verilmiştir.

Etik kurallarını birinci maddesi, eşitliği gözetme yükümlülüğüdür:

Madde 1- (1) Arabulucu, süreç boyunca taraflara eşit davranma ve onların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür.

Arabulucu süreç boyunca taraflara eşit davranma onların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür. Taraflar eşit değilse onları müzakerelerde eşit hale getirmek için gerekli önlemleri almalıdır. Sürecin adil yürütülebilmesi tarafların eşit olmasına bağlıdır.

Arabulucu, tarafların süreç boyunca özgür, aydınlatılmış iradeleriyle gönüllü ve baskı altında kalmadan karar vermelerini temin etmekle yükümlüdür. Bunu yaparken, tarafların aydınlatılmış iradeye kavuşmalarını kolaylaştırmak için onları gerekli gördüğü zamanlarda uzmana danışmanın önemi hatırlatılmalı ve yardım alması konusunda bilgilendirmelidir.

(Madde 2- 4) Arabulucu, hukuki uyumsuzlukla ilgili olarak taraflara hukuki veya mesleki tavsiyelerde bulunamaz. Ancak gerekli ve uygun olduğunda aydınlanmış iradeyle seçim yapmalarına yardımcı olmak üzere uzmanlara danışmalarının önemini taraflara hatırlatmalı ve bu konuda tarafları bilgilendirmelidir.)

Etik kuralların ikinci maddesinde yerini alan "... tarafları bilgilendirmelidir" şeklindeki düzenleme, ifade ediliş biçiminden de anlaşıldığı üzere, arabulucuya tanınan bir takdir yetkisi değildir. Takdir yetkisinin ötesinde arabulucuya yüklenen bir sorumluluktur.

Arabulucu görevini özenle yerine getirmekle yükümlüğünü düzenleyen 5. maddede arabulucuya, toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetme, sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklara karşı duyarlı olma sorumluluğu verilmiştir.

Madde 5-3) *Arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca mesleğin gerekliliklerine uygun biçimde davranmak zorundadır. Arabulucu, kendisine ya da arabuluculuk sistemine duyulacak güven ve itibarına zarar verebilecek bir davranış içerisinde bulunamaz. Arabulucu, toplumsal cinsiyet rollerinin taraflara ve özellikle arabuluculuk sürecine etkisi yanında; taraflar ve taraflarla kendisi arasındaki sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklara karşı da duyarlı olmalıdır.*

Bununla beraber, süreçte taraflardan birisi uyuşmazlık konusunda ve uzlaşma seçeneklerini anlamakta güçlük çekerse, sürece etkin katılmakta zorlanırsa, tarafın sürece katılma, anlama, kendi kararını verebilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır. Hukuki yardım almasını önerebilir veya başka destekler önerebilir. Sonuç elde edemez ve tarafın etkin katılımın sağlayamazsa süreci sonlandırmalıdır.

Sonuç olarak arabuluculuk, uyuşmazlıklarını arabulucunun desteği ile çözmek isteyenlerin gönüllü, iradi ve eşit koşullarda müzakere ederek, tamamen özgür ve aydınlatılmış iradeleri ile anlaşarak ya anlaşmadan sonlandırdıkları bir süreçtir. Arabulucunun bu süreçteki rolü, iletişim kurucudur, barış tesis edicidir. Taraflar arasında kalıcı barışın tesisi, adil ve eşitlikçi süreç yönetmekle mümkün olabilir. Bunun için de eşitliği bozan güç dengesizliklerine ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğine karşı duyarlı olmak arabulucunun en temel sorumluluğudur. Arabulucu, üstlendiği sorumlulukların bilinci ile süreç yönetmelidir. Aksi halde düzenlediği anlaşma tutanakları ile mahkemelerdeki dava yükünü azaltabilir ancak ihtilafları azaltamaz. Oysa arabuluculuğun asıl amacı ve temel felsefesi, ihtilafları azaltarak toplumsal barışa katkı sunmaktır.

KAYNAKÇA

I-) Avrupa Konseyi'nin T.C Adalet Bakanlığı ile Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi kapsamında hazırlanan Temel Arabuluculuk Eğitimi Eğitici Kitabı–Eylül 2017.

II-) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı.

III-) 2000 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 Sayılı tavsiye Kararı.

IV-) 2003 yılında Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı.

AVUKATLAR İÇİN ALTERNATİF ÇALIŞMA YÖNTEMİ “YARI ZAMANLI İŞÇİ YARI ZAMANLI SERBEST AVUKATLIK” İŞÇİ VEYA İŞVEREN AVUKATLAR İÇİN BİR ÇÖZÜM OLABİLİR Mİ?

Av. Kemal VURALDOĞAN*

Elimizde resmî bir çalışma olmamakla beraber, meslektaşlarımızın beş ayrı tip çalışma yöntemini seçtiğini görüyoruz.

1. Kendi bürosunda tek başına serbest avukatlık.
2. Kendi bürosunda serbest avukatlık yaparken işçi avukat istihdam etmek.
3. Başka bir avukat bürosunda veya gerçek/tüzel kişi yanında işçi avukatlık
4. İki veya daha fazla avukatın aynı büroda gider ortağı olması
5. İki veya daha fazla avukatın aynı büroda gelir gider ortağı olması.
(bu tip çalışma nadiren Avukatlık Kanunu madde 42'deki avukatlık ortaklığı şeklinde yürütülüyor)

Yukarıdaki çalışma yöntemlerinin hepsinin avantajları ve dezavantajları var. Çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde bunları kısaca paylaşmakta fayda var.

İşçi avukatlar haklı olarak, aldıkları ücretin düşüklüğünden, çalışma saatlerinin uzunluğundan, mesleki gelişim sağlayamamaktan şikayetçiler.

İşveren avukatlar haklı olarak, işçi avukatların tecrübesizliğinden, inisiyatif alamamasından, işçi çalıştırmalarına rağmen kendilerinin de günün önemli bir kısmını çalışmakla geçirmelerinden şikayetçiler.

Dünyada tek gerçek, tek kaçınılmaz şey ölüm. “Her fani bir gün ölümü tadacaktır.”

Ölüm gelmeden önce, işçi avukatların iyi ve huzurlu bir yaşama kavuşmaları, işveren avukatların kurdukları işyerinin esiri olmayı bırakıp, biraz da sefasını sürmeleri lazım.

* Ankara Barosu.

Mümkün mü?

Türkiye şartlarının elverdiği ölçüde mümkün. Taraflar, fedakâr, dürüst ve çalışkan olursa mümkün.

İşçi avukat yeni mezunsa, stajdan başlayarak ilk 6-12 ay büroya ağırlık vermeli; hem mesleğe ısınmalı hem de büronun işlerine aşına olmalı. Bu süreçte işveren avukat usta çırak ilişkisi kurmalı, işçi avukatın mesleki gelişimine özel zaman ayırmalı.

Sonrasında tam zamanlı çalışmadan yarı zamanlı çalışmaya geçilmeli. Yarı zaman, ilk yıllarda 1 gün işçinin 4 gün işverenin olacak şekilde ayarlanabilir. (Lütfen Cumartesi çalışmasını bırakalım, “Hayat kısa, kuşlar uçuyor”)

Yani, 12 aylık ısınma ve alışma süresinden sonra, işçi avukat kendi adına işyeri açılışı yapacak ve işveren avukatın bürosunda aynı zamanda kiracı olacaktır. Bu usul nedeniyle, kira stopajı, beyanname ve mali müşavir masrafı gibi giderleri olacaktır.

İşçi avukatın, kendi adına işyeri açması aynı zamanda işçi olarak çalışmasına engel olmayacağı için işveren avukat yine 30 gün üzerinden prim ödeyecek; ama haftanın 1 gününe denk gelecek zamanda rahatsız edilmeden işçi avukatın kendi adına çalışmasına engel olmayacaktır. Bu 1 gün için haftanın belirli bir günü belirlenebileceği gibi, taraflar günün belli saatini de belirleyebilir. İşçi avukatın, kendi adına çalışmasından elde ettiği karın tamamı kendisine kalacaktır.

Tam zamanlı çalışmadan yarı zamanlı çalışmaya geçiş nedeniyle, işçi avukatın ücretinde orantılı indirim yapılabileceği gibi; yıl sonu yapılması beklenen ücret artışı yapılmayarak da denge sağlanabilir. İşçi avukatın kıdemi 2 veya 3 yıl olduğunda veya işleri arttığında veya evlendiğinde, yüksek lisansa bağladığında vs. uzlaşarak, anlaşarak haftalık çalışma süresinin 3 veya 2 güne düşürülmesi mümkündür. Yeni çalışma süresine göre ücretinin azaltılması veya tecrübesinin arttığı ve enflasyon gözetilerek önceki ücretin ödenmeye devam edilmesi mümkündür.

Özetle, işveren avukat, işçi avukata aylık ücret ödeyecek, işçi avukatın SGK primini yatıracak, karşılığında haftada 4 gün hizmet bekleyecektir. Büronun sekreter, internet, telefon, faks, yemek vs. her türlü gideri işveren avukat tarafından karşılanacak, bu kalemler nedeniyle işçi avukattan para almayacaktır.

İşçi avukat ise, sadece gelir vergisi, KDV vergisi, kira stopajı, kırtasiye gibi kişisel giderlerini karşılayacaktır. Taraflar arasında kira sözleşmesi olsa da gerçekte kira ödenmeyecektir. İşçi avukat, haftada bir güne denk gelen zamanda kendi

işlerini takip edecek, serbest avukat olarak kazandığı her türlü gelir kendisine ait olacaktır.

Eğer taraflar dürüst ve çalışkan olursa, aynı zamanda serbest avukatlık yapan işçi avukatın, inisiyatif alma yeteneği gelişecek, işveren avukatın dosyalarını talimatla değil de “ortak” gibi kendi işi gibi takip edecektir. Çünkü, o dosyalarda öğrendiği bilgilerle kendi müvekkillerine kaliteli hizmet sunacak, mesleki gelişimini hızlandıracaktır. Aynı zamanda serbest avukatlık yaptığı için müvekkil psikolojisini gözetecek, davayı kaybettim, duruşmaya giremedim, dava uzadı vs. demenin zorluğunu görecektir. İşyeri açılışı sürecinde damga vergisi, gelir, gider vs. gibi kavramları öğrendiği için artık işveren avukatın giderlerini belgeleyecek, bu giderleri işveren avukatın gelir vergisi ve KDV’den indirmesi için çaba gösterecektir. Genç olmanın/teknolojiye yatkınlığın verdiği yetenekleri kendi işinde kullandığı gibi işveren avukatın da dikkatine sunacak, onun işlerinde de kullanacaktır. İşveren avukatın sürekli talimatlarını almak yerine ona çeşitli önerilerle gidecek, işveren avukatın karşı taraf vekalet ücretine hak kazanabilmesi için en umutsuz dosyalara bile asılacaktır. Çünkü karşı taraf vekalet ücretinin nelere merhem olduğunu kendi dosyalarında öğrenmiştir. İşçi avukat kendi işini de aldığı ve tüm geliri kendisine ait olduğu için, o bir günlük çalışma ile bazen işçi avukat ücreti kadar para kazanmaya başlayacaktır.

İşveren avukat ise, daha önce haftanın 5 gününde bitmeyen işlerin artık 3-4 günde bittiğini, işçi avukatın artık daha az soru sorduğunu, daha fazla inisiyatif kullandığını, işveren avukatın müvekkillerine karşı daha anlayışlı olduğunu, işçi avukatın kişisel dosyalarında edindiği tecrübeyi işveren avukatın dosyalarına aktardığını görecektir. Yani işveren avukat gönül rahatlığıyla tatile çıkabilecek, 1-2 yılda bir işçi avukat değiştirmek zorunda kalmayacak, işçi avukatın hatalarını takip etmek yerine, kendi hatalarını denetleyebilecek bir çalışma arkadaşına kavuşacaktır. Beraber çalıştığı avukatın kişisel işlerinden kazandıkları ile daha onurlu bir hayat sürdürdüğünü görecektir, işveren avukatlarda az veya çok olan cimrilikten işçisinin daha az etkilenmesi onu rahatlatacaktır.

Özlü ifade edersek, işveren avukat tecrübeli işçi avukat ihtiyacını karşılayacak, müvekkillerini ve çalışma düzenini bilen bir işçi avukat ile en az 5 yıl çalışacaktır. Çünkü, işçi avukatın daha çok para kazanmak için maceraya atılmasına, kendi bürosunu açmasına gerek kalmayacaktır.

İşçi avukat ise, hem ilk yıllarda emsallerine göre daha fazla para kazanacak hem de serbest avukat vizyonunu işçi avukatlık yaparken kazanacaktır. Ayrıca, kendi işini aldığı, tüm geliri de kendisine kaldığı için, kendi bürosunu açma macerasını 4-5 yıl erteleyecektir.

2003 Haziran'ında işçi avukat olarak çalışmaya başladığım büroda, birçok tesadüfün yan yana gelmesi nedeniyle 2004 yılından itibaren yukarıdakine benzer bir çalışma usulü ile çalışmaya başladım. Benzer diyorum çünkü kendi işime ayıracağım zamanı kesin şekilde belirlememiştik, işçi avukatlığım gayri resmi ilişkiye dayanıyordu yani kendi BAĞ-KUR primimi kendim yatırırdum. Bu şekilde 5 yıl çalıştım. İyi ki sadece işçi avukat olmadım, iyi ki hemen büro açmadım.

İşveren avukatlığım dönemimde de aynı usulü işçi avukatlarla uygulamaya çalıştım. Bazen SGK primlerini ben yatırıyorum, bazen kendileri BAĞ-KUR yatırıyor. Sadece işçi avukatlık yapan emsallerine göre daha fazla kazanmaları, mesleki gelişimlerin daha hızlı olması, avukatlık büroma sadece işçi avukatlık yapan birinden daha fazla katkı sunmaları, yani inisiyatif kullanmaları beni fazlasıyla mutlu ediyor.

Şunu kabul edelim, avukatlık bürolarında kurulan düzenler, çalışma usulleri yürümüyor. Ankara özelinde adliyelerin parçalanması nedeniyle çok sıkıntılı günler geçiriyoruz.

Her iki taraf da mutsuz ve şikayetçi. Daha fazla dibe vurmadan bir şey yapmalı! Dürüstlüğe ve çalışmaya dayanan bir şey...

DEVLET AVUKATLARI, NAMIDIĞER KAMU AVUKATLARI

Av. Cumhur ÇAYCI*

“Kamu avukatları evrak takip memuru değildir, kamu avukatlarının mesleğinin adı, avukatlıktır.”

Kamu yönetiminde sık rastlanan, ancak fevkalade hatalı bir yaklaşım vardır. Kamu kurumlarının davalarını takip edip, hukuki danışmanlık hizmeti veren, devletin hakkını hukukunu koruyan, kamu sektörü bünyesinde avukatlık mesleğini ifa eden kamu avukatları, “özel bir mesleği olmayan, resmi yazı çizi işleriyle uğraşmakla görevli alelade memur” olarak görülür. Kamu avukatının asli mesleğinden ziyade devlet memurluğu özelliği ön plana çıkarılır. İşin kötüsü bu hatalı yaklaşımın yansımalarına serbest avukatlar arasında da rastlanır. Halbuki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinde avukatlık hizmetleri sınıfı, “*özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz olan memurlar*” olarak tanımlanmıştır. Şüphesiz ki bu tanımda bahsi geçen özel kanun, 19.03.1969’da kabul edilen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’dur. Yani kamuda çalışan avukatlar; mesleki açıdan öncelikle kendi özel kanunları olan Avukatlık Kanunu’na tabidir.

Kamu avukatlığı; avukatlık stajı, mesleğe kabul, meslek kuralları, mesleki sorumluluk, baro disiplin işlemleri bakımından serbest avukatlığa göre hiçbir farklılık içermezken; devlet teşkilatı içerisindeki hiyerarşik düzene doğrudan bağlı olması, çalıştığı kamu kurumu haricinde iş alamaması, başka deyişle çalıştığı kamu kurumunun onun tek müvekkili olması, baro levhasına kayıt ve vekâletname ibraz zorunluluğunun bulunmaması, karşı vekâlet ücretinde limit uygulanması gibi unsurlar yönünden serbest avukatlıktan ayrılır. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Barolar ve onun üst birliği konumundaki Türkiye Barolar Birliği, Adalet Bakanlığının idari vesayeti altında bulunduğu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuna üye olunmadan avukatlık mesleği ifa edilemediğinden, serbest avukatların da devlet teşkilatı ile dolaylı yoldan hiyerarşik bir ilişkiye girdiğinden söz etmek mümkünse de, serbest avukatlık ile kamu avukatlığının en temel ayrım noktası kuşkusuz kamu avukatlarının kendi müvekkiline bağımlı çalışması olgusudur.

* İstanbul Barosu Üyesi, İstanbul Vakıflar 2. Bölge Müdürlüğü Avukatı.

Ancak kamu avukatlığı adı verilen çalışma biçimi, kategorik olarak avukatlık mesleğinin tümünden değil, bu meslekteki çalışma biçimlerinden serbest avukatlık ve avukatlık ortaklıklarından kısmen ayrılmaktadır. Ülkemizde avukatlık mesleği çalışma biçimi açısından serbest avukatlık, özel hukuk tüzel kişileri veya avukatlık yazıhaneleri bünyesinde ücretli avukatlık (bu kategori için bağlı, sigortalı veya işçi tabirleri de kullanılmaktadır), kamu avukatlığı, tüzel kişiliği haiz olmayan gider ortaklığı şeklindeki avukatlık ortaklığı ve tüzel kişiliği haiz avukatlık ortaklığı olarak beş gruba ayrılabilir.

Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler*” hükmü uyarınca kamu avukatları yalnızca çalıştıkları kuruma ait işlerde avukatlık hizmeti yürütbildiğinden, çalışma biçimi açısından serbest avukatlardan daha çok, avukatlık yazıhanesinde veya şirket bünyesinde ücretli/bağlı/işçi avukat olarak görev yapan meslektaşlarına benzemektedirler. İş Kanunu'na tabi olarak çalışan ücretli avukatlar da tıpkı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu vb. yasalara tabi kamu avukatları gibi belli bir ücret karşılığı tüm mesaisini tek bir işverene özgülemiştir. Ancak bir avukatlık yazıhanesinde veya şirket bünyesinde ücretli çalışan avukatların haricen iş takip etmesi en azından kanunen yasak olmadığından ve fiiliyatta yüzde veya prim usulü ile haricen iş alabildiklerinden, ücretli avukatlar ile kamu avukatları arasında çalışma biçimi bakımından farklılıklar da gözlemlenmektedir.

Dolayısıyla sadece bünyesinde bulunduğu kamu tüzel kişiliğine ait işlerde avukatlık hizmeti sunabilen kamu avukatlarının, çalışma biçimindeki farklılıklar ne olursa olsun, gerçekte avukat olmadığını ima eden görüşler öncelikle kamu avukatlarına ve genel düzeyde avukatlık mesleğine yapılan bir ayrımcılık ve haksızlıktır. Nasıl ki kamu sektöründe çalışan tabiplerin, eczacıların, mühendislerin ya da mimarların mesleki unvanları tartışma konusu değilse, kamu avukatlarının ‘avukat’ olup olmadığı tartışması da yersizdir. Prof. Dr. Ejder Yılmaz'ın da haklı olarak dile getirdiği gibi, kamu avukatlarının yaptığı iş, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi anlamında serbest meslek faaliyeti değildir; ancak bu durum avukatlık yapmadıkları ve meslek kanununa tabi olmadıkları anlamına gelmez. Kamu avukatlarının durumu, ücretli çalışan avukatlara benzemektedir (Yılmaz, 2008).

Avukatlık Mesleğinin Kökenleri

Avukatlık mesleğinin kökenleri antik Yunan ve antik Roma uygarlıklarına dayandırılır. TBB'nin eski başkanlarından Av. Faruk Erem, bunun nedenini yazılı kaynakların bu dönemde yoğunlaşmasına bağlamaktadır. Antik Yunan döneminin başlarında taraflar bizzat hâkim önüne gitmeye mecburdular; Solon Kanunu'nda kural olarak bu ilke korunsun da bir akraba veya bir dostun taraflara yardım etmesine, onların izahlarını tamamlamasına izin veriliyordu. Bunlar sonradan 'synagore' ismini aldılar. Daha sonra taraflara yargılama öncesi savunma hazırlayan ve 'logographes' (logograflar/yazıcılar/arzuhalçiler) adı verilen yardımcılara rastlanmaya başladı. Logographe'ların ilki Antiphon, en ünlüleri ise Lysias, Isocrate ve Demosthene idi. Logograflar, hâkim karşısında söylenecek olan sözleri ücret karşılığında yazılı olarak taraflara verir; taraflar da bu sözleri ezberleyerek hâkim karşısına çıkardı. Daha sonra logograflar yargılama esnasında tarafların yanında hazır bulunmaya başladılar. Logografların hazırladığı dilekçeler davaya giriş niteliği taşıyor, tartışmalar bunlar üzerinden yürüyordu. Logograflar giderek 'avukat' haline geldiler ve ilk baro Atina'da kuruldu. Ancak özgür yurttaşlar avukatlık yapabiliyordu, kölelere bu hak tanınmamıştı; kadınlar da baroya kabul edilmezlerdi. Antik Roma'da da yalnız erkekler avukatlık yapabilirlerdi; kadınlar babalarının ve kocalarının otoritesine bağlı olduklarından avukatlığa ehil sayılmazlardı (Erem, 1976).

Antik Roma'nın ilk dönemlerinde patron, yani üst sınıftan olmak sıfatıyla patrisienler tarafların savunmalarını yaparlardı. Plebleri de mahkemede patrisienler savunurdu. Avukat adı ise özellikle cinayet davalarında sanıkların, yanlarında bulunup kendilerini savunması için dostlarını çağırmasından, yani 'advocare' kelimesinden gelmekteydi. Avukat anlamındaki 'advocatus' kelimesi özellikle Bizans'ta bugünkü anlamda kullanılmaya başlanmıştı (Yılmaz, 1995). Av. Faruk Erem'e göre Antik Yunan ve Roma devrinden sonra, Orta Çağ'da savunma mesleğinde hiçbir gelişme görülmedi. Çünkü Engizisyon sistemi "savunma hakkı"na karşıydı. İşkence ile 'itiraf' elde edildiğinden, savunma lüzumsuz sayılıyordu. Avrupa'da avukatlık mesleğinin tekrar canlanması için Rönesans dönemini beklemek gerekecekti (Erem, 1976).

Yine de avukatlık mesleğinin modern biçiminin asıl kökenlerini Orta Çağ'da ortaya çıkan feodal üretim biçiminde ve orada uç veren loncalarda aramak gerekir. Feodalizmin dinsel cemaatlere dayalı lonca sisteminde, imtiyaz sahibi ustanın el verdiği çırak mesleğe dahil olur, daha sonra kendisi ustalaşınca bir başka çırağa el verir ve bu silsile böyle sürüp giderdi. İstanbul Barosu avukatlarından Haluk İnanıcı'ya göre, Avrupa'da 13. yüzyılda doğmaya başlayan ve 'lonca' teşkilatı içinde örgütlenen avukatlık mesleği ticaretin gelişmesi ile yıldızı yeniden parlayan; yaklaşık 800 yıllık süreç içinde 'modern' anlamını bulan bir

meslektir. 18. yüzyılda uğradığı kesinti ile lonca tipi örgütlenmeyle bağlarını koparmış ve modern toplumun “bağımsız” serbest meslek tipi ve örgütlenmesi içinde yeniden şekillenmiştir (İnanıcı, 2001). Herhalde 18. yüzyılda avukatlık mesleğinin yaşadığı ve lonca sisteminden kopmasına yol açan kesintiden kasıt, feodal aristokraziye karşı yeni ortaya çıkan burjuvazinin, “eşitlik, özgürlük, kardeşlik” sloganı eşliğinde dönemin deyimiyle “ayak takımını” da peşine takarak gerçekleştirdiği 1789 Fransız Devrimi ve sonrasında ortaya çıkan ulus devlet, cumhuriyet, modern devlet, kapitalizm gibi olgulardır.

Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin Gelişimi

Osmanlı Devleti’nde 1839 Tanzimat Fermanı ile başlayan modernleşme sürecine kadar bugün anladığımız manada avukatlık mesleği ile karşılaşmayız. Ancak bunun yerine İslam hukukundaki vekalet ilişkisi kullanımdadır ve avukatlığın Antik dönemdeki ilkel örneği olan arzuhalcilik Osmanlı’da da zuhur etmiştir. Evliya Çelebi Seyahatnamesi’nde yazıcılar esnafından (esnafı yazıcıyan) söz edilir. Ona göre yazıcılar tayfası ordu, pazar ve Sadrazam Kapısı’nda arzuhal ve mektup yazan kişilerden oluşurdu. 1762’de arzuhalciliğe ilişkin ilk yazılı kurallar koyuldu. Her önüne gelen arzuhalci olamazdı; arzuhalci olabilmek için ocaktan yetişmek gerekirdi. Yazıcıları çavuşlar ocağı zabitlerinden çavuş emini ve ocak kâtibi seçerdi. Arzuhalcilerin şer’i hukuk bilmesi, arzuhalin şer’i hukuka uygun olması aranırdı (Yılmaz, 1995; Türkmen, 2009).

İslam hukukunda duruşmalarda bulunma veya vekille temsil edilme zorunluluğu dava vekili adı verilen bir grubu ortaya çıkardı. Önceleri toplumda saygı duyulan hatırı sayılır kişiler vekillik yaparken; okuma yazmanın bilinmediği o dönemlerde kadı yanında çalışmış, muhzir denilen kişilere davada temsil görevi verilmeye başlandı. Sonraları kadıdan iltimas sağlamak için ücret karşılığı iş üstlenen, bağımsız yazıhanesi bulunmayan ve çoğunlukla okuması yazması bile olmayan, ayak kavafı ya da kâğıt kavafı denilen tipler türedi. İnsanları kandırarak paralarını alıp, ciddi zararlara yol açtıklarından, halk bunlara “yalancı, müzevir” sıfatını takmıştı (Türkmen, 2009; İnanıcı 2001).

1839 Tanzimat Fermanı’ndan itibaren Osmanlı’da başlayan modernleşme hareketleriyle birlikte avukatlık ve baroların da oluşum süreci başladı. 1840’ta Ceza Kanunu, 1851’de Kanuni Cedit isimli yeni bir Ceza Kanunu çıktı. 1856 İslahat Fermanı ile aynı yıl Fransa’dan Ticaret Kanunu alındı. 1869’da Ticaret Mahkemeleri kurulurken, 1876’da Dava Vekilleri Nizamnamesi yürürlüğe girdi. Aynı yıl Mecelle yürürlüğe girdi. Şeriye Mahkemeleri, Konsolosluk Mahkemeleri, Azınlık Mahkemeleri yanı sıra Nizamiye Mahkemeleri kurularak, hukukta

modernleşme süreci hızlandı. İlk baro ise bu süreçte 1878 yılında İstanbul'da kuruldu (Türkmen, 2009; İnanıcı, 2001).

Avukatlık mesleği Cumhuriyet Döneminde ilk kez 03.04.1924'te kabul edilen 460 sayılı Muhamat Kanunu ile düzenlendi. 1926 tarihli 708 sayılı Kanun ile muhami kelimesi avukat olarak değiştirildi. Ülkemizde avukatlık, ilk kez 460 sayılı kanun ile meslek haline geldi. 01.12.1938 tarihinde çıkan 3499 sayılı ikinci Avukatlık Kanunu ile avukatlık mesleği yeniden yapılandırıldı. Bu kanunda mesleğe “kamu hizmeti” niteliği verildi. 19.03.1969'da ise bugün hâlâ yürürlükte olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu kabul edildi. Avukatların en üst meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği de bu kanun ile kuruldu. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilk halinde avukatlık sınavı öngörüldü, ancak 1979 yılında çıkarılan 2178 sayılı Kanun ile kaldırıldı. 15.05.1984 tarih ve 3003 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu'nun sistematığı, 1961 Anayasası'na göre oldukça kısıtlayıcı hükümler içeren 1982 Anayasası'na uyacak şekilde bozulurken, kamu avukatlarının baroya kayıt zorunluluğu da bu kanun ile kaldırıldı. Kapsamlı değişiklikler getiren 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine “*Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder*” şeklindeki 2. fıkra eklenirken; mesleğin kamu hizmeti ve serbest meslek niteliğinin yanı sıra, savunmanın bağımsızlığı vurgulanarak, avukatın hâkim ve savcılarla birlikte yargının kurucu unsurlarından olduğunun altı çizildi. Yine Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan değişiklikle avukatlara “*hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*” görevi verilirken, Türkiye Barolar Birliği'ne ise 110. maddeye eklenen 17. bent ile “*Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak*” görevi verildi (Türkmen, 2009).

Avukatlığın İçinde Bulunduğu Mesleki ve İdeolojik Dönüşüm Süreci

Avukatlık mesleğiyle beraber tüm klasik serbest mesleklerin belirgin bir dönüşüm süreci içerisine girdiği son dönemlerde sıklıkla dile getirilmektedir. Hızla artan nüfus ve mesleğe her yıl eklenmeye devam yeni mezunlarla tabiplerin, mühendislerin, mimarların, muhasebecilerin ve de avukatların yoğun rekabete maruz kalmaları sonucu, serbest mesleklerde bir işçileşme sürecinden söz edilmektedir.

Av. Haluk İnanıcı, özellikle Fransa'da ve Batı'da 'eski rejim' ile 'modern devlet' arasında yaşanan siyasal çatışma sürecinde, “modern toplumun kurucu aktörleri arasında yer alan avukatların, bir yandan varlığını sürdüren 'eski rejime' karşı, diğer yandan 'lonca' tipi örgütlenmelerden korkan 'modern devlete' karşı;

mesleğini bağımsız olarak sürdürmek, mesleki örgütlenmesini bağımsız olarak yapabilmek, mesleki örgütünün başkanını bağımsız olarak seçebilmek, meslektaşlarının disiplin suçlarına bağımsız bir mesleki örgüt olarak müdahale edebilmek, devletin mesleki konularda vesayet denetimini ortadan kaldırabilmek, muhakeme esnasında bağımsızlık, duruşmayı terk, davayı bırakmak gibi hakları elde etmek için verdiği ciddi ve uzun mücadeleler” sonucunda, avukatlık mesleğine bugün de hakim olan modern avukatlık ideolojisine ait klasik niteliklerin oluştuğunu belirtmektedir. İnancı, günümüzde bu klasik öğelerin dolaylı olarak aşıldığından, örneğin Batı’da avukatlık şirketi modelinin kabul edilmesine rağmen, avukatlık şirketinin faaliyetinin “ticari olmama (!)” esasının korunmaya çalışıldığından ve reklam yasağının kural olarak devam etmesine rağmen, bilgi verme hakkı çerçevesinde delinmesinden söz etmektedir (İnancı, 2001).

Avukatlık mesleğinin bizim meslek kanunumuzda da ticari faaliyet olarak değil, Gelir Vergisi Kanunu’nun 65. maddesinde düzenlenen şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan *serbest meslek* olarak tanımlanması ve bunun yanı sıra meslek kanunumuzda reklam yasağı, avukatlık ortaklığının şube açma yasağı gibi düzenlemeler bulunması da aslında Batı’da oluşan modern avukatlık ideolojisinin bizdeki yansımalarıdır. Ancak bahsi geçen bu serbest meslek ideolojisi, açıktır ki değişen maddi koşullar ve yeni ortaya çıkan fiili durumlar ile uyumsuzdur.

Pek çok yazar ve düşünür bugün içinde bulunduğumuz çağı, bizde aydınlanma ve çağdaşlaşma gibi terimlerle de ifade edilen “modernite”den ayrılmış, kopmuş bir “modernizm sonrası” (post-modern) dönem olarak tarif etmektedir. Bu tarife itiraz edenlerin listesi de bir hayli kabarıktır. Yaşadığımız dünya halen 18. yüzyılda İngiltere’de başlayan Sanayi Devrimi’nin ve aynı yüzyılda Fransa’da patlak veren siyasal devrimin, başka deyişle modernitenin izlerini taşımaya devam etmektedir. Feodal düzenin helvasını kavuran kapitalist üretim biçimi ve onun üretim ilişkileri, zaman içinde değişip dönüşerek varlığını bugüne dek sürdürmüştür. Fakat yine de içinde bulunduğumuz anın dünden farklı olan yönleri vardır ki bizim buralı, Ephesoslu Herakleitos’tan beri değişmeyen tek şeyin değişim olduğunu da bilmekteyiz. Değişim bir tabiat kanunudur. İnsanlık tarihinin en başındaki avcı-toplayıcı toplumlardan, bugün son derece girift ilişkiler barındıran, karmaşık kurumsal yapılara dayalı toplumsal düzenlere geldik. Herakleitos doğayı gözlemleyerek söylemişti şu sözleri: “*Yeni yepyeni sular akar / aynı ırmağa girenlerin üstünden / O ırmak ki dağıtır toprak / birikir akar / yaklaşır uzaklaşır / Aynı ırmağa girdiğimizde girmeyiz / Biziz değiliz / İki kez giremezsin aynı ırmağa*” (Herakleitos, 2003). Kuşkusuz bu sözler toplumsal ilişkiler için de geçerlidir.

Fransız klinik-sosyoloji uzmanı Vincent de Gaulejac, *İşletme Hastalığına Tutulmuş Toplum* adlı ilginç eserinin girişinde, içinde bulunduğumuz toplumsal değişim sürecini şöyle tarif ediyor: “*İşletme hastalığı gerçek bir salgın haline geliyor. Çarpıcı bir hızla yayılıyor. Bu teşhis, kamu işletmeleri, sağlık, araştırma, sosyal hizmet kuruluşları gibi gittikçe genişleyen sektörlerde yürütülen çalışmalarla da onaylanıyor. Hastalık şimdi bütün devlet aygıtına bulaşmış durumda. Polisten orduya, kültür ve eğitim dahil bütün bakanlıklardaki sayısal sonuç takıntısı bunun işaretlerinden biri. Bakanların kendisi bile özel bir işletmenin herhangi bir yöneticisi gibi özel bir kurul tarafında hazırlanan sayısal göstergelere göre değerlendiriliyor. Performansları değerlendirmek için işletme düsturuna göre niceliksel sonuç gerekiyor. Kamusal faaliyete yeniden güvenilirlik kazandırmak için bir gereklilik olarak sunulan sonuç kültürü, tersi bir etkiye yol açma riski taşıyor. En iyi kamu hizmetini sağlamak bir yana, kullanıcıları müşteriye görevlileri ticari temsilciye ve kurumları işletmeye dönüştürüyor.*” (de Gaulejac, 2013:9-10)

Av. Haluk İnanıcı, bu genel değişim dinamiğine koşut olarak yakın dönemde avukatı etkileyen bazı somut gelişmelerden söz etmektedir: Çip/yonganın kişisel bilgisayarlarla gündelik yaşantıya girmesi, uzmanlaşma eğilimi, “hizmet dolaşımı”nın küresel ölçekte yaygınlaşması, yoğunlaşması; çok uluslu şirketlerin çoğalması, sermaye dolaşım hızının artması, gelişmesi; uluslararası hukuk kurumlarının, sözleşme ve belge çeşitlerinin artması (İnanıcı, 2001).

Vincent de Gaulejac’a göre yeni bilgi ve iletişim teknolojileri, görevlileri çalıştıkları işlerde sadece yardımcı bir etkene indirgemekte; önceden tespit edilmiş ve kelimesi kelimesine uyulmak zorunda olan prosedürler, çalışanları bu prosedüre bağlı araçlara, deyim yerindeyse robota dönüştürmektedir (de Gaulejac, 2013:10-11). Burada ister istemez insanın aklına bilimkurgu edebiyatının duayeni Stanislaw Lem’in *Ölümlü Makineler* adlı eseri geliyor. Yoksa bu kitapta hikayesi anlatılan hüznü robotlar bizler miyiz, diye sormadan edemiyor insan (Lem, 2001).

Av. Haluk İnanıcı, üretim sürecinde insan emeğinin örgütlenmesindeki anlayışları ve aşamaları ifade eden Taylorizmin 19. yüzyıl sonunda şekillenmeye başladığını ve 20. yüzyılda Ford tarafından sanayiye uygulandığını; emek sürecinin parçalara ayrılması, kafa ve kol emeklerinin tamamen ayrışması ve planlama faaliyetinin merkezileştirilmesi, yönetimce yapılan planlamanın sonunda, çalışanın yapacağı işin direktifle kendisine iletilmesi ilkelerinin Taylorizm ile ifadesini bulduğunu ve Fordizmin bu ilkeleri fabrika sistemi/bant sistemi içinde yeniden düzenlediğini; Taylorizm/Fordizme karşı yürütülen eleştirinin 1968 olayları ile doruk noktasına vardığını, ancak bu ilkelerin güncellenmiş olarak 1970’lerde tekrar karşımıza çıktığını aktardıktan sonra; Yeni Taylorizmin bu kez sanayiye uygulanmakla kalmayıp, banka, sigorta başta olmak üzere tüm hizmet

sektörlerinde de uygulanmaya başlandığını belirtmektedir (İnanıcı, 2001). Bu sayede hizmet sektöründe de “en küçük iş parçasının en kısa sürede yapılması” ilkesi egemen hale gelmiştir.

Yaşanan bu gelişmeler avukatlıkta uzmanlaşma histerisini ve teknisyenleşme olgusunu beraberinde getirmiştir. Artık adaletin tecellisi için çalışan, hak arama ve savunma görevinin ayrılmaz bir unsuru olan avukatın yerine, sadece *‘işini yapıp, parasını alan’* yeni bir tip çıkmıştır. İnanıcı, bu tipi avukat olarak değil de ‘hukuk teknisyeni’ olarak adlandırmanın daha doğru olacağını düşünmektedir. Bugün ülke genelindeki baro levhalarına kayıtlı avukatların çoğunluğu, yasadaki deyimle bir başka avukat yazıhanesinde veya ortaklık ya da şirket bünyesinde ücretli çalışan avukatlardan oluşmaktadır. Bu olguya devlet kurumlarında çalışan kamu avukatlarını da eklersek, gerçekten bugün avukatlık mesleğinin çoğunlukla serbest meslek faaliyeti olarak değil, ücret ya da maaş karşılığı ifa edildiğini kabul etmemiz gerekir. Av. Haluk İnanıcı bu durumdaki ücretli avukatların ‘işçi avukat’ olduğunu öne sürmektedir (İnanıcı, 2001). Doktrinde ücretli avukatların hepsini işçi olarak saymanın tam olarak doğru olmadığı; bunu ayırt etmekte temel kriter olan sermaye birikim sürecinden söz edebilmek için ücretli avukatın müvekkile halen doğrudan hizmet sunup sunmadığı, avukatlık bürosunda kaç ücretlinin çalıştığı, ücretli avukatın işin spesifik bir parçasında uzmanlaşıp uzmanlaşmadığı, verdiği hizmetin bütününden ve ortaya çıkan üründen kopup kopmadığı gibi sorulara cevap vermek gerektiği; ancak avukatlık mesleğinde işçiliğe doğru bir gidişatın İstanbul ili özelinde istatistiksel açıdan gözlemlendiğine dair görüşler de vardır (Akbaş, 2011).

Avukatlık mesleğinin içinde bulunduğu hali, 18 ve 19. yüzyıllar arasında yaşamış bir ayakkabı ustasına ait işyerinin yaşadığı dönüşümden yola çıkarak betimlemeye çalışırsak, karşımıza çıkan şey, usta-çırak ilişkisine dayanan 2-3 kişilik bürolar (*zanaatçı avukat ile kalfası ve çıracağı*), usta/patron avukat ve 5-10 çalışandan oluşan atölye tarzı bürolar (*manüfaktür*) ve bir patrona ya da ortaklığa/firmaya tabi olarak çalışan 20-30-40-50 işçi avukattan oluşan ofislerin (*fabrika*) aynı anda bulunduğu, karma bir manzardır.

İşletme hastalığına tutulmuş toplumda yaşayan avukatın hukuk teknisyenine dönüşüm süreci ve bununla birlikte sayısal sonuca odaklılık, performans, yönetim vb. kavramlar aracılığıyla kamu yönetimine de sirayet eden *işletme hastalığı*, kuşkusuz kamu avukatlarında da baş ağrısına ve strese neden olmaktadır.

Kamu Avukatlarının Sorunları

1-) Mesleki Dayanışma ve Sendikalaşma Sorunu:

Kamu avukatlarının en başta gelen sorunu mesleki dayanışma yoksunluğu ve örgütsüzlüktür. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilk halinde kamu avukatlarının baroya kayıtlı olması zorunlu iken, 08.05.1984 tarih ve 3003 sayılı kanunla kamu avukatlarının baroya kayıt zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu durum kamu avukatlarını mesleki gündemlerden ve baro seçimlerinden uzaklaştırırken, diğer avukatlarla bağını zayıflatmıştır. Baro aidatının bu hususta geçerli sebep olarak öne sürülmesi talihsizliktir. Nitekim son dönemde barolar, kamu avukatları için nispeten düşük aidat miktarları belirleyerek, kamu avukatlarının baroya katılımını teşvik etmektedir.

Ancak kamu avukatlarının tamamı baroya kayıtlı hale gelse bile, kamuda çalışan avukatlar arasında mesleki dayanışmanın artırılması hususunda yetersiz kalacağı açıktır. Zira TBB'nin 31.12.2017 itibariyle yayımladığı (TBB, 2017) verilere göre Türkiye genelindeki toplam avukat sayısı **106.496** iken, Devlet Personel Başkanlığı'nın Mart 2018 verilerine göre avukatlık hizmetleri sınıfında yer alan kamu personel sayısı 4.797'dir (DPB, 2018). Yani Türkiye'de kamu avukatlarının oranı tüm avukatlar içinde % 4.5 olup, TBB içerisinde oldukça küçük bir azınlıktan ibarettir. Ayrıca kamu avukatları ülkenin dört bir yanına dağılmış farklı farklı kamu idarelerinde çalıştıklarından, bu oranın etkisi daha da azalmaktadır. Dahası kamuda çalışan avukatlar ayrı ayrı her şehir barosunda da küçük bir azınlık olduğundan, baro yönetimlerinde söz sahibi olmaları fiilen mümkün değildir. Bundan dolayı barolar için azınlığa da söz hakkı tanıyan, çoğulcu demokrasi anlayışını hayata geçirmek fırsatı doğmaktadır. Nitekim son yıllarda İstanbul ve Ankara gibi büyük Barolar ile TBB nezdinde kamu avukatlarıyla ilgili kurul ve komisyonların kurulduğu görülmektedir. İstanbul Barosu yönetiminde kamu avukatlarından bir üye de bulunmaktadır. Belki büyük barolardaki yönetim kurulu seçimlerinde kamu avukatları için azınlık kotası uygulanması, kamu avukatlarının sesinin duyulmasında faydalı olabilir.

Yine Devlet Personel Başkanlığı'nın hazırladığı Mart 2018 verilerine göre "Memurların Hizmet Sınıfları İtibariyle Dağılımını" gösteren tablodan, avukatlık hizmetleri sınıfındaki 4.797 kişiye karşılık, toplam memur sayısınının 2.430.101 olduğu, başka deyişle kamu avukatlarının oranının tüm memurlar içinde ancak %0,20 olduğu görülmektedir. Bu oran örneğin öğretmenlerde %35,57 iken, emniyet hizmetleri sınıfında %10,76, teknik hizmetler sınıfında (mimarlar, mühendisler vb.) %5.92'dir. Bu rakamlardan görüleceği üzere kamu avukatları, idari teşkilat içinde de azınlıktadır (DPB, 2018). Dolayısıyla işkolu esasına dayalı sendikalaşma kuralı gereğince bir kamu avukatının çalıştığı kurumun tabi

olduğu işkolundaki sendikaya üye olmasının, mesleki sorunlarının giderilmesine pek bir faydası olmayacağı açıktır. Kaldı ki kamu avukatı ile çalıştığı işyerinin tabi olduğu hizmet kolunun hak ve menfaatleri aynı çizgide örtüşmeyebilir (Türkmen, 2009).

25.06.2001 tarih ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4/2. maddesinde meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulması yasaklanmıştır. Ankara Barosu üyesi kamu avukatlarından Av. Coşkun Türkmen'in kamu avukatlarına dair 2009 tarihli kapsamlı çalışmasında bu hususta ilginç bir tarihsel örnekten söz edilmektedir. 1961 Anayasası döneminde yürürlüğe giren 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Yasası meslek esasına göre sendikalaşmaya izin vermekte, bu yasanın 3. maddesi uyarınca tek bir kurum ya da birden çok kurum personelini kapsamak üzere sendika kurulabileceği hüküm altına alınmıştı. Türkmen, 624 sayılı yasanın getirdiği düzenlemeye istinaden Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliğinde görevli hazine avukatları tarafından 1969 tarihinde Devlet Avukatları Sendikası'nın kurulduğunu, 12 Mart Rejimi ile birlikte memurlara sendika yasağı getirilmesi üzerine bu sendikanın kapatıldığını ve bu bilgilere 1969-1970 arasında 4 sayı olarak çıkan Devlet Avukatları Sendikası Dergisi'nden kısmen ulaştığı anekdotunu aktarmaktadır (Türkmen, 2009). Ayrıca yakın dönemlerde yine hazine avukatları bir Kamu Avukatları Derneği kurulmuş; ancak beklenen fayda sağlanamamıştır. Dolayısıyla kamu avukatlarının mesleki dayanışma ve sendikalaşma sorununun çözümünde, meslek esasına dayalı sendikalaşma ilkesinin yeniden getirilmesi faydalı olacaktır.

2-) Yasal Statü ve İdari Teşkilatlanma Farklılıklarından Kaynaklanan Sorunlar:

Kamuda çalışan avukatlar, farklı statülerde istihdam edilmektedir. Kimisi 657 sayılı Kanuna tabi iken, kimisi KİT'lerde uygulanan 399 sayılı KHK'ya, kimisi de 4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş sözleşmesiyle çalışmaktadır. Gerçi Maliye Bakanlığı bünyesindeki Başhukuk Müşavirliğini ve hazine avukatlarına dair idari teşkilatlanmayı düzenleyen 4353 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılması ve 26.09.2011 tarihli ve 659 sayılı "Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname"nin yürürlüğe girmesi ile bir ölçüde yeknesaklık sağlanmıştır.

Kimi kamu avukatları tüm devlet avukatlarının Kamu Avukatları Kurulu gibi bir mesleki birlik içerisinde teşkilatlandırılmasını savunsa da kamu avukatlarının yasal statüsü halen parçalıdır. 659 sayılı KHK m. 2/1-ç bendiyle gelen teşkilat

yapısı 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) ve (II) sayılı cetvelerde belirtilen kamu idareleriyle sınırlıdır. Gerçi Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde 659 sayılı KHK ile ilgili olarak Şubat 2018'de Başbakanlığa gönderildiği belirtilen bir değişiklik taslağı yayımlanmıştır. Bu taslakta Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 659 sayılı KHK kapsamına alınması önerilmektedir (KGM, 2018).

3-) Mali Haklara ve Özlük Haklarına ilişkin Sorunlar:

Kamu avukatlarının mali ve özlük hakları bakımından çok sayıda problemi vardır. 657 sayılı Kanun'da avukatlar "avukatlık hizmet sınıfı"nda, hukuk müşavirleri ise "genel idare hizmetleri sınıfı"nda yer aldığından, tâbi olunan ücret ve özlük hakları bakımından izahı zor farklılıklar ortaya çıkmaktadır (Yılmaz, 2008). Cumhuriyetin erken dönemlerinde hâkim-savcılar ile eşdeğer görülen kamu avukatları zaman içinde unutulmuş; hâkim-savcılarının mali ve özlük haklarında ciddi iyileşmeler yaşanırken, kamu avukatlarının hakları neredeyse olduğu gibi kalmıştır.

Hâkim-savcılar 2 yılda bir terfi ederken, stajını yapan bir avukat, devlet memuriyetine 9. dereceden başlamakta ve 3 yılda bir terfi etmektedir. 657 sayılı Kanun'un Ek I sayılı cetveline göre, 1. derecedeki hukuk müşaviri ve avukatın ek göstergesi 3000; 1. hukuk müşavirinin ek göstergesi ise 3600'dür. Kamu avukatları temsil ve makam tazminatı almamaktadır. Yüzlerce dosyanın ağırlığını sırtında taşıyan, ağır iş yükünün getirdiği stresle boğuşan kamu avukatlarından hiç olmazsa göstergede sağlanacak bir denklik esirgenmemelidir.

657 sayılı Kanun'un 36. maddesinde düzenlenen hizmet sınıflarıyla ilgili ortak hükümlerden görüleceği üzere, memuriyetten önce yapılan avukatlık stajı memuriyette 2 kademe ilerlemesine karşılık gelirken, avukatlar gibi memurluğa 9. dereceden başlayan mimar ve mühendisler için 4 yıllık okulu bitirdikleri için 1 derece (yani 3 kademe) ilerlemesi uygulanmaktadır. Oysa hukuk fakültesinde de öğrenim süresi 4 yıldır. Yine teknik hizmetler sınıfında yer alan jeolog, jeofizikçi, hidrojeolog, hidrolog, jeomorfoloğ, kimyager, fizikçi, matematikçi, istatistikçi, yöneylemci (harekat araştırmacısı), matematiksel iktisatçı (ekonometrici), Erkek Teknik Öğretmen Okulu mezunları, fen memurları, teknikerler de eğitimlerinin karşılık geldiği dereceye 1 derece eklenerek memuriyete başlamaktadır.

Yine kamu avukatlarının ek göstergesi, kendisine eşdeğer eğitim düzeyindeki memurlardan düşüktür. Üstelik emniyet ve sağlık hizmetleri sınıfından memurların göstergelerinde artışa gidilmesine dair bir yasa tasarısı söz konusu olup,

kamu avukatları bu tasarıda da unutulmuştur. Bu adaletsizliklere gerekçe olarak kamu avukatlarının yasal limit dahilinde hak sahibi olduğu karşı vekalet ücreti öne sürülmektedir. Ancak bu savunulurken, başka mesleklerde de döner sermaye ya da tazminat adı altında ek ödemeler olduğu ve bahsi geçen vekalet ücretinin son dönemlerdeki kısmi artıştan önce oldukça düşük bir meblağa tekabül ettiği unutulmaktadır. Örneğin tabipler döner sermayeden aylıklarının 2-3 katı gelir elde etmekte hem memurluk yapıp hem özel muayenehane işletebilmektedir. Yine öğretmenler ek ders, kurs, sınav ücreti gibi pek çok ek ödeme olanağına sahiptir. Neyse ki son yıllarda kamu avukatlarının yasal limit dahilinde elde edebildiği vekalet ücreti toplu sözleşme yoluyla da olsa, aşırı derecede düşük düzeylerden daha makul seviyelere çekilmiştir.

Kamu avukatları mali ve özlük hakları bakımından yalnız diğer mesleklerle değil, kendi içinde de dengesizlikler taşımaktadır. Kamuoyuna “eşit işe eşit ücret” sloganı ile lanse edilen 666 sayılı KHK, bırakın farklı kurumlarda çalışan aynı meslekten memurları eşitlemeyi, aynı kurumlarda aynı mesleği yapan memurlar arasında dengesizlik doğurmuş; çalışma barışını bozmuştur. Örneğin Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne 666 sayılı KHK yürürlüğe girdikten sonra atanan bir avukat performans ücreti ve ikramiye adı verilen ücretleri alamıyorken, daha önce memuriyete atanan ve *kadro karşılığı sözleşmeli* denilen amorf bir statüde çalıştırılan avukatlar bu ücretleri alabilmektedir. Bu sözü edilen, verilebilecek örneklerden sadece biri olup, kamuda mali haklar açısından kurumdan kuruma, meslekten mesleğe uzanan çok sayıda dengesizlik vardır.

666 sayılı KHK’ya ilişkin yetki kanununda Bakanlar Kurulu’na yalnız bazı kurumlara dair mali düzenleme yapma yetkisi tanınmışken, söz konusu KHK’da mali konulardaki değişiklikler tüm kurumlara sirayet ettirilmiş; hatta Anayasa mahkemesine açılan iptal davası ve yerel mahkemelerden itiraz yoluyla gelen davalar aracılığıyla bu KHK’nın bir bölümü iptal edilmiştir.

4-) Diğer Sorunlar:

Kamu avukatlarının hukukçu olmayanlarca denetlenmesi, yine sicil amirlerinin hukukçu olmaması, yardımcı personelin nitelik ve nicelik açısından yetersizliği, meslek içi eğitim sorunu, meslekten haz almama, manevi tatminsizlik gibi sorunlarını da ekleyebiliriz. Kamu avukatlarının hukukçu olmayanlarca denetlenmesi, avukatın bağımsızlığını zedeleyen bir unsurdur. Nitekim 659 sayılı KHK ile ilgili tasarıda, bu görevin muhakemat müdürleri ile yeni ihdas edilecek muhakemat müdür yardımcılarının verilmesi öngörülmektedir.

Kamu avukatlarının yanında avukatlık hizmetlerinin yürütülmesiyle görevli yardımcı personelin eğitim düzeyi düşük ve sayıları azdır. Kamu avukatları her yıl mesleki eğitim sürecinden geçmektedir. Fakat yapılan eğitimlerin amaca hizmet ettiği pek de söylenemez. Mesleki eğitim seminerlerinde genellikle düzenleyici kurumla ilgili mevzuattan ve kurumun işlevinden habersiz öğretim görevlilerine konuşmalar yaptırılmakta; ancak kurumsal hafızayı taşıyan meslektaşlar arasındaki bilgi paylaşımına önem verilmemektedir. Ayrıca sayfalar dolusu evrakı sürekli okuyup, yazmak durumunda olan kamu avukatlarına verimsiz konferanslar yerine, ücretsiz hızlı okuma ve on parmak yazı kursu verilmesi daha işlevsel olabilir.

Sonuç

Kamu avukatlarının durumu hem avukatlık mesleği hem yargı mercileri hem de toplum nezdinde hukuk devletinin itibarını temsil etmektedir. Kamuda çalışan avukatların verdiği hizmetin, hukuka uygun İdari kararların ortaya çıkmasındaki ve hukuk devletinin tesisindeki önemli işlevi kavranarak, yasal statü karmaşasına son verilmeli; kamu avukatlarının mesleki dayanışma imkanları arttırılmalı, mali ve özlük hakları yaptıkları işin stresine ve uğradıkları manevi yıpranma düzeyine uyacak şekilde yeniden gözden geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Kasım; Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası; Notabene, 2011.
- de Gaulejac, Vincent; İşletme Hastalığına Tutulmuş Toplum; Ayrıntı, 2013.
- Erem, Faruk; Eski Yunanda ve Romada Avukatlık; Ankara Barosu Dergisi, 1976, S. 5.
- Herakleitos; Kırık Taşlar; Bordo Siyah, 2003.
- İnanıcı, Haluk; Türkiye’de Avukatlık İdeolojisi; Toplum ve Bilim Dergisi, 2001, S. 87-Kış; (Erişim: https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/02/18/913/#_ftn11 (i.t. 13.11.2018)).
- Lem, Stanislaw; Ölümlü Makineler; İletişim, 2001.
- Türkmen, Coşkun; Kamu Avukatları; Ankara Barosu Yayını, 2009.
- Yılmaz, Ejder; Kamuda Çalışan Avukatlar; AÜHFD, 2008, C. 57 S .3.
- Yılmaz, Ejder; Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık; AÜHFD, 1995, C. 44 S. 1.

İNTERNET KAYNAKLARI

DPB; Memurların Hizmet Sınıfları İtibariyle Dağılımını Gösteren Tablo; Mart 2018.

(Erişim: <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/istatistikler/kamu-personeli-istatistikleri>)

Kanunlar Genel Müdürlüğü; 659 Sayılı KHK Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı; 2018

(Erişim: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/>).

TBB; 31.12.2017 İtibariyle Baroların Avukat Sayılarını Gösteren Tablo; 2017:

(Erişim: <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/avukat-sayilari-31122017-79803>).

AVUKAT SAYISINI BELİRLEYEN FAKTÖRLER: OLAN VE OLMASI GEREKEN*

Prof. Dr. Richard L. ABEL**
Çev.: Kasım AKBAŞ

Çok fazla avukat [*lawyer*] olup olmadığını sormadan evvel bazı sorulara yanıt vermemiz gerekiyor: *Lawyer* derken kimleri kastediyoruz? Sayılarındaki artışı etkileyen şeyler nelerdir ve neler olmalıdır? İngilizce konuşanların çok iyi bildiği “hukukçu/avukat” [*lawyer*] teriminin diğer dillerde bu kadar açık bir eşdeğer karşılığı yoktur. Kıta Avrupası ülkelerinde, hukuk lisansına sahip herkesi kapsamak üzere “*jurist*” [hukukçu] kavramı kullanılır ancak bu lisans mezunlarının büyük bir kısmı Anglo-Sakson ülkelerinde hukukçu/avukat olarak kabul edilmeyecektir. “*Avocet*”,^[1] “*avvocato*”,^[2] “*abogado*”^[3] veya “*anwalt*”^[4] gibi kavramlar, mahkemede savunma yapma yetkisi olan hukukçulara gönderme yapar ancak bu kriter şirket veya kurumlar için hukukçuluk yapanları dışarıda bırakacaktır; oysa bu kişiler Anglo-Sakson dünyada “*lawyer*” olarak kabul edilirler. Anglo-Sakson ülkelerindeki *lawyer*’ların yerine getirdikleri pek çok işlevi, Kıta Avrupası’nda noterler yerine getirir. Japonya, nüfusuna oranla pek az *bengoshi* bulunması ile bilinir ancak diğer ülkelerde *lawyer*’ların gördükleri işlerin pek çoğu Japonya’da muhasebeciler,

* Richard L. Abel (2012) What does and should influence the number of lawyers?, *International Journal of the Legal Profession*, 19:2-3, 131-146’den alınmış ve yazarın izni ile çevrilmiştir.

** UCLA Law School, Los Angeles, CA, USA.

[1] A. Boigeol, “The French Bar: the difficulties of unifying a divided profession” içinde R.L. Abel & P.S.C. Lewis (Eds) *Lawyers in Society, Vol. 2: The Civil Law World* (Berkeley, CA, University of California Press, 1988), blm. 7.

[2] V. Olgıati & V. Pocar, “The Italian legal profession: an institutional dilemma” içinde: Abel & Lewis (Eds) (1988), op. cit., blm. 9.

[3] V. Jene, “The legal profession in Spain: an understudied but booming occupation” içinde Abel & Lewis (Eds) (1988), op. cit., blm. 10.

[4] E. Blankenburg & U. Schultz, “German advocates: a highly regulated profession” içinde Abel & Lewis (Eds) (1988), op. cit., blm. 3.

marka vekilleri ile yargısal ve idari arzuhalçiler tarafından görülmektedir.^[5] Dolayısıyla sayılara dair yapılacak bir tartışma unvandan ziyade yerine getirilen işlev ile birlikte düşünülmelidir.

I. Üreticilerin üretiminin kontrolü

Bütün profesyonel meslekler mesleğe yeni katılımları kontrol etmeye çalışır; profesyonel mesleği diğer meşguliyet türlerinden ayıran bu özellikleridir.^[6] Bugün içinde bulunduğumuz türden, küresel ekonominin geleceğinin belirsizliği karşısında, hukukçuların yeni gelenlerin sayısından kaygı duydukları bir dönemde, bu mesleğin yeni katılımların miktarını geçmişte nasıl düzenlediğini ele almak önem kazanmıştır: “Geçmiş bilmeyenler onu yeniden yaşamaya mahkumdurlar”.^[7]

Numerus clausus [Sınırlı sayı]

Bazı hukuk meslekleri *numerus clausus*'tu; sabit bir uygulamacı sayısı belirlenmişti. Mesleğe başlamak, zaten var olan bir makamın para karşılığı, miras veya atama yoluyla devralınmasına bağlanmıştı. Fransız *notaries* tarihi örneklerden biridir.^[8] Hollanda noterliği henüz çok kısa bir süre önce serbestleştirerek, sayıyı taleplere yanıt verecek kadar yükseltme imkânı tanıdı.^[9] Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) pek çok mesleki sınıf, kamu lisansı aracılığıyla benzer bir korumadan istifade etmiştir.^[10] Hatta benzer bir korumadan yararlananlar bugün hâlâ bulunuyor. New York'ta bir borsa üyeliği 2005 yılında 3,25 milyon dolara, çok yakınlarda bir taksicilik ruhsatı bir milyon dolara satılmıştır.

[5] K. Rokumoto, “The present state of Japanese practicing attorneys: on the way to full professionalization?” içinde Abel & Lewis (Eds) (1988), op. cit., blm. 4.

[6] M.S. Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (Berkeley, CA, University of California Press, 1977); M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* (New York, The Free Press, 1947), s. 142.

[7] G. Santayana, *Reason in Common Sense* (Dover Publishing, 1905).

[8] Boigeol, op. cit., s. 260.

[9] K. Schuyt, “The rise of lawyers in the Dutch welfare state” içinde Abel & Lewis (Eds) (1988), op. cit., blm. 5, s. 201; N. Kuijpers, J. Noially & B. Vollaard, *Liberalisation of the Dutch Notary Profession* (CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 2005).

[10] W. Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraint* (Baton Rouge, LA, Louisiana State University Press, 1956); W. Gellhorn, “The abuse of occupational licensing” (1976) 44 *University of Chicago Law Review* 6; M. Friedman, “Freedom of contract and occupational licensing, 1890–1910: a legal and social study” (1965) 53 *California Law Review* 487.

Los Angeles'ta alkol üretim lisansı da bir milyon dolar tutmaktadır.^[11] Lisans sahipleri, sayıların sınırlandırılmasında kişisel çıkarları olduğunu ifade etmek istemediklerinden makul olmayan ücretler talep etmektedirler. Alkol lisanslarının sınırlandırılmasının tüketimi azaltıcı etkisi olabileceği doğrudur ancak bunun daha etkili ve işe yarar yöntemleri de vardır. Avukatlar için *numerus clausus* yönteminin kullanılmasını reddedebiliriz.

Kamu tekeli

Devlet, avukatların sayısını, avukatlığı kamu istihdamının parçası haline getirerek doğrudan denetim altına alabilir. İsveç'in alkol satışı ve Çin'in tütün üzerinde bir kamu tekeli bulunmaktadır. Pek çok devlet piyangolara tekel uygular. Avukatlar için kamu tekeli uygulamasının tarihi örnekleri vardır: Komünist rejimlerdeki kamu girişimleri için görev yapan temsilci ve vekiller, pek çok ülkede savcı ve hâkim örnekleri gibi... Ancak bugün, tümüyle serbest meslek faaliyeti olan avukatlığın devlet istihdamının bir parçası olmasını savunabilecek pek kimse yoktur.

Doğuştan gelen özellikler

Larson, mesleki tasarıların, tekel rantını sürdürebilmek için *kaç kişinin* mesleğe kabul edilebileceğini değil, aynı zamanda avukatlığın kolektif statüsünü yükseltebilmek üzere *kimin* kabul edileceğini de denetlemeye çalıştıklarını belirtir.^[12] (Bu iki amacın birbirlerini pekiştirdikleri açıktır.) Statülerin farklılaştırılması ile ilgili olarak klasik usul, kasttır. Bağımsız Hindistan'da binden fazla kast bulunur: Kalıtsal, grup içi evlilikle aktarılan ve mesleki tekel oluşturan sosyal bir sınıflandırma. Her ne kadar bu uç bir örnek olsa da, eşsiz olduğu söylenemez. *Kohanim*, tapınakta din görevlisi olarak çalışmak üzere münhasır yetki sahibidir. Nalbantlık, şifacılık ve kahinlik, Afrika'nın bir çok yerinde belli bir sülale ile sınırlanmıştır. Soya bağlı krallık ve aristokratik unvanlar hemen her yerde siyasi iktidar ve toprak mülkiyeti sağlamıştır. Sosyal yasağın hukuki bağlayıcılığı olmadığında bile aileler belli meslek mensubiyetlerini miras ve evlilikler yoluyla sürdürmüşlerdir. Pek çok küçük işletme "babalar ve oğullar" (elbette artık "anneler ve kızlar"), "erkek kardeşler" (artık "kız kardeşler") ve "eşler" şeklinde aile girişimidir. Anthony Trollope, Anglikan Kilisesi'nde hısımlığın

[11] D. Cumming, "Why has the price of taxi medallions increased so dramatically? An analysis of the taxi medallion market" (2009) 17 *The Park Place Economist* 12.

[12] Larson, op. cit.

rolünü canlı bir şekilde resmetmiştir.^[13] Bugün hiç kimse, avukatlığın bir kasta bağlı olması gerektiğini söyleyemez.

Profesyonel meslekler, tarihsel olarak, statülerini (ve gelirlerini), kötü şöhretli olanları dışlayarak güçlendirmişlerdir. Hukukçuluğun farklı alanlarında kadınlar, hukuk uygulaması için “münasip” olmadıkları gerekçesiyle yirminci yüzyıla kadar mesleğin dışında bırakılmışlardı.^[14] Kölelik nedeniyle Afrikalı Amerikalılar men edilmişlerdi. Pek çok ülkede hukukçuluk yalnızca yurttaşlara özgülenmiştir. Yirminci yüzyıla varana kadar Amerikalı hukuk elitleri anti-Semitist görüşlerini açıkça dillendirebilmekteydiler. 1913'te Harlan Fiske Stone (o dönem Columbia Hukuk Fakültesi dekanıydı ve daha sonra ABD Yüksek Mahkemesi Başyargıcı olmuştu), “ezbere dayalı çalışma gibi ırksal eğilimler gösteren” ve “meselenin ayrıntılarına sadakat konusunda, herhangi bir kurala veya gerekçeye dayanmaksızın, neredeyse doğulu bir zihniyet” sergileyen, “uygunsuz nitelikte çok sayıda kişinin baroya akın ettiği” yakınıyordu.^[15] Amerika'nın ilk hukuk meslek etiği kurallarını yazmış olmakla ün kazanan Henry S. Drinker, Philadelphia baro şikayet komitesi sözcüsü olarak “çatlaktan sızıp gelen ve babalarının öte beri satarken kullandıkları yöntemlerle iş görmeye çalışanlardan” mustarıptir. Baroya girişte bir hâmilik sistemi onları dışarıda tutana kadar, “Rus Yahudi gençler” konusunda pek çok şikayet söz konusu olmuştur.^[16] Bir sonraki adım, Nazi Almayasının Musevileri (Berlin Barosu'nun %54'ü ve Viyana Barosu'nun %62'si) ve az sayıdaki kadın hukukçuyu ihraç etmesi olmuştur.^[17] Ancak engellenen gruplar, nihayetinde engellerin üstesinden gelmişlerdir: Musevilerin New York kent barosu kayıtlarındaki oranları 1900-10'da %26'dan 1911-17'de %36'ya,

[13] A. Trollope, *The Warden* (London, Longman, Brown, Green and Longmans, 1855); A. Trollope, *Barchester Towers* (London, Longman, Brown, Green and Longmans, 1857); A. Trollope, *Doctor Thorne* (London, Chapman & Hall, 1858); A. Trollope, *Framley Parsonage* (London, Smith, Elder & Co., 1861); A. Trollope, *The Small House at Allington* (London, Smith, Elder & Co., 1864); A. Trollope, *The Last Chronicle of Barset* (London, Smith, Elder & Co., 1867).

[14] C. Menkel-Meadow, “Feminization of the legal profession: the comparative sociology of women lawyers” içinde R. Abel & P.S.C. Lewis (Eds) *Lawyers in Society, Vol. 3: Comparative Theories* (Berkeley, CA, University of California Press, 1989), blm. 5.

[15] Aktaran J.S. Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America* (Oxford, Oxford University Press, 1976), s. 107.

[16] *Ibid.*, ss. 126–127.

[17] Blankenburg & Schultz, op. cit., ss. 128–129; S. Ladwig-Winters, “The role of Jewish lawyers in the development of law in Germany, and their subsequent destiny until 1945” (Autumn 1999) *Justice 21 (journal of the International Association of Jewish Lawyers and Jurists)*; S. Beller, *Vienna and the Jews, 1867–1938: A Cultural History* (Cambridge, Cambridge University Press, 1991), s. 37.

1918-23'te %40'a, 1923-29'da %56'ya ve şaşkınlık verici şekilde 1030-34'te %80'e ulaşmıştır.^[18] Amerikan hukuk fakültelerindeki kadın öğrencilerin sayısı 1967'den 1983'e %1650 artmıştır. Aslında 1973'ten sonra erkek hukuk fakültesi öğrencilerinin sayıları sabit kaldığından hukuk fakültesine -ve dolayısıyla hukuk mesleğine- yeni girişler kadınlara atfedilebilir.^[19] Irksal engeller, azaltılması en sona kalanlardır; Asyalı-Amerikalılar dışında diğer azınlıklar hukuk fakülte-lerinde ve hukuk mesleği içinde hâlâ yetersiz temsil edilmektedirler.^[20] Bugün pek çok hukukçu, bu tarihi utanç verici görmekte; mesleğin kolektif statüsünü, hizmet verdikleri toplumun farklı kesimlerinin meslek içerisinde daha az değil daha çok temsili ile yükseltilmesini sağlamaya çalışmaktadır.^[21] Bu nedenle, statü kriteri, nicel bir sınırlandırmanın aracı olamaz ve olmamalıdır.

Formel eğitim

Formel eğitim modern profesyonel mesleklerinin alamet-i farikası, profesyonel meslek tanımının değişmez parçasıdır. 1979 Hukuk Hizmetleri Hakkında İngiliz Kraliyet Komisyonu, "belli bir süre devam eden talim ve terbiyeye" dayalı "uzmanlık alanı bilgisine" hâkim olmayı "bir mesleğin beş temel özelliğinden" biri olarak belirlemiştir.^[22] Yapısal işlevselci sosyoloji de benzer vurgulara sahiptir.^[23] Fakat şüphelenmek için yeterli gerekçe de söz konusudur. Mançurya'da, kamu çalışanlarını kadroya almak üzere ayrıntılı bir sınav sistemi kullanılmıştı.^[24] İngiliz kamu kadroları (ve sömürge Hindistanı'ndaki karşılıkları), klasiklerden haberdar olan *Oxbridge* [Oxford ve Cambridge üniversiteleri için kullanılan bir melez kelime -ç.n.] mezunları ile doldurulmuştu. Ancak her iki örnekte de

[18] R.L. Abel, *American Lawyers* (New York, Oxford University Press, 1989), ss. 85–86 (buradan itibaren kısaca, AL).

[19] *Ibid.*, s. 91.

[20] *Ibid.*, ss. 99–108.

[21] R.L. Abel, *English Lawyers between Market and State: The Politics of Professionalism* (New York, Oxford University Press, 2003), blm. 4 (buradan itibaren kısaca, ELMS).

[22] Royal Commission on Legal Services, I Final Report 28, 30 (1979).

[23] T. Parsons, "A sociologist looks at the legal profession" içinde *Essays in Sociological Theory* (New York, The Free Press, 1964); T. Parsons, "The professions and social structure" içinde *Ibid.*; T. Parsons, "Professions" (1968) 12 *International Encyclopedia of Social Sciences* 536; A. Abbott, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor* (Chicago, IL, University of Chicago Press, 1988).

[24] S. Van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis* (Oxford, Berg Publishers, 1962).

işe alınanların sahip olduklarını göstermeye zorlandıkları bilgi ile nihayetinde yerine getirmeleri beklenen mesleki görev arasında hiçbir ilişki bulunmamaktadır.

Formel eğitim ile hukuk mesleği arasındaki ilişki, tarihi ve kültürel anlamda özgüdür. Bu bağlantı, bin yıldır uzun bir süredir üniversitelerinde ilahiyat, hukuk ve tıp fakülteleri bulunan Kıta Avrupası ülkelerinde daha belirgindir. Ancak Amerikalı hukukçular için formel eğitim yirminci yüzyılın ilk birkaç on yılına kadar baskın bir mesleğe giriş yöntemi haline gelmemiştir. İngiltere’de bu dönüşüm yarım yüzyıl daha uzun sürmüştür. Bunun sebebi, kısmen, orada daha az sayıda üniversite olması iken kısmen de pek çok hukuk uzmanının, kendi hukuklarını üzerine çalışmak ve başkalarına öğretmek için fazla tutarsız bulup, katı Roma hukukunu tercih etmiş olmalarıdır (İngiltere’de hukuk fakültelerine kayıtlı öğrenci sayısı 1960-61’de üç bin iken, yirmi yıl kadar sonra 8.500’e ulaşmıştır. İlk olarak 1965’te açılan politeknik okulların hukuk bölümlerine kayıtlı öğrenci sayısı 1981-82’de altı bine varmıştır, yani toplam artış neredeyse %500’tür).^[25] Aslında yirminci yüzyıla kadar ABD’de hiçbir formel eğitim gerekli değildir. Amerikan Tıp Birliği’nin 1910 tarihli Flexner Raporu’nun tıp öğrencilerinin sayısını gözle görülür şekilde düşürme başarısını^[26] taklit etmeye çalışan Amerikan Barolar Birliği [ABA], düzenleyicileri, bir orta okul diploması, ardından bir bakalurya ve nihayet üç yıllık bir hukuk fakültesi mezuniyeti şeklinde eğitim zorunluluğu getirmeye ikna etmek üzere -buna yanaşmayan eyaletlerin siyah ile işaretlendiği yıllık bir harita yayımlamak da dahil olmak üzere- uzun ve hevesli bir kampanya başlatmıştır.^[27] Bu, yarı-zamanlı öğrencilerin sayısını 1928’te 31.319’dan 1953’te 11.685’e gelecek ve büyük oranda da yoksul ailelerden gelen öğrencileri etkileyecek şekilde dramatik olarak düşürmüştür.^[28] California’da akredite olmamış hukuk fakültelerinden mezun olanlar ile bir hukuk şirketinde çalışmış olanların baro sınavlarına girilmesine hâlâ izin verilmektedir. New York, baro sınavlarına girebilmek için bir yıllık hukuk fakültesi öğreniminin ardından üç yıllık hukuk bürosunda çalışmış olmayı kabul etmektedir (ne var ki, her iki eyalette de bu şekilde başarılı olabilen çok az avukat bulunmaktadır). Akreditörlerin bu yoldaki çabaları sorgulanmamış değildir. ABD Adalet Bakanlığı, Amerikan Barolar Birliği’ni,

[25] R.L. Abel, *The Legal Profession in England and Wales* (Oxford, Basil Blackwell, 1988), s. 465, tablo 3.2 (buradan itibaren kısaca, LPEW).

[26] AMA’nın hekim arzı konusundaki başarısının Amerika’nın 1983’te Granada’yı istilasının sebebi olduğunu ileri sürmüştüm. Başkan Regan, istilayı büyük oranda, -ABD’de bir kontenjan bulamadıkları için- orada tıp fakültelerinde olan Amerikalıları kurtarmak için zorunlu olmakla gerekçelendiriyordu.

[27] Abel, *AL*, blm. 3.

[28] *Ibid.*, s. 254, tablo 5.

kartelleşme yasasını ihlal nedeniyle soruşturacağı tehdidi ile özel (kâr-amaçlı) hukuk fakültelerine düşmanlığından vazgeçmesi yönünde uyarmıştır.

Bugün hâlâ, hukuk öğretiminin gereklerine dair büyük farklılıklar vardır. Hukuk, ABD ve Kanada'da bir lisansüstü öğrenimi alanıdır; giderek Avustralya ile Japonya'da da bu yönde ilerlemektedir. Dünyanın geri kalanında ise hâlâ, süresi İngiltere'de olduğu gibi üç yıldan Kıta Avrupası'nda olduğu gibi iki katı kadar uzayacak şekilde, ilk derece yüksek öğrenim alanıdır. İngiltere bakalurya olarak farklı bir alanda öğrenim görmüş olsalar da, mezunların, üç yıllık hukuk lisanslarını bir yıllık yüksek lisans ile birleştirmelerine imkan tanımaktadır. Bazı Amerikan üniversiteleri de öğrencilerin yedi yıllık bakalurya-doktora dönemini altı yıla sıkıştırmalarına izin vermektedir. Ve artık, aynı Amerikan tıp fakülteleri gibi,^[29] hukuk fakülteleri de hukuk doktorasını dört yılda üç yıla indirmeyi düşünmektedirler.^[30] Bazıları zorlu doktorluk öğreniminin üçte bir kısaltılabileceğini (toplamda 14 yıldan 10 yıla düşürülebileceğini) savunmaktadır. Pek çok Amerikan hukuk fakültesi bir sömestrik staj öğrenimini de bir dönemlik krediler yerine saymaktadır (çok az veya hiç öğrenim vermeden harç ödemelerini alabilmektedirler). Northeastern Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrenimin son iki yılındaki formel eğitim ve stajda geçirilen süreleri alternatif olarak sunmaktadır. Ve yine pek çok Amerikan hukuk fakültesi üç yıllık hukuk doktorasını, iki yıllık bir (işletmecilik, kamu yönetimi, şehir planlama, kamu sağlığı veya sosyal hizmet gibi) yüksek lisans programı ile birleştirmeye ve bunu beş yıl yerine dört yıl içerisinde tamamlamaya (bazı tıp fakültelerinin tıp doktorasını halk sağlığı yüksek lisansla birleştirdiği gibi) izin vermektedir. Hukuk fakültesi öğrencileri sürekli hukuk eğitiminin saçmalığından yakınırken, gelecekteki işverenleri de hukuk mezunlarının temel bilgi ve becerilerden yoksun olduklarını dile getirmektedir.^[31] (Bu çok da şaşırtıcı değil: İngiltere'de, Edebiyat Fakültesi'nden mezun olan çok az kişi yazar; siyaset biliminden mezun olan pek az kişi siyasetçi olmaktadır). Bu kişiler, hukuk eğitimi ile hukuk pratiği için ihtiyaç duyulan bilgi arasındaki basit bir ilinti bile olduğu fikrine şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Formel eğitim ruhsatnamesi, başka işlevler görüyor gibidir.^[32]

[29] A. Hartocollis, "NYU and other medical schools offer shorter course in training, for less tuition", *New York Times*, 23 Aralık 2012.

[30] D.B. Rodriguez & S. Estreicher, "Make law schools earn a third year", *New York Times*, 17 Ocak 2013. Yanıtlar için bkz. "Letters to the Editor", *New York Times*, 25 Ocak 2013.

[31] C. Campbell, "Lawyers and their public" (1976) 20 *Juridical Review* 34; J. Carlin, *Lawyers on Their Own: A Study of Individual Practitioners in Chicago* (New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 1962), ss. 41 n.2, 77.

[32] Karş. R. Collins, *The Credential Society* (New York, John Wiley, 1979).

Mezunların disiplinini, hırsını ve eğitilebilirliğini kanıtlamak gibi...^[33] Avukatların ileride elde edecekleri ek ödeme ve statüler için teminat işlevi görmekte ve hukuk mezunlarını, giderek daha fazla tabakalaşan hukuk mesleği içerisinde sınıflandırmaya yaramaktadırlar.^[34]

Gereğesi ne olursa olsun, formel eğitim gerekliliği, avukatlıkların sayısı üzerinde açık bir şekilde etkilidir.^[35] Hukuk eğitimi kurumlarının, arz denetimi kontrolü için kullanılmasının en uç örneği, Japonya'daki *bengoshi* olmanın tek aracı olan *Institute for Legal Training and Research* [ILTR–Hukuk Eğitimi ve Araştırmaları Enstitüsü]'dür. ILTR geleneksel olarak üniversite hukuk lisans mezunlarının %2'sini, yaklaşık iki yıl veya daha uzun süren (benzer giriş kısıtlarına sahip Tayvan veya Kore'de bu süre daha esnek) bir hazırlık süresinin ardından giriş sınavına katılmalarına izin vermektedir.^[36] ABA'nın yürüttüğü kampanya sonucunda akredite olmayan hukuk fakülteleri sayısı 1935'te 106 iken 1962'de 17'ye kadar düşmüştür; keza bu okullardaki öğrenci sayıları da 1928'de 31.013 iken 1961'de 3.218'e inmiştir.^[37] Akredite fakültereye kayıtlı öğrencilerin sayısının artması ile -1928'te 5.385'ten 1961'de 38.894'e- toplam öğrenci sayısı, görece istikrarlı kalmıştır; ülkenin nüfusu aynı dönemde yarı oranında, gayrisafi milli hasıla ise yirmi kat artarken, hukuk fakültesi öğrenci sayıları 1928'de 36.398'den 1961'de 42.112'ye yükselmiştir. Meslekteki sınırlı kontenjana dahil olmanın giderek zorlaşması, hukuk fakültelerinin de çok daha seçici olmalarına imkân tanımıştır. Harvard, 1937-38'de beş başvurudan dördünü kabul ediyordu; 1960'ların sonlarında iki başvurudan birini, nihayet 2012'de on başvurudan birini kabul eder duruma geldi.^[38] Aynı dönemde, fakülteye kayıtlı öğrencilerin okulu bitirmeden ayrılma oranları da çarpıcı şekilde düştü. Yeni kaydolun öğrencilere açılış konuşması yapan bir Harvard dekanı şöyle bir uyarıda bulunuyordu: “Sağınızdaki ve solunuzdaki arkadaşlarınıza bakın; üçünüzden biri önümüzdeki yıl burada olmayacaksınız”.^[39] Gerçekten,

[33] E. Mertz, *The Language of Law School: Learning to 'Think Like a Lawyer'* (New York, Oxford University Press, 2007).

[34] J. Heinz & E. Laumann, *Chicago Lawyers* (Evanston, IL, Northwestern University Press, 1994).

[35] Cf. E. Freidson, *Profession of Medicine* (Chicago, IL, University of Chicago Press, 1970).

[36] Rokumoto, op. cit.; S. Miyazawa, K-W. Chan & I. Lee, “The reform of legal education in East Asia” (2008) 4 *Annual Review of Law & Social Science*.

[37] Abel, *AL*, s. 254, tablo 5.

[38] *Ibid.*, ss. 59–60.

[39] R.D. Kahlenberg, *Broken Contract: A Memoir of Harvard Law School* (New York, Hill & Wang, 1992).

1937'de Harvard'da her üç öğrenciden biri ilk yıl okulu bırakıyordu. 1968 gibi geç bir tarihte bile Amerika'daki hukuk fakültesi öğrencilerinin üçte biri okulu üç yılda bitiremiyorlardı. Oysa şimdi öyle görünüyor ki, hemen hepsi bunu yapabiliyor (California'daki akredite olamamış hukuk fakülteleri öğretici bir karşı örnektir).^[40] Aksine, pek çok Kıta Avrupası ülkesinde, ortaöğretimden mezun olmak bir üniversite programına girebilmeyi kendiliğinden sağlar ve hukuk fakülteleri genelde en kalabalık olanlardır. Ancak pek çok kayıtlı öğrenci ya öğrenimlerini tamamlayamaz ya girdikleri bölümü değiştirir veya mesleklerini yapabilecekleri imkana sahip olamazlar.

Hukuk fakültelerini mesleğe girişte kapı bekçisi yapmanın öngörülemez sonuçları olabilir. Tek tek hukuk fakülteleri hem gelir hem de statü sağlayabilmek için, belirgin bir genişleme güdüsüne sahiptirler. Boston'da 1914 yılında kurulan Suffolk Hukuk Fakültesi'ne, Harvard'ın aksine, ilk on yıl içerisinde neredeyse dört bin öğrenci kaydolmuş ve dünyanın en büyük hukuk fakültesi haline gelmiştir. Fakülte, çatısına taktığı, beş mil ötedeki Harvard meydanından bile okunabilen bir neon tabela ile bunu gururla duyurmuştur.^[41] Yakın zamanlarda, *US News* başarı sıralamasından (bu sıralama değerlendirmesinde en büyük ağırlık, yeni kaydolun öğrencilerin LSAT puan ortalamalarına verilmektedir) etkilenen Amerikan hukuk fakülteleri kayıtlı öğrenci sayılarını, genelde akşam programlarını kapatmak (dolayısıyla yoksullar, azınlıklar ve öğrenciler için olanakları kıstak) suretiyle, düşürmüşlerdir.^[42] Hukuk fakülteleri, öğrencilere tanıdıkları burs imkanları, mezunlarının iş ve ücret olanakları hakkında yanıltıcı bilgi vererek başvuru sayısını artırmaya çalışmaktadır.^[43] Aynı zamanda, avukatlığa yönelik azalan talep nedeniyle, yeni öğrenci alım sayılarını düşürmüşlerdir; neredeyse dörtte birinin 2013 itibarıyla böyle yapması beklenmektedir.^[44] LSAT sınavına katılan öğrenci sayısı Ekim 2011 ile 2012 arasında %16 düşmüştür. Yine de hukuk eğitimine dair eyalet üniversiteleri tekeli, yeni özel üniversitelerin kurulması ile kırılabilir. Korumacı önlemlere rağmen, giderek artan sayıda

[40] Abel, *AL*, ss. 61, 256, tablo 7.

[41] R. Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* (Chapel Hill, NC, The University of North Carolina Press, 1983), ss. 75, 80.

[42] M. Sauder & R. Lancaster, "Do rankings matter? The effects of US News&World Report rankings on the admission process of law schools" (2006) 40 *Law & Society Review* 105.

[43] D.C. Weiss, "No fudging: revised standard bars law schools from publishing misleading consumer information", *ABA.com* (6 Ağustos 2012); B. Trachtenberg, "Law school marketing and legal ethics" (yayımlanacak, 2013) *Nebraska Law Review*; P. Campos, "The crisis of the American law school" (2012) 46 *Michigan Journal of Law Reform* 177.

[44] D.C. Weiss, "About half of law schools surveyed have cut first-year enrollment", *ABA.com*, 19 Ocak 2012.

yabancı öğrenci hukuk fakültelerine girmeye çalışmaktadır.^[45] Hukuk fakültesi harçları, enflasyon oranının üstünde bir hızla yükselse de devletin ve özel kredi kuruluşlarının sağladığı eğitim kredileri öğrencilerin bu harçları ödemesine imkân tanımaktadır (bu borçları geri ödeyip ödemeyecekleri meçhul olsa da).

Bazı uzmanlar, hukuk fakültelerinin, yeni kayıt olan öğrencilerin miktarını düşürmek ve ilk yıl başarısız olanların devam etmesine izin vermemek gibi yöntemlerle avukatların sayısındaki artışın kontrol altında tutulabilmesi için güçlü bir araç olabileceğini ileri sürmektedirler.^[46] Bazıları, hukuk fakülteleri başarı sıralamasını iki ayrı liste şeklinde belirlemek istemektedirler; zira onlara göre özel kişileri temsil eden avukatlar ticari işletmelere ve varlıklılara hizmet eden avukatlardan daha az uzman olabilirler. Oysa doksan yıl önce Alfred Z. Reed, farklı bir akreditasyon standardı belirlemeyi önerdiğinde, ABA buna esaslı bir ismi, Elihu Root'u, mesleğin itibari birliğini vurgulayan bir rapor hazırlamak üzere görevlendirmek suretiyle karşılık vermişti.^[47] Ayrıca Gary Bellow da yoksulların karşı karşıya kaldıkları hukuki problemlerin en az zengin firmaların problemleri kadar esaslı olduğunu kanıtlarıyla ortaya koymuştur.^[48]

Avukat sayısının hukuk fakülteleri aracılığıyla kontrol edilebileceğini savunanların bazı zor sorulara yanıt vermeleri gerekiyor: Hukuk fakülteleri böylesi bir karar alabilecek ahlaki otorite olma yetkisini nereden alıyor? Sundukları eğitimin, uygulamacıların hepsi için çok önemli olduğuna dair bir kanıtları var mı? Şahsi çıkarlarının aldıkları kararlara etki etmeyeceğinden nasıl emin olabiliriz? “Olması gereken” avukat sayısını belirlemek için hangi kriterleri kullanıyorlar? Böyle bir hesaplama için ne tür verilere ihtiyaç duyarız; bu verilere nasıl ulaşacaklar ve buna nasıl güveneceğiz? Hukuk fakülteleri tek tek mi hareket etmeli? Eğer öyleyse, çıkarları ve hesaplamaları farklı sonuçlara yol açmayacak mı (bazıları genişlemeyi tercih ederken bazıları küçülmeyi isteyebilir)? Eğer kolektif hareket edeceklerse, nasıl bir kurumsal çerçeveye sahip olacaklar? Bu ortak hareketlerini rekabet yasalarına karşı nasıl savunmayı düşünüyorlar? Hukuk fakülteleri, yeni kayıt olacak (ücret veya harç miktarı aracılığıyla) ve

[45] Tıp, her zaman aydınlatıcı bir karşılaştırma olmuştur. Bkz. D. Blumenthal, “New steam from an old cauldron – the physician-supply debate” (2004) 350 *New England Journal of Medicine* 1780.

[46] B. Tamanaha, *Failing Law Schools* (Chicago, IL, The University of Chicago Press, 2012); R.N. Jonakait, “The two hemispheres of legal education and the rise and fall of local law schools” (2006/07) 51 *New York Law School Law Review* 862; ayrıca bkz. Chambliss, “It’s not about us: beyond the job market critique of US law schools” (yayımlanacak, 2013).

[47] A.Z. Reed, *Training for the Public Profession of the Law* (New York, The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, 1921); Abel, AL, s. 46.

[48] G. Bellow, “Turning solutions into problems” (1977) 34(4) *NLADA Briefcase*.

mezun olacak (belli miktarda öğrencinin okulu bitiremeyeceğini tespit etmek suretiyle) öğrenci sayılarını kendileri mi belirlemeli? Hukuk fakülteleri daha az öğrenci kabul etme kararlarının, ırk, etnik köken, din, sınıf ve cinsiyet temelli dezavantajlı grupların başvurularını orantısız bir şekilde etkilemeyeceğini veya meslek içi tabakalaşmayı pekiştirmeyeceğini nasıl garanti edebilirler? Hukuk fakülteleri, avukatların hizmet verdikleri toplumu ikna edecek yanıtlar vermeden, öğrenci sayılarını kendi başlarına belirlememelidir.

Sınavlar

Aslında bugün avukatların bazı sınavlardan geçmeleri gerektiğini kabul ediyorsak da aslında Anglo-Sakson ülkeleri için bu tür sınavlar, on dokuzuncu yüzyıl gibi hayli yeni bir tarihte ortaya çıkmıştır. 1856'da *Lincoln's Inn* [Baro işlevi gören bir tür avukat birliği -ç.n.] murakıbyı olan kişi, avukatlar için sınav yapılmasına karşı çıkmıştır: "Kürsüde savunma yapmak üzere çağrılan kişilerin, ister materyal eksikliği, ister tembellik, ister yetersizlik veya herhangi başka bir nedenle istidatsız olmalarında herhangi bir fenalık görmüyorum". Ne var ki, yarım yüzyıl sonra büyük bir işadamı olan bu kişi, hevesli 141 avukatın (on kişiden birinin kazandığı) baro sınavına girmesini engelleyerek tuhaf bir tutarlılık sergilemiştir.^[49] Bugün bile sınavlar genel kabul görmüş değildir. ABA'nın muarızlığı nedeniyle "yeterlilik muafiyeti" ni kabul eden eyaletlerin sayısı otuz ikiden bir ikiye düşmüşse de bazı Amerikan yargı organlarında eyalet hukuk fakültelerinden mezun olanların bir başka sınava gerek duyulmaksızın avukatlık yapmalarına izin verilmektedir. Anglo-Sakson hukuk ülkelerinde sınavlar meslek örgütü tarafından yapılmakta iken, Kıta Avrupası'nda bunu devlet yapmaktadır.

Formel eğitim gibi sınavlar da yeterlilik sağlamak için bir tür zorunluluk olarak gereçlendirilmektedir. Ancak Weber uzun zaman önce uyarmıştır:

"Farklı taraflardan düzenli bir müfredata ve özel sınavlara girilmesi talebini duyduğumuzda, genelde bunun ardında yatan sebep elbette bir anda ortaya çıkan 'eğitim açlığı' değil, bu tür mevkilerin kontenjanlarının sınırlandırılması ve halihazırda eğitim ruhsatına sahip olanların bu mevkileri tekelleştirme arzusu oluyor. Bugün "sınav", bu tekelleşmenin evrensel aracıdır ve bu nedenle sınavlar karşı gelinemez şekilde artacaktır".^[50]

Hukukçuluk mesleğindeki sınavlara dair kuşkucu olmak için çok sayıda neden söz konusudur. Ehliyet imtiyazını kabul eden eyaletler, pekâlâ sınavsız

[49] D. Duman, *The English and Colonial Bars in the Nineteenth Century* (Croom Helm, 1983), s. 80.

[50] H.H. Gerth & C.W. Mills (Eds) *From Max Weber* (London, Routledge, 1964), ss. 241–242.

da yapabilmektedir. Bazı sınavlar aşırı kolaydır. İngiliz baro sınavlarında başarı oranları çok yüksektir, o kadar ki, *Oxbridge*'den gelen ve hukuk dışında öğrenim gören herhangi biri bile birkaç içerisinde bu sınavı verebilmektedir.^[51] Ücretli sınav hazırlık kursları (genellikle hayli pahalıdır) sınavdan nasıl geçilebileceğine dair dersler vermektedir. Bildiğim kadarıyla sınavları haklı gösterecek *hiçbir* çalışma, yani ampirik araştırma yapılmamıştır: (1) elde edilen puanlar ile mesleki yeterlik arasında bir korelasyon var mıdır? (2) Sınavı geçen herkes en azından asgari düzeyde yeterli ve (3) geçemeyen herkes yetersiz midir? Sınavlar sınıf, ırk veya dil temelinde dezavantajlı olan gruplardan gelen katılımcılar üzerinde orantısız bir etkiye sahiptir.^[52] Ayrıca, sınavı düzenleyenlerin, başarılı olma oranlarını etkileyecek şekilde sınavı manipüle ettiklerine dair inandırıcı kanıtlar da söz konusudur. Bu durum, sınav sorumlusu mesleğin kendisi olduğunda daha şaibelidir. 1923'te sınav başarı oranları Texas'ta %25'ten New York'ta %46'ya ve Kuzey Dakota'da %100 ulaşacak şekilde değişkenlik göstermektedir.^[53] 1985'te California'daki %57 ile Ohio'daki %90 oranları arasında değişiklik göstermiştir.^[54] Bu sonuçların, söz konusu eyaletlerde sınava katılanların yeterlilikleri ile ilişkili olduğuna inanmak için bir neden bulunmuyor. Ülke çapında, başarılı olma oranları 1927'de %59 iken 1948'de %38'e düşmüş, 1973'te %76'ya yükselmiş ve 1984'te %64'e düşmüştür.^[55] Benzer şekilde, yeterliliğin bu şekilde yıllara göre dalgalanması ikna edici değildir. Aslında New York, 1990'ların sonunda yaşanan internet şirketleri patlamasına yanıt olarak sınavı hissedilir şekilde zorlaştırmıştır.^[56] İngiltere'de de benzer bir örüntü takip edilebilir. İngiltere'de baro final sınavları (ikinci kısım) başarı oranları 1929 sonbaharında (krizden hemen önce) %87 iken hemen bir yıl sonra %50'ye düşmüş ve birkaç on yıl boyunca (kısmen imparatorluk çapından gelen öğrenciler nedeniyle) aynı veya daha düşük düzeylerde kalmıştır.^[57] Baro sınav başarı ortalaması, Birinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı kayıplarını telafi etmek üzere 1909-15'te %75'ten 1918-30'da %87'ye (1920'de %97 gibi çarpıcı bir orana erişerek) yükselmiş; Bunalım döneminde istikrarlı bir şekilde düşerek 1939'da %54'e inmiş ve İkinci Dünya Savaşı'nın sonraki iki yıl %69 ile %71 arızı çıkışları dışında düşük düzeyde

[51] Abel, *LPEW*, ss. 41-42.

[52] Abel, *AL*, s. 103; Abel, *ELMS*, blm. 4.

[53] Abel, *AL*, s. 267, tablo 16.

[54] *Ibid.*, s. 270, tablo 18.

[55] *Ibid.*, s. 269, tablo 17.

[56] D.J. Merritt et al., "Raising the bar: a social science critique of recent increases to passing scores on the bar exam" (2001) 69 *Cincinnati Law Review* 929.

[57] Abel, *LPEW*, ss. 42, 310-314, tablo 1.1.

kalmayı sürdürmüştür.^[58] Sınavlar, yalnızca meşru, yani yetersiz olanları dışarıda tutma işlevlerini yerine getirip getirmediikleri konusunda sürekli olarak yeniden değerlendirilmelidir.

Çıraklık

Üniversite öğrenimi gerektiren hale gelmezden evvel profesyonel meslek-
lere, çıraklık yoluyla başlanırdı ki, kimi formlar altında, en azından *de jure*
bir gereklilik olarak hâlâ geçerliliğini korumaktadır. Tarihsel olarak en önemli
engel buydu. İngiliz *solicitor*'lar [duruşmalarda konuşma yetkisi olmayan ikinci
derece avukat -ç.n.] 100 ilâ 500 pound arası (bazı durumlarda bir yıllık orta-
lama kazancın üstünde) bir giriş aidatı ödemek ve beş yıl hiçbir ücret almadan
yaşamlarını sürdürmek zorundaydılar.^[59] İngiliz *barrister*'lar [her türlü avukatlık
yetkisine sahip üst düzey avukatlar -ç.n.] iki yıllık çıraklık dönemleri için iki yüz
İngiliz altını (1959'dan sonra bir yıllık dönem için yüz İngiliz altını) giriş aidatı
ödemek zorundaydılar.^[60] Üstat avukatların yeni çırak alma istekleri, mesleğe
yeni girecek olanların sayısını belirlemekteydi. Bazı avukatlar çıraklığı, emek
sömürüsü için uygun bir imkân olarak gördüklerinden, hukuk mesleğinde
üstat başına düşen çırak sayısı zaman zaman sınırlandırılmıştır.^[61] Fakat yine,
mesleğin, avukatlar arasındaki rekabeti azaltmak amacıyla arzı sınırlandırma
çabaları bir gerekçe değildir. Çıraklık, ipleri tamamen, tipik olarak kendilerine
benzer kişileri ve genellikle de akrabalarını kabul eden üstatların tercihlerine
(ve yönlendirmelerine) bırakmak anlamına gelmektedir. Çıraklığın avukatlık
yeterliliğine katkısı belirsizdir ve yine bildiğim kadarıyla hiçbir şekilde ampirik
olarak sınanmamıştır.^[62] İngiltere'deki Sözleşmeli stajyer avukatlar, zamanlarını
belgelerin fotokopisini çıkarmak, hatta çay yapmak gibi rutin işleri yerine
getirerek boşa harcamaktan yakınmaktadırlar.^[63] Hiç olmazsa, çıraklığı savu-
nanlar bunun üstadın çıkarları veya kullanımı için değil, bir pedagojik araç
olarak faydalı olmasını sağlamalıdır. Ve öğrenciler yüksek öğrenimde yıllarını
harcadıktan sonra çıraklığı [stajı] zorunlu kılan bir meslek, hepsi için hiçbir
ayrımcılığa imkân tanımadan bir kontenjan bulabilmelidir. Her halükârda,
çıraklık zorunluluğu, mesleğe yeni katılımları sınırlamamalıdır.

[58] Ibid., ss. 396–401, tablo 2.10.

[59] Abel, *LPEW*, s. 149.

[60] Ibid., s. 53.

[61] İki sınırı, on sekizinci yüzyılda İngiltere'de yerleşmiştir. Ibid., s. 152.

[62] S. Ogilvie, "Guilds, efficiency, and social capital: evidence from German proto-industry"
(2004) 58 *Economic History Review* 286.

[63] Abel, *LPEW*, ss. 155–156.

İstihdam

Kamunun hukuk uygulayıcılığını tekelleştirmedeği yerlerde bile, istihdam seçenekleri yeni katılımları sınırlandırabilir. Bir İngiliz *solicitor* bağımsız olarak çalışmaya başlamadan önce en az üç yıl tecrübeli bir *solicitor*'ın asistanlığını yapmalıdır. İngiliz *barrister*'lar, geleneksel olarak bir yargı dairesinde memuriyet bulmalıdırlar ki, Londra'da bu yalnızca *Inns of Court* [İngiltere'de baro benzeri avukatlık meslek örgütü -ç.n.] ile sınırlanmıştır. Ücret kazanamadıkları veya ortaklığa kabul edilmedikleri için, mesleğin ilk yıllarında çok az gelir elde edebilirler ve aile desteği olmadan hayatlarını idame ettirebilmeleri çok zordur. Her ne kadar ABD'deki eyaletlerde, avukatların mesleğe girer girmez bağımsız avukatlık yapabilmelerine izin verilmiş olsa da 2011 mezunlarının yalnızca %6'sı bunu gerçekleştirebilmiştir.^[64] Beş ilâ on yıl, ücretli bir avukat olarak çalışmak, Amerikan hukuk şirketlerinde ortaklı kazanmanın yegâne yoludur. Bu piyasa-merkezli sınırlama, avukat sayılarına etki edecek son unsuru getirmektedir.

Piyasa etkileri

Eğer arzın meslek veya (genellikle meslek baskısı ile) kamu tarafından kontrol edilmesi yolundaki her çabanın şahsi çıkar temelli -George Bernard Shaw'ın "ruhban olmayanlara yönelik tezgâh"^[65] dediği şeyin bir başka örneği- olarak düşünülüp bundan kuşku duyulacak ise, çözüm piyasa mıdır? Piyasa savunucuları, doğru bir şekilde, mesleğe giriş engellerinin müvekkillerden elde edilen tekel rantı olduğunu ileri sürmektedirler. Buna karşın, arzın talebe bağlı olarak yükselmesine izin verildiğinde, hizmet maliyeti düşecek ve erişim miktarı artacaktır. Neo-klasik iktisat okulunun kurucusu Milton Friedman, her ne kadar müvekkillerin asgari nitelikte bir hizmet almalarını sağlamaya yönelik olarak savunulsa da mesleğe giriş engellerinin, daha nitelikli meslek mensuplarına erişme imkânı olmayanların aldıkları hizmetin niteliğini toplamda düşürdüğünü ileri sürer.^[66] Örneğin insanların Londra'nın daha pahalı siyah taksileri yerine

[64] NALP, Class of 2011 National Summary Report (2012). Available at: www.NALP.org/NatSummChart_Classof2011.pdf.

[65] G.B. Shaw, *The Doctor's Dilemma* (New York, Brentano's, 1909) (ilk basım 1906). Adam Smith, bir kinik olarak bunu ilk ve tek dile getirendi: "Aynı işi yapan insanlar, yalnızca eğlence ve şamata için bile olsa nadiren bir araya geliyorlar. Ancak konuşmalar genelde kamuoyuna dair komplolarla ve bazı durumlarda ücretleri artırma hamlesiyle tamamlanıyor". A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (New York, Modern Library, 1937) (ilk basım 1776).

[66] M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago, IL, The University of Chicago Press, 1962); M. Friedman & S.S. Kuznets, *Income from Independent Professional Practice* (National Bureau of Economic Research, 1945).

korsan taksileri veya New York'ta daha pahalı olan sarı taksiler yerine ucuz olanları tercih ederken fiyat-kalite hesabı yaptıklarını görürüz. Thatcher hükümeti zamanında Adalet Bakanı Lord McKay, gayretli bir şekilde, hukuk mesleğindeki sınırlandırıcı uygulamaların azaltılmasına yönelik bir program izledi.^[67] Amerikan hukuk mesleğinde son dönemde yaşanan “kriz” -işsiz mezunlar, düşük başlangıç ücretleri, hukuk şirketlerinde işten çıkarmalar ve şirket ayrılmaları, giderek sarmallaşan eğitim kredisi borçluluğu, hukuk fakültesi başvurularındaki düşüş, muhtemel hukuk fakültesi iflasları-, pek çok kişiyi, avukatlık hizmetleri piyasasının daha da liberalleşmesini savunmaya itti.^[68] Hukuk öğrencileri, avukatlar, hukuk şirketleri ve fakülteler gerçekten zor bir süreç yaşıyorlarsa da bu, Schumpeter'in ileri sürdüğü gibi kapitalizmin en büyük erdemlerinden biri olan yaratıcı yıkımın kaçınılmaz bir örneği olabilir.^[69]

Ne var ki, Marx, emek piyasalarının diğer piyasaları benzemediğini zira emeğin diğer bütün metallerden farklı olduğunu ileri sürer.^[70] Doğru, mesleğe girişin önünde ya çok az engelin bulunduğu veya hiç bulunmadığı sayısız örnek bulunuyor: seyyar satıcılar veya kapıdan ve uzaktan mal ve hizmet satanalar, ev içi ve tarım istihdamında çalışanlar, bahçıvanlar, çocuk ve ev sağlık hizmetinde çalışanlar, geçici işçiler (şimdilerde inşaat ama daha öncelerde liman işçileri) gibi. Fakat bunlar arzu edilmeyen, asgari ücretin altında (bazen o bile değil) para kazanılan ve hiçbir özel fayda veya iş güvencesi olmayan çalışmalardır. Genellikle beyaz ırktan olmayan, kadın ve göçmenler (çoğunlukla da yasadışı olan göçmenler) tarafından yapılma eğilimi vardır. Sendikaların veya kamu

[67] Abel, *ELMS*, blm. 2. For further developments, bkz. D. Clementi, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales: Final Report* (Office of the Legal Services Commissioner, 2004).

[68] D.J. Merritt & D.C. Merritt, “Unleashing Market Forces in Legal Education and the Legal Profession”, *Moritz College of Law Public Law and Legal Theory Working Paper Series* (2012); G.K. Hadfield, “Legal barriers to innovation: the growing economic costs of professional control over corporate legal markets” (2008) 60 *Stanford Law Review* 1689; C. Winston et al., *First Thing We Do, Let's Deregulate All the Lawyers* (London, Penguin Press, 2011); M. Pagliero, “What is the objective of Professional licensing? Evidence from the US market for lawyers” (2011) 29 *International Journal of Industrial Organization* 473; M. Pagliero, “Licensing exam difficulty and entry salaries in the US market for lawyers” (2010) 48 *British Journal of Industrial Relations* 726; L.E. Ribstein, “The death of big law” (2010) *Wisconsin Law Review* 749; G.B. Shepherd, “Cartels and controls in legal training” (2000) 45 *Antitrust Bulletin* 438.

[69] J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (New York, Harper & Bros., 1947) (ilk basım 1942), ss. 82–85.

[70] K.Marx, *Capital* (Chicago, C.H. Kerr & Co., 1906) (Almanya'da ilk basım 1867), vol. 1, blm. 1.

düzenlemelerinin olmadığı “serbest” piyasalar işçiler için kötüdür (her ne kadar, elbette iktisatçılar bu koşulların daha fazla iş imkânı sağladığını ileri sürseler de).

Serbest piyasalar tüketiciler için de kötüdür. Her ne kadar Friedman, pek isabetsiz olarak hastaların yeterince kalifiye olmayan beyin cerrahlarını “seçmeleme” izin verilmesi gerektiğini söylese de kendisi öyle yapar mıydı emin değilim. Düşük avukatlık ücretlerinin sağladığı hizmetlerden yararlanan müvekkiller, enformasyon asimetrisi gibi bir kalıcı problemle karşı karşıyadırlar.^[71] Niteliği *ex ante* [önceden] ölçebilmek zor hatta genelde imkansızdır. *Ex post* [sonradan] yapılsa bile, ortaya çıkan sonuç, mesleki uzmanlığın ölçümü yerine büyük oranda geçemez, zira davanın zorluğu, karşı tarafın iddiaları veya atanan yargıcın niteliği gibi diğer değişkenlerin denetimi söz konusu değildir. Bir kerelik müvekkiller (büyük çoğunlukla bireysel müvekkillerdir) kendi tecrübelerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapamazlar.^[72] Reklam sınırlamaları (örneğin dava başarı oranlarının duyurulması yasağı) genel itibarın ne olduğunu değerlendirmeyi zorlaştırır. Diğer göstergelerin olmadığı bu durumda, müvekkiller, yanılıya düşerek, yalnızca ücretin kendisini bir kalite işareti olarak kabul edebilirler.^[73] Tümüyle serbest bir avukatlık piyasası, müvekkillere hiçbir koruma sağlamaz. Keza görevi ihmalden kaynaklanan sorumluluk veya mesleki disiplin araçları da nitelikli hizmeti gerektiği gibi güvencelemez. Her ikisi de ancak hasar ortaya çıktıktan sonra uygulanabilir. Biliyoruz ki haksız fiil mağdurları büyük oranda hak edilenin daha düşük miktarını talep ederler;^[74] özellikle hukuki görevi ihmal davalarında (tıbbi örneklerinde olduğu gibi) bunun daha

[71] G. Akerlof, “The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism” (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488.

[72] M. Galanter, “Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change” (1974) 9 *Law & Society Review* 95. Amerikalılara vehmedilen fazla davalı oldukları iddialarına rağmen, bir araştırma, ömürleri boyunca bir avukat ile yalnızca iki kere karşılaştıklarını ortaya koymuştur. B.A. Curran, *The Legal Needs of the Public* (Washington, DC, ABA, 1977).

[73] Los Angeles’ta avukatlık yaparken Richard Nixon, bir müvekkiline Gaulle iktidarda olduğu sürece Fransa’da yatırım yapmanın güvenli olacağını -gazetelerden kolayca öğrenilebilecek bir bilgi- tavsiye ettiği müvekkiline 25.000 dolarlık bir fatura çıkarmıştı. Eski başkan yardımcısı, bu ücretlendirmeyi, bu tavsiyenin müvekkile böbürlenme imkânı tanıyacağını söyleyerek açıklamıştı: “avukatım Dick Nixon, bana geçen gün dedi ki...” P. Hoffman, *Lions in the Street* (New York, Saturday Review Press, 1973), s. 100.

[74] D. Harris et al., *Compensation and Support for Illness and Injury* (Oxford, Clarendon Press, 1984); D. Hensler et al., *Costs and Compensation for Accidental Injury in the United States* (Santa Monica, CA, Rand Publishing, 1991).

büyük bir problem olabileceğini düşünüyorum.^[75] Üstelik, bu tür iddiaların kanıtlanması çok zordur; müvekkillerin, eğer görevi ihmal olmasaydı davayı kazanabileceklerini göstermeleri gerekir.^[76] Pek çok mesleki yanlış davranış için disiplin kuralları geçerlidir; ve çok sayıda avukattan yalnızca birkaç tanesi mükerrer cezalandırılmıştır.^[77]

Bu nedenle, mesleğe giriş engellerine hâlâ ihtiyacımız var ancak bunlar asgari niteliği tam olarak sağlamıyorlar. Hangisi uygulanırsa uygulansın, arza katılan avukat sayısı talebin ya üstünde ya altında kalıyor. Her türlü emek piyasası “zordur” çünkü katılımcıların sabit maliyetleri söz konusudur: eğitim, kaçırılmış fırsatlar, becerileri hayata geçirmenin manevi zevki, konut ve kariyer ilerlemelerinin ailenin diğer üyelerine etkisi. Bu nedenle, profesyonel mesleklerdeki emek piyasası bilhassa zorludur.^[78] Hukuk mesleğinden ayrılma oranları çok düşüktür.^[79] Kariyer tercihinde bulunan kolej mezunları kâr-zarar hesabına dayalı karşılaştırmalı bir değerlendirme yaparlar. Yıllarca, öğrencilerimle, hukuk fakültesine geldiklerini, çünkü orta sınıf bir hayat istediklerini ve kan dökmeye de görmeye de dayanamadıklarını söyleyerek şakalaşırım. Bu başarısız şakalarım, çekingen gülüşmelerle karşılanırdı; bunu bir kabul işareti olarak düşünürdüm. Ama hukuk fakültesine gelenlerin verdikleri bu kararların nedeni müphemdir.^[80] Buna benzer her türlü değerlendirme sistematik bir önkabulü içerir. Hukuk fakültelerine başvuranlar, bazı büyük şirketlerin mezunlara yıllık 160.000 dolar verdiklerini “bilirler” ve bu miktarı denemeye değer bulurlar.^[81] Bu önkabuller olmasa bile, yeni kayıt yaptıran öğrenciler eksik bir tür enformasyona dayanırlar. Önümüzdeki elli yılda avukat talebinin

[75] P.M. Danzon, *Medical Malpractice: Theory, Evidence, and Public Policy* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985).

[76] *Wiley v. County of San Diego* [1998] 966 P.2d 983 (Cal.).

[77] R.L. Abel, *Lawyers in the Dock* (New York, Oxford University Press, 2008); R.L. Abel, *Lawyers on Trial* (New York, Oxford University Press, 2010).

[78] R.B. Freeman, “Legal cobwebs: a recursive model of the market for lawyers” (1975) 57 *Review of Economics & Statistics* 179.

[79] J. Heinz & E. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar* (New York, Russell Sage Foundation, 1982), s. 208, Figür 6.6.

[80] D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under Uncertainty* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982); D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow* (New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2011).

[81] C. Caponecchia, “It won’t happen to me: an investigation of optimism bias in occupational health and safety” (2010) 40 *Journal of Applied Social Psychology* 601; G. Preuss & M.D. Alicke, “Everybody loves me: self-evaluations and metaperceptions of dating popularity” (2009) 35 *Personality & Social Psychology Bulletin* 937.

ne kadar olabileceğini kim öngörebilir; bu kişilerin kariyeri ne kadar sürecektir? Avukatlığa yönelik talebe etki eden çok sayıda faktör söz konusu olabilir: İş çevreleri, teknolojik yenilikler, küresel ve uluslararası ticaret, yeni ulusların ortaya çıkışı veya bazılarının çöküşü, hükümet düzenlemeleri, hak bilinci, maddi hukukta yaşanan değişiklikler (vergi reformu, sebebe dayalı olmayan boşanma, uyuşturucunun serbest bırakılması gibi), hatta iklim değişikliğine ve teröre nasıl bir çözüm bulacağımız... Bu değişikliklerin nasıl yaşanacağını ve avukatlık talebini nasıl etkileyeceğini önceden bilemeyiz. “Uzmanlar” dahi bir fikir birliğine sahip değiller. *Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı New York Times* konuk sayfasında kaleme aldığı yazısında, ABD Emek İstatistikleri Bürosu’nun 2010-2020 arasındaki on yıllık dönemde %10 daha fazla avukata ihtiyaç duyulacağını öngördüğünü belirtmektedir.^[82] Bu yazı, bir başka hukukçuyu, editöre mektup yazarak Büro’nun aslında 73.600 yeni iş imkânı olacağını öngördüğünü ve bunun da söz konusu dönemde 400 bin olması beklenen yeni mezunları karşılamak için bile düşük bir sayı olduğunu ileri sürmeye mecbur bırakmıştır (ama yazar bu büyük yeni avukat patlaması grubuna karşılık, ne kadar emeklilik olacağını belirtmeyi göz ardı etmektedir).^[83] Arz ile talep arasındaki mevcut dengesizlik ancak yukarıdaki faktörlerin bir sonucu olabilir; ancak aynı zamanda mesleğe giriş engellerini asgari rekabeti sağlamak için gerekli olanları muhafaza edecek şekilde yeniden değerlendirmek için önemli bir fırsat olarak da görülebilir.

II. Üretimi üreticiler aracılığıyla kontrol etmek

Mesleğe katılımın denetlenmesi, yeni girenler arasındaki rekabetin de sınırlandırılmasına imkân verir, hatta bunun içindir (arz kontrolü sağlanana kadar, meslek dışında kalanlar meslek kurallarını, hiçbir cezalandırmaya tabi olmadan ihlal edebilirler). En önde gelen ve önemli rekabet karşıtı pratik, pazar paylaşımıdır. Her ne kadar Abbott, bu yargı alanları ayırımını bilgiye dayalı bir icazet olarak sunsa da bu gerekçe, profesyonel mesleklerin giriş engellerini savunmak için geliştirdikleri münhasır uzmanlık iddialarından daha inandırıcı değildir (hatta daha az inandırıcıdır).^[84] 1920’lerde 30’larda California Eyalet Barosu, yargı alanları ayırımını, bankalar, emlak ve sigorta şirketleri, sigorta eksperleri, emlak komisyoncuları, muhasebeciler ve varlık şirketleriyle müzakere etmiştir. Baro, avukat olmayanların sulh ceza mahkemelerinde ve diğer idari makamlar önünde faaliyette bulunmalarını, dilekçeler kaleme almalarını ve gayrimenkul

[82] L.E. Mitchell, “Law school is worth the Money”, *New York Times*, 28 Kasım 2012.

[83] Elizabeth F. Brown, “Letter to the Editor”, *New York Times*, 3 Aralık 2012.

[84] Abbott, op. cit.

satış işlemlerini yürütmelerini engellemeye çalışmaktadır.^[85] Diğer ülkelerdeki hukukçuların aksine, yalnızca Amerikalı avukatlar, üstün uzmanlık bilgisi ile açıklanamayacak bir ek avantaj olarak, kendilerinin bir hukuki danışmanlık tekeli bulunduğunu ileri sürmektedirler. Tarihi anlamda avukatlık kategorileri, faaliyette bulunma münhasır hakkına sahip oldukları belirli mahkemelerin yardımcıları olarak ortaya çıkmıştır. Örnekler arasında kilise mahkemeleri, bahriye mahkemeleri ve on dokuzuncu yüzyıl İngiltere'sindeki temyiz mahkemesi, bugün ABD'deki Telif Mahkemesi ve İstinaf Kurulu sayılabilir.^[86] İngiltere'deki alanlara ayrılmış meslek faaliyeti, bazı pazar ayrımlarının simbiyotik niteliğini gösterir (zira Kıta Avrupası ülkelerinde kıyaslanabilecek bir örnek yoktur). İngiliz *solicitor*'lar tarihi olarak iki tekel hakkına sahip olmuşlardır: Müvekkillere doğrudan erişim ve temlik (gayrimenkul devir) işlemleri. Bağımsız çalışan *barrister*'lar ancak bir *solicitor* aracılığıyla tutulabilirlerdi ancak yüksek mahkemelerde vekillik yapabilme gibi münhasır bir hakka sahiptiler. Daha prestijli ve iyi kurumsallaşmış kanat olarak *barrister*'lar ilave kısıtlayıcı uygulamalar geliştirdiler. Sekiz çevreden birine dahil olmak zorundaydılar ve ancak müvekkil *barrister*'a ilave ödeme ve söz konusu çevredeki bir üye *barrister*'a hatır ödemesi yaptığında diğer çevrede de faaliyet yürütebilirlerdi (her ikisi de, üye olmayanların kaçak faaliyet yürütmelerini önlemek amacıyla konulmuştu).^[87] *Barrister*'ların %10'u Adalet Bakanı tarafından *Queen's Counsel* [QC—bir tür meslek için onur ünvanı] olarak atanıyordu ve bu mevkiinin getirdiği avantajla, hem QC harcının üçte ikisi karşılığında çalışan bir “genç” (Baro'nun diğer üyeleri arasından seçiliyordu) tarafından asiste ediliyor hem de daha fazla ücret talep edebiliyorlardı.^[88] Hukuk meslekleri, bir asgari veya maktu ücret belirlemişlerdir (ve azami ücretleri belirleyip takip etmeyi ıskalamışlardır). Reklam ve ayartma yasağı (bazen aynı anlama gelebilir) söz konusudur. Federal yönetimler avukatları, tek bir alt birimde (eyalet veya il bazında) çalışmaya mecbur kılmış veya her biri için ayrı ayrı kalifikasyon koşulu getirmiştir. Ülkeler, yabancı avukatlar için zaman zaman çok yüksek hatta aşılması imkânsız engeller koymuşlardır. Uzmanlaşma, *de facto* olmaktan çıkıp, sertifikaya ve nihayetinde münhasır bir yargı alanına hasredilmiştir.

Arz kontrolünün aşınması, piyasa ideolojisi ile birleştiğinde kısıtlayıcı uygulamaların düşüşe geçmesine neden olmuştur. İngiltere'de duruşmada temsil yetkisi avukatların hepsini kapsayacak şekilde genişlemiştir. İnşaat şirketleri,

[85] Abel, *Lawyers on Trial*, blm. 1.

[86] Abel, *LPEW*, ss. 35–36.

[87] *Ibid.* s. 97.

[88] *Ibid.*, ss. 98–100.

bankalar ve gayrimenkul komisyoncuları gayrimenkul temlik işlemleri yapabilmektedir.^[89] Yetkilendirilmiş avukatlar, farklı alanları arasında daha rahat geçiş yapabilmektedir. Çok uluslu ortaklıklar sayı ve boyut olarak büyümüştür. Ücret akışları ortadan kalkmıştır.^[90] *Paralegal*'ler [aslında avukatlara yardımcı olan kişiler iken giderek bağımsız takip elemanı olarak çalışmaya başlayan kişiler -ç.n.] avukatların alanları üzerinde daha fazla hak iddia etmeye başlamışlardır: anlaşmalı boşanma, işçi tazminatları, göç, patent ve vergi gibi alanlar...^[91] Ayrıştırılmış alanlar, müvekkillerin veya sıradan danışmanların yerine getirebildikleri işlevleri avukatlardan koparmaktadır.^[92] Reklam karşıtı (henüz ayartma karşıtı olanlar olmasa da) kurallar gevşemiştir.^[93] *Nolo* benzeri şirketler web-temelli belge ve kılavuzlar pazarlamaktadır.^[94] *We the People* [Biz Halk] gibi hukukçu olmayan inisiyatifler, insanların bazı formları doldurmalarına yardımcı olmaktadır.^[95] İngiltere'de *Citizens Advice Bureau* [Yurttaş Danışma Bürosu] sosyal devlet çerçevesinde İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana yurttaşlara rehberlik hizmet sunmaktadır. Hukuk şirketlerinin büyümesi, avukat olmayanların da sermaye koyabilmeleriyle hız kazanmıştır. Devasa küresel muhasebe ve işletme danışmanlığı şirketleri, çok-disiplinli ortaklığa dair yasakların gevşemesiyle de birleşerek, büyük hukuk şirketlerini tehdit eder hale gelmiştir. Avukatların, sayılarının artışından hareketle kısıtlayıcı uygulamaları güçlendirerek veya yenilerini icat ederek rekabeti azaltmaya çalışmaları tam bir talihsizlik olacaktır.

III. Talep yaratmak

Profesyonel meslekler, yeni katılımcıları engelleme ve kısıtlayıcı uygulamaları hayat geçirme becerilerini yitirdikçe, yüzlerini talebi artırmaya dönüyorlar. Bu yeni bir olgu değil: *Solicitor*'lar ile *barrister*'ler arasındaki (müvekkilleri iki avukat tutmaya zorlayan) işbölümü ve bir *QC* nin genç bir avukat tarafından asiste edilmesini gerektiren (müvekkilleri iki avukat tutmaya zorlayan) iki-hukukçu kuralı on dokuzuncu yüzyılda beri uygulanmaktadır. İngiliz tıp hekimleri

[89] Abel, *ELMS*, blm. 5–6.

[90] *Goldfarb v. Virginia State Bar* [1975] 421 US 77 3.

[91] ABA Commission on Nonlawyer Practice, *Nonlawyer Activity in Law-Related Situations: A Report with Recommendations* (Washington, DC, ABA, 1995).

[92] F. Mosten, *Unbundling Legal Services* (Washington, DC, ABA, 2000).

[93] *Bates v. State Bar of Arizona* [1977] 433 US 350; *Ohralik v. Ohio State Bar Association* [1978] 436 US 447.

[94] Bkz. www.nolo.com.

[95] Bkz. www.wethepeopleusa.com.

(özellikle uzmanlar) hastaları ancak bir genel pratisyenin yönlendirmesi üzerine görmektedirler. Altmış yıldan uzun bir süredir, hastane yataklarındaki arz artışının, hastaneye başvurma “talebini” ciddi şekilde etkilediğini biliyoruz.^[96] Yorumcular İngiliz hukukçuları “arza dayalı talebe” gömülüp kalmakla itham etmektedirler.^[97] Bir grup Amerikalı doktor ve hastane, yakın zamanlarda, zorunlu olmayan tıbbi prosedürler uyguladıklarına -anjyoplastiler, ülke ortalamasının dört katı idi- ilişkin suçlamaları büyük miktarda paralar ödeyerek çözümlenmek durumunda kaldılar.^[98] Eleştirmenler, sezaryen ameliyatlarındaki artışın (ve bölgesel farklılığın) sorumlusu olarak açgözlülüğü görmektedirler. Sürekli olarak dava edilen Amerikan sigorta endüstrisi ve büyük kurumlar, onlarca yıldır kampanyalar yürüterek kamuoyunu, çok sayıda avukat saçma davalar açtıkları için bir “haksız fiil davaları krizi” yaşandığına ikna etmeye çalışmaktadırlar.^[99] Ancak eleştirmenler, en yüksek davalama oranlarının ticari işletmelerin birbirilerine açtıkları davalar alanında yaşandığını göstermektedir.

Hukuku harekete geçirenleri kutlamak için çok sayıda sebepimiz var. Asıl haksız fiil krizinin çok fazla değil, aksine çok az sayıda dava olmasından kaynakladığını iddia ediyorum.^[100] ABD’de, Yüksek Mahkeme’nin Altıncı Anayasa Değişikliği’nin savunma hakkı verdiğini kabul etmesiyle ceza davalarındaki sanıkların vekille temsil yetleri dikkat çekici şekilde artmıştır.^[101] Benzer bir gelişme, İkinci Dünya Savaşı’nı takip eden on yıllarda, adli yardım sisteminin dünya çapında yaygınlaşması ile hukuk davaları için de yaşanmıştır.^[102]

[96] M. Shian & M.I. Roemer, “Hospital costs related to the supply of beds” (1959) 92(4) *Modern Hospital* 71.

[97] G. Bevan, “Has there been supplier-induced demand for legal aid?” (1996) 15 *Civil Justice Quarterly* 58; G. Bevan, T. Holland & M. Partington, “Organising Cost-Effective Access to Justice”, *Social Market Foundation Memorandum No. 7* (1994).

[98] R. Abelson, “US settles accusations that doctors overtreated”, *New York Times*, 4 Ocak 2013.

[99] E.g. W. Olson, *Schools for Misrule: Legal Academia and an Over-lawyered America* (New York, Encounter Books, 2011). Eleştiriler için bkz. M. Galanter, “Reading the landscape of disputes: what we know and don’t know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society” (1983) 31 *UCLA Law Review* 4; Saks; M. McCann & W. Haltom, *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis* (Chicago, IL, University of Chicago Press, 2004); R. Lewis & A. Morris, “Tort law culture: image and reality” (2012) 39 *Journal of Law & Society* 562.

[100] R.L. Abel, “The real tort crisis – too few claims” (1987) 48 *Ohio State Law Journal* 443.

[101] *Gideon v. Wainwright* [1963] 372 US 335; *Argersinger v. Hamlin* [1972] 407 US 25.

[102] R.L. Abel, “Law without politics: legal aid under advanced capitalism” (1985) 32 *UCLA Law Review* 474.

Almanya'da bireylerin adalete erişimlerinin güvencesi olan hukuk sigortası,^[103] İngiltere'de temsil maliyetlerinin devletten davanın taraflarına yönelmesinin bir aracı olarak gelişmiştir.^[104] İngiltere -Amerikalı "kovboyların" uygulaması diye uzun süre hor görülen- koşullu harçları da benzer sebeplerle sahiplenmiştir. Bireylerin, sendikalar, kiracı ve ev sahibi dernekleri, tüketici kooperatifleri gibi kurumlar altında toplanması, keza hukuk öğretisinin kolektif davalara imkân tanınması, küçük hak taleplerini bile mali olarak dava edilebilir hale getirebilir.^[105] Alacaklılar, aksi halde kendilerine çok pahalıya mal olacak şeylerin dava maliyetini yüklenebilirler.^[106] Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlıkları sona erdirmeye maliyetlerini düşürebilir.

Sonuç

"Çok fazla avukat var" şeklindeki manevi panik, "haksız fiil davaları krizi" uyarılarına benziyor.^[107] Sosyal konstrüktivist teori, sosyal bir problemi *kimin* tanımladığını ve *neden* böyle yaptıklarını sormayı gerektirir. Arz ile talep arasındaki geçici dengesizlik her profesyonel meslek için bir maliyettir. Hukuk meslekleri, arzı hırçın bir şekilde kısıtlamak suretiyle ortaya çıkmış ve olgunlaşmışlar; böylece elde etme imkanına sahip oldukları tekel rantını artırabilmiş, avukatların gelirlerinde -kimilerine göre aşırı- bir artış sağlayabilmişlerdir. Son zamanlarda yeni avukatların *üretilmiş* olması buna dairdir. Fazla ileri gitmiş olabilirler. Belli ki, hukuk fakültelerine yapılan yeni kayıt oranları, küresel resesyona bir anda yanıt verememiştir. Fakat bir kez daha yeni avukatların ortaya çıkmasını engelleyecek acele "çözümler" uygulamak yerine, avukat arzının kontrolüne dair tecrübeleri tarihi ve karşılaştırmalı olarak değerlendirmeliyiz. Hukuk mesleği, kendi mensuplarına değil, halka hizmete için vardır. Giriş engelleri ancak, asgari yeterlilik düzeyini güvence altına almak için gerek duyulduğu açıkça belli olursa haklı bulunabilir. Kısıtlayıcı uygulamaların savunucuları, bu uygulamaların müvekkilleri avukatların haksız kazanç elde etmesinden ve yanlış uygulamalarından korumak için gerekli olduğunu gösterebilmelidirler. Adalete erişimi genişletme çabaları kınanmamalı, aksine alkışlanmalıdır.

[103] Blankenburg & Schultz, op. cit.

[104] Abel, *ELMS*, blm. 8.

[105] Galanter (1974), op. cit.

[106] R.L. Abel, "How the plaintiffs' bar bars plaintiffs" (2006–2007) 51 *New York Law School Law Review* 345.

[107] S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics* (Boulder, CO, Paladin, 1973).

AVUKATLIK MESLEĞİNDEKİ DÖNÜŞÜM VE İŞÇİ AVUKATLIK

Av. Yıldırım ÇIVGIN* – Av. Fatih GÖKÇE**

Günümüzde, geçmişe göre avukatların gelirlerinde ve statülerinde gerileme olduğu ve avukatlığın kamu hizmetinden çok “teknik bir iş”e dönüştüğü sıkça dile getirilmektedir. Bu bağlamda; oldukça kapsamlı olmasına rağmen, yazımızda kısaca avukatlık mesleğinin ortaya çıkışına, sosyal, ekonomik ve sınıfsal durumlarındaki değişime yer verilecektir.

1. Avukatlık Mesleğinin Ortaya Çıkışı

“Avukat” kelimesi, Yunanca kökenli bir kelime olup, Antik Yunancada “ayrıcılık, güzel konuşan” anlamlarına gelmektedir. (Güner, 2003, s. 487).

Avukatlığın tarihi Antik Yunan ve Roma dönemlerine kadar gitmektedir. Antik Yunanistan’da avukatlık, bir meslekten ziyade adalete hizmet olarak görülmekteydi. Buna karşılık Roma İmparatorluğunda avukatlık, meslek olarak sayılmıştır. Hatta Roma İmparatorluğunda avukatlık onur mesleklerinden sayıldıkları için avukatlar emekleri karşılığında ücret (para) almıyorlardı. Hatta Roma’nın tanınmış avukat ve şairlerinden Ovidus’un “Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir.” şeklinde bir dizesi bulunmaktadır (Çelik, 1999, s.15).

Antik Yunan ve Roma Döneminden sonra, ortaçağda avukatlık önceki dönemlere nispeten önemsiz bir meslek haline getirilmiştir. (Güner, 2003, s. 488). Bunun sebebi, ortaçağda yapılan yargılamalarda sanık olarak yargılanan kişilere işkence edilmesi ve kişinin suçunu itiraf ettirilmeye çalışarak bir çözüme ulaşmak istenmiştir. (Güner, s. 488).

Akabinde Fransa ve İngiltere’de avukatlık, loncalaşma dönemine girmiştir. Aynı zamanda bu dönemde avukatlar, ayrıcalıklı şahıslar olarak nitelendirilirdi. Özellikle 13. yüzyılın sonlarına doğru başlayan bu dönemde avukat; “yumuşak, sakin, Tanrı’dan korkan, hakikati ve adaleti seven kimse” olarak tanımlanmaktaydı (Güner, 2003, s. 490).

* Ankara Barosu.

** Ankara Barosu.

1.1. Avukatlığın Klasik Dönemi

Fransız İhtilali ile özgürlük, eşitlik, kardeşlik ilkeleri sebebiyle avukatlığın lonca dönemi sonlandırılmıştır. Bunun sebebi olarak loncaların, toplumda ayrıcalıklı sınıf olmaları gösterilmektedir (Güner, 2003, s. 489). Avukat loncalarının kaldırılmasından sonra; özellikle 1850'den sonra avukatlara toplumsal bir fonksiyon (kamu hizmeti) yerine getirmesi karşılığında mesleki imtiyazlar sağlanmıştır (İnanıcı, 2000, s. 135).

Bu dönemde avukatlık faaliyeti, saygın bir meşgale ve önemli bir kamu faaliyeti olarak görülmüştür. Nitekim bu döneme şu ilkeler damgasını vurmuştur: *Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı, Mesleğin onuru, namusu ve dürüstlüğü'nün mesleğin temeli olması. Kamu inancı ve meslek güveni, Meslek itibarı, Savunma görevinin ifasında objektiflik, Avukatın savunma ve iddianın sadece hukuki yönüyle ilgili olması, Reklam yasağı, Mesleğin ticari olmaması, Müvekkilin talimatları ile "hukuka saygı" temelinde bağlılık, Mesleğe yakışır kılık-kıyafet giyme, Savunma için zorunlu olmadıkça davanın sonuçlanmasını uzatacak isteklerden kaçınma gereği*(Güner, 2003, s. 486).

Aslında bu ilkeler klasik dönemde kabul edilmiş olsa da; günümüzde de meslek kuruluşu olan barolar tarafından da halen kabul edilmektedir. Aynı şekilde 1990 tarihli Uluslararası Havana Kurallarında da bu ilkeler bazında düzenlemeler bulunmaktadır.

Yukarıda bahsedilen ilkeler; bu dönemde kabul görmekteydi ve avukatlık faaliyeti tam anlamıyla kamu faaliyeti ve kamu hizmeti olarak görülmekteydi. Dolayısıyla bu dönemde avukatlar, gelir durumu iyi, serbest ve profesyonel bir meslek icra eden, toplumda saygın bir konumu olan kimseler olarak görülmekteydi.

Ancak aşağıda da üzerinde durulacağı üzere; her ne kadar meslek kuruluşları tarafından bu ilkeler korunmaya çalışılsa da, avukatlık mesleği bir dönüşüm süreci içerisine girmiş bu dönüşüm neticesinde de avukatlık mesleği piyasalaşmış ve avukat emeği metalaşmıştır.

1.2. Avukatlığın İşçileşmesi

Sanayi devriminin etkisi ile, o dönemin çiftçi ve zanaatkarları işçileşmiştir (Akbaş, 2015, s. 223). Kendi nam ve hesabına çalışanlar, sanayi devriminin yarattığı üretim kapasitesi ile baş edememiş, bu sebeple işçileşmişlerdir (Akbaş, s. 223). Bunun sonucunda bu kitleler, kendi işleri üzerindeki kontrolü yitirmiş, işverene devretmek zorunda kalmıştır. Akabinde bu işlerde vasıfsızlaşmalar meydana gelmiş, sonuç olarak işçi emeği meta haline gelmiştir (Akbaş, s. 225).

Bu gelişmeler sonucunda, günümüzde önceleri “orta sınıf” olarak anılan ve büyük ölçüde serbest olarak icra edilen avukatlık, hekimlik gibi meslekler, sermaye sınıfının ihtiyacı doğrultusunda giderek işçileşmekte, bir başka deyişle proleterleşmektedir.

Avukat sayısında yukarıda belirtilen artış, mesleğe yeni katılan avukatlar bakımından avukatlığın büro açarak serbest bir şekilde ifa edilmesinin önüne geçmektedir. Bunun sonucunda işçi avukatlık giderek istisna olmaktan çıkmakta, esas hale gelmeye başlamaktadır (Akbaş, 2015, s. 226).

Günümüzde avukatlık faaliyeti, kamu faaliyetinden ticari faaliyete doğru evrilmekte, avukat emeği “hukuk sektöründe” metalaşmaktadır. Klasik dönemde avukatlık faaliyeti kesinlikle bir ticari faaliyet olarak görülmemekte iken, günümüzde avukatlar arasında ekonomik rekabet sıklaşmış, avukatlık faaliyeti bir pazar alanına dönüşmüş ve klasik dönemde mesleğin serbestliği ön planda iken, günümüzde birçok avukat çalıştıran hukuk büroları ile meslek tekelleşmeye başlamıştır (Akbaş, 2015, s. 185).

Ayrıca klasik dönemde avukatların kendi nam ve hesaplarına çalışması esas iken, günümüzde avukat sayısındaki fazlalık ve avukatlık mesleğindeki yukarıda da yer verildiği üzere çeşitli etkenler nedeniyle birçok avukat kendi nam ve hesabına değil bir başka avukatın yanında bağımlı ve ücret karşılığında çalışmaktadır (Akbaş, 2015, s. 185).

Tüm bahsedilenler ışığında, avukatlık mesleği çeşitli etkenler dolayısıyla işçileşme sürecine girerek evrildiği, bunun neticesinde de mesleğin klasik dönemlerinde temel ilke olarak benimsenen; mesleğinin bağımsızlığı, mesleğin onuru, namusu ve dürüstlüğü'nün mesleğin temeli olması, kamu inancı ve meslek güveni, meslek itibarı, reklam yasağı, mesleğin ticari olmaması gibi benimsenen ilkeler de artık sadece kavramsal olarak bir anlam ifade edecek şekilde söylemde kalmış, bu ilkeler uygulamada çoğunlukla göz ardı edilir hale gelmiştir.

Avukatlık mesleğinin temeli olarak kabul edilen bu ilkelerin evrilmesi ve mesleğin dönüşümü sonucunda da avukatlar arasında farklı çalışma disiplinleri ortaya çıkmıştır. Bunlara örnekler vermek gerekirse; bir avukat yanında ya da avukatlık bürosunda ücret karşılığında bağımlı olarak çalışma, tek bir duruşmaya girilmesi ya da tek bir işin yapılması gibi parça başı iş yapılması (dosyadan örnek alma), bir şirkette vekalet sözleşmesine değil de iş sözleşmesine tabi olarak çalışma ya da CMK kapsamında zorunlu müdafilik görevlerini üstlenme gibi bu örneklerin çoğaltılabileceği farklı çalışma disiplinleri söz konusudur.

2. Yasal Mevzuatlar Çerçevesinde Bir Avukat Yanında Çalışan Avukatların Hukuki Statüsü

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, avukatlık mesleğinin piyasalaşması ve evrilmesi sonucunda avukatlar arasında farklı çalışma disiplinleri ortaya çıkmıştır. Bu bölümde bir avukat yanında ya da avukatlık bürosunda bağımlı olarak ve bir ücret karşılığında çalışan avukatlar grubunun hukuki statüsü ile yasal hak ve borçları irdelenmeye çalışılacaktır.

Ancak burada öncelikle bir avukatın neden başka bir avukat istihdam etmeye ihtiyaç duyduğu konusundan başlamak yerinde olacaktır.

2.1. Bir Avukatın Başka Bir Avukatı İstihdam Etme İhtiyacı

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, *avukatın görevini yerine getirirken bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek durumunda olduğu* ifade edilmiştir.

Avukatın özen yükümlülüğüyle ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 38. maddesinde ise, *avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişemediği bir işi kabul etmeyeceği* düzenlenmiştir.

Avukatın özen yükümlülüğü ile ilgili bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde; avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişemediği bir işi, işin en başında kabul edemeyeceği; aksi halde avukatın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılması gerekmektedir. Ancak Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarına bakıldığında bu iki hükmün yanlış değerlendirildiği, özen yükümlülüğünün ihlalinin mevcut olup olmadığının takip edilen işin sonucuna göre bir değerlendirmeye tabi tutulduğu görülmektedir. Bizce bu değerlendirme yerinde değildir.

Örneğin kural olarak bir avukat, yüzlerce dava dosyası olan bir şirketin işlerini tek başına yürütemeyeceği açık olduğundan, bu avukat bu şirketin dosyalarını takip etmek istemesi halinde; ya birden çok avukatla iş bölümü yaparak bu işleri birlikte alabilecek ya da yasal mevzuat gereği işi mesleğin getirdiği özen içerisinde yürütemeyeceği açık olduğundan işi en başında reddetmek durumunda kalacaktır (uygulamada görüldüğü üzere, bu duruma farklı şekillerde örnekler vermek mümkündür).

Ancak mesleğin temel ilkelerindeki dönüşümün de etkisiyle; meslek itibarı, reklam yasağı ve ticari olmama mesleğin temel ilkeleri birçok avukat tarafından gözardı edilmekte ve TBB disiplin kararlarında yasanın da kanaatimizce yanlış değerlendirilmesinin sonucunda Avukatlık Kanunu'ndaki ve Meslek Kurallarındaki yukarıda bahsi geçen hükümler göz ardı edilerek, mesleğin temel

ilkelerinden uzaklaşan avukatlarca hemen hemen her türlü işin alınmasına zemin açılmaktadır. Bu durumda aslında avukatın; o işi alırken zamanının ve yeteneklerinin erişip erişemeyeceği, farklı bir ifadeyle gerek vakit olarak gerekse de bilgi–birikim olarak aslında takip edemeyeceği açık olan bir işi almasına neden olunmaktadır.

Bu durum da sonuçları itibariyle en çok o avukatla vekalet akdi akdeden kişileri etkilemekte ve olası işin takibinde sorun çıkması durumunda avukata vekalet veren kişilerin hak kayıpları söz konusu olabilmektedir. Olası hak kayıpları durumunda da avukatlık mesleğinin itibarı ve onuru da olumsuz olarak etkilenmektedir.

Kanımızca da bir avukat ancak bu tür saiklerle aslında özenle takip edemeyeceği açık olmasına rağmen, öncelikle işi alıp daha sonra da işlerini takip ettirebilmek için yanında ücret karşılığında avukat istihdam etmeye girişmektedir. Bu durum sonucunda da avukatlık mesleği gün geçtikçe daha da ticarileşmekte, piyasalaşmakta ve avukatlık mesleği belirli kişi ya da grupların tekelinde olmaya doğru evrilmektedir.

2.2. Avukatlık Kanunu Gereğince Bir Avukatın Ücret Karşılığında Bir Yerde Çalışıp Çalışamayacağı;

Avukatlık Kanunu incelendiğinde; bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatlara ilişkin olarak sadece Avukatlık Kanunu'nun 12. Maddesinin c bendinde avukatlıkla bir istisna getirildiği "*bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık,*" işinin avukatlıkla birleşebilen bir iş olarak düzenlendiği görülmektedir.

Bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatlarla ilgili sadece Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinin c bendinde bir düzenlemeye yer verilmesi, bu düzenlemenin genel mahiyette olması, anılan yasada bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların hak ve yükümlülüklerine ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiş olması uygulamada çeşitli sıkıntılara yol açmaktadır.

Bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların aşağıda belirtilen çalışma biçimleri hukuki olarak irdelendiğinde, kural olarak Avukatlık Kanunu'nun 1. Maddesinde yer alan avukatların serbest meslek olması ve bağımsız olması ilkeleri ile açıkça çeliştiği, bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatların çalışma biçimlerinin Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları ile bağdaşmadığı görülmektedir. (Gürseler, 2006, s. 70.)

Bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatların çalışma disiplinleri uygulamada çeşitli sorunlara yol açmakla birlikte, bu sorunun esas kaynağını Avukatlık Kanunu'nda yer verilen düzenlemenin oldukça yetersiz olması oluşturmaktadır.

2.3. Bir Avukat Yanında Çalışan Avukatın Çalışma Koşulları;

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, bir avukat öncelikle tek başına gerekli özen ile takip edemeyeceğinden çok fazla dosya alması hali ve TBB disiplin kararlarında yasanın da kanaatimizce yanlış değerlendirilmesi neticesinde, almış olduğu işleri takip edebilmek için avukat istihdam etmektedir. Peki bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların çalışma koşulları nasıl olup, bunun sonucunda da bu avukatlar hukuken hangi statüye tabidirler? Burada öncelikle bu tarz çalışma içerisinde bulunan avukatların çalışma koşullarının irdelenmesi gerekmektedir.

2.3.1. Tam Bir Bağımlılık İlişkisi Mevcuttur.

Bu tarz çalışma içerisinde bulunan Avukatlar, tam bir bağımlılık ilişkisi içerisinde müvekkil ve iş seçme imkanının olmadığı bir ortamda bir işveren avukat yanında ve işveren avukatın yetkilendirdiği dosyalar üzerinde çalışmaktadırlar.

Burada bağımlılık hususuna değinmekte fayda vardır. Avukatlık Kanunu'nda avukatın mesleğini icra ederken bağımsız olduğuna yer verilmiştir. Buradaki bağımsızlıktan kasıt, avukatın işi aldıktan sonra işin hukuki değerlendirmesi ve yöntemini tayin konusunda bağımsız olmasıdır. Ama bu tarz çalışma içerisinde bulunan avukatlarda böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü bu şekilde çalışma içerisinde bulunan birçok avukat öncelikle iş sahibi ile doğrudan muhatap bile olamamaktadır.

Ayrıca bu şekilde çalışma içerisinde bulunan birçok avukat işin hukuki değerlendirmesi ve yöntemi noktasında işveren avukatının talimatları ile hareket etmekte, işveren avukatın bilgisi ve onayı olmaksızın herhangi bir işe girişmemektedir. Buradan da hareketle işçi avukatın tam bir bağımlılık ilişkisi içerisinde olmadığı açıkça görülmektedir.

2.3.2. Bu Şekilde Çalışma İçerisinde Bulunan Avukatlar Genellikle Sigortalı Olarak Çalışmaktadır.

Bu tarz çalışma içerisinde bulunan avukatların, kendisine ait bir bürosu olmadığı gibi işveren avukatın sağladığı büroda ve büro malzemeleri (masa,

bilgisayar, kitaplık vs.) ile SGK'lı olarak ve primleri ile vergileri işvereni tarafından ödenmek suretiyle çalıştırılmaktadır.

Ancak uygulamada görüldüğü üzere, nadir de olsa bazı işveren avukatların 3 dönem gelir vergisinden muaf olma yasal şartlarını taşıyan avukat çalıştırmak ve çalıştırdığı avukat adına iş alarak, vergi levhası almaya ve Bağkur'a tabi çalışmaya zorladığı avukat üzerinden gelir vergisi muafiyetinden faydalandığı bilinmektedir. (292 Seri No'lu Gelir Vergisi Tebliği Uyarınca; Mesleki faaliyeti nedeniyle adlarına ilk defa gelir vergisi mükellefiyeti tesis olunan ve mükellefiyet başlangıç tarihi itibarıyla 29 yaşını doldurmamış kişilerin faaliyete başladıkları takvim yılından itibaren üç vergilendirme dönemi boyunca elde ettikleri kazançlarının 75.000TL'ye kadar olan kısmı gelir vergisinden muaftır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160505-8.htm>.)

2.3.3. Bu Şekilde Çalışma İçerisinde Bulunan Avukatlar Emeklerinin Karşılığında Ücret Almaktadırlar.

Bu tarz çalışma içerisinde bulunan Avukatlar, Ortaya koydukları emek ve mesailerinin karşılığında işveren avukattan ücret almaktadırlar. Burada ücret konusu ile ilgili önemli bir husus şudur ki; bu tarz çalışma içerisinde bulunan avukatlara verilebilecek asgari ücret hangi olguya göre belirlenecektir.

2006 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından Avukatlık Kanunu'na dayanarak 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde düzenleme yapılmış ve bir avukat yanında ya da bir avukatlık bürosunda ücret karşılığı çalışan avukatın aylık ücretinin o dönem için 1000 TL olarak belirlenmiştir. (Gürseler, 2007, s. 230.)

Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılan bu düzenlemeye hem Adalet Bakanlığı ve hem de yanında ücretli avukat çalıştıran bazı işveren avukatlar karşı çıkarak iptal davası açmışlardır. (Gürseler, 2007, s. 230.)

Dosyaya bakan Danıştay 8. Dairesi 6.12.2006 tarih 2006/76 E. 2006/4896 sayılı kararında özetle; *Türkiye Barolar Birliği'nin yetkisi alanında bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki avukatlık ücretinin avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değeri ifade ettiği, vekalet ücretinin doğabilmesi için bir hukuki yardım ve vekalet sözleşmesinin bulunması gerektiği oysa iptali istenen düzenlemede yer alan bir avukat ve yanında çalışan avukat arasında iş akdinden doğan istihdam ilişkisi olduğu, bu nedenle de bir avukat yanında aylıklı çalışan avukatın aylık ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde düzenlenemeyeceği ifade edilerek söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.*

Danıştay'ın söz konusu kararı gereğince, bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların en az alabileceği ücretin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. Maddesi gereğince Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nca belirlenen ücret olacağı sonucuna varılmaktadır. (Gürseler, 2007, s. 231.)

2.3.4. Bir Avukat Yanında Çalışan Avukatın Çalışma Koşulları Değerlendirildiğinde Hukuken Tabi Olduğu Statü;

Yukarıda ayrıntılı olarak yer alan bir avukat yanında çalışan avukatın çalışma koşulları irdelendiğinde hukuken hangi yasal statüye haizdir. Eş deyişle bir avukat yanında çalışan avukat ile yanında avukat çalıştıran patron avukat arasında hukuki ihtilaf söz konusu olduğunda hangi yasaya dayanılarak bir sonuca varılacaktır?

Bu konuyla ilgili yargı kararları incelendiğinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin az da olsa bazı kararlarında; serbest çalışma içerisinde bulunan avukatların bile, süreklilik arz eden, ücret karşılığında ve bir işverene bağımlı olarak çalışmalarını halinde aradaki sözleşmenin vekalet akdi değil iş sözleşmesi olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bu konuyla ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 06.11.2003 tarihli 2003/23046E. ve 2004/10431K. Sayılı kararında; *taraflar arasındaki sözleşme incelendiğinde belirli süreli imzalandığı, danışma, dava ve icra takip işleri için part-time avukatlık işi karşılığında aylık ücretin ödeneceği, avukatın belirli aralıklarla davalıya takip ettiği işlerle ilgili bilgi vereceği, talimatlara uyacağı gibi hükümlere yer verildiği anlaşılmakta olduğu, somut hukuki olgulara göre, davacı avukatlık hizmetini belirli bir süre içerisinde davalı tarafın denetimi ve gözetimi altında her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene tam olarak vermekte olduğu, iş sözleşmesinin unsurları olan “zaman, bağımlılık ve ücret” koşulları gerçekleştiği, burada davacının yanında başka avukatlar çalıştırması aradaki ilişkiyi vekalet ilişkisine dönüştürmeyeceği arada sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu ifade etmiştir.*

Bu kararda da görüleceği üzere, Yargıtay burada olaya farklı bir bakış açısı bakmış bağımlılık unsurunu bu denli geniş şekilde yorumlayabildiği yani serbest çalışan bir avukatın da çalışma koşulları dikkate alınarak işçi olabileceğini ifade eden kararlar da olmuştur.

Bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatlarla ilgili vermiş olunan Yargı kararlarında ise, bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların, İş Kanunu'na tabi oldukları ve yasa gereğince işçi hukuki statüsünü haiz oldukları noktasında yargıda görüş birliği hakim olduğu görülmektedir.

Nitekim Danıştay 8. Dairesi 6.12.2006 tarih 2006/76 E 2006/4896 sayılı kararında özetle; “Büro sahibi işveren avukat ile yanında çalışan avukat arasında, iş akdinden doğan çalıştıran çalışan ilişkisi, bir başka deyişle istihdam ilişkisi bulunduğu göre, buna ilişkin belirlenen ücretin doğrudan hukuki yardımın karşılığı olan bir meblağı veya değeri ifade etmediği iş akdi karşılığı alınan ücreti ifade ettiği görülmektedir.” denilmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.01.2003 tarihli 2002/27953E. ve 2003/119K. sayılı kararında özetle; ”Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının davalı işyerinde avukat kadrosunda belirli süreli hizmet akdine bağlı olarak çalıştığı, hizmet akdine son verilmesi nedeniyle kıdem tazminatının yargı kararı ile hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Yasasında değişiklik yapan ve 4667 sayılı yasa ile getirilen düzenleme avukat ile temsil ettiği kişi arasında vekalet akdinden doğan uyumsuzluklarda uygulanır. Somut olayda ise davacı ile davalı işveren arasında vekil–müvekkil ilişkisi olmayıp, işçi işveren ilişkisi vardır. Taraflar arasındaki uyumsuzluk hizmet akdinden doğduğuna göre uyumsuzluğun esasına girilmesi gerekir.” denilmektedir.

Ayrıca bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 03.10.2017 tarihli 2015/28789E. ve 2017/14790K. sayılı kararında ise; davacının davalıya ait hukuk bürosunda avukat olarak çalıştığı, taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğundan bahisle işin esasına girilerek hüküm kurulmuştur.

Bu kararlar birlikte değerlendirildiğinde; bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatlar bakımından Avukatlık Kanunu’nda yeterli düzenlemelere yer verilmediğinden, yargı kararlarında bu tarz çalışma içerisinde bulunan avukatların çalışma disiplinleri irdelenerek diğer kanunlardaki karşılıklarına bakıldığı ve bunun sonucunda da kıyasen Borçlar Kanunu’nun 393 vd. maddeleri ile İş Kanunu’nun 2 vd. maddeleri gereğince hukuki statü olarak işçi sayılmaları gerektiği noktasında gerek Yargıtay’ın gerekse de Danıştay’ın hemfikir olduğu görülmektedir.

Yukarıda yer verilen kararlar irdelendiğinde bu tarz bir çalışma içerisinde bulunan avukatların statülerinin hukuken işçi olduğu ve bu şekilde bir çalışma içerisinde bulunan avukatlar grubunun yasal olarak İŞÇİ AVUKAT olarak adlandırılması gerektiği açıkça görülmektedir.

3. İşçi Avukatların Yasal Mevzuattan Kaynaklanan Hak Ve Borçları

3.1. İşçi Avukatlarla Yapılabilecek Sözleşme Türleri

İşçi Avukatların İş Kanunu’nda bir işçiye tanınan tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık olmakla

birlikte, yazımızın bu bölümünde işçi avukatların İş Kanunu'ndan ve Borçlar Kanunu'ndan ileri gelen hak ve yükümlülüklerinden önemli olduğunu düşündüğümüz hususlara değinilecektir.

Burada öncelikle işçi avukatlarla yapılacak iş sözleşmesinin türleri üzerinde durmak gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 9. maddesine gereğince taraflar iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. Dolayısıyla taraflar iş sözleşmesinin türlerini ve çalışma biçimlerini ihtiyaçlara uygun olarak serbestçe belirleyebileceklerdir.

Buna göre, işçi avukat ile işveren avukat arasında; belirsiz süreli, belirli süreli, deneme süreli, kısmi süreli veya tam süreli iş sözleşmesi akdedilebilir.

3.1.1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

Kural olarak tüm iş sözleşmelerinde olduğu üzere, işçi avukatla işveren avukat arasındaki iş sözleşmesi belirsiz süreli yapılacaktır. Ancak İş Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan; belirli süreli işler ile belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların bulunması halinde işçi avukatla işveren avukat arasındaki iş sözleşmesi belirli süreli olarak akdedilebilecektir (Uçum ve Yıldırım, 2015, s. 86).

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi hususunda önemli bir husus da şudur ki; Örneğin bir işveren avukatın onlarca dosyasını takip etmek üzere bir kurumla sözleşme imzalaması durumunda; bu duruma dayanarak bir işçi avukatla belirli süreli iş sözleşmesi akdedebilecektir. Ancak bu işçi avukata sözleşme kapsamında olmayan yani işçi avukatla belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesine neden olarak gösterilen objektif koşul olan işveren avukatın onlarca dosyasını takip etmek üzere anlaştığı kurum dosyaları haricinde bir işe bakamayacaktır. Aksi durumda işçi avukat bakımından İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince değişiklik feshi gündeme gelebilecektir

3.1.2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

Avukatın normal çalışma süresinin, tam süreli çalışan avukata göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi şeklinde bir işçi avukatla kısmi süreli iş sözleşmesi akdedilebilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi akdedilmesinde önemli bir durum bulunmaktadır. Günümüzde adliyelerin ve mahkemelerin durumları herkesçe malum olduğu üzere, bazen avukatlık faaliyetlerimiz tahmin edilenden çok uzun

sürebilmektedir. Mesela bir avukat saat 10:00'daki duruşmaya öğleden sonra bile girilebilmekte olup hatta duruşmanın saatinde alınması istisna haline gelmiştir. Bu durumda kısmi süreli çalışan işçi avukatın yürüttüğü çalışmasının, çalışma süresini aştığı gerekçesiyle duruşmayı beklemekten vazgeçmesi ya da işleri yerine getirmemesi halinde görevi ihmal durumu ortaya çıkabilecek olup avukatın mesleki anlamda sorumluluğu gündeme gelebilecektir (Uçum ve Yıldırım, 2015, s. 87).

Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesi ile avukatlık faaliyetinin niteliğinden doğan sorumluluklar çatışabilmekte, bu çatışmada baskın unsur avukatlık faaliyeti olduğundan kısmi süreli çalışan işçi avukat çalışma süresi sona erse bile işi tamamlamak durumunda kalabilecek olup, buna karşılık da işveren avukatta işçi avukatın fazla süreli çalışmasına karşılık hak etmiş olduğu ücreti ödemesi gerekmektedir (Uçum ve Yıldırım, s. 87).

3.2. İşçi Avukatların Hakları

Yukarıda da detaylıca açıklamaya çalıştığımız üzere, bir avukatlık bürosunda, bağımlı olarak ve ücret karşılığında çalışan avukatlar işçi hukuki statüsünü haizdir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin sahip olduğu haklara sahiptir. Bunlara örnekler vermek gerekirse;

3.2.1. Fazla Mesai Ücreti

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi gereğince işçi avukatın haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır. Bu çalışmalar dolayısıyla işçi avukata fazla mesai ücreti ödenmesi gerekmektedir. Ancak burada denkleştirme uygulanması söz konusu olabilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.04.2010 tarihli 2008/21725E. ve 2010/9738K. Sayılı kararında da işçi avukatın fazla çalışma yapabileceğini, böyle bir durumun ispatı halinde fazla mesai ücreti ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Ayrıca değinmek gerekir ki; işçi avukatın hafta tatili ile genel tatil ve ulusal bayramlarda çalışma yapması durumunda bu günlere ilişkin ücretlerinin ödenmesi gerekir.

3.2.2. Yıllık İzin Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesi gereğince; işçi avukatın işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olması halinde yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Burada yıllık izin

süreleri bakımından işçi avukatın çalışma süresi dikkate alınacak, işçi avukat çalışma süresine göre 14-26 gün arası izne hak kazanacaktır.

Ancak Yıllık İzin Yönetmeliği'nin 7 ve 8. maddeleri gereğince işçi avukat; hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirmek ve hangi tarihler arasında izin kullanmak istediğini işverene bildirmek durumundadır.

Ayrıca işçi avukat ile yapılan iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kullanılmayan yıllık izinlere ilişkin karşılık gelen ücretin işçi avukata ödenmesi gerekmektedir.

3.2.3. İş Güvencesine Tabi Olma

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi gereğince işçi avukatın çalıştığı avukatlık bürosunda otuz veya daha fazla çalışan olması halinde ve işçi avukatın en az altı aylık kıdemi olması halinde işveren avukat iş sözleşmesini feshetmesi halinde; işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki; buradaki otuz çalışan hesaplanmasında büroda çalışan tüm işçi sıfatını haiz tüm büro emekçileri yani sekreter, takip elemanı, call-center elemanı, işçi avukatlar ya da diğer çalışanlar dikkate alınacaktır. Stajyer avukatlar Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan yasal bir çalışma yürüttüklerinden ve 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olmadıklarından bu sayının hesaplanmasında dikkate alınamayacaktır.

İş Güvencesine tabi olan işçi avukatın, işveren avukat tarafından işten çıkarılmasında işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (İş Kanunu 18. md.) Ayrıca hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçi avukatın belirsiz süreli iş sözleşmesi, davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyecektir. (İş Kanunu 19. md.)

İş sözleşmesi feshedilen işçi avukat; fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilecektir. (İş Kanunu 20. md.)

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi Avukat, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. (İş Kanunu 20. md.)

3.2.4. Sendika Üyeliği Hakkı

İşçi Avukat, çalışma biçimi ve tabii olduğu yasal mevzuat bakımından aslında bir büro emekçisinden herhangi bir farkı olmadığından, çok tabidir ki diğer büro emekçileri gibi sendikaya üye olma hakkına sahiptir. Bu yönde yasal olarak herhangi bir engel söz konusu değildir.

Ancak işçi avukatlarla ilgili salt bu alanda çalışan bir meslek sendikası yani Avukatlık Meslek Sendikası kurulması gerektiği yönünde görüş beyan edenler de bulunmaktadır (Kozagaçlı, 2008, s. 41-46). Bu konu başlı başına bir yazı konusu olabilecek bir mahiyette olup, başka bir çalışmada detaylı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

3.2.5. Kıdem ve İhbar Tazminatı Hakkı

İşçi Avukat 1475 sayılı Kanunu'nun 14. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan yasal şartları taşıması halinde kıdem ve ihbar tazminatı hakkına sahiptir.

3.3. İşçi Avukatların Borçları

İşçi Avukatların 4857 sayılı İş Kanunu gereğince işverene karşı; iş görme borcu, itaat borcu ve sadakat borcu bulunmaktadır. Burada sadakat borcunda bizce önemli hususlar bulunduğundan sadece bu noktalara değinilecektir.

3.3.1. Sadakat Borcu

İşçi Avukat yasa gereği yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmakla yükümlüdür.

Burada işçi avukatın sadakat borcu ile ilgili birtakım sorunlar bulunmaktadır. Mesela işçi avukatın CMK kapsamında zorunlu müdafilik görevi üstlenmek istemesi halinde ya da barolar nezdinde kurulan adli yardım bürolarından gelen adli yardım görevlendirmelerini yapmak istemesi halinde ya da işçi avukat bir kişinin hukuki sorununa ilişkin çözüm getirebilmek için kendi adına vekalet çıkartmak istemesi halinde bu tarz durumlarda işçi avukatın sadakat borcuna aykırı olarak davranmış olduğu değerlendirilebilecek midir?

Bu konu ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu 22.10.2015 tarihli 2015/21176E. ve 2015/29569K. Sayılı kararında özetle; Yerel Mahkemece verilen direnme kararındaki; *“davalının, yanında çalışan bir avukatın, mensubu olduğu meslek kuruluşunun, sosyal sorumluluk ve kamu görevi kapsamında bulunan görevlendirilmesine izin vermesinin, bu avukatın kendi adına piyasadan iş*

temin ederek çalışmasına izin vermek anlamında yorumlanması mümkün değildir. Çalışan avukatın kendiliğinden böyle bir muvafakat varmış gibi değerlendirme yapması iyi niyetin suiistimali olacaktır. Aksi halde bir avukatın yanında ücretli çalışan ve işverenin baro tarafından adli yardım görevlendirmesinde yer almasına izin verdiği her avukat kendi adına vekalet alma ve iş yapma serbestisine sahip olacaktır. Bu halde de iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlılık unsurunun ve dolayısı ile işçinin sadakat borcunu zedeleneceği açıktır.” gerekçesinin doğru olduğunu belirterek direnme kararını yerinde bulmuştur.

Söz konusu karardan hareketle bir değerlendirme yapıldığında, işveren avukatın işçi avukata adli yardım ya da cmk görevlendirmesine izin vermesi halinde bu işleri yapabileceği, bu işlere izin vermesinin işçi avukatın başkaca dosya alması anlamına gelemeyeceği böyle bir durumun varlığı halinde ise sadakat borcunun zedeleneceği belirtilmiştir.

Yargıtay bu kararı ile sadakat borcu bakımından işçi avukatlık meselesine bambaşka bir bakış açısı getirerek Avukatlık Mesleği ile işçilik olgusunda ağır basan yönün işçilik sıfatının olduğunu belirtmekte ve işçi avukatlıktaki sadakat borcuna farklı boyut getirdiğini değerlendirmektedir. Bu nedenle de bizce bu karar yerinde değildir.

4. Sonuç Olarak:

Avukatlık Mesleği bir dönüşüm süreci içerisinde. Bu dönüşümün bir sonucu olarak avukatlık mesleği piyasalaşmış, avukat emeği metalaşmış ve bir işçileşme süreci günümüze değin süregelmiş bu durumlar sonucunda da işçi avukatlık müessesesi ortaya çıkmıştır.

Meslekteki bu dönüşüme yasal altyapı oluşturulmadığından, işçi avukatların çözülmeyi bekleyen ciddi sorunları bulunmaktadır. Bu sorunların hemen hepsi Avukatlık Kanunu'nda işçi avukatlığa dair yeterli düzenlemelere yer verilmemesinden ileri gelmektedir. İşçi Avukatların, bu sorunlarının çözümü için örgütlü bir şekilde mücadele yürütülmesi gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Akbaş, K. (2015), *Avukatlık mesleğinin ekonomi politiği*. 2. Baskı. Ankara: Nota Bene Yayınları
- Çelik, A., G. (1999) *Tarihte savunma ve meslek kuralları*. Denizli: Basım Ajans Matbaası
- Güner, O., S. (2003), Avukatlık mesleğinin tarihçesi. *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Dergisi*, 1, 487-509.
- Gürseler, İ., G. (2006) Bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın durumunun avukatlık yasası açısından değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, 63, 67-71.
- Gürseler, İ., G. (2007) Ücretli avukat, *TBB dergisi*, 71, 227-238.
- İnanıcı, H. (2000) Türkiye’de avukatlık ideolojisi, *Toplum Bilim Dergisi*, 87, 135-163.
- Kozağaçlı, S. (2008) Avukat sendikası, *Çağımızda Hukuk ve Toplum Dergisi*, sayı 26(3), 41-46.
- Uçum, M., Yıldırım, Z. (2015) Bağımlı çalışan (işçi) avukatlar, *Legal İş Hukuku Dergisi*, 48, 77-95.

İŞÇİ AVUKATLAR, NAMIDIĞER KIRMIZI YAKALILAR VE AVUKATLIK MESLEĞİNİN PROLETERLEŞMESİ ÜZERİNE

Av. Serap EMİR*

Avukat Gökhan Vural Arı'nın anısına...

A. 200 YILDIR ANLATILAN BİZİM HİKAYEMİZ...

Engels 1845 yılında kaleme aldığı İngiltere'de Emekçi Sınıfların Durumu adlı eserinde, sanayi devriminin motor gücü olan ülkede tam yirmi bir ay boyunca işçi mahallelerinde ve fabrika önlerinde dolaşarak, işçilerle, doktorlarla ve eğitimcilerle sohbet ederek, parlamentodan geçen yasaları, çıkan gazete haberlerini, işçi grevlerini ve direnişleri takip ederek işçi sınıfının yaşam koşullarını inceler. Uzun ve kötü çalışma koşullarının İngiliz işçi sınıfında yarattığı tahribat; işçilerin yaşadığı konutlar, mahalleler, sağlık durumları, beslenme koşulları, yaşam süreleri, eğitim imkan(sızlık)ları deşset vericidir.

Söze buradan başlamak bilinçli bir tercih sebebi; zira bugün yaşadığımız neoliberalizm koşullarında işçi sınıfının çalışma şartları bize 1800'lerin İngiltere'sinde tüm çıplaklığıyla ortaya konan gerçekliği hatırlatıyor. Bu sözümüzü abartılı bulanlara geçtiğimiz aylarda yayımlanan bir rapordan söz edelim^[1]: OECD (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) 2016 verilerini baz aldığı raporunda, haftalık 60 saat ve üzeri çalışan emekçileri ülke genelindeki genel istihdama oranlanıyor ve Türkiye yüzde 20,9 ile listede birinci sırada yer alıyor. Üstelik verilerin yalnızca kayıtlı istihdam verilerini içerdiğinin ve her yeni yılın eskisini mumla arattığı günümüz koşullarında, 2017 yılına dair bilgi sunduğunun altını çizelim. Söz konusu Türkiye olunca, gözünü hemen uygar Batı medeniyetine çevirenler çıkacaktır. O halde onlara da baktıkları yerden iki güncel veri sunalım: İlki, özgürlükler

* Ankara Barosu.

[1] <http://haber.sol.org.tr/emek-sermaye/buzdaginin-gorunen-yuzu-ve-genc-isciler-ulkenin-yuzde-20si-haftada-60-saatten-fazla>

ülkesi Amerika'dan: Kırsal ve kentsel alanda, beyazlar ya da Latinler ve Afro-Amerikanlar arasında bir araştırmada, sağlığa erişimde emekçi kadınlar, ülkenin en dezavantajlı grubunu temsil ediyor.^[2] Hemen burada bir parantez açarak 1800'lerin İngiltere'sine dönelim:

“Fabrika çalışmasının kadın fiziği üzerindeki etkisi de belirgin ve garip. Uzun çalışma saatlerinin yaptığı deformasyonlar kadınlar arasında çok daha ciddi. Uzayıp giden çalışma, çoğu zaman, bir yandan kalça kemiklerinin konumunu ve gelişmesini anormalleştirerek, bir yandan omurganın alt kesiminin yanlış biçimlenmesine neden olarak pelvis deformasyonuna yol açıyor.”^[3]

İkinci haber ise “güneş batmayan imparatorluk”ta 2017 yılı boyunca tam 450 evsizin yaşamını yitirdiğini ortaya koyuyor.^[4] Yine Engels'ten bir parantez:

“Ama tüm bunlara karşın, bir tür başını sokacak yer bulabilenler, bütün bütün evsiz-barksız olanlarla karşılaştırıldığında talihli sayılırlar. Londra'da her sabah elli bin kişi, akşam başını nereye yaslayacağını bilmeksizin uyanıyor. Bunların içinde en şanslı olanlar da her büyük kentte bol bol bulunan pansiyonlardan [lodging-house] birinde bir yatak kiralayabilmesine elverecek bir ya da iki peniyi akşama kadar elinde tutabilenlerdir.”^[5]

Kapitalizm 1800'lerden bu yana hem ideolojik, hem de toplumsal anlamda oldukça mesafe kat etti; kentler gelişti, üretilen ürünler çeşitlendi, teknoloji ilerledi, yeni ulaşım araçları icat edildi, ideolojik aygıtlar farklılaştı, basın “beşinci kol” faaliyeti olarak yerini aldı, savaşların biçimi değişti, sermaye kurumsallaştı ve küreselleşti. Bunca yenilik içinde kapitalizmin sanayi devriminden modern yüzyıla uzanan serüveninde değişmeksizin kalan iki gerçeklik var; biri ekonomik krizler, diğeri de kuşkusuz emek sömürüsü. Gerçi patronların “hakkını yemeyelim”; emek sömürüsünün dikey anlamda derinleşmesi yeni bir şey olmamakla, yatay anlamda sömürü araçlarında yaratılan çeşitlilik oldukça gelişmiştir. Bugün sermayenin mülkiyetindeki her tür teknolojik ürün, bir yönüyle yeni bir sömürü aracıdır. Bu anlamda bilgisayarlar, cep telefonları, akıllı cihazlar, gelişmiş makineler üretilmiş; fakat teknolojik gelişme vaat edildiği gibi çalışma saatlerini azaltmak şöyle dursun, aksine işçileri bir tuş kadar uzak

[2] <http://haber.sol.org.tr/turkiye/657ye-kapsamli-saldiri-basliyor-esnek-calismanin-altinda-ne-var-248233>

[3] Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfların Durumu, Sol Yayınları, Birinci Baskı, Ekim 1997, sayfa 226

[4] <http://haber.sol.org.tr/dunya/ingilterede-bir-yilda-450-evsizin-yasamini-yitirdi-249400>

[5] Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfların Durumu, Sol Yayınları, Birinci Baskı, Ekim 1997, sayfa 79

hale getirerek mesai kavramını esnekleştirmiştir. Bugün hala işsizlik, çocuk işçiliği, iş cinayetleri, açlık, yoksulluk, enflasyon, belirli periyotlarla tekrarlayan ekonomik krizler ne Batı medeniyetlerinde, ne özgürlükler ülkesinde, ne de refah toplumlarında çözülebilmiştir. Ve çözülmek bir yana, bugün kamu^[6] ve özel sektör ayırt etmeksizin esnek ve güvencesiz çalışma koşulları başta olmak üzere, adlı adınca geçim derdi, tüm emekçiler için 1800'leri hatırlatan bir vahşilikte günceldir. Öyle ki 90'larda Sovyetler Birliği'nin yıkılmasından sonra "tarihin sonu" tezlerini muştulayan burjuva ideologları dahi, bugün "Marx'ın haklı çıktığını" söylemek ihtiyacı hissediyorlar.^[7] Kuşkusuz onlara bu ihtiyacı hissettiren "hak teslim etmek" veya günah çıkarmak değil; son dönemde neoliberal politikalarla hayat öpücüğü verilen kapitalizmin, hem emperyal düzeyde hem de ulusal ölçeklerde, içinden çıkamadığı süregelenmiş krizlerle, emekçiler aleyhine yarattığı derin uçurumun, huzur kaçırarak doygunluğa ulaşmasına dair içeriden bir uyarıdır.

B. KAPİTALİZM HEP Mİ VAHŞİYDİ, SONRADAN MI BÖYLE OLDU?

Peki ne oldu da yeniden kendimizi hikayenin başladığı noktada bulduk? Kapitalizm ne ara böylesine "vahşileşti"? Şununla başlamak gerekiyor: Bu soru yanlış veya çeldirici nitelikte. Zira yukarıda bahsi geçen kitap, dört yüz küsur sayfa boyunca 1800'lerde kapitalizmin dehşet verici vahşetini anlatıyor. Dolayısıyla bugün yaşıyor olduklarımız, aslında yeni bir şey değil. Yeni yanılması, yakın vadede koşulların görece bir miktar daha bizler lehine olduğu günlerden geliyor. Kapitalizmin tırnaklarını emekçilerin ensesinden bir süreliğine çektiği 60'lar dönemini, Sovyetler Birliği'nden yayılan "bir ihtimal daha var" umuduna ve işçi sınıfının bu tarihsel ihtimal yolunda canı pahasına verdiği mücadelelere borçluyuz.

Bugün muzdarip olduğumuz çalışma koşullarından bahsederken, arka planda 80'lerden bu yana bilinçlice sürdürülen bir programdan söz etmiş oluyoruz. Sovyetler Birliği'nden yayılan eşitlikçi ve insanca bir toplum alternatifi ve bu alternatifin heyecanlandığı toplumsal dinamiklere karşı, kapitalist devletler; ancak 70'lere dek kendilerine çeki düzen verebildiler. Bugün son kırıntılarının da süpürüldüğünü öylece seyrettiğimiz "sosyal devlet" uygulamaları ve yangından mal kaçırmaya saldıran işçi sınıfının tarihsel kazanımları; soğuk savaş rekabet koşullarında kapitalist devletlerin direnişe geçen işçiler nezdinde toplumun ağzına çaldığı bir parmak bal niyetine idi. Gel gelelim, özel mülkiyet

[6] <http://haber.sol.org.tr/turkiye/657ye-kapsamli-saldiri-basliyor-esnek-calismanin-altinda-ne-var-248233>

[7] <http://haber.sol.org.tr/dunya/tarih-fukuyamadan-ocunu-aliyor-249373>

ilişkileri öylece dokunulmadan durmaktayken, kapitalizmin sosyal devletçiliği; ancak ekonomik krize kadardır. Nitekim artan kamu harcamaları, 73 ve 79 yıllarında patlak veren petrol bunalımı, yükselen petrol fiyatlarına paralel artan faiz oranları ve zora giren finans sistemi; 70'lerdeki ekonomik krize davetiye çıkarmıştır. Hemen IMF ve Dünya Bankası programları çevre ülkelerde devreye sokulmuş ve krize çözüm aranmıştır. Çözümün adı “neoliberalizm” dir; özünde ise: “Sermayeye daha fazla özgürlük!” mottosu durmaktadır.

Sermayeye tanınacak özgürlük, devletin piyasa başta olmak üzere kamusal alanlardan dahi elini eteğini çekmesini gerektirmektedir. O halde: Güle güle sosyal devlet, hoş geldin kriz! Nihayetinde bu gereklik, özelleştirmelere kapıyı sonuna kadar aralamış ve eğitim, sağlık, adalet hizmetleri, güvenlik gibi devletin “göreceli özerkliği” nin^[8] kanıtı olarak sunulagelen kamusal işlevleri dahi piyasanın iştahına sunulmuştur. Geline nokta kamusal hizmetleri piyasaya havale eden burjuva devletin, toplumları bir arada tutma ve dolayısıyla önderlik etme yetisini kaybettiğini söyleyebiliriz:

“Kapitalizm toplumları bir arada tutmak yerine çözmektedir. Yukarıda en az değindiğim ama kanımca en önemli konumuz, ulus formasyonunda ve ulus devlet organizasyonunda modernleşme, kamusal hizmetler, ortak savunma, sosyal güvenlik gibi unsurların çerçevesini çizdiği alandır. Bu öğelerin birleştirici rolü, çoğunlukla milliyetçi ideolojinin gölgesinde kalır. Her köye elektrik götürmeyen, emeklilik sistemini kuramamış, sağlık ve eğitim hakkını bir yurttaş hakkı olarak tanımamış bir ulus-devlet olur muydu? Yurttaş emekçi, eşittir, kapitalist artı-değer sömürsününün özgür emekçisi. Bunlar yokken milliyetçilik ile idare edilebilir miydi?

Kapitalizm son evresinde (neo-liberalizm veya küreselleşme diye anılan, emperyalizmin emeğe saldırganlıkta zirve yaptığı dönem) bu kamusal alan da metalaşmış ve ticarileştirilmesi mümkün olmayan özü, toplumsal faydayı, kamu yararını tasfiye etmiştir.”^[9]

Aydemir Güler, yukarıda alıntılanan yazısında; eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi asgari kamusal hizmetlerinin devletçe sunulmasının, burjuva toplumda milliyetçilikten daha etkili güçte bir birleştirici olduğuna ve bu birleştiriciliğin

[8] Gelenek Dergisi, 134. Sayı, Devletin Sınıfsallığı Üzerine: Türkiye’de Devlet ve Sermaye, Neslişah Başaran, Sayfa 35:”*Dolayısıyla, kapitalist üretim tarzının siyasi örgütlenmesi olarak modern devlette “göreceli özerkliği” burjuvazinin iktidarının sürekliliği için olmazsa olmaz bir özellik olarak tanımlayabiliriz. Bu özerklik, devleti toplumdaki sınıfkarşıtlıklarının üzerine çıkartarak ona meşruiyet kaynağı sağlar.*”

[9] Gelenek Dergisi, 136. Sayı, Bir Ekim Devrimi Gerçeği: Kapitalizmin Ulus Fiyaskosu, Aydemir Güler, Sayfa 57

neoliberal politikalarla metalaşan kamusal alan nedeniyle bugün sarsıldığına dikkat çekiyor.

80’lerde emperyalist sistemde neoliberal politikaların krize karşı çözüm olarak uygulamaya konduğu süreç, Türkiye’de 24 Ocak Kararları ile başlıyor. Turgut Özal’ın mimarlığını yaptığı süreç, 95 yılındaki Gümrük Birliği Anlaşması ve 2001 yılında Kemal Derviş yürütücülüğünde uygulamaya konan IMF programı ile uluslararası sisteme entegre hale getiriliyor. Nihayetinde 2002’ye dek emperyal politikalara uyumdan hep tam not almış Türkiye, 2002’den bugüne AKP iktidarı döneminde sermaye lehine uygulanan piyasacı ve özelleştirmeci politikalara “şirketleşmiş devlet” örneğini de ekleyerek, açık ara “sınıfı”nın en çalışkan çocuğu oluyor.

Bugün geldiğimiz noktada insanlar çocuklarının çağdaş ve laik bir eğitim alması için onu özel okula göndermekte, hastalandıklarında günler sonrasına randevu alma veya sıra bekleme şansı olmayıp “acil” işe dönmesi gerekenler özel hastanelere gitmekte, BES adı altında emekçilere devlet tarafından zorunlu özel emeklilik sigortası dayatılmakta, hakkını aramak isteyen yurttaş hiç de azımsanmayacak yargı harçları ödemekte, “hızlı sonuç” almak isterse “prestijli avukat” tutmaktadır. Sermaye sınıfına hizmet öyle boyuta varmıştır ki, devlet organizasyonunda en üst idari merci olan bakanlıklar, devletin görevli özerkliğini toplum nezdinde sarsmak pahasına, doğrudan sermaye sınıfının temsilcileri ile doldurulmuştur. Bugün özel hukuk şirketi sahibi bir adalet bakanımız yok belki ama; özel okul sahibi bir milli eğitim bakanımız; özel hastane sahibi bir sağlık bakanımız var. Kaldı ki, fiiliyatta işlerliğini bildiğimiz hukuk şirketleri sahiplerinin kendilerini yasal korumaya kavuşturacak olan ve an itibarıyla Kanunlar Genel Müdürlüğü’nde bir torba yasanın içinde meclisten geçmeyi bekleyen Avukatlık Kanun Taslağı’na bakarak kendilerini hangi koltuklarda hayal ettiklerini tahmin etmek güç değil.

C. SORUN SENDE DEĞİL, HUKUKUN PİYASALAŞMASINDA...

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız 80’ler ile başlayan piyasacı ve neoliberal süreçten avukatlık mesleği de payına düşeni fazlasıyla alıyor ve almaya da devam etmekte. Bundan 30-40 yıl öncesine dek; avukatlık mesleği halen toplumsal adalet ihtiyacını gidermekte önemli bir işleve sahipti. Bunu biraz açmak gerekli. Bugün mantıklı düşünme yetisini yitirmemiş ve bir sebeple doğruyu söyleme hakkı elinden alınmamış her bir kimsenin kabul edeceği gibi, toplumda emekçiler aleyhine büyük bir adaletsizlik var. İş cinayetlerinde ölenler, aç kalanlar, işsiz kalanlar, eğitim ve sağlık haklarından yararlanamayanlar, ilaçlarını satın almakta güçlük çekenler, seyahat özgürlüğü olmayanlar, yeterli beslenemeyenler, serbest

zamanları kendilerini yeniden üretecek kadar dahi olmayanlar, mobinge ve strese maruz kalanlar, tatil yapma lüksü olmayanlar, ayın sonunu nasıl getireceğiz derdine düşenler hep emekçiler, işçiler; üretim araçlarından yoksun olanlar ve tezatına yaşamlarını devam ettirmek için çalışmak, yani emeğini satmak zorunda olanlardır. Bir de tüm bu sorunların abc'sine hiç vakıf olmayanlar var; onların başta birikimlerini korumak ve arttırmak, çocuğa hangi ülkede daha iyi bir eğitim aldıracağını hesaplamak, tatilini hangi ülkede geçireceğine kafa yormak gibi epey farklılaşmış dertleri var: Kendilerine patron diyoruz. Bu patronların bir kronik ortak dertleri de var ki, her ne kadar emekçilere doğasında yabancı olsa da, onların hayatını büyük ölçüde etkiliyor. O dert: Maliyetleri azaltmak. Emekçiler yani çalışanlar, her biri, patronlar gözünde bir maliyet kalemi. Dükkan onlarsız olmuyor; ama onlarla da ancak ürettiklerinden az maliyete mal oluyorsa oluyor. Emek maliyetini düşürmenin en bilindik yöntemi elbette ücretleri düşürmek; bunun için dışarıda pek çok sayıda işsiz olmalı ki, çalışan vazgeçilmez olmadığını her an hissettin. Maliyetleri düşürmenin daha pek çok yolu var; çok işi olabildiğince az kişiye yaptırmak, iş güvenliği önlemlerine para harcamak yerine işe girer girmez işçiye iş güvenliği eğitimi aldığına dair bir sürü evrak imzalatmak, işyeri giderlerini olabildiğince kısmak, sigorta primlerini eksik yatırmak vs vs... İşte işçi ile patronun, ilkinin yaşam koşullarını iyileştirmek adına ücretini her daim arttırmak isterken, ikincisinin bir maliyet kalemi olarak gördüğü ücret başta olmak üzere her tür "gider"den kısma eğiliminden, uzlaşmaz bir çelişki doğmakta. Bu çelişkinin kapitalizm koşullarında çözülmesi mümkün değil, bununla birlikte doğasında daima işçiler aleyhine işleyen bir çelişki bu. Ve bu çelişkiden doğan adaletsizlikler, işçi sınıfı aleyhine katmerlenerek arttığında tarihte grevler, direnişler, isyanlar baş gösteriyor ve bu da piyasanın işleyişini bozma, hatta düzeni alaşağı etme tehlikesini her daim içinde barındıran bir olgu. O halde düzenin devamı için kimi toplumsal adalet mekanizmaları icat edilmeli, ağlayana meme verilmeli ki; sistem böyle işlemeye devam etsin.

İşte tam bu noktada, hakkını arayanların savunuculuğunu yapmak noktasında avukatlara toplumsal işbölümünde hayati bir görev düşmekte: Adaleti tecelli ettirme görevi. Şöyle işliyor: İşyerlerinde sömürüye ve haksızlığa uğrayan işçilere, emekçilere; neyse ki hukuki yoldan haklarını arayabildikleri avuntusu verilerek, toplumda "adaletin" var olduğuna inanmaları sağlanmakta. Aksi halde çalışmaya ve üretmeye devam etmezler; bankalar işlemez, ulaşım kilitlenir, üretim durur. Kendinizi düşünün; hiçbir yolla ay sonunda ücretinizi alamayacağınızı hissetseniz, çalışır mısınız? Sanmıyorum. Ancak hakkınızı alamadığınızda hukuki yollara başvurarak sonuç alma ihtimaliniz varsa, neyse ki isyan etmezsiniz. Bu özetlemeye çalıştığımız çarpıcı gerçeği ne ilk kez biz söylüyoruz, ne de "patron

düşman”lığımızdan düzeni karalamak için böyle argümanlar uyduruyoruz. Bu tespitler çarpıtma değil; kendileri söylüyorlar. Üstelik mahkemelerin duruşma salonlarına, hakimlerin hemen başlarının hemen üstüne asmışlar, demoklesin kılıcı gibi sallanıp duruyor: “Adalet mülkün temelidir.” Bir üstyapı kurumu olarak hukuk ve yargı sistemi, parlamentodan çıkan yasaları ile, avukatları, yargıçları, her gün tekrarlayan duruşmaları ile tam bir müsameredir aslında; “adalet varmış gibi” yapma müsameresi. Zira aksi halde toplumun adalet duygusunun zedelendiği durumda, emekçiler adaletsizliğe isyan edebilir ve “mülk”ü nam-ı diğer “düzen”i temelinden sarsabilirler. İşte tam bu noktada avukatlar, hak arayıcılığına aracı olmakla, emekçilere adaletin var olduğu yanılsamasını sunmakta ve toplumu yeniden “dengeli” bir konuma getirmekteler. En azından 30-40 yıl öncesine dek, durum böyleydi.

Serbest rekabetin yerini tekelleşmeye bıraktığı kapitalizmin ileriki evrelerinde, rekabet piyasalarının amentüsü “Büyük balık küçük balığı yer” ilkesi işler ve büyük şirketler karlarına kar katarak piyasalarına hakim olurlar. Bu olurken küçük işletmeler kapanır, sahipleri işçileşir. Bu noktada somutlamak adına malum “pasta”yı masaya bir koyalım. Şayet pek çok şirketin birleşmesinden oluşan dev holdinglerin bünyelerinde çalışan işçilerin emeğiyle ürettikleri yoluyla pastayı büyüttüklerini tespit ediyorsak, pastadan düşen dilimlerin de büyüdüğünü kabul etmek zorunda kalırız.

İşte her çeşit piyasada tekel olma yolundaki büyük şirketlerin hızla arttığı, diğer bir deyişle pasta dilimlerinin göze batacak ölçüde büyüdüğü koşullarda; hukukun toplumsal işlevi de çeşitlenmiş ve farklılaşmıştır. Birer tüzelkişilik olarak toplumda gerçek kişilerden daha güvenceli ve yüksek bir toplumsal statü elde eden kurumsallıklar, kendi aralarında doğan uyuşmazlıkların çözümü için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duymuşlardır. Bu ihtiyaç doğrultusunda parlamentoda yasalar hazırlanmış, ticaretin ve ticaret şirketlerinin bir mevzuatı, teamülleri, mahkemeleri oluşmuştur. Mesleğin kamusal niteliklerinin arka plana itilip ticari kar kaygısının ön plana konması bizce buradan başlar. Çünkü bununla avukatlar, gerçek kişilerden çok daha büyük ve sürekli kazanç getiren şirketlerin vekilliğini daha karlı ve güvenceli gördüler ve bu türden ticari uyuşmazlıkların ihtiyaçlarına göre yeniden şekillendiler. Örnekse, kendilerini “verimlilik, hızlı sonuç alma, sonuç odaklı çözüm, kalite” gibi kavramlarla tanımlayan avukatlık ofisleri türedi. Reklam yasağı mı dediniz, geçiniz. Bu örnekte ilk aklınıza gelen reklam yasağı ihlali ise, geçmiş olsun, cübbenizi şirket vestiyerine bırakabilirsiniz. Zira burada reklam yasağından daha çarpıcı, epey içe sinmeyen bir çelişki var; bir avukatlık ofisi kendisini şirket kavramlarıyla nitelendiriyor. Bu; hukukun halen adaletle birlikte anıldığı zihinler için oldukça kulak tırmalayıcı.

Bir yerde “verimlilik, kalite, sonuç odaklı çözüm” gibi neoliberal kavramların bahsi geçiyorsa, artık oranın piyasalaştığı ve adlı adınca bir “meta” üretimine geçtiğini kabul ederek başlamak gerek. Söz konusu meta; ayakkabı üretimi gibi somut bir çıktıya sahip olabileceği gibi, hizmet gibi birtakım elle tutulmayan üretimler de olabilir. Bugün “hızlı hukuk hizmeti” satın almak isteyen şirketler ve kendilerini şirketlere onların aşına oldukları sıfatlarla reklamlayan, diğer bir deyişle onların dilinden konuşan avukatlık ofisleri vardır. Bu ofislerde “hukuk hizmeti” satılmaktadır. Hukuki bilgi, toplumsal işlevleri bir kenara, tam da bir meta gibi alınıp satılabilen bir nesneye dönüşmüştür. Bu üretimi yapan avukatlık ofislerinin, birer patronları vardır; ve bu patronların en başta birer maliyet kalemi olarak gördüğü işçileri vardır. Tüm bu üçlü, patronlar, işçiler ve hukuk hizmeti üretimi; hukuk hizmet piyasasını oluştururlar. Ve birbirine benzeyen nitelikteki avukatlık ofisleri, bu piyasada birbirleri ile rekabet ederler.

Ç. “BİZ SENİ İŞÇİ AVUKAT OL DİYE Mİ OKUTTUK?”

Başlıktaki sorunun çeşitli versiyonlarını her işçi avukat ailesinden pek çok kez duymuş fakat yutkunmuştur. Yutkunuruz; çünkü hem derdimizi anlamayacağımızı biliriz, hem de lisede “dersane ücretleri”nin nasıl borç harç karşılığını halen unutamamışızdır. Dolayısıyla soru yanlış olsa da, haklı bir sorudur, sorana kızamayız. Ancak hiç olmazsa bu yazıda, yutkunan tüm işçi avukatlar adına bu sorunun cevabını vermeden geçmeyeceğiz.

Bugün ülkemizde devlet üniversitelerinde okuyan gençler, ekseriyetle emekçi ailelerin çocuklarıdır ve ailelerinden gelen para genelde yaşamaya yetmez; okurken çalışmak zorunda kalırlar. Aileler, paralı olan ve masraflı hale gelmiş üniversite eğitim süreci bitene dek, dişlerini sıkarlar ve çocuklarını borç harç, bir yolla okuturlar. Bu borçlanmayı göze almaları biraz da, çocuklarının daha iyi yaşam koşullarına sahip olmaları içindir. Ancak okul bitince “avukat çıkacak” zannedilen çocuk; komşunun kafede garsonluk yapan çocuğuyla aynı maaşı alıyordu; hatta garson olan “tip”lerle “bizimki”ni geçerken, “bizimki”nin kendi işini almasına dahi izin yoktur, e bu nasıl avukatlık? Burada mesele ailelerin kötü insanlar olup garsonları, kafe emekçilerini aşağılıyor oluşları değildir. Mesele; “Onca emek boşa mı gitti şimdi” kahroluşunun yarattığı şoktur. Ne olacaktır şimdi, bir de ofis açmak için mi borca batılacaktır; ya bir de ofis dönmezse... Bu noktada 5 yıl öncesine gidilip üniversite tercihleri sorgulanır.

Peki ne diyacaksınız? Anne babalarımıza, ülkede an itibariyle her dört üniversite mezunundan birinin işsiz olduğunu, öğretmenlerin dahi inşaat işçiliği yapıyor olduğunu, plansızca üniversiteler açılıyor olduğunu ve her yıl bunların pek çok mezun verdiğini bir yolla anlatabiliriz; yine de eminiz mesele “Ama

“çocuğum sen çok çalıştın, onca dirsek çürüttün, sen de mi?” noktasında kilitlenecektir. Şimdi gel de anlat anlatabilirsene: “Hukuk piyasalaştı, e avukatlar da işçileşti, bu da bize denk geldi...”, beyhude bir çaba olacaktır. O sebeple bırakalım onlar bizi kırmızı yakalı cübbenin içinde görüp en azından bununla tatmin olsunlar, işçi avukatlık dertlerini çözmek de bize kalsın.

O halde, soralım: Kimdir, necidir bu işçi avukatlar?

İşçi avukatlar hukuk hizmetinin üreticileridir; hukuk hizmet piyasasının işçileridir, adliyelerin ücretli emekçilerinden bir kesimdir. Yaşamayı ayın sonunda alacağı ücrete bağlı olan ve üretim araçlarından yoksun olan herkes gibi işçidir; ancak hukuki anlamda diğer işçilerden epey geri koşullardadır, zira bir iş sözleşmesi dahi yoktur; olamaz da, çünkü kanunlarda adı geçmez. Patronlarına göre “eleman”dır, yurttaşlara göre “avukat”tır, aile içinde “dikiş tutturamayan” veya “çalışma hayatına alışamayan”dır, adliyelerde koştururken görenler için “kızcağız, çocukcağız”dır; yakın geçmişte ise muhtemelen sınıflarının çalışkan çocukları idiler.

Peki ya şimdi ne yaparlar?

Dilekçe yazarlar, kalem işlerini görürler, duruşmalara girerler, rapor hazırlarlar, kamu kurumları ile ilgili işleri yürütürler; bunlar avukatlık mesleğinin niteliği ile bağdaşan işlerdir. Ancak bir görev tanımları olmamasından mütevellit, hukuk bürolarında avukatlık mesleği ile bağdaşmayan daha pek çok yan iş de yaparlar. Öyle ki ofislerin idari işleyişi ile ilgili pek çok işten de sorumludurlar; örneğin yazıcı bozulursa bunun tamir süreci ile ilgilenirler, ofisteki çiçeklerin solup açması onlardan sorulur, yeni bir istihdam ihtiyacında gelen yüzlerce özgeçmiş arasından aranan niteliklere uygun adayları seçip patronun önüne koymakla birer insan kaynakları personeli işlevi üstlenirler, sekreter yoksa sekreter, katip yoksa katip olurlar, muhasebeci ise genelde hukuk ofislerinde istihdam edilen bir eleman değildir; bu nedenle işçi avukatlar müvekkillerin yatırdığı avukatlık ücretleri, yatırmaları gereken gider avansları, ofis harcamaları türünden kimi kayıtların muhasebesini de tutarlar; özetle ofise ait faturaların yatırılmasından ofisin çay, kahve, tuvalet kağıdı gibi market ihtiyaçlarını saptamaya dek pek çok önemsiz görünen ama birbirine eklendiğinde belirli bir mesai gerektiren işler yaparlar. Kimi zamansa işler daha da kişiselleşir; patronlarının takvimlerini organize etmekten, çocuklarının okul taksitini yatırmaya dek uzanır. Kısaca onlar, hukuk ofislerinin joker elemanıdır. Çoğu büroda iki veya üç avukatın yapacağı yoğunlukta iş, maliyetten kısmak adına tek bir işçi avukata yaptırılır; bu da işçi avukatlar için fazla mesainin genel kural olduğu gerçeğini önümüze serer.

Tüm bunlar bir anda olmaz...

Öncesinde mesleğin hiç de hayal ettikleri gibi olmayacağına ve tüm bu tanımlı olmayan işlerin de kendilerinden beklenmekte olacağına dair en kötüsüne hazır edilirler. Stajyer avukatlık bunun için vardır. Bu dönemde müstakbel işçi avukatlar, ücretin en azına, angaryanın ise katmerlisine tabi tutulurlar. Bir kere staj döneminde stajyer avukatlara ücret verilip verilmeyeceğine dair ne avukatlık mevzuatında ne de iş hukukunda herhangi bir düzenleme yoktur. Kaldı ki bazı meslektaşlar bir “eğitim süreci” olan staj döneminde, ücret ilişkisi kurmayı “etik” bulmamaktadır. Ama stajyerler üzülmemelidir, her ne kadar “etik düşkün” meslektaşlar birer üzüntü kaynağı olsa da, neyse ki TBB o kadar acımasız değildir: staj döneminde stajyer avukatlara aylık 550 TL tutarında geri ödemeli kredi vermektedir. Burs değil kredidir; çünkü nasıl olsa her genç avukat iki yıla kendi ofisini açıp köşeyi dönecek ve sömürü son bulacaktır; o gün gelene kadar da herkes biraz dışını sıkacak ve üniversiten devrolan KYK borcu ile TBB kredisi bir güzel geri ödenecektir.

Stajyerler, her gün kaleme gidip sorulan tüm sorulara UYAP’tan cevap bulunabildiğini biliyor muydunuz?

Böylece işçi avukatlar, staj bitip mesleğe başladıklarında okul sıralarında hayalini kurduklarından çok uzağa düşmüş bulurlar kendilerini. Dört yıllık fakülte hayatı boyunca, kendilerine hep hukukun toplumsal ilişkilerin temeli olduğu, bu yönüyle “nerede toplum varsa orada hukuk olacağı”, kendilerinin de ülkenin müstakbel hukukçuları olarak ne de biricik oldukları anlatılıp durulmuştur. Oysa staj dönemiyle birlikte adliye koşturmacası başlar. Ofiste UYAP’tan bakılıp öğrenilecek ne kadar iş varsa tam bir yıl boyunca stajyerin üzerine yığılır. Ne sandınız, o reklamlarda geçen “hızlı hukuk hizmeti” adliye memurlarının başında dikilmeden nasıl verilecek? Gün aşırı başında bitiliveren adliye emekçisi de, iş yükünü anlam veremediği şekilde arttıran stajyer avukata her seferinde “buyrun, hoşgeldiniz” diyecek değil; ilk kez çalışma hayatını deneyimleyen stajyer avukat da kendisine gösterilen tepkiyi anlamlandırabilecek tecrübe ve bilinçte değil. Bu iki olgu birleşince, yalnızca kendisine verilen işi yapmak zorunda olan iki emekçi kavgayı patronlarıyla değil, birbirleri ile ederler. İş tecrübesi daha yoğun olan adliye emekçisi ilk haftanın sonunda stajyer avukatı saf dışı bırakmanın yolunu bir şekilde bulur. Ve bu noktada olan “deneyimsiz” stajyere olur; zira “işleri halledememekte”, kalem personeline söz geçirememektedir. Böylece staj eğitiminin bir boyutu da adliyelerde sürekli muhatap olunacak kalem personelinin tıpkı kendisi gibi işini yapmak zorunda olan ücretli bir emekçi olduğunu unutup, ona “avukat olduğunu hissettirmek”

yollarını öğrenmek üzerinden şekillenir. Buradan adliyelere kalan, birbirini anlamak yerine birbirine öfkeyle bakan iki emekçi kesimdir.

Ofislerde dayanışma yerine rekabet nasıl doğar?

Ofislerde ise “yanlış kavga”, işçi avukatlar ve ofis çalışanları arasında cereyan eder. Aldıkları ücretle ayın sonunu getirmekte güçlük çeken emekçiler, olabildiğince az iş yaparak, hakkını alamamanın acısını; hiç değilse aldığı ücret kadar iş yapmak şeklinde ikame etmeye çalışırlar. Bu durumda iş bilenler, her çalışanın yapabileceği birtakım “angarya” işleri olabildiğince kendi üzerlerinden atmak derdindedirler. Ve öfke, hakkını vermeyen üstelik eksik çalışan istihdam eden patrona değil de; angaryayı üstlenmeyi reddedene yöneltilir. Bu noktada ülkedeki yedek işçi ordusu, namıdiğer işsizler; gıyaben önemli birer caydırıcıdır. Patron eksik istihdam “tercihi”nde bulunuyorsa ancak ofisin de bir şekilde işlemesi gerekiyorsa; durum kabullenilir zira dışarıda onların yerinde olmak isteyecek tonla işsiz vardır. Ve mesele angarya işlerin kimin üzerine yıkılacağı noktasında kilitlenir. Bu denklemden genelde ofislerin en tecrübesiz elemanları, verili gerçeklikte stajyer avukatlar zararlı çıkar. İki seçenekleri vardır: ya sessizce angaryayı kabullenirler, ya da gürültü çıkarıp angaryayı reddeder ve iş arkadaşları ile birbirlerine düşerler. Buradan ofislere kalan, dayanışmak yerine rekabet olur.

Öte yandan angarya işler ve asıl işler bir şekilde yürürken, emekçiler gün geçtikçe kişiliksizleşir. Yazının konusu işçi avukatlar olduğu için, adliyelerin ve hukuk ofislerinin diğer emekçilerinden özür dileyerek; geri kalan kısma işçi avukatlar üzerinden devam edecek ve diğerlerini başka bir yazının konusu yapmayı umut edeceğiz.

“İşçi” demeyin avukatlık mesleğinin “onuru” zedelenir...

Kişiliksizleşme, işçi avukatlar yönünden çok boyutludur. İşçi avukatlar, yukarıda değindiğimiz gibi hizmet piyasası içinde mavi yakalılardan ziyade, beyaz yakalı kesime yakınsarlar; bir nevi proleterleşmekte olan avukatlık mesleğinin “kırmızı yakalılar”ıdır onlar; hukuk hizmet piyasasının kırmızı yakalılarıdır. Kişiliksizleşmenin boyutları tam da üst küme olan beyaz yakalılığa içkindir. Bunun işçi avukatlar yönünden ilk boyutu; kapitalizmin tüm beyaz yakalılara gün geçtikçe azalan oranda olsa da halen sunabildiği sınıf atlama hayalleri ve bu hayaller arasında sınıfını bilmeme halidir. İkinci boyutu ise avukatlık mesleğinin kamusal niteliğini yitirışı ve piyasalaşması ile hayaller ve gerçeklerin çelişkisinden kırmızı yakalılara düşen yabancılaşmadır. Burada her iki boyutu da kırmızı yakalılara özgü yönleri ile inceleyeceğiz; ancak önce genel tespitler için şu satırların söylediklerine kulak verelim:

“Beyaz yakalılara bir anket yapsak, gerçekten de pek çoğu kendisini işçi değil, orta sınıf mensubu olarak gördüğünü söyleyecektir. Bu, sürekli onlara bu yönde telkinde bulunan burjuva sosyologlarının ve o sosyologların parçası olduğu propaganda makinesinin başarısı olarak görülmelidir; zira kapitalist sistemin meşruiyetinin bilhassa ekonomisi gelişkin ülkelerde önemli bir kaynağı olabildiğince çok insanı orta sınıf olduklarına ikna ederek yaratılan orta sınıf toplumu algısıdır.

Ne var ki mesele beyaz yakalıların kendilerini ne olarak gördükleri değil; ne olduklarıdır; aksi takdirde doktorun tedaviyi hastanın kendi kendine koyduğu teşhise göre yapması, avukatın yalnızca müvekkilin yazdığı savunmayı hukuk diline tercüme etmekle yetinmesi gerekir. Marx’ın konumuzla birden fazla açıdan ve çok önemli vurgusu ise şöyledir:

“Nasıl ki bir kişi hakkında kendisi için taşıdığı fikre dayanılarak bir hüküm verilemezse, bir alt üst oluş dönemi hakkında da, bu dönemin kendi kendine değerlendirmesi göz önünde tutularak bir hükme varılamaz.”^[10]

Beyaz yakalıların hatırı sayılır bir bölümü kendilerini orta sınıf mensubu olarak görüyor; çünkü öyle olmak istiyorlar. Dikkat edin, şirkette yükselip müdür veya patron vekili olmayı hayal etmeyenlerin hayalleri de daha sempatik başka küçük burjuva yaşantılar, tipik olarak dükkancılıktır. (kitap kafe, butik otel vb.) Öte yandan bunu içlerinde yalnızca bir azınlık başarabiliyor ve geri kalan milyonlarcası ücret düzeylerinde emekçiler oluyor.”^[11]

Burada yazar, beyaz yakalıların kendilerini üretim süreçlerindeki rolleriyle değil; ait olmak istedikleri sınıfa benzer tüketim alışkanlıkları ve yaşam tarzı üzerinden bir tasnife tabi tuttıklarını anlatıyor. Bu sınıf atlama hayallerinin işçi avukatlar yönünden tekrarlananı: “Bir gün sen de kendi ofisini açacaksın nasılsa...” cümlesinde somutlanmakta. İşçi avukat bu hayalin bir gün gerçekleşmesi ihtimaliyle, yaşadığı akıl almaz sömürüyü büyük ölçüde sineye çekebiliyor. İşçi avukatlık meselesini tahayyülünde arizi bir duruma indiriyor ve düşük ücretleri, fazla mesai, eksik yatan SGK primlerini, tam anlamıyla kullanılmayan yıllık ücretli izinlerini kanıksama tam da bu noktada başlıyor. Bu kanıksama hali ise, onu karşısındaki “patron” olarak değil de, yakın bir gelecekte “aynı tarafta” olacağı bir “meslektaş” olarak görme noktasına ulaştırıyor ve mücadele etmekten alıkoyup köşeyi dönmek adına “oyunu kurallarıyla oynama”ya teşvik ediyor. Hali hazırda herhangi bir yasal korumadan yoksun

[10] Karl Marx, Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı, çev. Sevim Belli, 5. Baskı, Ankara: Sol, 1993, s.23

[11] Nevzat Evrim Önal, Bilmiyorlar Ama Yapıyorlar, 1. Baskı, İstanbul:Yazılama Yayınevi, Ekim 2017, s.56

sınırsız sömürüye açık olma hali, işçi avukatları “mevzuat” ta dahi yeri olmayan hakları için mücadele etmekten alıkoyan bir diğer önemli etken. Tam da bu noktada barolar adına bir parantez açmakta yarar var; zira işçi avukatın sınıfını bilmezliğinin argümanları barolar temsiliyetinde üretiliyor.

Bölüm başlığında yazılı söz, bizim akıllarımızda birebir baro temsilcileriyle özdeş. Kendimize her işçi avukat dediğimizde onlardan aynı itiraz geliyor: “İşçi sıfatı avukatlık mesleğinin önüne yakışmıyor.” Buradaki işçi düşmanlığı bir kenara, bugün meslek onuru dert edilecekse bu yazıda anlatılanlarla her gün hem maddi hem manevi yönden sömürülen, kişiliksizleştirilen işçi avukatların çalışma koşulları insanca bir seviyeye çekilmelidir; mesleği asıl onursuzlaştıran bugün bize reva görülen çalışma koşullarıdır, uğradığımız haksızlıklar, gördüğümüz kötü muameledir. Kaldı ki her işçi avukat dediğimizde baro temsilcilerinin tüyelerinin ürperiş ve kılıçlarını kuşanıvermeleri, saflarını çok açık ediyor. Öte yandan sınıf atlama hayallerine gölge düşürmek pahasına, bir sözümüz de işçi avukatlara; kendi bürolarını açmak işçi avukatlar açısından mesleğin şirketleşme yolunda “ciddi düşündüğü” koşullarda hiç de gerçek bir çözüm değildir. Nitekim borç harç kendi bürolarını açmış pek çok genç avukat, büyük avukatlık ofisleriyle rekabet edememekte; “pasta”nın sadece kremasını sıyırmaktadır. Dolayısıyla tıpkı bakkalların AVM’ler karşısında eriyip gitmesi gibi, serbest çalışan genç avukatlar yönünden büroya kilit vurup işçi avukatlığa geri dönüş her daim masada duran bir ihtimal olmaktadır. Geçtiğimiz günlerde bunun acı bir örneğine tanık olduk: Kendi bürosunu açmak için geldiği İstanbul’da 28 yaşında genç bir avukat olan Gökhan Vural Arı, yaşadığı ekonomik zorluklar ve ödeyemediği borçları nedeniyle intihar etti.

Bu mesele “barolar” ile çözülür mü?

Günümüzde mesleğin piyasalaşma sürecinden baroların da nasibini aldıklarını söylemek mümkün; zira geçmişe kıyasla baroların meslek örgütü olma ve mesleğin çıkarlarını koruma işlevlerinin yerini hızla işveren temsiliyetine terk ettiğini görüyoruz. Öncelikle her profesyonel uğraş gibi serbest zaman ve sermaye gerektiren baro kademelerinde yöneticilik faaliyeti, elbette serbest zamanları kendilerini yeniden üretmeye dahi yetemeyen işçi avukatlarca değil, işçi avukatların üretimleriyle kendilerini bolca serbest zaman yaratabilen patron avukatlarca üstleniliyor. Nihayetinde verili gerçeklikte, işçi avukatların uğradığı sömürüye ve haksızlıklara en iyi ihtimalle “üç maymun”u oynayarak tepki veren patron avukatlardan mütevellit baro yönetimleriyle karşılaşırız. Söylemsel olarak da sınıflar üstü “meslektaşlık” vurgusu; işçi avukatlarca baro katına taşınan şikâyetlerin “mesleğin onuru”nu korumak pahasına hasıraltı edilmesine yol açıyor. Oysa o hasır bir kaldırılrsa, ortaya değil meslek onuru,

insanlık onuru adına yüz kızartıcı gerçeklerin saçılacağını biliyoruz. Bu noktada barolar itirazlarını kimi mesleki ilkeleri tekrarlamak üzerinden yükseltebilirler. Ancak bugün işçi avukatlık gerçeği ortada iken; kimse bize avukatlık mesleğinin “bağımsız”, “serbest”, “eşitler arası” bir meslek olduğunu kabul ettiremez. Mesleğin kamucu günlerinde geçerli olan tüm bu ilkeler, piyasalaşma ve proleterleşme sürecinde kadükleşmiştir. Dolayısıyla işçi avukatlar ile patron avukatlar arasındaki “uyuşmazlıklar”; eşitler arası meslektaşlar arasındaki uyuşmazlıklar değil, aksine temsiliyet ve mülkiyet ilişkileri yönünden bir tarafın diğer tarafa ezici nitelikte üstünlük kurduğu işçi-patron karşıtlığıdır. Öyleyse bu tabloda barolara düşen, en iyi ihtimalle arabuluculuk rolü olabilir. Barolar hakkındaki iddiamızı, baroların patron avukatların çıkarlarını kollamalarının somut tezahürü olan meslek içi eğitimler başlığındaki örnekle bitirelim. Bugün Ankara’da avukatlık yapan herkesin bildiği üzere meslek içi eğitimler ücretlidir, ve bu ücret 750 TL ile 2.500 TL arasında değişmekte, üstelik eğitim saatleri işçi avukatların mesai saatlerinde gerçekleştirilmektedir. Hal böyle olunca, bu eğitimlerin ücretlerini karşılamak, bu bir şekilde halledilse bile mesai saatleri içinde “izin” olarak bu eğitimlere katılmak işçi avukatlar yönünden imkansız hale gelir. Öyle ki, barolar bugün tüm üyelerine hakkaniyetli bir meslek içi eğitim sunmaktan dahi uzağa düşmekte; mesleki gelişim yalnız parası ve serbest zamanı olanların dahil olabileceği bir lüks olup çıkmaktadır. Özetle baro siyaseti, ülkede genel siyaset işleyişiyle paralel bir biçimde, patronlarca yapılan yahut temsilcileri eliyle yönlendirilen; bu açıdan da işçi avukatların “kimi kime şikayet edeceğiz” noktasında eylemsellik bir yana pasifleştikleri bir siyaset haline gelmektedir.

Yabancılaşmak mı, yoksa yabancılaşmamak mı; bizde her ikisi birden...

İkinci başlığa geçmeden önce hemen bir parantez açalım:

“Beyaz yakalının varoluşunda “şizoid” bir durum varsa, kaynağı tam buradadır. Mavi yakalı emeği, patrona sattığı emek-zamanın artık kendisinin olmadığını bilir. Bu zaman zarfında, normal hayatta yapmayacağı bir bedensel faaliyet yapacak ve bunun karşılığında parasal ücret alacaktır. Bu, emeğe ve o emeğin sarf edildiği saatlere tam anlamıyla yabancılaşma durumudur. Beyaz yakalı ise emeğine bu şekilde yabancılaşamaz; işini yaparken patronun çıkarlarını; o kendisine ait olmayan, kendisinininkilerle zıt çıkarları bir şekilde içselleştirmek zorundadır. Eğer mavi yakalı emeğinin emeğine yabancılaşma durumunu insanın bir kolunun kopmasına benzetirsek; beyaz yakalı emekçinin düşünsel emeğine ve bu düşünsel emeği sarf ettiği saatlere tam olarak yabancılaşmama hatta düşünsel emeğin sürekli olarak mesai dışına taşma eğilimi göstermesi durumunu ise insanın bir kolunun kontrolünü yitirmesine, o kolun kendi akli varmışçasına, kontrol edilemeyen hareketler yapmaya başlamasına benzetebiliriz.

Birinci durum karşısında birey kayıtsızlık, üzüntü ya da acı hissedebilir; ikinci durum ise iç bulandırıcı, çıldırtıcıdır.

Bu yüzden beyaz yakalı emekçi, emeğinin anlamı konusunda araftadır. Ona ne toplumsal bir fayda atfedebilmekte, ne de tam olarak yabancılaşabilmektedir; dolayısıyla onu başka bir biçimde anlamlandırmak durumundadır.

İç içe geçen kariyerizm ve abartılı tüketim, kapitalist düzenin beyaz yakalı emekçilere dayattığı anlamlandırma yoludur. Bir beyaz yakalı emeğinin somut ürününü, yani sonucunu eliyle tutup gözüyle göremez; ama çalıştığı işleri alt alta CV'sine yazıp, şirket hiyerarşisinde, bazen şirketten şirkete transfer olarak nasıl tırmandığını gördüğünde, ansızın emeği kişisel düzeyde anlam kazanır. Aynı şey, bu kariyerin maddi sonucu olan kişisel gelirin seyriyle de ilgilidir. İnsanlar sınıf bilincine sahip değillerse, sarf ettikleri emeğin değerini, karşılığında elde ettikleri tüketim olanaklarıyla anlamlandırır.

Böylelikle beyaz yakalı emekçinin maddi çıkarlar açısından ayrı olan ama düşünsel olarak birbirinden ayırtıramadığı iş saatleri ve özel yaşantısı, düşünsel dünyasında onlara atfettiği anlam açısından birleşir ve patron karşısında ideolojik yenilgisi tamamlanır. Çelişkili parçaların huzursuz birlikteliği olan bu varoluşta “iş” ve “hayat” birbirinden ayrılamaz hale gelir (zaten Curriculum Vitae de, adından anlaşılacağı üzere, kişinin iş yaşantısının değil hayatının özeti olma iddiasındadır). Ortaya çıkan bu hayatta başarının tanımı şirkette yükselmedir; yükselmenin göstergesi ise patronun çıkarları açısından daha önemli işler üstlenme, yani kendi sınıfının çıkarlarından daha fazla uzaklaşmadır. Sınıf atlayıp patron vekili olmayı başaran bir avuç kişi ruhlarını kurtarır, zira hayatlarındaki temel çelişki ortadan kalkar; artık bir sınıfa mensup olup canla başla diğer sınıfın çıkarlarını savunmayacaklardır. Bunu başaramayan büyük çoğunluk ise, özendikleri hayatlara uygun bir tüketimi sürdürebilmek için ha bire borç biriktirir.”^[12]

Bu noktada işçi avukatların yabancılaşamama durumuna yakından bakalım. İşçi avukatlık hukuki düzlemde yetki belgeleri üzerinden ilerletilen, fiiliyatta ise emir-talimat zincirine bağlı bir çeşit bir üst işveren – alt işverenlik ilişkisine benzetilebilir. İşçi avukatlar yüzlerini bir kez dahi görmedikleri soyut müvekkillerin hukuki işlerini patron avukatların talimatları doğrultusunda yerine getirmektedirler. Bu noktada iş seçmekte özgür değildirler; normalde savunmak istemeyecekleri bir gerçek veya tüzelkişiyi ay sonunda alacakları ücreti “hak etmek” adına savunurlar. Üstelik, bu hukuki işleri görmekte veya savunmanlık görevini yerine getirmekte; bağımsız olmayıp patronlarının talimatlarıyla

[12] Nevzat Evrim Önal, *Bilmiyorlar Ama Yapıyorlar*, 1. Baskı, İstanbul:Yazılıma Yayınevi, Ekim 2017, s.31

bağlıdır. Beyaz yakalılarda tespit edilen patronunun çıkarlarını içselleştirme hali, kırmızı yakalılarda bir adım öteye geçmektedir; zira onlar patronlarının çıkarları gereği temsil ettikleri gerçek veya tüzel kişilerin çıkarlarını öylesine içselleştirmelidirler ki; çıkıp hakim karşısında onları savunabilsinler.

Bir işçi avukatın bir iş davası duruşmasında; “Hakime Hanım, ben her ne kadar huzurunuzda davalı vekili sıfatıyla bulunsam da, müvekkil şirketin davacı işçinin hakkını gasp ettiği her yönüyle açıktır, ücretler ödenmemiştir, iş güvenliği önlemleri kar gözetilerek ikinci plana itilmiştir; dolayısıyla önceki beyanları tekrar etmeye vicdanım elvermemektedir” dediğini düşünebilir misiniz? Bir güne kalmadan müvekkil şirketin maddi manevi tazminat dava dilekçesini elinizde bulur; yaklaşık bir aya da görevi ihmalden bu kez ağır ceza hakimi karşısında kendi savunmanızı yaparsınız. O halde, müvekkillerin çıkarını içselleştirip savunmalısınız; inanmasanız bile. Aksi halde hem işten atılır, hem de patronunuz ile birlikte müteselsil sorumlu olursunuz. Bu yabancılaşmanın çarpıcı bir boyutudur; sahiden yazarın dediği gibi çıldırıcıdır.

Bir de yabancılaşma hali vardır ki, o da yabancılaşmamaktan hallice değildir. Özellikle büyük avukatlık şirketlerinde işçi avukatlar, adeta parça başı iş yaparlar. Müvekkilleri görmedikleri gibi, bir müvekkilin işini baştan sona takip etme şansları dahi yoktur. Kimi davaların yalnızca bilirkişi raporuna itirazlarını yazar, kimi yalnızca dava dilekçelerini, kimi yıllar boyu sadece cevap dilekçelerini; kimiye yalnızca duruşmalara girer, kimi sadece kalem işlerini yapar, kimi de sadece icra işlerine yoğunlaşır ve mahkemelerle bağı tehri icra kararları aldirmaktan ibarettir. Yoğun iş koşulları ve her gün önlerine yığılı dosyalar, kendilerini farklı bir alanda geliştirmelerine pek de imkan tanımaz. Yıllarca bu şartlarda çalışan işçi avukatlar, bir gün gelip kendi bürolarını açsalar dahi dava dilekçesinin nasıl yazılacağına tereddüde düşebilirler. Dolayısıyla bir işçi avukatın mesleki gelişiminin, serbest avukatlarla kıyaslanması ve pek çok konudaki yetersizliğinin “tecrübe eksikliği”nden kaynaklı olduğunun zannedilmesi yanlış bir kıyaslama ve yanıt arama çabası olur. Zira hem koşullar eşit değildir, hem de mesele tecrübe ile çözülecek gibi değildir; ortada apaçık fiili imkansızlık hali vardır. Bunu aşabilmenin tek yolu, işçi avukatların birbirlerinden öğrenmesi, birbirleriyle dayanışmasıdır.

D. “BİZİM ÖRGÜTLÜ OLMAKTAN BAŞKA ÇAREMİZ YOKMUŞ, ONU ANLADIK.”^[13]

Sona yaklaşmaktayız. Bu noktada sorunları sıraladığımız gibi, bir de çözüm önermemiz gerekmektedir. Esasında bu meselenin çözümü yüzyıllardır sürdürülen tarihsel gerçeklikle sınanmıştır ve basittir: Örgütlenmek. Hakkını arayan, ayağa kalkan, mevcut koşullara boyun eğmeyen emekçiler, ancak bir arada hareket ettiklerinde haklarını alabilmişlerdir. Buna “örgütlü hareket etmek” diyoruz. Tarih bunun böyle olduğunu doğrulayan pek çok örnekle dolu. Yaşamın bir evresinde mücadeleyi deneyimleyen her emekçi de, gücünün farkına ancak bu örgütlülük ile varıyor ve örgütlenmekten, birlikte hareket etmekten başka çareleri olmadığını kavriyorlar.

Bunu yakın zamanda içinde olduğu direniş ile kavrayanlardan biri de, Selda; bir Anı Tur işçisi. Anı Tur işçileri 11 Eylül’de Anı Tur’da çok sayıda emekçi hiçbir gerekçe sunulmadan işten çıkarılmış, özel eşyaları çöp konteynırına atılmış, emekçilerin bir kısmı da istifaya zorlanmıştı. Bunun üzerine hepsi de gencecik yaşlarda olan 15 kadar işçi, bir araya gelip şirketin genel müdürlüğünün bulunduğu İstanbul Kozyatağı’ndaki plazanın önünde direnişe başladılar, bir basın açıklaması yaptılar, haklarını istediler, birlikte hareket ettiler. Ve nihayetinde yaklaşık iki hafta gibi kısa bir sürede tüm ödenmeyen maaşları, primler, yemek ücretleri, mesai ücretleri, kıdem ve ihbar tazminatları ödendi; yalnızca direnen işçilerin elbette. İşte kazandıkları günün akşamında söylemişti bu cümleyi Selda, evveli de şöyle:

“Şimdi onlar bizi arıyor. (Şirketten atıldığı halde kendileri ile birlikte hareket etmeyen diğer Anı Tur işçilerini kastediyor.) Keşke sizinle birlikte hareket etseydik diyorlar. Birlikte davranmasak biz de tek bir hakkımızı dahi alamayacaktık. Bizim örgütlü olmaktan başka çaremiz yokmuş, onu anladık.”

Bizim de işçi avukatlar olarak örgütlenmekten başka çaremiz olmadığını bilincine artık ulaşmamız ve birlikte hareket etmeyi öğrenmemiz gerekiyor. Zira tüm bu yukarıda anlattıklarımız, ya da her gün aynı günü farklı farklı hukuk bürolarında, farklı veçhelerle tekrar tekrar yaşayan işçi avukatlar, şanssızlık veya kişisel eksikliklerinden, hatalarından kaynaklı olarak hakarete uğruyor,

[13] Anı Tur işçileri kazandı: Gerekçe gösterilmeksizin işten atılan ve iki haftadır genel müdürlük binası önünde direniş başlatan Anı Tur işçileri, bugün yapılan görüşmeler sonucu alacaklarının önemli bir bölümünü aldı.

<http://haber.sol.org.tr/emek-sermaye/ani-tur-iscileri-kazandi-248503>

Anı Tur emekçileri anlatıyor: Örgütlü mücadeleden sonra bizi ciddiye almaya başladılar: <http://haber.sol.org.tr/emek-sermaye/ani-tur-emekcileri-anlatiyor-orgutlu-mucadeleden-sonra-bizi-ciddiye-almaya-basladilar>

aşağılanıyor, beceriksizlikleri yüzünden düşük ücret alıyor değiller. Bugün işçi avukatlık meselesi münferit kimi vakalara indirgenemeyecek denli kronikleşmiştir; sorunun özünde adlı adınca sınıf çelişkisi yatmaktadır. Patron avukatlarca, her tür hukuki korumadan ve herhangi bir örgütlülükten uzak, aynı cübbeyi giyiyorlar diye kendilerini “meslektaş” gören, sınıfını dahi bilmeyen, sömürüye sonuna kadar açık bir düşük ücretli emekçi kesimidir işçi avukatlar; o halde patronlar sömürürler.

Peki biz işçi avukatlar ne yapıyoruz? En başında; “yakıştıramıyoruz”; bize hakaret etmelerini, bizi azarlamalarını, SGK primlerini eksik yatırmalarını, hastaneye gitmek için izin istediğimizde “işler var” cevabını, kişisel tonlarca işlerini bize yaptırımlarını sadece “yakıştıramıyoruz.” Niye, e çünkü biz meslektaşız, üstelik hukukçuyuz! Aynı cübbeyi giyiyoruz, aynı baroya üyeyiz, aynı okuldan mezun olduk... Gördünüz mü “meslektaşlık şiarı” nasıl işliyor; bunun bugünlerde bolca dillendirilen “aynı gemideyiz” söyleminden zerre kadar farkı yok. Bugün nasıl patronlarla “aynı gemide” olamıyorsak; onlarla “meslektaş” falan da olamayız. Sömürmek elbette patronlara yakışır, işçilere yakışacak değil ya! Burada patronların iyi insan kötü insan oluşlarından bağımsız olarak, patron niteliklerini devam ettirmeleri adına sömürmeleri gerekmektedir; işçiye ürettiğinin altında bir ücret vermelidirler ki karlarını arttırabilsinler. Yoksa sizin patron “çok iyi biri” olabilir, arada “sizi ailesiyle yemeğe davet ediyor” bile olabilir; ama toplumsal ilişkilerde sınıf çıkarları işler. O halde yapılacaklar listesinin en başına şunu yazmak gerekiyor: Biz işçiyiz, karşımızdaki ise “meslektaşımız” dan önce “patronumuz”.

İkinci olarak sınıfımızı madem saptadık; o halde şu sınıf atlama hayallerinden vazgeçeceğiz. Bu hayallere bu denli karşı çıkışımızın bir sebebi var; çünkü bu hayaller hem bizleri gerçeklikten koparıyor ve mücadeleden alıkoyuyor; hem de kariyerizm, bencillik, egoizm üretiyor ve bizleri çürütüyor.

Gerçeklikten koparıyor, çünkü “Bir gün kendi büromu açacağım” demenin altında esasında işçi avukatlığın gelip geçici bir durum olduğu yanılması yatıyor. Halbuki yaklaşan bir selden koşarak kurtulamayacağınız gibi, piyasalaşma ve tekelleşmenin sonuçlarından da kendi büronuzu açarak, kendi korunaklı limanınızı oluşturarak kurtulamazsınız. “Ben nasılsa kurtulacağım, kalanlar da kendi derdine yansın” düşüncesi hem bencilcedir; hem de işçi avukatlıktan kurtulmak öyle kendi büromuzu açarak olmaz.

Kapitalizmin beyaz yakalıları birbirine düşürmekte kullandığı en ustaca yöntemlerden biri de, aralarına rekabet sokmaktır: “Eğer yükselmek ve daha iyi hayat koşullarına sahip olmak istiyorsan; çalışma arkadaşlarının üzerine bas geç!” Yükselmek hevesi göze girmek için ofis arkadaşını patronuna kötümeye

dek varabilir; bu yönüyle işçi avukatları kişiliksizleştiren, ötesi insani olarak çürüten bir olgu da kariyerizmdir. Her şey bir yana insan hayatının merkezine daha çok para kazanmayı, bilmem ne marka araçlara binmeyi, bilmem hangi sitedeki lüks evlerde oturmayı, kısaca sınıf atlamayı nasıl koyabilir; hayattaki motivasyonlarımız bu kadar yozlaşmış olabilir mi sahiden? İnsani olarak gelişmek, yepyeni müzikler keşfetmek, yeni insanlarla tanışmak, yeni kitaplar okumak, insanlığa yararlı bir şeyler yapmak, kendine yetebilmek, bir müzik aleti çalmayı öğrenmek, edebiyatla ilgilenmek, farklı yemekler yapmayı öğrenmek... İnsanın hayatını anlamlandırmasının pek çok farklı yolu varken; parayla anlamlandırmayı seçmek en rezilce ve çaresizce olanı olsa gerek. İşte hayatın anlamını para ve birtakım konforlar üzerinden kurunca; sahiden onlara erişmek için kapitalizm koşullarında kariyerist olmak gerekiyor; bu doğru. Biz kendimize işçi avukatlar diyorsak; bizi birbirimize düşüren kariyerist hayallerden vazgeçeceğiz. Bu demek değil ki, sömürü koşullarına boyun eğeceğiz, her şeyi kabullenip bir kenara çekileceğiz; aksine madem safımızı belirledik şimdi çıkarlarımızın ortak olduklarıyla beraber bir mücadele öreceğiz. Bizler madem işçi avukatız diyoruz; o halde çıkarlarımız emekçilerin, işçi sınıfının çıkarları ile birdir; mücadelede onların yanında saf tutmak gerekir.

Ve son olarak elbette mücadele etmek için bir araya gelmek, örgütlü hareket etmek, işçi avukatlar olarak kendi çıkarlarımızı gözetmek ve kollamak gerekir. Esasen mücadele etmek çalışma saatlerimizden arta kalan zamanların konusu da değil, tam da çalışma saatlerimizde yürüteceğimiz bir şey. Şu, özetle: en başta o mobing yapanın patron olduğunu kabul ettiğimiz gibi, ülkenin bu hale gelmesinde sorumluluğun “dünyası para olan”lar kadar biz kayıtsızlarda da olduğunu kabul etmek. Ve artık nasıl mobinge uğrayınca sineye çekmeyeceksek, işyerinde bir haksızlık gördüğümüzde de kafamızı kuma gömmekten vazgeçmek. Patronumuz iş arkadaşımızı haksız yere azarlıyorsa kapının önünden süzülüp geçmeyeceğiz, “Bir sorun mu var” diyeceğiz, veya adliyede bir kadın avukat arkadaş eteği kısa veya dekoltesi var diye didik didik ediliyorsa, bir de biz süzmeyeceğiz, “Ne bakıyorsunuz” diyeceğiz gerekirse. Yaşamımızı bir mücadele alanına dönüştüreceğiz yani. Bunu tek başımıza yapabileceğimizi zannedersek yeldeğirmenleriyle savaşırsınız ve Don Kışot muamelesi yaparlar. Nasıl mı olacak? Hep birlikte hareket ederek, birbirimizden haberdar olarak, bunun için de önce bir tanışmak gerekli.

Bugün işçi avukatlık meselesinin temelinde sınıf çelişkilerinin yattığını söylüyorsak; mesele ne baro yönetimlerince çözülür, ne masa başlarında, ne de ekonomik anlamda daha iyi koşullara sahip olmakla; meselenin çözüm yolu özel mülkiyet ilişkilerinin tasfiyesidir. İşçi avukatlar madem adliyelerin emekçilerinden bir kesim, madem hukuk hizmet piyasasının kırmızı yakalı

işçileri; madem ki hukuk hizmetleri işçi avukatların emeği üzerinden dönüyor; o halde üreten bizsek üretim araçları da bizim elimize geçmeli! Bugün memlekette işçi sınıfının yaşadığı sömürünün, cinayetlerin, yoksulluğun, intiharların, adaletsizliğin önüne geçmenin nasıl özel mülkiyet ilişkilerini tasfiye etmekten başka bir yolu yoksa, işçi avukatların sorunlarının çözülmesinin de başka yolu yoktur. Ve tüm bu akıl dışı düzende, işçi avukatlar akıl sağlıklarını korumak istiyorlarsa, haklarını savunabilmek istiyorlarsa, kolay lokma olmadıklarını göstermek istiyorlarsa; yan yana gelip birlikte hareket etmeli, bir arada durmalıdırlar. Baroların yaklaşık yarısını oluşturan bir nicelikten söz ediyoruz; sayımız hiç de azımsanacak ölçüde değil. Ancak yukarıda saydığımız sebeplerden olsa gerek örgütlü hareket etmenin oldukça gerisindeyiz. Tarihte hiçbir kazanım işçi sınıfına lütfedilmemiş ve hiçbir kazanım tek başına bir işçinin eseri olmamış; bu gerçekliği akıldan hiç çıkarmamak ve hem adliyelerde hem bürolarda karşılaştığımız işçi avukatlara ve tüm adliye emekçilerine “mücadele arkadaşı” gözüyle bakmayı öğrenmek gerekiyor.

“YALDIZLI YAKALILAR”: AVUKAT EMEĞİNİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN BİR GİRİŞ ÖNERİSİ*

Dr. Kasım AKBAŞ**

1. Giriş

Son yıllarda, avukatlık mesleğinin içeriğinin boşaldığı, “piyasa”ya giren avukat sayısında ihtiyacın üzerinde bir artış olduğu, teknik ve teknolojik gelişmeler karşısında avukatlığın teknik bir iş haline geldiği, avukatların gelir ve statülerinde bir gerileme yaŐandđı Đeklindeki yakınmalar; zaman zaman biri diğeri yerine geçerek, zaman zamansa -yakınmayı dile getirenin bakış açısına göre- biri diğerinin nedeni olarak tespit edilerek dile getirilmediir. Buradaki yakınmaların hemen hepsini haklı çıkaracak görgül verilere ulaşmak da mümkündür. Ne var ki, bu türden veriler meselenin nicelik boyutuna ilişkin bir değerlendirme yapmanın ötesine geçmeyecek, olsa olsa yakınmalara yenilerinin eklenmesine neden olacaktır. Oysa böylesine köklü deĐiŐimlerin yaŐandđı bir alanda, niteliksel bir tartışma da yürütmek gerekir. Zira sözgelimi, tek tek avukatların gelirlerinin azalması ile genel olarak avukatlık gelirlerinin azalması bir ve aynı anlama gelmeyeceği gibi, bir ve aynı nedenin sonuçları da olmayabilirler (te yandan bu süreçlerin birbirlerinden tamamen farklı oldukları anlamı da çıkartılmamalıdır). Keza, tek tek avukatların mesleği icra ediŐ Đekillerinde yaşanan değişim ile genel olarak avukatlık mesleğinin icra ediliş Đeklinde yaşanan değişim de bir ve aynı anlama gelmemektedir. Dahası, genel olarak avukatlık mesleğinin icra ediliş Đeklinde yaşanan değişime, tek tek avukatların mesleği icra ediŐ Đekillerini st üste koyup toplayarak da ulaşmak mümkün değildir. Bu noktada, mesleğin icrasında niteliksel bir değişim olup olmadđđının değerlendirilmesi gerekir.

Bu alıŐma, avukat emeğinin niteliğine ilişkin bir sav ileri sürmeyi amaçlamaktadır; çünkü bu mesleğe ilişkin meselelerin, bu meslekte sarf edilen emeğin niteliği değerlendirilmeden, tam ve doğru olarak tespit ve hâl edilemeyeceği iddiasındadır. Avukat emeğinin tek bir değil, farklı görünümleri olduğundan hareketle, bu niteliksel inceleme, avukat emeğinin farklı biçimlerini de içerecek bir düzeyde gerçekleŐtirilmeye çalışılacaktır.

* Hukuk Felsefesi ve Sosyoloğisi Arkivi toplantısında sunulmuş ve toplantı bildirisi olarak basılmıştır.

** EskiŐehir Okulu; kakbas@gmail.com

2. Bir emek kuramı

Emek kavramı, en azından Adam Smith'ten beri, iktisadi bir çözümlemenin ana değişkenlerinden biridir.^[1] Smith'in *Milletlerin Zenginliği* kitabı şu cümlelerle başlar: “Her milletin yıllık emeği, yaşamak için bir yılda yoğalttığı [tükettiği] bütün gerekli ve elverişli maddeleri ona sağlayan ana kaynaktır. Bu maddeler, her zaman için ya doğrudan doğruya bu emeğin ürünüdür ya bu ürün ile başka milletlerden satın alınmış şeylerdir”.^[2] Ancak hiç kuşku yok ki, emeği toplumsal yapıya ilişkin çözümlemenin merkezine yerleştiren Marx'tır. Bu anlamda Marx, kavramı yalnızca politik ekonomi eleştirisinin değil, toplumsal dönüşüm sorununun da anahtar kavramı olarak tarif etmektedir. Bu nedenle emeğin Marx tarafından ele alınış şekli, akademik ya da entelektüel bir hevesten ziyade, gerçekliğin tam ve doğru olarak kuramsallaştırılması çabasının ürünüdür. Bu saptama, emeğe ilişkin kavramsal bir tartışmada Marksist kuramın sağlam bir zemin olacağı taahhüdünü de içermektedir.

Marksist emek kuramı, bilindiği üzere, kapitalist üretim ve artı-değer kuramı çerçevesinde özellikli bir anlam kazanmaktadır. Zira ancak kapitalist üretimde emek-gücü metaya dönüşmekte; bir diğer deyişle, kullanım-değerinin yanı sıra bir değişim değeri de üretir hale gelmektedir. Öyleyse, avukat emeğinin niteliğine ilişkin bir tartışma, üretim süreci, hizmet üretimi ve esasen avukatlık hizmeti üretiminin kapitalist üretimin yasalarına tabi olup olmadığı sorunlarını da kapsar. Yani, avukat emeğinin niteliğine ilişkin sorulması gereken ilk soru avukat emeğinin sermaye için artı-değer üreten, dolayısıyla sermaye birikimi yaratan bir emek olma yönünde bir dönüşüm yaşayıp yaşamadığı iken, ikinci olarak, avukatlığın işçileşme eğilimi taşıyıp taşımadığıdır.

2.1. Kullanım ve değişim değerleri

Her üretim faaliyeti, biyolojik ve toplumsal varlığın sürdürülebilmesi için yapılıdır. Metada somutlaşan bu faaliyet sonucunda, kullanım-değeri ile değişim-değeri ortaya çıkar –ki bu saptamayı ilk olarak, *Ekonomi Politikin Eleştirisi*'nde Marx yapmıştır.^[3] Marx'a göre “bir şeyin yararlılığı, onu, bir kullanım-değeri

[1] Maurice Dobb'tan aktaran Yahya M. Madra, “İktisadından Emeğinden Emeğin Siyasi İktisadına”, *Birikim*, 2007, 217: 10- 22, s. 10

[2] Adam Smith, *Milletlerin Zenginliği*, Çev.: Haldun Derin. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 1.

[3] Karl Marx, *Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı*, Çev.: Sevim Belli, Beşinci baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1993, s. 41.

haline getirir”.[4] Dolayısıyla kullanım-değeri, söz konusu şeyin kullanılması ve tüketilmesi ile gerçekleşmektedir. Değişim-değeri ise, “ilk bakışta, nicel bir ilişki olarak birbirleriyle değişilen değişik türden kullanım-değerlerindeki oran olarak zamana ve yere göre durmadan değişen bir ilişki olarak görünür”.[5] Bu ikisi arasındaki, hem birbirinden tamamen farklı, hem de birbiriyle çok sıkı ilişkili olma durumuna dikkat çekmek gerekir. Zira bir metanın sahip olduğu değer, ona ihtiyacı olan açısından kullanım-değeri iken, ihtiyacı olmadığı halde elinde bulunduran için değişim-değeri olarak adlandırılabilir. Kullanım-değeri açısından meta belli bir “nitelik”, değişim-değeri açısından ise belli bir “nicelik”tir.

Metayı ortaya çıkaran üretken faaliyet emek olarak adlandırıldığına göre, metada somutlaşan emeğin de, metanın değerine uygun olarak, iki yönlülüğünden söz edilebilir: Kullanım-değeri yaratıcısı olarak emek ve değişim-değeri yaratıcısı olarak emek. Aslında, emek, bir kere harcanmakla, her iki değeri de aynı anda yaratmaktadır. Burada söz konusu olan, emeğe, farklı cephelerden bakıldığında karşımıza çıkan görünme biçimidir. Zira kullanım-değeri yaratması bakımından emek, ortaya çıkardığı metanın niteliğine göre, yararlı olan ya da olmayan emek olarak nitelendirilebilir. Değişim-değeri açısından ise, somut olarak ortaya konan ürünün yararlılığı bir yana, belli miktarda emek-gücü harcanmasından ibarettir. Marx’ın ifadesi ile “Söz konusu olan birincisinde Nasıl ve Ne?, ikincisinde Ne kadar? ve Ne sürede? sorularıdır”.[6] Kuşkusuz somut bir üretim sürecinde ikinci türden sorular, ilk türden sorulardan tamamen bağımsız olamaz. Ancak bir soyutlama olarak, her tür emek ya da üretim süreci, emeğin miktar olarak ölçüldüğü bir düzlemde ele alınabilir.

Üretilen ürünlerin, üreticinin kendisi tarafından kişisel olarak tüketildiği bir ekonomide, değişim-değeri de söz konusu olmayacaktır. Yani değişim-değeri, ancak farklı kullanım-değerlerinin (yani farklı ürünlerin) değişilmek üzere karşı karşıya gelişleri ile ortaya çıkar. Dolayısıyla her bir meta, hem maddi bir formdur, hem de bir değer formudur. Öte yandan, metaların maddi formlarda birbirleriyle mübadele edildiği trampa usulünde, iki farklı kullanım-değeri, dolayısıyla iki farklı emek ürünü, kendi kullanım-değerlerinden bağımsız bir değişim formu almaksızın, [M]eta-[M]eta olarak karşılaşırken; değişilen metaların türlerindeki ve sayılarındaki artışla birlikte, değer formunun zorunluluğu artar. Yani,

Çeşitli biçimlere ait farklı türden metalar, tek ve aynı özel bir nesne ile değişebilir ve değer olarak eşitlenebilir hale gelmekle, dar sınırlar içerisinde kalmakla

[4] Karl Marx, *Kapital I*, Çev.: Alaattin Bilgi, Beşinci baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1997, s. 48.

[5] Ibid.

[6] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 57.

birlikte, derhal genel toplumsal bir eşdeğer niteliğine bürünür... Sırayla ve geçici bir süre için bu nitelik, önce şu, ardından da bu metaya bağlanır. Ama değişimdeki gelişme ile yalnızca belli türden metalara sıkı sıkıya yerleşir ve para-biçimini alarak kristalleşir.^[7]

2.2. Basit dolaşım ve sermaye dolaşımı

Böylece, yukarıda M-M şeklinde gösterilen değişim, M-[P]ara şeklini alır. “Değişim, metaların kullanım-değerleri olmadıkları ellerden, kullanım-değerleri olacakları ellere aktarılmasını sağlayan bir süreç olduğu kadar, maddenin toplumsal bir dolaşımıdır da.^[8] Ancak aslında değişim süreci, M-P ile tamamlanmış olmaz. Zira bu değişim sonucunda, meta üreticisi, kullanım-değerine sahip sonul bir ürüne kavuşmuş olmaz. Kullanabileceği ürünlerle değişmediği sürece, elindeki para hiçbir işe yaramaz. O yüzden, M-P sürecinin ayrıca başka bir P-M süreci ile de tamamlanması gerekir. Böylece M-P-M formülasyonuna kavuşmuş oluruz.^[9] Metaın, para dolayımıyla yeni bir metayla değiştirildiği bu sürecin tamamı “dolaşım” olarak adlandırılır. Marksist kuram açısından dolaşım, “gerçek anlamıyla değişimin belirli bir uğrağından ya da bütünlüğü içinde ele alınan değişimden başka bir şey değildir”.^[10] Bir diğer deyişle, dolaşım, meta ve para formlarının değişerek birbirine dönüşmesidir. Meta dolaşımı, sermaye için çıkış noktası ise de, M-P-M formülü “metaın basit dolaşımı”na özgüdür. Oysa satmak için satın almak anlamına gelen “sermaye dolaşımı”nda, diğer deyişle, paranın sermayeye dönüşmesinde P-M-P formülü geçerlidir. Marx, sermayenin genel formülü olarak adlandırdığı bu formülü ve onun basit dolaşım ile ortak ve ayrı yönlerini tane tane anlatır.

Burada ayrıntısına girmeye gerek görülmeyen bu farklardan doğan en önemli sonuç, M-P-M’den farklı olarak P-M-P’deki ikinci P’nin, başlangıçtaki P’den farklı olmasıdır. Nitekim Marx bunu P’ sembolü ile göstermeyi doğru bulur. P ile P’ arasındaki bu fark artı-değer olarak adlandırılır. Ancak, her ne kadar parayı sermayeye dönüştüren, sürecin başındaki ve sonundaki P’ler arasındaki bu fark, yani artı-değerse de, “[a]rtı değer yaratılması ve dolayısıyla paranın sermayeye dönüşmesi, ne metaların değerlerinin üzerinde satılmasını, ne de bunların değerlerinin altında satın alınmasını varsaymakla açıklanabilir”.^[11]

[7] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 98.

[8] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 112.

[9] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 114.

[10] Karl Marx, *Grundrisse I*, Çev.: Arif Gelen, Ankara: Sol Yayınları, s. 35.

[11] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 164.

“Dolaşım ya da metaların değişimi, hiçbir değer doğurmaz”.^[12] Yani, arızî, raslansal ya da spekülâtif haller bir yana bırakıldığında, yalnızca bir malın alınıp satılması ile sermaye kendiliğinden artırılamaz. Ya da şöyle ifade edelim: İnsanlık tarihinin bir anında, her nasılsa elde edilmiş bir meta, yalnızca farklı sermaye sahipleri arasında alınıp satılmakla, bugüne kadar kendisini satın almak üzere harcanan ilk paranın miktarına herhangi bir değer ekleyemeden ulaşacaktır. Öte yandan sermaye, yani artı-değer ilave edilmiş para ancak dolaşım ile ortaya çıkacağından, dolaşımdan tamamen ayrı bir sermaye süreci de düşünülemez.

Kapitalist üretim, artı-değer, yani P ile P' arasındaki bu fark için yapılıdır. Böylece kapitalist, P'ya ulaşmak için P'yi dolaşım sürecine sokan kişidir. Fakat artı-değer söz konusu dolaşımın sonucu olduğu halde, artı-değerin nedeni bu dolaşım değilse, bu değer fazlası nereden kaynaklanır? Öyleyse mesele, P ile P' arasındaki farkı yaratan şeyin ne olduğunun belirlenmesidir.

2.3. Artı-değer ve emeğin metalaşması

Marx, söz konusu artı-değer farkının yaratıcısının, kullanım-değeri değer yaratmak olan özel bir meta, yani emek kapasitesi ya da emek-gücü olduğunu tespit eder.^[13] Başlangıçta meta satın almak üzere harcanan para ancak, söz konusu meta, emek sürecine dâhil edilip, emek-gücü ile işlendikten sonra satıldığında daha fazla bir para olarak geri dönecektir. Yani P'den P'ye ulaşabilmek için sermaye sahibinin herhangi bir meta alması yeterli değildir. Bir meta olarak emek-gücünün de satın alınması gerekir.

Burada özellikle vurgulanması gereken, emek-gücünün de bir meta olduğu, ancak bu metanın kullanım değerinin, “değer yaratmak” olarak belirlenmiş olduğudur. Öyleyse, emek-gücünün meta olarak satışa çıkarılması ya da bir diğer deyişle emeğin metalaşması nasıl söz konusu olabilir?

Her şeyden evvel, emek-gücünün meta olarak değiştirilebilmesi için, mübadelelerin gerektirdiği zorunluluklar dışında bir bağımlılık ilişkisine tabi olmaması; bir diğer deyişle, emek-gücünün sahibinin, kendi emek-gücü üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. İkinci olarak, emek-gücünü satmak durumunda olan kişi (emekçi), “gerçekleştirdiği metaları satacak durumda olmayıp, kendi benliğinde varolan emek-gücünü bir meta olarak satışa sunmak zorunda kalmalıdır”.^[14] Zira aksi halde, piyasada emek-gücünü değil, emek ürünlerini satacak, dolayısıyla özel bir meta olan emek-gücünü satışa sunmuş

[12] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 166.

[13] Marx, *Kapital I*, op.cit., ss. 170-171.

[14] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 172.

olmayacaktır.^[15] Bu koşulun gerçekleşebilmesi için ise, üçüncü bir koşul olarak emek-gücünü satışı çıkaran kişinin, bu emek-gücünü gerçekleştirebileceği üretim araçlarından (yani emek nesnesi ya da hammadde ve emek araçlarından) yoksun olması gerekir –ki emeğini satışı çıkarmak durumunda kalsın. Braverman meseleyi şu şekilde özetler:

“Kapitalist üretim, değişim ilişkilerini, metaları ve parayı gerektirir, ama onun *differentia specifica*’sı emek gücünün alımı ve satımıdır. Bu amaçla üç temel koşul toplum çapında genelleşir. Birincisi, işçiler üretimin kendileri aracılığıyla sürdürüldüğü araçlardan kopartılırlar ve bu araçlara yalnızca emek güçlerini başkalarına satarak ulaşabilirler. İkincisi işçiler, emek güçlerini elden çıkarmalarını engelleyen, serflik ya da kölelik gibi yasal sınırlamalardan özgürleşmişlerdir. Üçüncüsü, işçinin istihdam edilmesinin amacı işverene, yani kapitalist olarak işlev görmekte olan kişiye ait olan bir birim sermayenin genişletilmesi biçimini alır”.^[16]

Bu nokta şu açıdan büyük önem taşır: Marx, kapitalist dönemin doğuşuna ve karakterine etki eden diğer bütün faktörlerin, öyle ya da böyle, farklı tarihsel dönemler için de saptanabileceğini söyler. Ancak sermayenin varoluşunun tarihsel koşullarının doğması için başka bir şey gerekir:

“Yalnız başına para ve meta dolaşımı, sermayenin varoluşunun tarihsel koşullarının doğmasına yetmiyor. Onun doğabilmesi için, ancak üretim ve tüketim araçlarını elinde bulunduran kimse ile emek-gücü satan özgür emekçilerin pazarda karşı karşıya gelmesi gerekiyor”.^[17]

Öyleyse “kapitalist döneme niteliğini kazandıran şey, emek-gücünün, işçinin kendi gözünde, kendi malı olan bir meta şeklini alması ve dolayısıyla emeğinin, ücretli emeğe dönüşmesidir”.^[18]

[15] “Eğer emekçi, emeğine nesnel bir varlık verebilseydi, o, emek değil, bir meta satmış olurdu” Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 509.

[16] Harry Braverman, *Labor and Monopoly Capital*, New York: Monthly Review Press, s. 52.

[17] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 173.

[18] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 173, d.n. 42.

2.3.1. Üretken Emek

Emeğin ücretli emek olarak adlandırılabilir bir duruma gelmesi, onun toplumsal olarak yararlılığından da, üretkenliğinden de bağımsız bir niteliğidir. Öte yandan, emeğin niteliğine ilişkin önemli bir tartışma olan üretken olan/olmayan emek meselesine burada yer vermek gerekebilir. Öncelikle şu ifade edilmelidir ki, Marx'ta üretken emek kavramı, emeğin üretken olanını yüceltip, üretken olmayanını aşağılamak üzere ortaya atılmış değildir. Zira kavramlara dikkat edilecek olursa, üretken olan da olmayan da “emek” olarak saptanmakta, bu “emek” sermaye ile girdiği ilişkinin türüne göre “üretken” ya da “üretken olmayan” şeklinde nitelendirilmektedir. Marx bu nitelemeye, kapitalizmin işleyiş dinamikleri ve bunalım teorisi bağlamında önem atfetmektedir. Ne var ki, söz konusu ayırım Poulantzas'la birlikte adeta işçi sınıfının kapsamının belirlenmesinde kullanılan bir kıstas olarak anlaşılmalıdır.^[19]

Üretkenlik, emeğin kendisinde içkin bir özelliğin değil, sermaye ile girdiği ilişkinin türüne ilişkin bir değerlendirmenin sonucudur. Marx şöyle der: “... üretken emekten bahsettiğimizde ... emeğin alıcısıyla satıcısı arasındaki oldukça özgül bir ilişkiyi ifade eden emeği kastediyoruz. ... Cisimleşmiş emekle canlı emek arasındaki özgül ilişki, birincisini sermayeye dönüştürürken, ikincisini de üretken emeğe dönüştürür”.^[20] Aynı emek harcama şeklinin nasıl olup da bir durumda üretken değil iken, diğer durumda üretken olabileceğine ilişkin şu pasajın tarihsel bir önemi olduğu da görülecektir:

“Şurası, baştan bellidir ki, emeğe üretken demenin, emeğin özel yararlılığı ya da onda cisimleşmiş kullanım-değeriyle, emeğin özgül içeriğiyle hiçbir ilgisi yoktur.

Bu nedenle aynı içerikteki emek, üretken ya da üretken olmayan bir yapıda olabilir.

Örneğin Kayıp Cennet'in yazarı Milton, üretken olmayan bir işçidir. Öte yandan yayımcı için fabrika tarzında çalışan bir yazar ise üretken işçidir. Milton Kayıp Cennet'i, tıpkı bir ipek böceğinin ipek örmesi gibi, kendi doğasının eyleme geçişiyle üretmiştir. O daha sonra ürününü 5 sterlinden

[19] Nail Satlıgan, “Teknoloji ve İşçi Sınıfında Değişim” başlıklı oturumda yapılan konuşma, *Toplumsal Araştırmalar Vakfı Panel Dizisi 1- 2*, İkinci baskı, İstanbul: Alan Yayıncılık, 1994, s. 42.

[20] Karl Marx, *Dolaysız Üretim Sürecinin Sonuçları*, Çev.: Mustafa Topal. İstanbul: Ceylan, 1999a, s. 111. Marx'ın burada atıf yapılan bu metni, Kapital'in birinci cildinin “Ek”i olarak bilinmektedir. Esasen Marx'ın sağlığında yayımlanan birinci ciltte yer almamış, elyazmaları arasından çıkarılarak ilk 1933'te Almanca ve Rusça yayımlanmıştır. Daha sonraları farklı dillerde Kapital'in birinci cildinin sonunda “Ek” olarak basılır olmuştur.

satıp böylelikle bir tüccar durumuna geldi. Oysa yayımcısının emriyle kitaplar üreten (örneğin ekonomi politiklerle ilgili özetler) Leipzig’li yazın proleterleri neredeyse tümüyle üretken bir işçidir, çünkü onun üretimi sermaye tarafından devralınmıştır ve üretimin amacı sermayeyi arttırmaktır. Bir kuş gibi şarkı söyleyen şarkıcı üretken olmayan bir işçidir. Ama, şarkısını para için sattığı oranda bir ücretli-emekçi ya da tüccar olur. Ancak aynı şarkıcı ona para kazanmak için şarkı söyleten bir girişimcinin yanında çalışırsa o zaman üretken bir işçi olur; çünkü o doğrudan doğruya sermaye üretir. Başkalarına eğitim veren bir öğretmen üretken bir işçi değildir. Eğer eğitim kurumunun sahibi olan girişimcinin yanında ücretle çalışıyorsa, diğer öğretmenlerle birlikte, emeğini bu girişimcinin parasını arttırmak üzere kullanıyorsa, üretken bir işçidir.”^[21]

Bu pasajda birkaç noktanın gizli olduğu gözden kaçmamalı... İlk olarak, yukarıda da vurgulandığı üzere emeğin içeriği ile üretkenliği arasında doğrudan hiçbir ilişki söz konusu değildir. Öyleyse, ikinci olarak, işçi sınıfının kapsamı, üretken emekle sınırlı tutulmayabilir. Üçüncüsü, emeğin üretkenliği sermaye ile girdiği ilişkinin sonucudur. Nihayet dördüncüsü, metanın maddi mal olması zorunlu değildir; hizmet üreten emek de üretken emek olarak sermayeyi artırabilir.

Bu sonuçlardan, işçi sınıfının kapsamına ilişkin olanına böyle kolayca ulaşmak kolay değildir. Bir başka çalışmayı gerektiren bu meseleye ilişkin olarak Marksistler arasında tam bir uzlaşma bulunmadığına değinilerek geçilebilir.

“İşçi sınıfının kapsamı konusunda Marksistler arasında en genel çizgileriyle dört ayrı yaklaşımın bulunduğu söylenebilir. İlki, işçi sınıfını üretken emekle sınırlama eğilimi içinde olan yaklaşımlardır (bunların başında Poulantzas gelir). İkinci grup, bu kadar dar bir işçi sınıfı tanımının günümüz emek süreçleri içinde gözlenen proleterleşme eğilimleri ile tutarlı olmadığı düşüncesini taşıyan ve ister büroda ister kamuda olsun, düşük düzeyde ve rutin işler yapan beyaz yakalılarının hepsinin işçi sayılması gerektiğini öne süren yazarlardan oluşur. Bu yaklaşım, işçiyi genellikle proleterleşme eşiğini aşmış olma koşuluna dayandırır (Braverman, Wright, Szymanski). Üçüncü grupta yer alan yazarlar, büro çalışanları ve beyaz yakalılar ile idari kadrolarda çalışanların büyük bölümünü “yeni orta sınıf” içinde değerlendirenlerdir (Carchedi, Callinicos). Bunlar karşısında son olarak tüm ücretlileri işçi sınıfı

[21] Marx, *Dolaysız Üretim Sürecinin Sonuçları*, op.cit., s. 112.

kapsamı içinde değerlendiren geleneksel yaklaşımlardan (Mandel, Friedman) söz edilebilir”.[22]

Marx’ın, bugüne kadar ulaşıp, binlerce sayfalık tartışmalara da neden olan kafa karışıklığına yol açan analizini geliştirmemiş olmasının nedeni; “bu iş türleri[ni], kapitalist üretimin hacmiyle karşılaştırıldığında deveye kulak [olarak görmesi]. Dolayısıyla bunları tümüyle göz ardı edebilir ve üretken olmayan ücretli emek kategorisinde ele alabiliriz”[23] diye düşünmesindedir. Keza Marx “hiç kimse tıbbi ya da hukuksal bir ‘hizmet’i, parasını sermayeye dönüştürmenin bir aracı olarak satın almaz”[24] derken de, sağlık alanında yaşanan metalaşma sürecini ya da hukuk hizmetinin, “satılmak” üzere sermaye tahsis edilebileceğini tahayyül edemezdi.

2.3.2. Hizmet üretimi

Hem Marx’ın pasajından çıkarttığımız sonuçlar, hem de genelde avukatlığın hizmet üretimi bağlamında ele alınmış olması nedeniyle, buradaki inceleme dışında bırakamayacağımız bir diğer önemli nokta “hizmet” üretimidir. Hizmet üretimi başlığı aslında, üretken emek tartışmasının bir alt başlığı olarak da düşünülebilir.

Hizmet üretimine ilişkin her şeyden evvel, kol/kafa emeği ayırımından yola çıkıp, kol gücüne dayalı çalışanları sanayi işçisi, kafa gücüne dayalı çalışanları hizmet elemanı olarak adlandırılmayacağı vurgulanmalıdır.[25] Zira hizmet üretimi, kafa emeğine dayalı olabileceği gibi, kol emeğine de dayanabilir. Hatta Harman’ın ifadesi ile “en önemli ‘hizmet sanayileri’ nin bir bölümü, çok büyük ölçüde ‘geleneksel’ türde kol işçisi çalıştırır”.[26] Temizlik işçisi ya da çöpçü örneklerinde olduğu gibi... Üstelik bunun aksi de geçerlidir.

Hizmet emeğinin niteliği problemindeki karışıklık, esasen Adam Smith’e kadar dayandırılabilir.[27] Zira Smith üretken olan/olmayan emek tartış-

[22] Tülin Öngen, *Prometheus’un Sönmeyen Ateşi*, İkinci baskı, İstanbul: Alan Yayıncılık, 1996, s. 193.

[23] Marx, *Dolaysız Üretim Sürecinin Sonuçları*, op.cit., s. 113)

[24] Marx, *Dolaysız Üretim Sürecinin Sonuçları*, op.cit., s. 116.

[25] Öngen, op.cit., s. 209)

[26] Chris Harman, “Resesyondan Sonra İşçi Sınıfı”, *Neo-liberalizm ve Sınıf* içinde, Ed. A. Callinicos ve C. Harman, Çev.: Osman Akınhay. İstanbul: Salyangoz Yayınları, ss. 83-125, 2006, s. 91.

[27] Sungur Savran ve Ahmet Tonak, “Productive and Unproductive Labour: An Attempt at Clarification and Classification”, *Capital and Class*, 68: 113- 182, 1999, s. 134.

masında, hizmet emeğini kategorik olarak üretken olmayan emek sınıfına dahil etmektedir.^[28] Aslında bu biraz da, Smith’in üretken emekten ne anladığıyla ilgilidir. Zira Smith’e göre üretken emek basitçe, “harcandığı nesnenin değerine değer katan” emektir; hizmetçinin emeği ise, hiçbir şeye değer katmamaktadır. Öyle ki “[b]ir adam, bir sürü sanayi işçisi çalıştırarak zengin olur; bir sürü hizmetçi tutmakla yoksul düşer”.^[29] Bununla birlikte Smith bir unsurdan daha söz eder. O da harcanan emeğin satılabilir bir malda maddileşmesidir –ki, hizmet emeği bu unsurdan da yoksundur: “[S]ıradan bir hizmetçinin emeği, herhangi bir nesne ya da satılır mal üzerinden kökleşip maddleşmez. Onun hizmetleri, genel olarak, yapılıp yapılmaz kaybolur gider”.^[30]

Buradaki saptamaların Marx’ın üretken emek konusundaki yaklaşımından ne denli farklı olduğunu yukarıda açıklayabildiğimizi umuyoruz. Ancak yine de, üretken olarak kabul edilebilecek hizmet emeği türüne yakından bakmak gerekebilir. Zira yukarıdaki yalnızca, hizmet üreten emeğin de üretken emek sayılabileceği sonucunu çıkarmakla yetinmiştik.

Üretken emek olgusu, emeğin sermaye ile girdiği ilişki bağlamında ortaya çıktığına göre, herhangi bir hizmetin üretiminin üretkenliğine ilişkin bir tespit ancak, söz konusu üretim sürecinde emeğin sermaye ile girdiği ilişkiye, bir başka deyişle, emeğin karşılığının ne ile ödendiğine bakılarak yapılabilir.

“Emeğin karşılığının ne ile ödendiğine bakmak” ne anlama geliyor?

Daha evvel de belirtildiği üzere bir form olarak para, ancak dolaşım süreci içerisinde P-M-P formülasyonuna girdiği zaman “sermaye” niteliği kazanmakta idi. Öyleyse mesele, harcanan bir emeğin karşılığının yalnızca “para” ile mi, yoksa P-M-P döngüsüne girmiş para anlamına gelen “sermaye” ile mi yapıldığıdır.

Bir gereksinimin doğrudan karşılanması anlamında hizmet üreten emeğin sermaye ile ilişkisi söz konusu değildir. Velez ki, söz konusu hizmet, kendisini üretenin değil, bir başkasının gereksinimini karşılıyor olsun; yani bir değişim dahi söz konusu olsun. Bununla ilgili olarak Marx, etini kızartmak için oduncuya odun kestiren kapitalist örneğini verir. Burada kapitalistin oduncu ile ilişkisi basit değişim ilişkisidir. Yani kapitalist, oduncunun kendisine sunduğu hizmet ile sermayesini çoğaltmamış, hatta bir kısmını tüketmiştir. Dolayısıyla, oduncu

[28] Smith, op.cit., ss. 357-358.

[29] Smith, op.cit., s. 358.

[30] Smith, op.cit., s. 358.

karşısındaki konumu sermaye sahibi bir kapitalist olarak değil, para biçiminde bir meta sahibi olarak değerlendirilmelidir.^[31]

Marx'ın bu örneğinden, en azından para ile değişilen emek ve sermaye ile değişilen emek olmak üzere iki farklı kategori olması gerektiği sonucunu çıkarırız. Gerçekten de, evde efendisinin yemek masasını kurup, toplayan bir hizmetçi ile kapitalist bir işletme olarak otelde yemek masası kurup, toplayan garsonun yaptıkları işin içeriği aynı olsa da, niteliği farklı olsa gerektir. Aynı örnek, -emeği bir nesnede maddileşen- aşçı olarak da düşünülebilir.

Bu anlamda, hizmet üretimini, maddi mal üretimine yönelik diğer emek tartışmalarından ayırmak mümkün değildir. Hizmeti, maddi mal üretiminden ayıran fark, esasen üretim ve tüketimin eşzamanlılığıdır;^[32] başka bir şey değil. Söz gelimi öğretmen, emeğinin ürünü olan hizmeti üretirken, söz konusu hizmet eşzamanlı olarak tüketilmektedir. Oysa maddi mal üretimi söz konusu olduğunda, üretim ve tüketimin arasına zamansal, hatta mekansal bir ayrılık girmektedir.

Marx'a göre “[h]izmet, bir meta ya da emek olsun, bir kullanım değerinin yararlı etkisinden başka bir şey değildir”.^[33] Bu nedenle ancak kullanım değeri ile birlikte var olabilmektedir. Ancak bu haliyle bırakıldığında, söz konusu saptama tek başına, nasıl olup da hizmet sektöründe kapitalist üretim ilişkilerinin geçerli olabileceğini açıklamaktan uzaktır. Braverman, emeğin yararlı etkisinin, bir nesnede gerçekleşmediği, dolayısıyla üretim ve tüketimin eş zamanlı olduğu hizmet emeğinde, emeğin doğrudan tüketiciye sunulmuş olması gerektiğini belirtir. Şu durumda, meta haline gelen (metalaşan) emeğin yararlı etkisinin kendisidir. Ancak, işçinin emeğinin metalaşmış yararlı etkisini, doğrudan kullanıcılara değil de, daha sonra meta piyasasında yeniden satılmak üzere, kapitaliste satmasıyla, hizmet alanı, kapitalist üretim tarzına dahil olur (Braverman, 1974: 360).

3. Avukat emeğinin metalaşması

Emek kuramı açısından, avukat emeği meselesinin nirengi noktalarını, avukatın emek ürünü (avukatlık hizmeti ya da bilgisi ya da bu hizmet sonucu ortaya çıkan sonul ürün) yerine kendi emek-gücünü (ya da emeğini), sermaye sahibine satmak durumunda kalıp kalmadığı ve sermaye ile girilen bu ilişkinin

[31] Marx, *Grundrisse I*, op.cit., ss. 191-192.

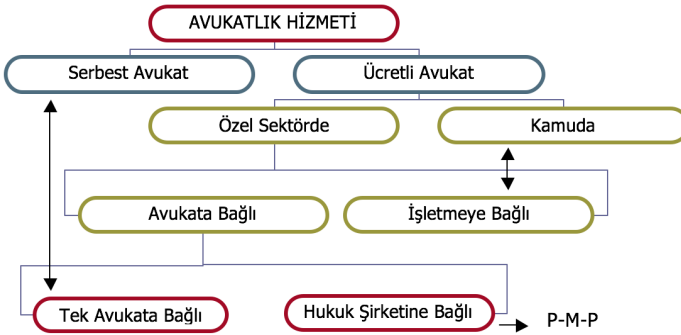
[32] Savran ve Tonak, op.cit., s. 137.

[33] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 194.

sonucunda avukatın ücretinin sermaye olarak sermayeden ödenip ödenmediği konuları oluşturur. Bu da genel olarak adlandırıldığı üzere “ücretli avukatlık” başlığını akla getirir. “Ücretli avukat”lığın ortaya çıkmış olması, avukatlık hizmetinin bedelinin belirlenmesine ilişkin basit bir değişikliği değil, çok daha köklü; çalışmanın başında sorgulayacağımızı ifade ettiğimiz, avukatlık hizmeti üretiminin kapitalist üretimin yasalarına tabi olup olmadığı sorununu da içeren bir dönüşüme işaret etmektedir.

Yukarıda kabaca çizilmeye çalışılan kavramsal çerçeveden anlaşılacağı üzere, bir malın ya da hizmetin üretilmesinde veya bir işin görülmesinde sarf edilen emeğin türü, söz konusu emeğin “özünde” yer alan, içkin bir özellik değildir. Aksine, toplumsal yapıyı da oluşturan üretim ilişkileri temelinde çözümlenmeyi gerektirir. Dolayısıyla, avukat emeğini kategorik olarak bir kereliğine vasıflandırmakla, bu emeğin niteliğine ilişkin evrensel ve genel-geçer bir saptamada bulunmak mümkün değildir. Avukat emeğinin niteliğini, hem belli bir üretim tarzı içerisindeki konumunun ve hem faaliyetin yürütülmesi esnasında girilen toplumsal ilişkilerin gereğine uygun olarak belirlemek gerekir. Bir başka deyişle, avukat tarafından bir hizmetin üretilmesine özgülenen emek ya da emek-gücü, iş görülürken içine girdiği iktisadi ve toplumsal ilişki şekillerine göre farklı farklı adlandırılabilir.

Bu perspektiften değerlendirildiğinde, hukuken nasıl adlandırıldığı bir yana günümüzde avukatlık hizmeti şu formlar altında üretildiği görülür:



Şema 1: Avukatlık hizmetinin üretildiği biçimler

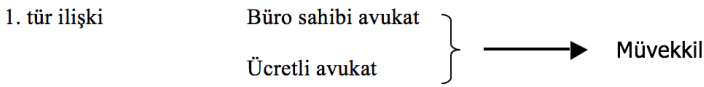
Şemada “Serbest Avukat” ile “Tek Avukat” ve “Kamuda” ile “İşletmeye Bağlı” kutucukları arasındaki oklar, gerek görünüm gerekse faaliyetin yürütülme biçimi bakımından bunların arasında bir bağıntı kurulabileceğini vurgulamaktadır.

Buradaki sınıflandırmanın hukuksal değil, olgusal durumu yansıtmaya çalıştığının altı tekrar çizilmelidir. Zira esasen “hukuk şirketine bağlı” başlığı altında ele alınan kategoriye giren bir büro, hukuken tek bir avukatın sahipliğinde olabilir. Burada “hukuk şirketi” adlandırması, büro içi ve dışı işleyişinin niteliksel dönüşümünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu dönüşüme ileride değinilecektir.

3.1. Sermayeyi artıran avukat emeği: P-M-P’ mümkün mü?

Şemada serbest avukat kategorisi, emeğinin yararlı etkisini doğrudan kullanıcıya sunan avukatları betimlemektedir. Bu anlamda serbest avukat, hizmet üretmekte ve hizmetini esas kullanıcıya “para” karşılığında satmaktadır. Serbest avukat ile doğrudan kullanıcı (ki artık ona “müvekkil” diyelim) arasındaki ilişki basit değişim ilişkisidir. Bir diğer deyişle para sahibi, serbest avukatın emeğini M-P formülü çerçevesinde, satın almaktadır.

Serbest avukat ile tek avukata bağlı olarak çalışan ücretli avukat arasındaki –okla da vurgulanan- bağıntı, tek avukata bağlı olarak çalışan ücretli avukatın bağlı olduğu avukatın, serbest avukat kategorisinde olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, söz konusu büroda üretilen hizmet, halen M-P formülü kapsamında ele alınmayı gerektirmektedir. Şu kadar ki, bu tür bürolarda çalışan ücretli avukatlar da, hizmetlerini genel olarak büro sahibi avukata değil, halen doğrudan kullanıcıya sunmaktadırlar (1. tür ilişki). Büronun bu işleyişinde bir değişim yaşanmaya başladıkça; yani ücretli (bağımlı) çalışan avukat hizmetini ya da hizmet ürününü doğrudan müvekkile sunmak yerine, daha sonra bir müvekkile satmak üzere büronun sahibi olan avukata sunmaya başladıkça aralarındaki ilişki de (2. tür ilişki), emeğin niteliği de dönüşmeye başlar ve büro artık bir “şirket”e dönüşmeye başlar.



Tek avukata bağlı olarak çalışan ücretli avukatla, bir hukuk şirketine bağlı olarak çalışan avukat arasındaki fark, başlangıçta yalnızca niceldir. Büro sahibi avukat ile ücretli avukat arasındaki ilişki, usta ile çırağın işleri elbirliği içerisinde yürüttükleri bir atölyedeki ilişkiyi andırmaktadır. Usta ile çırağın ilişkisinin kapitalist yasalara tabi olması yani çırağın emeğinin metalaşması için, öncelikle

atölyedeki çırakların sayısının ve üretimin artması gerekir (3. tür ilişki). Usta ile çırak ya da çırakların kendi aralarında elbirliği sürdükçe, henüz kapitalist üretimin yasaları tam anlamıyla işlemeye başlamaz.

3. tür ilişki Ücretli avukatlar → Büro sahibi avukat → Müvekkil

Marx'ın ilgili paragrafını anımsayalım:

“Çok sayıda işçinin, aynı zamanda, aynı yerde (ya da isterseniz aynı iş alanında diyebilirsiniz), tek bir kapitalistin patronluğu altında aynı türden meta üretmek üzere bir arada çalışmaları, hem tarih hem mantık açısından, kapitalist üretimin çıkış noktasını meydana getirir. Üretim tarzı yönünden, manüfaktür, sözcüğün dar anlamıyla, ilk aşamalarında, lonca el zanaatlarından, bir ve aynı bireysel sermaye tarafından aynı anda çok sayıda işçi kullanılması dışında güçlükle ayırt edilebilir. Ortaçağ lonca ustasının işyeri, yalnızca genişlemiştir. Demek ki başlangıçta farklılık yalnızca niceldi”^[34]

Öyleyse, avukatlık mesleğinin icra edildiği formlar çeşitlendikçe, esasen büro-içi emek sürecinde, dolayısıyla, avukat emeğinin niteliğinde değişiklik yaşanmaya başlamıştır. Bu değişiklik Marx'ın toplumsal işbölümünden farklı olarak tekil, ayrıntılı ya da manüfaktür işbölümü olarak adlandırdığı süreci anımsatır.

Marx, toplumsal işbölümü ile toplumsal üretimin ana bölümlere ayrılmasını kastetmektedir.^[35] Söz gelimi çoban/çiftçi ayrımı ya da sanayi ve tarım gibi... Bu ayrım, “genel işbölümü” olarak da adlandırılır. Bu genel bölümlerin (örneğin, sanayinin otomotiv, tekstil, beyaz eşya vs. şeklinde) kendi alt bölümlerine ayrılması “özel işbölümü”dür.

İşyeri içerisindeki işbölümü ise tekil ya da parça işbölümü olarak adlandırılır. Marx'a göre, toplumsal işbölümü, her toplumda görülen tarzda bir işbölümdür ve doğal bir süreç içerisinde gelişir. Oysa “manüfaktürde uygulandığı şekliyle, işyerindeki işbölümü ancak kapitalist üretim tarzına özgü bir durumdur”.^[36] Böylece, avukatlık bürosunda, manüfaktür işbölümünün özelliklerini aramak bize, söz konusu büronun kapitalist üretim ilişkilerine tabi olup olmadığını gösterecektir.

Öyleyse manüfaktür (işbölümü) nasıl ortaya çıkar?

[34] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 313.

[35] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 340.

[36] Marx, *Kapital I*, op.cit., s. 340.

İki şekilde: Ya belli bir malın son şeklini alabilmesi için teker teker ellerinden geçmek zorunda bulunduğu, işçilerin, tek bir kapitalistin denetimi altında bir işyerinde toplanmaları ya da hepsi de aynı ya da benzer türden işi yapan birçok zanaatçı, tek bir kapitalist tarafından bir işyerinde aynı zamanda çalıştırılmak suretiyle...^[37]

Bu iki durumda da, yapılacak olan iş parçalara bölünür ve her bir “işçi” ürünün tek bir parçasını yaparak, sonunda tek birisine ait bireysel bir ürün olmaktan çıkan malı ortaya çıkarırlar.

Marx’ın maddi mal, hatta daha da özeldir sanayi üretimi üzerinden tarif etmeye çalıştığı bu süreç, genel olarak hizmet üretimine, özel olarak ise avukatlık bürosuna uygulanabilir bir model midir? Bu sorunun yanıtı, ancak olgusal olarak saptanabilir ve bir başka çalışmanın içeriğini oluşturacaktır. Ancak şimdilik, bu çalışmanın varsayım düzeyindeki iddiası, avukatlık bürosundaki işleyişin, manüfaktürün tekil işbölümüne benzer özellikler göstermeye başladığıdır.

Büro içinde görülen manüfaktür benzeri işbölümü, avukatlığın, yukarıda 3. tür ilişki olarak tarif edilen bir formda icra edilmeye başlanmasını tamamlayarak, yepyeni bir görünüm kazanır. Bu iki şartın bir arada gerçekleşmesi ile birlikte, M-P formülü, P-M-P formülüne dönüşür. Böylece, büro sahibi avukat, sermayesini artırmak üzere, avukatlık alanına yatırım yapan bir sermaye sahibi ile aynı konuma ulaşır. Büroda ücretli olarak çalışan avukat ise, emeğinin yararlı etkisini büro sahibine satmak suretiyle P’ye artı-değer katarak P’e dönüştüren emekçiden başka bir şey değildir.

Büro sahibi, avukatın emeğinin yararlı etkisini doğrudan kendisi kullanarak tüketmeyip, sermayesini artırmak üzere kullanıcıya yeniden satarken, ücretli avukatın emeğinin karşılığını, “para olarak para”dan değil “sermaye olarak para”dan öder.

Yukarıdaki Şema 1’e de atıfla şunun tekrar hatırlatılması gerekir: Özel ya da kamusal bir işletmenin hukuk departmanında çalışan bir ücretli avukatın konumu, şimdi burada yaptığımız tartışmanın dışında, bir başka tartışmanın –büro işinin niteliğine ilişkin- meselesidir; dolayısıyla ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Zira yukarıda, hizmet üretimi bağlamında bir farka ilişkin olmadığını vurguladığımız kafa/kol emeği ayrımı, aslında tam da buraya denk düşmektedir. Kafa/kol emeği ya da beyaz yakalı/mavi yakalı ayrımı, sözcüleri mobilya üreten bir fabrikada, torna başında çalışan işçi ile muhasebe işlerini yürüten ücretli çalışan arasındaki ayrımı işaret etmektedir ve bu fabrikanın hukuk

[37] Marx, *Kapital I*, op.cit., ss. 327- 328.

işlerini yürüten avukatının emeği, kuşkusuz, torna işçisinden çok muhasebe çalışanının emeği ile benzerlikler göstermektedir.

Öyleyse, kısaca da olsa, büro işçisine ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekir.

3.2. Büro işi olarak avukat emeği: “Yıldızlı yakalı” işçiler mi?

Her şeyden evvel, büro çalışanlarının türdeş bir yapıda olmadıkları; sekreterler ya da satış elemanları gibi çalışanların, işçi sınıfının alt kesimlerini oluşturduğu konusunda bir fikir birliği bulunduğu; buna karşılık, örneğin idari ve teknik kademelerde çalışan hatta yöneticiliğe kadar yükselebilen büro çalışanlarının durumlarının tartışmalı olduğuna dikkat çekilebilir.^[38]

Bu tartışma bağlamında Öngen’in kendisi, beyaz yakalı sektör içerisinde, üç ayrı sınıfsal konumun farkında olmamızı önerir: (1) Sermaye birikim süreci ile ilgili yönetsel kararların alınmasına katılan ve yüksek ücret alan bir azınlık (üst düzey yöneticiler ve profesyoneller) (2) Gelir düzeyi görece olarak yüksek olan ve emek ile sermaye arasındaki ara kademelerde bulunan orta düzey yöneticiler veya denetleyiciler (3) İş ve emek süreçleri üzerinde fazla bir denetleme gücüne sahip bulunmayan, çoğu kez kol işçilerinden bile daha düşük ücret alan büro işçileri.^[39]

Öngen’in sınıfsal konumu gelire kategorize etmeyi de içermek durumunda kalan bu yaklaşımının yeterli olmadığı görülür. Söz gelimi, bu çalışmanın konusunu oluşturan avukatlar açısından düşündüğümüzde, herhangi bir verili durumdaki ilişkiye göre avukat, buradaki üç kategorinin her hangi birine dâhil edilebilir. Üstelik ikinci kategoriye girdiği halde, birinci kategoride yer alan bir avuktan daha fazla ücret aldığını gösteren örneklerle de rastlanabilir.

Buradaki olgunun betimlenmesindeki yetersizlik, sınıfsal konumu statik bir kategori olarak ve ağırlıklı olarak ücret düzeyine bağlı kalarak ele almakta kaynaklanmaktadır. Benzer derecelendirmeyi kendisi de dile getirmesine rağmen Callinicos, çalışmasının ilerleyen sayfalarında “gelir, tüketicilerle ilişkiler ve ‘işlev’ gibi unsurlar[ın], sınıfsal konumun *olsa olsa* eksik göstergelerini

[38] Öngen, op.cit., s. 195.

[39] Öngen, op.cit., ss. 196- 197. Ayrıca bkz. Callinicos, op.cit., s. 19.

oluştur[duklarını]” kabul eder.^[40] Oysa Braverman^[41] ve Wright^[42], beyaz yakalıların sınıfsal konumlarına ilişkin “vasıf”, “yabancılaşma” ya da “otorite sahipliği” gibi dinamik ve ücret dışı başka kıstaslar belirlemektedirler. Keza Harman^[43], Fransız sosyolog Crozier’den şu cümleleri aktarır (İtalik vurgular benim):

“Değerlendirme, deneyim ve sorumluluk gerektiren konuları çözmekle sorunlu yüksek vasıflı elemanlar ile yalnızca bir dizi *basit, değişmez* işlem yapmaları istenen *vasıfsız* çalışanlar kitlesi arasında bir bölünme olmuştur. Bankaların, sigorta şirketlerinin ya da büyük muhasebe şirketlerinin idari servislerinde bir süreden beri çeşitli *montaj şeridi türü iş örneklerine* rastlanmaktadır”.

Böylece, beyaz yakalı olarak nitelenen çalışan kategorisi, bir yanda profesyoneller ve yöneticiler, diğer yanda büro işleri ile diğer *rutin* kol işi olmayan işleri yapanlar olmak üzere iki gruba ayrılabilirler.^[44] Ancak bu ayırım yapılırken, Braverman’ın, 19. yüzyıl başındaki büro işlerini, modern profesyonel yöneticiliğin selefi olarak görüp, günümüzün tekelci kapitalist dönemin büro işçilerini 19. yüzyıl sonundakilerin halefleri olarak görme yönündeki uyarısı göz önüne alınmalıdır. Zira bu durum anlaşılabilir ve günümüzün milyonlarca büro işçisi “orta sınıf” ya da erken dönem kapitalizmin son derece sınırlı yarı-yönetici tabakası ile eş görülürse, Braverman’a göre, günümüz modern toplumuna ilişkin yaklaşım esaslı bir hata ile malul olacaktır.^[45]

Böylece beyaz yakalıların işçileşmelerinin, bürodaki işin yapıma şeklindeki değişikliğe bağlı olarak ortaya çıktığı ifade edilebilir. Kuşkusuz bu saptamanın ardından artık, söz konusu işçilerin ücret ve çalışma koşullarının, geleneksel işçi sınıfına benzeme yönünde bir eğilim içerdiği söylenebilir (buna ilişkin çok sayıda veriye ulaşmak mümkünse de, bu çalışmayı uzatmamak adına burada değerlendirme konusu yapılmayacaktır). Bu durumun, avukatlık için de geçerli olduğu varsayımı ise, olgusal olarak saptanmayı beklemektedir.

[40] Alex Callinicos, “Yeni Orta Sınıf ve Sosyalist Siyaset”, *Neo-liberalizm ve Sınıf* içinde Ed.: A. Callinicos, ve C. Harman, Çev.: Osman Akinhay, İstanbul: Salyangoz Yayınları, ss. 27- 82, 2006a, s. 46)

[41] Braverman, op.cit.

[42] Eric Olin Wright, *Class Counts: Comparative Studies in Class Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

[43] Harman, op.cit., s. 105.

[44] Harman, op.cit., s. 106. İtalik vurgu benim.

[45] Braverman, op.cit., s. 293.

Bugün avukatın herhangi bir büro işçisi olarak nitelendirilmesi garip görünüyorsa, aslında bir de 18. yüzyıl ortalarındaki büro çalışanın durumuna göz atmakta fayda var. Zira 18. yüzyıldan 19. yüzyılın başlarına kadar büro çalışanı, söz gelimi İngiliz sanayinin kimi sektörlerinde yöneticinin sıfatıdır. Büro çalışanın ücreti, doğrudan yönetici tarafından kendi ücretinden ödenir ve büro çalışanları genellikle akrabalar arasından seçilmektedir. Çünkü onlar aynı zamanda yakın zamanda yöneticiliğe ya da şirket ortaklığına yükselecek kişiler olarak görülmektedir.^[46] Braverman, aynı durumun ABD için de geçerliliğini, büro çalışanın, ileride patronun kızıyla evlenebilecek denli ayrıcalıklı olduğunu Lewis Corey'den aktarır.^[47]

Büro çalışanlarının işlev, otorite, ücret ve ayrıcalık bakımından yaşadıkları gerileme, öncelikle, sayıca yaşanan artışla birlikte gerçekleşmiştir. 19. yüzyılın ortasından 20. yüzyılın ortasına kadar uzanan dilimi gösteren şu tablo çarpıcıdır:^[48]

	Toplam işgücü içindeki büro çalışanları (%)
1851	0,8
1901	4,0
1951	10,5

ABD’de 1990’ların sonunda beyaz yakalı çalışanların oranı, toplam çalışanların % 60’ına ulaştığından söz edilmektedir.^[49]

[46] Braverman, op.cit., s. 294.

[47] Braverman, op.cit., s. 294.

[48] Callinicos, op.cit., s. 38.

[49] Verilerin çok sağlıklı olmaması nedeniyle Türkiye atfı yapmak bu noktada güçtür. Zira Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) raporlarında ayrıca bir büro işi ya da beyaz yakalı kategorisi bulunmamaktadır. Öte yandan çalışan nüfus içindeki oranından ziyade, yaşanan çağrıcı artışa dikkat çekmek adına, TÜİK’in “idari personel ve benzeri çalışanlar/ Clerical and related workers” kategorisinde ele aldığı grubun istatistiklerine bakılabilir. Buna göre anılan grubun sayısında yıllar içerisinde görülen artış şu şekilde gerçekleşmektedir (Kaynak TÜİK, Yapılan işe göre istihdam edilen nüfus istatistiği):

Yıl	Sayı	Oran
1980	649 245	3,5
1985	732 081	3,6
1990	958 629	4,1
2000	1 543 499	5,9

Büro çalışanlarının konumlarını etkileyen diğer değişkenler, teknolojik gelişme ve kapitalist ekonominin yapısında görülen değişim olarak saptanabilir. Beyaz yakalılar özelinde, “orta sınıfların işçileşme eğilimi”ne ilişkin yapılması gereken değerlendirme başka bir çalışmanın konusu olmayı hak edecek derinlikte olduğundan, burada meselenin ayrıntısına değinilmeyecektir.

Bu bölümdeki çıkarımlar, kabaca özetlenmek gerekirse; beyaz yakalı olarak nitelenen büro işçileri teknolojik gelişmeler ve kapitalist ekonominin yapısında görülen değişime bağlı olarak sayılarında ortaya çıkan olağanüstü artış sonucunda işlev, otorite, ücret ve imtiyaz bakımından “işçileşmiş”lerdir. Söz konusu işçileşmenin kıstasları, vasıfsızlaşma, yabancılaşma, işin kontrolünün kaybı ve ücretlerde görece azalma olarak belirlenebilir. Böylece, herhangi bir büroda çalışan avukatın (ki bu bağlamda artık, söz konusu büronun avukat bürosu, hukuk şirketi veya özel ya da kamusal bir işletmenin hukuk departmanı olması fark etmez), yaptığı işin otomasyona bağlı, teknik, değişmez bir iş haline gelmesine, hatta işin parçalanarak bürodaki avukatın sürecin tek bir parçası üzerinde iş görmesine ve bunun sonucunda gelirinde yaşanan görece düşüşe bağlı olarak “işçileşme”sinden söz edilebilir.

4. Sonuç

Bu çalışmanın, yanıtlarını vermeye çalıştığından daha fazla soru içerdiği açıktır. Ayrıca varsayımları, olgusal olarak tanıtılmadıkça tamamlanması söz konusu bile olamayacaktır. Yine de, sonuç çıkartılabilecek bir perspektif sunmuş olması umulur.

Daha sonra bize avukatın sınıfsal konumu hakkında da çıkarım yapma olanağı sağlayacak avukat emeğinin niteliği ancak, avukatlık faaliyetinin kapitalist üretim yasalarına tabi olup olmadığı çerçevesinde belirlenebilir. Kapitalist üretim yasalarına tabi olmaktan kasıt, sermayeyi büyütecek artı-değer yaratılmasıdır. Çalışmada da açıklanmaya çalışıldığı üzere, sermayeyi büyütecek artı-değer, sermaye ile emek-gücünün girdiği özel bir ilişki içerisinde ortaya çıkar ve aslında metanın yararlılığından tamamen ayrıdır.

Bu anlamda, avukat emeği açısından sorun “ücretli avukatlık” olgusunda belirginleşmektedir. Zira emeğin metalaşması ancak ücretlilik olgusu ile gerçekleşir. Fakat emeğin niteliği açısından ücretlilik olgusu, yalnızca zorunlu bir koşuldur; yeterli değil... Avukat emeğinin metalaşması, yani sermayeyi büyütecek artı-değer üretebilmesi, “hukuk şirketi”nin ortaya çıkması demektir. Çünkü bu yapı içerisinde ücretli avukat emek-gücünün yararlı etkisini, doğrudan

müvekkile “para” karşılığı değil, büro sahibine, onun sermayesini artıracak bir ilişki içerisinde “sermaye” karşılığında sunmaktadır. Bir diğer deyişle, avukatın çalıştığı büronun sahibi, avukat emeğinin doğrudan kullanıcısı değil; yalnızca avukatın emeğini, parasını sermayeye dönüştürmek ya da sermayesini artırmak üzere doğrudan kullanıcıya satmak üzere satın alan kişidir. Bu ilişki Marx’ın P-M-P’ formülü çerçevesinde ele alınabilir.

Öte yandan, serbest avukatlık dışındaki ücretli avukatlıkların hepsi, büro emeği açısından da değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu da, beyaz yakalı işçi ve orta sınıfların işçileşmesi tartışmasını gündeme taşır. Avukatların sayılarında görülen büyük artışa ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak, avukatlık bilgisine duyulan ihtiyacın dönüşmesi; yani avukatlığın vasıfsızlaşması, işin parçalara bölünmesi sonucunda tamamı üzerindeki denetim ve otoritesini yitirmesi, dolayısıyla genelde bilgisayar teknolojisine bağlı teknik işlevler üstlenmesi; orta sınıfların işçileşmesinin kıstaslarının avukatlar için de saptanabileceğini gösterir.

Avukatlık emeği bu çalışmada esasen Richard Abel’in “avukatlığın politik ekonomisi”^[50] kavramından da esinlenerek bu şekilde ele alınmıştır. Abel, politik ekonomi başlığına uygun olarak “avukatlık hizmetinin üretimi” olarak adlandırdığı faaliyet alanında, 1960’lardan itibaren sanayileşmiş batı toplumlarının pek çoğunda dramatik bir dönüşüme tanıklık edildiğini ifade eder ve kapitalist koşullarda avukatlık hizmetinin üretimini “piyasa” kavramı çerçevesinde çözümler. Böylece çalışmasının alt başlıklarını arzın denetlenmesi, talep yaratılması ve üretim ilişkilerinin dönüşümü olarak belirler. Üretim ilişkilerinin dönüşümü ile ilgili olarak Abel, kapitalistin işçinin ürettiği artı-değere üretim araçlarının sahipliği ile el koyarken, meslek alanında bunun, piyasanın kontrolü ile gerçekleştiğini ileri sürer.^[51] Piyasanın kontrolü ise, piyasaya giriş kıstaslarının oluşturulması, “piyasa”ya yeni girecek avukatların piyasa koşulları nedeni ile hizmetlerini doğrudan müvekkillere değil öncelikle kendi meslektaşlarına satmak zorunda bırakılmaları gibi mekanizmalarla sağlanır.

Avukat emeğinin niteliği, avukatlık “piyasası”nın politik-ekonomisine girişin ilk konusu olarak anlaşılabilirse, hukukun toplumsal konumunu da değerlendirmeye içerecek bir felsefi ve sosyolojik bir tartışmanın önemli bir argümanı haline gelir.

[50] Richard Abel, “Toward a Political economy of Lawyers”, *Wisconsin Law Review*, 1981: 1117- 1187.

[51] Abel, op.cit., s. 1150.

KAYNAKÇA

Abel (1981), Richard. "Toward a Political economy of Lawyers", *Wisconsin Law Review*, 1981: 1117- 1187

Braverman (1974), Harry. *Labor and Monopoly Capital*. New York: Monthly Review Press.

Callinicos (2006), Alex. "Giriş", Callinicos, A. ve Harman C. *Neo-liberalizm ve Sınıf*. Çev.: Osman Akınhay. İstanbul: Salyangoz Yayınları, ss. 9- 25.

Callinicos (2006a), Alex. "Yeni Orta Sınıf ve Sosyalist Siyaset", Callinicos, A. ve Harman C. *Neo-liberalizm ve Sınıf*. Çev.: Osman Akınhay. İstanbul: Salyangoz Yayınları, ss. 27- 82.

Harman (2006), Chris. "Resesyondan Sonra İşçi Sınıfı", Callinicos, A. ve Harman C. *Neo-liberalizm ve Sınıf*. Çev.: Osman Akınhay. İstanbul: Salyangoz Yayınları, ss. 83- 125.

Madra (2007), Yahya M. "İktisadından Emeğinden Emeğin Siyasi İktisadına", *Birikim*, 217: 10- 22.

Marx (1993), Karl. *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*. Çev.: Sevim Belli. Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları.

_____ (1997). *Kapital I*. Çev.: Allattin Bilgi. Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları.

_____ (1999). *Grundrisse I*. Çev.: Arif Gelen. Ankara: Sol Yayınları.

_____ (1999a). *Dolaysız Üretim Sürecinin Sonuçları*. Çev.: Mustafa Topal. İstanbul: Ceylan.

Öngen (1996), Tülin. *Prometheus'un Sönmeyen Ateşi*. İkinci baskı. İstanbul: Alan Yayıncılık.

Satlıgan (1994), Nail. "Teknoloji ve İşçi Sınıfında Değişim" başlıklı oturumda yapılan konuşma, *Toplumsal Araştırmalar Vakfı Panel Dizisi 1- 2*. İkinci baskı. İstanbul: Alan Yayıncılık.

Savran, S. ve Tonak (1999) E. A., "Productive and Unproductive Labour: An Attempt at Clarification and Classification", *Capital and Class*, 68: 113- 182.

Smith (2006), Adam. *Milletlerin Zenginliği*. Çev.: Haldun Derin. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları.

Wright (1997), Erik Olin. *Class Counts: Comporative Studies in Class Analysis*. Cambridge : Cambridge University Pres.