

BİR MESLEK OLARAK DÜNDEN YARINA DOĞRU AVUKATLIK

*Prof. Dr. Ejder YILMAZ**

I. DÜNE KISA BİR BAKIŞ

Eski Yunan'da önceleri, taraflar hâkim önüne bizzat gitmeye mecburdular. Solon Kanunu'nda da, kural olarak bu ilke geçerli idi; ancak, hâkim önüne giden tarafa bir akrabası veya arkadaşının yardım etmesi ve tarafın açıklamasını tamamlaması imkânı da tanınmakta idi. Daha sonraki zamanlarda, taraflara önceden savunma hazırlayan ve "logographes" (logograf'lar) (yazıcılar/arzuhalçiler) adı verilen yardımcılar ortaya çıktı. Bunlar, hâkim önünde söylenecek olan sözleri, (ücreti karşılığında) yazılı olarak taraflara verir, taraf da bunları ezberleyerek hâkim önünde tekrar ederdi. İlerleyen dönemde tarafların, aldıkları metinleri yeterince ezberleyememeleri, unutmaları veya şaşırmaları nedeniyle, logograflar (yazıcılar), tarafların yanında bulunmaya başladılar. Bunların hazırladıkları dilekçeler, dâvaya giriş niteliğini taşıyor ve tartışmalar bunların üzerinden yürütülüyordu.

Logograflar, giderek "avukat" haline geldiler ve ilk baro Atina'da kuruldu. Ancak, hür kişiler avukatlık yapabilirlerdi ve esirlere (kölelere) bu hak tanınmamıştı; zira, böylesine asil bir görevi, esirler yerine getiremezdi. Ana babalarına saygısızlıktan cezalandırılanlar, vatan savunmasını veya bazı yasal görevleri yerine getirmekten kaçınanlar, ahlâka aykırı işlerle uğraşanlar, sefahat yerlerinde görülenler, miras yoluyla kendilerine intikal eden serveti lüks içinde yiyip bitirenler avukatlık edemezlerdi. Mahcup olmaları sebebiyle kadınlar da baroya kabul edilmezlerdi¹.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1. Bkz. Faruk Erem, Meslek Kuralları, Ankara 1977 s.1-2; Nejat Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, s.21-22; Marcel Rousset (çeviren Adnan Cemgil) Adalet Tarihi, İstanbul 1963, s.17-18.

Eski Yunanda mahkeme önünde "hitabet", çok önemli bir yer tutmaktaydı. Duruşmaya her iki tarafın yakınları da gelirdi, bu suretle itham ve savunmaya ağırlık verilmesi sağlanırdı. Duruşma başlamadan önce, konuşmacılara dâvayı kazanmak için heyecan doğurucu harekette bulunmamaları uyarısı yapılırdı ve konuşmacıların hakarete kaçmamaları, acı söz söylememeleri, duruşmadan sonra taşkınlık yapmadan çekilip gitmeleri ve etraflarına kalabalık toplamamaları şart koşulmuştu².

Zamanla hitabette sınırlama ihtiyacı duyuldu. Konuşma süreleri üç saatle sınırlandı, hattâ çok sıkı kurallara gidildi. Bu sınırlamanın bir vesilesi olarak şöyle bir olaydan sözedilmektedir: "Ahlâk dışı davranıştan sanık (güzel bir kadın olan) Pryné adlı birinin savunmasını yapan avukat (Hypérides), mahkeme (Aéropag) önünde müvekkilesinin göğüslerini örten tülü yırtmış, kadının güzelliğinin etkisi altında kalan hâkimler beraat kararı vermişlerdi". Bu skandaldan sonra, savunma (hitabet) daha sert tedbirlere tâbi tutuldu; hatiplerin hâkimlerde merhamet veya nefret uyandırmaya yönelik konuşmaları yasaklandı ve hatta, konuşmalarıyla hissi akla galip kılan konuşmacılar sınır dışı edildiler. Mesleğin vakar ve onurunu sağlamaya yönelik olan bu kurallar, Roma avukatlarına örnek oldu³.

Roma'nın başlangıcında da, bugünkü anlamda (gerçek bir) avukatlık hizmetinden sözedilemez. Davada, tarafın yanında yardımcı olarak yeralma (advocatus; erator) ile davada vekâlet birbirinden kesin olarak ayrılmıştı ve önceleri yalnız tarafın yanında yardımcılık (patronus) câiz tutulmuştu⁴.

Patron olmak sıfatıyla patrisienler, tarafların (iş sahiplerinin) savunmalarını yapmakta idiler. "Avukat" adı ise, özellikle cinayet dâvalarında, sanıkların, yanlarında bulunmaları ve kendilerine yardımcı olmak üzere dostlarını çağırmalarından, yani, "advocare" kelimesinden⁵ gelmektedir. Avukat anlamındaki "advocatus" kelimesi, özellikle Bizans'ta bugünkü anlamda kullanılmaya başlanmıştı⁶.

2. *Erem*, s.2; ayrıca bkz. Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, s.22-23.

3. *Erem*, s.3.

4. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 1993, s.143.

5. Bkz. Black's Law Dictionary, ST. Paul Minn. 1990, s.55 "advocare" kelimesi.

6. Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, s.178-179.

Tarafların bizzat mahkeme önünde bulunmaları kuralı, "formula rejimi" zamanında kaldırıldı ve taraflar kendilerini bir cognitor veya bir procurator aracılığıyla temsil ettirmeye başladılar⁷.

Davada taraf yanında hazır bulunma veya vekillik, tamamen ücretsiz bir iş olarak kabul ediliyordu. Hattâ Ovide'nin ifadesi gibi "güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise, bir tanığın tanıklığını, bir hâkimin hükmünü, bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir"⁸. Ancak bilâhare, ücret alma konusu serbest bırakıldı; fakat, ücretin belli sınırları sözkonusuydu⁹. Böylece avukatlık mesleği bir "iş/işletme" haline geldi¹⁰.

Hitabetin, Roma'da da önemli bir yer tuttuğu bir gerçektir. Hatta avukatlar, savunmalarını daha etkili kılmak için "alkışlayıcılar" tutarlar ve bunlar, önceden belirlenen (ayarlanan) yerlerde konuşmayı alkışlarıyla keserler ve savunmayı (deyiş yerinde ise) "alevlendirirlerdi".

Yukarıda da belirttiğim üzere, davada tarafların yanında yer alan kişiler, patronlar (patrisyenler) idi. Çünkü, o dönemde yalnız patrisyenler (ve din adamları) kutsal (dinî) kuralları biliyorlardı. Eğer bir patron, bir vatandaşa (pleb'e) yardım etmeyi kabul ederse, onu her alanda korur ve adalet huzurunda savunurdu, vatandaşın da patronuna karşı sadakat borcu vardı. Patron için bu pek ağır, fakat en onurlu (şerefli) bir görev sayılırdı. Eski Roma'da vatandaş (pleb) savaşta da, dava duruşmasında da patronunun peşinden giderdi; patron da ona her alanda yardım ederdi, davasında da avukatıydı¹¹.

İsa'dan (milâttan) 350 yıl önce, patrisien Appius Cladius'un yardımcısı Caius Flavius, onun evrak ve formüllerini gizlice aldı ve kitap halinde yayımladı. Bu sebeple plebler, Flavius'a minnet duyular. Artık, patron ile pleb (müşteri) arasındaki ilişkiler de zayıflamıştı ve plebler, kendilerini savunacak olanları (müdafilerini) seçmekte özgür hale geldiler ve böylece "patron"un yerini, "avukat" aldı¹².

7. *Özken* s.179.

8. *Erem*, s.4.

9. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* s.143; *Erem*, s.4; *Aday* s.23.

10. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* s.143.

11. *Erem*, s.3.

12. *Erem*, s.3-4.

Ve, yukarıda birkaç kelimeyle özetlendiği üzere, insanlık ve ona paralel olarak gelişen avukatlık hizmeti tarihinde, "toprağa dikilen 'avukatlık ağacı' yeterince köklerini salmış ve toprak üzerinde göğe doğru yükselmeye başlamıştı".

Bugünkü gelişmişlik düzeyindeki batı ülkelerinde avukatlık mesleği ile ilgili hukukî düzenlemeler birbirine büyük ölçüde paralellik göstermektedir¹³.

Ülkemizdeki duruma gelince:

Evlıya Çelebi, Seyahatnamesinde yazıcı esnafından söz etmektedir. O'na göre "esnafı yazıcıyan (yazıcılar esnafı) -dükkan 400, nefer 500; bu tayfa Ordu ve pazarda, Sadrazam Kapısı'nda arzuhal ve mekâtib (mektuplar) yazarlar"¹⁴. Bu yazıcılar (arzuhalciler), bizdeki "avukatlık" mesleğinin çekirdeklerini oluştururlar. Yukarıda eski Yunanda da yazıcıların (logografaların), avukatlığın ilk temsilcileri olduğunu görmüştük. Yüzerce yıl sonra bizde de aynı gelişmenin oluşması, sosyal hayat bakımından ilginç bir olgudur.

Osmanlı Devleti'nde yazıcılık (arzuhalcilik) belli kurallara bağlanmıştı ve "her önüne gelen kişi", yazıcılık yapamazdı. Yazıcılık izni alabilmek için, o zamana göre çile çekmek (ocaktan yetiştirmek) gerekirdi. Yazıcıları, çavuşlar ocağı zâbitlerinden çavuş emini ve ocak kâtibi seçerdi. Ancak ondan sonra yazıcılık (arzuhalcilik) dükkan açılabilirdi.

Dilekçelerin (yazıların/arzuhallerin) hukuk kurallarına (o günkü ifadeyle, "ahkâmı şeriye"ye) uygun olması gerekirdi. Yazıcıların (arzuhalcilerin) de bilgili, (ırz ehli) kâtip kimselerden ve mirî huku-

-
13. Rosenberg/Schwab/Gottwald s.142-150; Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts, Bern 1992. s.142 vd; Wegmann, Paul Handbuch über die Berufspflichten im Kanton Zürich, Zürich 1988; Hans W. Fasching, Zivilprozessrecht, Lehr-und Handbuch, Wien 1990, s.226 vd; Max Guldenere, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979 s.636 vd; Michel Pédamon, Anwaltsberuf im Wandel: entwicklungen in Frankreich (Anwaltsberuf in Wandel, Frankfurt am Main 1982, s.37 vd; Michael Zander, The English Legal Profession (Anwaltsberuf im Wandel, s.59 vd) Ayrıca bkz.: Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995; Rüdiger Zuck, Internationales Anwaltsrecht, NJW 1987/48 s.3033-3036; Hans-Jürgen Rabe, Internationales Anwaltsrecht-Dienstleistung und Niederlassung, NJW 1987/36 s.2185/2193.
14. Özkent, s.47.

ku bilir, halkın işini bozan hareketlerden kaçınır, doğru ve tecrübe edilmiş kişilerden olması şarttır¹⁵.

Tanzimat döneminde, şerîye mahkemeleri yanında nizamiye mahkemelerinin kurulmasını müteakip çıkarılan kanunlarda dâvada vekillikle ilgili çeşitli hükümler yer almıştır. Bu arada, konsolosluk mahkemeleri önünde görülen davalarda özellikle yabancıları temsil etmek üzere, yabancı avukatlar gelmeye ve bunlar dava vekilliği yapmaya başladılar. Bu avukatların kurduğu baro 1908 yılına kadar devam etmiştir.

Dâva vekilliği mesleğini düzenleyen ilk metin, 1875 tarihli "Mehâkimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname (Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi)"dir. Bu Tüzük'te dava vekilliği yapacak kişilerin hukuk öğrenimi görmesi şartı da aranıyordu. Bu Tüzükle 1878'de İstanbul Barosu kuruldu¹⁶.

1875'te Türkiye'nin ilk Hukuk Fakültesi (Galatasaray Lisesi'nde) açıldı ve burada dersler Fransızca okutuluyordu. Derslerin Fransızca okutulması hoş görülmediğinden bu Fakülte kapatıldı ve onun yerine 1880 tarihinde (İstanbul) Hukuk Mektebi açıldı.

Bindokuzyüzün ilk yıllarında "avukat" kelimesi dillerde dolaşıyor ve fakat "ecnebi" bir kelime olduğu için resmî lisana girmesi istenmiyordu. Bunun yerine himaye eden (koruyan) anlamında "muhami" kelimesi kullanılmaktaydı. 3 Eylül 1909 tarihli bir muvakkat kanunla, yabancı hukuk fakültelerinden mezun olanların ve bir hukuk mektebinden mezun olmayıp da en az üç yıldan beri Osmanlı Devletinde (Dersaadet'te) devamlı olarak görev yapanların sınav vermek şartıyla vekillik yapabilecekleri kabul edildi.

Adalet Bakanlığınca bir Muhamiler Kanunu hazırlanarak Meclisi Mebusana sunuldu.

3.4.1924 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından (460 sayılı) Muhamat Kanunu kabul edildi. Avukatlığın bir meslek haline gelişi, ilk kez bu kanunla gerçekleşmiştir. Bu Kanun, 6.1.1926 tarihli (708 sayılı) Kanunla değiştirilmiş ve "muhami" ke-

15. *Özkent*, s.47.

16. Bkz. ayrıntılı bilgiler için *Özkent* s.49; *Aday*, s.27-28.

limesi yerine "avukat", "muhamat" kelimesi yerine de "avukatlık" kelimesi ikame edilmiştir¹⁷.

Bilahare 27.6.1938 tarihli Avukatlık Kanunu ve en son olarak da 7.7.1969 tarihinde 1136 sayılı (bugünkü) Avukatlık Kanunu yürürlüğe girdi.

II. AVRUPA TOPLULUKLARI HUKUKU OLUŞUMU

Avrupa Toplulukları denilince akla, üç ayrı Topluluk gelir. Bunlar, 18.4.1951 tarihinde Paris'te imzalanan ve 23.7.1952 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu; 25.3.1957 tarihinde Roma'da imzalanan ve 1.1.1958 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ile Avrupa Ekonomik Topluluğu'dur.

Avrupa ülkelerinin biraraya gelerek kurdukları ve zaman içerisinde başka ülkeler tarafından da katılma yoluyla rağbet bulan ve bizim bakımımızdan da (katılmamız açısından) güncelliğini hep koruyan bu toplulukların ortaya çıkışının nedenleri konusunda, pek çok şey söylenmiştir ve söylenegelmektedir. Bir görüşe göre, Avrupa ülkelerinin biraraya gelerek topluluklar oluşturmasının asıl nedeni, son yüzyıl içerisinde Avrupa'yı büyük ölçüde etkileyen iki dünya savaşıdır. Bu savaşlar sonucunda Avrupa, siyasal ve ekonomik (hatta toplumsal) açılardan çok şey kaybetmiştir; artık, bu tür bir olaya (yeni yeni yaralar açılmasına) izin verilmemeli ve Avrupa bir bütün olarak varlığını, Dünya siyaseti ve ekonomisi üzerinde hissettirmelidir. Bir başka görüşe göre ise, Avrupa'nın birleşmesi, son yüzyıldaki bazı olayların ortaya çıkarıverdiği âni bir durum değildir ve "Avrupa'yı birleştirmek fikri Avrupa'nın kendisi kadar eskidir." Kanımca önemli olan, Avrupa ülkelerini biraraya getiren düşüncenin eskiliği veya yeniliği değil, doğrudan doğruya bu birleşmenin ortaya çıkardığı sonuçlardır.

Öte yandan, şu da bir gerçektir ki, Avrupa Toplulukları olarak adlandırılan birleşmeler, ekonomik olmasının yanında, aynı zamanda ve belki daha da önemli olarak siyasal niteliktedir; gerçekleşmesinin uzak olup olmadığı tartışması bir yana, Avrupa'yı birleştirme yolunda atılmış bulunan çok önemli adımlardır. Topluluklara ve

17. Çeşitli hukuki metinler için bkz.: Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi, Metinler, cilt 1-2, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No.5, İstanbul 1972, no.10 İstanbul 1973.

özellikle Avrupa Ekonomik Topluluğuna daha sonraki katılmalar ve katılma istekleri, atılan adımların yerinde olduğunu gösteren belirtilerdedir.

Bu önemli nokta, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran 1957 tarihli Anlaşma'nın "Önsöz"ünde şöyle dile getirilmektedir: "(Kurucular)¹⁸, Avrupa halkları arasında gittikçe daha sıkı bir birliğin temellerini kurmak azmi ile; Avrupa'yı ayıran engelleri ortadan kaldırarak, ülkelerinin ekonomik ve sosyal gelişmesini ortak bir faaliyetle temin etmek kararı ile; ana hedef olarak halklarının hayat ve istihdam şartlarını devamlı olarak daha iyiye götürmek amacı ile; mevcut engellerin kaldırılmasının, rekabette dürüstlüğü, ekonomik gelişmede istikrarı teminat altına almak için üzerinde mutabakata varılmış bir hareketi gerektirdiğini kabul ile; muhtelif bölgeler arasındaki farklılığı kaldırarak ve daha az gelişmiş bölgelerin gecikmesini telafi ederek, ekonomilerini birleştirmek ve ahenkli surette geliştirmek gayesi ile; milletlerarası mübadelede tahditlerin tedricen ortadan kaldırılmasına ortak bir ticaret politikasıyla yardım etmek arzusu ile; denizaşırı ülkelerle Avrupa'nın dayanışmasını kuvvetlendirmek niyeti ve Birleşmiş Milletler Antlaşmasının prensiplerine uygun olarak denizaşırı ülkelerin refahını temin etmek arzusu ile; ekonomik kaynaklarının bir araya getirilmesi suretiyle barışı ve hürriyeti koruma ve güçlendirme kararıyla ve aynı yüksek gayeyi paylaşan diğer Avrupa halklarını bu gayretlerine katılmaya davet ederek, bir Avrupa Ekonomik Topluluğu kurmaya karar vermişlerdir."

Avrupa Ekonomik Topluluğuna başlangıçta altı ülkenin üye bulunması nedeniyle, bu ülkeler "altılar" olarak adlandırılıyordu; ancak, bu ülkelerden sonra Danimarka, İrlanda ve İngiltere'nin katılmasıyla, Topluluk "Dokuzlar" olarak isimlendirilmeye başlandı. Bilâhare, Yunanistan, İspanya ve Portekiz'in de iştirakiyle üye sayısı onikiye; son olarak, İsveç, Avusturya ve Finlandiya'nın girmesiyle de sayı on beşe yükseldi.

Avrupa Toplulukları, amaçlarını gerçekleştirmek için çeşitli organlar öngörmüşler ve bunlara ilişkin hükümler her bir Topluluğa ait Anlaşmalarda ayrı ayrı yer almışlardır. Bu organlar şunlardır: Parlamento (meclis), Konsey, Komisyon ve Adalet Divanı. Ancak,

18. Kurucular şunlardır: Belçika, (Federal) Almanya, Fransa, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda.

1957 tarihinde Parlamento ile Adalet Divanı, 1965 yılında Konsey ile Komisyon bütün topluluklar bakımından birleştirilerek tek organ haline getirilmiştir. Böylece, üç ayrı Topluluk bakımından birbirinden farklı organların bulunmasından doğabilecek sakınca ortadan kaldırılmıştır.

Avrupa Topluluklarının ve bu arada Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ve daha da kısaltılmış adıyla "Avrupa Topluluğu"nun (Avrupa Birliği'nin) yaşayabilmesi ve daha da öteyi götürülerek, amacına ulaşabilmesi, Topluluğa üye devletleri bağlayıcı bazı hukuk kurallarının benimsenmesi şartına bağlıdır. Aksi takdirde, ortaklığın amacının gerçekleştirilebilmesi olanaksız hale gelecektir.

Avrupa Topluluklarını oluşturan ülke sistemlerinin biraraya getirilmesi ve bu arada hukuk düzenlerinde (en azından, topluluk menfaatlerini ilgilendirdiği ölçüde) uyum sağlanması ve her bir ülkenin farklı şartlarına rağmen bunlar için aynı tür yasal düzenlemeler getirilmesi, doğal olarak, kolay değildir; bu yolda çeşitli engellerle karşılaşılması mukadderdir. Bu, "bir araya getirme" sırasında çeşitli menfaatler değerlendirilerek dengelenecek ve hattâ çeşitli tâvizler (ödünler) verilecektir.

Her bir ülkenin kendi bağımsızlık/egemenlik anlayışının farklılığı, ortak hukuk kurallarının kabulünde büyük engeller çıkarmaktadır. Ancak, ülkeler arasındaki ortak amacın gerçekleştirilebilmesi, zaman içerisinde ülkelerin bağımsızlık/egemenlik anlayışında farklı tutumda bulunma zorunluluğunu ve (eski) klasik egemenlik anlayışından ödün (taviz) verme gereğini ortaya çıkarmıştır.

Aslında, hukukların biraraya getirilmesi ve bazı alanlarda bütün ülkeler için geçerli ve bağlayıcı hukuk sisteminin benimsenmesi bakımından, genel olarak iki yoldan birine başvurulabilir: 1) Çeşitli ülke hukuk sistemlerini aynen koruyarak ve bunlar arasında hassas dengeler kurarak, (değiş yerinde ise) çeşitli bağlama kuralları getirmek, yani "milletlerarası (devletlerarası (internasyonal) hukuk" yaratmak; 2) Tüm ülkeleri bağlayıcı nitelikte yeni hukuk kuralları kabul etmek, yani "milletlerüstü (devletlerüstü/supranasyonal) hukuk" yaratmak.

Avrupa Topluluğu bakımından, ikinci yol tercih edilmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 1957 tarihli Anlaşmanın 100-102'nci maddelerinin başlığı, "mevzuatların (hukuk kurallarının) birbirine yaklaştırılması"dır. Bunlara göre, Konsey oybirliğiyle Ko-

misyonun teklifi üzerine üye devletlerin Ortak Pazar'ın kurulmasına veya işlenmesine doğrudan doğruya etkili, kanunî ve idarî hükümlerini birbirine yaklaştırmak için direktifler koyar; Komisyon üye devletlerin kanunî ve idarî hükümlerinde mevcut farklılıklarını Ortak Pazar'da rekabet şartlarını bozduğunu ve bu sebeple giderilmesi gereken bir dengesizliğin ortaya çıktığını tesbit ederse ilgili devletlerle istişarelerde bulunur ve eğer bu istişareler sözkonusu dengesizliğin giderilmesini sağlayamazsa Konsey, Komisyonun teklifi üzerine gerekli direktifleri verir ve lüzumlu tedbirleri alır.

Çeşitli hukuk kurallarının biraraya getirilmesi sırasında, "hukuk-politika" çatışmasının çıkması, doğal karşılanmalıdır. Sonuçta, bunlardan hangisinin üstün geleceği ise, bir tercih ve somut olay bakımından bir "güç" sorunudur. Hukukun politikaya boyun eğmesi tercih edilebilir; ancak, kabul edilen hukuksal düzenlemenin politikadan hiç etkilenmeyeceğini söylemek de mümkün değildir.

Üye devletlerin hukuklarının, Avrupa Topluluklarını gerçekleştirmek ve yaşatmak amacıyla bir araya getirilmesi arzusu sonucunda, zaman içerisinde, artık "Avrupa (Ekonomik) Topluluğu Hukuku"ndan sözedilir hale gelmiştir ve bu gelişme, Topluluk adına sevindiricidir.

Avrupa Topluluğu Hukuku, kısa ve öz bir anlatımla, üye devletlerin ortak yararlarının (menfaatlerinin) gerektirdiği "hukuk kuralları toplama"dır. Ortaya çıkan bu hukuk, kendine özgü nitelikleri bulunan bir hukuk düzenidir. Herşeyden önce bu hukuk kuralları devletlerarası (milletlerarası) değil, milletlerüstü niteliklidir; çünkü, bu hukuk düzenine ilişkin kurallar, üye ülkeleri bağlamakta ve aksine davranış, yaptırım (müeyyide) ile karşı karşıya kalmaktadır. Bunun dışında, "Topluluk Hukuku", bağımsız niteliklidir. Şöyle ki: Bu hukuk kuralları, üye ülkelerinin hukuk kurallarından çıkartılmakta, doğrudan doğruya topluluğu oluşturan anlaşmalardan çıkartılmaktadır ve bu anlamda orjinal (özgün) kurallardır. Diğer bir anlatımla, Topluluğun ilgi alanları içerisinde, hukuk kuralları, doğrudan doğruya Topluluk organları tarafından konulur. Üye ülkelerin bu konularda hukuk kuralları koymaları sözkonusu değildir. İşte buradaki özellik sebebiyle, üye ülkelerin kendi yasama faaliyetlerinden, Topluluk lehine feragatte bulduklarından sözedilebilir. Bu anlayış çerçevesinde, Topluluk organlarının üye ülkelere, belli hukuk kuralları (yani, iç hukuk kuralları) koymalarını tavsiye etmeleri, tabii bir sonuçtur.

Burada karşımıza, somut olarak, başka bir sonuç daha çıkmaktadır: Topluluk hukuku ile iç (millî) hukuk arasında farklılık bulunması halinde, topluluk hukuku öncelik taşır. Bu sonuç, "Topluluk hukuku, millî hukuka üstündür (Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht)" kuralı ile ifade edilmektedir. Aslında, bu sonuca varılabilmesi pek kolay olmamıştır; çünkü, ülkeler başlangıçta klâsik bağımsızlık/egemenlik anlayışından tâviż (ödün) vermemek yoluna gitmişlerdir. Fakat, zaman içerisindeki millî mahkemelerin uygulamaları, ortak menfaatler uğruna, bir süre sonra klâsik anlayışta yumuşamaya gitmişler ve topluluk hukuk kurallarına üstünlük tanımak zorunda kalmışlardır. Bununla birlikte, bu konuda henüz bütün sıkıntıların giderilebildiğini söyleyebilmek zordur; ancak zaman içerisinde, başlayan anlayışın kökleşeceği umut ve tahmin edilir.

Avrupa Topluluğu Hukukunun diğer bir özelliği, "doğrudan doğruya uygulanabilme" niteliğidir; üzerinde görüşbirliği olmakla beraber, Topluluk hukuk kuralları, hem Topluluğun hem de üye devletlerin kendi iç mevzuatlarının bir parçasıdır. Bu yüzden, Topluluk hukuk kuralları, üye devletin bu konuda kendi iç mevzuatında değişiklik yapmasına gerek kalmadan üye devletlerin organlarını ve hattâ üye devlet yurttaşlarını da bağlar. Bu tür bir sonuç çok ileri (radikal) bir düşünce tarzı olarak nitelenebilirse de, hukuk kurallarının Avrupa Topluluğu'nun, (Avrupa'nın) ileride siyasal birleşmesini sağlayacak araçlar olarak düşünüldüğünde pek de yadırganacak sonuç değildir¹⁹.

III. AVRUPA TOPLULUĞUNDA AVUKATLIK MESLEĞİYLE İLGİLİ GELİŞMELER

Avukatlık mesleğinin, bir serbest meslek mi, yoksa bir kamu hizmeti mi olduğu konusunda çok şey söylenmiştir.

Avukatlık Kanunumuzun "avukatlığın mahiyeti" kenar başlığını taşıyan 1'nci maddesinde, "avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir (fıkra D). Avukat, görevini yerine getirmediği bağımsız-

19. Avrupa Topluluğu Hukuku için bkz.: Ejder Yılmaz, Avrupa Topluluklarında Uyumazlıkların Çözülmesi, Mali Sorunlara Çözüm, 1985/3, s.99-104; Ejder Yılmaz, Avrupa Birliği İle Bütünleşmede Avukatlık Mesleği, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri), Sempozyum, 25-29 Ekim 1995, Antalya, s.331-346; İzzettin Doğan, Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu, İstanbul 1979; Haluk Günüşür, Avrupa Topluluğu Hukuku, Ankara 1993; Manfred A. Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, München 1994.

dir (fıkra II)"; "avukatlığın amacı.... yargı organları(na)... yardım etmektir (fıkra I). Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder (fıkra II)" denilmektedir.

Alman Avukatlık Kanunu'nun 1'nci maddesine göre, "Avukatlık, yargının (umuru adliye'nin) bağımsız bir organıdır"; 2'nci maddesine göre de, "Avukat, serbest meslek icra eder (fıkra I). Avukatın faaliyeti bir zanaat (Gewerbe) değildir (fıkra II)".

Bir faaliyetin (bu arada, avukatlığın) kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin, iç hukuk bakımından doğurduğu çeşitli hüküm ve sonuçlar vardır. Özetle: avukatlar meslekî faaliyetlerini, tüzel kişiliği olan kamu kurumu niteliğindeki baroların denetimi ve gözetimi altında sürdürürler; yargılama faaliyeti bir kamu hizmetidir, yargılamada âdil kararın verilmesine katılan kişi de kamu hizmeti yapar; avukattan, adli yardım hizmetini yerine getirmesinin istenilmesi ve bu görevin kabulü kamu hizmeti olmanın gereğidir; avukatların görevlerinden dolayı avukatlara karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine dair hükümler uygulanır; avukatlık asgarî ücretleri, resmî tarifelere bağlıdır, gibi²⁰.

Uluslararası ilişkilerin hızla gelişmesi ve bir anlamda "Dünyanın küçülmesi" ve bu arada Amerikan Hukukunun Avrupa ülkelerindeki ve özellikle Avrupa Topluluğu üzerindeki etkilerinin artması sonucunda, bugün Almanya'da, avukatlık mesleğinin bir değişim sürecine girmek üzere olduğu, en azından bunun tartışma konusu haline getirildiği görülmektedir.

Bilindiği üzere, Kara Avrupası'nda ve özellikle Almanya'da hukuk öğretimi, hâkimlik mesleği gözönüne alınarak düzenlenmiştir. Buna karşılık hukuk öğretimi açısından, Amerika Birleşik Devletlerinde (hâkimlik değil) avukatlık mesleği ön plândadır²¹. Bunun avukatlık yaşamındaki uzantısı da şöyledir: Kara Avrupası Hukukunda (özellikle Almanya, Fransa gibi ülkelerde) avukatlık, adalet mekanizmasının bir organı olarak telâkki edilmekte ve hattâ buradan hareketle avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu belirtilmekte ve buna bazı hüküm ve sonuçlar ilave edilmektedir. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletlerinde avukatlık, (deyiş yerinde ise) bir "ticarî iş/ticarî işletme olarak" değerlendirilmekte ve yüzlerce

20. Bkz. *Sungurtekin*, s.4 vd.; *Aday*, s.36 vd.

21. *Tuğrul Ansay*, *Amerika Birleşik Devletlerinde ve Federal Almanya'da Hukuk Öğretimi* (Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankara 1993), s.17. *İrfan Yazman/Coşkun San*, *Almanya'da Hukukçuların Yetiştirilmesi*, Ankara 1969.

avukattan oluşan (ve pekçok sayıda çok uluslu nitelikli) avukatlık şirketleri faaliyette göstermektedir.

İşte bu nedenlerle Almanya'da bugün, avukatlık mesleğinin fonksiyonunda değişim olup olmadığı ve "avukatlık mesleğinin adaletin (yargının) bir organı mı, yoksa bir hizmet mesleği mi" olduğu sorusu güncel olarak yeniden tartışılmaya başlanmıştır²². Tartışmalar henüz kesinlik kazanmamış olmakla birlikte, avukatlığın adalet mekanizmasının bir organı olduğu yolundaki klâsik görüşün gerilediğini söyleyebilmek mümkündür.

Bu temel kuralın ötesinde, avukatlıkta uzmanlığın gerekliliği; uluslararası (milletlerarası) avukatlığın kabulü (diğer bir anlatımla, avukatlığın milletlerarası boyutu) çok sayıda hukukçu yetiştirilmesinin isabeti; rekabet yaşayışının katılığının yerindeliliği; siyasî ve ekonomik ceza davalarında, az veya çok sıkı organize olmuş menfaat gruplarını savunan ve geleneksel meslek etiğine bağlı olmayan avukatların durumu, avukatların şirketleşmesi, hâsılı davaya iştirak yaşayışının devam edip etmemesi; meslekte kalite kontrolü ve kalite garantisi, avukatların yargılama dışında ve özellikle hukuk danışmanlığı vermesinin önemi ve aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecek olan Avrupa Topluluğu içerisinde yerleşim ve dolaşım hakkı (şube açabilme) ile buna bağlı olarak (Avrupa Topluluğu ülkelerinde) avukatlık mesleğine kabul için diplomaların karşılıklı olarak tanınması gibi konular üzerinde yoğun tartışmalar yapılmakta ve yeni yapılanmalara gidilmektedir.

Avrupa Topluluklarını oluşturan temel anlaşmalardan olan 25 Mart 1957 tarihli (ve 14 Ocak 1958'de yürürlüğe giren) "Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşma"nın ve "Topluluğun Dayandığı Esaslar" başlığını taşıyan ikinci kısmının (m.9-84), üçüncü ayrımı (48-73) "Şahıs, Hizmet ve Sermayenin Serbest Dolaşımını" düzenlemektedir²³ (sözü edilen Anlaşma, aşağıda yalnız "Anlaşma" kısaltması ile anılacaktır).

22. Gerhard *Commichau*, Berufs- und Standesrecht der deutschen Anwaltschaft im Wandel (Juristenzeitung, 1988/17 s.824-830); Friedrich *Kübler*, Einführung (Anwaltsberuf im Wandel s.7-9); Wolf *Paul*, Anwaltsberuf im Wandel-Rechtspflegeorgan oder Dienstleistungsgewerbe? Fakten und Überlegungen zur empirischen Verdeutlichung des Verhältnisses von Anwaltschaft und Gesellschaft in Deutschland (Anwaltsberuf im Wandel, s.11-35); Hein *Kötz*, Anwaltsberuf im Wandel: Rechtsvergleichender Generalbericht (Anwaltschaft im Wandel s. 79-101); Werner *Blau*, Bericht über die Podiumsdiskussion (Anwaltschaft im Wandel s.103-107).

23. Metinler için bkz.: Ergin *Nomeri/Özet Eskiyyurt*, Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul 1975, s.493 vd.

Anılan Anlaşma'ya göre:

"Topluluk içerisinde hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamalar, hizmetten yararlananların bulunduğu Devletten başka bir Üye Devlette ikamet eden Üye Devlet tebaları için intikal devresi içerisinde aşağıdaki hükümlere uygun olarak tedricen kaldırılır. -Konsey ittifakla Komisyonun teklifi üzerine bu Bölümün (m.59-66) üçüncü bir devletin tâbiyetinde olan ve Topluluk içerisinde ikamet eden hizmet erbabına da tatbik olunmasına karar verilebilir" (m.59).

"Bu Anlaşma anlamında hizmet; mal, sermaye ve şahısların serbest dolaşım hakkındaki hükümlere tabi olmadıkları oranda, kural olarak ücret karşılığı görülen hizmetlerdir. -Özellikle, a) sınıfl faaliyetleri, b) ticarî faaliyetler, c) küçük san'at faaliyetleri, d) serbest meslek faaliyetleri bu anlamda hizmettirler. -Yerleşme serbestisi hakkındaki bölüm (m.52-58) mahfuz kalmak kaydıyla, hizmet erbabı hizmetini yapabilmek maksadıyla, hizmetin yapılacağı Devlette faaliyetini, bu Devletin kendi tebası için öngördüğü şartlar altında, geçici olarak yürütebilir" (m.60).

Avukatlık mesleği, Avrupa Topluluğu Hukuku (ve yukarıda anılan Andlaşma) çerçevesinde, "serbest meslek" olarak kabul edilmektedir²⁴. İşte buna bağlı olarak, Avrupa Topluluğunda, avukatlık mesleğiyle ilgili çok önemli iki ayrı direktif kabul edilmiştir bulunmaktadır. Bunlardan biri, 22 Mart 1977 tarihli ve 77/249 sayılı "Serbest Avukatlık Faaliyetlerinin Etkin Şekilde Yürütülmesinin Kolaylaştırılmasına İlişkin Direktif"²⁵; diğeri, 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/48 sayılı "Asgarî Üç Yıllık Meslek Eğitimi Veren Yükseköğretim Diplomalarının Tanınmasına Dair Genel Kuralı İçeren Direktif"²⁶.

24. Cordula Stumpf, Freie Berufe und Handwerk (Dausen, E II, s.1-23).

25. "Council Directive of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services" (Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22 März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehr der Rechtsanwälte) (Official Journal of the European Communities, 26.3.1977, no.L 78 s.17 vd.).

26. "Council Directive of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three years' duration" (Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen) (Official Journal of the European Communities, 24.1.1989, no.L 019 s.16 vd.).

22 Mart 1977 tarihli Direktif'e göre²⁷ (özet olarak):

Bu Direktif, üye ülke kanunlarına göre, kendisine "avukat"lık belgesi verilen kişiler hakkında geçerlidir²⁸.

(Bu kişilere, Avrupa Topluluğu Baro Konseyi tarafından avukatlık kimlik belgesi verilmektedir).

Herhangi bir ülkenin avukatı, diğer üye ülkelerde aynen millî avukatlar gibi haklara sahiptir ve bunlar kendi ülkeleri dışında diğer ülkelerde şube açabilirler. Bu husus (yani, ikinci büro açabilme hakkı) Adalet Divanı'nın verdiği "Klopp-Kararı" ile açıklığa kavuştur²⁹.

Bu Direktif sonucunda, artık bir "Avrupa Topluluğu Avukatı" kavramından söz edilir hale gelmiş bulunmaktadır.

21 Aralık 1988 tarihli Direktif'e göre³⁰ özet olarak:

Bu direktif, üye ülkelerden birinde en az üç yıllık meslek eğitimi aldığını gösteren diploma ile bir başka üye ülkede çalışmak isteyenler hakkında uygulanır. Diplomayı tanıma durumunda olan ülke, talepte bulunan için ya en çok üç yıl süren bir intibak (uyum) eğitimi öngörür veya talepte bulunanı bir intibak (uyum) sınavına tabi tutar³¹.

-
27. Hans Hinrich *Boie*, Ein Schritt zur Freizügigkeit der Rechtsanwaelte in den Europaeischen Gemeinschaften (NJW 1977/35 s. 1567-1569); Heinz *Brangsch*, Grenzüberschreitende Dienstleistunggen der Anwaelte in der Europaeischen Gemeinschaft, NJW 1981/22 s.1177-1180); Hans-Jürgen *Rabe*, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der rechtsberatenden Berufe in der Europaeischen Gemeinschaft (RabelsZeitschrift 1991/55, s.291-302); Annette *Kespohl-Willener*, Der deutsche Anwalt in der Europaeischen Gemeinschaft-rechtlich Rahmenbedingungen und Möglichkeiten (Juristenzeitung 1990/1 s.28-31).
 28. Bunlar şöyle anılmaktadır: Belçika'da Avocat/Advocaat; Danimarka'da Advocat; Fransa'da Avocat; İrlanda'da barrister, solicitor; İtalya'da Avvocato; Lüksemburg'ta Avocat, avoué; Hollanda'da Advocaat; Portekiz'de Advogado; İspanya'da Abogado; İngiltere'de Advocate, Barrister, Solicitor; Yunanistan'da Dikigoros.
 29. Bkz. NJW 1985, s.1275.
 30. Wilhelm *Feuerich*, Die Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie durch das Eignungsprüfungsgesetz für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, NJW 1991/18 s.1144-1151; Ulrich *Everling*, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwaelte in der Europaeischen Gemeinschaft, Europarecht 1989/4, s338-355.
 31. Almanya'daki bu sınavın özellikleri için bkz. *Feuerich*, s.1147-1151.

Sözkonusu direktif, Almanya'da, 6.7.1990 tarihli ve 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun haline getirilmiştir. Bu Kanun, intibak eğitimini değil, intibak sınavını tercih etmiştir. Intibak sınavı, diplomanın alındığı ülkedeki müfredatın Almanya'daki müfredatı örtmediği (karşılımadığı) derslerden³² yapılır. Sınav, hertürlü ayrıntının sinandığı bir sınav değil, Alman hukukundaki genel kuralların bilinip bilinmediğinin tesbitine yöneliktir.

Sınav, Almanya'daki ikinci devlet sınavını (zweite juristische Staatsprüfung) yapan komisyon tarafından icra edilir. Sınavda başarısız olan kişinin en çok iki kez daha bu sınavı yenileme hakkı vardır.

Sınav sonucuna karşı itiraz (şikâyet) yolu caiz değildir.

Sınavı kazanan kişiler, Alman Hâkimler Kanunu'ndaki şartları gerçekleştiriyorsa, avukatlık yapabilme iznini alabilir.

Alman hukukçulara göre³³, bir kimsenin avukatlık yapabilmesi, savunacağı kişinin haklarını en iyi şekilde koruyacak ölçüde hukuk bilgisine sahip olmasına bağlıdır. Hukukî himaye arayışı içinde bulunan kamuoyu, Almanya'da avukatlık yapan herkesin hukuk bilgisinin tam olduğuna inanmak durumundadır. İşte bu amaçlardır ki (Alman Hukukçulara göre), intibak eğitimi değil, intibak sınavı yolu tercih edilmiştir.

IV. SONUÇ

Avukatlık mesleği, hukukun gelişimine paralel olarak devamlı gelişen ve amacına uygun düzenlemelere ihtiyaç duyan bir meslektir.

Özet olarak ülkemizdeki gelişim de, Batı ülkelerindeki gelişime yakındır. Şunu açıkca kabul etmek gerekir ki, bazı özleştirimimize rağmen, ülkemizde de avukatlık mesleğinin seviyesi, ortalama olarak batı ülkelerinden kesinlikle geri değildir.

Ancak önemli olan, ülkemizdeki hukuk fakültelerindeki öğretimin ve avukatlık öncesi stajın ciddi bir şekilde ele alınarak bu konudaki eksikliklerimizi gidermektir.

32. Örneğin: Medenî hukuk, ticaret hukuku, iş hukuku, devlet ve anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, usul hukuku (bkz. ayrıntılar için: *Feuerich* s.1147-1148).

33. Bkz. *Feuerich*, s.1146.

Burada, altını çizerek belirtmek isterim ki, son yıllarda hiçbir alt yapı hazırlığı olmadan çeşitli yerlerde yeni yeni hukuk fakültele-
rinin açılması yolunda çabalar vardır. Herşeyden önce, öğretim
kadrosu, yeterli kütüphanesi ve diğer fizikî "üniversite" olanakları
olmadan, sırf politik yatırım amacıyla fakülteler kurulması, ülkede-
ki hukuk öğretiminin selameti açısından kesinlikle yerinde değildir.
Buna mutlaka engel olunmalı ve bundan böyle de gerekli ortam ha-
zırlanmadan yeni hukuk fakültesi açılmamalıdır. Aksi takdirde, bu
tür fakültelelerde mezun olacakların kalite ve kantite bakımından or-
taya çıkarılabileceği sakıncalar, "adalet" mekanizmamızı açmazlara
sürükleyebilecektir. Unutulmamalıdır ki, "Adalet Devlet'in Teme-
li"dir.

Hukuk eğitimi, lisansı, lisans üstü, avukatlık/hâkimlik/noterlik
stajları ve ülkemizde hemen hemen hiç bilmediğimiz "hukukçu
meslek içi eğitimleri" ile bir bütündür. Bu bütünden sorumlu olan-
lar ise, hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler
Birliği, Adalet Bakanlığı, yüksek yargı organları gibi kuruluşlardır.
Adalet hizmetlerinin iyi veya kötü gitmesindeki sorumluluk (deyiş
yerinde ise) "müşterek ve müteselsil sorumluluk"tur. Buna rağmen,
ülkemizde bu konudaki ortak çabaların ve hele hele adalet meka-
nizmasının en iyi şekilde işlemesi için düşünülenlerin hayatiyete
geçirilmesi gayretinin yeterli olduğundan sözedilemez. Burada, so-
rumluları göreve davet ediyorum.

Türkiye'nin Avrupa Topluluğu'na katılıp katılmaması, ülkemi-
zin uzun zamandan beri gündemindedir. Buradaki kesin sonucu ya-
kın tarih verecektir. Türk Hukuku, büyük Önderimiz Atatürk saye-
sinde Batı Hukukuyla paralellik taşımaktadır. Türkiye, Avrupa
Topluluğuna girse de girmese de uygar devletlerin hukuk düzenle-
rine ayak uydurmak durumundadır. Batı hukukunu da takip eden
bir hukukçu olarak gözlemim, Türkiye'nin bugüne kadar hukukî dü-
zenlemeler bakımından olan çabalarının doğru ve yerinde olduğu-
dur ve bu çaba devam ettirilmelidir. Bu sayededir ki, ileride Avrupa
Topluluğuna girecek olursak, millî hukukumuzun Avrupa Toplu-
ğu Hukukuna intibakında zorlukla karşılaşılmayacaktır.