

BAĞIMSIZ AVUKATLIK

Av. Talay ŞENOL*

I. SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

Hukuk devletinın üzerine inşa olunduğu temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri, gerek uluslararası sözleşmeler ve gerek Anayasa ve yasalarda yer almış bulunan “savunma hakkı”dır.

Kişilerin doğru ve adil yargılanma hakkı Anayasalar ve kanunlarla güvence altına alınan, uluslararası hukuk metinlerinde de yer alan temel haklardan biri ve belki de en önemlisidir. (İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 8-11; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6/3; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler -Havana Kuralları- m. 1)¹

Anayasamız savunma hakkından “hak arama özgürlüğü” kavramı içerisinde söz edilmektedir. Anayasamızın 36. maddesinin 1. fıkrasında “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmü yer almaktadır.

Gerçekten, avukatın rolünü, mahiyetini, yerini, niteliğini “hak arama özgürlüğü” çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Genel olarak hak arama özgürlüğü yetkili makamlar önünde beyan da bulunma, derdini söyleme ve dinletme olarak ifade edilmektedir. Hak arama, iddiayı da savunmayı da içine almaktadır. Savunma hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Başka bir deyişle savunma hakkı, hak

* Ankara Barosu üyesi

¹ Avukatlık Rolüne Dair Temel Prensipler - Havana Kuralları m.1: “Herkes hakların varlığını tespit ettirmek ve korumak ve Ceza Muhakemesi’nin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir.”

arama özgürlüğünün somutlaşmış halidir yani savunma hakkı temel bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir özgürlük biçimidir.²

Hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını somutlaştıran ve pekiştiren kurum avukatlıktır.³ Bir başka deyişle avukat halkın hak arama özgürlüğünün teminatıdır.⁴

Gerçi gerek İHAS m. 6/3-c, gerekse Anayasamızın 36. maddesinde ve Avukatlık Yasası'nın 35. maddesinde belirtildiği üzere, dava açma yeteneği olan herkes bizzat yargı mercilerine başvurarak dava açabilir, takip yapabilir, aleyhine dava açılan ve takip yapılanlarda kendi kendine savunabilir.

Ancak, insanlar değişik nedenlerle kendini savunurken bir başkasının yardımını isteyebilirler. Hukuk devleti, yaşamın her alanını hukuksallaştırmıştır. Öyle ki vatandaşlar kurallar labirentinde yollarını bulamaz, haklarını arayamaz duruma gelmişlerdir.

Diğer yandan, savunma karmaşık bir yapıya sahiptir. Olayı kavramak, onu hukuk diline çevirmek, yürürlükteki hukuk kuralları içinden olaya uygun kuralı bulmak, istemde bulunmak, gerekli itirazları yapmak, birey için çok kez zor hatta imkansız bir durumdur. Bu karmaşık yapı içinde bireyin, hak kaybı kaçınılmaz hale gelir.⁵

Özellikle son zamanlarda Ülkemizde, uyum Yasaları adı altında yapılan Yasama faaliyetleri sonunda vatandaş önünü göremez hale gelmiştir, çaresiz kalmıştır. Birçok hukuk kurallarından habersizdir. Varlıklarından haberdar olsa bile hukuk dilinin ağırlığı ve özellikle özel hukuk deyimlerinin varlığı nedeniyle kendiliğinden bunları anlaması ve onlara uygun davranması ya da onlara dayanarak hak araması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenlerle birçok konularda olduğu gibi, bu konuda da bir uzmana ihtiyaç bulunmaktadır. Bu uzmanın sadece konusunun uzmanı olan bir kişi değil, aynı zamanda herhangi bir baskı altında olmadan ve başkaca güçlere ve çıkarlara bağlı kalmadan hizmet edeceğine, sınırsız olarak güvenebilecek biri olması gerekir.⁶

İşte avukatlık böyle bir göreve özellikle uygun bir mesleği oluşturmaktadır.

² Eriş, U., "Avukatın Savunma Dokunulmazlığı", Ankara Barosu 2004 Kurultayı Tebliği, s. 1; Sayman, Y., "Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği" (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995 Antalya, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, (1996), s. 419 vd.; Güner, S., "Avukatlık Hukuku", 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları

³ Tanör, B., "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" (/1991), s. 330.

⁴ Sayman, Y., a.g.e. s.420

⁵ Busse, F., "Freie Advokatur, Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege", Anwaltsblatt 3'2001, s. 130 vd., 133.

⁶ Busse, F., a.g.e. s.133

II. BAĞIMSIZ AVUKATLIK

1. Anlamı

Avukatlık mesleği bilindiği gibi 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu ve bu kanunla ilgili olarak çıkartılan meslek kurallarıyla düzenlenmiştir. Avukatlık Yasası'nın 4667 Sayılı Yasa'yla değişik 2. maddesi avukatlığın amacı hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. (Fıkra 1)

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. (Fıkra 2)

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere avukatın iki yönlü bir işlevi bulunmaktadır. Avukat taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermenin yanı sıra yargılama faaliyetlerine katılarak anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesi çabasına da ortak olmaktadır. Avukat, hukuki bilgi ve tecrübelerini ortaya koyarak kişilerin haklarına kavuşmaları ve uğradıkları haksızlıkların giderilmesi bakımından onlara taraf temsilcisi olarak yardımda bulunurken aynı zamanda adaletin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir.

Avukatın sanatı öncelikle müvekkilinin davasını etkili biçimde savunmaktır. Ancak avukatlar sadece müvekkillerinin menfaatlerine değil, bir bütün olarak adalet sisteminin gereklerine hizmet ederler.

Hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda avukat önemli bir role sahiptir. Görevi kanun çerçevesi içinde sadece bir vekaletin sadık uygulamasıyla sınırlı değildir. Bir hukuk devletinde avukat hem adalete hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu yargılamaya tabi kişiler için de vazgeçilmezdir.⁷

Avukatın bu görevini yerine getirirken konusunun uzmanı olmanın yanı sıra , kendisinin dışında başka bir tür bağımlılıkları olmayan, sadece kendi çıkarlarını koruyacağına inandığı, her türlü baskı ve çıkar ilişkilerinden uzak bir kişi olması gerekir. Kısaca bu kişinin uzman olmasının yanı sıra, bağımsız da olması gerekir.

Avukat üzerine düşen görevlerin çeşitliliği sebebiyle her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkilerden neşet eden baskılardan arındırılmış, tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadır.⁸

⁷ Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları (CCBE Meslek Kuralları) m. 11

⁸ CCBE Meslek Kuralları 2.1.1

Avukatın aynı zamanda hem hukukun hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet edebilmesi, ancak gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması ile mümkündür.

Nitekim, Avukatlık Yasası'nın 4667 Sayılı Yasayla değişik 2. fıkrasında da *"avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder"* diyerek avukatın bağımsızlığı vurgulanmaktadır.

2. Önemi

Gerçektende *"Avukatlığın Bağımsızlığı"* konusu son derece önem taşımaktadır. Avukatlığın bağımsızlığı, mesleğin *"onsuz olmaz (sine qua non)"* koşuludur.⁹

Avukat bağımsızlığı, avukata mesleğini en iyi biçimde icraa edebileceği statüyü garantiler. Avukatın bağımsız oluşu, müvekkil ile arasındaki güven ilişkisini perçinler.

Avukat bağımsızlığı, avukatlık faaliyeti müvekkil haklarını korumaya hizmet ettiği için, müvekkil yararına da bir güvence oluşturmaktadır. Avukat mesleğini icraada ne kadar özgür olursa, müvekkilinin haklarını elde etme konusunda da o kadar başarılı olur. Avukatlık bağımsızlığına yapılan müdahaleler bu nedenle, avukatlığa yapılmaktan ziyade, avukatlarca savunulan vatandaş özgürlüğüne yönelir.

Bu bağımsızlık adli makamlar nezdinde yürütülen faaliyetlerde olduğu kadar örneğin bir hukuki mütala verirken de gereklidir. Çünkü avukatın müvekkiline sırf onun gönlünü hoş etme kaygısıyla veya herhangi bir dış etkenin tesiri altında kalarak verdiği hukuki mütalanın gerçek bir değeri yoktur.¹⁰

Avukat üzerine düşen görevlerin çeşitliliği sebebiyle her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkilerden neşet eden baskılardan arındırılmış tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadırlar. Bu bağımsızlık aynı zamanda yargıcın bağımsızlığı ve adalete güven için de gereklidir.¹¹

Avukatın bağımsızlığı, vatandaşın hukuka katılımının bir garantisi ve hukuk devletinin gerçekleşmesinin de bir teminatıdır. Bu bağlamda

⁹ Eriş, U., a.g.e. S. 2; Anday, N. *"Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları"* (1994) s.41; Falkenhansen, J. *"Berusbild und Berufsverstaendnis des Anwalts"*, Anwaltsblatt 2/2000 Sonderheft, s. 26 vd., 28.

¹⁰ CCBE Meslek Kuralları 2.1.2

¹¹ CCBE Meslek Kuralları 21.1; Coşar, A., *Yargı Yılı ve Barolar Cumhuriyet/24.9.1990*

avukata tanınan yetkiler, savunma hakkına yani temel bir hakka varlık kazandırır. Böylece hukuk devletine de hizmet eder.¹²

Bağımsız avukatlık, hukuk devletinin taşıyıcısı ve teminatıdır.¹³

Hukuk devletinin amacı, mümkün olduğunca üst düzeyde adaletin gerçekleştirilmesidir. Avukat hukuka hizmet ederek bu amaca ulaşılmasına yardımcı olur. Bağımsız avukat, hukuk devleti bakımından vazgeçilmezdir. Bağımsız avukatlık, madde anlamda hukuk devletinin gerçekleşmesini sağlayan kurumlardan biridir.¹⁴

Bağımsız avukatlık, aynı zamanda yargıç bağımsızlığı ve adalete güven için de gereklidir.¹⁵ Her iki bağımsızlık birlikte yargı bağımsızlığını garantilemektedirler.

Devlet savunmaya güçlü bağımsız bir konum sunarak otoritesini sınırlar. Hukuk Devletinin özü, devlet otoritesinin adalet esasına göre sınırlandırılmasıdır. Avukatlığın hukuki konumu ile devlet ve toplum düzeni arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Avukata tanınan bağımsızlık, devletin her bir vatandaşının özgürlük alanını koruma isteğiyle doğru orantılıdır.

Kurumsal anlamda bağımsız avukatlık, Hukuk Devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan Hukuk Devletinin vazgeçemeyeceği temel unsurlardan biridir.¹⁶

Avukatın bağımsızlığına yönelik müdahaleler “savunma diyalektiliğini” saptırmak veya yetersiz hale getirerek, sonuç vermesine engel olmak sonucunu doğurur ki, böyle bir eylem avukata değil, onun savunmaya çalıştığı adalete zarar verir.¹⁷

Bu nedenle, hükümetlerin, avukatların hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan, her türlü mesleki faaliyetleri yerine getirmelerini sağlamaları gerekir.¹⁸

¹² Eriş, U. a.g.e, s.2

¹³ Huffmann, H., “Kampf um freie Advokatur” (1967), s.1.

¹⁴ Huber, H., “Aufgabe und Bedeutung des freien Anwalts im Rechtsstaat”, SJZ 1957, s.265 vd.

¹⁵ Habscheid, W., Die Unabhaengigkeit des Rechtsanwalt, NJW 1962 vd. 1986; Sungurtekin, M. “Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri”, (1995)s.78

¹⁶ Sungurtekin, M. “Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi”, Faruk EREM Armağanı, TBB Yayını No:8, (1999), s. 615 vd. 633

¹⁷ Tuncel, A. ve diğerleri, “Müdafiin Sorumluluğu”, Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Sempozyumu, s.321 vd. s. 327

¹⁸ Havana Kuralları m. 16/a.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri dikkate alınarak, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayırım gözetmeden hükümet veya kamudan gelecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır.¹⁹

3. Kapsamı

Avukat bağımsızlığının son derece geniş kapsamlı oluşu, konunun çeşitli yönleriyle irdelenerek, incelenmesini gerektirmektedir.

Avukat bağımsızlığının çeşitli yönlerinin birbirinden kesin sınırlarla ayrılması olanağı bulunmamaktadır. Bunlar birbirleri ile çok sıkı bağlantılar içindedir. Alt ayırım yapmaktaki güçlük, avukat bağımsızlığı ilkesinin, bir hukuk normu değil; aksine etik ve ideal bir gereklilik göstermesi sebebi ile artmaktadır ve kısmen hükme bağlanabilmesi mümkün olmaktadır.²⁰

Öncelikle avukatın devlet karşısındaki bağımsızlığı inceleme konusu yapılmalıdır. Diğer yandan, avukatın müvekkili ile olan ilişkisi bakımından bağımsızlığı, üçüncü kişiler yönünden (toplumsal bakımından) bağımsızlığı da avukat bağımsızlığının önemli yönleridir. Yine bu bağlamda avukatların barolarla ilişkilerinde değerlendirilmesi gerekir.²¹

a. Avukat-Devlet İlişkisi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Serbest avukatlık, herşeyden önce devletten ve devlete karşı bağımsız olma anlamına gelir.²²

Alman Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurguladığı gibi devlet kontrolü ve vesayeti bağımsızlık avukatlık ilkesi ile bağdaşmaz.²³

Bu anlamdaki avukat bağımsızlığına devletten gelecek talimat, etki ve kontrollerinin dışında bulunmanın yanı sıra, mesleğe kabuldeki serbestli-

¹⁹ AB Avukatlık Prensipleri, Prensip I: Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlüğündeki Genel Prensipler. Aynı doğrultuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı (2000) m.6

²⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 32,33

²¹ Güner, S. *Avukatlık Hukuku* s. 79; Koyuncuoğlu, T. "Avukatlık Mesleği - Baro - Hukuksal Korunma Sigorta İlişkisi", *Avukatlık Mesleği*, İstanbul Barosu Sempozyumu, s. 188 vd. s. 192

²² Busse, F. a.g.e. s. 133; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 33 vd; Güner, S. *Avukatlık Hukuku*, s. 81 vd.

²³ Bverfge, 34, 292, 302; 50, 16, 29; 63, 266, 284.

ği, yerleşme özgürlüğü, faaliyet alanı serbestliği (serbest etki alanı), yargı faaliyetinin diğer çalışanları yani savcı ve yargıç karşısındaki bağımsızlık da dahildir.

aa. Avukatlığın Serbest Meslek ve Kamu Hizmeti Olması

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin, 1. fıkrasında avukatlık hem bir kamu hizmeti ve hem de serbest meslek olduğu vurgulanmaktadır. Ancak, maddede doğrudan ne bir serbest meslek ve ne de kamu hizmeti tanımı yapılmamaktadır.

Maddedeki avukatlığın serbest meslek olduğu ifadesi, öncelikle avukatın devletle kamu hukukuna özgü bir istihdam ilişkisi içinde bulunmadığının ve devletin yapılandırılmasının içinde bir memur konumunun olmadığına delilidir.

Yasalarımızda serbest meslek tanımı ile ilgili tek düzenleme 193 sayılı Gelir Vergisi Yasası'nda yapılmıştır. Yasanın 65/II maddesinde; "*Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin, işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında, kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğu kabul edilmelidir.²⁴

Gerçekten de avukatlık sermayeden çok, kişisel çabaya bağlı bir uğraştır ve faaliyetini kendi kişisel sorumluluğu altında yürütür. Serbest mesleklerin çoğu gibi avukatlık da, akademik eğitime dayanır ve bilimsel esaslar çerçevesinde yürütülür.

Serbest meslek olmanın belirleyici niteliklerinden biri de meslek mensuplarının müvekkil, hasta, müşteri gibi kişilerle yapmış oldukları özel hukuk sözleşmeleri ile mesleklerini icra etmelerini ve mesleği icra edenin kişisel özelliklerinin önem taşımasıdır.²⁵

Müvekkil de avukatın kişisel niteliklerine, bilgisine, zeka kıvraklığına ve duruşmalarda göstereceği beceriye güvendiği için seçer.²⁶

Diğer yandan, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasında; avukatlığın kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, avukatlık mesleğinin serbestlik ilkesine ters düşmemektedir.

²⁴ Güner, S. *Avukatlık Hukuku*

²⁵ Fuhrmann, M. "*Rechtsstellung des Angestellten Rechtsanwalts*", (1989) s. 42, 159.

²⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Meleği* s. 19.

Kamu hizmeti nitelendirilmesinin varlığını şart kıldığı birinci unsur, hizmetin kamuya yönelmiş, bir başka deyişle kamuya yararlı olmasıdır. Bir başka deyişle kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler, genel ve kolektif hizmetleri karşılar, kamu yararını gerçekleştirir.²⁷

Yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinden şüphe edilemez. Avukat da yargılama faaliyetine katılan ve adil bir karara ulaşılması sürecine ortak olan kişi olduğuna göre onun da kamu hizmeti gördüğü kabul edilmelidir. Avukatlık faaliyeti hak arama özgürlüğünün fiilen gerçeklik kazanabilmesinin varlık şartı olarak karşımıza çıkmakta ve bu surette kamu yararını gerçekleştirmektedir.²⁸

Kamu hizmeti nitelendirilmesinin varlığını şart kıldığı unsurlardan ikincisi ise kamu kuruluşlarınca veya ilgili kamu kuruluşunun denetimi altında özel kişilerce yürütülmesidir. Avukatlar da mesleki faaliyetlerini tüzel kişiliği olan kamu kurumu niteliğindeki baroların denetimi ve gözetimi altında sürdürürler. (Av.K.m. 76/1)

Bu durum kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da onların gözetimi ve denetimi altında, veya onların katılımıyla yürütülmesi unsurunu karşılar.²⁹

Diğer yandan, günümüzde kamu yararına olan bir hizmetin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi gerekliliği de bulunmamaktadır.³⁰

Serbest avukatlık ilkesi, onun bir idare hukuku anlamında kamu görevlisi gibi değerlendirilmesine engeldir. Yaptığı hizmet, bir kamu hizmeti gibi değerlendirilse de, kendisi bir kamu görevlisi değildir.³¹

Kısaca avukatlık “*insan onuruna özen*” mesleği olarak, serbestçe yapılan bir kamu görevidir.³²

bb. Mesleğe Girişin Serbest Olması

Mesleğe kabulde, devletin takdir hakkı bulunmaması, avukat bağımsızlığının bir gereğidir. Ancak, sadece mesleğe kabul konusunda devletin

²⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 6, Gözübüyük, S. / Akıllıoğlu, T. “Yönetim Hukuk”, 6. Baskı (1993) s. 221., Akgül, A. “Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği” s. 2.

²⁸ Centel, N. “Ceza Hukuku’nda Müdafii”, (1984), s.7 vd; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.8.

²⁹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.7

³⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.6, 7

³¹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.15

³² Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukat*, s.615

takdir hakkının bertaraf edilmesi ve devlet güdümünü önleyici tedbirler alınması ile avukat bağımsızlığının sağlanamayacağı da bir gerçektir.

Mesleğe kabul şartlarının ana hatlarıyla ve objektif olarak belirlenmesi, şartlardaki eksiklik halinde mesleğe kabul edilmeme veya sonradan şartlarda eksiklik sözkonusu olursa, meslekten çıkarılma konularında takdir hakkının ortadan kaldırılmış olması, avukat bağımsızlığının bir yönünü oluşturur.³³

Gereksinme duyulan avukat sayısının araştırılıp, tespit olunması ve mesleğe kabulde dikkate alınması, bir başka deyişle Numerus Clausus ilkesi ile bağlı olarak gereken avukat sayısının belirlenmesi ve sadece bu kadar kişinin avukatlık mesleğine kabul edilmesi ise, iyi işleyen yargı mekanizmasının gerektirdiği bir husus olmakla birlikte, mesleğe serbestçe giriş ve avukat bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaştırılması oldukça güçtür.

Avukatlık kanunu hükümleri, Anayasa hukuku bakımından son derece önemli olan iki temel ilkenin hassas alanı içinde bulunur. Bunlar, Anayasamızın 48. ve 49. maddelerinde teminat altına alınan herkesin dilediği alanda çalışma hakkının gereği olan serbest avukatlık ilkesi ile işlevini iyi yerine getiren yargı faaliyetini temin ilkeleridir. Kanun koyucu, anayasal sınırlar içerisinde iki menfaat arasında uygun bir denkleştirme yaparak, düzenlemeler getirmek durumundadır. Avukatlık Yasası'nda 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu öngörülen avukatlık sınavının da bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

Avukatlık mesleğine girişte, sınav zorunluluğunun getirilişinin amacı, avukatlık hizmetinin ve kalitenin yükseltilmesi ve yargı işleminin iyi şekilde yerine getirilmesinin toplumsal yarar sağlayacağı düşüncesidir.

Nitekim bir çok gelişmiş ülkede avukatlık mesleğine kabulde avukat sınavını başarma şartı bulunmaktadır.

Almanya'da avukat olabilmek, Alman Yargıçlık Yasası'na göre, yargıç olabilme ehliyet ve yeterliliğine sahip olmasına bağlıdır ve bu da iki devlet sınavının başarılmamasını gerektirmektedir.³⁴

Avusturya'da ve İsviçre'nin bir çok kantonunda da, avukatlık mesleğine kabul sınavı başarma şartına bağlı tutulmuştur.³⁵

Burada önemli olan mesleğe kabul sınavının keyfilikten ve subjektif etkilerden uzak olmasıdır.

³³ Busse, F. a.g.e. s.133

³⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.90.

³⁵ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.90.

Meclise sevk edilen Avukatlık Kanunu tasarısında sınav kurulunun Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından seçilen 5 asil ve 3 yedek üyeden oluşması öngörülmekte iken, Mecliste yapılan değişiklikle avukatlık sınavının Türkiye Barolar Birliği'nce Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'ne yaptırılması hüküm altına alınmıştır. (Madde 28)

Ne yazık ki daha sonra yapılan 25.06.2002 tarih ve 4767 sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 20. maddenin 2. fıkrasında, Avukatlık Kanunu'nun mesleğe kabul şartları altında, avukatlık sınavının başarmış olma şartını içeren 3. maddesinin 4. bendi hükmü 10.05.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanamayacağını öngörerek sınav konusunu ertelemiştir.

Diğer yandan, avukatlık hizmetindeki kalitenin yükseltilmesinin nitelikli hukuk eğitimi verilmesi ve mezuniyet sonrası yapılan avukatlık stajının mesleğe gerçekten hazırlayıcı olması ile de yakından ilgili olduğu unutulmamalıdır.

Yeniden yapılacak bir düzenleme ile, avukatlık sınavının yeniden konulmasının ve sınavın tümüyle Türkiye Barolar Birliği'ne bırakılmasının sağlanması, mesleğin kalitesinin ve saygınlığının artırılması yönünde yerinde olacaktır.

cc. Yerleşme Özgürlüğü ve Faaliyet Alanının Serbestliği

Avukatın devlet ile olan ilişkisindeki bağımsızlığının unsurlarından biri olan yerleşme özgürlüğü avukatlık için gerekli yeterliliğe sahip olan herkesin, dilediği herhangi bir yerde mesleğe kabul olma konusunda talepte bulunmasını ifade eder.³⁶

Avukatlık mesleğine kabul için, kanunun aradığı şartlara sahip olan ve staj bitim belgesini almış olan bir kişi, bölgesi içinde faaliyette bulunmak istediği yer barosuna başvurarak, o yer barosuna kayıt olur. (Av. K. m. 66/1) Bir baro levhasına yazılmış olan avukat, sürekli olmamak koşulu ile Türkiye'nin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir. (m. 66/2)

Avukat bağımsızlığı, meslek mensubunun serbest bir faaliyet alanına sahip olmasını da gerektirir. Avukatlık hiçbir hukuki meselede hak arayan, hukuken yardıma muhtaç olan bireyin temsil ve bilgilendirme ihtiyacının görmezlikten gelinemeyeceği bir faaliyet alanıdır.³⁷

Avukatın gerek temsil ve gerekse danışma faaliyetleri konusunda sahip olduğu tekel hakkı, hukuk devletinde vatandaşın mutlaka sahip olması

³⁶ Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukat*, s. 618, *Avukatlık Mesleği* s.38

³⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.39, *Bağımsız Avukatlık* s. 619

gereken hak arayanların tüm hukuki meselelerde, hukukçu himayesinden yararlanılması hakkına dayanır.

Avukatın, müvekkilinin menfaatini korumada özgür, vicdani kanaatine göre doğru olduğuna inandığı şekilde ve her türlü etkiden uzak, sadece hukuka tabi olarak hareket etmesi gerekmektedir.³⁸

dd. Avukatın Yargı Organlarına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın devlete karşı bağımsızlığı, aynı zamanda yargı organlarından ve yargı organlarına karşı bağımsızlığı da içerir.³⁹

Demokratik hukuk devletinde avukat, yargının taşıyıcı bir unsuru (destekticisi) değil, yargıç ve savcılarının yanında, hak arayan vatandaşların danışmanı ve temsilcisi olarak adaletin gerçekleşmesi mücadelesinde önemli görevler üstlenen bir kişidir.⁴⁰

Avukatın, müvekkilin yararına olan tüm hususları ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Avukat, davada dilekçelerinde müvekkilin verdiği bilgilere dayanma ve karşı taraf aleyhinde sert ifadeler kullanma olanağına sahiptir. Avukata, müvekkilinin menfaatini koruduğu oranda mutlak bir dokunulmazlık tanınmıştır. Kuşkusuz avukat, müvekkilinin menfaatlerini hukuk çerçevesinde korur.

Avukat, mahkemenin emrinde, hizmetinde değildir ve mahkemeden talimat alması, ona tabi olması düşünülemez. O sadece hukuka tabidir. Ancak bu şekilde avukat işlevini gerektiği şekilde yerine getirir. Hukuk devleti olmakta bunu gerektirir. Bu yüzden mahkemenin, duruşmanın disiplinini sağlamak konusunda alacağı önlemler avukata karşı olduğunda sınırlıdır. Avukatın sözünün kesilmesinin haklı olabileceği durumlarda bile duruşma salonundan çıkarılması ve avukata karşı diğer zorlayıcı önlemlere başvurulması haklı kabul edilemez.⁴¹

Avukat, tabi ki hakimlik makamına karşı elinden gelen saygı ve dürüstlüğü göstermek ve kanun çerçevesinde kalmak kaydı ile müvekkilini kendi vicdanına ve müvekkilinin menfaatlerinin korunması hususunda en uygun yolu seçerek savunacaktır.⁴²

³⁸ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.40.

³⁹ Busse, F. *a.g.e.* s.134; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 40 vd.; Kılıç, S. “*Avukatlık Mesleği Bağımsız Niteliği*”. <http://www.angelfire.com/mt/savas1/s.5>

⁴⁰ Busse, F. *a.g.e.* s.134

⁴¹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.42.

⁴² CCBE Melek Kuralları m. 4.3.

Ancak, avukat bu saygıyı gösterirken, savunmanın da görülmeyen ama var olan makamının saygınlığını korumalı ve ona saygı duyulmasının koşullarını oluşturmalıdır. Asla, hakimin karşısında teslim olan, boyun eğen bir tavır içinde olmayacaktır. Bunu sağlamak için avukat, usul kurallarına en az hakim kadar egemen olmalı ve elindeki dava dosyasını hakimden daha iyi bilmelidir. Hakimin bir çok dava dosyası vardır. Ama avukatın görev yaptığı dava dosyası her zaman tekdir.

Hukuk davalarında vekil, münasip olmayan hal ve tavırlarda bulunur ise mahkemeden çıkarılır (HUMK m. 70/II). Ceza davalarında da, duruşma disiplinini bozan her kişinin mahkeme başkanınca duruşma salonundan çıkarılması söz konusudur. (CMUK m. 378/2). Avukatlık Kanunu'nun 58/2 maddesi duruşmanın inzibatına ilişkin Hukuk Usulü Mahkeme Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerini saklı tutmuştur.

Ancak, bu hükümlere göre avukatın tutuklanması sözkonusu olmayacağı gibi, hakkında hafif hapis veya hafif para cezası da verilemez (Av. K. m. 58/II, son cümle).

Avukatın ceza yargılamasındaki bağımsızlığı değişik biçimlerde kendini gösterir. Öncelikle müdafii uygulayacağı yöntem ve yolların seçimi konusunda özgür olmalı, herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamalıdır. Ayrıca müdafaa görevi yürüten avukatın hiçbir şekilde baskıya maruz kalmaması gerekir.

Savunma avukatının, savcı ile karşılıklı eşit haklara sahip olması, ceza yargılamasındaki “silahların eşitliği ilkesi”nin bir gereğidir. Savunma avukatı savcı karşısında da bağımsızdır, ondan talimat alma sözkonusu olamaz.

ee. Avukatın Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın sadece yargılama organına karşı bağımsız olması yeterli değildir. O yürütmenin organına karşı da bağımsız olmalıdır. Görevini ne şekilde yerine getireceği konusunda hiçbir makam ve merciinin avukata talimat verebilmesi, etkide bulunabilmesi mümkün değildir.⁴³

Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesine göre; avukat hakkında görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı dava açılması Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmasını gerektirmektedir. Gerçi Adalet Bakanlığı'nın verdiği izin idari karar olduğundan, buna karşı idari yargılarına gidilebilecektir. Ancak, bu husus avukatın yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını zedeler mahiyettedir. Bir başka deyişle, yürütmeye dahil olan Adalet Bakanlığı'nın avukat hakkında dava açabilmesi

⁴³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.44; Kılıç, S. *a.g.e.* s.5

açısından izin mercii olarak belirtilmesi, avukatın yürütme karşısında bağımsız olgusu ile çelişir.

Gerçektende kovuşturma izni verilmesi yetkisinin Adalet Bakanlığı yerine TBB'ye verilmesi daha uygun olurdu. Zira bu avukatın devlete karşı bağımsız olduğu gerçeğine daha uygun düşmektedir.⁴⁴

ff. Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Gerek Devlet ve gerekse mahkemeler kural olarak, avukatlık ücreti ile ilgili bir rol ve etkiye sahip değildir. Avukat üstlendiği iş için, vekalet ücretini kural olarak müvekkille serbestçe kararlaştırır. (Av. K. m. 163/1) Bu konuda bazı sınırlamalar olmakla birlikte asıl olan vekalet ücretinin taraflarca serbestçe kararlaştırılmasıdır.

Her ne kadar avukat üstlendiği işin ücretini müvekkille serbestçe kararlaştırırsa da, avukatlık ücret tarifelerindeki asgari miktarın altında kalan avukatlık ücreti karşısında iş ve dava kabulü Yasaktır. (Av. K. m. 164/3)

Diğer yandan tespit edilecek ücretin tutarı hakkaniyet kurallarına da uygun olmalıdır.⁴⁵

Avukatlık Yasası'nın 167. maddesinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte; avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıkların çözümü, yine aynı maddede ne şekilde teşkil olunacağı belirtilen hakem kuruluna bırakılmış idi. Ancak, Anayasa Mahkemesi 10.07.2004 tarih ve 25518 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanan 03.03.2004 tarih ve E. 2003/98 K. 2004/31 sayılı kararı ile bu maddeyi Anayasa'ya aykırı olarak iptal etmiş bulunmaktadır.

Diğer yandan, avukatların ekonomik bağımsızlığını güvence altına alınması bakımından, avukatlık asgari ücret tarifeleri son derece önemlidir. Ücret tarifelerinin, avukatların hizmetlerinin ve üstlendikleri maddi-manevi sorumlulukların uygun karşılığını tespit etmesi gerekir. Zira ekonomik bakımından güvencede olan avukat, iyi bir büro donanımına sahip olacak, hukuk literatürünü takip edebilecek ve bu suretle kendini geliştirebilecektir. Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı değişik 168. maddesine göre; artık avukatlık ücret tarifeleri Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na eskiden olduğu gibi iki yılda bir değil, her yıl hazırlanacaktır.

Avukatlık asgari ücret tarifelerinin hazırlanmasındaki Adalet Bakanlığı yetkisi de bu değişikliklerle kısıtlanmış bulunmaktadır. Yeni hükme göre,

⁴⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.43

⁴⁵ CCBE Meslek Kuralları, m. 3.4.1.

Adalet Bakanlığı'nın uygun bulmayarak bir kez daha görüşülmesi istemi ile geri gönderdiği tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçde iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde, onanmış sayılacaktır. (Av. K. m. 168/2)

b. Avukat-Müvekkil İlişkisi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Avukatın bağımsızlığının kapsamına, avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığının da dahil olduğu kabul edilmelidir.⁴⁶

Müvekkiline karşı da serbestçe karar verebilen avukat, müvekkilinin menfaatini himaye ile yargının bir unsuru olma niteliklerini kendisinde gerçekten toplamış olacaktır.

Avukat, sadece müvekkilinin talimatlarını yerine getiren kişi değildir; avukat bir vekalet sözleşmesi gereğince bir işin yapılmasını üzerine almakla müvekkilinin emri altına girmiş olmaz. O kendi kanaatine göre üstlendiği işi yürütme durumundadır. Kendisine bu iş için ücret ödenmiş olması, bağımsızlığına helal getirmez. Avukat tarafın vekilidir; onun hizmetkarı değildir.⁴⁷

Avukatın müvekkil talimatlarıyla bağımlı olması, bu talimatlar mesleki yükümlülüklerin ihlali anlamına geldiği oranda, onların gereklerini yerine getirmek zorunda olmamak şeklinde anlaşılmalıdır.

Avukat, müvekkili ile vekalet ilişkisi dışında, ekonomik bağlantılara girerse, bağımlılık tehlikesi ortaya çıkar. Böylesi bir tehlikenin önüne geçmek için, meslek hukuku, avukatın meslek çalışmasında bağımsızlığını korumak ve bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınmakta yükümlü olduğuna ilişkin kural getirilmiştir. (Av. K. m. 1; Meslek Kuralları m. 2)

Avukatın, müvekkil ile ilişkisinde ne zaman tehlikeye girdiği konusunda genel düzenlemeler getirmek mümkün değildir. Avukatın, meslek hukukuna özgü, meslek saygınlığını zedeleyici her tutum ve davranıştan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Müvekkili ile olan ilişkisini düzenlerken de bu yükümlülükler uygun davranmalıdır. Avukat, serbest karar verme olanağını tehlikeye sokan ve müvekkili ile iş ilişkisinde onu müvekkiline bağımlı kılan her durumdan kaçınmalıdır. Örneğin; müvekkili ile ödünç ilişkisine ve benzeri mali işlere girmemesi uygun olur.⁴⁸

⁴⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.63 vd; Kılıç, S. *a.g.e.* s.3; Busse, *a.g.e.* s.135.

⁴⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.64; Busse *a.g.e.* 135; Falkenhausen, J. *a.g.e.* s.28; Anday, N. *a.g.e.* s.40

⁴⁸ Sungurtekin M. *Avukatlık Mesleği*, s.63

Dava sonucuna katılma Yasağı (quato litis) konusundaki Avukatlık Kanunu hükmü de (m. 164/3) avukatın müvekkilinden bağımsızlığına hizmet ettiği düşünülebilir. Bu suretle avukatın kendi menfaatini hukuki meselelerin halinde devre dışı bırakması sağlanmış olmaktadır. Uyuşmazlığın, karara bağlanmasında, avukatın kendisinin bir ekonomik menfaatinin bulunmamasının, bağımsızlığının bir güvencesi olarak görülmelidir.⁴⁹

Avukatın müvekkilinden bağımsızlığının bir göstergesi de, kendisine teklif edilen vekalet işlerini kabul edip etmemekte serbest olması ve her zaman vekaletten çekilebilmesidir. Ayrıca avukat, mesleki yükümlülüklerini ihlali sonucunu yaratacak olan müvekkil talimatlarının gereğini yerine getirmek zorunda değildir.⁵⁰

Vekaletin üstlenmesi konusundaki zorlanma, avukatın belki de haksızlığa hizmet etmek zorunda bırakılması anlamına geleceğinden, bu durum avukatın yargının bir unsuru ve adil karara ulaşılması faaliyetinin ortağı olduğu gerçeğine aykırı olurdu. Ancak, gerekli görünen durumlarda mahkemece de avukat tayin edilebildiği düşünülürse, bu durumun avukat yönünden ne denli haklılık taşıdığı şüphe götürür.

İş reddetme hakkı, Av. K. m. 37 bağımsız avukatlık ilkesinin bir sonucudur.⁵¹ Yukarıda da sık sık vurgulandığı gibi, avukat ile müvekkili arasındaki gerçek bir güven ilişkisi bulunmalıdır. İşte güvene dayalı avukat-müvekkili ilişkisinde aksaklık söz konusu olduğunda vekaletten çekilmek mümkün olmalıdır. Doğal olarak, vekaletten çekilme zamanı bakımından müvekkilin menfaatleri gözönünde bulundurulmalıdır. Avukat, davayı almaktan ve kovuşturmadan çekilme hakkını, müvekkiline zarar vermeyecek şekilde kullanmaya dikkat edecektir. (Mes. Kur. m. 38/3)

Müvekkilinden bağımsız olma gerekliliği, nihai olarak her avukatın ekonomik durumu, gelir ve mal varlığı ile ilgili bir husustur.

Serbest meslek faaliyet tanımlamalarında “ekonomik bağımsızlık” belirleyici nitelik olarak yer alır. Mesleği bağımsız icra için, ekonomik bağımsızlık gereklidir.

Avukatlık faaliyeti bakımından ekonomik bağımsızlık son derece önemlidir. Zira ekonomik bağımsızlık olmadan, avukatın gerçek anlamda bağımsız olmasını temin etmek mümkün değildir.

⁴⁹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.64; Wolffers, F. “Rechtsanwalt in der Schweiz”, (1986) s. 54

⁵⁰ Busse, F. *a.g.e.* s.135; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.65.

⁵¹ Daylık, K. “Avukatlık Bağımsızlığı Açısından Avukatlık Ücreti”, *Avukatlık Mesleği*, İstanbul Barosu Sempozyumu, s.254.

Vergi hukuku bakımından, sadece ekonomik bakımından bağımsız faaliyet gösterenler serbest meslek kavramına dahil kabul edilmekte iken, meslek hukuku bu kavramı daha da geniş anlamaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinin c bendi çerçevesinde, özel hukuk tüzel kişilerinin, hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlıkta meslek bakımından serbest meslek kavramı gerçekleşmiş demektir.

Bağlı avukatlık ve part-time bağlı avukatlık diye adlandırılan biçimde yapılan avukatlığın⁵² bağımsız avukatlık ilkesine aykırı düşüp düşmeyeceği tartışmalıdır. Bu şekilde bağımlı olarak çalışmanın ancak gerekli bağımsızlığın sunulması halinde, mesleğin nitelikleri ile bağdaştığı kabul edilebilir. ⁵³

Avukatın ekonomik bakımından kendisini güvencede hissetmesinde, hukuk devletinin de menfaati bulunmaktadır. Bağımsız avukatlık, hukuk devletinin vazgeçemeyeceği bir kavramdır. Bu nedenle, avukatlık gelirlerinin vergilendirilmesinde avukat bağımsızlığını ve bunun bir yönü olan ekonomik bağımsızlığı zedelemeyecek yöntemler izlenmesi, kendisinin vazgeçemeyeceği bir kurum olan bağımsız avukatlığın temini bakımından hukuk devletinin görevidir. ⁵⁴

Ceza Usul Hukuku'nda da müdafii sanıktan bağımsızlığını düzenleyen hükümler vardır. Örneğin müdafi ile sanık duruşmaya çağrılırken ayrı ayrı çağrı kağıdı gönderilir CMUK, m. 211) Müdafii savunmasından sonra sanığa bir diyeceğinin bulunup bulunmadığının sorulması da müdafii sanıktan bağımsızlığını gösterir.

Tebliğat Kanunu'nda da avukatlığın bağımsızlığını destekleyen hükümler bulmak mümkündür. Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebliğat vekile yapılır. (Teb. K. m. 11)

c. Üçüncü Kişiler Bakımından Bağımsız Avukatlık

Bağımsız avukatlık, üçüncü kişilerden de bağımsız olmak demektir. Avukat sadece, müvekkilinin çıkarlarını kollamak durumundadır. Bu nedenle de avukatın müvekkilinin çıkarlarına ters düşen, her türlü kişisel, toplumsal ya da örgütsel ilişkilerden kaçınması gerekir. ⁵⁵

⁵² Bağlı avukat ve part-time bağlı avukatlar kavramları için bkz. DAYLIK, K. a.g.e. s.256 vd.

⁵³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.69.

⁵⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.70.

⁵⁵ Busse, F. a.g.e. s.135; Falkenhausen, J. a.g.e. s.28.

Demokratik hukuk devletinde, topluma bağıllık tehlikesi, devlete bağımlılık tehlikesinden çok daha büyüktür. Her birey toplumun etkisi altında mutlak anlamda bir toplumsal bağımsızlığa ulaşmak hemen hemen olanaksızdır. Avukatın kendi hukuk kanaatine göre, serbestçe karar verebilmesini güvence altına alabilmek için, onun her türlü sosyal güç, birlik, organizasyon, iktisadi teşebbüs ve partiden ve bu arada basından gelebilecek etkilerden uzak tutulması gerekir. İşte avukat, bu gibi kendisini etki olasılığı bulunan öğelerin baskısı altında hukuka sadık kalmalıdır.⁵⁶

Basın ve kamuoyunun avukatın faaliyetini etkilemesine olanak bırakılmamalıdır. Türlü toplumsal güçlerin avukat ve müvekkili arasındaki ilişkiyi etkisi altına almasına izin verilmemelidir. Gerçekten Anayasa, (m. 28/5) basın hürriyetinin yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere kanunla sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.⁵⁷

Özetle; avukatlık faaliyetine ilişkin hukuki olmayan etkileri önlemenin bir başka deyişle, müvekkilden ve toplumdan bağımsızlığın korunmasının nihai olarak avukatın kişiliği ile yakından ilgili olduğu belirtilmelidir. Zira sadece güçlü kişiliği olan avukat, gerek devlet, gerek müvekkil ve gerekse üçüncü kişilerle ilişkisinde bağımsızlığını koruyabilir. Avukatlık mesleğine ilişkin özgürlüğün gerçekte bulunup bulunmadığı her bir avukatın mesleğinde yetenekli ve başarılı olmasına da bağlıdır. Salt Yasal düzenlemelerle müvekkil ve toplumdan bağımsızlığın düzenlenmesi ve güvence altına alınması olanaksızdır. Mesleğe kabul ve meslekten çıkarılma konusunda getirilen hükümler, sadece kendi değer ölçülerini oluşturabilmiş, kişilik sahibi, yetenekli ve başarılı kişilerin mesleklerini icraada bağımsız olmaları bakımından önler niteliği gösterebilir.⁵⁸

d. Bağımsız Avukatlık; İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

Savunma dokunulmazlığı, avukat bağımsızlığının en önemli yönlerinden biridir.⁵⁹

Bu dokunulmazlık, davanın başlamasından bitimine kadar yargılama makamlarına dava ile ilgili olarak verilen dilekçe ve yazılarla her türlü belgenin ve yargılama makamları huzurunda yapılan iddia ve savunmalarının içerdiği hakareti mutazammın, yazı ve sözlerden ötürü bunları sarf

⁵⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 70; HABSCHEID. W. *a.g.e.* s.1989

⁵⁷ Kunter, N. “*Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*”, (1989) s. 469, Nr. 252

⁵⁸ Sungurtekin M. *Avukatlık Mesleği* s. 71

⁵⁹ Eriş, U. *a.g.e.* s. 2 Güner, S. *Avukatlık Hukuk* s. 87 vd.; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 71 vd.

eden taraflar vekil, müdafii, müşavir ve kanuni temsilciler hakkında cezai takibat yapılmamasını ifade eder. Bu adaletin herhangi bir engellenmeyle karşılaşmaksızın temini amacına dayanır. Savunma yapmak adına söylenmesi gerekenin, ceza korkusu ile söylenememesi adaletin gerçekleşmesine engel olur. Ancak, savunma dokunulmazlığının bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi ve ceza görmeksizin onur kırmaya araç olacak şekilde kötüye kullanılmasına da fırsat verilmemesi gerekir.⁶⁰

Kamu hukuku alanlarına giren haklardan olan, savunma dokunulmazlığı Ceza Kanunu'nun 486. maddesinde düzenlenmiştir. Yargıç söz konusu hükmün uygulama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden araştırmalıdır. Bu dokunulmazlıktan mahiyeti itibariyle vazgeçilemez.

Bu dokunulmazlıklar ancak, taraflar, vekil, müdafii, müşavir ve kanuni temsilciler faydalanır. (TCK, m. 486/1)⁶¹

Bu dokunulmazlığın konusu sadece hakaret içeren söz ve yazılardır. Yani sadece hakaret suçları için savunulma dokunulmazlığı kabul edilmiştir. İftira (TCK, m. 285) tehdit (TCK m. 191), tanıkları yalan beyana teşvik (TCK m. 191), savunma hakkının kötüye kullanılması (TCK m. 283) suçlarında savunma dokunulmazlığından söz edilemez.

Hakaret ve sövme, yargılama makamlarına verilen dilekçe, layiha veya bunların dışındaki evrak ile savunmaya konu olan yazı ve sözlerle işlenmelidir.

Yargılama makamlarına verilen dilekçe ve benzeri yazılar, iddia ve savunmaya ilişkin olmalıdır. Bir başka deyişle, görülmekte olan bir dava ile sarf edilen, hakaret içeren ifade arasında mantıksal bir bağ bulunmalıdır.

Dava ile dilekçeler, yargılama makamına verilmelidir. Savunma bu makam huzurunda yapılmalıdır. Davanın görüldüğü sırada, yargı merciine verilen, hakaret içeren yazı ve sözler savunma dokunulmazlığından yararlanır.

Savunma dokunulmazlığı, özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilebilir. Bu dokunulmazlığın sonucu savunma dokunulmazlığı kapsamındaki hakaret içeren yazı ve sözler içeren, bunları sarf edenler hakkında kovuşturma yapılmamasıdır (TCK m. 486/1)⁶²

Savunma dokunulmazlığı ceza kovuşturması yapılmasını engellerse de, hukuki sorumluluğu bertaraf etmez. Aslında böyle bir sonucun öngörülmüş olması, savunma dokunulmazlığının getirilmesi amacı ile çelişki-

⁶⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 71 vd.

⁶¹ Eriş, U. *a.g.e.* s. 3

⁶² Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 75

lidir. Zira Ceza Kanunu'nun 486. maddesinin 3.fıkrası “...1. fıkırada yazılı hallerde” demek suretiyle savunma dokunulmazlığının aşılmış olmadığı durumlarda da manevi tazminat istemi ile karşı karşıya kalılabileceğini belirtmiş olmaktadır. Bu ise Ceza Kanunu'nun 486.maddesinin sağlamaya amaçladığı savunmaya etkin güvence temin etme düşüncesine terstir.⁶³

Nitekim kimi yazarlar, savunma dokunulmazlığını yalnız cezai yönden değil, hukuksal yönden de geçerli olması, aksi halde tazminat korkusunun savunma özgürlüğünü zedeleyebileceği görüşünü ileri sürmektedirler.⁶⁴

Diğer yandan sırf sansasyon yaratma düşüncesi ile, dava dolayısıyla söylenmesi zorunluluğu bulunmadığı, gerçeğin ortaya çıkmasında etkili olmadığı halde, bir takım hakaret içeren yazı ve sözlerin kullanılmasına imkan tanımak, bunları savunma dokunulmazlığı kapsamına almak, insan onurunu esas olan, ona saygılı olan, Hukuk Devleti anlayışı ile bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden, hukuka uygunluk sebebi de olamaz.

Görüldüğü üzere, savunma sınırını aştığı kabul edilirse avukat hem suç sayılabilen eyleminden ceza alacak, hem de tazminata mahkum edilecek ve ayrıca eylemi meslek kurallarına aykırı sayıldığı halde mensup olduğu baro disiplin kurulunca disiplin cezasına çarptırılabilir.

Ortaya çıkan tablo, avukatın savunma hakkını kullanırken, içinde bulunduğu konumun ne denli hassas bir denge üzerinde kurulu olduğunu göstermesi bakımından da ilginçtir.⁶⁵

e. Bağımsız Avukatlık ve Barolar

Avukatlık hizmetleri, Anayasamızın “idare” başlığı altında “yürütme” bölümünde düzenlenmiş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Anayasa m. 135) olan baroların denetim ve gözetimi altında avukatlarca yürütülmektedir. Bu nedenle, avukatın kayıtlı olduğu baro ile ilişkisini avukatın bağımsızlığı kapsamında değerlendirmek gerekir.⁶⁶

Avukatın, devletin en önemli görevlerinden biri olan hukukun gerçekleştirilmesi, yani adalet dağıtılması faaliyetine katılması, onun diğer meslek mensuplarının aksine, özel bir meslek hukukuna tabi olmasını ve kendisine özel bir takım mesleki yükümlülükler yüklenmesini haklı kılmaktadır.⁶⁷

⁶³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 76

⁶⁴ Erem, F. “*Müdafaa Masuniyeti*” (1956) s. 14-15

⁶⁵ Eriş, U. *a.g.e.* s. 9

⁶⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 44

⁶⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 45

Gerçekten meslek-meslek hukuku incelendiğinde, her bir avukatın bağımsızlığının açıkça meslek hukuku bakımından sınırlandırıldığı görülmektedir.

Avukat bağımsızlığının ilk sınırı bir baroya kayıtlı olma zorunluluğudur. (Av. K. m. 66/1)

Meslek icrası konusunda zorunlu olan denetim, ancak tüm avukatların üyesi bulundukları bağımsız meslek kuruluşunca yerine getirilir. Son derece doğaldır.⁶⁸ Avukatların baroya zorunlu üyeliklerinin gerekçesi de bu olmaktadır. Kendi mesleklerinden olan, mesleki sorunları bilen avukatlardan seçilmiş temsilciler eli ile meslek icrasının denetiminin gerçekleştirilmesi, mesleki faaliyet bakımından bağımsız olmanın bir sonucudur.

Her avukat üyesi olduğu baroyla bir ilişki içindedir. Ancak bu bir ast-üst ilişkisi değildir.

Meslek ahlakı ve kuralları çerçevesinde, avukatlığın genel menfaatlerine uygun olarak barolarca belirlenen kurallara uymak dışında avukat baronun emir ve talimatları altında değildir.⁶⁹

Barolar mesleklerini icrada avukata emir veremez.⁷⁰

Avukatın meslek kuruluşu tarafından denetlenmesi, avukatlığın bir kamu hizmeti olmasının gereğidir. Bu bakımdan bağımsızlık kavramının, baronun denetim görevi ile çeliştiğini düşünmek olanaksızdır.⁷¹

Avukatın bağımsızlığını ve mesleğin onurunu sağlamak ve korumak amacı ile meslek standart ve meslek ahlakını ilişkin ilkeler oluşturmak bir meslek örgütü olarak baroların asli görevidir. Barolar, öncelikle avukatların haklarını korumaya çalışmak, sonra da hukukun uygulanması ve gelişmesi için mücadele etmektir.

Meslek kurallarına ve mesleki yükümlülöklere bağlılık bağımsızlığı zedelemaz. Aksine “*ahlak kurallarını ve mesleğin uygulama ilkeleri*” belirlenmiş ve avukatların meşru çıkarlarını tam bir bağımsızlık, özen ve dürüstlük içerisinde savunduğunu incelemek amacıyla düzenlemeler yapılmış olmalıdır. Bu düzenlemelerin, avukatların kendi seçecekleri bağımsız barolar tarafından yapılması gerekir.⁷²

⁶⁸ Müller; L. “*Die Freiheit der Advokatur (Die Geschichtliche Entwicklung in Deutschland Während der Nazizeit und Ihre Rechtliche Bedeutung in der BRD)*” Diss. Würzburg (1972), s. 142

⁶⁹ Kılıç, S. a.g.e. s. 6

⁷⁰ Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukatlık*, s. 23

⁷¹ Eren, F. *Meslek Kuralları* (Şerh) s. 23

⁷² Güner, S. “*Savunma Hakkı ve Baroların Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Kurultayı 2000, C. 4 s. 204-205

Ancak bu denetim görevini yapacak olan baroların kendilerinin de özerk ve hem otoriteden hem de kamudan bağımsız olmaları gerekir.⁷³

Bu bağımsızlık, baroların herşeyden önce yürütme organı karşısındaki bağımsızlığıdır.

“Hukuk üstünlüğü” kavramını savunmaya kendini hasetmiş, yürütme karşısında bağımsız baronun mevcudiyeti hukuk üstünlüğü kavramının temel unsurlarından biridir.⁷⁴

Vesayet altındaki barolar, çağdaş baro anlayışına uygun düşmemektedir.

Vesayet altında baro anlayışı, Anayasamızın ruhuna da uygun sayılmaz. Kuvvetler ayrılığı bir anayasal prensip olduğuna göre, vesayet altında tutan sistem dolayısıyla, adliye de müdahale etmiş durumuna girer. “Adliyenin bağımsızlığı”, fiilen ve tamamen sağlanmış olmazsa “hakimlerin bağımsızlığı” eksik kalmış demektir.⁷⁵

Bağımsız barolar, avukatlığın bağımsız olmasını temin bakımından hem gereklidir ve hem de teminattır.⁷⁶ Bütün bu nedenlerle avukatın ya da baroların bağımsızlığı, bunların tek tek ve birbirinden bağımsızlığı değil, tümüyle savunmanın bağımsızlığıdır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası’nda 02.05.2001 tarihli 4677 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler, baroların bağımsızlığını oldukça ileri noktalara götürmüş, Adalet Bakanlığı vesayetini daraltmış, son sözü söyleyen makam olmaktan büyük ölçüde çıkarmıştır.⁷⁷

III. SONUÇ

Avukat, bir olaydaki sorunları çözen ve ilgiliye hukuki yardımda bulunan, adaletin gerçekleşmesine hizmet eden kişidir. O ailesini ve vatanını savunurken canını feda etmekten çekinmeyen bir cengaverden daha az yararlı değildir. (1500 yıl önce kaleme alınmış Codex Justinianus)⁷⁸

⁷³ AB Avukatlık Prensipleri, Prensip V: Birlikler, m. 2

⁷⁴ Klecatsky H. “Reflexion sur la primauté du droit, Rev. de la com. Inter. de jurites”, (1963), n. 2 s. 215; Erem F. Meslek Kuralları (şerh) s. 13

⁷⁵ Erem F. Meslek Kuralları (şerh) s. 14

⁷⁶ Sungurtekin, M. Avukatlık Mesleği, s. 54

⁷⁷ Özok, Ö. “Bağımsızlık-Vesayet-Birliktelik”, TBB Dergisi, S. 48 Eylül/Ekim 2003, s. 23

⁷⁸ Hartsrtang, G. “Der Deutsche Rechtsanwalt-Rechtssstellung und Funktion in Vergangenheit und Gegenwart”, (1986) s. 9; Busse, F. a.g.e. s. 130

Avukatlık her zaman olduğu gibi günümüzde de bir ilim ve sanattır ve yargıcılık kadar eski, fazilet kadar asil ve adalet kadar gereklidir. (Fransız Başbakanı d'Aguesseau 1813)⁷⁹

Biri 1500, diğeri ise 191 sene önce yapılmış avukatlığa ilişkin bu tarifler, günümüz için de geçerlidir.

Danışman ve temsilci olarak avukat, tüm hukuk ihtilaflarında müvekkilinin haksızlığa uğramasını önler. Hukuku geliştirerek, ihtilafları önleyerek, yargı ve idari mercilerin hatalı kararlarına karşı müvekkilini korur. Müvekkilinin anayasal haklarının zedelenmesine ve devlet gücünün kötüye kullanılmasına karşı müvekkilinin haklarını güvence altına alır.

Avukat sadece müvekkilinin talimatını yerine getiren bir vekil değildir. O yaptığı işi adalet/hukuk terazisinde sürekli tartar. Söz konusu eylemin hukuki/toplumsal anlamını arayan, sonrada bu tespitlere göre savunma görevini yerine getiren özel bir kişidir.⁸⁰

Tüm bu görevleri yerine getirebilmek için avukatın bağımsız olması gerekir. Bağımsızlık avukatlığın “*olmazsa olmaz*” koşuludur. Bu bağımsızlık aynı zamanda, yargıcın bağımsızlığı ve adaletle güven içinde gereklidir. Böylece avukat, aynı zamanda hukuk devletinin taşıyıcısı ve teminatıdır.

Bağımsızlık her şeyden önce, devlete karşı ve devletten bağımsız olma anlamına gelir. Devlete karşı bağımsızlık, yargı organlarına karşı bağımsızlığı da içerir. Bağımsız avukatlık, avukatın aynı zamanda müvekkilinden ve üçüncü kişilerden de bağımsız olmayı gerektirir.

Kuramsal olarak bağımsız avukatlık, hukuk devletinin hedeflediği hukukun ve adaletin gerçekleşmesi amacına hizmet etmekte olduğundan, hukuk devletinin vazgeçemeyeceği temel unsurlardan biridir.⁸¹

Nasıl hakimlerin bağımsızlığı “*bizzat (kendine yeter) amaç*” değil, adaletin tecellisine ve böylece hukuki barışın gerçekleşmesine bir araç ise; avukatların bağımsızlığı da bir amaç değil, kendilerine yüklenilen hak ve görevleri en mükemmel şekilde yerine getirme de bir araçtır.

Unutulmamalıdır ki bir şeyden bağımsız olmak, aynı zamanda bir şey için bağımsız olmaktır.

Avukatın görevinde nazari olarak bağımsızlığı yeterli değildir. Avukat, vatandaşın danışmanı ve temsilcisi olarak hak arama ve hukuk yaratma

⁷⁹ Gneist, “*Freie Advokatur. Die Erste Forderung in Preussen*”, (1867) s. 55

⁸⁰ İnanıcı, H. “*Avukatlık Mesleğinde Ahlak, Etik Meslek Kuralları ve Etik Bir Deneme*”, *Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Sempozyumu*, s. 353 vd. 364.

⁸¹ Huber, H. *a.g.e.* s. 266

⁸² Nemo, P. “*Baroların Bağımsızlığı-Savunmanın Dokunulmazlığı*”, *Diyarbakır Barosu Yayını* (2004) s. 5

görevini yaparken, kendisini gerçekten hür hissetmelidir. Bu da ancak arkasında kendisini destekleyecek ve koruyacak, en az kendisi kadar bağımsız bir meslek örgütünün varlığı mümkündür.

Bağımsız avukatlık ile bağımsız baro kavramları birbirlerine karşı değil, birbirlerini tamamlayan kavramlardır. *“Güçlü avukat, ancak güçlü bir baro varsa vardır.”*⁸²

Gerek iç hukukumuzda ve gerekse ulusal hukukta, bağımsız avukatlık ve bağımsız baro, büyük ölçüde güvence altında alınmıştır.

Ancak, bu güvenceler ne kadar geniş kapsamlı olsalar da, hiçbir zaman yeterli olamazlar. Asıl güvence, bağımsızlığı kullanacak kişilerin bizzat kendilerinin *“bağımsız kişiliğe”* sahip olmaları ile mümkündür. Bir başka deyişle, bağımsızlık; ancak bağımsız kişilikle yeşerir ve güç kazanır. Bağımsız kişilik; yürekli olmanın da ön koşuludur.

Bağımsız kişiliğe, çağın bilgileri ile donatılmak ve onun sunduğu tüm maddi ve manevi olanakları doğru ve amaçlarına uygun kullanmak yoluyla kavuşulur.

Diğer yandan, müvekkil ile avukat arasındaki ilişki güvene dayalı bir ilişkidir. Avukatın samimiyeti, doğruluğu, dürüstlüğü ve namusu konusunda şüphe var ise; güvene dayalı ilişkiden söz edilemez.

En temel insan haklarından olan, *“Adil Yargılanma Hakkı”* nın korunması, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi için bilgili, yetenekli, güvenilir, bağımsız-tarafsız yargıçlar kadar, yaptığı işin sorumluluğunun bilincinde, bağımsız, bilgili ve de yürekli avukatlara da gereksinim vardır. Hala avukatlar *“hukukun korkusuz şövalyeleri”*⁸³ olmak durumundadırlar.

⁸³ Hartstrang, G. a.g.e. s. 11