

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA “BAĞIMSIZ BİR ADLİYE ORGANI” OLARAK AVUKAT

Av. Dr. Teoman OĞUZHAN*

A. GİRİŞ

Almanya Federal Cumhuriyeti’nin İkinci Dünya Savaşı sonrası yeni hukuk düzeninde güncelliğini koruyan konulardan biri de, avukatın adliye içindeki konumudur. Bununla ilgili olarak 1959 tarihli Federal Avukatlık Kanunu¹ (BRAO) sadece genel bir tesbitte bulunmakla yetiniyor; “*Avukat, adliyenin bağımsız bir organıdır*” (§ 1). Veciz bir şekilde formüle edilen bu hüküm, hukuk öğretisinde ve uygulamada farklı değerlendirmelere ve yorumlara neden olmuştur ve olmaktadır. Konuya bütün incelikleriyle girmek, bu yazı çerçevesinde mümkün değildir. Yazının amacı, anılan hükme ilişkin gelişmelere büyük ölçüde damgasını vuran Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) kararlarının bir kesitini kısaca vermektir. Böylece, ülkemizde avukatın hukukî konumuna ve özellikle Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında 02.05.2001 gün ve 4667 sayılı Kanun’la yapılan yeni düzenlemeye ilişkin yorumlara değişik açıdan belki bir katkıda da bulunulmuş olacaktır.

Konunun daha iyi anlaşılıp değerlendirilebilmesi için, kararlara esas olan olaylar da kısaca özetlenecektir. Kararların seçiminde, mahkemenin tutumunun zaman içindeki değişim ve gelişimini göstermesi bakımından kronolojik yöntem esas alınmış ve karar başlıkları, uyuşmazlık konusuna göre adlandırılmıştır.

* İstanbul Barosu üyesi.

¹ BGBl (Federal Resmî Gazete) I, s. 565.

B. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖZETLER

I. Avukat Şeref Mahkemesi'nin² Anayasa'ya Uygunluğu³

Meslekî görevlerine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle kendisine Şeref Mahkemesi'nce "kınama" cezası verilen avukat, kararın Federal Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Başvuru sebeplerinden biri, Şeref Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı özel bir mahkeme olduğu ve bunun ayrıca eşitlik kuralıyla (Alman Anayasası m. 3/I) bağdaştırılamıyacağı iddiasıydı. Anayasa Mahkemesi, Şeref Mahkemesi'nin görevinin avukatın meslek hukukuyla sınırlı olduğunu ve dolayısıyla yasak bir özel mahkemenin söz konusu olamayacağını belirttikten sonra, şu gerekçeyle eşitlik kuralına da aykırılık görmemiştir:

"Avukatların meslekî işleri için özel yargılamanın kurulması genel eşitlik kuralıyla da bağdaşır; Kanun koyucu, Alman Anayasası'nın 3. maddesi 1. fıkrasının⁴ kendisine verdiği şekillendirme özgürlüğününün sınırlarını aşmamıştır.

*Avukat yalnız özel çıkarların temsilcisi değil, aynı zamanda adliyenin bağımsız organıdır (§ 1 BRAO). Bununla, avukatlık, 1957 tarihli BRAO Hükümet Tasarısı'nın gerekçesinde (BT-Drucks. II/120, Bem. zu § 1, s. 4) söylendiği gibi, 'mahkemeler ve savcılık tarafına geçmektedir. ... Adliye dahilindeki bu konumu, avukatı, mesleğinin icrasında bunu dikkate almaya mecbur etmektedir. Dolayısıyla, avukat, Medenî Muhakeme'de vekil veya Ceza Muhakemesi'nde savunman sıfatıyla bilinçli olarak haksızlığa hizmet edemez veya hukukun bulunmasını güçleştiremez.' Avukatların bu özel görevi, onları öteki meslek mensuplarının çoğundan farklı olarak özel bir disiplin hukukuna tâbi kılmayı haklı gösteriyor. Bu disiplin hukukunun uygulanması için, meslek üyelerinin konuyu bilen, fahrî hakimler olarak katılacağı özel mahkemelerin kurulması, Anayasa'da bizzat öngörülen özel Hizmet Ceza Mahkemeleri'nin oluşturulmasında (Alman Anayasası m. 96 a /IV eski metin) olduğu gibi esasa aykırı değildir."*⁵

² BRAO'nun 1994 yılında (BGBl I, s. 2278) kısmen değiştirilen hükümleri arasında avukatların disiplin kovuşturması da bulunmaktadır. Bu çerçevede, dilimize "Şeref Mahkemesi" olarak tercüme edebileceğimiz "Ehrengericht" yerine, günümüz koşullarına ve hukuk diline daha uygun, "Anwaltsgericht" ("Avukat Mahkemesi") terimi yasa metnine alınmıştır. Ancak burada, 1994 öncesi meslekî yargılamaya ilişkin eski kanun metninde kullanılan terime sadık kalınmıştır.

³ BVerfG, 11.6.1969-2 BvR 518/66, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1969, s. 2192-2195).

⁴ Alman Anayasası m. 3/I metni: "Bütün insanlar kanun önünde eşittir."

⁵ BVerfG, dpn. 3, s. 2192.

II. Tanığın Hukukî Yardım İsteme Hakkı⁶

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, ceza hakimi önündeki ifadesi-ne kendi seçtiği bir avukatın katılmasını isteyen tanığın hukukî durumunu ve avukatın reddinin hukukten yerinde olup olmadığını inceliyor. Mahkemeye göre, hukuk devleti kuralı tanığa avukatın yardımını almayı sınırsız bir genel hak olarak garantilememektedir. Çünkü bu hakkın bütün somut olaylarda herhangi bir sınırlama olmadan kullanılması, “işliyebilir ve etkin bir adliyenin korunması postülası”yla bağdaşmayacaktır. Devlet makamları ve mahkemeler, “orantılılık kuralı”na uygun olarak, tanığın bir avukatın yardımını alma hakkıyla, ceza davası ve benzer davaların etkinliğindeki kamu yararını, olayın kişisel ve gerçek bütün özelliklerini karşılıklı tartmak suretiyle karara varmalıdır. Bu nedenle, tanığın dinlenmesine avukatın alınması için, her zaman, hukuk devletine uygun özel bir “meşruiyet”e (“Legitimation”) ihtiyaç vardır. Bu meşruiyet, “farklı biçimde, tanığın her defaki özel durumundan, özellikle yurttışa ait genel tanık görevlerini yerine getirmede kendisine menfaatleri icabı tanınmış olan usulî yetkilerden doğar”.

Anayasa Mahkemesi, olayı diğer Anayasa hükümleri yanında ayrıca avukatın mesleğini icra özgürlüğü açısından da ele alarak, konumuz açısından şu saptamada bulunuyor:

“BRAO, § 1’e göre, avukat adliyenin bağımsız bir organıdır. Mesleği, devlete bağlı bir güven mesleği olup, ona hakikat ve adaletle yükümlü resmî göreve benzer bir görev vermektedir. Avukat sır saklama zorunluluğundadır. Dolayısıyla, tanığın dinlenmesinde, onun hukukî yardımcısı olarak, bir muhakeme katılanı (Verfahrensbeteiligter) konumuna benzer özel bir konumu vardır.”⁷

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’ne göre, “tanığın hukukî yardımcısı avukatın geniş anlamda muhakmeye katılanlar arasına alınması; eğer katılma düzenli ve etkin bir delil toplanmasını ağırlaştırmak veya önlemek ve böylece maddî bakımdan doğru ve adil bir kararın bulunmasını aksatmak için görülebilir şekilde kötüye kullanılıyorsa, avukatı tanığın dinlenmesinden yasaklamaya kural olarak engel değildir.” Ancak yasaklama, ilgili kanun hükümlerinin verdiği yetki ölçüsünde mümkündür.⁸

⁶ BVerfG, 08.10.1974-2 BvR 747/73, NJW 1975, s. 103-105.

⁷ BVerfG, dpn. 6, s. 105.

⁸ BVerfG, dpn. 6, s. 105; avukatın bir ceza davasındaki savunma görevinden yasaklanabilmesi için açık ve yeterli bir yasal yetkinin zorunluluğuna ilişkin ayrıca bkz., BVerfG, 14.2.173-2 BvR 667/72, Juristenzeitung (JZ) 1973, 311 vd.

III. Müdafilerin Sayısının Sınırlandırılmasının Anayasa'ya Uygunluğu⁹

Almanya'da, 31.12.1974 tarihine kadar görülen ceza davalarında, her sanık istediği sayıda avukattan yararlanabiliyordu (Alman Ceza Muhakemes Kanunu, StPO, §§ 137/I, 227). Ayrıca, birçok sanığın savunması kural olarak bir müşterek avukat aracılığıyla gerçekleştirilebiliyordu (StPO, § 146/I). Kanun koyucu, 1970'li yıllardaki terör eylemlerinin etkisiyle anılan paragrafları değiştirerek sanığın seçeceği avukat sayısını üçle sınırladı ve birden fazla sanığın müşterek bir müdafi tarafından savunulmasını yasakladı.

Alman Anayasa Mahkemesi, söz konusu sınırlama ve yasağın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını redderken, gerekçesinde BRAO § 1'e de dayanmaktadır:

"§ 146 StPO, avukatın, AY m. 12/I'den¹⁰ doğan temel hakkını zedelememektedir. Gerçi birlikte savunma yasağı avukatın statüsüne dokunan, mesleğin icrasına ilişkin bir düzenleme getiriyor. Fakat bu, haklılığını, kamu yararının yaygın öneminde bulmaktadır (krş. BverfGE 7, 377, 405 = NJW 1958, 1035). Kanunun amaçladığı, müdafinin yardım fonksiyonunun garantilenmesi, sadece onu ve müvekkilini ilgilendirmez. Bu garanti, kamu yararına da. Müdafi olarak avukat, sadece özel hukuk bakımından iş görme sözleşmesiyle (vekalet sözleşmesi) verilen vekâleti yerine getirmemektedir; o, aynı zamanda, kamu huku olarak düzenlenmiş, devletin cezalandırma talebi hakkında karar verilmesi gereken yargılamada, mahkeme katılanı olarak kendi hak ve görevlerine göre hareket etmektedir. Böylece, o, sadece müvekkilinin temsilcisi değil, aynı zamanda tamamen sanığın yardımcısı rolünde adliyenin organıdır (BRAO, § 1)." ¹¹

IV. Avukat Adayının Komünist Bir Partiyi Tutmasına Rağmen Avukatlığa Kabulü¹²

Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetle bulunan, bir avukat adayı. Kendisi aynı zamanda "Batı Almanya Komünist Birliği" (KBW) partisi üyesi. Yetkili baro yönetim kurulu, adayın avukatlığa kabulü için başvurusunu (30.5.1978), düzenlediği rapordaki olaylara dayanarak, avukatlık mes-

⁹ BVerfG, 11.03.1975-2 BvR 135-137/75, NJW 1975, s. 1013-1015.

¹⁰ Alman Anayasası m. 12/I metni: "Bütün Almanlar, mesleklerini, iş ve meslekî eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptirler. Mesleğin icrası, kanunla veya bir kanuna dayanarak düzenlenebilir."

¹¹ BVerfG, dpn. 9, s. 1014. Alman Anyasa Mahkemesi, müdafiin görevden yasaklamasına ilişkin, 14.2.173 gün ve 2 BvR 667/72 sayılı kararında (BverfG, JZ 1973, s. 311-314), benzer şekilde, avukatın meslek özgürlüğünü, organ statüsünü ve sanığın yardımcısı olduğunu vurgulamaktadır.

¹² BVerfG, 08.03.1983-1 BvR 1078/80, NJW 1983, s. 1535-1539 = JZ 1983, s. 599-601.

leğine “lâyik olmama” (BRAO, § 7, bent 5) nedeniyle reddetti. Avukat Yüksek Şeref Mahkemesi 17.12.1979 günlü kararında söz konusu nedenin bulunmadığını tesbit ederken; Federal Yargıtay, yetkili baronun ve İçişleri Bakanı’nun itirazı üzerine, bu kararı yetkili baro yönetim kurulu lehine bozdu. Anayasa Mahkemesi ise, şikayetçi avukatın başvurusunu meslek özgürlüğü (Alman Anayasası, m. 12/I) temelinde inceleyerek avukatlığa “lâyik olmama”yı gerektirecek bir cezaî hareketinin bulunmadığı (BRAO, § 5 Nr. 5) ve “özgürlükçü demokratik düzen”e karşı cezalandırılabilir bir şekilde mücadele etmediği (BRAO § 7 Nr. 6) gerekçesiyle haklı buldu.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, avukatın meslek özgürlüğü birbiriyle çelişkili gibi görünen iki unsuru bağdaştırmak zorunda: “BRAO’nun meslek hukukuna ilişkin düzenlemeleri, Anayasa hukuku açısından önemli iki temel ilkenin gerilim ilişkisi içinde bulunuyor; bir taraftan; serbest avukatlık kuralı ve diğer taraftan; fonksiyon görebilen adliyedeki genel yarar (kamu yararı). Bu gerilim ilişkisinin, Anayasa tarafından belirlenen sınırlar dahilinde ölçülü denge anlamında çözümü, kanun koyucunun kararına bağlıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun, meslek özgürlüğü temel hakkının sınırlandırılması için hangi kararları aldığının, geçerli yorum kuralları uygulanarak dikkatle incelenmesi zorunludur. Bununla, BRAO’nun, avukatlığa kabulü yalnız bu kanunda belirtilen nedenlerle reddedilebilir (§ 6) açık hükmü uyuşum içinde bulunmaktadır. Gerçi bu nedenler mahkemelerin yorumuna bağlıdır. Fakat bunlara (mahkemelere), kanun koyucu kararını yorum yoluyla alttan aşmak ve temel hakkı kanun koyucunun öngördüğü ölçünün ötesinde sınırlamak Anayasaca yasaklanmıştır (krş. BVerfGE 49, 304 [318] = JZ 1979, 60 [Starck] – Bilirkişi sorumluluğu; 37, 132 [148]=JZ 1974, 609 – kira hukukunda mülkiyetin getirdiği yükümlülükleri).”¹³

Anayasa Mahkemesi, kararında, avukatın adliyenin bağımsız bir organı olarak sınıflandırılmasını da aynı çerçevede değerlendirerek, bundan meslek özgürlüğünü sınırlayıcı bir sonucun çıkarılamayacağı, sınırlandırmanın ancak mesleğe kabule ilişkin özel yasal hükümlere dayanabileceği tesbitinde bulunmaktadır.¹⁴ Kararın konumuz bakımından en önemli noktası, avukatın organlık statüsünün daha önceki kararlarına kıyasla¹⁵ kısmen farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmasıdır:

“Avukatlık mesleğinin memura benzer bağımlılıktan kurtarılması ve devletten bağımsız serbest meslek olarak tanınması Anayasa koyucunun önceden var olan ve benimsediği, devlet gücünün hukuk devletine uygun sınırlandırılması gayretinin önemli bir unsuru olarak görülebilir. Vatandaşın, şans ve silâh eşitliği nedeniyle, güveni olduğu ve çıkarlarını mümkün olduğunca serbest ve devlet

¹³ BVerfG, dpn. 12, s. 1537.

¹⁴ BVerfG, dpn. 12, s. 1538.

¹⁵ Krş. yukarıda B. I. ve II.

etkisinden bağımsız gözeten hukuk uzmanlarından yararlanması, hukuk devleti düşüncesine uygundur ve adliye hizmet" eder. Avukatın devlet kontrolü ve vasiyetini kural olarak dışlayan serbest bir meslek icra ettiği (BverfGE 34, 23 [302]=NJW 1973, 696) ve avukatlık mesleği icrasının, meslek özgürlüğü temel hakkına ilişkin Anayasa'yla bağdaşır düzenlemeler yoluyla sınırlandırılmadığı ölçüde, Anayasa'nın egemenliği altında, bireyin kendini serbest ve kural dışı belirlemesine tâbi olduğu yönündeki Anayasa Mahkemesi'nin (şimdiye kadarki) kararları bu yorumla bağdaşmaktadır (BVerfGE 50, 16 [29] =NJW 179, 1159).

*"BRAO'nun, avukatı bağımsız 'adliye organı' olarak sınıflandırması ve mahkeme kararlarında bazen 'devlete bağımlı güven mesleği'nden söz edilmesi de bu esas görüşte bir şey değiştirmez. BRAO'nun ilk taslağında henüz öngörül-meyen, adliyenin organı olarak tanınması; avukatların, özgür hukuk devletinde, hak arayanların tayin edilmiş danışman ve temsilcileri olarak, 'hukuk mücadele-sinde' hakim ve savcılarının yanında bağımsız önemli bir fonksiyon gördüğünü ve bu nedenle onların müvekkillerinden daha geniş yetkilere ve bununla (yetkilerle) bağdaşan görevlere sahip olduğunu ifade etmektedir..."*¹⁶

V. Disiplin Tedbirleri ve Avukatın Meslek Özgürlüğü¹⁷

Anayasa Mahkemesi, meslek kurallarına aykırı davranmış olması nedeniyle iki avukata yetkili baro yönetim kurullarınca verilen ve Şeref Mahkemesi tarafından da uygun bulunan "kınama"nın meslek özgürlüğüne (Art. 12/I) aykırı olduğuna karar verirken, avukatın adliyenin bağımsız bir organı olması açısından da önemli saptamalarda bulundu.

Objektiflik emrine aykırılık nedeniyle bir avukata karşı alınan meslekî tedbirlerin Anayasal gereklerle yetip yetmediğinin incelenmesinde, avukatlık mesleğinin icrasının, prensip olarak, bireyin kendini serbestçe ve kural dışı belirlemesine tâbi olduğu noktasından hareket edilmelidir (krş. BverfGE 63, 266 [282 ff.] = NJW 1983, 1535). Adliyenin bağımsız bir organı ve hak arayanın tayin edilmiş danışmanı ve temsilcisi olarak avukatın görevi; adil kararın bulunmasına katkıda bulunmak, mahkemeyi ve aynı şekilde savcılığı veya resmî daireleri müvekkili aleyhine yanlış kararlardan korumak ve onun (müvekkilin) Anayasa'ya aykırı haksızlıklara veya devlet gücünün sınırlarını aşmasına karşı güvenini sağlamaktır; özellikle, hukuk bilgisi olmayan tarafı hak kaybına uğrama tehlikesinden koruması gerekir (Medenî Muhakeme Hukuku'nda avukata ilişkin olarak benzer şekilde, Stürner, JZ 1986, 1909, Vollkommer'e, Die Stellung des Rechtsanwalts im

¹⁶ BverfG, dpn. 12, s. 1536.

¹⁷ BverfG, 14.07.1987 - 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191-194.

Zivilprozessrecht, 1984, s. 20 vd., dayanarak). Bu görevin görülmesi avukata aynen hakime olduğu gibi, muhakemeye katılanlara, bunların kendilerini kişiliklerinde zarar görmüş hissetmiyecek şekilde devamlı kollayıcı davranma izni vermez. Genel görüşe göre, avukat, “*hukuk mücadelesi*”nde güçlü, etkili ifadeler ve belli genel sözler kullanabilir; ayrıca, örneğin bir hakimin olası bir taraflılığını veya bir bilirkişinin uzmanlık bilgisini eleştirmek için, hüküm kınamasında bulunabilir veya “*kişiye ilişkin*” (ad personam) argümanlar ileri sürebilir. Avukat eleştirisini başka türlü formüle edebilir miydi edemez miydi, önemli değildir; çünkü, fikrin açıklanma biçimi de kural olarak Anayasa’nın 5/I maddesiyle¹⁸ korunan, kişinin kendini belirlemesine tâbidir (krş. BVerfGE 54, 129 [138 f.] = NJW 1980, 2069).¹⁹

VI. Avukatlığın Başka Mesleklerle Bağdaşabilmesi²⁰

Alman Anayasa Mahkemesi, başka işlerde çalıştıkları için avukatlığa kabul edilmeyen ya da avukatlık ruhsatı geri alınan toplam yedi başvuru-
nun şikâyetleri üzerine, avukatlık mesleğiyle bağdaşabilecek yan meslekler konusunda önemli değerlendirmelerde bulundu. Yedi başvurudan sadece bir tanesi başarısızlıkla sonuçlandı.

Şikâyeti reddedilen avukat adayı, bir üniversite sekreterliğinde çalışıyordu; dava temsilciliği de dahil belli hukukî görevleri vardı. Kendi alanında imza yetkisine sahipti. İş anlaşması, haftada yirmi saat çalışmayı öngörüyordu. Üniversite başkanı kendisine, ilgili eyalet kanunu uyarınca, düzenli iş saatleri dışında, yan iş olarak haftada yirmi sekiz saat avukatlık yapmasına izin verdi. Ancak, yetkili baro yönetim kurulu, BRAO § 7 b. 8 ve § 46 hükümlerine aykırılık nedeniyle avukatlığa kabulünü reddetti. Sonuç olarak Federal Yargıtay da aynı görüşe katıldı. Anayasa Mahkemesi, Federal Yargıtay’ın kararını özellikle şu gerekçeyle yerinde buldu:

“Şikâyetçi... bir üniversite hizmetlisi olarak kamu hizmetinde bulunmaktadır. Kendisi bu kamu hukuku kurumunu dışa karşı temsil etmekte ve egemenlik görevlerini de kullanmaktadır. Bundan doğan bir devlet yakınlığı, BGH’nin (Federal Yargıtay) kararına göre, serbest avukatlığın meslek tanımıyla kural olarak bağdaşmamakta ve bu ölçüde avukatlığın kamuoyundaki itibarına dokunmaktadır.

Bu karar, devlet etkilerinden arınmış serbest avukatlık görüntüsünün, avukatların ikinci bir meslekte memura benzer fonksiyon görmesi dolayısıyla zedelen-

¹⁸ Alman Anayasası m. 5/I’in metni: “Herkes, fikrini, söz, yazı ve resimle sebestçe açıklamak ve yaymak ve herkese açık olan kaynaklardan engellenmeden bilgi edinmek hakkına sahiptir. Basın özgürlüğüyle radyo ve film yoluyla haber vermek özgürlüğü güvence altındadır. Sansür konulmaz.”

¹⁹ BVerfG, dpn. 17, s. 193.

²⁰ BVerfGE, 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, NJW 1993, s. 317-321.

memesi gerektiği yasal amacını iletmeye elverişlidir. Bu amaca ulaşmak için, meslek alanlarının açıkça ayırımı gereklidir; çünkü meslek içi denetimin vasıtaları bağımlılık ilişkilerini güvenilir şekilde gideremez veya her halde kamuoyunun gözünde aynı derecede etkili olmaz. Bununla birlikte, meslek seçme özgürlüğünün sınırlandırılması, bağdaşmazlık kuralının katı uygulanmaması halinde, ilgililere ancak reva görülebilir. Kamu hizmeti geniş yelpazelidir; çeşitli biçimlenmeleri ve hizmet edimleri farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. BGH'nin kararı, görev alanının şeklini ve istihdam eden kurumun önemini esas almak suretiyle, buna uygun düşmektedir. Hak arayanların bakışı açısından, avukatın bağımsızlığının devlete bağlanmalar yoluyla zedelenmesi olanağının en azından bulunması aranmaktadır. Bu, ölçüsüz değildir.”²¹

Anayasa Mahkemesi, Federal Yargıtay'ın kamu ya da özel sektörde çalışan diğer şikâyetçilere ilişkin kararlarını, meslek seçme özgürlüğüyle (Alman Anayasası, m. 12/I) bağdaşamayacak kadar geniş ölçüde sınırlamalar getirdiği için, Anayasa'ya uygun bulmadı. Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, avukatın adliyenin bir organı olması nedeniyle “düzenli adliyenin yararı”na, “adliye için tehlikeler”e, avukat açısından “çıkar çatışmaları”na da değinmekte, ancak bunun şikâyet konusu olaylarda, avukatın ya da avukat adayının kazanç maksadıyla başka bir işte çalışmasına engel olmadığı sonucuna varmaktadır.

VII. Avukatlık Ortaklığı Değiştirme Halinde Temsil Yetkisinin Devamı²²

Anayasa Mahkemesi, kararında, bir avukat ortaklığında sözleşmeli çalışan bir avukatın başka bir ortaklığa geçmesiyle ortaya çıkan sakıncaları ve çıkar çatışmalarını inceliyor. İlgili avukat çalıştığı ortaklıktan ayrıldığı sırada, her iki ortaklık toplam dokuz olayda karşılıklı olarak diğer tarafın vekillikini üstlenmiş bulunuyordu. Ancak avukat, ayrıldığı ortaklıkta çalışırken bu vekilliklerden hiç birisini kişisel olarak üstlenmediği gibi, bu konuda herhangi bir avukatlık çalışmasında da bulunmamıştı. Ayrıca, geçtiği avukatlık ortaklığı kendisine bu vekilliklerle meşgul olmama talimatı da vermişti. Buna rağmen, yetkili baro, avukatın geçtiği ortaklıktan, BRAO § 3'e²³ aykırılık nedeniyle söz konusu dokuz olaya ilişkin vekillik

²¹ BVerfG, dpn. 20, s. 320.

²² BVerfG, 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, NJW 2003, 2520-2523.

²³ BRAO, § 3: avukatın “bütün hukuk işlerinde bağımsız danışma ve temsil” hakkını (fıkra 1); “mahkeme, hakem mahkemesi veya resmî daireler” önüne çıkma hakkının „yalnız bir Federal Kanun'la“ sınırlanabileceğini (f. 2) düzenlerken; son fıkrasında “herkes”e yasal hükümler dahilinde her çeşit hukuk işlerinde kendi seçtiği bir avukata danışmak ve mahkeme, hakem mahkemesi veya resmî daireler önünde kendisini temsil ettirmek hakkı”nı tanıyor.

bırakmasını talep etti. Avukat İstinaf Mahkemesi baronun kararını ipal etti; Federal Yargıtay ise hukuka uygun buldu. Federal Yargıtay'ın kararına karşı Anayasa itirazı, başarıyla sonuçlandı.

Anayasa Mahkemesi kararında özellikle meslek özgürlüğü (Alman Anayasası m. 12/I) temel kuralını esas aldı. Mahkemenin kapsamlı gerekçesinde konumuz açısından en önemli noktalardan biri, “bağımsızlık” ve “tarafsızlık” bakımından avukatın hakimle karşılaştırılmasıdır:

“Adil ihtilâf çözümleri meydana getirmek, mahkeme önünde müvekkili lehine hukuk mücadelesi vermek ve bu sırada, aynı zamanda, devlet dairelerini mümkün olduğunca müvekkilleri aleyhine yanlış kararlardan korumak, adliyenin bağımsız bir organı ve hak arayanın tayin edilmiş danışmanı ve temsilcisi olarak avukatların görevidir (krş. BverfGE 76, 171 [192] = NJW 1988, 191). Avukatlık görevinin yerine getirilmesi; bağımsız, sır saklayan ve sadece kendi müvekkilinin çıkarlarını gözetmekle yükümlü avukatı öngörür. Bu nitelikler, müvekkillerin isteğiyle değişmez. Vatandaşlar arasında ve devlet karşısında ulaşmak istenilen şans ve silâh eşitliğinin korunması ve adliyenin işliyebilir kalması için, BRAO, § 43 a'nın²⁴ görev kurallarına uyulacağına hukuk ilişkileri güvencelmelidir (krş. BverfGE 63, 266[284] = NJW 1983, 1535; BverfGE 93, 213 [236] = NJW 1996, 709).

Fakat bu demek değildir ki, (avukatın) kendi müvekkilinin yararlarına ve böylece aynı zamanda adliyeye neyin hizmet edeceğinin tanımlanması, bundan etkilenen müvekkillerin somut tahmini itibara alınmadan barolar ve mahkemeler tarafından soyut ve bağlayıcı olarak yapılabilir. Bir ortaklık değiştirme dolayısıyla, sır tutma ve doğru menfaat temsili ile ilgili olarak genelleyici bakış açısından bir tehlike meydana gelebiliyorsa, bir hakkın somut olarak zedelenmesi tehlikesinin tahmini ilk çizgide her iki avukatlık bürosunun müvekkillerine aittir ki, bu nedenle hakikate uygun olarak ve etraflıca bilgilendirilmeleri gerekir. Bunun yanında, ihtilâf durumunun veya her hâlde güven ilişkisinin gelecekte bozulmasından kaçınma amacının temsil yetkisinden vazgeçmeyi emredip etmediği, ilgili avukatların kanunu esas alan sorumlu tahminine kalmaktadır. (...) Böyle bir durumda sorumlu bir davranış, aynen bir hakimin sebeplerini açıklıyarak kendini reddetmesi gibi bir avuktan beklenebilir (krş. BVerfGG (Anayasa Mahkemesi Kanunu), § 19/III ve bu konuda BVerfGE 46, 34 [41 vd.] = NJW 1978, s.37).”²⁵

²⁴ BRAO, § 43 a, “avukatın temel görevleri” başlığı altında meslekî sınırlamalar getirmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse, buna göre avukat: “meslekî bağımsızlığını tehlikeye sokacak hiçbir bağlantıya giremez” (fıkra 1); mesleğinin icrası ile ilgili olarak öğrendiklerini sır olarak saklamak zorundadır (fıkra 2); mesleğinin icrasında objektif davranmalıdır (fıkra 3); “hiçbir karşıt çıkar temsil edemez” (fıkra 4); kendisine emanet edilen maddî değerlere itina göstermek ve yabancı paraları gecikmeden kabule yetkili olan kimseye iletmek veya özel banka hesabına ödemek zorundadır (fıkra 5), bilgisini devamlı geliştirmekle yükümlüdür (fıkra 6).

²⁵ BVerfG, dpn. 22, s. 2521.

VIII. Avukatın Vekâlet Sınırları İçindeki Sözlerinden Sorumluluğu²⁶

Anayasa itirazına konu olan hukuk davasında avukat, müvekkilinin asıl borçlunun ödeme aczi içinde olduğuna ilişkin verdiği bilgiye dayanarak, asıl borçlu yerine müteselsil borçlu olan bir bankadan ödeme talebinde bulundu. Yazısında aynen şu ifadeyi kullandı: “... Asıl borçlunun beklenenin aksine ödemede bulunması halinde para tutarını hemen geri ödeyeceğiz. Ama asıl borçlunun böyle bir ödemede bulunması, müvekkilimizin bilgisine göre, ödeme kabiliyeti olmadığından beklenemez...”²⁷ Ama gerçekte, asıl borçlu ödeme aczi içinde değildi; bu nedenle avukatın bu açıklamadan vazgeçmesini dava etti. Yüksek Eyalet Mahkemesi davacıyı kısmen haklı buldu; avukatın, “yabancı, gerçeklere uymayan ve küçük düşürücü bir açıklamayı benimseyişi”ni, verilen bilgiyi “itinalı olarak kontrol etme mecburiyeti olduğu”nu gerekçe olarak gösterdi. Avukatın bu karara karşı Anayasa’ya aykırılık itirazını, Anayasa Mahkemesi’nin yetkili Öninceleme Komisyonu, “esas itibarıyla anayasal önemi” olmadığı ve şikayetçinin düşünce ve meslek özgürlüğü (Alman Anayasası m. 5/I ve m. 12/I) yönünden de gerekli görmediği için kabul etmedi (Alman Anayasası Mahkemesi Kanunu, § 93a/II). Ancak, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde, Yüksek Eyalet Mahkemesi kararının “oldukça önemli şüphelerle karşılaştığı”nı belirtmekte ve kararı eleştirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, avukatın adliyenin organı olarak, “objektif bir kararın bulunmasına katkıda bulunmak ve hukuk bilgisi olmayan tarafı hak kaybı tehlikesinden korumak” görevi olduğunu vurgulayarak şöyle demektedir; “Bu görevlerin görülmesi, avukata, muhakeme katılanlarına karşı her zaman kollayıcı davranmamaya izin vermektedir.”²⁸ Gerekçede ayrıca, avukatın açıklamasının düşünce özgürlüğünün sınırlarını aşmadığını; çünkü açıklamanın avukatın fonksiyonuna uygun olarak meslek hukuku ilişkisi içinde anlaşılması gerektiği, bu açıklamanın muhatabı olan tarafın hukukî korumasız bırakılmadığı, ancak haklarını savunması için doğrudan doğruya açıklamanın kaynağı olan tarafa karşı girişimde bulunabileceği ve ayrıca Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin argüman tarzının şikayetçi avukatın meslek özgürlüğünü zedelediği ifade edilmektedir. Meslek özgürlüğü ve avukatın adliyenin bağımsız bir organı olması bağlamında gerekçede ayrıca şöyle denilmektedir;

“Bu görüş (avukatın, müvekkilinin küçük düşürücü açıklamasını benimsemiş olması) yerindeyse ve avukat müvekkilinin verdiği bilgileri meslekî fonksiyonu çerçevesinde uygun biçimde naklettiğinde devamlı kişisel olarak dava edileceğinden korkarsa, düzenli menfaat temsili ve böylece avukatın meslekî faaliyetinin önemli bir

²⁶ BVerfG, 16.7.2003–1 BvR 801/03, NJW 2003, 3263–3264.

²⁷ BVerfG, dpn. 26, s. 3263.

²⁸ BVerfG, dpn. 26, s. 3264.

bölümü engellenmiş olur. Sadece istisnaî olarak, bütün koşulların dikkate alınması (avukatın) özel bir sorumluluğunu haklı kılabilir. Fakat bir avukat, müvekkili için faaliyet gösteriyor ve bu amaçla aynen ‘müvekkilimizin bilgisine göre’ diyorsa, söz konusu olan kaynak bildirme değil, tamamen müvekkilin bu pozisyonunu müvekkil adına gerçekleştirmektir. Bir avukatın tayin edilmiş danışman ve temsilci olarak bütün hukuk işlerinde zorunlu açıklama özgürlüğü olmasını, adliyenin bağımsız organı olarak konumu gerektirmektedir.”²⁹

C. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda kısaca özetlediğimiz kararlar, avukatın organlık statüsünün İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman hukukundaki yerini ve içerik itibarıyla geçirdiği değişiklikleri genel hatlarıyla yansıtmaktadır.³⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hukuk müessesesi Almanya’da sadece son elli yılın ürünü değildir. Kaynağı daha eskilere, 19. yy’nin ikinci yarısına kadar gitmektedir. Bu nedenle, kararların daha iyi anlaşılması ve değerlendirilmesi için, organlık statüsünün tarihi kökenine de kısaca göz atmak faydalı olacaktır.

Almanya’da avukat meslek hukukunun ilk kodifikasyonu, 01.07.1878 tarihli İmparatorluk Avukatlık Kanunu’nuyla (RAO) gerçekleşmiştir (yürürlüğe giriş tarihi: 01.10.1879). RAO’nun öngördüğü serbest avukatlık müessesesi ve avukatların kendi kendini yönetmesi kuralı liberal düşünce akımının bir sonucudur³¹. Böylece, o zamana kadar geçerli olan, avukatların devlet memuru olarak sınıflandırılmasına son verilmiş oldu. Ancak bunu takiben, uygulamada ve hukuk öğretisinde avukatlık mesleğinin tanımı konusunda güçlükler ortaya çıktı. Alman İmparatorluğu yüksek yargı organları, avukatların hukukî konumunun “*kamu hukuku mahiyeti*”nde, “*kamu hukuku sınıfı*”na dahil ya da “*memurluk ilişkisine daha yakın*” olduğu yönünde kararlar verdiler.³² Avukatın “*adliyenin bir organı*” olduğu ise ilk defa 1883 yılında İmparatorluk Yüksek Meslek Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir.³³ Zamanın hukuk bilimcilerince de çoğunlukla

²⁹ BVerfG, dpn. 26, s. 3264.

³⁰ Ayrıca bkz., Oğuzhan, Teoman, *Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukukî Konumu*, IBD, C. 76, S. 2, İstanbul 2002, s. 399, 401 vd.

³¹ Henssler, Martin / Prütting, Hans, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, München 1997, s. 20 (§ 1 Rdn. 2).

³² Bu konuda bkz., Rick, Markus B., *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, Deutscher Anwaltsverlag Bonn, 1998, s. 58; ayrıca krş. Zuck, Rüdiger, *Das innere Berufsbild: Hürde oder Hilfe für das anwaltliche Selbstverständnis*, *Anwaltsblatt* (AnwBl) 2000, s. 39 vd.

³³ Henssler, Martin/Prütting, Hans, *a.g.e.*, s. 22 (§ 1 Rdn. 8). Yazarlara göre (s. 21 [§ 1 Rdn. 4]), “Adliye Organı” kavramının bulucusu İmparatorluk Yüksek Şeref Mahkemesi değildir; kavrama ilk defa RAO’nun gerekçesinde rastlanmaktadır.

desteklenen bu hakim görüş nazist rejimin, avukatı “*nasyonal sosyalist adliye*”nin hizmetinde gören zorbalık dönemi sonrasında BRAO’nun temel prensiplerinden birini oluşturdu ve Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenerek geliştirildi.³⁴

Yukarıda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, ilk kararlarında, avukatın hukukî konumunu “*mahkemeler ve savcı tarafında*”, “*resî görevle benzer*” gibi sözlerle tanımlamak suretiyle İmparatorluk dönemindeki uygulamayı kısmen devam ettirmiştir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumunu geniş ölçüde terk ettiğini görüyoruz. Avukatın organlık statüsünün yorumunda kamu yararıyla meslek özgürlüğünü kanımca en iyi telif eden kararı, bir avukat adayının mesleğe kabulüne ilişkindir.³⁵ Buna göre, avukat, “*hakim ve savcının yanında bağımsız*” olarak “*şans ve silâh eşitliği*”nin sağlanması için müvekkilini savunan, meslek özgürlüğüyle donatılmış hukuk uzmanıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin daha sonraki bazı kararlarında, avukatın adliye organı olma niteliği meslek hukuku açısından giderek yeni bir anlam ve içerik kazanmaktadır.³⁶ Adli yargıda da gözlemlenen bu eğilim globalleşme ve Avrupa Birliği hukukunun da etkisiyle kanun koyucuyu yeni atılımlara yönlendirmektedir. Örneğin; avukatlar, malî müşavir, vergi danışmanlığı, yeminli muhasebeci gibi diğer serbest meslek sahipleriyle ortaklık kurabilir (BRAO, § 59 a); meslekî çalışmalarını Limited Şirket ile kurmak suretiyle birlikte yürütebilirler (BRAO 59 c/I).³⁷ Bunun da ötesinde, BRAO’da öngörülmemesine rağmen, avukatların organizasyon biçimi

³⁴ Markus B. Rick, *a.g.e.*, s. 59.

³⁵ Bkz., yukarıda IV.

³⁶ Bkz., yukarıda VI ve VII. Anayasa hukukçusu Rolf Stürner (*Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft*, JZ 2001, s. 699, (703), Anayasa Mahkemesi’nin bu süreçteki rolüne daha çok eleştirel açıdan bakıyor. Ona göre, Anayasa Mahkemesi’nin, “avukatlık mesleği tanımının alışılmış bağımsız adliye organından modern bölgeler üstü hizmet (iş) görücülüğe dönüştürülmesinde; meslekî hakların kısıtlanmasına, diğer serbest mesleklerle (vergi danışmanı, malî müşavir) işbirliğine, ikinci mesleğe ... ilişkin kararlarıyla belirleyici katkılı” olmuştur.

³⁷ BRAO’nun Avukatlık Limited Şirketi’ne ilişkin hükümlerinin Türkçe tercümesi için bkz., Kendigelen, Abuzer/Doğan, Fatih, “Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası – Avukatlık Limited Şirketi -, Almanya’da Avukatlık Limited Şirketi’ni Caiz Gören Bir Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Uygulamaya ve Yeni Yasal Düzenlemeye Etkisi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, Sayı 1-2, 2003, s. 324 dñn. 38 ve s. 336-340. Ayrıca işaret edelim ki söz konusu kararın tercümesinde “*Rechtspflege*” kavramının karşılığı olarak “adliye” değil, “yargı” sözcüğü kullanılmıştır. Bu sözcük, “*Rechtspflege*”nin Alman hukukundaki karşılığını verememektedir. Bu konuda bkz. Centel, Nur Başar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, s. 44, 51; Oğuzhan, Teoman, *a.g.m.*, s. 400, dñn. 23.

³⁸ Anonim Şirket kurma hakkı, meslek özgürlüğünün (Alman Anayasası, m. 12/I) bir sonucu olarak görülmektedir. Bu konuda bkz., BayOLG, 27.3.2000-3 ZBR 331/99, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, 535, 536=AnwBl 2000, s. 368 vd. Avukatların

olarak Anonim Şirket'i seçebilecekleri de pratikte kabul edilmektedir.³⁸ Konumuz açısından öncelikle değinilmesi gereken diğer bir yenilik, Avukatlık Limited Şirketi'nin tüzel kişi olarak mahkeme önünde bizzat dava açma ve usulî işlemlerde bulunma konusunda yetkilendirilebileceğini; şirketin, bu durumda, "*bir avukatın hak ve yükümlülüklerine sahip*" olacağını öngörmektedir (BRAO, § 59l).³⁹ Bu düzenlemeyle müvekkil-vekil ilişkisinin bir güven ilişkisi olduğu yeterince dikkate alınmadığı gibi, şirketle avukat arasında yeni meslekî bağımlılıkların da doğacağı ortadadır.

"Ticarîleşme" olarak da niteliyebileceğimiz yeni gelişmenin sonuçlarını meslekî rekabet alanında da gözlemlemek mümkün. Örneğin; Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (OLG Nürnberg) yeni bir kararına göre, bir avukatlık bürosunun "*Rekor Büyüme*" başlığı altında yıllık işlem hacmini ve büyüme oranını kamuya açıklamasında avukatlık meslek hukukuna bir aykırılık yoktur.⁴⁰

Sonuç olarak, Alman Anayasa Mahkemesi, avukatın devletten uzaklığı, bağımsızlığı, müvekkiliyle ilişkileri konusunda onun meslek özgürlüğünü öne çıkaran kararlarıyla, ilgili Anayasa normuna uygulamada da geniş ölçüde yürürlük sağlamıştır. Ancak, önemi küçümsenemeyecek yeni bir gelişme de, avukatın meslek özgürlüğünün yalnız Almanya'da değil bugün yeni tehlike ve tehditlerle karşı karşıya olduğudur. Mesleğin, özellikle global koşulların baskısı altında giderek ticaretleşmesi ve böylece ekonomik, malî ve sosyal alanda yeni bağımlılıkların ortaya çıkması. Bu yeni bağımlılığa nasıl karşı konulacaktır? Alman Anayasa Mahkemesi üyesi Renate Jaeger.⁴¹ Etik prensiplere uymadan, hiçbir avukat "*adliyenin organı*" olamaz derken, bir yandan mesleğini icrada avukatın rehberinin ne olması gerektiğine, diğer yandan hukukî müeyyidenin, yasal kontrolün meslek kurallarına uygunluğu sağlamaya yetmeyeceğine de işaret etmiş olmaktadır.

Anonim Şirket kurabileceği öğretide de büyük ölçüde paylaşılmaktadır. Konuya ilişkin genel bilgi için bkz., Pluskat, Sorika, *Die Ausgestaltung der Rechtsanwaltsge-sellschaft*, AnwBl 2003, s. 131-141.

³⁹ Federal Maliye Yüksek Mahkemesi (Vergi Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda son yargı mercii), Avukatlık Anonim Şirketleri'nin de mahkemede temsil yetkisine sahip olduğu yönünde karar vermiştir; karar metni için bkz., Bundesfinanzhof (BFH), 11.3.2004-VII R 15/03 (FG Köln), NJW 2004, s. 1974 vd. Ayrıca işaret edelim ki BRAO, § 59 l. 3, Avukatlık Limited Şirketi'nin temsil yetkisine ceza muhakemesi bakımından bir sınırlandırma getirmektedir: "Ceza Muhakemesi Kanunu §§ 137 vd. anlamında müdafî, yalnız avukatlık şirketi adına hareket eden kişilerdir."

⁴⁰ OLG Nürnberg, 22.6.2004-3 U 334/04, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30.6.2004, s. 21.

⁴¹ Jaeger, Renate, Rechtsanwältin als Organ der Rechtspflege-Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, NJW 2004, s. 5.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10