

TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ
AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ

AVUKATLAR İÇİN EL KİTABI I

SAVUNMA ETİĞİ

Zeynep Pelin Ataman

Bu proje Avrupa Birliği ve
Avrupa Konseyi tarafından
finanse edilmektedir.



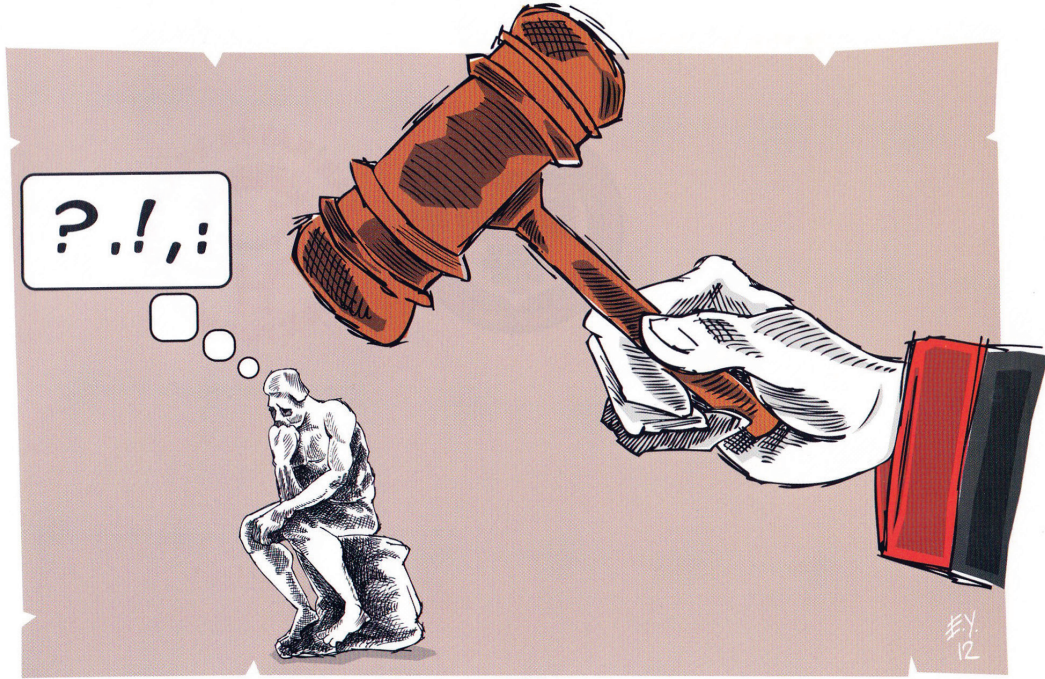
EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Bu proje Avrupa Konseyi
tarafından uygulanmaktadır.



Emre YILMAZ “Karikatürlerle İnsan Hakları” TBB ve Karakatür Yayınları Vakfı 2012

SUNUŞ

Yargının üç kurucu unsurundan biri olan bağımsız savunmayı özgürce temsil eden avukatların kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütü barolar (Avukatlık Kanunu Madde 95/21) ve tüm baroların katılımı ile oluşan üst meslek örgütü Barolar Birliği (Avukatlık Kanunu Madde 110/17) “Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak”la görevlendirilmiştir.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği toplumsal sorumlulukları gereği üstlendikleri bu ağır görevlerin ifası sürecinde Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği başta olmak üzere ülkemizde de geçerli olan tüm uluslararası düzenleme metinlerini de dikkate almak durumundadır.

Bu bağlamda, Birliğimiz Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi'nin kurumsal kapasitesi hızla geliştirilmektedir. Uluslararası saygınlığa sahip birçok öğretim üyesi ve avukatın katılımıyla Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi Danışma Kurulu oluşturulmuş, Yönetim Kurulumuzun 4 Nisan 2014 tarih ve 2405 sayılı kararı ile 23. (Yargı ve Temel Haklar)

ve 24. (Adalet, Özgürlük ve Güvenlik) Fasıllarda müzakerelerin açılması çalışmalarının izlenmesi ve katkıda bulunulması amacıyla bir çalışma grubu oluşturulmasına karar verilmiştir. Taraf olunan tüm projelerde eşgüdüm sağlanmıştır. Birliğimizin diğer kurumların projelerine destek sunmasının ötesinde kendi projelerini geliştirmesi hedeflenmiş ve bu kapsamda avukatlarımızın pratik uygulamalarında AİHM içtihatlarına daha çok yer verebilmeleri amacıyla “Baroların ve Avukatların Avrupa İnsan Hakları Standartları Konusunda Kapasitelerinin Güçlendirilmesi (Strengthening the Capacity of Bar Associations and Lawyers on European Human Rights Standards) Projesi geliştirilmiş ve 2014 IPA programlama yılına alınması sağlanmıştır. IPA II programlama dönemi kurumsal olarak takip edilmiş ve Birliğimizin AB fonlarından maksimum faydayı sağlayabilmesi için 2015-2017 yılları için üç proje önerisi hazırlanmıştır. Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE), Uluslararası Barolar Birliği (IBA) ve Avrupa Barolar Federasyonu (FBE) gibi üst meslek örgütleri ile var olan ilişkiler güçlendirilmiş; Uluslararası Avukatlar Birliği'ne (UIA) üyelik müracaatı yapılmıştır.

Bu bilgilerden de anlaşılacağı gibi, Birliği-miz Avrupa Birliği üyelik müzakereleri sürecinde mümkün olan en yüksek katkıyı sunmayı hedeflemektedir ve bu bağlamda gerekli adımları hızla atmaktadır.

Adalet Bakanlığı'nın ana faydalanıcısı olduğu "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi" kapsamında sürdürülen çalışmalar da bu temel amaçlara uygun şekilde ele alınmıştır. 12 Mart 2012 tarihinde başlayan proje orijinal haliyle üç ana bileşenden oluşmaktadır. Bunlar; yargı ve idari kurumlarının ceza adalet hizmetinin verilmesi bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) uygulama kapasitesinin güçlendirilmesi, Adalet Akademisinin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim müfredatının AİHS ışığında geliştirilmesi ve karşılıklı adli yardımlaşma alanında hukuki işbirliğinin güçlendirilmesidir.

Birliğimiz özellikle ilk iki bileşen hususunda gerçekleştirilen faaliyetlere etkin şekilde katılmış ve avukatlara özgülenen bir dördüncü bileşenin projeye dahil edilmesi yönünde Adalet Bakanlığı, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu nezdinde gerekli girişimlerde bulunmuştur. Bu

girişimlerin bir sonucu olarak Proje ortaklarımız Adalet Bakanlığı, HSYK ve Adalet Akademisinin kabul ve işbirlikleri ile ceza alanında çalışan avukatların pratik uygulamalarında AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarını daha etkin kullanabilmeleri için mesleki kapasitelerinin artırılması amacıyla dördüncü bileşen faaliyet grubu 2013 yılında düzenlenen bir zeilname ile projeye dahil edilmiştir.

Bu bağlamda, proje kapsamında ceza alanında çalışan avukatların kullanımına yönelik dört kitapçık hazırlanması ve bu kitapçıkların sekiz bölgesel seminer vasıtası ile bin meslektaşımıza tanıtılması hedeflenmiştir.

Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi'nin avukatlara özgülenen dördüncü bileşeni kapsamında oluşturulan bu set; Savunma Etiği, Savunma Stratejisinin Geliştirilmesi ve Dilekçe Yazma, Adli Yardım ve Soru Sorma Yetkisi konularında hazırlanan kitapçıklardan oluşmaktadır.

Her bir kitapçık için birer grup koordinatörünün önderliğinde ülkenin dört bir yanından avukatlarımızın ve Adalet Bakanlığını temsilen tetkik hakimlerinin katılımı ile oluşturulan gruplarının yoğun

alışmaları sonucunda ortaya çıkan bu kitapçıklar ceza alanında çalışmaya yeni başlamış genç meslektaşlarımızın deneyim eksiklikleri nedeniyle karşılaştıkları sorunlara pratik çözüm yolları sunmayı hedeflemektedir.

Kronikleşmiş birçok sorunu barındıran bir alanda çözümler üretmeyi hedefleyen böyle bir projenin geliştirilmesinde ve yürütülmesinde katkıları olan proje ortaklarımız HSYK, Adalet Akademisi ve özellikle projenin sekreteryasını da sürdürmekte olan Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne göstermiş oldukları işbirliği ve katkıları için; projenin yürütülmesindeki özverili çalışmaları nedeniyle Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisine ve grup koordinatörlerimiz ve kitapçıkların hazırlanmasında emeği geçen tüm komisyon üyelerimize Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına teşekkürlerimizi sunarız.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AVUKATLAR İÇİN EL KİTABI I

SAVUNMA ETİĞİ

‘Savunma Etiği’ Başlıklı bu el kitabı, Avrupa Birliği / Avrupa Konseyi’nin Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi ortak programı kapsamında başta Avukat Rifat Çulha olmak üzere, Avukat Ali Sürmen, Avukat Seray Şenfer ve Avukat Salih Yıldız’ın değerli katkılarıyla hazırlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	7
1. BİRİNCİ BÖLÜM	9
Etik Kavramı	9
1.1 Tarih Boyunca Düşünürlerce Etik, Ahlak, Adalet Kavramları.....	9
1.2 Hukuksal Etik ve Uygulama Alanları.....	14
1.3 Savunma Etiği.....	15
2. İKİNCİ BÖLÜM	16
Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi	16
2.1 Genel Olarak Avukatlığın Tarihçesi.....	16
2.2. Türkiye’de Avukatlığın Tarihçesi.....	19
2.2.1 Tanzimat Öncesi.....	19
2.2.2 Tanzimat Sonrası.....	20
2.2.3 Meşrutiyet Dönemi.....	21
2.2.4 Cumhuriyet Dönemi.....	22
3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	26
Avukatlık Mesleği	26
3.1 Avukatlık Mesleğinin Özellikleri.....	26
3.1.1 Kamu Hizmetidir.....	26
3.1.2 Onurla Yapılan Bir Meslektir.....	26
3.1.3 Serbest Meslektir.....	27
3.1.4 Bağımsız Bir İştir.....	27
3.1.5 Tekelci Bir Meslektir.....	29
3.2 Avukatın Amacı Nedir?.....	29

3.3 Avukatlık Görevinin İcrasında Avukatın Konumu.....	30
3.4 Avukatın Genel Davranışı Nasıl Olmalıdır?.....	31
3.5 Siyasal Davalar ve Avukatlık.....	32
4. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	34
Avukatın Mahkeme, Müvekkil ve Meslektaşları İle Olan İlişkilerinde Etik	34
4.1 Avukat Mahkemeyi İkna Ederken Kullandığı Metotlarda Neye Dikkat Etmeli?.....	34
4.1.1 Özdeşleşmeden Kişiselleştirin.....	34
4.1.2 Objektif Olun.....	34
4.1.3 Güvenilir Olun.....	35
4.1.4 Hata Yapabilirsiniz.....	35
4.1.5 Tanıkları Tanıyın.....	35
4.2 Avukat, Müvekkil ile Olan İlişkilerde Etik Açından Nelere Dikkat Etmeli?.....	36
4.2.1 Avukatın Özen Yükümlülüğü.....	36
4.2.1.1 Avukatın Mevzuatı Bilme ve Değişiklikleri Takip Etme Yükümlülüğü.....	36
4.2.1.2 Yabancı Hukuka İlişkin Özen Yükümlülüğü.....	37
4.2.1.3 Yargısal Kararlara İlişkin Özen Yükümlülüğü.....	37
4.2.1.4 Öğretiyi Takip Etme Yükümlülüğü.....	37
4.2.1.5 Adli Yardıma İlişkin Özen Yükümlülüğü.....	38
4.2.1.6 Avukatın Bir Başkasını Tevkil Etmesi Durumunda Özen Yükümlülüğü.....	38

4.2.1.7 Talimatları Zamanında Yerine Getirme ve Talimat Almadan İş Yapmama Yükümlülüğü.....	40
4.2.1.8 Kanuni Yollara Zamanında Başvurma ve Gereksiz Başvuru Yapmama Yükümlülüğü.....	41
4.2.1.9 Dosya Tutma ve Belgeleri Dosyalama Yükümlülüğü.....	42
4.2.1.10 Özen Yükümlülüğünün İhlalinin Sonuçları.....	42
A) Hukuki Sorumluluk.....	44
B) Cezai Sorumluluk.....	44
4.2.2 İş Sahibi ile Özdeşleşmeyin.....	46
4.2.3 Müvekkilinizi Tanıyın.....	47
4.2.4 Temsil Görevinizi Gereği gibi Yapın.....	46
4.2.5 Çıkar Çatışmasına Girmeyin.....	47
4.2.6 İyi Niyetli Olun.....	48
4.2.7 Davayı Hızlandırın.....	49
4.2.8 Karmaşık Davalarda da Plan Yaparak Davanın Uzamasını Önlemeye Gayret Edin.....	49
4.3. Gizlilik İlkesine Uyun (Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü).....	50
4.3.1 Sır Nedir?.....	51
4.3.2 Avukatın Meslek Sırrıyla Bağlılıktan Kurtulabilmesi Olanaklı mıdır?.....	51
4.3.2.1 İş Sahibinin Onamı.....	51
4.3.2.2 İztırar (Zorunluluk) Hali.....	52
4.3.2.3 Avukatın Özel Hukuka Dayanan Tazminat İstemi, Ceza Hukukuna Dayanan Yaptırım veya Meslek Hukukuna Özgü Disiplin Cezası Tehdidi Altında Bulunması.....	53
4.3.2.4 Dosya Evrakını Gizli Tutma Hakkınız Olduğunu Unutmayın.....	53

4.4 Avukat Mahkeme ile Olan İlişkilerinde Nerelere Dikkat Etmeli?.....	54
4.4.1 Mahkemeye Tesir Etmek için Çaba Göstermeyin.....	54
4.4.2 Hakimin Reddi.....	55
4.4.3 Tanıkları Etkilemeyin.....	56
4.4.4 Duruşmayı Terk Etmeyin.....	56
4.5 Avukat Meslektaşları ile İlişkilerde Neye Dikkat Etmeli?.....	56
Kaynakça.....	58

GİRİŞ

Meslek kuralları ihtiva eden bütün mesleklerin icrası ile ilgili olarak tarih boyunca etik tartışmaları yapılmıştır. Bu tartışmaların en fazla tekrar edilen sorusu şudur: Önemli olan, meslek sahibi kişinin o mesleği icra ederken her yolu mubah sayması mı; yoksa meslek kurallarına en azami ölçüde riayet ederek amaca ulaşmasa dahi mesleğini dürüstlikle icra etmesi midir?

Biz bu kitapçıkta, bu sorunun cevabı olarak ikinci şikkî vererek ‘Savunma Etiği’ başlığı altında hem Avukatlık Meslek Kurallarının hem de genel etik kavramının gerektirdikleri çerçevesinde bir savunma avukatının riayet etmesi gereken etik kuralları mümkün olduğunca içtihat örnekleriyle anlatmayı amaçlamaktayız. Bu kitapçığın amacı ‘Etik’ kavramı üzerinde akademik tartışmalardan ziyade bir savunma avukatının günlük iş hayatında karşı karşıya kaldığı etik ile ilgili soru işaretlerini mümkün olduğunca aydınlatmaktır. Kitapçık her ne kadar akademik ihtirastan uzak ise de, tarihsel süreç içinde düşünürlerin ve hukukçuların etik, adalet, savunma gibi kavramlara ilişkin görüşlerine de kısaca yer vermektedir. Oldukça felsefi boyut içeren bu etik

konusu, Türkiye Barolar Birliği’nin Disiplin Kurulu kararlarından örneklemeler ile elverdiği ölçüde, resimlendirilerek anlatılmaya çalışılmıştır.

Hukuksal etik, hukuk kurallarının korunmasında ve uygulanmasında, denetlenmesinde hukukun üstünlüğünün ve adaletin sağlanmasına yarayan ahlaki değerler bütünü olarak tanımlanır ve bazı ülkelerde ayrı bir ders konusu olarak hukuk fakültelerinde okutulan bir daldır¹. Hukuksal etik olması gerekeni amaçlar, ileriye dönüktür, bağlayıcıdır. Hukuk ile etik arasındaki ilişkiyi kurmayı sağlayan temel değer ise adalettir. Zaten hukukun da nihai amacı adaletin sağlanmasıdır.

Hukuku bilen ve dürüst bir avukat olarak savunma avukatı hukukun üstünlüğüne, adalete, dürüstlük kuralı gibi temel hukuk ilkelerine inanmış ve günlük iş hayatında bu ilkelere riayet eden kişidir. Avukatların temel ödevi, yasaların çizdiği sınırlar çerçevesinde, müvekkillerinin çıkarlarını koruyup, savunmaktır. Savunma etiği ise, avukatların savunma ödevlerini yerine getirirken uymaları beklenen etiğe ilişkin sınırlamaların neler olduğu ile ilgilidir. Nihai amaç adaleti sağlamaktır². Dolayısıyla,

1 A. Can Tuncay, Hukuksal Etik Ders Notları, İstanbul, 2013, s. 1.

2 G. Uygur, Hukuk Etiğine Giriş, www.bahum.gov.tr, (Erişim tarihi: Şubat 2014).

bir avukat, adil olmanın gerekleriyle bağdaşacak şekilde müvekkilini temsil etmelidir ki sistemin emrettiği nihai amaca ulaşılsın. Bunun için de avukatların, dürüstlük, güvenilirlik, nesnel olma ve müvekkillerinin karşısında mesafeyi koruma gibi erdemleri geliştirmeleri adaletin de sağlanmasına hizmet edecektir³. İşte bu kitapçık, yargının diğer bütün aktörleri gibi avukatların da savunma sanatını icra ederken uymaları beklenen Meslek Kurallarını, kuralların arkasındaki tarihsel süreç ve mantık ile birlikte ele alarak somutlaştırmaya çalışmıştır. Çalışmanın içinde bulunduğu programın ‘Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi’ başlığı taşımasından da anlaşılacağı üzere, özellikle savunmaya münhasır olmayan Meslek Kuralları ve bunlara ilişkin etik tartışmalar kitapçığın kapsamı dışında bırakılmıştır.

3 Friedrich Kübler, “Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği”, Etik ve Meslek Etikleri, Der. Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000, s.153-166, s.153.

1. BİRİNCİ BÖLÜM

Etik Kavramı

Yüzyıllar boyunca etik kavramının birçok tanımı yapılmıştır. Etik, eski Yunanca kökenli ‘*ethos*’ kelimesinden üretilmiştir. Bir toplumu, ulusu veya ideolojiyi karakterize eden inanış veya idealler anlamına gelir. Daha sonra ise bu kelime Latince’ye ‘*Ethica*’ olarak geçmiş ve ahlak felsefesi anlamında kullanılmaya başlanmıştır⁴. Etik, ahlaki eylemin bilimi olarak bir kişinin ya da grubun davranışlarına rehberlik eden, doğrunun ve yanlışın, iyinin ve kötünün standartlarını oluşturan, insanın diğer insanlarla olan ilişkilerinde ve takındığı olaylar karşısında ne yapmalıyız sorusuna cevap ararken bunları temellendiren moral ilkelerin yasasıdır⁵. ‘Etik değerler, zaman ve mekân farkı gözetilmeksizin tüm insanlar için bağlayıcı olan ve kabul edilebilir ahlak normlarıdır. Bir başka deyişle, evrensel ve bağlayıcıdırlar.

Etik, her meslek grubunda bulunur ve temel ahlak kurallarına dayanır. Bu çalışmanın konusu hukuksal etiğin içinde uygulama alanı bulan avukatın/

4 G. Erol, İletişim ve Etik, İstanbul 2012, s. 31 vd.

5 R. Kılavuz, Kamu Yönetiminde Etik ve Bir Sorun Olarak Yozlaşma, Ankara 2003, s. 25.

müdafinin ceza hukuku uygulamalarında riayet etmesi gereken savunma etiğidir. Hukuk etiği ise, hukuk kurallarının konmasında, uygulanmasında, denetlenmesinde hukukun üstünlüğünün ve adaletin sağlanmasına yarayan ahlaki değerler bütünü olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla bu çalışmada, özellikle hukuk etiğinin uygulama alanı olarak tezahür eden savunma etiği ele alınacağından, savunma ile ilgili olmayan hukuk etiği tartışmalarına yer verilmemiştir.

1.1. Tarih Boyunca Düşünürlerce Etik, Ahlak, Adalet Kavramları

Platon’un öğrencisi olan **Aristoteles**’in, oğluna hitaben yazdığı ‘*Nikomakhos’a Etik*’ adlı eserinde adaletin niteliklerini açıklamıştır. Politika adlı eserinde ise etiğin devlet müessesine uygulanışını incelemiştir⁶. **Aristoteles**’in etik anlayışındaki en önemli noktalardan biri onun *zoon politikon* kavramıdır. Düşünüre göre, *zoon politikon* özgür insandır, toplumsal yani sosyal insandır ve bu insanın toplumsal oluşunun kabulü açısından ilk adımdır. Aslında **Aristoteles** de kölelerin diğer vatandaşlarla bir tutulamayacağı fikrindedir çünkü köleler

6 A. Şenel, Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, Ankara 1979, s. 456 vd.

birer cansız nesneden farksızdılar. Ancak buna rağmen teorik *zoon politikon* tanımı etiğin tarihsel gelişimi açısından önemlidir. Özünde erdem sahibi olabilme yetisine sahip insan, vasat olursa ideal etik seviyeye ulaşır. İki uç kötü davranışın ortası, vasatı, erdemdir. Örneğin kendini çok küçük görmeyle kendini çok büyük görme arasındaki orta nokta, erdemli olan durumdur⁷. **Aristoteles** adaleti adeta eşitlik duygusuyla özdeşleştirir⁸ ve hukukun nihai amacı olan adaleti, denkleştirici adalet (*justitia commutativa*) ve dağıtıcı adalet (*justicia distributiva*) olarak ikiye ayırır. Denkleştirici adalet insanlar arası ilişkilere uygulanır ve sayısal eşitlik prensibine dayanmaktadır. Dağıtıcı adalet ise toplumla bireyler arasındaki ilişkilerde ortaya çıkar ve herkese hak ettiğini vermek biçiminde tanımlanan orantılı bir eşitlik düşüncesinin ürünü olup, eşitlerin eşit, eşit olmayanların da farklı işlem görmesi gerektiğini savunan adalet türüdür. Etik, bir toplumda mal, mülk, eğitim, imtiyaz, hak ve fırsatların, toplumun üyelerine orantılı bir şekilde dağıtılmasına dayanan adalet anlayışı olarak da tanımlanabilir⁹.

7 <http://tr.wikipedia.org/wiki/Etik> (Erişim tarihi: Nisan 2014)

8 A.Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma, İstanbul 1982, s.37.

9 A. Topakkaya, Aristoteles'in Adalet Kavramı, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2/6 Kış 2009, s.632 vd.

Devlet (*Politeia*) kitabının yazarı **Platon**¹⁰'a göre ise adalet ve yücelik en yüce erdemlerden olup hem insanın hem de devletin temel davranış kurallarındandır. Adalet ile devlet özdeşdir. Devlete yararı olan şey adaletli, zararı olan şeyse adalete aykırıdır. Başka bir anlatımla **Platon**, Ahlak ve etiği devlet kavramı üzerinden incelemiştir. İnsan ruhu ile devlet ruhunu karşılaştıran **Platon**'a göre aynen insan ruhunun akıl, irade ve arzularından oluştuğu gibi devlet de, yöneticiler, yöneticilerin yardımcıları ve halktan mütevellittir. Doğru ahlak ve etik bilgisine de akıl ile ulaşılabilir. **Platon**'a göre etik mutlaktır; toplumda değişmez bir etik anlayışı vardır. Yani etik olanı, ahlaklı olanı belirleyen mutlak, doğal ve evrensel bir yasa vardır. Doğru ahlak ve etik bilgisine de duygular ile değil, akılla ulaşabiliriz¹¹.

Sokrates'e göre hukuk ve siyasette ahlak ve adaleti kurmak ilk hedef olmalıdır. Ahlak kurallara uymadan ibaret olmayıp, öğretilen bir şey değildir; ruhsal bir şeydir. İyi, doğru ve adil davranan kişi ahlaklı kişidir¹². Akıllı kullanan birey bilgi sahibi olur. Bilgi ise en önemli erdemdir. Bilgi sayesinde insanlar hem ahlaklı hem de iyi bir yurttaş haline

10 <http://tr.wikipedia.org/wiki/Platon> (Erişim tarihi: Nisan 2014)

11 Y.İşıktaç, Hukuk Felsefesi, 2.bası, İstanbul 2006, s. 64.

12 D.Robinson/C.Garratt, Etik, NTV Yayını 2011,s. 33.

gelirler çünkü neyin iyi neyin kötü olduğunu ayırt edebilmektedirler. Adalet de bilgidir ve insanın kendi üzerine düşeni yapması ve herkese hak ettiğini vermesi demektir.¹³ Yaşadığı dönem ve içinde bulunduğu şartlara göre farklı düşüncelere sahip olan **Sokrates** Yunan Tanrıları tarafından Yunan tanrılarını inkar, dine aykırı hareket etme, yeni bir din getirme, gençleri baştan çıkarma ve düzene karşı ayaklandırma suçlamalarıyla mahkemeye sevk edilmiş ve hukuk çalışmalarına çoğu kez konu olmuş ünlü savunmasını şöyle sürdürmüştür: ‘Siz Tanrı’nın bir lütfu olan beni mahkum etmekle Tanrı’ya karşı günah işlemeyiniz dediğim zaman sizin sandığınız gibi kendimi değil, sizi düşünüyorum. Çünkü çok gülünç bir benzetmeyle, müsaade edin, beni öldürürseniz, hem büyük hem de cins, ama büyüklüğünden dolayı ağır ve dürtülmek isteyen bir ata benzeyen devleti yerinden oynatmak için, Tanrı’nın musallat ettiği bir at sineğiyim, her gün her yerde sizi dürtüyor, kandırıyor, azarlıyorum, peşinizi bırakmıyorum’¹⁴. **Sokrates**’i yargılayan mahkeme heyeti **Sokrates**’i ‘baldiran zehrine’ yani ölüm cezasına mahkûm etmiştir. Karar uygulanacağı

zaman **Sokrates** başkalarının zorlamasına meydan vermeden zehri kendisi içmiştir. Bu intiharı ile de **Sokrates**, hayatı pahasına da olsa etik bir davranış sergilemek gerektiğini vurgulamıştır. **Sokrates** savunması ile savunma hakkının kutsal, bunun kullanılmasının bir görev; intiharı ile de, yargı kararlarının, haksız dahi olsalar, bağlayıcı olduğunu da gözler önüne sermeyi amaçlamıştır. Yine savunmasında adaletin en büyük düşmanın bilgisizlik ve taassup olduğunu, bu tehlikeler karşısında özgür düşüncenin yok olabileceğini, dolayısıyla da vicdanların karartılacağını öngörmektedir¹⁵.

Etik, Rönesans döneminde de sorgulanmış ve bu dönemin düşünürlerinden **Machiavelli**, ünlü eseri *Prens*’te (*Il Principe*) insanı ele alarak iktidarların insanları yönetirken onların zaaflarından nasıl yararlanabileceğini ortaya koymuştur¹⁶. Amaca ulaşmak için her araç yasal ve ahlakidir. En önemli ve en temel amaç devleti yaşatmak ve gücünü devamlı olarak arttırmaktır. Bu amacı gerçekleştirmek için her türlü aracı kullanmak meşrudur.

13 A. Cevizli, Sokrates, İstanbul 2006, Say Yayınları, s. 76 vd.

14 S. Selçuk, Sokrates’in savunması ve Söylemi, Argumentum, Yıl 3, Sayı 33, Nisan 1993, s. 574-575.

15 http://tr.wikipedia.org/wiki/Sokrates'in_Savunmas%C4%B1 (Erişim tarihi: Nisan 2014)

16 Makyevelli, Makyevellizm ve Modernite, Cemal Bali Akal, Ankara 2012.

Etik kavramı, 17. yüzyılın önde gelen rasyonalistlerinden sayılan **Spinoza**'nın da ilgi alanları arasında yer almıştır. *Ethica* adlı eserinde ise, düşünür etiğin insanın özüyle ilgili olmayıp bir güç meselesi olduğunu ortaya koymuştur.

Spinoza'da evrensel ahlak yasasını belirleyen en önemli öge, insanın kendisinin de bir parçası olduğu doğa düzenidir. İnsan doğa yasasına uymalıdır. Onun yasasına uyan iyi, uymayan kötüdür. Ahlaki hayat aklın tutkulara karşı savaşıdır. Amacı da insanı özgür olma durumuna yükseltmektir. İnsanı tutkularından kurtaracak ve aklın öngördüğü yaşam biçimine ulaştıracak olan bilgidir. Bu bilgiyle donanmış olan kişi her şeyin Tanrı'nın özünden zorunlu olarak türemiş olduğunu anlar. İnsanın bundan sonra uyacağı ahlak yasası, bilgisini edindiği evrenin (Tanrı'nın) yasasıdır çünkü **Spinoza**'da evren ve Tanrı birdir (panteist anlayış). Böylece ahlak yasası, insanın dışında objektif bir temele oturtulmuştur.

Adalet kavramına farklı bir açıdan yaklaşan diğer bir düşünür **Kant**¹⁷ ise, ahlak kurallarını sorumluluk duygusuna dayandırmıştır. Kant'ın karşı çıktığı

ğ faydacı etik teorisine göre insanın mutluluğunu arttırmaya yönelik her davranışı faydalıdır. Hak değil, fayda vardır. Dolayısıyla da faydalı olan şey etiktir çünkü mutluluğu hedeflemektedir. **Kant** ise buna karşı çıkmıştır çünkü ona göre, eğilim ve zevklere göre davranmak değil de sorumluluk duygusu ile hareket etmek ahlaklı bir davranıştır. İnsanlar arası olduğu varsayılan sosyal sözleşme sorumlulukları doğurur. Sorumluluk duygusu ile hareket eden niyet önemlidir, kaynağını da '*pacta sunt servanda*¹⁸' dan almaktadır. İnsan kendisi için istediği her şeyi karşısındakine de vermelidir. Burada da dağıtıcı adalet kavramı ortaya çıkar.

1950'lerden itibaren siyaset felsefesi ve adalet teorisi üzerine yazan **Rawls**, etiğin ve doğruluğun temellerinde sosyal adaletin ya da adaletin eşit dağılımının yattığını kanıtlamaya çalışmıştır. **Rawls**'un temel sorusu da birbiriyle bağdaşmaz vatandaşların barışçıl bir şekilde nasıl yaşayacaklarıdır¹⁹. **Rawls**, bu yönüyle Kant'ın düşüncelerinin devamı gibidir. 'Hakkaniyet Olarak Adalet' kitabında adalet anlayışını toplumsal sözleşmeye dayandırır ve sorusuna cevap olarak da eşitsizliklerin yok edildiği oranda

18 Ahde Vefa İlkesi

19 J.Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge 1994, s.196.

17 http://tr.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant (Erişim tarihi: Nisan 2014).

adalete ulaşılacağını ve barışçıl toplumun sağlanacağını savunur. Birbiri ile rekabet yapan, oyun oynayan ya da iş yapan insanlar arasındaki doğru paylaşmanın hakkaniyet ilkesinden geçtiğini, dolayısıyla adalete ‘hakkaniyet ilkesi’ aracılığıyla ulaşıldığından bahsetmektedir (*fair play, fair hearing, fair competition* kavramları ilk bu düşünce ile doğmuştur)²⁰. Düşünürü göre, siyaset ve hukuka yön verecek etik ilkelerin ne olduğunu bireyler toplumsal sözleşme yaparak belirler ki bu duruma ‘başlangıç pozisyonu’ adı verilmektedir²¹. Başlangıç pozisyonunda bireylerin sosyal sınıf ve mevkiilerinin bir önemi yoktur. Birbirlerinin psikolojik, finansal durumlarını ya da zekâ seviyelerini bilmeye ihtiyaçları yoktur çünkü tek amaçları adaletin içeriğini tarafsızca tartışmaktır. Bu başarılı olursa hakkaniyet biçiminde adalet denilen bir amaç ortaya çıkacaktır ve şu ilkeler üzerinden anlaşacaklardır.

1. Her insanın diğer insanların sahip olabileceği en kapsamlı özgürlüklere ulaşabilme hususunda eşit hakkı vardır.

20 J.Rawls, Justice as Fairness, Collected Papers, Harvard University, Cambridge, 2011, s. 59.

21 Ş.Gökçeoğlu Balcı, Tutunamayanlar ve Hukuk, İstanbul 2007, s. 61 vd.

2. Sosyal ve ekonomik farklılıklar makul bir şekilde düzenlenmeli, tüm mevki ve makamlar herkese açık tutulmalıdır²².

Bu ilkelerden de anlaşılacağı üzere, bireylerin yasalar önünde eşit olması yeterli değildir. Klasik hak ve özgürlükler (mülkiyet, ifade, örgütlenme, inanç, iletişim vs.) maddi açıdan yetersiz kişiler için bir anlam ifade etmemektedir. Ancak toplumsal eşitsizliklerin çözüme ulaştırılması ile gerçek adalet sağlanmış olacaktır. Böylece günümüzde adalet denilince sosyal adalet anlaşılmalıdır²³. Sosyal adaleti de sosyal devlet sağlamaktadır.

Günümüzde de birçok yazar etik kavramı ile ilgilenmiştir. Bunlardan dikkat çekenler arasında yer alan Fransız yazar ve düşünür **Badiou**, 1993 yılında yazdığı *Etik* adlı eseriyle, Avrupa kaynaklı Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde temellenen bir etik anlayışı reddetmesi günümüzde yankı bulmuş bir yaklaşımdır. Yazar, kendi etiğini şöyle formüle etmektedir: Durumlarla çevriliyizdir. Bu durumların boşlukları vardır ve boşlukların doldurulacağı onlara eklenecek olaylar vardır. Olaylar vuku bulurken bireyin karşısına çıkacak üç mesele vardır:

22 Tuncay, s. 62.

23 Rawls, s. 62.

- Taklitlerden kaçınması gerekir. Bunu feraset olarak adlandırır.
- Vazgeçmemesi gerekir. Bunu cesaret olarak adlandırır.
- Mutedil olmalıdır. Bu özelliğin vurgulanması diktatörlüğe dönüşen sosyalist sistemlere bir eleştiridir.

Yukarıdaki üç ilkenin ihlali kötülüğü aynı zamanda da etik olmayı meydana getirir²⁴.

1.2. Hukuksal Etik ve Uygulama Alanları

Hukuksal etik, evrensel olup evrensel temel hukuk ilkelerini içermekte, hak ve özgürlükleri gerçekleştirmeyi amaç edinmekte, olması gerekeni amaçlamaktadır ve bağlayıcı niteliktedir²⁵. Bu özellikleri ile hukuk etiği; hukuk eğitim ve öğretimi başta olmak üzere, kural koymada, uygulamada, yargılamada uygulama alanı bulmaktadır. **Hukuk eğitimi ve öğretiminde**, hukuk felsefesinin temel ödevi, hukukun özünün, onun oluşumunun, bağlayıcılığının ve evrenselliğinin belirlenmesi gibi temel sorunlarla ilgili araştırma ve çözümlenelerde bu-

24 <http://www.ertangil.com/2013/08/alain-badiou-etik-ksa-bir-ozet.html> (Erişim tarihi: Nisan 2014).

25 B. Aslan, Hukuk Etiği, İBD, Sayı 6, 2007, s. 2561.

lunmasıdır. Bunu yaparken de çağdaş değer yargıları, kültür, insanlık değerleri, özgürlük ve eşitlik kavramlarını önce Anayasa'ya, oradan da yasaya, tüzük ve yönetmeliklere aktarmaktadır. Pozitif hukuku ideal hukuka yaklaştırmayı amaçlamaktadır²⁶. Hukuksal etiğin nihai amacı olan 'adalet'e ulaşmak için bu soyut kavrama içeriksel ilkeler sağlanmalıdır. Hukuk fakültelerinde ve mesleki stajda hukuksal etik önemlidir. Böylelikle, önce fakültede daha sonra mesleki staj sırasında teknik hususlar kadar temel değerler de aday avukatlar tarafından özümsebilir. **Kural koymada hukuksal etiğin** uygulandığı bir alan örneğini tarihten verebiliriz. Roma Hukukunda 'torba kanun' olarak tabir edebileceğimiz *Leges Saturae* birbirinden alakasız birçok maddeyi barındıran ve tek bir kanun gibi yürürlüğe konulan kurallardan oluşmaktaydı. Bu usul M.Ö. 98 yılında Roma Konsülleri tarafından yasaklanmıştı çünkü siyasi etiğe aykırı bulunarak, yasama yetkisinin dürüst kullanılmaması olarak değerlendirilmekteydi²⁷. **Uygulamada hukuksal etik ise yasama ve yürütme faaliyetlerinde ortaya çık-**

26 N. Öktem, Hukuk felsefesinin Önemi, felsefe Söyleşileri V-VI, Maltepe Üni. Yay. No.49, 2011/8, s. 155.

27 P. Somer, Roma Hukukunda Yasama Faaliyeti: Kanunlar, Güncel Hukuk, Mayıs 2011, sayı 5-89, s. 13.

maktadır. Yasamanın kural koyarken hukuksal etiği uygulaması gerekliliği olduğu kadar yönetirken de idarenin ve yöneticinin hukuk kurallarına uyma, tarafsız, adil ve objektif olma gibi özellikler sergilemeleri gerekmektedir. **Yargılamada hukuksal etik ise** yargılama erkinin icrası vasıtasıyla varlık bulmaktadır. Yargılamanın aktörlerinden hakim ve savcılar kadar avukatların da etik değerlerin yerleştirilmesinde önemli bir rolleri vardır.

1.3. Savunma Etiği

Savunma Etiği avukatlık meslek etiğinin bir parçasıdır. Diğer meslek gruplarında da olduğu gibi avukatlar, mesleklerinin layıkıyla icra edilmesi için bir araya gelerek mesleğin icrası ile ilgili etik kuralların da yer aldığı meslek kurallarını oluşturmuşlardır. Bu kuralların ihdasındaki amaç, tecrübe ile sabit olan kural ve durumları yeni nesil meslektaşlara aktarmak ve tarih boyunca ortaya çıkan meslek örgütlenmesini devam ettirmektir. Mesleğin icrası ile ilgili ülkeler arası bazı farklılıklar mevcutsa da çoğunlukla farklı ülkelerin avukatlık meslek kuralları arasında benzerlikler bulunmaktadır. Avukatlık mesleğinin ve dolayısıyla bugünkü savunma etiğinin şekillenmesi yıllar almıştır. Sanat olarak da

algılanan savunmanın beslenme kaynaklarından biri de diyalektiktir. Her şeyin ustalıklı ve incelikli tartışılması sanatı, olarak tanımlanan diyalektik, savunma sanatında önemli bir rol oynamaktadır. Diyalektiğin yegâne kaynağının ‘mantık’ olduğu yolunda felsefenin benimsediği anlayıştan ziyade, aslında diyalektiğin insan gerçeğine bağlı olduğu görüşünü kabul eden hümanist görüş, savunma diyalektiğini itham, savunma, hüküm üçlüsü ile izah etmeye çalışmıştır. Bu görüşe göre ‘Hiçbir şey kendi karşıtı olmaksızın ortaya çıkmaz’. İtham ve savunma kendini tanımlamak istediği zaman, kendi karşıtına muhtaçtır. Bütünsellik ilkesi diyalektik düşüncenin en kapsayıcı ilkesidir. Bu ilke en geniş anlamıyla herhangi bir şeyin tek başına ve içinde bulunduğu bütünden ayrı olarak ele alındığı zaman kavranmayacağını ileri sürmektedir. Bütünsellik ilkesi açısından gerçeklik, bir organizma olarak düşünülür ve bu organizmada parçalar, bütüne bağlıdır. Nitekim bütün de parçalara bağlıdır. Savunma diyalektiğinde bütünsellik ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır. Savunmanın eksik olması bizi eksik ve bir bakıma yanlış hükme götürmektedir. Adaletin yerine getirilmesinde rol oynayan avukatlık mesleği tarih boyunca özellikle ‘savunma’

açısından ihtisamlı dava örnekleri ile gelişmiştir. Savunma etiğinin ardındaki felsefe ve kurallar ünlü avukatların ders niteliğindeki ünlü savunmaları ile oluşmuştur. Kısaca, avukatlık meslek etiği içinde oluşmuş savunma etiği, ceza hukuku icra edilirken izlenmesi gereken ahlak ve etik kuralları olarak tanımlanabilir. Bütün bu kuralları anlayabilmek için önce avukatlık mesleğini tanımlamak fakat bundan daha önce mesleğin yıllar boyunca dünyada ve ülkemizdeki gelişimini gözlemlemek gerekmektedir.

2. BÖLÜM

Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi

2.1. Genel Olarak Avukatlığın Tarihçesi²⁸

Eski Yunan ve Roma medeniyetlerinde avukatın yeri; avukatın bağımsızlığı, mesleğin niteliği, ücret alıp almaması, örgütlenmenin gerekliliği gibi etik ile ilgili konulara ilişkin ilk çıkış noktası olarak kabul edilebilir. Bu yüzden kısa bir tarihçe, hem mesleğin gelişmesini göstermek hem de etik kavramının kökenlerinin daha iyi kavramak bakımından ilginçtir.

Avukat sözcüğü Eski Yunancada ayrıcalıklı insan, güzel konuşan anlamına gelen ‘*advocatus*’ kelimesinden türeyerek dilimize yerleşmiştir. Eski Yunan’da ilk önceleri tarafların kendi davalarının kendileri takip etmeleri gerekirken zamanla bir yakınlarının yardımına izin verilmeye başlanmıştır. Bunun sonucunda da mahkemelerde *logograf* denilen arzuhalciler ortaya çıkmaya başlamıştır. Taraflara evvelden savunma hazırlayan *logograflar* mahkemede söylenecek sözleri, bir nutuk halinde

²⁸ <http://www.vekil.net/forum/hukuk-sohbetleri/avukatlik-mesleğinin-tarihçesi-dunyada-ve-türkiye-de-gecmisten-bugüne-avukatlık/> (Erişim tarihi: Nisan 2014)

yazıyor, ilgililere ücret mukabili veriyorlardı. İlgililer de bunları ezberleyerek hâkim önünde tekrarlıyorlardı. Ancak davacı ya da davalıların bunları iyi ezberleyememeleri, şaşımaları, unutmaları karşısında *logograf* adlı kimseler mahkemelerde onların yanında bulunmaya başladılar. Bunların yazdığı dilekçeler davaya giriş niteliği taşıyordu ve tartışmalar bunların yazdıkları üzerinden yapılıyordu. Eski Yunan'da hitabet çok önemli bir yer tuttuğundan avukatların konuşma yeteneğine sahip olmalarına çok önem verilmekteydi²⁹.

İlk baro Atina'da kurulmuş olup sadece hür kişiler mesleğe kabul edilmekteydi. O dönemin koşullarına göre böyle bir görevi esirler yapamazdı. Ayrıca ana-babalarına saygısızlıktan cezalandırılanlar, vatan savunmasına veya bazı kanuni görevlere katılmayı reddedenler, ahlaka aykırı işlerle uğraşanlar, sefahat yerlerinde görülenler, miras yolu ile kendilerine geçen serveti lüks içinde yiyip bitirenler avukatlık yapamazlardı. **Roma**'da da sadece erkekler avukat olabilmekte ve herhangi bir avukat davaya başlarken doğruluk yemini etmekteydi. Bu yemin, adaletin zaferini sağlamak, müvekkilin haklarını eksiksiz savunmak, dürüstlük yolundan ayrılmak

mak unsurlarını kapsıyordu. Avukat davanın haksızlığını anlayınca davadan çekilmek zorunda idi. **“Davadan çekilme hakkının”** doğuşu bu döneme rastlamaktadır. Roma'da avukatlık onur mesleği idi ve bu yüzden avukatlar hizmetleri karşılığında ücret değil *honorar* almaktaydılar. Roma'nın tanınmış avukatlarından ve şairlerinden **Ovidius**³⁰, *“Güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç vericidir.”* diyerek Eski Roma döneminde avukatların ücret almasının onur kırıcı bir davranış olduğunu ifade etmiştir. Ancak ücret almasalar bile, avukatlık Roma'da Cumhuriyet Döneminde yüksek görevlere giden yolu açıyordu. Ayrıca Roma hukukunda *“guato litis”* yani ücret sözleşmesi yasağı vardı. Bunun sebebi de avukatın bağımsızlığıydı çünkü böylesine bir ücret sözleşmesinin avukata bağımsızlığını kaybettirmesinden, onu müvekkilinin ortağı haline getirmesinden korkuluyordu.

359 yılından itibaren, imparatorluk döneminde avukatlar topluluklar halinde örgütlenmeye başladı. Başlangıçta etik kurallardan bahsedilmezken zamanla Roma'da avukatların sorunlarını konuş-

29 Tuncay, s. 106.

30 <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ovidius> (Erişim tarihi: Nisan 2014).

mak için toplanmalarıyla barolar ve meslek kural-ları oluşmaya başladı. Avukatların bir araya geldiği toplantılara *ordo* adı verilirdi. En kıdemli avukat toplantının başkanı oluyordu. Ortaçağda ise avukatlık mesleği önemsiz bir meslek haline gelmişti. Bu çağda sadece hukuk davalarında avukata ihtiyaç duyuluyordu. Ceza davalarında avukatlık yapılamı-yordu çünkü Avrupa’da Ortaçağ, “**savunma hak-kının olmadığı**” bir çağ idi. Ceza davaları, “işken-ce” veya “itiraf” ile sonuçlandığından “savunma” gereksiz sayılmaktaydı³¹.

Avukatlık mesleğinin öğretilmesi ise mahkeme-lerde çırakların deneyimli avukatları duruşmada izleyerek, onlara soru sorarak eğitilmesi şeklinde yapılmaktaydı. Öğretici avukatlara da *jurisprudent* denilmekteydi.

XIV. yüzyıl Fransa’sında ise avukatların bulun-dukları kentten başka bir kente giderek savunma yapmaları nedeniyle bu dönemde onların “adaletin gezici şövalyeleri” olarak adlandırılmalarına yol açmıştır. Fransa’da 1327 yılında bir “avukatlık lev-hası” yapıldı. 1344 yılında Staj Müessesesi kuruldu ve avukatlar üç gruba ayrıldı. “*Cansiliari/*

Müşavirler” (Bunlara mahkemelerde hukuki konu-larda danışılıyordu) “*Advucati (Mahkemede iddia ve savunma yapanlar)*” ve “*Novi/Stajyerler*”.

Avukatlar bu dönemde lonca halinde örgütlenmeye başlamışlardır. 1574-1715 yılları arasında loncala-rın güçleri arttırılmış, bir loncaya kabul edilmeden meslek icra etmek yasaklanmıştır. Loncalar, elde ettikleri bu ayrıcalıklara karşı yüksek vergi öde-mişlerdir. Lonca ustaları bu vergi yükünü çıraklık dönemini uzatarak ve ustalığa geçiş bedelini yük-selterek karşılamaya çalışmışlardır. Loncaların ayrı-calıklı kurumlar olduğunu, avukat loncasının bay-rağını taşıyan asanın isminin, baro başkanı ismine bile kaynaklık etmesinden anlayabiliriz³². Mesleğe kabul yemini, baroya takdim gibi ritüeller, cübbe gibi simgeler hep lonca döneminde ortaya çıkmış kurum işaretleridir.

İngiltere’de ise ilk lonca örgütlenmesi 13. yüzyılda kendini göstermiş, 15. yüzyıla gelindiğinde 3 avukat loncası kurulmuş bulunmaktadır. Lonca-lar hiyerarşik toplumsal örgütlenmenin en ince düzenlendiği, mesleğe girişten ayrılışa kadar her aşamanın ayrıntılı bir biçimde kurallara bağlandığı

³¹ Tuncay, s. 107.

³²Fransızcaı le bâtonnier, le bâtonnier.

toplumsal örgütlerdir. Loncada haklar yerine, görevlerden bahsedilmektedir. Görevini iyi yapanlar, kurallara uyanlar çırak veya usta hiyerarşisine yükselirlerdi. Lonca mensupları yaptıkları işi bir toplumsal faaliyet olarak değil, bir ayrıcalık olarak algıladılar. Lonca dönemi avukatlığı *imtiyaz* sistemine dayanmaktadır. Bu mesleki örgütler; mensuplarının, faaliyetlerini, belli bir düzen içinde yapabilmelerini sağlamasının yanı sıra vatandaşlarla ve henüz vatandaş olmamış kişilerle devlet arasındaki ilişkiyi de sağlamaktaydı. Parlamentoda da bizzat temsil edilen avukat loncaları, Parlamente'ya yasa konusunda yardımcılık görevinde bulunuyordu. Loncadan kopuşla avukatların ideolojik dünyasında çok ciddi bir dönüşüm yaşanmıştır.

Avukatlık mesleğinin lonca tipi örgütlenmeyle bağlarını koparması Fransız İhtilali ile olmuştur. Özgürlük, kardeşlik, eşitlik temelinden yola çıkan Fransız İhtilali tüm geleneksel kurumları dağıttığı gibi lonca kurumunu da yıkmıştı çünkü lonca tipi kurumlar ayrıcalıklı üst sınıfların oluşmasına sebep oluyordu. Loncalar kaldırıldıktan sonra, ortaya çıkan yeni toplumsal düzende meslek örgütlenmeleri açısından yeni bir aşamaya gelmiş; mesleki ayrıcalıklar etrafında örgütlenmelerin yerini mes-

leki çıkarlar etrafında örgütlenmeler almıştır ve *Barolar* kurulmaya başlanmıştır. Baro sözcüğü etimolojik olarak Fransızca *Barre (Bar)* sözcüğünden gelmektedir ve avukatları yargıçlardan ayıran bölüm anlamındadır³³.

2.2. Türkiye’de Avukatlığın Tarihçesi³⁴

2.2.1 Tanzimat Öncesi Dönem

Osmanlı İmparatorluğu’nda avukatlık işlerini arzuhalciler üstlenmişlerdi. Ancak arzuhalcilerin tam anlamıyla bugünkü anlamıyla avukatlık yaptıklarından bahsedilememektedir çünkü müdafadan çok usule ilişkin işleri yapmaktadırlar. Arzuhalciliği düzenleyen ilk metin ilk 1660-1662 tarihlerinde çıkartılmış nizamnamedir. Bu nizamnamede arzuhalcilik yapacakların arzuhalciler başından izin alması gerektiği ve arzuhalcilik yapacaklarda bulunması gereken bazı özellikler ile şartları belirtilmekteydi. Yine bu dönemde, o günkü mevzuata göre çalışan Şer’iye mahkemelerinde kadıların kıydıkları hatta nikâh akitlerinde ve bazı işlerde vekil tayin edilebileceği kabul olunmuş,

33 Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.376.

34 Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki tarihçesi, Av. Şener Battal, Stj. Av. Nurşen Erdem, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6, s.675.

vekâletin kimler tarafından ve nasıl yapılacağı, vekillerin vasıf ve şartları «Kitab-ül Vekâle» ismi verilen kitapta ayrıca gösterilmiştir. Bu şartlara göre vekâlet sorumluluk getiren önemli bir iş olup vekillerin son derece dürüst ve görevlerini bilen iyi ahlâklı ve herkesçe tanınan kimseler olması gerekiyordu. Bundan sonra Tanzimat'a kadar arzuhalci teşekkülleri ile ilgili olarak ne bir irâde ne de bir kânun çıkmıştır. İlk meslek teşekkülleri olarak algılanabilecek arzuhalci teşekkülleri 1865 yılına kadar yaşamışlardır.

2.2.2 Tanzimat Sonrası Dönem

1839 yılında kabul edilen Gülhane Hattı Hümayunu gayrimüslim vatandaşların Müslüman vatandaşları ile eşit haklara sahip olmalarını düzenlemekteydi. 18 Şubat 1856'da kabul edilen Islahat Fermanı ise kanun önünde eşitlik ve yargılamada aleniyet ilkelerini getirmişti. Islahat Fermanı'na göre, özellikle işkencenin kaldırılması, önleyici bedensel cezaların kurala bağlanması, cezaların uygulanmasında daha insancıl davranılması ve kanunlara uyulması isteniyordu. Bu sebeple de ticari ve cezai davalar için karma mahkemeler

kurulması ve mahkemelerde uygulanmak üzere Medenî, Ceza ve Usul kanunlarının hızla tedvin edilmesi de Ferman'da öngörülmekteydi. Görüldüğü gibi bu iki Ferman ile ihdas edilen ilke ve kurallar sonrasında dava vekilliğini ilgilendiren yeni hükümler ortaya çıkmıştır. 'Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Nizamnamesinin 28. maddesinde tarafların mahkemeye bizzat gelmeleri veya vekil tayin etmeleri zorunluluğu getirilmişti. 1901 tarihinde neşredilen 'Mehakim-i Nizamiye'³⁵ dava vekillerinin usul-ü intihap ve imtihanlarına dair «kararname» gereğince ise dava vekilliği mesleğine gireceklerin imtihana tabii tutulacağı belirlenmiş ve imtihan usul ve şartları açıklanmıştır. Cevdet Paşa'nın Adalet Bakanlığı döneminde uzun çalışmalar sonucunda 1877 yılında «Mecelle-i Ahkam-ı Adliye» adlı kanun çıkmış ve bu kanunda dava vekilleri için de hükümler yer almıştır. Ancak, Lâtince kökenli olması nedeniyle, «avukat» kelimesi kullanılmamıştır. 1878 yılında, duyulan ihtiyaç ve zaruret dolayısıyla «Dersaadet Davası Vekilleri Nizamnamesi» çıkarılarak, ilk defa vekâlet işlerini üzerlerine alanlara resmen dava vekilliği ünvanı verilmiştir. Nizamnameye göre,

35 Ö. Çine, Avukatlık, baro ve Türkiye Barolar Birliği, Güncel Hukuk, Şubat 2013, Sayı 110 s.12 vd.

dava vekili olacakların Hukuk Mektebi mezunu olmaları şartı konmuş ve rastgele şahısların mesleğe girmeleri önlenmiştir. Yine aynı tarihlerde bugün Galatasaray Lisesi olarak bilinen Mekteb-i Sultaniye’ de yeni bir sınıf açılarak hukuk dersleri okutulmaya başlanmıştır. Buradan mezun olanların, Adalet Bakanlığına bağlı bir komisyonda sınav vererek, başarı gösterdikleri takdirde Dava Vekilliği yapabilecekleri esası kabul edilmiştir. Yine Nizamname’de de belirtildiği gibi, «Heyet-i Daim» denilen sınırlı sorumlu bir dava vekilleri cemiyeti kurulmuştur. Yalnız İstanbul bölgesine has olan bu nizamname 1882’de tüm Anadolu’ya teşmil edilmiştir. 1882’de, Adalet Bakanlığı’na bağlı bir hukuk mektebi açılmış ve mezunlarının ruhsatname alabilmeleri için mahkemelere bir yıl devam etmeleri şartı konmuştur.

Kapitülasyonların devam ettiği devirde yabancı uyruklu avukatlar 1870 yılında İstanbul’da bir baro kurmuşlar ve bu, Meşrutiyetin ilânına kadar devam etmiştir. İlk Osmanlı Barosu ise 1878’de İstanbul’da 62 üye ile kurulmuştur. 1908’de Hukuk ve Nüvvap Okulu (dava vekili yetiştiren okul) mezunlarından, yapılan sınav sonucunda ruhsatname

alanların Baroya kaydedilmesine karar verilmiştir.

1884 yılında padişahın irâdesi ile «Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Avukatlık Kanunu» çıkmış ve Türkiye’de ilk defa kanun metninde «**avukat**» tabiri kullanılmıştır. 1885 tarihli tamim ve 1889 yılında çıkan bir irâde ile avukatlık mesleğinin henüz çok yeni durumda olması ve ayrıca halkın fakir oluşu sebebiyle bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bunlara göre ceza davaları dışında, diplomalı dava vekilleri bulunmayan yerlerde sanıkların kendi akraba veya tanıdıklarından birini veya hariçten, kanun bilen bir kimseyi mahkemece vekil tayin ettirebilecekleri veya bu da olmazsa mahkeme zabıt kâtiplerinden birini vekil tayin edebilecekleri bildirilmiştir.

2.2.3 Meşrutiyet Dönemi

1908 Birinci Meşrutiyet’in ilânından sonra, Meşrutiyet İdaresince vekâlet görevi ile ilgili çeşitli kanun ve nizamnameler çıkarılmış, ve bu tarihten sonraki nizamnameler tüzük mahiyetinde sayılmıştır. 3 Eylül 1911 tarihinde geçici bir kanunla, yabancı hukuk mekteplerinden mezun olan ve üç yıl Türk mahkemelerinde vekâlet görevi yaptığı-

nı belgeleyen ve verecekleri imtihanla bunu ispat eden dava vekillerinin «Dava Vekilleri Cemiyeti» nden ruhsat alabilecekleri kabul edilmiştir. Nisan **1915** tarihli «Sulh Hakimleri Kanunu»nun 94. maddesinde Dava Vekilleri Cemiyeti bulunan yerlerde kayıtlı olan dava vekillerinin görev yapabilecekleri, baro bulunmayan yerlerde ise baroya kayıtlı olmayan dava vekillerinin vekâletten men edilecekleri öngörülmüştür. Şubat **1916** tarihli kânunda «Nizamiye Mahkemeleri» için bir kayıt konmadığı halde, Şerîye mahkemelerinde vekâlet edecekler için aranan şartlar belirtilmiştir.

2.2.4 Cumhuriyet Dönemi

Ekim **1926** tarihinde, Mahamat Kanunu'nun bazı maddelerini değiştiren 708 sayılı kanunla; 640 sayılı Kanun'daki «Mahami» kelimesi yerine «**avukat**»; «mahamt» kelimesi yerine de «avukatlık» tâbiri kabul edilmiştir. Ayrıca avukatların ve dava vekillerinin çalışabilecekleri yerler ile, Mülkiye mezunlarının fark derslerini vererek staj yaptıkları takdirde **avukat** olabilecekleri kabul edilmiş ve uygulama için de bir yönetmelik hazırlanmıştır. Bu tarihten sonra çıkan ek kanunlarla (1926-1938)

Mahamat Kanununda çeşitli değişiklikler yapılmış ve bazı maddeler eklenmiştir. Bunlar, avukatlık stajının, Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra yapılacağı, görevlerinden istifa eden hakimlerin, o görev yerinde iki yıl süre ile avukatlık yapamayacakları, avukatlık ücretleri ve taksimi, devlet davalarının takibe memur avukatlar hakkındaki hükümlerdir. Ayrıca 1928 tarih ve 1220 sayılı kanun, 708 sayılı kanunun 4. maddesini yürürlükten kaldırmış ve baro olan yerlerde avukatların sulh mahkemelerinde görev yapabilecekleri, baro olmayan yerlerde ise avukatlarla dava vekillerinin de vekâlet yapabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Şubat 1916 tarihli «Memalik-i Osmaniye»'de bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezâifî» hakkındaki geçici kanunda da avukatlık mesleğinin yalnızca Türklere ait olacağı bildirilmiştir. **1921** tarihli «Dava Vekaleti Ruhsatnamesi» alınmasına ilişkin tüzükte, «ruhsatsız vekâlet etmek yasak» denildiği halde, **1923** tarihli bir genelgede Şerîye ve Hukuk mahkemelerinde vekaletin serbest olduğu açıklanmıştır. Meşrutiyet döneminin kabul ettiği ve vekâlet işlerini daha esaslı kaidelere bağlayan en önemli kanunlardan birisi de **Nisan 1926** tarihli Mahamat

Kanunu'dur. «Mahamat» kelimesi, himaye eden, yardım eden, kendisine başvuranlara sığınmak olan, gibi bir anlam taşımaktaydı. Bu kanuna göre avukatlık bir kamu hizmeti sayılmış ve önceden dava vekilliği izni almış olan dava vekilleri ile beş yıl adli hizmetlerde bulunanların ve on yıl izinsiz dava vekilliği yapmış olanlardan, yapılan sınavlarda başarı gösterenlerin, henüz baro bulunmayan yerlerde ise herkesin o yer Adalet Komisyonunca yapılacak sınavda başarılı oldukları takdirde sadece o yerde vekâlet yapabilecekleri ve şartları belirtilmiştir.

Nisan 1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 137-138-440. maddelerinde; müdafinin, avukatlık veya dava vekilliği etmeğe yetkili kimselerden olacağı, küçüklerle, sağır, dilsiz ve malûllere, avukatları yoksa, mahkemece **avukat** tayin edileceği, bunun o yerdeki **avukat** ve dava vekillerinden seçileceği belirtilmiştir. 1933 tarihli kanun ile hazine avukatlarının çalıştıkları müessese aleyhine dava almaları yasaklanmış ve cezai yaptırımlar ihdas edilmiştir. **Haziran 1934 tarihli** kanunda; buldukları yerde Barodan ruhsat alan dava vekillerinin, baro bulunmayan yerlerde de vekâlet

yapabilecekleri, ayrıca Hakimler Kanunu'na göre hakimlikten ıskat edilmiş olanların avukatlık yapamayacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, avukatlık mevzuatına duyulan ihtiyaç «Avukatlık Kanunu»nun kabul edilmesini gerektirmiştir. 27 Haziran 1938 tarih ve 3499 sayılı ile kabul edilen bu kanun 141 maddeden ibarettir ve avukatlık mesleğine ve baroya yenilik getiren ilk kanun olmuştur. Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte «dava vekili» yerine «**avukat**» kelimesi kullanılmış ve hâkimlerde olduğu gibi avukatların da kisve giymesi kabul edilmiştir. Bundan sonra da ülkenin bazı illerinde müstakil barolar kurulmuştur. Kanunun staj hakkındaki hükümlerinin uygulanması için de bir yönetmelik hazırlanmıştır. Zamanın Adalet Bakanı Şükrü Saraçoğlu'nun yasanın gerekçesinde şu sözleri yer almaktadır:

! “..memleket adliyesinde hakkı hak olduğu için ortaya çıkaran bir hakimler topluluğuna ne derece ihtiyaç varsa hakimlin faaliyetini aydınlatan ve yalnız bilgiyi, doğruluğu kendisine rehber tanıyan bir avukatlar topluluğuna da o derece gerek vardır. İşte bu bakış açısı ile avukatlık konusunun önemle dikkate alınması icap etmiş, baştan başa yeni esaslara göre hazırlanan avukatlık yasası tasarısı adli yenileşmede yeni bir aşamaya ulaşmayı hedef almıştır”.

Yasa, yürürlükte bulunduğu dönem içinde ülkemizde savunma mesleğinin temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri olan baroların hukuki statülerini düzenlemiş ve oldukça başarılı olmuştur. Ancak gelişen ve değişen koşullar karşısında yeni bir avukatlık yasasına gereksinim doğmuş ve bu gelişmelerin sonucu olarak 19.03.1969 gün ve 1136 sayılı “Avukatlık Yasası” çıkarılmıştır.

Yeni bir yasa hazırlanarak avukatlık mesleğinin yeniden şekillendirilmesinin önemli bir nedeni de, 1924 Anayasasının yerine, çağın en modern anayasaları arasında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini en geniş boyutta yaşama geçiren 1961 Anayasasının

yürürlüğe girmesi ve bunun sonucun da ülkemizde Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, yeni anayasal kurumların oluşmasıdır. Bu bağlamda kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin en önemlilerinden olan barolar, bir meslek örgütü olarak avukatların yönetim ve denetiminde etkili rol oynamalarına karşın, anayasada yer alan anlamda meslek örgütü olabilmeleri için bütün baroları ve avukatları görev ve yetki sahası içine alan bir birliğin kurulması gereksinimi doğmuştur. Bu amaçla **Türkiye Barolar Birliği** adıyla bir birlik kurulmuş ve daha önceleri Adalet Bakanlığı’nın yaptığı pek çok görev birliğe devredilmiştir. 1136 sayılı avukatlık yasası getirdiği yeni kurum ve kavramlarla ülkemizde savunma mesleğinin örgütleri baroları ve onun üyeleri olan avukatların statülerini çağdaş standartlara kavuşturmuştur. Bu yasada tüm yasalar gibi uygulama sırasında, çeşitli değişikliklere uğramış, ama en köklü değişiklik 10.05.2001 gün ve 4667 sayılı yasayla yapılmıştır.

4667 sayılı yasa getirdiği yeni kurum ve kavramlarla, daha önce çıkarılan 460, 3499 ve 1136 sayılı yasalarla ülkemizde avukatlık mesleğinin ulaştığı noktayı çok ileriye götürmüştür.

Yasa ile yapılan en önemli değişiklik, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olmasından farklı olarak, avukatı yargının kurucu öğelerinden olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden kişi olarak tanımlamasıdır. Bu tanımla ülkemizde avukatlık yargının bütünleyici parçası olan savunma kurumu adına kurumsal yetki kullanan bir erke dönüşmüş olmaktadır. Bunun yanı sıra avukatlara, *“hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlama”* (Avukatlık Kanunu m.2); Barolara (Av. K. m.76) ve Türkiye Barolar Birliği’ne (Avukatlık Kanunu madde 110/17) *“hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak ve korumak”* görevi verilmiştir.

Yasasının getirdiğı önemli bir değişiklikte, baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin daha bağımsız konuma getirilmesidir. Türkiye Barolar Birliği’ne başta avukatlık yasası yönetmeliğı olmak üzere staj, kredi, sınav, avukatlık ortaklığı, adli yardım, baro hakem kurulu konularında yönetmelik çıkarma yetkisi verilerek avukatlık mesleğinin yasaya aykırı olmamak koşuluyla meslek örgütünce yeniden yapılanmasını sağlanmasına olanak tanınmıştır. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği yönetim kuruluna, avukatlık asgari ücretini belirlemek ve yıllık avukatlık ücret tarifesini yapmak yetkisi verilmiştir.

Yasayla avukatlık stajı, çağdaş ilkelere kavuşturulmuş, stajyerlere staj süresince kredi verilmesine başlanmıştır. Avukatların temel hakları genişletilmiş, sermaye şirketlerinden anonim ortaklıkları ile ortak sayısı yüzün üzerinde olan yapı kooperatiflerine sözleşmeli avukat bulundurulma zorunluluğı getirilmiştir.

Avukatlık Kanunu madde 35/a ile uyumsuzlukların yargıya gelmeden önce avukatlar aracılığı ile çözümlenmesi için avukatlara uzlaşma toplantısı isteme ve uzlaşılması halinde uzlaşma tutanağı düzenleme yetkisi verilmiş, düzenlenecek uzlaşma tutanağının ilam niteliğinde belge sayılması kurulu getirilmiştir. 4667 sayılı yasa ülkemiz avukatlık mesleğinin dördüncü dönemini başlatan bir yasa olarak meslek tarihinde yerini almıştır³⁶.

36 TBB Başkanı Av. Özdemir Özok’un 16.06.2005 günü Azerbaycan’da yaptığı “TÜRKİYE’DE AVUKATLIĞIN TARİHÇESİ” konulu konuşması.

3. BÖLÜM

Avukatlık Mesleği

Avukatlık mesleğinin tarihçesinde de gördüğümüz üzere, hangi toplumda olursa olsun savunma sanatını icra eden bir avukatın müvekkil, mahkeme ve meslektaşlar ile olan ilişkilerinde hangi davranışlarının meslek etiğine girdiği, nelerin meslek etiğinden sayılmayacağı felsefenin dolayısıyla da meslek kurallarının konusu olmuştur. Ancak bu ilişkiler çerçevesinde savunma avukatından riayet etmesi beklenen etik kuralların açıklanmasından önce, belli başlı yükümlülükleri daha iyi anlayabilmek için, avukatlık mesleğinin özellikleri, avukatın amacının ne olması gerektiği, konumu, bazı üstatlara göre başarılı olma ölçütleri, avukatın davranış özellikleri ve siyasi davalarda avukatlık konularını inceleyeceğiz.

3.1 Avukatlık Mesleğinin Özellikleri

3.1.1 Kamu Hizmetidir

Yukarda da izah ettiğimiz üzere, mevcut yasalar-daki genel tarif ve uygulamalara göre avukatlık mesleği “kamu görevi” gibi tanımlarken Avukatlık

Kanunu 1.maddesi’ne göre Avukatlık kamu hizmeti ve serbest meslektir³⁷.

3.1.2 Onurla Yapılan Bir Meslektir

TBB’nin bir disiplin kurulu kararında da belirtildiği gibi ‘Avukat sebebi ne olursa olsun kontrolünü kaybetmemek, unvanının gerektirdiği saygıya yakışır şekilde hareket etmek, mahkeme ve icra dairelerinde çalışan görevlilerle olan ilişkilerde ağırbaşlılığını korumak zorundadır. Avukatlık mesleğini yapanlar ister “kamu görevi yapan”, isterse “yargı görevi yapan” olarak kabul edilsin, hiç kuşku yok ki, avukatlık mesleğinin “hak ve özgürlükler” ve “eşitlik” ilkelerine dayanması, ferdin temel hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruyan özelliklerinin bulunması nedenleri ile çok onurlu bir meslektir. Bu nedenle, Avukatlık Kanunu m.34’de Avukatların hak ve ödevleri genel olarak “Avukatlar, yüklen-dikleri görevleri, **bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek** ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler” hükmü yer almaktadır.

³⁷ M. Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s. 7.

3.1.3 Serbest Meslektir

Avukatlık Kanunu 1'inci madde ki tanımı açtığı-mızda avukatlığın ilmi ve mesleki birikime sahip kişilerin uzmanlaşarak ve fakat hiçbir zaman ticari amaç gütmeyen bir işverene bağımlı olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılan kendine özgü bir meslektir. Avukatlar, serbest meslek olarak vergi dairelerine kaydolup vergi mükellefi olurlar. Sosyal güvenceleri de bu kapsamda sağlanır.

3.1.4 Bağımsız Nitelikte Bir İştir

Savunma hakkının, temel hakların başında gelmesi ve vazgeçilmezliği, bu hakkı gerek birey adına gerekse geniş anlamda toplumsal savunma bağlamında kullanacak avukatın faaliyetinde *bağımsız* olması gerekir. Bu bağımsızlık insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde bir güvence olduğu gibi adalet hizmetlerinin etkinlik ve yeterliliği içinde gereklidir.³⁸ Bağımsızlık avukatlara görevlerini yerine getirirken doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama baskı ya da müdahale getirmeksizin bağımsızlığını garanti eden, eşitliğe dayalı, adli,

38 Uluslararası Barolar Birliği (IBA) New York Genel Kurulunda benimsenmiş olan avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ölçütlerini gösteren 3üncü ve 6-13 üncü maddeleri.

idari, hukuki ilkelerin konulması ve korunmasıdır.³⁹ Bu bağımsızlık avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığını da kapsar. Ancak, şunu unutmamak gerekir ki bağımsızlık müvekkil talimatlarıyla bağlı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Uluslararası Barolar Birliği'nin Oslo toplantısında alınan ilke kararına göre de "avukat mesleki görevlerinin ifasında bağımsızlığını koruyacaktır. İster tek başına ister ortaklık halinde çalışsın bağımsızlığının kaybına neden olabilecek hiçbir iş veya meşguliyet kabul edemez."⁴⁰ Avukat bireyin hakkını korurken bile toplumsal savunma da yapmaktadır. Bir toplumda hakları başkaları tarafından zarara uğratan bireylerin yitirdiklerine kavuşmaları, haklarının korunduğu ya da korunacağı düşüncesi, o toplumda yaşayan insanların hukukun etkili olduğunu görmelerini, hukuka inanmalarını ve sonuçta huzurlu ve güvenli olmalarını sağlar.⁴¹

39 G. Semih, "Avukatlık Hukuku, 5 inci Baskı, Yetkin Yayınları, 2011 Ankara, s. 110.

40 Aynı görüşü teyit eden Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 23.11.1970 gün, 2497/8629 sayılı kararında: "avukat, müvekkilini her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusunda bilgi ve deneyimlerini yasalara ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür" denmektedir.

41 G. Semih, s.115.

! Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Elçi ve diğerleri/Türkiye kararında "Avukatların mesleklerini yerine getirirken baskı altına alınmadan özgür bir şekilde hareket edebilmeleri toplum için önemlidir ve sözleşmenin hükümlerinin etkili olabilmesi için gerekli önkoşuldur. Avukatlara yönelik baskı ve zulüm bu nedenle sözleşme (AİHS) sistemi için önemlidir" denilmektedir.

Kuşkusuz avukatın bağımsızlığı aynı zamanda da bağımsız yargının bir güvencesi olduğundan avukat devlete karşı da bağımsızdır. Her ne kadar avukat kamu hizmeti yapsa da, devletin bir görevlisi değildir. İdari astlık ve üstlük ilişkisi görevin yerine getirilmesinde olmaz. Eğer bir sistem, avukatlık hizmetini merkezi bir otoriteye bağlamak gayesi güdüyorsa bunu kendine göre hangi haklı saikle yaptığını ileri sürse bile altında özgürlüğün yok edilmesi, totaliter ve otoriter bir amacın yattığını anlamak gerekir.

Ceza yargılamasındaki müdafî/şüpheli veya sanık ilişkisi, özel hukuktaki avukat müvekkil (dar anlamda) ilişkisiyle aynı içerikte değildir. Özel hukukta bir *temsil* ilişkisi vardır. Müdafî öğretinin ve özellikle de Ceza Muhakemeleri Kanunu 2'inci maddenin

1 inci Fıkrasının(c) bendindeki tanıma göre de şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan yani, hukuki yardımda bulunan avukattır.

"Avukatın Bağımsızlığına İlişkin Evrensel Kurallar" arasında "Havana Kuralları" olarak bilinen "Avukatların Rolüne Dair Temel Prensiplerin", "Avukatlık Faaliyetlerinin Güvencesi" başlıklı 16. maddesi önemli kurallar getirmiştir.⁴²

Avukatların mesleklerini her türlü baskıdan arınmış olarak yapabilmeleri yolunda Avrupa Konseyi'nce de önemli kurallar getirilmiştir⁴³. Avukatlık Kanunumuzda 5728 sayılı Yasa ile değişik 58. maddesi bu amacın gerçekleşmesi için özel düzenleme içermektedir.⁴⁴

42 Hükümetler: Hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini;

*Yurt içinde veya yurt dışında serbestçe seyahat etmelerini ve müvekkilleriyle görüşmelerini;

*Kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya tehditle karşılaşmalarını sağlar "

43 Prensip I de: 1-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri dikkate alınarak avukatlık mesleğinin yerine getirilmesindeki özgürlüğün ayırım gözetmeden, hükümet ve kanundan gelebilecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır. Bkz. 2-8. maddeler; Avukatlık Mevzuatı, s.532-533, 2002 ANKARA

44 Avukatlık Kanunu m.58 e göre: Avukatların avukatlık veya TBB ya da Baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından

3.1.5 Tekelci Bir Meslektir

Avukatlık Kanunu m. 35 yalnız baroda yazılı avukatların yapabileceği işleri belirlemiştir. Bu işler,

**! ‘Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde müta-
laa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetki-
sini haiz bulunan diğer organlar huzurunda ger-
çek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve
savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere
ait bütün evrakı düzenlemek’**

tır. Baroda yazılı avukatlar söz konusu maddenin birinci fıkrasında sayılanlar dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler. Avukatlık Kanunu’nun geçici 17. maddesinin “Yargı mercileri, Cumhuriyet savcılıkları, icra memurları nezdinde baş kâtiplik, zabıt kâtipliği, zabıt kâtibî muavinliği yahut icra memurluğu veya yardımıcılığı görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olan kimseler, ...en az üç avukat veya dava vekili olmayan bir yerde, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan listeye yazılmak şartıyla, münhasıran o yerin hukuk mahkemeleri ve icra ve iflas dairele-

yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır Ceza Mahkemesi’nin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üstü aranamaz.

rinde dava ve iş takip edebilirler” hükmü günümüz şartlarında uygulanmasa da yürürlüğünü devam ettirmektedir.

3.2. Avukatın Amacı Nedir?

Avukatın amacının davasını kazanmak olduğu aşikârdır. Ancak avukatların kazanmak için her türlü aracı kullanmaları meşru değildir. Aslında başarılı olarak nitelendirilebilecek avukat bir davada savunma yaparken aynı zamanda müvekkilinin menfaatini korumak için bildiği bütün taktik ve teknikleri kullanan ve sadece hukuk kurallarını değil, etik ilkelerini, sağduyuyu ve kamu yararını da orantılı bir şekilde gözetken kişidir.

Türk Avukatlık Hukuku’nda avukatlığın amacını (4667 sayılı kanunun 2. maddesi ile değişik 2 maddesinin 1. fıkrasında)

! ‘...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 sağlamak, diye tanımladıktan sonra (aynı hükmün 2. Fıkrasında) ‘Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder’

şeklinde belirtmiştir. Buradan da gördüğümüz üzere, Türk hukukunda avukatlığın amacı betimlenirken işin kamusal bir hizmet olması, adaletin sağlanması öne çıkartılmıştır. Davayı kazanma isteği maddi olarak da bir kazanç elde etmek ile alakalıdır. Ancak yasa koyucu işin manevi ve etik boyutunun da altını çizmeye gayret etmiştir. Bu yüzden de aynı kanunun 34. maddesi’nde avukatların hak ve ödevlerinin kapsamının etik boyutlarını da katarak belirtilme gereği duyulmuştur. Bu maddeye göre avukatlar yüklenedikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmektedir. Bunların belirlenmesi için de Meslek Kuralları ihdas edilmiştir.

Meslek Kuralları deyimi ilk defa 1136 sayılı yasa ile hukukumuzda girmiş olup yasanın 110. maddesinin 16. Bendinde ‘uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit ve tavsiye etmek’ görevi Türkiye Barolar Birliği’ne verilmiştir. Meslek kurallarının kabul edildiği 1971 yılı Türkiye Barolar Birliği IV. Genel Kurulu Adana’da toplanmış ve bu kuralları ihdas ederken zamanın çeşitli uluslararası kaynağından yararlanmıştı. Bu yasanın Disiplin İşlem ve Cezaları başlıklı 10. kısmının 134. maddesi disiplin cezalarının uygulanacağı halleri göstermiştir. 34. madde ve 134. maddelerde ise avukatlık mesleğinin ilke ve davranışlarının moral değerler olduğu saptanmıştır.

3.3 Avukatlık Görevinin İcrasında Avukatın

Konumu

Avukatlık görevinin icrasında avukatın konumu hukukçuların yıllar boyunca tartıştığı bir konu olmuştur.

! Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin icrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı’nda⁴⁵ avukat tanımı şu şekilde yapılmıştır:

⁴⁵ Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin icrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı

! “Bu tavsiyenin amacı bakımından avukat sözcüğü, ulusal yasaya uygun olarak dava açmaya, müvekkili adına hareket etmeye, hukukun uygulanmasına, müvekkili adına mahkemeye çıkmaya veya ona danışmanlık yapmaya ve onu temsil etmeye ehil ve yetkili olan ve Prensipt 1.(2)’ye göre meslek örgütüne (baroya) kaydı kabul edilmiş kişidir”.⁴⁶

Türk hukukunda, Avukatlık Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu, Türkiye Barolar Birliği’nin meslek kuralları, disiplin kurulu kararlarının tümü avukatlık hukukunu meydana getirmektedir. Avukatlığın tanımı için, Avukatlık Kanunu’nun madde 2’de tarif edilen “Avukatlığın amacı” ve madde 35’de yer alan “Yalnız avukatların yapabileceği işler” başlıklarının açıklanması yeterli değildir. Avukat görevini yaptığı sırada, özel kişi midir? Kamu görevlisi midir? Yargı görevi yapan mıdır? Türk Ceza Kanunu, m. 6, 1/d fıkrasında avukatı “Yargı görevi yapan” olarak saymıştır. TCK m. 6, 1/c fıkrasında, avukat ayrıca “kamu görevlisi” olarak tanımlandığına göre, TCK madde 6’da yargı görevi yapanla-

⁴⁶ Türk Hukuku açısından 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda açık bir tanım yoktur. Kanunun 1inci ve 2inci maddeleri “avukatlığın Mahiyeti ve Avukatlığın Amacından söz ederler.

rın aynı zamanda “kamu görevlisi” olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak avukatlara karşı işlenen bazı suçlarda avukatlar kamu görevlisi olarak kabul edilmişlerdir. TCK 86. maddesinde düzenlenen “kasten yaralama”, TCK 94. maddesinde düzenlenen “işkence” suçunda ve TCK 125. maddesinde düzenlenen “hakaret” suçunda, avukatlar “kamu görevlisi” sayılıp, avukata karşı suç işleyen failler hakkında ceza arttırımına gidilmektedir.

Yine avukatların işlediği suçlar yönünden TCK’nın 247. maddesi’nde tarif edilen “zimmet” suçu ve 257.maddesinde tarif edilen “Görevi kötüye kullanma” suçunda da “kamu görevlisinden” bahsetmektedir. Bu nedenledir ki, 765 sayılı TCK döneminde “görevi ihmal” veya “görevi kötüye kullanmak” suçlarından yargılanan avukatların, 5237 sayılı TCK ile “zimmet” suçu ile yargılanma durumu ile karşı karşıyadır. Mevcut haliyle, avukatın, mesleğini icra eder iken özel kişi olmadığı aşıkardır.

3.4 Avukatın Genel Davranışı Nasıl Olmalıdır?

Sonsteng’e göre, karakter yapısı ve kişilik özellikleri, avukatlık mesleğine ilişkin algıyı etkileyen olgulardır. Doğruluk, dürüstlük, adalet, duyarlılık ve

başkalarına saygı göstermek esastır. Ancak güven telkin eden avukat başarılı ve etkili olabilir⁴⁷.

Tarih boyunca devlet adamları da dâhil olmak üzere büyük düşünürler avukatın karakter yapısı üzerine kafa yormuşlardır. Mesela sertliği ile ün salmış Caton, avukatı ‘Konuşmasını ve inandırmasını bilen namuslu adam’ olarak tanımlamıştır. Dalloz’a göre ‘avukat, hukuk fakültesini bitirip yemin ettikten sonra kendisine başvuranların hayatını, şerefini, özgürlük ve servetini mahkemeler önünde sözlü ya da yazı ile müdafaa eden adamdır.

Yine ünlü avukat Jean Appleton ‘Bir baroya kayıtlı olup hukuki veya tartışmalı mahiyet gösteren sorunlar hakkında fikir vermeyi ve istişarelerde bulunmayı, yardım ettiği ve gerektiğinde temsil bile eylediği tarafların çıkarlarını, yaşamlarını, özgürlüklerini ve şeref ve haysiyetlerini yazı ve sözle adalet huzurunda savunmayı kendisine meslek edinen kişidir.

İstanbul Barosu Genel Sekreteri avukat Ali Haydar Özkent, Avukatın Kitabı⁴⁸ adlı eserinde avukatın sırdaşlık etme özelliğine dikkat çekerek **şu satırlara yer vermiştir:**

⁴⁷ Sonsteng, s. 344.

⁴⁸ Avukatın El Kitabı, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940.

! ‘...Davacılar, yarıdakçılık etmeksizin ve her dediklerini alkışlamaksızın, kendilerini sabır ile dinleyecek bir sırdaş isterler. Bu sırdaş kendilerinin seçtikleri, kendileri gibi emniyetli bir adam olursa, itimat ile ona koşar, tehlikeye uğrayan canları, malları hakkında fikir, nasihat ve yardım isterler. Hakkına tecavüz edildiği düşüncesiyle avukat yazıhanesine sığınarak hakkını alacağından yahut haksızlığın giderileceğinden emin bir halde çıkan adam bir ibadet yerinden çıkan bir adam kadar ruh ve vicdan huzuruna kavuşmuştur’

3.5 Siyasal Davalar ve Avukatlık

Avukatlık mesleğinin gelişimine bakıldığında çarpıcı dava örneklerinin siyasi davalar ve bu davalarda yapılan ünlü savunmalar olduğunu görmekteyiz. Her çağda siyasi davalara rastlamak mümkündür. Siyasi davalar savunma etiği açısından incelenmesi gereken davalardır. Ancak bundan önce siyasi suçun ne anlama geldiğinden kısaca bahsetmek gerekir.

Siyasi suç, doktrinde subjektif ve objektif olmak üzere iki ayrı teori tarafından tanımlanmaya çalış-

şılmıştır. Söbjektif teori siyasi suçun oluşması için suç saikinin siyasi olmasını yeterli sayarken, objektif teori siyasi suçtan bahsedilmek için fiilin hedefi olan hakkın siyasi olup olmadığına bakmaktadır⁴⁹. Avukatın tarafsızlığı bu davaların seyri açısından hâkimin tarafsızlığı kadar esastır. Bu tarafsızlık meslek kuralı olarak mevcuttur. Bu tarafsızlık aynı zamanda örgütün örtülü müdahalesine de imkân vermemeyi de kapsmalıdır.

Tarihte sanıkların, siyasi davalara mensup oldukları örgütlerce seçilen avukatları kabule zorlandıkları görülmüştür. Bu durum da avukatın sanıktan daha fazla örgüt fikrini savunduğu ve sanığın faydalanması mümkün hususları örgüte zarar vereceği düşüncesi ile ihmal edebildiği gözlemlenmiştir⁵⁰. Siyasi davaların avukatları cesaretleri ile göze çarparlar. Fransız Kraliçesi Marie-Antoinette'in avukatı Chauveau-Lagarde⁵¹ savunması sonunda tutuklanmadan önce 'Size iki şey sunuyorum: Gerçeği ve kafamı. Birinciyi dinledikten sonra ikincisi hakkında dilediğiniz kararı verebilirsiniz' demesi

savunma tarihine geçen cesur cümlelerdendir⁵². Siyasi davalarda tarih boyunca sanığa daha önceden öğretilen hususların sözde aleni celsede tekrar edilmesiyle aleniyet ilkesine uyulduğu iddia edilmesi örneklerine rastlanmıştır⁵³.

49 F. Erem, Siyasi Davalarda Müdafilik, Ankara, 1971.

50 Martin-Achard, Proces politiques et observateurs, Revue de la comission internationales de juristes, 1971, n.6, s.24.

51 http://fr.wikipedia.org/wiki/Claude_Fran%C3%A7ois_Chaudeau-Lagarde (Erişim tarihi: Nisan 2014)

52 Martin-Achard, s. 30.

53 Faruk Erem, Siyasi Davalarda Müdafilik, s. 6.

4.BÖLÜM

Avukatın Mahkeme, Müvekkil ve Meslektaşları ile Olan İlişkilerinde Etik

Avukat savunma görevini icra ederken yargının diğer aktörleri ile sürekli bir iletişim halindedir. Nihai amaç adaletin tesisi olduğu için bu iletişim de etik kurallar çerçevesinde gerçekleşmelidir. Avukattan, mahkemeyi ikna ederken, müvekkile karşı yükümlülüklerini yerine getirirken ve diğer meslektaşları ile ilişkilerinde meslek etik kurallarına uyması beklenir.

4.1. Avukat Mahkemeyi İkna Ederken Kullandığı Metotlarda Neye Dikkat Etmeli?

Ünlü Hukukçu Prof. Dr. Ernest Hırş'ın Pratik Hukukta Metod⁵⁴ adlı eserinde belirttiği gibi, modern usule iki ilke hâkimdir. Birincisi *Jura Novit Curia* (Kanun mahkemece bilinir) ve *Da Mihi Factum, Dabo Tibi Jus* (Olayı izah et ki hüküm vereyim). Dolayısıyla avukatın görevi en genel tanımıyla mahkeme heyetini ikna etmektir. Yani avukatın talep ve kanıtlarına dayanak olan hususları toplaması ve mahkemeye açık bir tarzda sunması bu ilkeden kaynaklanır. Ancak ikna ederken genç bir avukata

savunma etiğinin gerekleri göz önünde bulundurulurarak şu hususlar tavsiye edilebilir.

4.1.1 Özdeşleşmeden Kişiselleştirin

Her ne kadar avukat ile müvekkil özdeşleşmemesi kuralı mevcutsa da yargılamada hakimlerin avukatın müvekkiline ve davasına inandığını hissetmeleri ve anlamaları gerekir. Savunma ortaya konulurken avukat dava dosyasına hakim olduğunu hissettirmelidir. Dava dosyasının içeriğinden habersiz ve ilgisiz avukat inandırıcılıktan uzaktır. Vekalet görevini savsaklayan avukatın bu hareketi meslek kurallarına da aykırılık teşkil etmekte, disipliner, cezai, hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır. Aşağıda avukatın özen yükümlülüğü ayrıca düzenlenmiştir.

4.1.2 Objektif Olun

Sonsteg'e⁵⁵ göre avukat hem taraflı hem de tarafsız bir katılımcıdır. Avukat, adil ve sunduğu olay ile ilgili olarak uygulanabilir hukuku da sunan biri olmalıdır. Bu husus avukatın bağımsızlığı ile alakalıdır. Bu bağımsızlık müvekkile karşı olduğu gibi kendine karşı da olmalıdır. Avukat için subjektiflik adaletten yana olmak şeklinde tezahür edebilir.

⁵⁴ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 2000.

⁵⁵ Sonsteng, s. 591

4.1.3 Güvenilir Olun

Avukatın herkes tarafından sevilmesi mümkün olmayacaktır ancak toplum içinde saygı duyulan biri olması gerekir. Avukatlık yasasının 134. ve Meslek Kurallarının 3. maddesi bu konuyu düzenlemiştir. Avukat sözleşme hükümlerine ters düşmese bile toplumun önem verdiği moral değerlere ters bulunan bir amacın gerçekleşmesine araç olamaz. Çünkü avukatlık her şeyden önce bir kamu hizmetidir ve avukatlık kanununun avukatlık mesleğine güvenin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışmak zorundadır. Bazı davranışların yasalara uygunluğu yeterli mazeret sayılamaz. Avukat 'hukuka uygunluk' ölçüsüne bağlıdır⁵⁶. Türkiye Barolar Birliği (TBB) bir kararında avukatlık mesleğinin itibarını zedeleyecek kanunun inancını ve güvenini sarsacak, tutum ve davranışlardan kaçınmak ve mesleğin gerektirdiği dürüstlikle çalışmak zorunda olduğunu belirtmiştir⁵⁷. Nitekim bu kural evrensel nitelikteki meslek kurallarında da belirtilmiştir. Bern kurallarına göre 'Avukat mesleki faaliyetini resmi makamların ve kanunun ihtiyacını sağlayacak şe-

56 Bu ifadeler TBB'nin Meslek kuralları 3. Maddeyi irdelediği bir kararında yer almıştır. TBB Dergisi, TBB Dergisi 1992/1, s. 100 1.2.1992 99/11
57 TBB 28.06.1986 tarih ve 1986/41, 1986/44 sayılı kararı

kilde yerine getirir'⁵⁸ demektir. Ünlü avukat Berryer⁵⁹'in fakirlik içinde ölmek üzereyken kendisine şimdiye kadar teklif edilen, ayaklarına serilen altınları neden almadığı sorulması üzerine 'Almak için eğilmek lazımdı' dediği rivayet edilir⁶⁰.

4.1.4 Hata Yapabilirsiniz

Her avukat hata yapabilir ancak önemli olan hatalarının sorumluluğunu üstlenmesidir. Ayrıca yapılan hatanın temelinde bilgisizlik ve ilgisizlik olmamalıdır. Onun için her somut olayda özenli davranmak zorundadır. Müvekkille olan ilişkilerin temelinde karşılıklı güven duygusu yatar. Avukat Meslek Kurallarının 38. madde ikinci paragrafında da belirtildiği üzere zamanının ve yeteneklerinin erişemediği biri işi kabul etmemelidir.

4.1.5 Tanıkları Tanıyın

Tanıkların güvenilirliğini ve tanıklık yapmakta ne kadar istekli olduklarını önceden tespit edin. Avukat tanığı anlarsa, tanığın güçlü ve zayıf yönlerini

58 Bern Barosu tarafından 1956 yılında konulan avukatlık meslek kuralları Bern Kuralları olarak anılmaktadır.

59 http://fr.wikipedia.org/wiki/Pierre-Antoine_Berryer (Erişim tarihi: Nisan 2014)

60 https://archive.org/stream/souvenirsdember02berrgoog/souvenirsdember02berrgoog_djvu.txt (Erişim tarihi: Nisan 2014)

bilirse, tanığın gerçekçi taraflarını inandırıcı bir şekilde gösterebilir⁶¹. Avukatın tanıkla ilişkisi duruşma öncesi ve sonrası olarak ikiye ayrılabilir. Dava öncesi somut hukuki olayda dinletilmek istenilen taraf tanığının neleri bilebildiğini, somut olaya katkısını duruşma öncesinden tespit etmelidir. TBB Meslek Kurallarınının 24. maddesi'nde de 'avukat ileride tanık olarak dinlenecek kimselerden istisai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunmaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hakim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez' diyerek tanıkları etkileme yasağı getirmiştir.

4.2. Avukat, Müvekkil ile Olan İlişkilerde Etik Açıdan Nelere Dikkat Etmeli?

Avukatın müvekkil ile ilişkilerine etik açıdan bakıldığında özen ve sır saklama yükümlülükleri önemli bir yer tutmaktadır. Her ne kadar sadece ceza davalarında söz konusu olmasa da bu yükümlülüklerin savunmaya münhasır somut biçimleri bu çalışmanın konusu yapılmıştır.

4.2.1 Avukatın Özen Yükümlülüğü

Özen yükümlülüğünün konusunu avukatın sözleşme ile üstlendiği işin sonuca ulaşması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunması oluşturur. Bu yükümlülük kaynağını Borçlar Kanunu madde 390 ile Avukatlık Kanunu madde 34 hükümlerinde bulmaktadır. Çalışmamız, amacı gereği kaynaklarını ceza hukukunda aramakta olduğundan avukatın özen yükümlülüğünün somut biçimleri mümkün olduğunca ceza hukuku uygulamalarından örnekler ile anlatılmış; özen yükümlülüğünün hukuki boyutu incelenmemiştir.

4.2.1.1 Avukatın Mevzuatı Bilme ve Değişiklikleri Takip Etme Yükümlülüğü

Avukatın mevzuatı bilme yükümlülüğü, sadece onun genellikle uğraştığı hukuk alanları ile ilgili olduğu kanunlardan haberdar olması ile sınırlı değildir. Karşılaşmadığı bir konu ile ilgili olarak vekil tayin edilmiş ise bu alandaki mevzuat değişikliğini bilmemesi mazur görülemez⁶². Avukat savunma sanatını icra ederken önemli ölçüde hukuki inceleme yapması gerekmektedir. Bu yüzden de avukat,

⁶¹ Sonsteng, s. 276.

⁶² M. Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s.183.

mevzuatı yapılan değişiklikler ile takip etmelidir⁶³. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından Resmi Gazete'nin takip edilmesi tavsiye edilir.

4.2.1.2 Yabancı Hukuka İlişkin Özen Yükümlülüğü

Avukat bilgisinin az olduğu bir alan ile ilgili davayı üstlenmemelidir; eğer üstlenmişse bu halde o konuda gerekli bilgiyi edinmelidir. Dolayısıyla iç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası anlaşmaları bilmekle yükümlüdür. Avukat bilmediği yabancı bir ülke hukukuna ilişkin bir sorunla karşılaştığında danışmanlık faaliyetinde bulunmaktan kaçınmalıdır. Nitekim Uluslararası Barolar Birliği'nin belirlediği Uluslararası Meslek Kurallarının 3.3.2. maddesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumla karşılaşan avukat, müvekkiline, ilgili yabancı ülke mevzuatını bilmediğini, bu nedenle bu konuda uzman bir avukatın görüşüne başvurmasının doğru olacağını söylemelidir. Bunu yapmayıp da vekâleti üzerine alan avukat bu konuda ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacaktır. Eğer üstlenmişse de bu konuda gerekli bilgiyi edinmelidir. Uluslararası Barolar Birliği'nin

63 Ö. Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 72.

belirlediği meslek kurallarının 3.3.2. maddesinde açıkça 'Avukat, yetersiz olduğu bir konuda müvekkiline hizmet vermemelidir' denmiştir⁶⁴.

4.2.1.3 Yargısal Kararlara İlişkin Özen Yükümlülüğü

Avukat, üstlenmiş olduğu vekalet yükümlülüğünün bir gereği olarak mevzuatın yanında yargısal kararları da bilmelidir. Bu yükümlülük yüksek mahkeme kararları için geçerli olup ilk derece mahkemesi kararları için geçerli değildir. Aksi halde avukat altından kalkamayacağı bir iş yükü ile karşı karşıya kalır⁶⁵. Öğretide ise, bir avukatın içtihadı birleştirme kararlarını bilmemesinin mazur görülemeyeceği konusundaki fikirler ağır basmaktadır⁶⁶.

4.2.1.4 Öğretiyi Takip Etme Yükümlülüğü

Üstlenmiş olduğu vekalet görevini hakkıyla yerine getirebilmesi için avukatın mevzuat ve yargısal kararların yanı sıra hukuk literatürünü de takip etmesi ve öğretilerde savunulan görüşlerden haberdar

64 Benzer şekilde Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kurulları m.3.13'de avukatın kendi mesleki bilgi ve becerilerinin yetersiz kalacağının bildiği veya bilmesi gereken bir işi yapmaya yeterli mesleki bilgi ve beceriye sahip başka avukatla işbirliği yaparak kabul edebileceği ifade edilmiştir.

65 Şenocak, 1998, s.13-14.

66 Günergök, s. 76.

olması gerekmektedir. Örneğin duruşma sırasında ortaya çıkan meselelerde olduğu gibi, avukatın görüş bildirmek için yeterli zamana sahip olmadığı durumlarda kısa da olsa bir araştırma yapmak için duruşmaya ara verilmesini istemesi önerilmektedir⁶⁷.

4.2.1.5 Adli Yardıma İlişkin Özen Yükümlülüğü

Bazı hallerde bir davanın açılması ve takibi için oldukça yüksek tutarlara ulaşabilen harcamalar yapmak gerekebilmektedir. Bu yüzden maddi imkânı yeterli olmayan bireylerin hukuki danışmanlık ve müdafilik yardımından yararlanmaları için, kanun koyucu adli yardım kurumunu ihdas etmiştir. Hukukumuzda adli yardım öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (m. 334-340) düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun on ikinci kısmında da (m. 176-181) adli yardıma ilişkin tamamlayıcı hükümler bulunmaktadır. Özen yükümlülüğü çerçevesinde, adli yardım kapsamında görevlendirilen avukatlar da tıpkı diğer meslektaşları gibi üzerine aldıkları işi özenle yürütmek zorundadırlar. Bu duruma uluslararası belgelerde de değinilmiştir. Nitekim, Bern Kuralları'nın 23. maddesinde de adli yardım kapsamında görülen işlerin di-

ğer işlere gösterilen özenle yerine getirileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları'nın 10. maddesinde de adli yardımdan yararlanan müvekkilleri ile ilgili olanlar dâhil, avukatın görevini titizlik ve özenle yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca müvekkilinin adli yardım koşullarını taşıdığını düşünen bir avukatın, onu adli yardım olanağından yararlanabileceği konusunda bilgilendirmesi de avukatın özen yükümlülüğü içerisinde telakki edilmelidir. Bu durum Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kurallarının 3.7.2. maddesinde açıkça avukatın geçerli olan hallerde müvekkiline adli yardımdan yararlanabileceğini bildireceği hükme bağlanmak suretiyle düzenlenmiştir.

4.2.1.6 Avukatın Bir Başkasını Tevkil Etmesi Durumunda Özen Yükümlülüğü

Avukatlık sözleşmesinde güven unsuru özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, müvekkilin işin bizzat kendi avukatı tarafından görülmesini isteme hakkı vardır. Bununla birlikte, vekalet sözleşmesinde avukata başkasını tevkil konusunda yetki tanınmış olabilir. Avukatın bir başkasını tevkil etmesi bir alt-vekil tayin etmesi veya kendisi yaşayan kişilere

⁶⁷ Cenk Akil, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle yerine Getirme Yükümlülüğü, Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi, 2 (1) 2012, 11-26, s. 7.

veya yanında çalışanlara devreden kimse bu devir kanuna uygun olsa bile, bunların işlerini yaparken verdikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı sorumludur⁶⁸. Avukatlık Kanunu, madde 171 alt vekil tayinini vekâletnamede “tevkil yetkisinin” bulunmasıyla sınırlandırmıştır. Bu yüzden, birden fazla avukatın ortak çalıştığı bir büroda, bu avukatlardan birine iş verilmesi halinde, aksi açıkça belirtilmedikçe diğer ortakların da gerektiğinde o işle uğraşmaya “teamül gereği” yetkili olduğu Avukatlık Kanunu madde 171’de BK m. 390’nın aksine “örf ve adet gereğince yetkili olma” durumu düzenlenmiş olduğundan kabul edilemez. Avukatın kanuna uygun olarak kendi yerine bir başkasını geçirmesi halinde bir alt-vekilin varlığından söz edilmektedir. Avukat, başkasını tevkil etse de vekâlet görevinin

68 Avukatlık Kanunu’nun “İşi Sonuna Kadar Takip Etme Zorunluluğu ve Başkasını Tevkil” başlıklı 171. maddesine göre avukata verilen vekâletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekâletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekâlete ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat, bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekâlet almaya lüzum kalmaksızın işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Bahsi geçen hallerde avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

gereklerini yerine getirme konusundaki yükümlülüğü devam etmektedir. Bununla birlikte, alt-vekil, bağımsız olarak hareket etmekte ve tevkil eden avuktan emir ve talimat almamaktadır. Avukatın bir başkasını tevkil etmesinin ikinci şekli ise avukatın kendisi yerine bir başka avukatı ikame vekil tayin etmesidir.

Bu durumda avukat işi tevdi ettiği diğer avukatla sözleşmeyi müvekkili adına yapmaktadır. Günlük hayatta daha çok karşılaşılan tevkil biçimi budur. Bir başka avukatı tevkil eden avukatın tevkil olunan avukatın fiillerinden dolayı sorumluluğu Avukatlık Kanunu m. 171, III’de düzenlenmiştir. Bir başka avukatı tevkil eden avukat, BK m. 391, II’ye dayanarak tevkil yetkisini kullanırken veya talimat verirken özen gösterdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 171, III, c. 2’de başkasını tevkil eden avukatın birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Öğretide bir görüşe göre Avukatlık Kanunu madde 171, III'deki sorumluluk sadece avukatın resmi daire ve yargı mercileri önündeki temsil durumunda uygulanmalıdır. Bunun dışında kalan hallerde vekil BK m. 391, II uyarınca sadece yetkisini kullanırken ve talimat verirken sorumlu olacak, bunun dışında sorumlu tutulmayacaktır. Bu görüş, haklı olarak eleştirilmiştir. Üstlenilen işin avukatlık sözleşmesi kapsamına giren bir hukuki yardım olması halinde, avukatın sorumluluğunun sadece resmi daire ve yargı mercileri ile sınırlanmamalıdır. Zira, avukatlığın amacını ortaya koyan Avukatlık Kanunu m. 2'ye göre, avukatın hukukun uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlama amacıyla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis ettiğini, Kanun'un ifadesinin bu tür bir ayırım yapmayı engellediğini dile getirilmiştir. Avukatın tevkil yetkisi bulunmamasına rağmen bir başka avukatı tevkil etmesi durumunda ise avukat özen yükümünü ihlal etmiş olacaktır. Bu halde avukat tevkil olunanın kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle dahi sorumluluktan kurtulamaz. Avukatın yetkisiz olduğu halde bir başkasını tevkil etmesi, sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve onun sorumluluğuna yol açar.

4.2.1.7 Talimatları Zamanında Yerine Getirme ve Talimat Almadan İş Yapmama Yükümlülüğü

Bu başlıkta talimat ile kastedilen, iş sahibinin avukatlık sözleşmesinin kurulması sırasında veya sonrasında avukata kendisine tevdi edilen işi nasıl göreceğini gösteren, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır. Ancak avukat, müvekkilinin vermiş olduğu her türlü talimata değil, hukuka uygun olan talimata uymak zorundadır. Yine avukatın kendisinden açılması istenen belli bir davayı belli bir süre içerisinde açması gerekir. Bu bakımdan mesela avukatın dava açması yönünde aldığı talimatı uzun bir süre yerine getirmemesi özen yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelir.

Avukat müvekkili bakımından hak kaybına yol açacak, yani bir haktan vazgeçme sonucunu doğuracak işlemler için müvekkilinden yazılı talimat alması zorunludur. Yani, avukatın açıkça talimat almadan müvekkilinin davada ileri sürdüğü taleplerin herhangi birisinden vazgeçme yetkisi bulunmamaktadır⁶⁹.

69 "Avukat üstlendiği işlerin durumu ve olası sonuçları hakkında müvekkilini bilgilendirmek zorundadır. Davaların müracaata bırakılarak açılmamış sayılmasına karar verilmesinin temini bir diğer anlamda haktan vazgeçmedir. Bir haktan vazgeçme anlamındaki işlemlerden dolayı müvekkilin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur. Herhangi bir vazgeçme eyleminde müvekkilin zararı olamayacağı düşünülse

Hak kaybına yol açan bir talimatın verilip verilmediği konusunda müvekkil ile avukat arasında ihtilaf çıkarsa bu konuda verilen talimatların varlığını kim ispat etmelidir? Bu durumda ispat yükü avukata aittir. Avukatın, müvekkilin talimatına uymaması onun sözleşmesel sorumluluğunu gündeme getirir. Avukatın sorumluluğu için sözleşmenin mevcudiyeti, borcun yerine getirilmemiş olması, zarar, kusur ve nedensellik bağının mevcut olması gerekir. Avukatın talimat alması gerekirken, talimat almadan iş yapması da kanımızca özen yükümlülüğün ihlali anlamına gelir. Bu bakımdan, bir avukatın müvekkilinin talimatı olmaksızın müvekkili adına takip ettiği davadan feragat etmesi onun özen yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelir ve disiplin cezası almasına yol açar.

dahi, bu hususun vekil edene bildirilmesi ve yazılı olurunun sağlanması, avukatlık mesleğinin ciddiyeti ve görevin özenle yerine getirilmesi ilkesinin gereğidir. Şikâyetli avukat şikâyetçi müvekkilinin izni ile davanın duruşmasına katılmadığını savunmuş ise de şikâyetçi müvekkilinin davaya girilmemesi yolunda yazılı talimatı bulunmadığından savunmaya itibar edilememiştir. Avukatlık Kanununun 34. maddesine göre; “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler... Sonuç olarak, şikâyetlinin itirazının reddi ile Edirne Barosu Disiplin Kurulunun “Kınama” cezası verilmesine ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.” (TBB Disiplin Kurulu Kararı, T. 30.04.2010, E. 2009/687, K. 2010/176). Karar için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr> (erişim tarihi 15.04.2014).

4.2.1.8 Kanuni Yollara Zamanında Başvurma ve Gereksiz Başvuru Yapmama Yükümlülüğü

Avukat davayı süresi içerisinde açmalı ve gerekli kanuni yollara zamanında başvurmalıdır. Örneğin avukatın ihtiyati tedbir veya delil tespiti gibi geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurmasını gerektirdiği halde dosyaya yeterince vakıf olmadığı için bunları yapmamış ve müvekkilini zarara uğratmışsa bundan dolayı avukatın sorumlu tutulması mümkündür. Keza, ceza davasının yanı sıra avukat, idari davaya konu olabilecek bir iş bakımından önce yetkili idareye başvuru yapılması gerekiyorsa avukatın süresi içerisinde bu başvuruyu da yapması gerekir⁷⁰.

70 “Şikâyetçiler, oğullarının Adana Askeri Cezaevinde işkence sonucu öldürülmesi sebebiyle sanıklar hakkında Adana Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasında kendilerini katılanlar vekili olarak temsil etmesi ve Genel Kurmay Başkanlığı aleyhine açılacak maddi/manevi tazminat davasını yürütmesi için şikâyetli avukat ile anlaşmalarını ve vekâletname verdiklerini, tazminat davası için süresi içinde yetkili idareye gerekli yazılı başvuruyu yapmayarak ve Askeri İdare Mahkemesinde açması gereken davayı süresinde açmaması sebebiyle hak kaybına uğradıklarını...Avukatlık Kanununun 34.maddesine göre; “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler. Sonuç olarak, Şikâyetçilerin itirazlarının kabulü ile, Baro Disiplin Kurulunun “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kaldırılmasına, araştırılacak başkaca husus kalmadığından, şikâyetli Avukat A.S.Ö’nün kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.” (TBB Disiplin Kurulu Kararı, 28.01.2011, E. 2010/534, K. 2011/51). Karar için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr> (erişim tarihi 15.04.2012).

Avukatın mazeretsiz olarak duruşmalara katılmaması ve bununun sonucunda dava dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verilmesi de avukatın özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir. Müvekkilin gerekli gideri vermiş olmasına rağmen, avukatın kararı tebliğe çıkarmayarak hükmün kesinleşmesini önlemesi de onun özen yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelecek ve disiplin cezasıyla cezalandırılmasına yol açacaktır.

Avukatın başvuracağı kanuni yol masraf yapmasını gerektiriyorsa hem bunu hem de masrafın ödenmemesinin sonuçlarını müvekkiline bildirmelidir. Ayrıca avukat gereksiz ve amaçsız bir biçimde başvuruda bulunmaktan kaçınmalıdır. Bu bakımdan vekilin dava açılmasını istediği bir durumda avukat önce açılması muhtemel davanın başarı şansını incelemeli ve gerektiğinde müşterisini dava açmaması konusunda ikaz etmelidir.

4.2.1.9 Dosya Tutma ve Belgeleri Dosyalama Yükümlülüğü

Avukatlık Kanunu m.52, I, avukatın üzerine aldığı her iş veya yazılı görüşüne başvuru her husus hakkında düzenli dosya tutmasını emretmiştir. Tutulan dosyalar, ayrıca, vekilin sorumluluğu ile ücret-

tine ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıklarda da delil olarak kullanılabilir. Bu yüzden dosya tutulması sadece müvekkilin değil, vekilin de menfaatinidir. Avukatın dosya tutma yükümlülüğünü usulüne uygun biçimde yerine getirmemesi bir yandan onun sorumluluk davalarıyla karşılaşmasına yol açacak öte yandan bu durum müvekkil bakımından ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Avukatlık Kanunu m. 39'a göre avukat, salt dosya tutmakla yetinmeyecek aynı zamanda kendisine bırakılan ve gönderilen evrakları dosyalarına yerleştirecek ve saklayacaktır. Bu yükümlülük dosya tutma yükümlülüğünü tamamlayan bir başka yükümlülüktür. Bu hükümlerle çok sayıda belge ile karşı karşıya kalan avukatın neyin nerede olduğunu bulabilmesi için mutlaka bunları dosyaya yerleştirip muhafaza etmesi de sağlanmak istenmiştir. Bu sayede avukatın belgelerin dosyalara konulması işlemini ertelemeyen, belgeleri biriktirip toptan yerleştirme düşüncesine kapılması daha baştan engellenmek istenmiştir.

4.2.1.10 Özen Yükümlülüğünün İhlalin Sonuçları

Avukatın özen yükümlülüğünü ihlal etmesi onun hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunu doğu-

rabilir. Bu çalışma içinde disiplinler sorumluluğa çeşitli başlıklar altında TBB Disiplin Kurulu Kararlarına yer verilerek değinildiği için ayrıca bir inceleme konusu yapılmayacaktır.

a) Hukuki Sorumluluk

Avukatlık sözleşmesi ile avukat, üzerine aldığı işin sonucunu taahhüt etmemektedir. Dolayısıyla, sadece vekilin yöneldiği sonucun ortaya çıkmaması özen yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlamına gelmez. Müvekkil, avukatın meslek kurallarını ihlal eden aktif bir davranışta bulunduğunu veya yapması gerekeni yapmayarak pasif kaldığını ve bunun hayat tecrübesi ve işlerin olağan akışına göre sonucu olumsuz etkilediğini ispat yükü altındadır. Eğer müvekkili özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle arzulanan sonucun ortaya çıkmadığını ispat ederse, avukat bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Avukatın özen yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sorumlu tutulması için onun hem kusurlu olması hem de ihlal ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. Müvekkil, avukat aleyhine açmış olduğu sorumluluk davasında onun akdi bir yükümlülüğüne aykırı

davranmak suretiyle kendisini zarara uğrattığını ispatlayacaktır. Buna karşılık, avukat ise kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle kendisini sorumluluktan kurtarabilecektir.

b) Cezai Sorumluluk

Özen yükümlülüğünün ihlali, koşulları varsa, aynı zamanda bir suçun ortaya çıkmasına sebebiyet verir mi? Evet, bu yükümlülüğüm ihlali “görevi kötüye kullanma suçu”nu oluşturabilecektir. Bu suçu düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunda açıkça tanımlanan haller dışında görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız kazanç sağlayan kamu görevlisi suç işlemiş sayılmaktadır. Bu suçun işlenmesi için failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Avukatın ise icra ettiği meslek nedeniyle kamu görevlisi olduğu tartışmasızdır. Nitekim Avukatlık Kanunu. madde 62 uyarınca Avukatlık Kanunu ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza

Kanunu'nun 257. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Görüldüğü gibi burada doğrudan TCK m. 257'ye atıfta bulunulmuştur. Şu halde avukatın üzerine düşen işi hiç yapmaması ya da geç yaparak özen yükümlülüğünü ihlal etmesi bu madde uyarınca cezalandırılmasına yol açabilecektir.

4.2.2 İş Sahibi ile Özdeşleşmeyin

Avukat ister müdafî ister vekil olsun iş sahibi ile özdeşleşemez. Zaten bu ceza yargılamasındaki avukatın görevi ile de ters düşer. Hukuk yargılamasının aksine müdafî veya vekil görevini üstlenen avukat temsilci değildir. Avukatın gerçek bağımsızlığı ceza yargılaması sırasındaki faaliyetinde çıkar. Ceza yargılamasında konu doğrudan bireydir, bireyin ise gerek doğuştan gerekse sonradan kazanılmış hakları vardır.

! TBB Disiplin Kurulu'nun 21.02.2013 tarih, 2012/591 Esas 2013/135 sayılı kararında şikâyetli avukat gece saat 02: 00 den sonra polis aracılığı ile girilemeyen ve Cumhuriyet Savcısı tarafından işlem yapılmaması doğrultusunda verilen talimat uyarınca düzenlenen tutanağı imzalamış ancak yarım saat sonra aynı yere çilingir vasıtası ile girilmesine iştirak etmesi “ taraflar arasındaki ihtilafın dışında kalmak ilkesinin açık bir ihlali olup olmadığı” hususu tartışılmıştır. Bu karar, Avukatlık Yasası 2.madde; TBB Meslek Kuralları 6. madde'ye dayanılarak başlatılan disiplin kovuşturmasına örnek teşkil etmektedir.

4.2.3 Müvekkilinizi Tanıyın

Müvekkile ve müvekkilin davasına inancınızı gösterin. Davanın mahiyeti ve müvekkilin türü, bir avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiyi etkiler. Avukatın, müvekkili ve müvekkilinin başkaları tarafından nasıl algılanacağını anlaması gerekir. Dolayısıyla avukat, vekillik görevinin amacı hususundaki müvekkilinin görüşlerine uygun davranmalı ve müvekkili ile duruşmalarda nasıl bir yol izleneceği konusunda istişarelerde bulunmalıdır. Avukat bağımsızlığı gereği istemediği bir davayı almak zorunda

değildir. Ancak bunun istisnaları CMK Zorunlu Müdafilik görevlendirilmesinde mevcuttur. Zorunlu müdafilik hallerinde de avukatın işi özenle takip yükümlülüğü devam etmektedir.

! TBB, 15.03.2013 tarih, E.2012/597, K.2013/187 nolu Disiplin Kurulu kararında şikâyetli avukatın CMK 150. madde uyarınca Baro tarafından müdafii olarak atandığı ve duruşmaya katıldığı, yargulama sonunda şikâyetçinin hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmasına dair verilen karar şikâyetli avukata tefhim olunduğu halde temyiz yoluna başvurmuyarak şikâyetçinin mağduriyetine neden olması, 1136 sayılı Av.Y. m. 34, 134, 136/1, 171; TBB Meslek Kuralları 3, 4 kapsamında incelenmiştir.

! TBB 15.03.2013 tarihli, 2012/598 Esas, 2013/188 Karar sayılı Disiplin Kurulu Kararında, şikâyetli avukatın müdafilik görevi iddianamenin kabulüne karar verilmesine kadar devam ettiği halde, ücretsiz olarak her türlü hukuki yardımı yapmak yükümlülüğünde olmasına rağmen avukatlık ücret sözleşmesi yapmasının, avans almasının, bu uygulamasına haklılık gerekçesi olarak, soruşturma tamamlanmadan yaptığı ifade alınmasını talep etmesi, tutuklama kararına itiraz etmesi gibi hukuki yardımları göstermesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu kararda 1136 sayılı Av.Y. m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları 3, 4; CMK Yönetmeliği m. 7/C incelenmiştir.

! TBB 18.05.2013 tarihli, 2012/749 Esas, 2013/326 karar sayılı Disiplin Kararında da belirtildiği gibi Baro tarafından görevlendirme yapılmadıkça avukatın zorunlu müdafilik görevini üstlenmesi ve bununla ilgili ücrete hak kazanması disiplin cezası gerektirir. Şikâyetli avukatın Cumhuriyet Savcısının sözlü ricası veya ısrarı üzerine olsa dahi, baronun görevlendirmesini beklemeden zorunlu müdafilik görevini üstlenmesinin 1136 sayılı Av.Y. m. 34, 136/2 ; TBB Meslek Kuralları 5, 11 maddelerine aykırı olduğu karara bağlanmıştır.

4.2.4 Temsil Görevinizi Gereği gibi Yapın

Avukat, müvekkilini meslek kurallarına uygun bir şekilde uzmanca temsil etmeli ve hem süratli hem de dikkatli olmalıdır. Müvekkilin ehil bir şekilde temsili konusunda nelerin kabul edilebilir olduğunu toplumun meşru standartları gösterir. Aynı zamanda gerek iç hukuk, gerekse uluslararası meslek kuralları da ilkeler ihdas etmiştir. Ceza davalarında müdafî vekil olmadığından sanığın maddi savunması ile müdafînin teknik savunmasının birbirine uygun düşme zorunluluğu yoktur çünkü avukat görevinde bağımsızdır. Yargıtay 4. Hukuk dairesi 23. 11. 1979 tarih ve 2497/8629 sayılı kararında

! ‘Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız bir şekilde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanma ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık kamu hizmetidir’ demektedir.

! TBB’nin 04.10.2013 tarihli, 013/307 Esas, 2013/759 karar sayılı Disiplin Kurulu kararında avukatların özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranıştan kaçınmak zorunda olduğunu Av.Y. m. 34, 134; TBB Meslek Kuralları 3, 4 maddelerine dayanarak belirtmiştir. Karara konu olan olayda, şikâyetli avukat hakkında bağlı bulunduğu baro tarafından, Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu müvekkilini ziyaret girişinde, üzerinde cep telefonu, sim kartı ve 2 adet şarj cihazını beyanı hilafına bulundurduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir. Disiplin Kurulunca bu ceza anılan maddeler doğrultusunda onaylanmıştır.

! Yine TBB'nin, 06.09.2013 tarihli ve 2013/124 Esas, 2013/673 karar sayılı Disiplin Kurulu kararında belirttiği gibi, bir avukatın yüklendiği ve bir miktar ücret de tahsil ettiği iş hakkında gerekli özeni göstermemiş olması, işi üstlenirken dava açmaya yeterli bilgi ve belgeleri oplaması ve bunların toplanması için sonradan da çaba göstermemesi, şikâyetçi müvekkiline bu hususta yazılı bilgi ve uyarı yapmadan davanın açılmamış olması disiplin cezasını gerektirmiştir. Bu kararında da TBB Disiplin Kurulu 1136 sayılı Av.Y. m. 34, 37, 38/A, 134 ; TBB Meslek Kuralları 3, 4, 5 maddelerini hatırlatmaktadır.

4.2.5 Çıkar Çatışmasına Girmeyin

Bir avukat, vekillik nedeniyle üçüncü bir kişinin ya da başka bir müvekkilinin, ya da kendisinin vekillik sorumluluklarını tehlikeye düşürüyorsa, müvekkilini temsil edemez. Bu konuda hukukumuzda çözümlenici ve buyurucu kurallar getirilmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 'İşin Reddi Zorunluluğu' başlıklı 38. maddesinin b bendinde 'Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olan avukatın iş reddetmek zorunda olduğu' kuralı getirilmiş ve Meslek Kurallarınının 35. madde-

sinde de 'Avukatın aynı davada birinin savunması, öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekaletini kabul edemeyeceğini' öngörülmüştür. Aynı şekilde 36. maddede de ' Bir anlaşmazlıkta, taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz' denilmiş ve ikinci fıkrada da 'ortak büroda çalışan avukatlar da, yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar' buyurucu kuralı ihdas edilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) uygulamasında 'CMK'nun şüpheli veya sanığın birden fazla olması halinde 'savunma' başlıklı 152. maddesinin 1. fıkrasına göre yararları birbirinkine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunmasının aynı müdafiyeye verilebileceğini buyurmuştur⁷¹. CCBE (Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi) Meslek Kuralları 3.2.1. maddesi, 'avukat menfaatleri arasında çatışma veya ciddi derecede çatışma olasılığı bulunan iki veya daha fazla

71 Mukayeseli hukukta Alman CMK 146 ıncı maddesi "savunma icaplarına aykırı olmamak koşulu ile, birden çok sanığın müdafiliği kabul edilebilir"; İtalyan CMK 133 üncü madde "Eğer savunma bağdaşmazlığı yoksa birden çok sanığın savunması bir müdafiyeye verilebilir", kurallarını getirmiştir.

müvekkile aynı davada danışmanlık veya hukuki hizmet veremez ve onların adına hareket edemez' kuralını getirmiştir. Aynı şekilde 3.2.2. madde 'Bir avukatın müvekkilleri arasında menfaat çatışması doğarsa veya müvekkillerin avukata duydukları güvenin kaybolması veya olasılığı çıkarsa, avukat her iki müvekkilin de vekaletnamesini bırakmalıdır' kuralını koymuştur.

! TBB, 04.10.2013 tarihli, 2013/236 Esas, 2013/749 karar sayılı Disiplin Kurulu kararında iş veya savunmadan çekinmenin avukat için hak olduğuna karar vermiştir. Karara göre çekinme hakkı keyfi bir hak da değildir: Çekinmeden dolayı müvekkile asla zarar verilmeyecek, gerekli önlemler alınacaktır. Disiplin Kurulu bu kararda 1136 sayılı Av.Y. m. 41; TBB Meslek Kuralları 38/2; HMK 81. maddeye dayanmıştır.

! TBB, 11.01.2013 tarihli, 2012/479 Esas, 2013/26 Karar sayılı Disiplin Kurulu kararında, menfaat çatışması olan işte, her iki tarafın da haberdar olması, hatta rıza gösterilmesi halinde bile avukatın menfaati zıt olan tarafın vekâletini alamayacağını karara bağlamıştır. Kurul, aksi takdirde, taraflardan her biri yeterli savunulmadığı duyusuna kapılacağını, bunun da avukata duyulması gereken güveni kökten sarsacağını Av. Yas. 34, 38,134 ve TBB Mes. Kur 3,4, 3. maddeleri altında incelemiştir.

4.2.6 İyi Niyetli Olun

Bir avukat hukuki temeli ve yararı bulunmayan bir davayı açmamalı, savunmamalı, uyuşmazlık iddiasında bulunmamalıdır. Ancak, yasal olanak varsa, dava açmanın yerinde olduğunu gösteren olgular mevcutsa, uygulanmakta olan hukukun geniş bir şekilde yorumlanmasını sağlamak, değiştirmek veya ortadan kaldırılmasını sağlamak için her türlü davayı açabilir. Meslek kurallarının 38. maddesi'nin 1. fıkrasında belirtildiği gibi bir avukat kendisine teklif edilen işi gerekçe göstermeden de reddedebilir. Takdirine esas olan nedenleri açıklamak zorunda bırakılamaz. Avukatlık Kanunu'nun

37. maddesi'nin 1. fıkrasında da yer alan bu kuralın hak arama özgürlüğünü etkilememesi için ikinci fıkraya bir istisna düzenlenmiştir. Buna göre işi avukat tarafından reddedilen kimse, kendisine bir avukat tayinini Baro Başkanından isteyebilmektedir.

4.2.7 Davayı Hızlandırın

Avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınmalıdır. Avukatın davasını müvekkilinin meşru çıkarlarıyla bağdaşık şekilde, davanın hızlanmasını sağlaması ve uygun olmayan sebeplerle davanın ilerlemesinin gecikmemesi için makul çabayı harcaması avukatın adalete yardımcı olma işlevinden kaynaklanmaktadır. Avukat görevini özenle ve dikkatle, dürüstlikle yapmak zorundadır. Bu husus 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde '...Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanını gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve TBB tarafından belirlenen Meslek Kurallarına uyumakla yükümlüdür' denmektedir. Ayrıca iyi niyetli olma kuralının bir tezahürü olarak algılanabilecek diğer kural da Meslek Kurallarının

Genel Kurallar başlıklı 3. maddesidir. Bu maddede de avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakat ile yürütür, denmektedir. Yine aynı Meslek Kurallarının 4. maddesinde 'avukat meslekin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır' buyurucu kuralını getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamada da, mahkemeye sunulan başvurunun avukat ile takip edilmesi ile davasını kendisi hazırlamış başvuru arasında fark gözetilerek avukatın hazırladığı davaya nazaran daha esnek ile incelenmiştir.

4.2.8 Karmaşık Davalarda da Plan Yaparak Davanın Uzamasını Önlemeye Gayret Edin

Karmaşık olgusal ve hukuki hususlar, birden fazla tarafın bulunması, bir çok avukat, iç içe geçmiş sorunlar, dışarıdan ve uzaktan yapılan dava takibi, büyük miktarda dava değeri, dava ile ilgili çok sayıda belgenin bulunması, birden fazla mahkemenin yargı çevresine dahil olması gibi sebepler bir davayı 'karmaşık' hale getiren sebeplerdir. Karmaşık davalar makul sürenin aşılmasına sebep olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, dava-

nın haklı olarak uzayıp uzamadığıdır. Her karmaşık olarak nitelendirilen davada sürenin uzaması makul değildir. Örneğin; zor bir cinayet soruşturması başka bir davaya da bağlı olarak yürütüldüğünden 6 yılı aşkın bir süre boyunca sonuçlanmamıştır⁷². Avukat olay karmaşık olsa da makul süreyi geçeme kaygısı taşıyarak, belli bir plan içinde davayı yürütmelidir⁷³.

4.3 Gizlilik İlkesine Uyun (Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü)

Müvekkilin avukat ile paylaştıkları ile avukat tarafından müvekkile verilen tavsiyeler gizlidir ve bu bilgiler üçüncü kişilerce bilinen maddi gerçeğe ilişkin bilgi olmadıkça, müvekkil muvafakat vermedikçe ya da izne tabi diğer durular veya açıklanmasında zorunlu hal olmadıkça paylaşılamaz. Avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamı itibari ile özel bir başlık altında incelenmeye değer bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, avukatla hukuki yardımda bulunduğu kişi arasında bulunan ve sadakat gerektiren özel nitelikteki güven ilişkisine dayanan Avukatlık Kanunu madde 36 ve Meslek Kuralları madde 37’de düzenlenmiştir. Böyle bir düzenleme

⁷² AİHM den uzun ceza yargılaması örneği: Boddaert/Belçika Davası.

⁷³ Sonsteng burada bir kontrol listesi yapılmasını öngörüyor.

sayesinde ki, hukuki yardımdan yararlanan kişi avukata tam bir güven duyabilir.⁷⁴

Türk ceza adalet sistemi içinde de bu konu CMK. 46. maddede düzenlenmiştir. ‘Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle tanıklıktan Çekinme’ başlıklı 46’ncı maddenin 1. Fıkrası: ”Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekilebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: “dedikten sonra (a) bendinde: Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler; ve 2. fıkrasında da: yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında klan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”

⁷⁴ Avukatlık Kanunu 36.madde ”Avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse TBB ve Barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. Yukarıdaki hükümler TBB ve Baroların memurları hakkında da uygulanır.”

! TBB, 05.10.2013 tarihli, 2013/281 esas no, 2013/756 karar nolu Disiplin Kurulu kararında Mahkemece gizlilik kararı alınmış bir davada avukatın müvekkiline ait bilgi ve belgeleri yaygınlama sırasında korumasının sır saklama yükümlülüğünden olduğuna karar vermiş ve bu yükümlülüğü 1136 sayılı Av.Y. 36. maddesine dayandırmıştır.

4.3.1 Sır Nedir?

Sır, başkalarının önceden bilinmeyen veya belirli, sınırlı kişi çerçevesince bilinen ve sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü hususlardır.⁷⁵Avukatlık meslek sırrı, mesleğini yerine getirirken edindiği ve hukuki yardımda bulunduğu kişinin gizli, bir başka söylemle herkesçe bilinmeyen yaşam alanını ilgilendiren hususlardır. Türk hukuk öğretisinde Avukatlık Kanunu 36. madde gereğince açıklanması yasaklanan sır, açıklanması toplum içinde müvekkilin zarara uğramasına neden olacak veya maddi çıkarlarını zarara uğratabilecek veya etmese bile müvekkilin özenle sır saydığı konu olarak tanımlanmıştır.

⁷⁵ Prof.Dr.Özkan SUNGURTEKİN MERAL, Avukatlık Mesleği, sh.501, Barış Yayınları,2012 İzmir.

Kuşkusuz avukatın kendisine yönetsel olarak tevdi olunan görevleri nedeniyle de öğrendiği ve açıklaması meslek geleneklerine aykırı görülebilecek konularda da sır saklama yükümlülüğü bulanmaktadır. Sır, mesleği yerine getirme sırasında öğrenildiği gibi, meslekle doğrudan ilgili olmalıdır. Ayrıca sır saklama yükümlülüğü Avukatlık Kanunu. 37/ b gereği avukat stajyerlerini ve avukatın çalıştırdığı kişileri de kapsar.

4.3.2 Avukatın Meslek Sırrıyla Bağlılıktan Kurtulabilmesi Olanaklı mıdır?

Avukatın meslek sırrıyla bağlılıktan kurtulabilmesi, iş sahibinin onamı (rızası) varsa, ıztırar (zorunluluk) halinde ve avukatın özel hukuka dayanan tazminat istemi, ceza hukukuna dayanan yaptırım veya meslek hukukuna özgü disiplin cezası tehdidi altında bulunması hallerinde olanaklıdır.

4.3.2.1 İş Sahibinin Onamı:

Avukatlık Kanunu 36. maddeye göre iş sahibinin onam vermesi halinde avukatın sır saklama yükümlülüğü kalkar; daha doğrusu avukata seçimlik bir hak verir. Avukat isterse bu sırrı açıklar, isterse açıklamaz. CMK'da yukarıda belirttiğimiz dü-

zenlemenin yanında Avukatlık Kanunu 36. madde özel düzenlemedir. İş sahibini onamı avukatı sırrı saklama yükümlülüğünden kurtarır ama tanıklık yapma konusunda yükümlülük altına sokmaz. Avukat burada iş sahibine onamına rağmen sırrının açığa vurulmasının arzulan sonucunu sağlayıp sağlayamayacağı konusunda aydınlatılmış (öğretilmiş) bilgi vermelidir. Burada önemli bir konu da sır sahibinin (müvekkil veya iş sahibi) ölümünden sonra sır saklama yükümlülüğünün devam edip etmeyeceğidir. Yürürlükteki Ceza Kanunumuza göre sırrın mirasçılara karşı saklanması gerekmez. Ancak, sır saklama yükümlülüğünü iş sahibine olan sadakat yükümlülüğü olarak ele almamak gerektiği de unutulmamalıdır. Sır saklama yükümlülüğü aynı zamanda kamusal çıkarları da göz önünde tutar.

Konu ceza yargılamasında müdafî açısından ele alındığında durum farklılık gösterebilir. Genelde kabul edilen görüşe göre, suçsuz olduğunu kendisinden öğrendiği şüphelinin/sanığın istememesi halinde dahi onun suçlu olmadığını delillerini müdafî ileri sürmelidir. Çünkü yapılan bireysel savunma değil toplumsal savunmadır⁷⁶. Kaldı ki zorunlu müdafilikte bu çözüm daha da zorunlu ve geçerlidir.

⁷⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 17. Bası, İstanbul, s.417.

Ceza yargılamasındaki müdafî özel hukuk yargılamasında görev yapan avukata göre çok farklı durumdadır. Öncelikle temsilci değildir. Şüpheli/sanıktan daha geniş yetkilere sahiptir. Aklen ve ruhen sırrın açıklanmamasının yaratacağı olumsuzlukları anlayabilecek durumda olmadığı için, müdafî onun iradesinin aksine sırrı açıklayabilmeye de yetkili kılınmak da gerekebilir⁷⁷.

4.3.2.2 İztırar (Zorunluluk) Hali

Cezai yaptırımı gerektiren suçlardan haberdar olmuş müdafinin bunu açıklaması gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Türk Ceza Kanun'unun 279. maddesi kapsamına müdafilik görevini yapanlar girmez. Avukatlık özel nitelikte güven ilişkisine dayandığı için bu maddenin kapsamında değerlendirilemez. Tanıklık konusunda benzer sır saklama yükümlülüğü olan sağlık grubu için Ceza Kanunu'nda 280 inci madde düzenlemesi "tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve hizmeti veren kişiler görevlerini yaptıkları sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştıkları takdirde durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadırlar. Avukatlar için böyle bir özel düzenleme yapılmaması da

⁷⁷ Sungurtekin, s. 511.

avukatların sır niteliğinde kalmak koşulu ile suç ihbarında bulunmak zorunda olmadıklarının kanun koyucunun haklı bir seçimi olduğunun kanıtıdır⁷⁸.

4.3.2.3 Avukatın Özel Hukuka Dayanan Tazminat İstemi, Ceza Hukukuna Dayanan Yaptırım veya Meslek Hukukuna Özgü Disiplin Cezası Tehdidi Altında Bulunması

Avukat, özel hukuka dayanan tazminat istemiyle karşı karşıya kalmışsa veya ceza hukukuna dair yaptırıma uğrama ya da meslek hukukuna özgü disiplin cezası tehdidi altında ise, müvekkil avukatın sırrını saklamakla yükümlü olduğunda ısrar edemez. Müvekkilin/iş sahibinin bu tür bir tutumu “evrensel dürüstlük kuralına” aykırı kabul edilmelidir. Dolayısıyla avukat bu çerçevede sır saklama yükümlülüğünden kurtulmuş kabul edilmelidir⁷⁹.

4.3.2.4 Dosya Evrakını Gizli Tutma Hakkınız Olduğunu Unutmayın

Sır saklama yükümlülüğü, tanıklık yapmak ve bilgi vermektan kaçınma haklarının doğal sonucu ola-

rak avukatın iş ya da müvekkile ait dosya içeriğini (evrak, belgeleri, vs.) gizli tutma hakkından da bahsedilir. Ceza yargılamasında CMK 130. madde gereğince, bürosunda yapılan bir arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler açısından bunun müvekkile ait mesleki belgeler olduğu savı ileri sürüldüğünde, aramada hazır bulunan avukat, baro başkanı veya temsilcisi tarafından bu evrak ayrı bir yere konarak hazır bulunanlarca mühürlenir. Bu konuda gerekli kararı verme konusunda soruşturma evresinde sulh ceza hakimi; kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden talepte bulunulur. Yetkili hakim el konulan şey/lerin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında el konulan şey/ler derhal avukata iade edilir. Yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu kararlar 24 saat içinde alınmalıdır. Aynı durum postada el koyma durumu için de söz konusudur (CMK.130. madde 3. fıkra).

⁷⁸ Donay, Meslek Sırrı, s.118 (aksi görüş).

⁷⁹ F.Erem , Avukatlık Sırrı, s.7:” ...bizzat ceza takibine uğramış olan avukatın kendisini savunabilmesi için, sırrın açığa vurulması gerekmişse, zaruret hali oluşmuştur.

”Borgmann/Jungk/Grams, s.185; Künzler s.90; Zemp, s.10

4.4 Avukat Mahkeme ile Olan İlişkilerinde Nerelere Dikkat Etmelidir?

4.4.1 Mahkemeye Tesir Etmek için Çaba Göstermeyin

Bir avukat, gerçeği yansıtmadığını bildiği bir delili sunmamalıdır. Sunulan maddi bir delilin daha sonradan yanlış olduğunu öğrenilmesi üzerine düzeltici gerekli tedbirler alınmalıdır. Ayrıca yasaklanmış yollardan bir hâkime tesir etmeye çalışmamalı ve kanun müsaade etmedikçe görevlilerle tek tarafın yararına iletişim kurulmamalıdır. Bu konu Ceza Kanununun 277. maddesince düzenlenmiştir. Bu madde ‘Yargı Görevi Yapanı Etkileme’ başlığını taşımaktadır. Maddenin 1.f ikrasında ‘biri davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh ve aleyhinde yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden’ kimseye ceza verileceğini belirtilmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu 288. maddede (Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs) başlığı altında ‘bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle so-

nuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağını belirtmiştir.

Ayrıca Meslek Kurallarında ‘Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle ilişkiler’ başlığı altında 17. maddede hâkim ve savcılarla ilişkilerinde avukatın hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorunda olduğunu belirtilmiştir. Burada ölçüt olarak ‘hizmetin özelliklerinden gelen ölçünün’ esas alınması avukatın bağımsız oluşundandır. Dolayısıyla avukat hakimin yardımcısı değildir ancak adalete yardımcı olmakla yükümlüdür. Avukat bütün ilişkilerinde ‘meslek vakarı’ olarak nitelendirilebileceğimiz kavramı saygının sınırı kabul ederek mesleğin ağırbaşlılığını ve bağımsızlığını sarsmaktan kaçınmalıdır. Ayrıca avukat, daha önce hâkim, savcı, hâkem ya da başka bir resmi sıfatla incelediği işte görev alamaz Mahkeme ile olan ilişkilerle ilgili olarak tartışılan bir husus da karar açıklanırken avukatın ayağa kalkmasıdır. Ayağa kalkma ile ilgili olarak buyurucu bir kural yoktur. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu ‘Hükümün açıklanması’ başlığı altında hüküm fıkrasının herkes tarafından ayakta dinleneceğini kurala bağlamıştır.

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında da⁸⁰ tarafların ara kararlarını ayakta dinlemelerinin, uyulması gereken kökleşen bir usul olduğu, bunun mahkemeye karşı gösterilmesi gereken saygı ve nezaket kuralından kaynaklandığı belirtilmiştir. Yargıtay'ın bu kararında davacının davranışı sebebiyle 70. madde uyarınca işlem yapılmasının yerindeligi tartışılırken bu işlemin hakimin hukuki sorumluluğunu gerektirecek bir durum olmadığını karara bağlamıştır. Bu kararda Türk ananesi de kaynak olarak gösterilmiştir. Uluslararası Barolar Birliği Oslo toplantısında alınan kararda⁸¹ avukatın mahkemeye saygısını muhafaza etmesi gerektiği belirtilirken, Bern Kurallarının 11. maddesinde de bu durum tekrarlanmıştır. CCBE (Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi) Meslek Kuralları da 4.3. maddesinde avukatın bağımsızlığını da hatırlatarak avukatın mahkeme huzurunda saygı ve nezaketten ayrılmayacağını belirtir.

4.4.2 Hâkimin Reddi

Usul kuralları ve kanunlar, hakimin ne zaman reddedeceğini düzenlemiştir. Taraf tutma şüphesi, olayların delillerine dair kişisel bilgi sahibi olmak

80 29.03.1967 tarih ve 184/162 sayılı kararında

81 Karar madde 6

ve dava konusu olayda hakimin de menfaatinin bulunması hakimin reddinin tipik sebepleridir. Bu konu Türk Ceza Yargılamasında 'Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi başlığı altında 22-31. maddeler arasında düzenlenmiştir. Ayrıca Meslek Kurallarının 23. maddesine göre 'Hakimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi ve şikayet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri, amacı aşmayacak biçimde açıklar. Red ve şikayet dilekçelerinin bir örneğini de baroya verilir.' Bu maddeden de anlaşılacağı gibi red ve şikayet dilekçelerinde kullanılması gereken dil önemlidir. Ayrıca baroyu bilgilendirme kronolojik olarak red veya şikayetten sonra yapılmaktadır. Yani avukat meslek örgütüne bu konuda sadece bilgi vermektedir. Ancak bazı Avrupa ülkelerinde meslektaşın amacını aşmaması için ya da gereken durumlarda şikayetin kurum tarafından da sahiplenilmesi için işlem ve eyleme bir de meslek örgütü gözüyle bakılması amaçlanmış ve red veya şikayet dilekçesinin önce Baroya verilmesi, daha sonra ilgili merciye iletilmesi öngörülmüştür⁸².

82 Paris Barosu Yönetmeliği 43. madde.

4.4.3 Tanıkları Etkilemeyin

Avukat ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hakim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez.

4.4.4 Duruşmayı Terk Etmeyin

Avukat duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmalardan ayrılabilir. Bu durumda ise avukat derhal baroya bilgi vermelidir.

4.5 Avukat Meslektaşları ile İlişkilerde Neye Dikkat Etmelidir?

Hiçbir avukat, bir meslektaşının mesleki tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikâyetlerin mercii yalnız barolardır.

Meslek Kurallarının 27. maddesinde öngörüldüğü üzere ‘Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı, özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşü-

rücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmez’ denilmektedir. Bern Kuralları’nın 32/1 maddesinde de aynı görüş tekrarlanmıştır. Özellikle hasım tarafın vekili hakkında şahsi mülâhazalarda bulunma yasağı Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararlarının 4. maddesinde de belirtilmiş, meslektaşlar arası nezaket ve hak bilirlilik kuralına uygun davranma ilkesi ihdas edilmiştir.

Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir. Bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile bağlı olarak baroların ve TBB’nin üçüncü şahısların aleyhine veya üçüncü şahısların barolar ve TBB aleyhine açacağı davalar için de geçerlidir.

! TBB, 04.10.2013 tarihli, 2013/242 Esas, 2013/754 Karar sayılı Disiplin Kurulu kararında, avukatın bir başka avukata karşı asıl ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek yükümlülüğünü, 1136 sayılı Av.Y. m.95/1, 97/6; TBB Meslek Kuralları 27/2 altında incelemiştir.

Resmi ya da özel kuruluşlarda bağımlı olarak birlikte çalışan avukatlar, kadro görevleri ne olursa olsun, adalet ve eşitlik ilkelerinden ayrılmamaya

ve iş dağıtımı, denetimi ve her türlü iş ilişkilerinde meslek dayanışmasına ve onuruna uymayan davranışlardan kaçınmaya yükümlüdürler.

Bir başka baro bölgesinde ilk kez bir davaya giden avukat, o yer Baro Başkanı'na nezaket ziyaretinde bulunmaya gayret eder.

Bir meslektaşının ölümü veya başkaca nedenlerle, baro başkanınca görevlendirilen avukat, kabul edilebilir bir neden göstermeksizin bu görevi reddedemez.

Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımlar ve kolaylıklar esirgenmez.

Duruşmaya geç kalındığı için hakkında gıyap kararı alınan avukat hemen gelmişse diğer taraf vekili olan avukat, gıyap kararının kaldırılmasını veya düzeltilmesini istemek zorundadır.

Bir başka yerdeki duruşmasına mazereti nedeniyle gidemeyen avukat, karşı taraf avukatı başka yerden geliyorsa, mazeretini önceden meslektaşına bildirmelidir. Avukatlar arasında özeldir kaydı taşıyan yazışmalar, yazanın rızası olmadan açıklanamaz.

Avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. Hasımın avukatı yoksa avukatın hasımla teması orunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir. Avukat dava türü ve usulü ne olursa olsun, mahkemeye verdiği layiha ve önemli belgelerin birer örneğini istenirse dahi karşı taraf vekili meslektaşına verir.

! 2012/834 Esas ve 2013/380 karar sayılı kararında TBB Disiplin Kurulu, (1136 sayılı Av.Y. m. 34, 134 ; TBB Meslek Kuralları 3, 4, 5) çerçevesinde şikâyetli avukat hakkında ... Cumhuriyet Savcılığı'na verdiği dilekçede yazdığı "sanık ticaret değil dolandırıcılık yapmaktadır kendisi tacir değil dolandırıcıdır, sanık müvekkilimi dolandırmıştır" sözlerinin TBB Meslek Kuralları 5. maddeye aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek tayin edilen disiplin cezasını onamıştır.

KAYNAKÇA:

- A.Can Tuncay, Hukuksal Etik Ders Notları, İstanbul 2013.
- A.Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma, İstanbul 1982.
- A. Cevizli, Sokrates, Say Yayınları, İstanbul 2006.
- A. Şenel, Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, Ankara 1979.
- A. Topakkaya, Aristoteles'in Adalet Kavramı, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2/6 Kış 2009, s.632 vd.
- Av. Şener Battal, Stj.Av. Nurşen Erdem, Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki tarihçesi, Ankara Barosu Dergisi.
- Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin icrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı
- Avukatın El Kitabı, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940.
- B. Aslan, Hukuk Etiği, İBD, Sayı 6, 2007.
- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 2000.
- Cenk Akil, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle yerine Getirme Yükümlüğü,
- D. Robinson/C.Garratt, Etik, NTV Yayını 2011.
- F. Erem, Siyasi Davalarda Müdafilik, Ankara, 1971.
- Friedrich Kübler, "Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği", Etik ve Meslek Etikleri, Der. Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000
- G. Erol, İletişim ve Etik, İstanbul 2012.
- G. Uygur, Hukuk Etiğine Giriş.
- Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi, 2 (1) 2012.
- Handy Legal Adviser for home and business (Küçük Kanun Klavuzu, New York 1949) adlı eserinin önsözü.
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Claude_Fran%C3%A7ois_Chaudeau-Lagarde (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Pierre-Antoine_Berryer (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Pierre-Antoine_Berryer (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant (Erişim tarihi: Nisan 2014).
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ovidius> (Erişim tarihi: Nisan 2014).
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Sokrates'in_Savunmas%C4%B1 (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- <http://www.ertangil.com/2013/08/alain-badiou-etik-ksa-bir-ozet.html> (Erişim tarihi: Nisan 2014).
- <http://www.vekil.net/forum/hukuk-sohbetleri/avukatlik-mesleğinin-tarihçesi-dunyada-ve-türkiye'de-geçmişten-bugüne-avukatlık/> (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- https://archive.org/stream/souvenirdember02berrgoog/souvenirdember02berrgoog_djvu.txt (Erişim tarihi: Nisan 2014)
- J. Sonsteng, Trial, Advocacy before judges, jurors and arbitrators, Second Edition, 2004.

J.Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge 1994.

J.Rawls, Justice as Fairness, Collected Papers, Harvard University, Cambridge, 2011.

M. Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006.

Makyeveli, Makyevellizm ve Modernite, Cemal Bali Akal, Ankara 2012.

Martin-Achard, Proces politiques et observateurs, Revue de la comission internationales de juristes, 1971, n.6, s.24.

N. Öktem, Hukuk felsefesinin Önemi, felsefe Söyleşileri V-VI, Maltepe Üni. Yay. No.49, 2011/8.

Ö. Çine, Avukatlık, baro ve Türkiye Barolar Birliği, Güncel Hukuk, Şubat 2013, Sayı 110.

Ö. Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

P. Somer, Roma Hukukunda Yasama Faaliyeti: Kanunlar, Güncel Hukuk, Mayıs 2011, sayı 5-89.

R. Kılavuz, Kamu Yönetiminde Etik ve Bir Sorun Olarak Yozlaşma, Ankara 2003.

S. Selçuk, Sokrates'in savunması ve Söylemi, Argumentum, Yıl 3, Sayı 33, Nisan 1993.

Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002.

Ş. Gökçeoğlu Balcı, Tutunamayanlar ve Hukuk, İstanbul 2007.

TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un 16.06.2005 günü Azerbaycan'da yaptığı "TÜRKİYE'DE AVUKATLIĞIN TARİHÇESİ" konulu konuşması

TBB Dergisi, TBB Dergisi 1992/1, s. 100 1.2.1992 99/11

V. Çernis, Tatbikatten Çizgiler, İstanbul 1962.

Y. Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, 2.bası, İstanbul 2006.





TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ

Bu kitapçığın içeriği Avrupa Birliğinin görüşlerini yansıtmayıp Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi projesinin bir çıktısıdır.



Bu Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimi'dir. This Project is co-funded by the European Union, the Republic of Turkey and Council of Europe and implemented by the Council of Europe. The Central Finance and Contracts Unit is the Contracting Authority of this Project.