



# Avukatlık Mesleğinin Niteliği

Av. Necmettin AYDIN



## Giriş

“Avukatlık nedir?” veya soruyu Faruk Erem’in sorduğu gibi soracak olursak, “Bir avukat olarak benim işim nedir?” Bu sorunun cevabını Türkiye’de avukatlık mesleğine damgasını vuran<sup>1</sup> Ali Haydar Özkent, şu şekilde vermektedir: “Avukatlık, amme hizmetlerinden en mühimmi olan adaleti dağıtmak vazifesine yardım için teşkil edilmiştir.”<sup>2</sup> Gerçekten de gerek 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun kabulü sırasında yapılan müzakerelerde gerekse daha sonraki kanunlaştırma çalışmalarında kanuna ve doktrine hakim olan görüş bu şekildedir. Bu tanıma göre avukatlık, kamu hizmetidir ve yardımcı nitelikte bir meslektir.

Öte yandan avukatın bağımsızlığı ve mesleğin serbest niteliği de başından beri kabul edilen ve kanuna da yansıyan olgulardır.

Acaba bu nitelikleme ve tanımlamalar avukatlık mesleği için yeterli dahası doğru bir nitelikleme ve tanımlamalar mıdır? Bu niteliklerin aynı meslekte bir arada bulunması çelişki midir değil midir?

Bu çalışmada; avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest meslek olma nitelikleri, bu niteliklerin ilk olarak belirlendiği 3499 sayılı

yasanın gerekçeleri ve uygulama veya doktrin çalışmalarında ileri sürülen dayanakları incelenerek değerlendirilecektir.

## a. Pozitif Hukuk Düzenlemeleri ve Uygulama

### 1. Mevzuat Hükümleri

1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, 22. Maddesinde,

“Avukatlık, amme hizmeti mahiyetinde bir meslektir. Avukatlığın gayesi, avukatların hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukuki münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan ihtilafların hakka uygun olarak halline tavassut ve umumiyetle mahkemelerle diğer resmi mercilere kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmektir.”

şeklinde avukatın tanımını ve avukatlık mesleğinin amaçlarını belirlemiştir.

1969 tarihli 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, konuyu;

“Avukatlığın Mahiyeti” kenar başlıklı 1. Maddesinde “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest meslektir (f. 1). Avukat, görevini yerine getirmede bağımsızdır (f. 2). ve “Avukatlığın amacı” başlıklı 2. Maddesinde ise, “Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir (f. 1).” şeklinde düzenlemiştir.

Ancak “Avukatlığın amacı” başlıklı madde, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun’un 2. Maddesiyle şu şekilde değişikliğe uğramıştır:

<sup>1</sup> Deyim, üstad Galip Yağcı'ya aittir. Yağcı bu durumu şöyle açıklamaktadır: “Zira 1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu doğrudan, 1969 t. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu dolaylı olarak A. H. Özkent’in eseri olan İstanbul Barosu İç Yönetmeliği’nin Yasaya aktarılmasından oluşmaktadır.” Av.Galip Yağcı, *Demokrasi Amacı ve Avukatın Olması Gereken Hukuku*, “Avukatlık Mesleğinin Sorunları” konulu sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul: 21.06.1996, s. 12.

<sup>2</sup> Özkent, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940 (tıpkı basımı, 2002 İstanbul Barosu yayını), s. 10.

“Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat, bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.”

Yukarıya alınan yasa değişikliklerinde en çok göze çarpan değişiklikler, ilk düzenlemede “amme hizmeti mahiyetinde olan avukatlık mesleği niteliğinin doğrudan “kamu hizmeti” şeklinde nitelendirilmiş ve avukatlığın amacının. “...mahkemelere ... kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmek” ten zamanla “... hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını ... yargı organları ... nezdinde sağlamak”a evrilmiş olmasıdır.

Ancak kanımızca özellikle son düzenleme, çelişkilidir. Kanun koyucu, 1136 sayılı Kanunda yaptığı değişiklikle bir yandan avukatlığı, “Yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmanın serbestçe temsili”(4667 s. K .m-1 ile değişik 1/1) ile niteleyip, 2. Maddesinde amacını, “yardım etmek”ten “sağlama”ya dönüştürmüşken, avukatlığın kamu hizmeti olduğunu belirten 1. Maddenin 1. Fıkrasına dokunmamıştır. Kanun, şu haliyle tutarlılıktan uzak bulunmaktadır.

Bu konuda en tutarlı düzenleme, 1136 sayılı Kanunun ilk halindeki düzenleme olmuştur. Bu kanunun yukarıya alınan iki maddesinde geçen “kamu hizmeti” niteliği ve “hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasına hizmet etmek” amacına yönelik hükümleri, kanunun ruhuna daha uygundur. Zira bütün bu düzenlemelerin hepsinin dayanağı olan 3499 sayılı Kanunda avukatlık mesleğinin “amme hizmeti mahiyetinde” bir meslek olarak kabulünün sebebi, avukatlığın hakimlerin ve yargı organlarının yardımcısı oldukları düşüncesi idi. Buna göre avukatlık, adaletin dağıtılmasına yardım etmek için teşkil edilmiştir ve avukatlar, mahkemelerin yardımcılarıdır.

Hakimler dururken başkalarına neden ihtiyaç duyulduğunu A. H. Özkent, şu şekilde açıklamaktadır: “Hakimlerle iş sahipleri arasında adalet yardımcılarının bulunması, her

şeyden önce bir ihtiyat tedbiridir.”<sup>3</sup> Bu ihtiyat tedbirine ve tedbir mahiyetindeki avukatlara neden gereksinim duyulduğunu ise şu şekilde açıklamıştır: “Davacıların kin ve ihtiraslarına kapılmamalarını sağlamak, onların kin ve gazelerini hakim önüne getirerek adaleti işgal etmemek için ve ikinci sebep olarak da hakimler her şeyi bilmediklerinden ve onların mümkün olduğu kadar az hataya düşmelerini sağlamak için avukatların adaleti dağıtma işine ortak edilmelerinden başka çare kalmamıştır.”<sup>4</sup> Yürürlükteki yasa hükümleri de dahil olmak üzere, kanunlarda avukatlık mesleğinin nitelikleri ve amaçlarının belirlenmesinde bu görüşlere dayanılmıştır. Nitekim eski 3499 sayılı Avukatlık Kanununun Esbab-ı Mucibe Layihası’nın “avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir hizmet olduğu”nu düzenleyen 21. Maddesinin müzakereleri sırasında, bu hükümden maksadın ne olduğunu soran bir üyeye cevaben şu açıklama yapılmıştır:

“Avukatlık, serbest ve istenildiği gibi icra edilebilir bir meslek değildir. Yaptığı iş itibarıyla cemiyetin menfaatini korumak bakımından, devletin murakabesi altında bulundurulur. Binaenaleyh bu meslek mensuplarının hizmetini amme hizmeti mahiyetinde saymak yerindedir. Bu maddenin gayesine göre, avukatlar hakkın ve adlin meydana çıkmasında tamamen yardımcı bir kuvvettir ve sırf hasis ve maddi menfaat peşinde koşar bir sınıf değildir. Avukatlar ne deruhte ettikleri işte müvekkillerinin oyuncağı olan ne de bir takım hileli yollardan giderek işi uzatmak suretiyle hakkın tehirine veya ihlaline çalışan kimselerdir. Hizmetlerinin gayesinden içtimai menfaat beklenen bir mesleğin amme hizmeti mesabesinde sayılması tabiidir.”

Bu açıklamadan tatmin olmayan üyenin, “Bugün pekala biliyoruz ki kimin herhangi bir davası varsa herhangi bir avukata gider ve avukat, kendisine verilen parayı muvafık bulursa o paraya mukabil bu işi görmeyi üstüne alır. Başka işler gibi tamamen bir hizmet mukavelesi yapılmaktadır. Burada amme hizmetinin ne kendisini ne de kokusunu görmüyorum.” şeklindeki itirazı üzerine Adliye Vekili, avukatların diğer memurlar gibi devlet mekânizmasına dahil olmadıklarını söyledikten son-

<sup>3</sup> ÖZKENT, a.g.k. No:9 s.5 (A.H.Özkent -Baro- F. Pa-  
yen’den tercüme s. 15. P. Lepaulle: La Justice, s. 95-  
105.

<sup>4</sup> YAĞCI, a.g.t. s. 13.

ra, "Avukatlık müessesesi, doğrudan doğruya adliye cihazının iyi işlemesi için zaruri görülmüş bir müessesedir. Davanın neticesiyle alakası olmayan ve sadece adaleti meydana getirmek için çalışan bir müessese halini almıştır. Cumhuriyet Adliyesi avukatları da devletten maaş alan memurlar gibi murakabeye tabi bir hale getirmeye çalışmaktadır." savunmasını yapmıştır. Adalet Bakanı'nın bu sunduğu bu gerekçeye ilaveten ilk açıklamayı yapan üye, avukatlar içinde bugün yüzkarası olanlar varsa da bunlarla mücadele edildiğini, meslek tarihinde avukatlığın lüzumsuzluğundan dolayı ilgası bile teklif edildiği halde bunun çıkmaz yol olduğunun görüldüğünü, layihanın bütün ihtiyaçları ve tecrübeleri göz önünde tutarak yapıldığını, bu itibarla avukatlığın en muvafık sıfatı olan amme hizmeti vasfını çıkarmanın doğru olamayacağını söylerken, bir başka üye de "amme hizmeti olan adaleti dağıtmak işinde yardımcı olarak kullanılan avukatlık müessesesi de amme hizmeti olmaz mı? Bu, kanuna yazılmasa bile müessesesinin ruhunda mündemiçtir." diyerek düzenlemeyi savunmuştur.<sup>5</sup>

Hukuk alanındaki her düzenlemenin bir sebebi bir de amacı vardır diyerek, "avukatlık, 'neden' ve 'niçin' bu şekilde nitelendirilerek tanımlanmıştır?" diye sordüğümüzde Avukatlık Kanununun mezkur hükümleri için verilen cevap basittir: "Karamanlı tip<sup>6</sup> (Osmanlı dava vekili) lere duyulan tepkiden dolayı ve avukatlığı yüceltmek amacıyla."<sup>7</sup> Kanun koyucu, mesleği belirli ve sıkı sıkıya kayıt altına alarak olumsuz örnekleri<sup>8</sup> bertaraf etmek ve avukatları devlete bağlayarak kendince onore etmek amacıyla bu düzenlemelere gitmiştir. Bu yönüyle, hükümlerin oluşumunda özellikle bu düzenlemelerin altında bulunan mantığın bir

yönüyle olumsuz örnekler duyulan tepkiselikten kaynaklandığı anlaşılmakta ise de asıl sorun, avukatların zaptu rapt altına alınmak istenmesidir.

Kanun koyucu avukatı, hakimlerin yardımcısı olarak nitelerken, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanununun "staj tertibi" konulu maddesinin müzakereleri esnasında Şükrü Saraçoğlu, hakimlik ve avukatlık mesleklerinin birbirlerini tamamladığını şu sözlerle açıklamaktadır: "Adliye Vekaleti, ne hakimler lehine avukatların zayıflamasını ne de mahkemeler aleyhine avukatların kuvvet bulmasını düşünmüştür. Adliye Vekaleti, her iki kuvveti de adaletin meydana çıkması için birbirine yardım eden iki kuvvet telakki eder ve arzu eder ki bunlar arasında adet itibarıyla birinin diğeri üzerinde artması veya eksilmesi değil, işlerin icabı bir tevazün bulsun."<sup>9</sup>

Acaba gerçekten burada öngörüldüğü gibi avukat ile adaletin diğer unsurları arasında bir denge sağlanmış mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Gerçekten avukatlık, ancak külfet yönünden kamu hizmeti ve barolar da külfet yönünden kamu niteliğinde kabul edilmekte, mesleğe ve mesleki kuruluşa güç sağlama yönünden ise, üvey evlat muamelesine tabi tutulmaktadır.<sup>10</sup>

Acaba avukatın yargı içindeki görevi ve kamusal yükümlülükleri ile serbest meslek erbabı sayılması gibi birbiri ile çatışma halinde olan iki özelliğin söz konusu kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görev alan avukatlar üzerinde etkisi ne olacaktır? Barolar, kamu kurumu niteliğinden hareketle kamu hizmeti sayılan görevlerini yerine getirirken, acaba ne ölçüde bağımsız olabileceklerdir?<sup>11</sup> Anayasanın "İdare" başlıklı bölümü içerisinde ve "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" başlığı altında yer verilip, devletin mali denetimi bir yana idari denetimi<sup>12</sup> altında bulun-

<sup>5</sup> ÖZKENT, a.g.e., s. 128 no'lu bahis, s. 110-111.

<sup>6</sup> Bu konuda Özkent'in anılan kitabına bkz.: 43'ten 49 nolu bahse kadar, s. 33-37.

<sup>7</sup> YAĞCI, a.g.t., s. 14.

<sup>8</sup> Olumsuz örneklerden kastımız sadece Karamanlı tipler değildir. Yeni cumhuriyete, cumhuriyetin yeni kuruluşlarına karşı çıkan ve hukuk'un yeni bir toplumsal yapının inşasında harç olarak kullanılmasına engel teşkil eden manileri ortadan kaldırmak için yeni ve baskıcı düzenlemelerin yapıldığı konusunda bkz.: Av. Orhan Seyfi Güner, *Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi ve Avukatlık İdeolojisi*, Hukuk Okumaları Programı'na sunulan tebliğ, İstanbul, 22.01.2002, s. 14-23 ve orada atıf yapılan diğer eserler.

<sup>9</sup> Konuşmanın geçtiği yer: *Türkiye'de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro*, Av. Osman KUTMAN, İBD cilt 62, sayı 4-5-6, s. 270.

<sup>10</sup> İNAL, Nabi; *Avukatlık Mesleği ve Baro, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri)*, İstanbul Barosu Yayını-2000, s. 225.

<sup>11</sup> YETİMOĞLU, Uğur; *Baroların Artan ve Çeşitlenen Görevleri ile İlgili Sorunlar*, İBD, cilt 62, s. 282.

<sup>12</sup> Anayasa m. 135/5.

ması öngörülen meslek kuruluşları vasıtasıyla, devlete göbekten bağlı avukatların kendi yasalarının ve evrensel kabullerin onsuz olmaz saydıkları bağımsızlıklarının nasıl sağlanacağı önemli ama diğer bir bahis konusudur.

Konu ile ilgili yüksek mahkemelerin karar ve görüşlerine gelince;

Anayasa Mahkemesi, meslek kuruluşlarının hukuki niteliğini ve tüzel kişilik türünü belirleyen herhangi bir açıklamada bulunmamış, sadece yasalardaki tanımlamalara dayanmıştır.

Danıştay 8. Dairesi de meslek kuruluşlarının özel yasalarında yer alan tanımlamaları tekrarlamakla yetinmiştir.

Yargıtay'ın uygulaması, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ile aynıdır.<sup>13</sup> Avukatlık mesleğinin niteliği konusunda Yargıtay'ın bir kararı şöyledir:

"Avukat, müvekkilinin her isteğini sınırsız biçimde yerine getirmek şöyle dursun, hukuk konusundaki bilgi ve deneyimlerini yasalar ve adalet yararına kullanmak ödeviyle bağlı ve yükümlüdür ve avukatlık ödevi, bir kamu hizmetidir."<sup>14</sup>

## 2. Mukayeseli Hukuktaki Durum

Kara Avrupa'sı hukukunda (özellikle Almanya ve Fransa gibi ülkelerde) avukatlık, adalet mekanizmasının bir organı olarak telakki edilmektedir. Buradan hareketle avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu belirtilmekte ve buna bazı hüküm ve sonuçlar bağlanmaktadır. Buna karşılık ABD'de avukatlık (değiş yerindeyse) bir 'ticari iş/ticari işletme olarak değerlendirilmektedir.<sup>15</sup>

İsviçre Hukuku'nda ise, avukatın çifte görevi (dopplatufgabe-doppelte funktion)'nden söz edilmektedir. Bunlardan ilki; avukatın, temsilcisi ve mutemedi (vertrauensmann-

güvenilir adam) olduğu müvekkiline danışmanlıkta bulunmak, onu mahkemelerde ve resmi makamlar önünde savunmaktır. Bu yönüyle özel hukuk karakteri ağır basan mesleğe kamusal niteliğini kazandıran ikinci görev ise, avukatın hukukun uygulanmasında hakime yardımcı olması gereğidir. Avukatın bu ikili fonksiyonu, Alman Hukuku'ndaki ifadesini, "avukatın, yargının bağımsız bir organı olması" biçiminde bulmuştur.<sup>16</sup> Nitekim Alman Avukatlık Kanunu, bu konuyu düzenlediği 1. Maddesinde, "Avukat, yargının bağımsız bir organıdır. Avukat, serbest meslek icra eder." hükmünü taşıırken; İsviçre Avukatlık Kanunu'nun inceleme konumuza değgin 8. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: "Avukat, vekalet görevi çerçevesinde, hukukun uygulanmasında hakimin yardımcısıdır."

Uluslararası ilişkilerin hızla gelişmesi ve bir anlamda "dünyanın küçülmesi" sonucunda ve Amerikan Hukukunun Avrupa ülkelerinde ve özellikle AB Hukuku üzerindeki etkilerinin artması sonucunda; bugün Almanya'da avukatlık mesleğinin bir değişim sürecine girmekte olduğu, en azından bunun (avukatlık mesleğinin niteliğinin) tartışma konusu haline geldiği görülmektedir. Almanya'daki tartışmaların başında, avukatlık mesleğinin, 'adalet (yargı) in bir organı' mı yoksa bir 'hizmet mesleği' mi olduğu konusu gelmektedir. Tartışmalar, henüz kesinlik kazanmamış olmakla birlikte, avukatlığın, 'adalet mekanizmasının bir organı' olduğu yolundaki klasik görüşün gerilediğini söylemek mümkündür.

Avukatlık mesleği, AB Hukuku çerçevesinde 'serbest meslek' olarak kabul edilmektedir.<sup>17</sup>

## b. Kamu Hizmeti-Serbest Meslek

### Avukatlık Mesleğinin Niteliği

Konuya yine bir soruyla başlarsak; "Avukatlık, yargının bağımsız ve temel bir unsuru olan savunmanın temsilcisi niteliğinde midir,

<sup>13</sup> İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayını, Ankara, 1986, s. 236.

<sup>14</sup> Yargıtay 4 HD 23.11.1970, 2497/8629 (Faruk EREM, Meslek Kuralları -Şerh-, Ankara, 1977, s. 35.

<sup>15</sup> YILMAZ, Ejder; *AB İle Bütünleşmede Avukatlık Mesleği*, İBD cilt 62, s. 337 Aynı tebliğ, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri), İstanbul Barosu-2000, s.235'te de yayımlanmıştır.

<sup>16</sup> ADAY, Nejat; *Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları*, Beta Yay. İstanbul, 1994, s. 33-34.

<sup>17</sup> YILMAZ; a.g.e., s. 341

halkın hak arama hakkının temsilcisi midir yoksa sıradan teknik bir meslek midir?<sup>18</sup>

Yukarıda alıntılındığı gibi kanun maddelerinin müzakereleri sırasında avukatlığın serbest ve istenildiği gibi icra edilebilir bir meslek olmadığı; hakkın ve adaletin meydana çıkmasında tamamen yardımcı bir kuvvet olduğu ve sırf hasis ve maddi menfaat peşinde koşar bir sınıf olmadığı; avukatların ne deruhte ettikleri işte müvekkillerinin oynayacağı olan ne de bir takım hileli yollardan giderek işi uzatmak suretiyle hakkın tehirine veya ihlaline çalışan kimseler olmadığı; hizmetlerinin gayesinden içtimai menfaat beklenen bir meslek olarak, avukatlığın amme hizmeti mesabesinde sayılmasının tabii olduğu ileri sürülmüştür.

Bu gerekçelerle birlikte doktrinde, yaptığı iş itibarıyla avukatlığın kamu hizmetinden de öte kamu görevi olduğu; avukatın muhakeme ilişkisi içerisinde “kamusal müdafaa makamı”nı teşkil ettiği ve devlet adına bu görevi yürüttüğü; zira avukatın sanığı müdafaa ederken aslında suçtan sorumlu olan devleti müdafaa ettiği; müdafaiin devlet memuru olmasının da mantığa aykırı olmadığı çünkü devletin (sanığı), bir memuru -savcı- ile cezalandırma ya çalışırken diğeri ile nasıl yargılıyorsa -herhalde hakim olarak anlaşılmalıdır- bir üçüncüsü ile de müdafaa edebileceği iddia edilmiştir.<sup>19</sup>

### Avukatlık mesleği, kamu hizmeti değildir

‘Kamu’nun devlet veya idare anlamında değil de toplum anlamında anlaşılması halinde, avukatlığın kamu hizmeti niteliğine itiraz etmeyeceğimizi belirtmek isteriz. Ancak kamu hizmetinin, devletin gördüğü veya devletin görmesi gerektiği halde kendi (idari) vesayeti altında başkalarına gördürdüğü hizmeti niteliği konusunda da bir şüphe bulunmamaktadır. Bu konuda bütün idare hukuku literatürü birlik halindedir.

Avukatlık Kanunu’nda avukatlık mesleğine ilk olarak “kamu hizmeti” niteliğinin tanınması sırasında serdedilen gerekçeler, gerçekçi ve haklı ve değildir. Bu nitelik, yukarıda belirtildiği gibi eski zamanların olumsuz örnekleri göz önünde tutularak ve zamanın Adalet Bakanı’nin deyimiyile, “avukatlığı, devlet eliyle mümkün olduğu kadar sıkı bir kontrole tabi tutmak” amacıyla yasaya alınmıştır.

1) Avukatlığın en bariz vasfının serbest meslek olduğu açıktır. Öyle ki avukat, istediği bir işi alıp istemediğini hiç bir sebep göstermeksizin almayı reddedebilir<sup>20</sup> (Av. K. m. 37). Hatta avukat, kendi özgür iradesiyle üzerine almış olduğu işi bile sonuna kadar götürmek zorunda olmayıp vekaletten veya savunmadan çekilebilir (m. 41). Bu yönüyle avukatlık, tamamen serbest meslektir ve bir idare hukuku kavramı olarak kamu hizmeti niteliği ile ilgisi bulunmamaktadır. Ancak bununla birlikte bir avukatın kendisinden önce iki meslektaşı tarafından işi reddedilen bir kişinin Baro Başkanı tarafından kendisine tevdi edilen işini görmek zorunda olması(m37/3) veya bazı durumlarda işi almaktan yasaklı olması(m.38) mesleğin hayatiyetine, saygınlığına ve meslektaşların dayanışması ilkelerine dayanmaktadır. Meslek, hayati önemi haizdir zira herkesin savunulma hakkı ve ihtiyacı vardır. Ancak avukat, işi zorla değil, geçim vasıtası olarak ama şerefli bir iş yaptığının ve insan haklarının teminatı olduğunun bilincinde olarak ve profesyonel-bilimsel yöntemlerle yerine getirmektedir. Bununla birlikte adli yardım ve CMUK’ta müdafilik veya m. 37/3’teki durum gibi spesifik durumlarda baro tarafından atanmada görevin kamusal nitelik taşıdığı ileri sürülebilirse de hem bu sayılan durumlar, mesleki işleyişte istisna teşkil etmekte hem de CMUK veya adli yardım bürolarında yapılan görevler de gönüllülük esaslı olarak yürütülmektedir.

2) Avukatın teklif edilen işi, sebep göstermek zorunda olmaksızın reddedebileceği ilkesi, (Av. K. m. 37), avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği taşımadığına en büyük delildir. Zira kamu hizmetinin niteliklerinden birisi de hizmetin umuma arz edilmiş olması-

<sup>18</sup> SAYMAN, Yücel; İBD, cilt 62.

<sup>19</sup> KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay. İstanbul, 1998, 10. baskı, No:124-130, s. 223-229.

<sup>20</sup> Avukatların sahip olduğu hak ve yetkiler konusunda bkz.: Necmettin AYDIN, *Avukatın Hak ve Sorumlulukları*, İstanbul, 26.07.2003.

dır.<sup>21</sup> Bir çok kamu hizmetinden bütün fertler kayıtsız şartsız istifade edebilirler. Bazı hallerde ise hizmetten ancak muayyen şartları haiz olan kimseler faydalanabilirler. Fakat kamu hizmetini gören müteşebbis, alelade bir müteşebbis gibi faaliyetini yalnız istediklerine arz edemez; hizmetini umuma arzetmek ve hizmetten istifade etmek salahiyetini haiz olan her ferdin müsavi şartlar altında ondan istifadesini temin eylemek mecburiyetindedir.<sup>22</sup> Ayrıca hizmetin umuma arzedilmesinin bir neticesi de meccani olmasıdır; ancak bazı hizmetlerden sözgelimi (ilköğretim parasız olduğu halde) üniversitelerde okuma karşılığında harç alınmasında, kamu hizmetinin umumiliği prensibine bir aykırılık yoktur. Zira esasen fertler, amme hizmetlerinin masraflarına dolayısıyla (vergi, harç v.s. yoluyla) iştirak etmektedir. Kamu hizmeti karşılığı fertlerden alınan karşılıklar da bu kabildendir. Kamu hizmetinin imtiyaz halinde özel teşebbüslere gördürülmesi durumunda bu hizmeti gören müteşebbis, verdiği hizmet karşılığında yararlananlardan her ne kadar kazanç sağlamakta ise de bu hizmetlerden istifade edeceklerden alınacak parayı bu imtiyazlı şirket veya kişi, serbestçe tayin ve tespit edemez ve "karşılık ne olursa olsun, imtiyaz sahibi çalışmak zorundadır."<sup>23</sup> Fakat avukatlık, sadece umumi ve müşterek ihtiyaçlara cevap veren bir faaliyet değildir. Avukat, mesleğini yürütürken; herhangi bir meslek erbabı gibi, bir hekim, bir mühendis, bir tüccar, bir müellif, bir gazeteci gibi şahsi ve maddi menfaatini düşünür. Bir mesleğin kayıt altına alınması, onun kamu hizmeti sayılmasını gerektirmez. Bir avukat, kendisine müracaat eden bir kimseden vekalet almaya, o kimsenin işini yürütmeye, kimsenin davasını almaya mecbur değildir. Aksi taktirde memleketin iktisadiyatının ve hatta milli müdafaasının ihtiyaçlarına

cevap veren bir müteahhidi, memleketin sıhhi ihtiyaçlarını karşılayan bir hekimi veya eczacıyı, münakale hizmetini gören bir taksi veya kamyon şoförünü, hülasa herkesi amme hizmeti gören kimse gibi telakki etmek icap edecektir.<sup>24</sup>

3) Avukat, katıldığı muhakeme içerisinde elbette ki karar organı değildir. Bu yönüyle yardımcı niteliği yakıştırılması ilk anda makul görülebilirse de muhakeme sürecine giren her unsurun, hakkın meydana gelmesinde yardımcı olduğu görüşü yersizdir. İddia ve savunmalarını yargı organları önüne getiren ve avukatların yaptığı işin esasını oluşturan kişilerin istedikleri kendi var olduğunu düşündükleri haklarının yerine getirilmesidir. Yoksa tek tek mahkemelere her başvuran kişinin -kendi aleyhine de olsa- adaletin sağlanması gibi bir uğraşısı yoktur. Avukat da vekaletini veya işini üstlendiği kişilerin hak ve menfaatlerini dile getirmek ve savunmakla yükümlüdür. Bu demek değildir ki avukat, işini aldığı kişinin kölesi veya oyuncuğudur. Avukat, objektif adaletin ortaya çıkmasına veya ceza muhakemesi anlamında maddi gerçeğin anlaşılmasına yardım etmek zorunda değildir. Aksi halde avukatın sır saklama yükümlülüğü (m. 61) yerine, müvekkilinden öğrendiği ve hakikatin ortaya çıkmasını sağlayacak bilgileri açıklama yükümlülüğü olmalıdır. Yine avukat, kendisine yolsuz veya haksız gördüğü bir teklif yapıldığında bunu mahkemelere açıklayarak hakkın sağlanmasına yardım etmekle değil, o teklifi reddetmekle yükümlüdür. (m. 38)

4) Avukat, yaptığı işlerle ilgili olarak tekel hakkına sahipse de bunu sınırsız ve hiç bir kuralla bağlı olmayan bir despot değil, yasa hükümleri ile birlikte meslek kuralları ile de bağlıdır. Sadece kurallarla bağlanmış olması avukatlığın kamu hizmeti olduğunu göstermeye yetmemektedir. Zira kuralsız bir iş ve meslek olması düşünülemez. Hele ki avukatlık gibi insanların hak ve hukuklarını korumaya matuf bir mesleğin kurallardan azade olması muhaldir. Bütün meslekler gibi avukatlığın da uymakla yükümlü olduğu kurallar bulunmaktadır.

<sup>21</sup> ONAR, S. Sami; *İdare Hukuku'nun Esasları*, 1. cilt, 2. baskı, İstanbul, 1960, s. 13 v.d. Onar'a göre amme hizmeti şu karakterleri haizdir: "Hizmetin; (1) Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından veya bunların muraakabeleri altında kurulan veya işletilen bir teşebbüs olması, (2) Umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek ve amme menfaatlerini sağlamak için kurulmuş bulunması, (3) Umuma arzedilmiş olması, (4) Devamlı ve muntazam bir şekilde işlemesi.

<sup>22</sup> ONAR; a.g.e., s. 163.

<sup>23</sup> ONAR; a.g.e., s. 19.

<sup>24</sup> KUNTER, Nurullah, *Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu*, İHFM, 1974/II, s. 768.

5) Yasanın müzakereleri esnasında avukatlığın serbest meslek olduğuna ve kamu hizmeti niteliği taşımadığına delil olarak gösterilen "avukatın kendisine başvuran herhangi bir kişinin kendisine verdiği parayı muvafık bulunduğu o paraya mukabil o işi görmeyi üstüne aldığı ve bu işin de başka işler gibi tamamen bir hizmet mukavelesi ile yapıldığı" savunması, yukarıda anılan sorumluluklar çerçevesinde doğru ve gerçekçi bir görüştür. Gerçekten de avukat, üzerine aldığı bir işi bir sözleşmeye bağlamakta ve bu işten kazanç sağlamaktadır. Yapılan bu anlaşmanın tarafları da iş sahibi ile avukattır. Başka hiç kimsenin bu ilişkide ne yeri ne de dahil bulunmamaktadır. Esasen avukatın işi budur; avukat, bütün geçimini işinden sağlamak durumundadır. Öyle ki avukatın her işi yapamayacağı kanunda düzenlenmiştir(m.5/d ve 12). Dolayısıyla avukat, aldığı işi kamuya hizmet olarak değil, profesyonelce ve geçimini sağlamak amacıyla yerine getirmektedir.

6) Avukatın istemediği işi reddedebileceği ilkesinin istisnalarının bulunması, onun (avukatlık mesleğinin-N.A.) kamu hizmeti niteliğine bağlı bir sonuç<sup>25</sup> değildir. Gerek bu durum gerekse avukatların ceza tatbikatında hakimlere uygulanan hükümlere tabi olması ve ayrıca asgari ücret tarifelerinin özel kanun hükümlerine göre belirlenmesi, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olduğu yolundaki görüşe sağlam temeller kazandırmamaktadır. Kamu hizmetinin en önemli özelliklerinden olan 'hizmetin iç yapısına doğrudan müdahale' unsurunun avukatlık mesleğinde çok belirgin olduğu söylenemez.<sup>26</sup> Avukatın işi reddetme serbestisine getirilen sınırlamalara, asgari ücret tarifesi gibi uygulamalara kamu hizmeti niteliği taşımayan başka bir çok meslekte de rastlanabilir. Şayet avukatlık mesleği, kamu hizmeti olsaydı, görevin ifası bakımından serbestlik asıl olmazdı ve dolayısıyla bunun sınırlandırılması da söz konusu olamazdı. Avukatlığın kamusal niteliğine delil olarak gösterilen asgari ücret tarifesinin varlığı ise, işin kabulü için bir alt sınır getirmesi ve bu sınırın altında iş görmeyen baronun iznine

bağlı olması hasebiyle asıl avukatları korumaya matuftur.

7) Avukatlık, bir serbest meslektir ve pek çok serbest meslek gibi akademik eğitime dayanır ve bilimsel esaslar çerçevesinde yürütülür.<sup>27</sup> Avukatlık mesleği, alelade (ticari) bir serbest meslek değildir. Avukatlık, hukuk bilimselliği nedeniyle ticari serbest mesleklerden ayrılmaktadır. Avukat, hem hukuka hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet etmektedir. Avukat, kendisine başvuran bireyler ve toplumsal birimlere adalet anlayışını aktararak adalete uygunluk sağlamak veya onları devlet organları önünde temsil etmeyi üstlenerek, devlet organlarını da adalete uymaya zorlamaktadır. Bu adalete uygunluk denetimidir. İşin aracı, işin biçimini belirlediğinden avukat, adaletin gerçekleştirilmesinde bireysel istemle eyleme geçen bağımsız bir organ işlevi görmektedir. Dolayısıyla yasama organı, avukatlığı sadece çok genel bir düzeyde düzenlemelidir. Mali yönden denetlemesi ise devletin yetkili mercileri tarafından yapılmalı, ancak iç işleyişi, hukuk bilim ve uygulamasının gereklerine göre toplulukça düzenlenip denetlenmeli ve gerektiğinde değiştirilebilir.

8) Avukatlara sağlanan bazı hukuki ayrıcalıklar ve cezai muafiyetler de mesleğin kamu hizmeti niteliğini taşımasında değil, bizatihi mesleğin kendisinden kaynaklanmaktadır. Avukatın bağımsızlığı ve sahip olduğu hak ve yetkiler, insan hak ve özgürlüklerinin sağlanmasının çok önemli bir gereğidir; icra ettiği görevin icap ettirdiği hak ve yetkililerdir. Avukat, işini üstlendiği kişilerin haklarını tam olarak savunabilmek için bu yetkilerle donatılmak zorundadır. Ayrıca bu hak ve yetkiler veya ayrıcalık ve muafiyetler avukat için birer lütuf da değildir. Aksine devlet, bunları avukatlara sağlamakla yükümlüdür. Zira "*Hükümetler, avukatların hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyetlerini yerine getirmeleri, yurtiçi ve yurtdışında serbestçe seyahat etmeleri ve müvekkilleri ile görüşebilmeleri, meslek kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırım-*

<sup>25</sup> SUNGURTEKİN, Meral; *Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999, genişletilmiş 2. baskı, s. 14.

<sup>26</sup> ADAY; a.g.e. s. 37.

<sup>27</sup> SUNGURTEKİN; a.g.e. s. 23.

*la sıkıntı çekmemeleri veya tehditle karşılaşmamalarını sağlamakla yükümlüdür.”<sup>28</sup>*

9) Tümöyle başkalarına ait olan ve avukata emanet olarak -vekaleten- verilmiş bulunan işlerin gerektiği şekilde yürütülebilmesi

10) Kamu hizmeti sayılan mesleklerin, bu niteliklerini kanun koyucunun bu yöndeki iradesinden aldığı bir gerçektir. Fakat bu, tek başına yeterli bir ölçü değildir. Bu nitelemenin içinin doldurulması, o hizmetin gerçekten bütün yönleriyle tipik bir kamu hizmetinin niteliklerini taşıması gerekir. Avukatlıkta bu niteliklerin bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır. Avukatlık mesleğinin yapılmasında devletin -yine devlet tarafından birer kamu kuruluşu sayılan Barolar ve Barolar Birliği ile ilgili durumlar dışında- bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Avukat, en başta devlete karşı bağımsızdır. Avukatlık mesleğini devletin ihdas ettiği, kabul edilemez bir düşüncedir. Çünkü bu kabul, her şeyden bağımsız olması gereken avukatı kendisine karşı bağımsız olunacak ilk kurum olan Devlete borçlu kılacaktır.

## Kaynakça

ÖZKENT, Ali Haydar; *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul: 1940(Tıpkı basımı-2002 İstanbul Barosu yayını)

EREM, Faruk; *Meslek Kuralları-Şerh*, Ankara: 1977

ADAY, Nejat; *Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları*, Beta Yay. İstanbul: 1994,

SUNGURTEKİN, Meral; *Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi. İzmir: 1999, Genişletilmiş 2. Baskı

AVUKATLIK MESLEĞİ (SORUNLAR-ÇÖZÜM PERSPEKTİFLERİ), İstanbul Barosu: 2000

BALCI, Muharrem & SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı*, Danışman Yay. İstanbul: 2001

İDARE HUKUKU VE İDARİ YARGI İLE İLGİLİ İNCELEMELER III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayını, Ankara: 1986

KUNTER, Nurullah & YENİSEY, Feridun; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay. İstanbul: 1998, 10. Baskı

KUNTER, Nurullah; *Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu*, İHFM, 1974/II

ONAR, S. Sami; *İdare Hukuku'nun Esasları*, 1. Cilt 2. Baskı, İstanbul; 1960

YAĞCI, Galip; *Demokrasi Amacı ve Avukatın Olması Gereken Hukuku*, “Avukatlık Mesleğinin Sorunları” konulu sempozyuma sunulan tebliğ, İstanbul: 21.06.1996

YILMAZ, Ejder; *AB İle Bütünleşmede Avukatlık Mesleği*, İBD Cilt 62 içinde

GÜNER, Orhan Seyfi; *Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi ve Avukatlık İdeolojisi*, Hukuk Okumaları Programı'na sunulan tebliğ, İstanbul: 22.01.2002

AYDIN, Necmettin; *Avukatın Hak ve Sorumlulukları*, İstanbul: 26.07.2003

OSMAN, Kutman; *Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro*, İBD Cilt 62 Sayı 4-5-6 içinde

YETİMOĞLU, Uğur; *Baroların Artan ve Çeşitlenen Görevleri ile İlgili Sorunlar*, İBD, Cilt 62 içinde

İNAL, Nabi; *Avukatlık Mesleği ve Baro, Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri)*, İstanbul Barosu-2000 içinde.

<sup>28</sup> Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (AVROT) m. 16. Bu belge, 27.08-07.09.1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı Üzerine Sekizinci BM Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Tam metni için bkz.: BALCI, Muharrem/SÖNMEZ, Gülden; *Temel Belgelerde İnsan Hakları, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı*, Danışman Yay. İstanbul, 2001, s. 224.