

BAROLAR VE AVUKATLARIN MESLEK ÖZGÜRLÜKLERİ

BAR ASSOCIATIONS AND FREEDOM OF PROFESSION OF LAWYERS

Osman Korkut KANADOĞLU* **

Özet: Bugün baroların hukuksal statüsü üzerine yapılan tartışmaların, ülkenin siyasal sosyal durumundan bağımsız olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak avukatlık mesleğinin özgür, özerk ve bağımsız karakterinin, değişmez değerler olarak korunması bir zorunluluktur.

Avukatların meslek özgürlüklerin koruma alanının tespit edilmesi ve bu alana yapılan müdahalelerin anayasal meşruluğunun belirlenebilmesi için sistematik bir bilginin oluşturulmasıyla, bu konudaki hukuk malzemesinin somut uyuşmazlıkların çözümünde kullanımı kolaylaştırılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Baro, Avukatlık, Meslek Özgürlüğü

Abstract: Today's discussions on the legal status of bar associations is not possible to evaluate independently of the political and social situation of the country. Nonetheless, it is a necessity to protect the free, autonomous and independent character of the legal profession as invariable values.

It is necessary to establish a systematic information in order to determine the protection area of lawyers' professional freedoms and to determine the constitutional legitimacy of the interventions in this protection area. Thus, the use of the legal material on this issue in the concrete disputes will be facilitated.

Keywords: Bar Associations, Lawyer, Freedom of Profession

* Prof. Dr., Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kkanadoglu@yahoo.com.tr, ORCID: 0000-0002-0499-5856, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.09.2019, Kabul Tarihi: 15.09.2019

** Yardımları için Güneş Sarıtaş'a teşekkür ederim.

I. Giriş

Sürekli bir dönüşüm yaşanan avukatlık mesleğine ilişkin olarak, öncelikle bu dönüşümün gerektirdiği teknik ve mesleki niteliklerin gerekleri tartışılması gerekirken, ülkemizde son dönemde özellikle meslek örgütü olan baroların konumu ve mesleğin sahip olması gereken temel özelliklerin (II) korunması ön plana geçmiştir.

Bu korumanın etkin biçimde sağlanabilmesi için avukatların çalışma özgürlüklerinin tam olarak güvence altına alınması gerekmektedir (III). Bu açıdan avukatlık mesleğinin sadece hangi usul ve şartlar altında yerine getireceğine ilişkin ayrıntıları içeren salt mesleğin icrasına yönelik sınırlandırmalar ile “mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında” çalışma özgürlüğüne ilişkin müdahaleler arasındaki ayrımın doğru yapılması önem taşıyacaktır.

Bu çalışmada barolar ve avukatların meslek özgürlüğü kavramları, karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla ele alınacaktır. Avukatlık mesleğine getirilen sınırlamaların anayasallığı öncelikle Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelerin içtihadı ekseninde incelenecektir. Anayasa’nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile özdeşliğini sağlamaya yönelik 2010 Anayasa Değişikliğiyle öngörülen bireysel başvuru kurumunun da etkisiyle Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına daha fazla atıfta bulunmaktadır. Çalışma kapsamında ayrıca her iki Mahkeme’nin de etkileşim içinde olduğu Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına da başvurulmuştur. Avrupa temel hak dogmatığının oluşturulmasında büyük önem taşıyan Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin kararlarından elde edilen bulgular, özetlenerek aktarılacak ve Türk hukuk uygulamasında ne ölçüde karşılık bulduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. Meslek Örgütü Olarak Barolar

1. Siyasal ve Sosyolojik Gelişim

Barolar ile bulundukları ülkenin siyasal ve sosyolojik gelişimi arasında önemli bir etkileşim bulunmaktadır. Farklı coğrafyalardan verilecek örnekler bu tespiti doğrulamaktadır;

ABD’de bazı eyaletlerde avukatlık yapmak için bir baroya üye olmak zorunluyken, bazılarında değildir. Dolayısıyla ilk grup meslek

örgütü, devlet desteğine dayalı zorunlu üyelik modelini, ikincisi ise serbest piyasaya dayanan gönüllülük bazlı bir üyeliği benimsemiştir. 1870’de New York Şehir Barosu Derneği kurulmuş¹; gönüllülük esasına dayanan bu yapıdan sonra 1920’de “birleşmiş baro” denilen zorunlu üyeliğe dayanan yeni bir model önerilmiş ve 1960’larda baskın eyalet baro modeli haline gelmiştir.

Almanya’da avukatlık devlet destekli bir proje olarak görülmüş olup, bugün de mesleğin kamusal özelliği yerli yerinde durmaktadır. 1878’de çıkarılan Avukatlık Kanunu ile Alman avukatlar ilk kez ve uzun bir süre tek, kendine özgü, ulusal ölçekte kanunla belirlenmiş bir meslek grubu olmuşlardır. 1959 yılında Federal Avukatlık Kanunu yenilenmiştir.²

Türkiye’de ise ilk baroyu 1870’de konsolosluk mahkemelerinde görev yapan yabancı avukatlar kurmuştur.³ Tanzimat ile Batı usulü hukuk sistemi ve mahkemelerin kabul edilmesiyle, bu mahkemelerde savunma işini “dava vekili” denen ve hukukçu olmayan kişiler yerine getiriyordu.⁴ Dava vekilleriyle ilgili ilk nizamname ise 1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’dir.⁵ Bu Nizamname ile Dava Vekilleri Cemiyeti’nin kurulması öngörülmesine rağmen Osmanlı ve yabancı dava vekilleri, ilk Osmanlı Barosu olan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyetini 1880 tarihinde kurabilmişlerdir.⁶ Cumhuriyet döneminde 1926’da avukatlığı meslek haline getiren ilk Kanun’u, 1938’de yapılan yeni Avukatlık Kanunu izlemiş, 1961 Anayasası sonrasında 1969’da “liberal bir başlıkla” yapılan revizyonla birlikte şimdi de yürürlükte olan 1136 sayılı Kanun yapılmıştır.⁷

¹ VA Coşar, “Avukatlık Mesleğinin Ve Baroların Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 232.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Elveriş İ. , *Barolar ve Siyaset*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 8-48.

³ A. Bozkurt, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 220.

⁴ Tanzimat sonrasında şer’iye mahkemeleri yanında nizamiye mahkemelerinin kurulmasından sonra çıkarılan nizamnamelerde dava vekilliğiyle ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır, bkz. Yılmaz E., “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, *AÜHFD*, Sy. 1-4, 1995, s. 197.

⁵ MH Elçi, “Geçmişten Geleceğe Avukatlık”, *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 2010, Sy. 3, Yıl 75, (<http://www.elcihukukburosusu.com/makale/Gecmisten-Gelecege-Avukatlik>).

⁶ F Demirel, *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2010, s. 287.

⁷ M Toprak, *Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları*, TBB Yayınları, Ankara 2014.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle mesleki bağımsızlık örselenmiş; Adalet Bakanlığının idari vesayet yetkileri arasına baroların idari ve mali denetimi, baro yöneticilerini görevden alma, yurtdışına gitme için izin verilmesi yetkileri de eklenmişti. Bu düzenlemeler, bağımsızlık yanında savunma hakkı bakımından da kısıtlayıcıydı. Zira bir avukat devlete karşı suçlardan dolayı soruşturuluyorsa, o avukatın baktığı davalarla ilişkisini kesmesi gerekiyordu.⁸

1980'lerden sonra iş hacminin artması ve özellikle hukuk fakültesi sayısının her geçen gün artması⁹ avukat sayısını da artırmıştır.¹⁰ Staj sonrası mesleğe kabulün otomatik olması (baro sınavı olmaması) nedeniyle Türkiye'de de ABD'de olduğu gibi bu konuda belirleyici rolü barolar ve hukuk fakülteleri birlikte yerine getirmektedir.¹¹

2001 yılında Avukatlık Kanunu'nda 4667 sayılı Kanun ile yapılan önemli değişikliklerle yirmi değişik yerde Bakanlık onayı kaldırılmış ve Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve barolar daha bağımsız hale getirilmiştir.¹²

Nihayetinde Türkiye'de baro hem ortak çıkarları koruyan ve siyasal sisteme iktidar olmaksızın etki etme olanağı bulunan¹³ bir menfaat

⁸ Özellikle askeri yönetim dönemi ve sonrasında 1136 sayılı Avukatlık Yasası, 1982 Anayasası'nın kısıtlayıcı niteliğine uygun hale getirilmiştir. 1984 tarihli yasa, hem avukatlık mesleğine hem de barolara önemli zararlar vermiştir, bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/FooterContent.aspx?ID=1&Desc=Tarih%C3%A7e;http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avkanunu.pdf>.

⁹ Hukuk programı bulunan üniversite sayısını Gözler, 82 olarak vermektedir, K Gözler, "İlahiyat Nereye Gidiyor? Hukukun Sefaleti ve İlâhiyatın Zenginliği Üzerine Gözlemler Bırakın Sayılar Konuşsun!", <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-ilahiyat.htm>.

¹⁰ 2008'de yapılan bir araştırmada Türkiye'de şehirli nüfusun %20'den azı "hayatlarında bir kez avukat tuttuğu" nu göstermektedir. Zira % 73 "kendi kendilerini savunabileceklerini" düşünmektedir, bkz. Elveriş İ. , Barolar ve Siyaset, s. 1. Yine başka bir araştırmada katılımcıların % 38,3'ü avukatı olmasa da mahkemede haklarının korunacağına inanmaktadırlar, bkz. Jahic G./Kalem S. , "Vatandaşın Gözünden Mahkemeler: Katılım, Tutumlar ve Güven", in: Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme (der. S. Kalem), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 56.

¹¹ AV Coşar, "ABD'de Avukatlık Mesleği ve Ortak Avukatlık Modelleri", <https://www.hukukihaber.net/abd-de-avukatlik-meslegi-ve-ortak-avukatlik-modelleri-makale,5104.html>.

¹² Ö Çine, "Avukatlık Mesleğinin Kısa Tarihi", <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/144224-avukatlik-mesleginin-kisa-tarihi>.

¹³ De Tocqueville bu durumu dolaylı biçimde şöyle ifade etmiştir; "ABD'de hemen hemen hiçbir siyasal sorun ortaya çıkmasın ki, er ya da geç hukuki bir soruna

grubudur, hem de anayasal bir statüye sahip olduğu için korporatist bir özelliğe sahiptir. Ülkedeki sosyo- ekonomik değişim sonucu avukatlığın heterojenleştiği bir ortamda baro, salt koruyucu ve savunucu bir menfaat grubu haline gelmiştir.¹⁴ Ancak bu örgütlenme yapısı içerisinde sorunlarının yeterince savunulmadığını düşünen genç- bürosunu yeni açmış ya da sözleşmeli çalışan- avukatların platform ya da sendika gibi yeni örgütlenme modellerine yöneldiği de görülmektedir.¹⁵

2. Bağımsız, Özgür ve Özerk Avukatlık

Avukat, yargının bağımsız bir organıdır. Bu kısa cümle, avukatın hukuk devletindeki özel konumunu en mükemmel biçimde tanımlamaktadır. Avukatlık diğer mesleklerden farklıdır; özel haklara ve özel yükümlülöklere dayanır.¹⁶

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avukatlık Mesleğinin İcra- rasındaki Özgürlükler Hakkında 21 Numaralı Tavsiye Kararı'nda da "özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ışığında, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlöğe, ayrımcılık yapılmadan ve otoriterler veya kamudan gelebilecek yersiz müdahaleler olmadan saygı gösterilmesini, korunmasını ve teşvik edilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır." ibaresi yer almaktadır.

Avukatlığın en temel özelliği bağımsızlığıdır; ancak bu özelliktir ki, avukatın yargının diğer organlarının (yargıç ve savcılar) yanında eşit düzeyde ve eşit haklarla hukuk devletindeki görevini yerine getirmesini güvence altına alır. Ne yazık ki bu eşit konum Anayasa Mahkemesi kararlarında tam olarak vurgulanmamaktadır.¹⁷ Anayasa

dönüşmesin."

¹⁴ İ Elveriş, Barolar ve Siyaset, s. 67.

¹⁵ S Ünal, "Avukatların Sendikalaşması ve Avukatlar Sendikası Pratiği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 292 vd; S. Emir, "İşçi Avukatlar, Namıdiğer Kırmızı Yakalılar ve Avukatlık Mesleğinin Proleterleşmesi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 548 ve 553.

¹⁶ Uluslararası belgelerde bu konudaki ilkeler için bkz. D. Ç. Sever, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 243-245.

¹⁷ Buna karşılık 1961 Anayasası döneminde verdiği ilk kararlarda Anayasa Mahkemesi avukatların konumunu daha güçlü biçimde vurgulamaktaydı; "Bu takdirde hâkim ve avukat, müşterek bir vazife ifasını, hakkın taharrisini deruhte etmiş olur. Salâhiyetlerini hakka hizmet yolunda kullanan ve hâkim huzurunda yalnız kanun

Mahkemesi'ne göre avukat sadece, "Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev" bilen kişidir.¹⁸

Avukata özgü bağımsızlığın korunması baroların en önemli görevidir. Özerk organlar (kamu tüzel kişileri) olarak barolar¹⁹, avukatlık üzerinde devletten uzak bir denetim makamıdır. Ülkemizde barolar da dahil olmak üzere meslek kuruluşları yasa ile kurulan "kamu kurumu niteliğindeki" kuruluşlar olup faaliyet gösterdikleri alanda tekel konumundadırlar. Bu tür kuruluşlar aynı zamanda meslek mensupları üzerinde mesleki faaliyete izin verme, mesleki standartları belirleme ve disiplin cezası verme gibi kamusal yetkiler kullanmaktadır.²⁰ Baro-nun sorumluluğu, meslektaşları ve hak arayan vatandaşlara yöneliktir. Barolar, devlet etkisine karşı avukatların özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinde avukatlığın bağımsız konumu için çalışır.²¹ Avukatlık mesleğinin genel hukuki çerçevesinin belirlenmesine katılım, baroların öz görevidir.

100 yılı aşan deneyimin de gösterdiği üzere demokratik hukuk devletinde, güçlü bir özyönetim (özerklik) olmadan avukatlık mesleğinin özgürlük ve bağımsızlığının güvence altına alınması mümkün

ve vicdanının sesini yükselten avukat, kuvvei kazaiye vazifesini ifa eden makine-nin en kuvvetli çarklarından biridir.", E 1963/301, K 1963/271, K 13.11.1963.

¹⁸ E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009; Bayram Akın Başvurusu, B. No. 2015/19278, 7.3.2019.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere; "Üyelerinin çokluğu, ürettikleri iş ve hizmetlerin toplumun temel ihtiyaçlarına yönelik olması ve ülke genelinde yaygınlığı; çoğulcu demokratik gelişim ortamında etkili bir sivil toplum örgütü rolünde bulunmaları; örgütlülüğün üyelere getirdiği yararlar ile toplum çıkarlarının uygun düzeylerde dengelenebilmesi ve demokratik toplum kültürünün, kamu düzeninde olumsuzluk yaratmadan derinleştirilebilmesi nedenleriyle bu kuruluşlara kamusal nitelik kazandırılarak Anayasa'da yer verilmiştir.", E 2000/78, K 2002/31, K 19.2.2002.

²⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Türkiye Barolar Birliği'nin kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olması ve Avukatlık Kanunu ile genel olarak avukatlık asgari ücret tarifesi belirleme yetkisinin Türkiye Barolar Birliği'ne verilmiş olması, belirli uyuşmazlıkların niteliklerinin yasa koyucu tarafından gözetilerek bunlara ilişkin davalarda avukatlık asgari ücretinin maktu olarak belirleneceği yolunda yasal bir düzenleme yapılmasına engel oluşturmamaktadır", E. 2009/62, K. 2011/96, Kt. 9.6.2011.

²¹ Nitekim AİHM'e göre, insan haklarının korunmasında çok önemli bir rol oynayan avukat birlikleri bağımsız kalabilmeyi başarmalıdır, Hajibeyli ve Aliyev v. Azerbaijan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.4.2018.

değildir. Avukat bir memur değildir ve devletin vesayetine bağlı kılınmaz. Aksine avukat özel bir kamusal yarara yönelik bağımsız bir meslek icra etmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğinin tanımında yer alması gereken unsurlar şöyle özetlenebilir;

a) Bağımsızlık: Avukatlık konumunun özü bağımsızlıktır (Avukatlık Kanunu md. 1; TBB Meslek Kuralları md. 1).²² Avukatın bağımsızlığı her şeyden önce devlete karşı bağımsız olmak ve devletin talimatlarına bağlı olmamaktır. Tüm hukuki işlemlerde avukat, bağımsız bir temsilci ve danışman olarak sadece müvekkiline karşı sorumludur. Üçüncü bir özel kişi karşısında da aynı şekilde bağımsızdır. Ancak avukatlığın işçileşmesi sürecinde bir avukatlık bürosunda bağımlı olarak ve ücret karşılığında iş sözleşmesi kapsamında çalışan avukatların bu çalışma biçimlerinin avukatlığın en temel özelliği oluşturan bağımsızlık ile bağdaşmadığı da açıkça ortadadır.²³

b) Gizlilik (Sır Saklama): Güven, avukatın temsil ve danışmanlık işlevinin temelini oluşturur; “müvekkil avukatına güvendiği için gelir.”²⁴ Bu nedenle gizlilik her avukatın hem görevi hem de hakkıdır. Vekaleti bağlamında görevi nedeniyle öğrendiği her şeyi avukat bir sır olarak saklamalıdır. Nitekim Yargıtay’a göre; Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dâhildir. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir.”²⁵

²² T Şenol, “Bağımsız Avukatlık”, *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004, s. 271-280.

²³ G Gürseler, “Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 63, 2006, s. 69-70; Gürseler G., “Ücretli Avukat”, *TBB Dergisi*, Sy. 71, 2007, s. 227-238; Çıvgın Y/Gökçe F., “Avukatlık Mesleğindeki Dönüşüm ve İşçi Avukatlık”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4, s. 523.

²⁴ J M Lemmer, “Savunma Avukatının Hak ve Dokunulmazlığının Sınırı”, in: Özgür ve Bağımsız Savunma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 159.

²⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E, 2011/21017 K

Ancak ne yazık ki Anayasa Mahkemesi, avukatın sır saklama yükümlülüğünü anayasal bir ilke olarak nitelendirmeyip, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen bir meslek etiği ilkesi derekesine indirgemıştır.²⁶ Yasaların, avukatlara mahkemeler ve tüm devlet makamları karşısında sır saklama yükümlülüklerine dayanamabilmelerini sağlayacak biçimde düzenlemeler içermesi gerekir. Bu yükümlülük kapsamındaki hiçbir belgeye el konulamaz.²⁷

Serbest meslek icra eden avukatların özel hayatının, sosyal olarak ilişkiye girdikleri iş hayatının bir bölümünü ve dolayısıyla ev / bürosunu da kapsadığı tespiti yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), gizlilik ilkesini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında koruyan önemli bir içtihat geliştirmiştir. Konuyla ilgili olarak 1992 yılında verdiği ilk kararında AİHM; özellikle avukat bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemci gerekliliği konusunda özel bir usuli güvence sağlanmaması durumuna dikkat çekerek; arama amacına yönelik olarak herhangi bir sınırlama içermeyen, her türlü belgenin aranması ve el konulmasının, aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olmasına yol açacağını belirtmiştir. Aranan kişi avukat olduğunda, bu mesleki gizliliğinin ihlali; adaletin gerektiği şekilde dağıtılamaması gibi olumsuz sonuç doğurabileceği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilecektir. Mahkemeye göre, bu durum ayrıca başvuranın müvekkilleriyle mevcut ilişkilerini ve mesleki itibarını da etkileyecektir.^{28 29}

²⁶ E 2012/94, K 2013/89, K 10.7.2013.

²⁷ C O Örs, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", *TBB Dergisi* 2016 (123), s. 112.

²⁸ Niemietz v. Almany, B. No: 13710/88, 16.12.1992, prg. 26-37. Söz konusu karara ilişkin ayrıca bkz. E Şen/FB Bodur, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar", *TBB Dergisi* 2018 (138), s. 13-16.

Avukat bürolarının arama emrinin belirli bir sınırlama öngörmeden, geniş terimleri içermesinin ve kolluğa geniş yetki verecek şekilde hazırlanmasının ölçülülük ilkesine aykırı olacağına ilişkin ayrıca bkz. Smirnov v. Rusya, 7.6.2007; Aleksanyan v. Rusya, 22.12.2008; Kolesnichenko v. Rusya, 9.4.2009; Yuditkaya vd. v. Rusya, 12.2.2015.

²⁹ Nietmietz kararından farklı olarak Servulo v. Portekiz kararında AİHM, arama öncesi bir soruşturmanın açılmış olması, hâkimden bir dizi terimler kapsamında arama izninin alınması, arama sırasında Barolar Birliği temsilcisinin ve sonrasından da şikâyet imkânının bulunması gibi usuli güvencelerin varlığı ve aramanın yasaya uygun yapılmış olması sebebiyle bir hak ihlali görmemiştir (Servulo & Asociados - Sociedade de Advogados, RI v. Portugal, B. No: 27013/10, 03.09.2015).

Leotsakos v. Yunanistan başvurusunda da AİHM, müdahalenin yasaya dayandığını, kara para aklama ve hakimlere rüşvet verilmesinin önlenmesine yönelik meşru bir amaç izlediğini, fakat buna karşın “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir. Savcının avukat hakkında verdiği arama emrinin “genel” bir içeriğe sahip olması, arama yapanların başvuru bilgilerini bilgilendirdiğine dair herhangi bir delilin bulunmaması, arama sırasında başvuru sahibinin hiçbir zaman arama yerinde bulunmaması, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre arama sırasında üçüncü bir bağımsız kişinin (komşunun) aramaya katılma zorunluluğunun bu olayda doğru uygulanmaması (hukuki bilgiye sahip olmayan bu kişilerin varlığının mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmaması), arama sonrasında ele geçirilenlerin araştırılan suçla ilgisi hakkında bilginin olmaması ve başvuru sahibinin ele geçirilenlere erişiminin olmaması gibi nedenlerle AİHM, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁰

Bir başka başvuruya konu olan olayda da savcı, müvekkilinin şüpheli durumunda olduğu bir soruşturmaya dayanarak, savunma avukatı olarak çalışan başvuru sahibinin iki yıldaki tüm hesap işlemlerini bankadan istemiştir. Müvekkilinin nişanlısı tarafından başvuru avukata ödenen ödemelerin yasadışı ilişki / faaliyetlerden kaynaklandığı gerekçesiyle bankadan, başvuru sahibine bu izleme / araştırma konusunda bilgi verilmemesi istenmiş ve bankadan elde edilenler de delil olarak dava dosyasına dahil edilmiştir. Alman makamların haklı neden olmadan, bilgilere erişmek suretiyle mesleki gizliliğini ihlal ettikleri gerekçesiyle avukat tarafından yapılan başvuru üzerine AİHM, savcılarının kişiler hakkında bilgi taleplerinin oldukça geniş kapsamlı olduğuna ve müdahaleyi yalnızca zaman kesiti olarak sınırladıklarına dikkat çekerek, o zaman aralığında tüm banka işlemlerine erişerek başvuru sahibinin mesleki faaliyetleri ve dahası diğer müvekkilleri hakkında bilgilere ulaşılmasının ve bu tür soruşturma tedbirlerinde (bilgi taleplerinde) usuli güvencelerin olmamasının, 8. maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.³¹

³⁰ Leotsakos v. Yunanistan, B. No: 30958/13, 7.12.2018). Hukuki bilgiye sahip olmayan kişilerin varlığının mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmadığını ilişkin ayrıca bkz. İliya Stefanov v. Bulgaristan, B. No: 65755/01, 22.5.2008.

³¹ Sommer v. Almanya, B. No: 73607/13, 28.2.2017. Bu tür durumlardaki usuli güvenceler ve etkili yargı denetiminin önemi için ayrıca bkz. Brito Ferrinho Bexi-

Büroda çalışan tüm avukatların ortak olarak kullanıldığı bilgisayarın sabit diskindeki tüm verilere ve bir flash belleğe el konulması üzerine AİHM'e göre, başvuruçular üzerinde uygulanan (dijital verilere el koyulması ve bunların iade ya da imhasının reddi) tedbirler sosyal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmemekte, takip edilen meşru amaçlarla orantılı olmayıp, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.³²

Ayrıca avukat - müvekkil gizliliğine aykırı bir şekilde başvuruçular tarafından AİHM'e yapılan **bireysel başvuruların** dosyalarına el konulması da AİHM'in benzer iddiaları incelediği **Hajibeyli v. Azerbaycan** **başvurusunda** olduğu gibi AİHS'nin 34. maddesinde düzenlenen **bireysel başvuru hakkını** ihlal etmektedir.³³

Son olarak, Kopp v. İsviçre başvurusuna konu olayda; İsviçre'de Adalet ve Polis Dairesi başkanının kocası olan ve avukatlık yapan başvuruçunun, bir soruşturmada şüphelilerin telefon konuşmasında isminin geçmesi ve eşinin görevi sebebiyle de durumun risk olarak değerlendirilmesi sonucunda hukuk bürosunun telefon kayıtları dinlenilmiştir. Dinleme sonucunun araştırma konusuyla ilgili olmadığı tespit edilince de herhangi bir rapor edilme durumu söz konusu olmamıştır. AİHM, bir hukuk bürosundan yapılan telefon görüşmelerinin "özel yaşam" kavramları kapsamında olabileceğini (bkz. Niemietz v. Almanya) ve avukat- müvekkil arasındaki özel ilişkiye saygı duyulması için hukuk bürosunun tüm telefon görüşmelerinin profesyonel nitelikte olduğunun varsayılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, mevzuat ve uygulamayla ilgili iki noktaya dikkat çekmiştir; yasanın niteliği (koruma gücü) / öngörülebilirliği ve arama / izleme kararının denetimi. AİHM'e göre kişinin sahip olduğu mesleki ayrıcalıklar da dikkate alınarak, avukat-müvekkil arasındaki ilişkinin korun-

ga Villa-Nova v. Portekiz, 1.12.2015, 69436/10. Fransa'da "kara para aklama" suçu ile mücadele bağlamında avukatlara getirilen şüpheli işlemleri bildirim yükümlülüğü, sınırlı sayıda iş için geçerli olması ve bildirimlerin baro konseyinin başkanına yapılması öngörüldüğü için Sözleşme'ye uygun bulunmuştur, bkz. Michaud v. Fransa, B. No: 12323/11, 6.3.2013.

³² Kırdök ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 14704/12, 03.12.2019.

³³ Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 68762/14, 20.9.2018), bkz. <https://anayasagundemi.com/2018/09/26/ihamin-aliyev-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-insan-haklari-avukatinin-calismalari-nedeniyle-tutuklanmasi-evinin-ve-ofisinin-aranmasi-susturma-ve-cezalandirma-amaclidir/>.

masının hangi durumları kapsayacağı yasayla net bir şekilde belirtilmelidir. Bu kapsamda, iç hukuk bireye 8. maddede korunan haklarına yönelik olabilecek keyfi müdahaleye karşı koruma sağlamalıdır; yerel yasalar, kamu makamlarının, iletişimin dinlenilmesi gibi gizli tedbirlere başvurabilme konusunda yetkilendirilmesi durumunu ve bu durumun koşullarını belirtebilecek bir gerekli açıklığa sahip olmalıdır.

Sonuçta AIHM, savunma haklarıyla doğrudan ilişkili olan bu uygulamanın bağımsız bir yargıç tarafından denetlenmeden, bir görevli ile uygulanmasını ilginç bularak, yazılı olan veya olmayan İsviçre Hukuku'nun, yetkililerin konuyla ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini öngörülebilir bir açıklıkla belirlemediği için avukat olan başvuru Kopp'un, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği asgari koruma derecesine sahip olmadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴

Anayasa Mahkemesi ise 5271 sayılı Kanun'un 130. maddesine göre arama sonucu el konulmasına karar verilen materyaller bakımından bürosunda arama yapılan avukatın bunların müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyması halinde bu materyallerin ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürleneceğini ve yetkili hâkimin el konulan materyalin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında el konulan materyal derhâl avukata iade edileceğini belirtse de somut olayda Halkın Hukuk Bürosunda yapılan aramada el konulan ve arama sırasında avukat ile müvekkili arasındaki mesleki yazışmalar olduğu ifade edilen ve ayrı bir torbaya konularak mühürlenilen belgeler hakkında ilgili Hâkimlik tarafından ne yönde karar verildiği, başvuruların bu karara karşı itiraz yoluna başvurup başvurmadıkları ve başvurulmuş ise itiraz merciince itirazın ne şekilde sonuçlandırıldığı hususlarında bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesiyle hak ihlali iddiasının kabul edilmez olduğuna karar vermiştir.³⁵

c) Sadakat: Avukatlık faaliyetine kılavuzluk edecek olan, müvekkilin verdiği vekalet kapsamındaki çıkarlarıdır. Hukuk ve yasalar

³⁴ Kopp v. İsviçre, B. No: 23224/94, 25.3.1998, prg. 50-75. Müvekkil ile olan iletişimin dinlenilmesine ilişkin bir diğer karar için bkz. Pruteanu v. Romanya, B. No: 30181/05, 3.2.2015.

³⁵ Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (No: 2013/1631, 17/12/2015, prg. 121).

çerçevesinde müvekkilin çıkarına olan her şeyi yapmalıdır. Avukatın müvekkili karşısındaki en önemli görevlerinden biri de sadakattir.³⁶ Sadakat yükümlülüğü, temelini avukat ile iş sahibi arasındaki özel güven ilişkisinde bulmaktadır. Örneğin avukat çıkar çatışmasına yol açacak diğer her türlü görevi reddetmekle yükümlüdür.³⁷

Bu yükümlülük, avukatın müvekkiline karşı olan diğer meslekî yükümlülüklerinin de temelini oluşturur. Sadakat yükümlülüğü, özellikle her iki tarafa hizmet ve taraf değiştirme yasaklarının, sır saklama yükümlülüğünün, müvekkili uyuşmazlık konusunda bilgilendirme, talimatların gerektirdiklerini yapma ile vekâlet görevinin ifası için veya ifası dolayısıyla alınanları iade ve müvekkile hesap verme, uygun olmayan zamanda vekâletten çekilme yasağı ile sözleşmenin son bulmasından sonra özenli işlemlerde bulunmayı sürdürme yükümlülüklerinin temelini oluşturur.³⁸

Avukatlık mesleği bakımından hassasiyeti olan en önemli uyuşmazlıklar avukatın müvekkile sadakati ilkesi ile daha kapsamlı görevlerine ilişkin saygınlık ve dürüstlük, meslektaşlara saygı ve özellikle hukukun üstünlüğüne ve adil yargılanma hakkına saygı gibi ilkelerin çatışmasından kaynaklanmaktadır.³⁹ Sadakat yükümlülüğüne aykırılık gerek mesleki disiplin gerekse ceza hukuku bakımından cezalandırılır.⁴⁰ Talimata uygun, çıkarları gözetici davranma olarak açıklanabilecek sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğünden farklı olarak işin görülmesiyle sona ermez. Bir yükümlülük olarak devam eder.⁴¹

³⁶ TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde "kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle mesleki çalışmasını yürütmek" hükmü yer almaktadır.

³⁷ N Aday, "Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından "Aynı İş" Olgusu ve Bu Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri", *Erciyes Üniversitesi HFD*, C. 10, Sy. 2, Aralık 2015, s. 1-35.

³⁸ Hanağası E. , Avukatlık Hukuku, https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HFS403/683489615_avukatlik_hukuku_dogu_akdeniz_universitesi_hukuk_fakultesi_yrd._doc._dr._emel_hanagasi.pdf.

³⁹ A Özen, Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Bilge Yayınevi, İstanbul 2018, s. 259.

⁴⁰ Vekilin, üslendiği işin görülmesi aşamasına, vekil edenin çıkarlarını gözeterek, sonucun elde edilebilmesi için işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde üstleneceği sorumluluğa ilişkin bkz. T. Uyar, "Avukatın "Özen Yükümlülüğü" (Av. K. m. 34; TBK.m.506/III) ve "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (TCK. m. 257/2)", *TBB Dergisi* 2017 (131), s. 385-404.

⁴¹ S Güner, "Avukatın Özen Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, 2000/2, s. 559.

d) Kamu Yararına Yönelik Yükümlülük: Avukatlık faaliyeti özel olarak kamu yararına hizmet eder. Özgür ve bağımsız avukatlık, yargının bir organı olarak hukuk devletinin bütünleyici bir parçasıdır. Böylelikle mahkemeler ve savcılık yanında “hak savaşında” özgün bir işlev yerine getirir; müvekkilin hem hukukten dinlenilmesini hem de mahkeme önünde silahların eşitliğini sağlar. Gerçekten de kişiler hak arama özgürlüklerini avukatlar eliyle kullanır.⁴² Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda savunmanın yargının kurucu unsurlarından olduğu yazılıdır. Buna göre savunma olmadan yapılacak bir yargılama, gerçek bir yargılama olarak kabul edilemez.

Her yurttaş, finansal ilişkilerinden bağımsız olarak hakkını elde edebilmelidir. Bunun için avukatlar adli yardım ve zorunlu müdafilik kapsamında avukatlık yapmakla yükümlüdürler. AİHS’de de mali olanaktan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından tayin edilecek bir müdafinin yardımından yararlanma hakkı bulunmaktadır.

Sonuç olarak bağımsız olmayan avukat, kötü bir meslek icra etmiş olur. Hakkını arayan yurttaş ancak bağımsız bir avukata güvenir, kendisine açılır ve adalet beklentisi, ekonomik varlığı ve kişisel kaderiyle kendisini ona teslim eder.

Tarih, diktatörlerin en hızlı ve acımasız biçimde avukatlığı nasıl güçsüzleştirdiğinin örnekleriyle doludur (Nazi diktatörlüğü dönemi gibi⁴³). Birey olmaya ve insan onuruna saygı göstermeyen, vatandaşlarının hak taleplerine karşı çıkan bir devlet hiçbir zaman bağımsız avukatlığa izin vermez.

⁴² Avukatla temsil hakkı, savunma hakkının temeli ve en önemli gereklerindendir. Bu hak, yeterli hukuki donanımına sahip olmayan bireyin savunmasını avukatın hukuki yardımıyla yapmasını güvence altına alır, (Pham-Hoang v. Fransa, B. No: 13191/87, 25.9.1992, prg. 39).

⁴³ Ancak belirtmek gerekir ki, Alman Avukatlar Birliği de Nasyonal Sosyalistlerin idaresi altında kendilerini yeni Nazi Almanyası’nın gerekleriyle uyumlu hale getiren bir “eşgüdüm” tecrübe etmiştir. Bunda elitlerin yönetimindeki baronun avukatların sorunlarının çözümüne şekilsel yaklaşımları büyük rol oynamıştır, bkz. KF Ledford, “Avukatlık ve Liberalizmin Sınırları: Weimar Cumhuriyeti’nde Alman Barosu”, (çev. K. Akbaş), *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4, s. 301-303.

III. Avukatların Çalışma Özgürlüğü

Anayasa'nın 48. maddesi bağlamında avukatların çalışma özgürlüğü de yine Anayasa'nın 13. maddesindeki ilke ve kurallara uygun olarak sınırlandırılabilir. Bunlar arasında yer alan ölçülülük ilkesinin gereği, müdahalenin ağırlığı, onu haklı kılan amacın ağırlığıyla orantılı olmalıdır. Bu ilkenin katı bir uygulamasının sonucu biçiminde Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen basamak teorisine (Stufentheorie) göre bu konuda kural koyma yetkisinin kapsamı şöyle derecelendirilebilir⁴⁴;

- Salt meslek icrasına ilişkin kurallar,
- Mesleğe ilişkin öznel izin koşullarıyla meslek seçimine getirilen sınırlamalar,
- Nesnel koşullar ile meslek seçiminin sınırlandırılması.

1. Mesleğin İcrasına İlişkin Kurallar

Salt mesleğin icrasına ilişkin müdahaleler, meslek seçim özgürlüğünü etkilemez; aksine sadece meslek mensubunun meslek faaliyetini hangi yolla yerine getirebileceğini belirler. Bu tür müdahaleleri, kamu yararına yönelik adil ve akılcı her düşünce meşru kılar.⁴⁵ Müdahale, korunan kamusal yararlar gerçek bir ilişki içinde bulunmalı ve aşırı yük getiren ve beklenemez bir ölçüde olmamalıdır. Avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin farklı konularda çeşitli ulusal ve ulusüstü mahkeme kararlarına konu olmuş şu örnekler verilebilir;

a) Yüksek Mahkemede vekillik için 5 yıllık deneyim koşulu⁴⁶:
Alman Avukatlık Kanunu'nun 226/2. maddesi gereği Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde avukatlık yapabilmek için ilk derece mahkemelerinde 5 yıl vekillik yapma koşulu aranmaktadır. Bu koşulu sağlamayan bir avukatın yaptığı şikâyeti, Anayasa Mahkemesi kabul edilmez bularak reddetmiştir. Başvurucunun mesleki faaliyet özgürlüğünü sınırlandıran bu koşul, Yüksek Mahkemede vekillik yapmak için belirli bir

⁴⁴ B Pieroth/P Silberkuhl, Die Verfassungsbeschwerde, ZAP Verlag, 2008 Münster, s. 433 vd.; Schmidt R. , Grundrechte, 12. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen 2010, s. 306-332.

⁴⁵ BVerfGE 7, 377, 405; 78, 155, 162.

⁴⁶ Beschluss vom 08 Januar 2001 – 1BvR 437 / 99.

deneyimin avukatın kendisine ait görevleri gereği gibi yerine getirebilmesine yönelik haklı bir amaca dayanmakta olup, sınırlama da bu amaçla orantılıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre yargının iyileştirilmesi ve müvekkilin Yüksek Mahkeme önünde daha deneyimli bir avukat tarafından korunması amacı ile avukatı varoluşsal olarak çok da etkilemeyen bir gelir kaybı karşı karşıya gelmektedir. Yasa koyucunun öngördüğü beş yıllık süre bu amaca ulaşmak için çok da uzun değildir.

b) Avukatların mahkeme önünde cübbe giyme yükümlülüğü⁴⁷: 1969'da Freiburg Eyalet Mahkemesi'nde görülen bir davada cübbe giymeyi reddeden bir avukat, Mahkeme tarafından davadan çıkarılmıştır. Anayasa şikayetinde bulunan avukatın başvurusu reddedilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bu konu yasada açıkça düzenlenmemişse de anayasa öncesi dönemden beri varolan örf adet hukukuna dayanmaktadır. En az 100 yıldır avukatlar tüm duruşmalara cübbeyle çıkmaktadır. Avukatların mahkeme önünde cübbe giyme yükümlülükleri, meslek icrasına ilişkin bir kural olarak anayasaya uygundur, çünkü kamu yararına yönelik adil ve akılcı bir düşünce, bu müdahaleyi haklı kılmaktadır. Duruşmaların iyi bir düzen ve uygun bir biçimde yürütülmesinde kamusal bir çıkar bulunmaktadır. Cübbe giyilmesiyle, yargının bağımsız bir organı olan avukatların görünür olması sağlanmaktadır. Ortamın kararlılığına ve nesnelliğine de ayrıca katkı sağlamaktadır. Önemsiz görülebilecek bu küçük müdahale ölçülüdür.

Belirtmek gerekir ki, serbest avukatlık haklarının idari işlemlerle ihlali söz konusu olduğunda, avukatlık mesleğinin kendi özerk idaresini yerine getiren organlarının sessiz kalacağı düşünülemez. Yine Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Geçen zaman içinde idarenin yasallığı ilkesi ve meslek özgürlüğü üzerinde hukuki bir inanç hâkim olmuştur ve avukatların özerk idaresini sağlayan organların kurumsal ağırlığı ve mesleki uzmanlığa dayanan otoritesi, devletin ya da kamuoyunun bu konumdan sapan bir tutumuna karşı koyabilecek bir durumdadır."

⁴⁷ BVerfGE 28, 21.

Öte yandan cübbe zorunluluğu sadece mesleki statüye ilişkin baroların düzenleme ve disiplin uygulamasına tabi olan bir konu değildir. Mesleki yükümlülüklerle uygun davranış kuralı olma boyutuyla baroların yetki alanına girmekle beraber, yargılama usulüne ilişkin boyutuyla mahkemelerin de karar alanına girmektedir.

c) Tekil Kayıt Zorunluluğu: Alman Avukatlık Kanunu'nun 2007'de "Avukatlığın Özerkliğinin Güçlendirilmesine Dair Kanun" ile ilga edilmeden önceki 171. maddesine göre avukatlar, ya Federal Mahkemede temyiz davalarında ya da bunun dışındaki tüm mahkemelerde vekillik görevini ifa edebileceklerdir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre Federal Yüksek Mahkemeye özgü tekil kayıt zorunluluğu, adil ve akılcı bir kamusal yararı amaçlamaktadır. Bu kamusal yarar da temyiz başvurularında nitelikli bir avukatlık sayesinde yargının güçlenmesidir; hem müvekkiller uzman bir danışmanlıktan yararlanacaktır, hem de Federal Yüksek Mahkeme, geçersiz hukuki araçlarla yüklenmeyecektir.⁴⁹

Buna karşılık Alman Anayasa Mahkemesi aynı Kanun'un 25. maddesinin öngördüğü tekil zorunluluğunu 2000 yılında anayasaya aykırı bularak iptal etmişti. Bu maddeye göre Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde kayıtlı olan bir avukat başka bir mahkemede kayıtlı olamayacaktır. Bu durum meslek icrasına zarar vermektedir. Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde kayıtlı olan avukatlar, sadece bu Mahkemedeki davaları yürütebilecekler; buna karşılık buraya kayıtlı olmayanlar, bu Mahkemede mesleklerini icra edemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, tekil kayıttan beklenen yararların gelişen teknik araçlar (fax, laptop vs.) ve e-mail gibi iletişim araçları ile ulaşılabilirlik sorunun aşıldığını, avukatların farklı mahkemelerdeki duruşma günlerine yetişebildiklerini, Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin diğerlerine göre bir özelliğinin olmadığını vurgulamıştır. Üstelik avukatlığın uzmanlaşmasına yönelik yasa koyucunun çabasını da dikkate almak gerekmektedir. Uzmanlaşma gereğini ortaya çıkaran ise Eyalet Yüksek Mahkemesi'ndeki tekil kayıt zorunluluğu değildir. Uzmanlığın ortaya çıkmasına yol açan dava

⁴⁸ İlk baromuz olan Dava Vekilleri Cemiyetine kayıtlı olan dava vekilleri sınıfına göre, birinci sınıf dava vekili bidayet, istinaf ve temyiz mahkemelerinde, ikinci ve üçüncü sınıf dava vekili ise yalnız bidayet ve istinaf mahkemelerinde vekâlet ederdi, Demirel F. , Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), s. 288.

⁴⁹ BVerfGE 106, 216.

konularında daha önce olmayan çeşitliliktir. Anayasa Mahkemesi, önceleri Eyalet Yüksek Mahkemesi kararlarının yayınlanmadığını, kararları arasında içtihat farklılığı olabileceğini, avukatların uzmanlaşmadıklarını belirterek önceki koşullardaki değişimi de dikkate almış ve dinamik bir yorumda bulunmuştur. Eş zamanlı kayıt olanağı, davalarının farklı vekiller arasında bölünmesini istemeyen müvekkiller bakımından da seçme özgürlüğünü artırmaktadır.⁵⁰

Ülkemizde ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 66. maddesinde her avukatın, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlü olduğu, bir baro levhasına yazılmış olan avukatın sürekli olmamak şartıyla, memleketin her yerinde avukatlık yapabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 69. maddesine göre, başka bir baroya nakil isteğinde bulunan avukat hakkında bir disiplin kovuşturmasının devam etmesi halinde bu kovuşturma sonuçlanmadan önce nakil isteği ile ilgili hiçbir işlem yapılamamaktaydı. İtiraz yoluyla kendisine başvurulmuş Anayasa Mahkemesi, çalışma özgürlüğünü sınırladığını tespit ettiği bu hükmü, Anayasa'nın çalışma özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği gerekçesiyle, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁵¹

Bu karar eleştiriye çok açıktır. Şöyle ki; 2001 Anayasa Değişiklikleriyle genel sınırlama nedenlerinin kaldırılarak, özel sınırlama nedenleriyle sınırlı bir sınırlama rejimine geçilmiştir. Ancak bu değişikliklerle beraber her bir temel hakkın niteliğine uygun bir düzenleme öngörülmediği için çalışma özgürlüğü sınırlama kaydı içermeyen bir temel hak olarak kalmıştır.⁵² Anayasa Mahkemesi de kararında bu özgürlüğe niteliğiyle bağdaşmayacak biçimde pozitif bir öz güvencesi tanıyarak, neredeyse bir çekirdek hak düzeyine çıkarmıştır.

⁵⁰ BVerfGE 103, 1.

⁵¹ E 2008/73, K 2009/120, K 1.10.2009.

⁵² Oysa 1961 Anayasası'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 40/2. maddesinde, "Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir." hükmü yer almaktadır. Nitelikli yasa kaydı içeren bu düzenleme biçimi özellikle salt meslek icrasına ilişkin sınırlamalar bakımından en uygun düzenleme biçimidir.

Ancak sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi, bu içtiihadını düzelterek, sınırlama kaydı içermeyen hakların, “hiçbir şekilde sınırlandırılmayan mutlak haklar” olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵³ Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi’ne göre, belirli kamu kurumlarında çalışanların, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıllık süre geçmeden, ayrıldıkları idare aleyhine dava almaları ve takipte bulunmalarına engel olan yasal düzenleme, Anayasa’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt kavramlarından biri olan silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanmakta ve çalışma hürriyetine aykırı bir yön içermemektedir.

d) Avukatlar için nesnellik kuralı ve ifade özgürlüğü⁵⁴: Nesnellik kuralına uymadıkları için uyarma cezasına hükmolunan avukat, Alman Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikayetinde bulunmuştur. Bu avukat, trombotik vasküler oklüzyon sonrasında hastanede kalp krizi geçirerek ölen kişinin eşini, ilgili doktorlara karşı açılan soruşturmada temsil etmektedir. Eş, doktorların trombin oluşumunu önleyecek tedbirleri almadığını iddia etmektedir. Savcılığın soruşturma sırasında adli tıp kurulundan aldığı rapora göreyle ölüm olayı önleyici bir tedaviyle engellenemeyecektir. Bu rapora karşı yaptığı itirazında avukat şu ifadeleri kullanmıştır; “Bunca yıllık avukatlık yaşamımda böyle bir saçmalık okumamıştım. Bu alışıldık ölçüyü aşmakta. Bu saygıdeğer beylerin iddiası, kendilerinin görülemeyen şeyleri görebilme yetenekleri olduğunu söylemeleri sonucunu doğurmaktadır. Gerçekte ise bu onurlu beyler mesleki açıdan aşırı yüklemeye maruz kalmışlardır.”

Bu ifadeleri nedeniyle, yetkili baro avukata uyarı cezası vermiş ve itirazı reddedilmiştir. Baroya göre meslek kuralları içinde yer alan nesnellik kuralı ihlal edilmiştir. Bu ilke gereği, avukat raporu ancak “doğru” ya da “yanlış olarak değerlendirmelidir. Başvurulan Mahke-

⁵³ E 2013/18, K 2013/132, K 14.11.2013. Ancak bu kararında Anayasa Mahkemesi’nin sınırlama kaydı içermeyen hakların, “Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak sınırlandırılması(nın) mümkün” olabileceğine ilişkin yorumu yeterli açıklıktan yoksundur. Zira bu nitelikteki sınırlama nedenleri ancak anayasal bir değer ya da 3. kişilerin çatışan haklarından elde edilebilir.

⁵⁴ Birleşmiş Milletler tarafından 1990’da kabul edilen “Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler” başlıklı belgenin 20. maddesine göre avukatlar, “bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir makam önünde mesleki nedenlerle bulundukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde bulundukları beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanır.”

me de Alman Federal Barosunca çıkarılan Meslek Kuralları'nın 1. ve 10. maddeleri içinde yer alan nesnellik kuralının ihlal edildiğine hükmetmiştir. 1. Madde, avukatın kendisine teslim edilen çıkarları nesnel biçimde savunması gerektiğini; 10. Madde ise nesnel davranış gereğinin tüm makamlara karşı geçerli olduğunu belirtmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi kararında iki önemli tespitte bulunmuştur. İlki, Baronun Meslek Kurallarının, avukatlık mesleğinin icrasına yapılan sınırlandırma için yeterli hukuksal temeli oluşturmasıdır. Mahkemeye göre meslek özgürlüğünün yasaya dayalı olarak düzenlenmesi gereği iki nedene dayanmaktadır. Biri, meslek özgürlüğü temel hakkının en yüksek hukuksal değer olan insanın kişiliğini ve kişinin kendisini geliştirdiği iş bölümüne dayalı endüstri toplumunun çok önemli bir alanını korumuş olmasıdır. Diğeri ise bu özgürlüğün kullanılmasıyla kamusal çıkarların uyumlaştırılmasında hangi kamusal çıkar karşısında bireyin özgürlüğünün ne ölçüde geri çekileceğine karar vermenin yasama organının sorumluluk alanına girecek olmasıdır. Buna karşılık Federal Avukatlık Kanunu, bu konuda baroların düzenleme yapmasına dair açık bir hüküm içermemektedir. Kanun'un 177. maddesi avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin sorunlara ilişkin genel görüşünün ne olduğunu, avukatlığın hukuksal statüsüne ilişkin bir yönetmelik (kılavuz) içinde belirleme yetkisini Federal Baroya vermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre; yasama organının mesleki yükümlülüklerin kurala bağlanmasında doğrudan bir ilişki kurmaksızın, baronun salt mesleki statüye ilişkin görüşleri, temel hak sınırlaması için meşru bir dayanak oluşturmayacaktır.

İkinci tespit ise şöyle özetlenebilir; Yargının bağımsız organı ve hak arayanın vekili olarak avukatın görevi, adil bir karar verilmesine katkı yapmak, mahkemeyi –ve savcılığı– yanlış bir karara karşı korumak, bu hukuka aykırı müdahaleye ya da devletin güç aşımına karşı vekilini korumaktır. Ancak bu görevin yerine getirilmesi avukata –ve hâkime–davanın taraflarının kişiliklerinin saldırıya uğradığını hissetmelerine izin vermez. “Nesnellik kuralının ihlal edilebilmesi için davanın bir tarafının veya yargılama sürecinin fırsat vermediği cezalandırılabilir bir hakaretin olması, gerçek olmayan olguların bilinçli olarak yayılması ya da bu şekilde aşığılayıcı ifadelerin söz konusu olması gerekir.”⁵⁵

⁵⁵ BVerfGE 76, 171.

Sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi, avukatın sözlerini bu nitelikte görmemiştir.

Bir başka avukatın yaptığı anayasa şikayetinde Alman Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, ilgili mahkeme kararıyla bir bağlantı içinde olan, karara karşı maddi itirazları içeren ve böylece keskin de olsa kararın eleştirilmesine hizmet eden bir suçlamanın hakaret olarak kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.⁵⁶ Nitekim bir avukatın yargılama esnasındaki “hâkimin yazıları doğru okuyamadığı”, “mahkeme kararına Adalet Bakanlığının tepelerinden gelen müdahalelerin olduğuna dair şüphelerin varlığına” yönelik ifadeleri bu özellikleri yanında kişinin aşağılanması ve değersizleştirilmesinin ön planda olmadığı gerekçesiyle hakaret olarak görülmemiştir.⁵⁷

Avukatların mesleklerine ilişkin, özellikle de davalara ve yargıçlara ilişkin söylemleri nedeniyle yargılanmasına ilişkin bir başvuru olan *Morice v. Fransa* davası, AİHM içtihadında bu konudaki en önemli örneklerden biridir. Bir hâkimin öldürülmesi davasında ölen kişinin eşi ve çocuklarını temsil eden *Morice*, daha sonra davadan çekilen iki hâkimin keşif ve tanığın yeniden dinlenmesi istemlerine ilişkin tutumuyla ilgili olarak *Le Monde’a* bir röportaj vermiştir. Hâkimlerin şikâyeti üzerine *Morice* hakkında hakaret ve iftiraya dayanarak ceza davası açılmış ve bu dava sonucunda *Morice* para cezasına mahkûm edilmiştir.

İlk aşamada başvuruyu reddeden Daire kararına karşı Genel Kurul, bir maddi vakaya ilişkin ifadeler ile değerlendirme içeren ifadeler arasındaki ayrımı dikkate alarak, bu değerlendirmelerin doğruluğunun test edilmesi güç olsa da “gerçekliğe ilişkin bir temele” dayanıp dayanmadığına göre değerlendirme yapılacağını belirtmiştir. Bu tür bir temelin bulunmaması halinde bu ifade, ifade özgürlüğü sınırını aşabilecektir. Olayda AİHM, başvuru konusu ifadelerin bir temeli olduğuna karar vermiştir. Öte yandan Mahkeme, yürüttükleri kamusal faaliyet nedeniyle hâkimlere karşı kullanılan ifadelerin diğer kişilere göre daha geniş bir eleştiri sınırı içinde olduğunu kabul etmektedir.

⁵⁶ Beschluss vom 20. Mai 1999 (1 BvR 1294/96).

⁵⁷ AGH Saarland, 12.08.2002 – AGH 2/02.

Mahkemeye göre, “Avukatların ifade özgürlüğü meselesi, adil bir yargısal düzenin etkili biçimde yürütülmesi için çok önemli olan avukatların bağımsızlığıyla da ilgilidir. Demokratik bir toplumda savunma avukatının ifade özgürlüğünün –çok hafif bir ceza ile bile olsa- sınırlandırılması sadece istisnai durumlarda gerekli olabilir”.⁵⁸ Mahkeme, bu noktada dava sırasında duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler ile mahkeme dışındaki ifadeler bakımından da bir ayırım yapmıştır. Duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler savunma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının da bir parçası olduğundan bunlar bakımından yoğun bir koruma alanı öngörülmesinin yanı sıra dışarıdaki ifadeler de avukatların işlevlerinin bir parçası olabilecektir ve avukatın özellikle toplumun dikkatini çeken davalarda -gizlilik gerektiren konular dışında- kamuoyunu bilgilendirmesinde de fayda vardır.⁵⁹

Bu karardan sonra verilen Bono v. Fransa kararında da terör eyleminde bulunma iddiasıyla yargılanan müvekkiline Suriye’de işkence ile imzalatılan itirafların dosya içeriğinden çıkarılması talebinde bulunan avukatın bu itirafla hâkimlerin “Suriye’de yapılan işkence suçuna dâhil olduğu” şeklindeki ifadeleri nedeniyle disiplin cezası alan Bono’nun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu ifadelerin hâkimlere bir hakaret olarak görülebileceğini ifade etmekle birlikte, “işkence suçuna dâhil olma” ibaresinin işkence iddiaları karşısında hâkimlerin Suriye istihbaratının işkence yaptığını bildirmeleri gerekmesine rağmen bir uluslararası talep çıkarmalarının, yani usuli tercihlerinin şikâyetle konu olduğu şeklinde yorumlamıştır.⁶⁰

AİHM önüne gelen bir başka başvuruda, savcı tarafından tanıklık yapmak için bir kişinin mahkemeye çağırılması işlemini “rol manipülasyonu” olarak nitelendirmesi nedeniyle avukat olan başvuran hakkında yargılama sırasında kullandığı ifadelerden ötürü hakaret davası açılarak para cezasına hükmedilmiştir. Başvurucu, eleştirilerin gerçeklere dayandığını, bir savunma avukatının karşı tarafın duymak istemeyeceği ifadeleri kullanmakta serbest olması gerektiğini ve 10. maddenin, bu şekilde kamu otoritesinin müdahalesini / müdahale

⁵⁸ Morice v. Fransa, (Genel Kurul), B. No: 29369/10, 23.04.2015.

⁵⁹ Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. DŞ Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4, s. 246-249.

⁶⁰ Bono v. Fransa, Beşinci Daire, B. No: 29024/11, 15.12.2015.

tehdidini, savunmayı engelleyecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ve dolayısıyla müdahalenin, gereklilik şartını yerine getirmediğini ifade etmiştir. Hükümet ise savcıların yargı organları arasındaki yerine ve önemine atıf yaparak yargıya olan güvenin sağlanmasında araç oldukları sebebiyle onlara karşı eleştirilerin daha dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre avukatların özel statüsü, onlara, adalet idaresinde halk ve mahkemeler arasında aracı olarak merkezi bir konum vermektedir ki, bu durum da Baro kısıtlama / yasaklarını açıklamaktadır; "Avukatlar adaletin işleyişine dair kamuoyu önünde yorum yapma hakkına sahip olsa da eleştirilerinde bazı belirli sınırları aşmamak durumundadırlar. Bununla bağlantılı olarak, yargısal karar temelindeki sorunlar hakkında kamuoyunun bilgi edinme hakkı, adaletin uygun şekilde sağlanmasının gerekleri ve hukuk mesleğinin saygınlığının korunması da dahil olmak üzere konuyla ilgili çeşitli menfaatler arasında bir denge kurulması ihtiyacının göz önüne alınması gerekmektedir." Mahkeme, resmi görev yapan memurlara karşı kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade kişilere göre daha geniş olduğunu, ancak bu memurların davranışlarının, tıpkı politikacılar gibi sürekli denetim altında olacağı ve bu nedenle her türlü eleştiriye katlanmak zorunda oldukları anlamına gelmediğini, aksine görev başındaki memurların sözlü hakaret mahiyetindeki saldırılara karşı korunması gerektiğini yinelemiştir. Ancak olayda başvurucunun temel eleştirisi, sert de olsa, bir ceza davasında taraflardan biri sayılması gereken savcının dava devam ederken seçtiği stratejisi hakkındadır. Dolayısıyla, savcının mesleki veya diğer nitelikleri hedef yapılmamıştır. Bu nedenle AİHM'e göre, savcı bu eleştirileri hoşgörü ile karşılamalıdır. Zira her ne kadar savunma avukatının ifade özgürlüğü sınırsız olmasa da «silahların eşitliği ilkesi» tarafların argümanlarının tartışılması lehine bir durum oluşturmaktadır. Bu doğrultuda mahkeme, dile getirilen görüşlerin, savunmasının bir parçası olması ve savunma hakları ile ilintili olacağı sebebiyle, bu ifadelere yönelik -hafif olsa dahi-cezaların «caydırıcı» etkisinden bahsederek, savunma avukatına verilen cezanın, demokratik bir toplum için gerekli; zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelik olmadığına karar vermiştir.⁶¹

⁶¹ Nikula v. Finlandiya, B. No: 31611/96, 30.11.2000, prg. 45-49. Savcıya yönelik ifa-

Başvuruya konu başka bir olayda; 17 yaşında araba kovalamacası sonrasında jandarma tarafından öldürülen, işçi sınıfından gelen yabancı kökenli bir gencin babasının avukatı olan başvuru, jandarmanın beraati üzerine basına, jürinin beyazlardan oluştuğuna dikkat çekerek, kararın öngörülebilir bir karar olduğunu söylemiştir. Yerel mahkeme, açıklamaların savunma hakkının kullanılmasına katkıda bulunmadığı ve jürinin ırksal kökenine değindiği, ırksal çağrışımlar ile iftira amacı taşıdığını ifade ederek, en hafif ceza olarak uyarı cezası vermiştir.⁶²

İç hukukta verilen bu kararakarşı yapılan başvuruda verdiği yakın tarihli kararında AİHM, avukatın müvekkilinin savunmasını belirli şartlar altında mahkeme dışında da medya aracılığıyla sürdürebileceğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre bu şartlar şunlardır; ifadelerin mahkemenin faaliyetini engellememesi, izin verilebilir yorum ifadelerinin gerçekliğe ilişkin bir temele sahip olması, açıklamanın kamu yararı tartışmasının bir parçası olarak yapılmış olması ve avukatın müvekkilin çıkarına yönelik olarak mevcut çareleri kullanmış olmasıdır. Bu değerlendirme sonrasında Mahkeme, başvuruçunun ifadelerinin, başsavcıyı beraat kararına itiraz etmeye ikna etmekte analitik bir girişim olabileceğini, başvuruçunun ifadesinin spesifik bir şekilde jüriye ya da hâkime yönelik olmadığı, kişisel bir düşmanlığı da yansıtmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda, başvuruçunun yorumu, jüri seçiminde bir tartışmaya dikkat çekmekte ve gerçeklere dayanan bir değer yargısı içermektedir. Sonuç olarak, AİHM'e göre bu ifadeler, jüri ve mahkemeye yönelik hakaretten ziyade ceza adaleti sistemine ve sosyal ilişkilere yönelik bir eleştiridir.⁶³

delerin konu olduğu başka bir başvuruda, başvuru babasına yönelik olarak yapılan hakaretlerin, herhangi bir olgusal temeli olmayan değer yargılarını içermesi ve başvurucuya Baro tarafından uyarı cezası verilmesinin mesleki faaliyetine yönelik bir sonuç doğurmayacağı sebebiyle, avukatın 10. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddiası kabul edilemez bulunmuştur, Szpiner v. Fransa, B. No. 2316/15, 25.01.2018.

⁶² Ottan v. Fransa, B. No: 41841/12, 19.04.2018, prg. 25-28.

63 Ottan v. Fransa, B. No: 41841/12, 19.04.2018. Ayrıca AİHM, bir avukata mahkeme yargıcı hakkında sarf ettiği sözlerden dolayı beş gün hapis cezası verilmesinin avukatlık mesleği üzerinde caydırıcı bir etki yapacağını vurgulamıştır. AİHM, avukatların mahkemelerdeki ifade özgürlüklerinin sınırsız olmadığını ve yargının otoritesini korumak için bu özgürlüğün sınırlanabileceğini kabul etmekle birlikte demokratik bir toplumda avukatın ifade özgürlüğünün hafif bir ceza yaptırım şeklinde olsa bile sadece istisnai hallerde sınırlandırılmasını gerekli olabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, böyle bir hürriyeti bağlayıcı cezanın avukatların mah-

AIHM, barolar ve avukatların ifade özgürlüğüne yönelik cezaların sembolik olsa dahi, ifadenin cezalandırılmasına amacına yönelik ve caydırıcı etkiye sebep olması halinde Sözleşme'ye aykırı olacağına karar vermiştir. Başvuruya konu olayda, Moldova Anayasa Mahkemesi'nin Moldova Baro Konseyi'ni kuran kanunu iptal etmesi üzerine, başvuru-
cu olan Moldova Barolar Birliği Başkanı Avukat G. Amihalachioaie'nin, telefonda bir gazeteciye Anayasa Mahkemesi kararı ile ilgili olarak, "kararın hukuk mesleğinde anarşiye yol açacağını ve kararı veren hakimlerin AIHM'nin otoritesine saygı duymadığını" söylemesi, Anayasa Mahkemesi'nin "anayasal" olup olmadığını iğneleyici bir şekilde sorgulaması ve bu demecin daha sonra gazetede yayınlanması üzerine, başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne saygısızlıktan dolayı idari para cezasına çarptırılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Birtakım sınırlar öngörülebilir olsa da avukatların, ifade özgürlüğü ve adalet yönetimini aleni bir şekilde eleştirmeye hakları olduğunu vurgulayan Mahkeme, bu kararda "saygısızlık" ile "hakaret / aşağılama" arasında bir ayrıma gitmiş, başvurucunun ifadeleri saygısızlık olarak değerlendirilse de hakaret / aşağılama olarak değerlendirilemeyeceğini tespit etmiştir. Hâkim S. Pavlovschi'nin, verilen idari para cezasının miktarının düşük olması ve baro başkanının ekonomik gücünün bunu karşılayabilecek olması sebebiyle cezanın orantılı olduğu ve bu sebeple avukata yönelik bu cezanın caydırıcı bir etkisinin olamayacağı şeklindeki karşı oyuna karşın 6 oyla, 10. maddenin ihlaline karar verilmiştir.⁶⁴

Buna karşılık avukatın yargılama hakkında basına verdiği ifadelerin dava konusu olduğu Schöpfer v. İsviçre kararında, Mahkeme bir hak ihlali görmemiştir. Zira avukatın basına konuşmasının tek çare olacağını belirtmesine rağmen, gerçek durumda yasal başvuru imkânı bulunmaktadır. Başvurucu da basına verdiği demeçten sonra bu imkândan yararlanmış, belirli ölçüde sonuç da almıştı. Dolayısıyla

keme önlerindeki savunmalarında ve mahkemeye sundukları dilekçelerde kendilerini sınırlayacaklarını, bunun da avukatların müvekkillerini etkili bir şekilde savunma imkanlarını kısıtlayacağına dikkati çekmiştir. (Kyprianou v. Kıbrıs, B. No: 73797/01, 15.11.2005).

⁶⁴ Amihalachioaie v. Moldova, B. No: 60115/00, 20.07.2004, prg. 27-36. Avukatların, barolara karşı ifade özgürlüğü için bkz. Hacıbeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.06.2018, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22id%22%3A%2201-182173%22%7D>]. AİHM bu kararında avukatların ifade özgürlüğü konusunun, avukatlık mesleğinin bağımsızlığıyla ve adaletin düzgün biçimde işleyişiyle ilgili olduğunu da hatırlatmıştır.

Mahkeme, gerçek durumu yansıtmayan ve sert bir dil içeren yargıya yönelik ifadelerin, avukatlardan beklenen mahkemelerin saygınlığına katkıda bulunma sorumluluğu ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir.⁶⁵

Fuchs v. Almanya kararı ise bilgisayarına çocuk pornografisi indirmekle suçlanan müvekkili duruşma sırasında savunurken, mahkeme önünde bilirkişiye yönelik kişisel yorumların / hakaretlerin ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağına ilişkindir. Bilirkişinin suç duyurusunda bulunması ile para cezası alan avukat, ayrıca olayla ilgili olarak mesleğine ait yükümlülüğü (mesleğine yönelik güvene layık olmak) yerine getirmemesinden dolayı disiplin cezası da almıştır. AİHM, cezaların yasaya dayandığını, bilirkişilerin itibarını ve haklarını korumak gibi meşru bir temeli olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Avukatın yargılama sırasında müvekkilinin çıkarlarını savunmasının, bilirkişinin delilleri bilerek bozduğunu ima etmesine izin vermeyeceğini, rahatsız edici ifadelerin objektif eleştiriye içermediğini ve genellikle bilirkişinin çalışmalarını küçümseme ve bilirkişi incelemelerinin faydasız olduğunu ifade etme amacı taşıdığını saptayan Mahkeme, görevlerini başarılı şekilde yerine getiren bilirkişilerin, gereksiz rahatsızlıklardan arındırılmış şekilde görevlerini yerine getirmeleri gerektiğine önem vererek; onları küfür-lü sözlü saldırıdan korumak gerektiği, disiplin cezaları da dahil olmak üzere, cezaların orantılı olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶

Benzer bir başvuruda, mahkeme hakimini, davranışından dolayı Yüksek Yargı Kurulu'na şikâyet eden başvuru, şikâyet içeriğini çoğaltarak aynı mahkemenin diğer hakimlerine mektupla göndermiştir. Burada, hâkimin vermiş olduğu birtakım kararlar hakkında bilgiye yer verilirken, diğer kısımda hakimler için kabul edilemez bulduğu davranışlar betimlenmektedir; kasten / ağır ihmalle kötülük yapma. AİHM, başvuru tarafından yapılan ilk eleştiri (hâkimin haksız ve keyfi karar vermesi), karar verilen davalardan birisinde taraf vekili olarak yer aldığı için gerçeklere dayanan değer yargıları oluşturması nedeniyle aşırı olarak değerlendirmemiştir. Hakimin önyargılı olduğu ve isteyerek kötünîyet / ağır ihmal gösterdiğine ilişkin ikinci eleştiri bakımından AİHM, başvurucaın şikâyet ettiği kararlarda kötülük

⁶⁵ Schöpfer v. İsviçre, B. No: 56/1997/840/1046, 20.05.1998.

⁶⁶ Fuchs v. Almanya, B. No: 29222/11 ve 64345/11, 27.01.2015.

unsuru gösteren bir kanıt sunmadığını, yargıç hakkındaki mektubu da aleyhine açtığı davanın sonucunu beklemeden dolaştırdığını, başvurunun eleştirilerinin duruşmada da yapılmadığını, duruşmanın hiçbir aşamasıyla ilgisi olmayacak başkaca birçok hakime gönderdiğini belirtmiş ve hakimın itibarı zedelendiği için ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁷

Tüm bu kararlar ışığında, avukatların yargılamadaki önemli rollerine vurgu yapan AIHM’in, avukatların kullandıkları ifadelerin Sözleşme’nin korumasından yararlanabilmesi için gerçek bir temele dayanmasını ve mahkemelerin uygun bir şekilde yönetilmesi ile kamunun mahkemelere olan saygısının korunmasına katkı yapmasını beklediği söylenebilecektir.⁶⁸

Ülkemizde ise nesnellik kuralı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 34. ve 134⁶⁹ ile TBB Meslek Kurallarının 5. ve 15. maddelerinde yer almaktadır.⁷⁰ Bu maddelerin uygulamasına yönelik bir uyuşmazlıkta; temyiz dilekçesinde mahkeme hâkimine yönelik olarak ‘1.860,00 TL adli para cezası ile iki kez cezalandırılmasına şeklinde toplamda 3.720,00 TL olan ve de temyiz sınırının üstünde olan cezayı laf cambazlığı yapılarak 1.860,00 TL para cezasına iki kez çarptırılması şeklinde verilen kararlar temyiz hakkımız elimizden alınmıştır’ şeklinde beyanlara yer verdiği için bir avukata, il barosu tarafından uyarı cezası verilmiştir. Ancak TBB Disiplin Kurulu bu kararı, “laf cambazlığı” de-

⁶⁷ Peruzzi v. İtalya, B. No: 39294/09, 30.06.2015. Buna karşın başka bir kararında, başvurunun, hâkim hakkında Yüksek Yargı Kurulu’na tarafsız olmadığı ve rüşvet aldığına ilişkin şikayette bulunması ve ilgili hakimın bu sebeple tazminat davası açmasında; AIHM, şikayet içeriğinin sızdırılması sebebiyle mesleki onuruna yönelik saldırıda, başvurunun kusuru olmadığı için sorumlu tutulamayacağı ve yerel mahkemelerin, başvurucağı tazminat ödemeye mahkum etmesi durumunda, tazminat miktarının yüksek olmasının (50.000 avro) orantısız bir müdahale olacağı sebebiyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Pais Pires de Lima v. Portugal B. No: 70465/12, 12.02.2019). Benzer bir başvuruda AIHM, avukatın “bir hâkim ve savunma avukatı arasındaki büyük aşinalığa” dikkat çeken ifadesinin cezalandırılmasını, 10. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir, (L.P. ve Carvalho v. Portekiz, B. No: 24845/13 ve 49103/15, 08.10.2019).

⁶⁸ Ayrıca bkz. Casado Coca v. İspanya, B. No: 15450/89, 24.02.1994, prg. 54; Kyprianou v. Kıbrıs, B. No: 73797/01, 15/12/2005, prg. 173.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu’nun bu maddesini 1961 Anayasası’na uygun bulmuştur, E. 1969/37, K. 1971/8, Kt. 21.1.1971.

⁷⁰ İngiltere ve Galler’de Baro Standartlar Kurulu’nun sosyal medya kullanımına ilişkin rehberi için bkz. <https://www.barstandardsboard.org.uk/uploads/assets/c7cea537-53f8-42a8-9f6d8ef1832a7db9/Social-Media.pdf>.

yiminin, mahkeme hâkimini küçük düşürme, aşağılama, hakaret etme amacı ile değil, savunmanın esasına doğrudan doğruya etkin ve yararlı olan, temyiz nedeninin yasal gerekçesini aynı ölçütle etkin bir şekilde ortaya koymak amacıyla, savunma ile bağlantılı kullanıldığının hiçbir tereddüde meydan vermeyecek açıklıkta olduğu gerekçesiyle kaldırmıştır. Nihayetinde Adalet Bakanlığı'nın açtığı dava üzerine Ankara 15. İdare Mahkemesi; tam tersi bir gerekçeyle Disiplin Kurulu kararını iptal etmiştir. Karar Bölge İdare Mahkemesi tarafından da onanmıştır.⁷¹ Bu kararın aşağıda yer alan Anayasa Mahkemesi içtihadıyla tam olarak örtüştüğü söylenemez.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda, avukat olan başvuru, Cumhuriyet savcısına *“Mütalaaya karşı savunmalarımızı hazırlamamız için süre talep ediyoruz, ancak mütalaayı kabul etmiyorum, Savcı Hukuk Fakültesini yeniden okusun, Hukuk Fakültesini okumadı ya dosyayı okumadı ya da mahkemenin yaptığı işleri esas almıyor ya da değer biçmiyor, daha önceki tahliye taleplerimizi de tekrar ediyoruz, müvekkilimin tahliyesini talep ediyorum,”* şeklinde sözler sarf etmiştir. Bu sözleri nedeniyle kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakarete bulunma suçundan adli para ceza ile cezalandırılmasına ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Kararın Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmesi sonrasında başvuru Anayasa Mahkemesi bu iddia kapsamında özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır;

Başvurucunun cezalandırılmasına neden olan sözler, avukatlık mesleğinin icrası esnasında duruşma anında sarf edilmiştir. Savunma avukatlığı yapan başvuru, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler demokratik bir toplumda çok istisnai durumlarda gerekli olarak kabul edilebilir. Çünkü silahların eşitliği ilkesi ve yargılamanın adilliğine ilişkin mülâhazalar, savların taraflar arasında serbest ve yerine göre hararetli bir biçimde müzakeresini gerektirir. Hâkimlere nazaran Cumhuriyet savcılarının kendilerine yönelik eleştiriler karşısında daha hoşgörülü olmaları gerekir. Cumhuriyet savcısının hukuk fakültesini okuyup okumadığı hususundaki eleştiriler abartılı görülebilirse de bu konudaki eleştirilerin temel amacının Cumhuriyet savcısının mütalaada benimsediği yaklaşımı eleştirmek olduğu tespitinde bulu-

⁷¹ İlgili kararlar için bkz. Disiplin Kurulu Kararları ve İdari Yargı Kararları (der. Ü. Dinc), C. III, TBB Yayınları, Ankara 2017, s. 77-89.

nan Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷²

Bir başka başvuruda Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyeti ile bağlantılı olarak ifade özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiş ve savunmalarında istikrarlı bir biçimde, "sapkınlık derecesinde şikayet dilekçeleri verme" sözlerini kullanan avukatın diğer yargısı içeren bu ifadelerinin olgusal bir temelinin bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmadığı için ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷³

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, bir avukatın duruşma sırasında sarf ettiği ve bu nedenle para cezasına mahkûm edildiği "*keşke maymundan gelselerdi*" şeklindeki sözleri, avukatın bu sözleri söylemeden de temsil etmesi ve savunmasının mümkün olduğunu göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğünün korumasından yararlandırmamıştır.⁷⁴

Vekil sıfatı ile mahkemeye sunulan dilekçede katılana yönelik olarak 'davacı baba, dürüst olmayıp yalancı ve dolandırıcı mizaçtır. Çalışmayı sevmemektedir. Gayri meşru işlerle uğraşmaktadır, Davacı baba ahlaken dürüst olmayıp, müvekkilime çok zarar verdiği gibi müşterek çocuklarına da kandırdığı' şeklinde ifadeler nedeniyle avukatın 1.500 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını, Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi olarak değerlendirmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre, hakaret oluşturduğuna hükmedilen bu ifadeler, "vekilinin menfaatlerini korumak için ileri sürdüğü tezlerin bir parçası, dolayısıyla uyuşmazlıkla bağlantılı ve olayın bütünü ışıığında objektif bakımdan savunulabilir bir amaca hizmet" etmiştir.⁷⁵

Çok yakın tarihte verdiği bir kararda ise Anayasa Mahkemesi, müdafinin duruşma savcısına yönelik kendisini kastederek "Asmayı da düşünüyor musunuz?" ve Mahkeme Heyetine hitaben "Beni çoluk çocukla uğraştırmayın." demesi sonrasında beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmasını, bu sözlerin duruşma sırasında ortamın ger-

⁷² Keleş Öztürk Başvurusu, B. No: 2014/15001, 27.12.2017.

⁷³ Meral Özata Özgürol Başvurusu (No. 2015/2326, 26.12.2018).

⁷⁴ Emine Rezzan Aydınoglu Başvurusu (No: 2013/8396, 11.3.2015).

⁷⁵ Kenan Gül Başvurusu (B. No. 2015/17892, 19.2.2019).

gin olduğu bir anda Cumhuriyet savcısı ile girilen polemik sonucunda ve kamuoyu önünde değil de sadece duruşma salonunda söylenmiş olduğunu gözeterek Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁶

Buna karşılık, bir avukatın dava dosyalarına sunduğu dilekçelerde “...yeni bir ara kararı Mahkemece resen bulunarak dava uzatılmaya veya red edilmek için öküç altında buzağı aranmaya çalışılmaktadır.’, ‘...bir takım bozma kararında resmi veriler hiçe sayılarak kafadan... karar verilmiştir’, ‘...ancak mahkeme hakimi bu dilekçelerden tınmamış, adeta davalı tarafmış gibi davranmaya devam etmiştir’, ‘...Mahkeme hakimi... taşınmaz için muradına ermiştir...’, ‘...yargılamanın seyrinin zıvanadan çıkartarak...’ ” gibi hâkime yönelik ifadelerinden dolayı mahkûm edilmesinde Anayasa Mahkemesi bir hak ihlali bulmamıştır.⁷⁷ Söz konusu ifadelerin olgusal bir temeli olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, avukatlığın saygınlığını koruyabilecek idari yaptırım gibi daha yumuşak müdahale olanağının varlığını göz ardı etmiştir.

Yargıtay ise davada alacaklı vekili olan sanık avukatın, duruşmayı yöneten mahkeme hâkiminin duruşmaya geç ve dosyaya hazırlanmadan çıktığını gösterir nitelikte davranışlar sergilemesi nedeniyle yargılamanın 15 ay gibi bir zaman uzamasına neden olduğunu düşündüğü ve olay günü duruşma tutanağına ara kararını eksik yazdığı kanısıyla şikâyetçi hâkime karşı sarfettiği “Bak biz iddia etmiyoruz, burası emniyetçe tespit edilen adrestir, dosyayı incelemeyen çıkarsanız böyle olur, on beş aydır yargılama ağır ceza mahkemesi gibi devam etmektedir. Vergi dairesinden dosyaya gelen yazıyı yazmamanız da dosyayı incelemediğinizi göstermektedir. Burada babanızın uşağı yok” şeklindeki

⁷⁶ Bayram Akın Başvurusu (B. No. 2015/19278, 7.3.2019). Buna karşılık bu karardan kısa bir süre önce D, E başvurusunda verdiği kararda Anayasa Mahkemesi farklı bir yol izlemiştir. Duruşma esnasında avukat D, E'nin “Derdimizi bir çocuğa anlatsak çocuklar bile anlar ancak siz anlamaktan acizsiniz. Kasti olarak gazete haberlerine göre hareket ederek müvekkilimi süründürüyorsunuz.” ifadesi ile mahkeme heyetine hakaret ettiği gerekçesiyle disiplin cezasına çarptırılması ve idari yargıda işlemin iptali için açılan davanın reddedilmesi üzerine başvurulmuş Anayasa Mahkemesi, ihlal edildiği ileri sürülen hakkın nitelemesini kendisi yaparak ifade özgürlüğüyle ilişkilendirmekten kaçınmış ve başvurusunun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına yönelik ihlal iddialarını temellendirmedikçe gerekçe göstererek kabul edilemezlik kararı vermiştir (No: 2014/11453, 9.1.2019, prg. 54).

⁷⁷ Ahmet Haluk Altan Başvurusu, B. No: 2015/14340, 12.11.2019.

sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici ve ağır eleştiri niteliğinde olup hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir.⁷⁸

Buna karşılık Hakimler ve Savcılar Kurulu, bir terör şüphelisinin sorgusu için CMK'den atanan bir avukatı, "Bu avukat bana güven vermedi; terör örgütü sempatizanı olabilir" diye mahkeme salonundan çıkaran dönemin Dargeçit Sulh Ceza Hakimine, "hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" fiilinden önce kınama cezası verip, sonrasında hakimın olumlu sicil ve terfilerini gerekçe göstererek cezayı "2 gün aylıktan kesme"ye düşürmüştür.⁷⁹

e) Müdafilik: Meslek özgürlüğünün koruması, bir avukatın en önemli görev alanlarından biri olan müdafiliği de kapsar. Savunma hakkı, hukuk devletine uygun bir ceza yargılaması için anayasal bir ilke niteliğini taşır. Vatandaşın, silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanan nedenlerle, güvendiği ve çıkarlarını bağımsız, özgür ve özgeci biçimde koruyacağını bekleyebileceği bir müdafinin yanında bulunması zorunludur. AİHS de 6/1-c maddesinde ceza davalarına ilişkin olarak her sanığın bir müdafii tarafından temsil edilme hakkını korumaktadır. AİHM'e göre silahların eşitliği ilkesi gereği sanığın da iddia makamını oluşturan savcı gibi hukuki donanıma sahip bir avukat yardımından yararlandırılması gerekir.⁸⁰

Avukat da anayasal olarak korunan meslek özgürlüğü kapsamında müvekkilinin tam olarak hakkını savunmakla yükümlüdür. Avukatın mesleki faaliyeti kamu yararına yönelik olarak etkili ve hukuk devletine uygun düzenlenmiş bir yargıyla iç içedir. Mahkemenin bir avukatı savunmasından uzaklaştırmaya yönelik bir müdahalesinin, mesleğini serbestçe icra etme özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi gerekir.

- Müdafinin görevden yasaklanması: Müdafinin görevden yasaklanması, mesleği serbestçe icra etme hakkına ağır bir müdahale oluşturur. Bu müdahale, düzenli bir ceza yargılamasına yönelik kamusal çıkara

⁷⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/16690 E. 2014/14210 K.

⁷⁹ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1334766/HSK__Sempatizan_olabilir__diyerek_avukati_sorguya_almayan_hakime_ceza_verdi.html.

⁸⁰ Monnet et Morris v. Fransa, B. No: 14032/88, 3.9.1992, prg. 46.

hizmet etmelidir. Ancak böylelikle meşru bir amacı yerine getirebilir. Bunun karşısında ise müdafinin mesleğini serbestçe yerine getirebilmesindeki çıkar yer alır. Her iki çıkarın dikkate alındığı dengeli bir tartım yapılmalıdır. Savunma amacına aykırı davranışların olduğu olaylarda müdafinin görevden yasaklanması, düzenli bir ceza yargılamasının gereğidir. Görevden yasaklama bir ceza değildir, ancak avukatın görevini sanığın müdafii ve yargının bir organı olarak konumuna uygun bir şekilde savunmasının dışında kalan davranışları nedeniyle davaya etki etmesinin önlenmesine yönelik usulü bir tedbirdir.⁸¹ Bu bağlamda avukatın olası dolandırıcılık yoluyla elde edilen paranın güvence altına alınmasına yönelik bir davranışı, Alman Ceza Usul Yasasının 138a/1-3 maddesi kapsamında bir yararlandırma oluşturur. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu maddede yer alan yasaklama nedenleri tümüyle avukatın müdafilik yaptığı somut yargılamaya ilişkin davranışlarına özgülenmiştir.

Türk ceza hukukunda ise gerek CMK md. 151/3'deki düzenleme, gerekse 676 sayılı OHAL KHK'si kesinlikle somut davada düzenli bir ceza yargılaması yapma amacına yönelik bir önlem niteliğinde değildir. Sanığın yargılandığı davadaki savunmasıyla hiçbir ilgisi olmayan bir davranışı nedeniyle müdafinin cezalandırılmasına yol açmaktadır. Hakkında belirli suçlardan dolayı kovuşturma (OHAL'de soruşturma) başlatılan bir avukatın, bu ithamla doğrudan hiçbir bağlantısı olmayabilecek bir başka davada müdafilik görevinden yasaklanabilmesi hem müdafinin çalışma özgürlüğünü, hem de sanığın adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.⁸² Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir;⁸³ "Savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet eden müdafinin, müdafilik görevini üstlendiği kişinin işlediği ileri sürülen suçla herhangi bir bağlantısı bulunmaksızın veya müdafilik görevini kötüye kullandığına ilişkin herhangi bir olgu mevcut olmaksızın basit bir suç şüphesi nedeniyle müdafilik görevinden yasaklanmasına imkân tanıyan kurallar, müdafii yardımından yararlanma ve çalışma hakkı bağlamında bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokmakta;

⁸¹ BVerfGE 39, 156.

⁸² Uygulamada bu tür kısıtlama örnekleri için bkz. İnsan Hakları Raporu (2016-2017), TBB Yayınları, Ankara 2017, s. 53-54.

⁸³ E 2018/73, K 2019/65, Kn24.7.2019, prg. 45.

dolayısıyla müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir.”

- Müdafî ile yapılan görüşmelerin dinlenmesi: Etkin bir savunmanın varlığı için müdafî ve müvekkil arasındaki gerekli olan güven ilişkisini bozan ya da ortadan kaldıran ve müdafîin müvekkilin çıkarlarını etkili biçimde temsil etmesini engelleyebilecek müdahaleler de avukatın meslek özgürlüğüne karışmak anlamına gelir. Bu bağlamda müdafîin tutuklu müvekkiliyle görüşmelerinin dinlenmesi, müdafîin meslek özgürlüğünü ihlal edecektir.⁸⁴ Zira bu özgürlük avukata kamu yararına da olacak biçimde devlet kontrolü ve vesayetinden serbest biçimde mesleğini icra etmesini güvence altına alır ve özellikle avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisini korur.⁸⁵

Hazırlık soruşturması sırasında polis tarafından alınacak ifadeler de dahil olmak üzere soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı şekilde müdafî ile görüşme

⁸⁴ AİHM, avukat müvekkil görüşmesinin ancak demokratik bir toplumda gerekli olacak şekilde ve orantılı bir şekilde ancak istisnai durumlarda önemli bir suçun engellenmesi, hapisane güvenliğine karşı önemli bir tehdidin olması gerektiğini, yalnızca bir kişinin terör ile bağlantılı bir suçtan tutuklu bulunmasının haktan faydalanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, hukuka uygun bir sebep ile sınırlandırma yapılabilmesi için bu sınırlandırmanın belirli koşullarla düzenlenerek öngörülebilir olması gerektiğini de vurgulamıştır (Altay v. Türkiye (no. 2), B. No: 11236/09, 09.04.2019). Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre yargıcın, suç oluşturduğu belirtilen eylemi açıkça ortaya koyması gerekecektir; eylemin gerçekleştiğine ilişkin şüphenin açıkça nitelendirmesi (adını koyması) gerekmektedir; Beschluss vom 04.07.2006 – 2BvR 950/05.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 18.10.2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un (d) bendinin birinci cümlesinin “Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.” bölümünün iptali istemini esastan görüşmeye başlamıştır, bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/24-temmuz-2019-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>. Bu görüşme sonucunda Anayasa Mahkemesi, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tutuklu ve avukat görüşmesine bazı kısıtlamalar getirilmesini öngören kuralın, olağanüstü hâlde müdafî yardımından yararlanma ile tutukluluğa itiraz haklarını durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak şekilde sınırlandırmadığına karar vermiştir (E 2016/205, K 2019/63, K 24.7.2019).

hakını AİHM, AİHS md. 6/3-c gereğince kabul etmiştir.⁸⁶ AİHM örneğin, soruşturmanın başlangıç aşamasından itibaren müdafii ile şüpheli arasındaki konuşmaların bir görevli tarafından⁸⁷, hatta bir yargıç tarafından⁸⁸ dahi dinlenilmesini AİHS'ın 6. maddesine aykırı görmektedir.⁸⁹

CMK'nın 154. maddesi ile Ceza İnfaz Kanunu'nun 59. ve 114. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, cezaevi idarelerinin tüm telefon görüşmelerini dinlediği ve avukatlarla telefon görüşmelerinin gizliliği konusunda herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada birinci sorun, telefon görüşmesi hakkı kısıtlanan hükümlü veya tutukluların avukata erişim hakkının, diğer yandan avukatın müvekkiliyle iletişim kurmasının engellenmesidir. İkinci sorun ise, avukatlar bakımından gizlilik imkânının bulunmamasıdır. Bu konuya ilişkin bir tutuklu tarafından yapılan bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi hapisanelerde haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması bakımından devletlerin takdir marjının geniş olduğunu belirtmekle birlikte, tutukluların telefon yasağının avukatları da içermesi konusunda 114/5'te yer alan temas ve görüşme imkânına ilişkin hükmün telefon imkânını içerdiği yorumunu yapmış; 115. maddedeki tedbire ilişkin hükme ise hiç değinmemiştir. Kararda gizlilik meselesine değinmeksizin avukatla telefonla görüşme imkânı tanınması gereğine vurgu yapılmış ve ihlal kararı verilmiştir.⁹⁰

Aynı şekilde müdafinin cep telefonu ile yaptığı görüşmelerin izlenmesi, anayasal açıdan özellikle korunan vekalet ilişkilerini dikkate almadığı için yalnızca haberleşmenin gizliliğini değil meslek özgürlüğünü de ihlal eder.⁹¹ Hatta Anayasa Mahkemesi, böyle bir izlemeyi müvekkili yargılamanın salt bir nesnesi haline getireceği için insan onuruna da aykırı bulmuştur.

⁸⁶ Brennan/Birleşik Krallık, B. No: 39846/98, 16.10.2001.

⁸⁷ Ocalan v. Türkiye, B. No: 46221/99, 12.03.2003, prg. 146-149.

⁸⁸ Lanz v. Avusturya, B. No: 24430/94, 31.01.2002, prg. 50-53.

⁸⁹ S İnceoğlu, "Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Adliye Gözlemleri ve Adalet Barometresi Araştırmaları", in: Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme, der. S. Kalem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 111.

⁹⁰ Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, Başvuru no. 2013/6693, 16.4.2015, par. 67.

⁹¹ BVerfG, 18.04.2007- 2 BvR 2094/05.

Aynı konuyla ilgili olarak AİHM, Türkiye hakkında Av. Cevat Özel'in yaptığı başvuruda (mülga) Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu uyarınca hakkında yapılan dinlemede uygulanan kanunun yetkiyi kötüye kullanmaya karşı etkin güvenceleri barındırmadığı, bu kapsamda "telefon görüşmeleri tespit edilen kişi hakkında ceza davası açılmadıkça ve tespit edilen veriler delil unsuru olarak kullanılmadıkça ya da gizli bir bilgi ifşa edilmedikçe, ilgili kişinin telefon görüşmelerinin tespit edildiğini bir gün öğrenmesi"nin mümkün olmaması gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁹² Neyse ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesinde "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz" hükmü ile müdafinin iletişiminin dinlenmesi engellenmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Hilmi Yıldız başvurusunda benzer bir değerlendirmeye yaparak AİHM içtihadını da dikkate alarak CMK 135-137 hükümlerinin yeterli güvenceleri içerdiği sonucuna varmıştır.⁹³

AİHM müvekkil ile avukat arasındaki yazışmalara el konulmasının 8. maddenin ihlali anlamına geldiğine ilişkin 2018 yılında verdiği Laurent v. Fransa kararında da müvekkiline polis gözetiminde, mahkeme girişindeyken verdiği belgeleri polis memurunun okumasının haberleşmenin gizliliğine bir müdahale niteliğinde olduğu, hukuka aykırı bir eylem olmaksızın bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.⁹⁴

- Dosya içeriğine erişim: Anayasa Mahkemesi, müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi bakımından sadece müvekkilin konumunu dikkate alarak, "ifadesi ya da savunması alınırken başvuruca erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvuruca tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda başvuruca tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunu, bunların içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunu" kabul etmiş ve salt bu gerekçeyle bir hak ihlalinin olmadığını açık olduğuna karar vermiştir.⁹⁵

⁹² Cevat Özel v. Türkiye, B. No. 19602/06, 7.6.2016, prg. 35.

⁹³ Hilmi Yıldız Başvurusu, Başvuru No: 2013/299, 4.2.2016, par. 65

⁹⁴ Laurent v. Fransa, B. No: 28798/13, 24.5.2018. Ayrıca bkz. Campbell ve Fell v. İngiltere, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.6.1984.

⁹⁵ Gültekin Avcı Başvurusu, No. 2015/17921, 10.1.2019, prg. 107 ve 110.

Bu karar çeşitli açılardan eleştiriye açıktır; öncelikle başvuruçunun soruşturma ve tutukluluğuna karar verilirken sözlü olarak öğrendikleri üzerine yaptığı savunma üzerinden dosya içeriğine erişimi engellenen müdafinin savunma hakkı arasında bir bağlantı kurmak, avukatlık mesleğinin gerekleriyle hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Öte yandan somut olayda CMK md. 153/2'ye göre soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürebilecek şüpheyi yaratan somut olguya ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmadığı için bu tedbirin zorunlu ve orantılı olup olmadığı sorusu da açıkta kalmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi aynı normun anayasaya aykırılık iddiasını reddederken yukarıdaki tespiti haklı kılacak değerlendirmelerde bulunmuştur; “Ancak, dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir. (...) kısıtlama kararının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla ve yalnızca Kanun’un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden **soruşturmanın amacı- nın tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak** verilebileceği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde verilen kısıtlama kararı hukuka aykırı hale geleceği gibi kısıtlama kararına dayanılarak soruşturma ve kovuşturma evrelerinde verilen kararlar da hukuka aykırı hale gelecektir.”⁹⁶

Alman Ceza Kanunu’nun 261/2. maddesinde düzenlenen suç da müdafinin meslek özgürlüğüne bir müdahale oluşturabilir. Bu açıdan anayasaya uygun biçimde dar yorumlanmalıdır. Şöyle ki, müdafinin aldığı ücret ya da avansın “kara para aklama” olarak nitelendirilebilmesi için müdafinin aldığı zaman bu paranın katalog bir suçtan kaynaklandığını kesin olarak bilmesi gerekmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla savcılık ve mahkemelerin bu maddenin uygulamasında, müdafinin özel konumunu soruşturmanın başlangıcından itibaren uygun biçimde dikkate almaları gerekir.

Nitekim AİHM de adaletin adil işleyebilmesi için silahların eşitliği ilkesine dikkat çekerek; savunmanın bilgisinin olmadığı ve yorum yapma imkanının bile bulunmadığı bir davada adil yargılanma hakkının da ihlal edileceğini açıkça ifade etmiştir.⁹⁸

⁹⁶ E 2014/195, K 2015/116, K 23.12.2015.

⁹⁷ BVerfGE 110, 226.

⁹⁸ Bulut v. Avusturya, B. No: 17358/90, 22.02.1996, prg. 46-50. Aynı yönde bkz.

f) Quota litis yasağı: Avukatın dava sonucunda elde edilen nakti veya ayni değerinden yüzde cinsinden ücret almasının yasaklanması (quota litis yasağı), avukatın başarıya endeksli bir ücret anlaşmasını müvekkilin başka türlü haklarını takip etmekten alıkoyan kişiliğinden kaynaklanan özel durumları dikkate alarak kararlaştırıldığı hallere istisnai olarak izin vermediği takdirde, Alman Anayasa Mahkemesi'nce meslek özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁹⁹

Avukatlık Kanunu'nun 2/5/2001 tarihli 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 164. maddesine göre "Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir." Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası quota litis yasağına hiçbir istisna tanımaksızın ücret sözleşmelerinin, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamayacağını öngörmüştür.¹⁰⁰

2. Meslek Seçimine Getirilen Sınırlamalar

Bir mesleğe kabul için öngörülen kişisel özellikler, yetenekler ve yeterlilikler, özellikle de mesleki öğrenim, mesleğe ilişkin getirilen öznel izin koşullarıdır. Bu koşullar, mesleğe girişi ancak belirli niteliklere sahip adaylara açan mesleğin hukuki statüsünün bir parçasıdır. Bu öznel koşullar sadece genel kabul görmüş ve toplumun belirli bir zamana özgü politikasından bağımsız ortak değerleri ortaya koymaz; korunan çoğunlukla yasakoyucu tarafından toplumun en önemli değerleri derecesine çıkarılan kamusal yararlarıdır. Öznel koşullar bu amaca ulaşmak için ölçülü, özellikle de orantılı olmak zorundadır.

Kremzov v. Avusturya, B. No: 12350/86, 29.05.1997.

⁹⁹ BVerfGE 117, 163.

¹⁰⁰ Örneğin, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.10.2005 tarihli (Esas No: 2005/7970, Karar No: 2005/14434) kararında "Tarafların avukatlık sözleşmesini serbestçe düzenleyebilecekleri avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği, yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunan şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceği, ancak dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü sözleşmenin taşıyamayacağı yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmayacağı belirtilmiştir" denilmiştir, bkz. Oruç V. , "Dava Sonucuna Katılma Yasağı Üzerine Düşünceler", <https://www.hukukihaber.net/dava-sonucuna-katilma-yasagi-uzerine-dusunceler-makale,3856.html>.

a) İhtiyatlı, Dürüst ve Onurlu Olma Yükümlülüğü:

23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen Avukatlık Kanun'un 5/1-a maddesiyle, TCK md. 53'de belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların avukatlık mesleğine kabul istemlerinin reddolunacağı hükme bağlanmaktaydı. Anayasa Mahkemesi'ne göre, avukatlık mesleğinin saygınlığı, buna karşı toplumun güven duygusunu göz önüne alarak, bu mesleği icra edecek olanların belli suçlardan mahkûm olmaları hâlinde, aslî cezanın yanı sıra sürekli olarak hak yoksunluklarının öngörülebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi, çalışma özgürlüğüyle hiçbir ilişki kurmaksızın, "dava konusu düzenlemeler(in), meslek veya görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıtlı veya taksirle işlenip işlenmediğine bakılmaması ve bir kademelendirme de yapılmaması ve bu suçlardan mahkûm olanların belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı" olduğunu saptayarak iptaline karar vermiştir.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesi benzer şekilde bir başka kararında, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağına ilişkin hükmü (Avukatlık Kanunu md. 5/1-c), "avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı" bularak iptal etmiştir.¹⁰²

AİHM ise başvurucuların mahkumiyetlerinin esas alınarak, Barolar Birliği'ne olan başvurularının reddedilmesine yönelik iç hukuktaki düzenlemenin, AİHS md. 8'e aykırı olduğu iddiasını iki farklı kararda değerlendirmiştir;

Başvuruculardan birisi, daha önceki mahkumiyetini (süresi dolan mahkumiyet) baroya iletmemiştir ve daha sonra olayın öğrenilmesiyle

¹⁰¹ E 2008/17, K 2010/44, K 25.2.2010.

¹⁰² E 2012/116, K 2013/32, K 28.2.2013.

stajyer listesinden çıkartılmıştır. Baro, süreci ve işlenen suçun niteliğini göz önüne alarak, yüksek ahlaki karaktere sahip olmadığı gerekçeyle talebi reddetmiştir. AİHM ise bu müdahalenin meşru bir amacı olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, avukatlar adalet işleyişinde en önemli rolü oynamaktadır. Bu rol, ihtiyatlı, dürüst, onurlu olmayı gerektiren mesleki davranışları ile ilgili olarak bir dizi görev ve kısıtlama gerektirmektedir.

Diğer başvuru ise avukat olarak baroya kabul edilmiş, fakat sonrasında adli yardım sistemini yanıltmaktan mahkûm olmuştur. Tekrar baroya kabul başvurusu ise bu mahkûmiyet sebebiyle reddedilmiştir. Lekavičienė davasında AİHM, bireylerin mahkûmiyet sürelerinin sona ermesinin yüksek ahlaki bir karakter kazandığı anlamına gelmediğine; ayrıca başvuruçuların gelecekte (4 yıl sonra) baroya tekrar başvurabileceklerine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre, başvuranların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahaleler, adaletin iyi ve doğru şekilde çalışmasını sağlayarak, diğerlerinin haklarını korumak için demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyaçtır.¹⁰³

b) Hukuk öğretiminde devlet sınavı¹⁰⁴: Hukuk öğrenimi Almanya'da eyaletler tarafından çıkarılan yasalarla düzenlenmiştir. Ancak Federal Parlamento'nun (Bundestag) çıkardığı ve 01.07.2003'ten itibaren yürürlükte olan Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası, hukuk öğrenimine ve staj eğitimine ilişkin genel kuralları belirlemektedir.¹⁰⁵

Aşağı Saksonya ve Hamburg'da da hukuk öğrenimini tamamlayabilmek için iki aşamalı bir devlet sınavı düzenlenmiştir. Sınavlar yazılı ve sözlü biçimde eyaletlerde bu amaçla adalet bakanlığı bünyesinde oluşturulan ve bağımsız karar alabilen bir resmi daire tarafından yapılmaktadır. Anayasa şikayetine başvuranlar, girdikleri devlet sınavında sınav değerlendirmesi yapan komisyonun konuyu yanlış anladıklarını, doktrini dikkate almadıklarını, verilen yanıtların doğru ve yeterli hukuki gerekçeye dayanmış olmasına rağmen yüzeysel, yetersiz ve çelişkili bir biçimde eleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Kararın

¹⁰³ Jankauskas v. Litvanya, B. No: 50446/09, 29.5.2019; Lekavičienė v. Litvanya, B. No: 48427/09 27.6.2017.

¹⁰⁴ BVerfGE 84, 34.

¹⁰⁵ Sert-Çelik Ç. , "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004, s. 340.

iptali için açılan davayı idare mahkemesi reddetmiştir. Mahkemeye göre, sınavı yapanlar yanlış olgulardan hareket etmedikleri, genel değerlendirme ölçütlerini ihlal etmedikleri ve konuya yabancı görüşlerle hareket etmedikleri için kararları takdir yetkileri kapsamında kalmaktadır. Eyalet Yüksek İdare Mahkemesi, sınavı yapan komisyonun bir yargıç gibi karar verdiğini, sınav yaparken bağımsız olup, bakanlığın talimatlarıyla bağlı olmadığını da belirterek kararı onamıştır. Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin de kararın temyizi kabil olmadığına karar vermesi üzerine başvuru alan Alman Anayasa Mahkemesi şu tespitlerde bulunmuştur;

“Belirli bir mesleğe kabul için öngörülen ve verilen eğitim ile bu eğitim sonucu kazanılması gereken yeterliliği ispatlayan bir sınava ilişkin düzenlemeler, meslek seçimi özgürlüğüne bir müdahale oluşturur. Hukuk öğrenimi için getirilen her iki devlet sınavı için gereken performans gereklilikleri ve bu performansı değerlendirecek ölçütler yasayla belirlenmelidir. Sadece sınavın içeriği değil usulü de meslek özgürlüğünün koruma alanı içindedir.”

Anayasa Mahkemesi'ne başvuranların şikâyeti, sınav usulüne değil, sınav sonucu yapılan değerlendirmeye ilişkindir. Başvuranlar, sınav sırasında yapılan eleştirel değerlendirmeler ve buna dayalı sınav notunun itiraz edilebilir olmasını istemektedir ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuranlar özünde taleplerinde haklıdırlar. “Mesleğe ilişkin bitirme sınavında ortaya konan performansın değerlendirilebilmesi, usulü temel hak korumasını zorunlu kılmaktadır. Ancak yargısal denetim bu noktada zorluklarla karşılaşmaktadır; sınavı yapanın öznel izlenimleri, mesleki uzmanlığına ilişkin özellikleri not vermesini etkileyecektir. Bu nedenle sınav usulünün mümkün olduğunca nesnellik ve tarafsızlığı garanti etmesi zorunludur. Bu bağlamda sınav yapacakların seçimini, sayılarını, birbirleriyle ilişkilerini ve not farklılıklarını içeren kuralların yanında hukuk devletinin bir gereği olarak sınava girenlerin bu usul kuralları hakkında zamanında bilgilendirilmeleri ve karar verilirken kendi argümanlarının dikkate alınmasının sağlanması gereklidir. Devlet sınavlarında, adayın sınava girmeye karar verdikten sonra, performansının ayrıntılı biçimde nasıl değerlendirileceği ve hangi görüşlerin burada belirleyici olduğu konusunda kapsamlı biçimde bilgilendirilmek zorundadır. Ancak böylelikle yapılan itirazlar denetlenebilir ve değerlendirilebilir.”

Sınav sonucunun meslek açısından taşıdığı pratik önem ve temel hak boyutu dikkate alındığında somut olayda ilgili yasal düzenlemeleri tam olarak belirli görmeyen Anayasa Mahkemesi; sınav konularının sadece kaba hatlarıyla belirtilmesine, not skalasının gerçek anlamda tanımlanmamış ve sadece çok genel olarak sayılmış olmasına vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "İdare Mahkemelerinin denetim ölçütleri de soyuttur. Hangi koşullarda genel geçerli değerlendirme ölçütlerinin ihlal edilmiş kabul edileceği, konuya yabancı görüşlerin hangi özellikleriyle göz ardı edilebileceği gibi ölçütlere yer vermeyen içtihadıyla İdare Mahkemeleri yargısal denetime özgü halleri dışlamıştır. Kararın sadece keyfi olup olmadığına yönelik salt uç örneklerle sınırlı bir denetim, yargıcın keyfilik sınırını aşmasına yol açabilir."

Fakat sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; meslek özgürlüğünü güvence altına alan anayasal düzenlemeden mesleğe ilişkin bir sınav için şu genel değerlendirme ilkesi elde edilebilir; "Savunulabilir ve güçlü argümanlarla mantıklı biçimde gerekçelendirilen bir çözüm yanlış olarak değerlendirilemez."

Türkiye'de tarihsel süreç içinde avukatlık mesleğinde sınav süreklilik kazanamamış olmakla birlikte tamamen de kaldırılması düşünülmemiştir. 2001 yılında, 4667 sayılı Yasa'yla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle sınav yeniden getirilmiştir. 2006 yılında, 5558 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılması-na Dair Kanun'un 1. maddesiyle bu sınav zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi şu haklı gerekçeyle sınav zorunluluğunu kaldıran bu yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir;

"Savunma, 'sav-savunma-karar' üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir."¹⁰⁶

¹⁰⁶ E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009.

Bu karar sonrasında TBB tarafından hazırlanan ve 17.6.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”le avukatlığa girişte sınav şartı getirilmesi üzerine, 2014 tarih ve 5552 sayılı Kanun’un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun’un 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemediği kurala bağlanmak suretiyle TBB’nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği kanun hükmü hâline getirilmiştir. Bu hükmün çalışma özgürlüğüyle ilgili olduğunu tespit eden Anayasa Mahkemesi bu kez iptal kararı vermemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “avukatlığa giriş koşullarının da kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğine giriş koşullarının belirlenmesi hususunda asli yetki yasama organına ait olup yasama organınca genel çerçevesi kanunla belirlendikten sonra bu konuda idari düzenleyici işlemler yapılabilir.”¹⁰⁷

Tüm bu süreç sonrasında, TBMM’nin sınav koşulunu getirmede hareketsiz kalarak, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının gereğini yerine getirilmesi zorunluluğunu öngören Anayasa’nın 153. maddesine aykırı bir ihmal içinde bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.¹⁰⁸

IV. Sonuç

Bağımsız, özgür ve özerk bir avukatlık için barolar büyük önem taşımaktadır. Meslek için vazgeçilmez olan bu niteliklerin korunması, baroların katılıma ve farklı görüşlere açık bir yapıda, şeffaflık içinde çalışmalarını sürdürebilmesine bağlıdır. Baroların bu yöndeki etkinliği, gerek avukatlar gerekse hak arayan sülhlerin yargıya olan güven ve memnuniyetinin sağlanmasına da hizmet edecektir.

Avukatlık mesleğine ilişkin kuralların uygulanmasında çıkan uyuşmazlıkların salt genel ilkeler üzerinden çözülmesi her zaman so-

¹⁰⁷ E 2014/177, K 2015/49, K 14.5.2015.

¹⁰⁸ Bu çalışmanın teslim edilmesi sonrasında, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle Avukatlık Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan “taşınanlardan,” ibaresi “taşınan ve Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavında başarılı olanlardan,” şeklinde değiştirilmiştir.

mut olaylar bakımından sistematik bir çözümü sağlamayabilecektir. Bu durumda konunun avukatların meslek özgürlüğü bağlamında ele alınması, olaydan olaya değişen çözümler yerine, temel hak uyuşmazlıklarına özgü bir dogmatik üzerinden sistematik bir bilgiye erişilmesine katkı sağlayacaktır. Çalışmanın bütününde aktarılan mahkeme kararlarıyla, avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin genel bir anayasal rejim ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin anayasal normların dinamik biçimde yorumlanıp uygulanabilmesi için ilgili hükümlerin güncel anlam ve amacının dikkate alınması gerekmektedir. Avukatların meslek özgürlüğünün teorik olarak değil, pratik uygulanabilir ve etkin olacak şekilde garanti edilmesi ancak böyle gerçekleşebilecektir. Günümüzde yaşanan genel ekonomik sorunlara paralel biçimde hukuk mezunları ile avukat sayısındaki artışa dayalı ciddi mali sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu kriz halinin, hukukçular ile özgürlükçü demokratik anayasal düzen arasındaki bağı çözmemesi gerekir. Ülkemizde avukatlar, her türlü karşı müdahaleye rağmen mesleklerinin icrasında özgürlükçü yaklaşımdan vazgeçmemektedir. Bu yaklaşımın başarılı olması ise nihayetinde mesleki çıkarları korumada gereken çözümlerin bulunmasına bağlıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Demirel F, Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2010
- Elveriş İ, Barolar ve Siyaset, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Özen A, Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Bilge Yayınevi, İstanbul 2018.
- Pieroth B/Silberkuhl P, Die Verfassungsbeschwerde, ZAP Verlag, Münster 2008.
- Schmidt R, Grundrechte, 12. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen 2010.
- Toprak M, Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, TBB Yayınları, Ankara 2014.
- Disiplin Kurulu Kararları ve İdari Yargı Kararları (der. Ü. Dinç), C. III, TBB Yayınları, Ankara 2017.
- İnsan Hakları Raporu (2016-2017), TBB Yayınları, Ankara 2017.

Makaleler

- Aday N, "Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından "Aynı İş" Olgusu ve Bu Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri", *Erciyes Üniversitesi HFD*, C. 10, Sy. 2, Aralık 2015.

- Bozkurt A, "Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Coşar VA, "Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Çıvgın Y/Gökçe F, "Avukatlık Mesleğindeki Dönüşüm ve İşçi Avukatlık", *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4.
- Elçi MH, "Geçmişten Geleceğe Avukatlık", *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 2010, Sy. 3, Yıl 75.
- Emir S, "İşçi Avukatlar, Namıdiger Kırmızı Yakalılar ve Avukatlık Mesleğinin Proleterleşmesi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Güner S, "Avukatın Özen Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, 2000/2.
- Gürseler G, "Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Sayı 63, 2006.
- Gürseler G., "Ücretli Avukat", *TBB Dergisi*, Sy. 71, 2007.
- Jahic G/Kalem S, "Vatandaşın Gözünden Mahkemeler: Katılım, Tutumlar ve Güven", in: *Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme* (der. S. Kalem), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- İnceoğlu S, "Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Adliye Gözlemleri ve Adalet Barometresi Araştırmaları", in: *Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme*, der. S. Kalem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- Ledford KF, "Avukatlık ve Liberalizmin Sınırları: Weimar Cumhuriyeti'nde Alman Barosu", (çev. K. Akbaş), *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4.
- Lemmer JM, "Savunma Avukatının Hak ve Dokunulmazlığının Sınırı", in: *Özgür ve Bağımsız Savunma*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.
- Örs C.O, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", *TBB Dergisi* 2016 (123).
- Sert-Çelik Ç, "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004.
- Sever DÇ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Şen E/Bodur FB., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar", *TBB Dergisi* 2018 (138).
- Şenol T, "Bağımsız Avukatlık", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004.
- Uyar T, "Avukatın "Özen Yükümlülüğü" (Av. K. m. 34; TBK.m.506/III) ve "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (TCK. m. 257/2)", *TBB Dergisi*, 2017 (131).
- Ünal S, "Avukatların Sendikalaşması ve Avukatlar Sendikası Pratiği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Yılmaz E, "Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık", *AÜHFD*, Sy. 1-4, 1995.

İnternet Kaynakları

- Coşar AV, "ABD'de Avukatlık Mesleği ve Ortak Avukatlık Modelleri", <https://www.hukukihaber.net/abd-de-avukatlik-meslegi-ve-ortak-avukatlik-modelleri-makale,5104.html>.

- Çine Ö, “Avukatlık Mesleğinin Kısa Tarihi”, <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/144224-avukatlik-mesleginin-kisa-tarihi>.
- Hanağası E., Avukatlık Hukuku, https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HFS403/683489615_avukatlik_hukuku_dogu_akdeniz_universitesi_hukuk_fakultesi_yrd._doc._dr._emel_hanagasi.pdf.
- <https://www.istanbulbarosu.org.tr/FooterContent.aspx?ID=1&Desc=Tarih%C3%A7e>.
- <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avkanunu.pdf>.
- <https://www.barstandardsboard.org.uk/uploads/assets/c7cea537-53f8-42a8-9f6d8ef1832a7db9/Social-Media.pdf>.
- http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1334766/HSK___Sempatizan_olabilir_diyerek_avukati_sorguya_almayan_hakime_ceza_verdi.html.
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/24-temmuz-2019-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>.
- Oruç V, “Dava Sonucuna Katılma Yasağı Üzerine Düşünceler”, <https://www.hukukihaber.net/dava-sonucuna-katilma-yasagi-uzerine-dusunceler-makale,3856.html>.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- E 1963/301, K 1963/271, K 13.11.1963.
- E 1969/37, K 1971/8, K 21.1.1971.
- E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009.
- E 2009/62, K 2011/96, K 9.6.2011.
- E 2012/94, K 2013/89, K 10.7.2013.
- E 2008/73, K 2009/120, K 1.10.2009.
- E 2013/18, K 2013/132, K 14.11.2013.
- E 2018/73, K 2019/65, K 24.7.2019.
- E 2016/205, K 2019/63, K 24.7.2019.
- E 2014/195, K 2015/116, K 23.12.2015.
- E 2008/17, K 2010/44, K 25.2.2010.
- E 2012/116, K 2013/32, K 28.2.2013.
- E 2014/177, K 2015/49, K 14.5.2015.
- Bayram Akın Başvurusu, B. No: 2015/19278, 7.3.2019.
- Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2013/1631, 17.12.2015.
- Keleş Öztürk Başvurusu, B. No: 2014/15001, 27.12.2017.
- Meral Özata Özgürol Başvurusu, B. No: 2015/2326, 26.12.2018.
- Emine Rezzan Aydınoglu Başvurusu, B. No: 2013/8396, 11.3.2015.
- Kenan Gül Başvurusu, B. No: 2015/17892, 19.2.2019.
- Ahmet Haluk Altan Başvurusu, B. No: 2015/14340, 12.11.2019.
- Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, B. No: 2013/6693, 16.4.2015.

Hilmi Yıldız Başvurusu, B. No: 2013/299, 4.2.2016.

Gültekin Avcı Başvurusu, B. No:2015/17921, 10.1.2019.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E, 2011/21017 K

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/16690 E 2014/14210 K

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.10.2005 tarihli (Esas No: 2005/7970, Karar No: 2005/14434).

AİHM Kararları

Hajibeyli ve Aliyev/ Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.4.2018.

Niemietz v. Almanya, B. No: 13710/88, 16.12.1992.

Smirnov v. Rusya, B. No: 71362/01, 7.6.2007.

Aleksanyan v. Rusya, B. No: 46468/06, 22.12.2008.

Kolesnichenko v. Rusya, B. No: 19856/04, 9.4.2009.

Yuditskaya vd. v. Rusya, B. No: 5678/06,12.2.2015.

Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RI v. Portugal, B. No: 27013/10, 03.09.2015.

Leotsakos v. Yunanistan, B. No: 30958/13, 7.12.2018.

İliya Stefanov v. Bulgaristan, B. No: 65755/01, 22.5.2008.

Sommer v. Almanya, B. No: 73607/13, 28.2.2017.

Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz, B. No: 69436/10, 1.12.2015.

Michaud v. Fransa, B. No: 12323/11, 6.3.2013.

Kırdök ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 14704/12, 03.12.2019.

Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 68762/14, 20.9.2018.

Kopp v. İsviçre, B. No: 23224/94, 25.3.1998.

Pruteanu v. Romanya, B. No: 30181/05, 3.2.2015.

Pham-Hoang v. Fransa, B. No: 13191/87, 25.9.1992.

Morice v. Fransa, (Genel Kurul), B. No: 29369/10, 23.04.2015.

Bono v. Fransa, B. No: 29024/11, 15.12.2015.

Nikula v. Finlandiya, B. No: 31611/96, 30.11.2000.

Szpiner v. Fransa, B. No. 2316/15, 25.01.2018.

Kyprianou v. Kıbrıs, B. No: 73797/01, 15.11.2005.

Amihalachioaie v. Moldova, B. No: 60115/00, 20.07.2004.

Hacıbeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.06.2018.

Schöpfer v. İsviçre, B. No: 56/1997/840/1046, 20.05.1998.

Fuchs v. Almanya, B. No: 29222/11 ve 64345/11, 27.01.2015.

Peruzzi v. İtalya, B. No: 39294/09, 30.06.2015.

Pais Pires de Lima v. Portugal B. No: 70465/12, 12.02.2019.

L.P. ve Carvalho v. Portekiz, B. No: 24845/13 ve 49103/15, 08.10.2019.
Casado Coca v. İspanya, B. No: 15450/89, 24.02.1994.
Monnet et Morris v. Fransa, B. No: 14032/88, 3.9.1992.
Altay v. Türkiye (no. 2), B. No: 11236/09, 09.04.2019.
Brennan/Birleşik Krallık, B. No: 39846/98, 16.10.2001.
Ocalan v. Türkiye, B. No: 46221/99, 12.03.2003.
Lanz v. Avusturya, B. No: 24430/94, 31.01.2002.
Cevat Özel v. Türkiye, B. No. 19602/06, 7.6.2016.
Laurent v. Fransa, B. No: 28798/13, 24.5.2018.
Campbell ve Fell v. İngiltere, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.6.1984.
Bulut v. Avusturya, B. No: 17358/90, 22.02.1996.
Kremzov v. Avusturya, B. No: 12350/86, 29.05.1997.
Jankauskas v. Litvanya, B. No: 50446/09, 29.5.2019.
Lekavičienė v. Litvanya, B. No: 48427/09 27.6.2017.

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 7, 377, 405; 78, 155, 162.
Beschluss vom 08 Januar 2001 – 1BvR 437 / 99.
BVerfGE 28, 21.
BVerfGE 106, 216.
BVerfGE 103, 1.
BVerfGE 76, 171.
Beschluss vom 20. Mai 1999 (1 BvR 1294/96).
BVerfGE 39, 156.
Beschluss vom 04.07.2006 – 2BvR 950/05.
BVerfG, 18.04.2007- 2 BvR 2094/05.
BVerfGE 110, 226.
BVerfGE 117, 163.
BVerfGE 84, 34.