

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Sayı: 11-117/32405

26.05.2014

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI'NA

İlgi : a) 18.04.2014 tarihli, 2014/39 sayılı duyurunuz.
b) 22.04.2014 tarihli, 2014/40 sayılı duyurunuz.

Avukatlık Kanunu Taslağı'na ilişkin Baromuzun değerlendirmeleri ekte sunulmuştur.

Bilgilerinize arz ederiz.

Saygılarımızla.

Avukat Sema AKSOY
ANKARA BAROSU BAŞKANI



Ek : Ankara Barosu'nun Avukatlık Kanunu Taslağı'na İlişkin Değerlendirmeleri.
(9 Sayfa)

Adliye Sarayı B Blok Kat:5 06251 Sıhhiye/Ankara Tel: (0312) 416 7200 Faks:(0312) 309 2237

Web: <http://www.ankarabarusu.org.tr> e-mail: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Demokratik bir hukuk devletinde, "hukuk devleti ve insan hakları" temel amacına yönelik faaliyette bulunma işlevi üstlenmiş olmanın getirdiği önem ve farkındalık, avukatlar ile meslek örgütleri Baroları, diğer meslek ve kurumlardan farklı bir noktaya taşımıştır. Bunun içindir ki, serbest bir meslek olmasına rağmen, yargının kurucu unsuru olarak, hakim ve savcılarla eşdeğer olduğu kabul edilmiştir. Nihayetinde, adalet sisteminin kurucu unsuru olmak, mesleğe özel bir anlayış ve kurallar gerektirmektedir.

Bu nedenle, avukatlar "kamu görevlisi" sayılmadan kamu hizmeti yürüten, kendine ait meslek kuralları ile sorumlulukları olan, yükümlülüklerini yerine getirmede en ağır şekilde hesap veren bir meslek olarak bugüne gelmiştir.

Bunun karşısında, mesleğin ticari esaslar temelinde yeniden tanımlanması, farklılığını oluşturan yönlerinin ortadan kaldırılması, mevcut sorunlara "ticari hayat temelinde" çözümler bulunması önerileri ve eleştirileri de giderek yoğunlaşmıştır. Uzmanlaşma, aşırı teknokratik bir bakış açısı ve gelir temelli eğilimler, mesleğin kamusallığını sürekli tartışma konusu yaptırmaktadır. Oysa, son dönemde yaşanan toplumsal olaylar ve gerek avukatlar gerekse de meslek örgütleri olarak Baroların tutumları, bu tutuma kamuoyunun verdiği pozitif tepkiler, mesleğin ve meslek örgütlerinin geleceğinin nerede olduğuna dair tartışmasız bir mesaj vermiştir.

Bu ana eğilimler yansımasında Taslak incelendiğinde, dikkat çeken en önemli nokta; mesleğin ticari esaslar dahilinde yeniden tanımlanması ve örgütlenmesi eğilimine uygun bir anlayışla hazırlanmış olmasıdır.

Avukatlık faaliyeti yürütmek üzere anonim veya limited şirket kurulabilmesi (madde 62), bu şirketlere (ama sadece şirketlere) yurt içinde her baro bölgesinde ve yurt dışında şube açma hakkının tanınması (madde 66), reklam serbestisi getirilmesi (madde 74), uzman avukatlık unvanı (madde 75), yabancı avukatlık ortaklıklarının çalışma hakkı elde etmesi (madde 81) mesleğin örgütlenmesinde hedeflenen dönüşümün kilit maddeleridir.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Baroların hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak amacı doğrultusunda dava açma ve açılan davalara katılma hakkının elinden alınması ise (madde 128/2) hedeflenen dönüşümün doğal sonucudur. Benzer şekilde, Baro Başkanlığı, başkan yardımcılığı, genel sekreterliği, saymanlığı ve ilçe temsilciliklerinin ücretli görevlere dönüştürülmesi, diğer yöneticilere huzur hakkı getirilmesi de (madde 130), seçim ve yönetim süreçlerinin gereksiz ve anlamsız bir tartışmanın içine çekilmesine, parasal ilişkilerin baro işlerine egemen olmasına neden olabilecek, herhangi bir ihtiyaca ve isteğe dayanmayan, salt dönüşüm amaçlı bir düzenlemedir.

Avukatlık sermayeden çok, kişisel gelişim ve sorumluluğa dayalı, mesleki bilgi birikimi ve deneyimi ile yürütülen bir meslektir. Kar amacı ile örgütlenen ticaret erbabı ise "tacir" olarak kabul edilmekte ve faaliyetlerine ticari iş denilmektedir. Tacir ile avukatın, başlangıç noktası, amaç ve yöntemleri hiçbir şekilde örtüştürülemez. Evrensel bir nitelik taşıyan meslek kuralları ile avukatlık felsefesi, mesleğin salt ticari amaçla yapılmasını, parasal yönünün ön plana çıkarılmasına imkan vermediği gibi böyle bir hedefi de meşrulaştırmaz.

Avukatlıkta, kişisel sorumluluk ve avukat-müvekkil ilişkisi ve bu ilişkiyi gösteren sui generis (kendine özgü) nitelikteki avukatlık sözleşmesi son derece önemlidir. Bu ilişkiyi "şirket" çatısı altında kurumsallaştırmak, "işveren", "işçi" ve "müşteri" ekseninde tasarlamak, mesleğin özünü oluşturan değerler sistemini kalıcı bir şekilde zedelemek, adalet ve hakkaniyetten uzaklaşmak anlamına gelecektir.

Keza, avukatın mesleki faaliyetlerini icra ederken özgür olması, istemediği işi almaya zorlanamaması, her aşamada gerekli görmesi halinde işi bırakabilmesi gibi hak ve yetkilerinin yeni tasarımda anlamsızlaşacağı da açıktır.

Özellikle dünyadaki örneklerinde, avukatlık mesleğinin ticarileşmesinin olumsuz sonuçları tartışma konusu iken, ülkemizde buna imkan verecek bir yasal düzenlemenin, toplumun avukatlardan ve barolardan beklentileriyle örtüşmeyeceği de açıktır.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Bu noktada; günümüz yaŐantısı gereği, maddi, manevi sorumlulukların ağırlığı, iŐbölümü ihtiya ı karşısında avukatların bir arada çalıŐmayı tercih eder hale geldiği doğrudur. Bu alandaki düzenleme eksikliğinin, birlikte çalışmanın formülü olan ve mevcut Kanunda yer alan avukatlık ortaklığının geliŐtirilip, teşvik edilmesi ve avukatlık ortaklıklarına KDV indirimi ve giderlerin kaydı gibi vergisel avantajların sağlanması ile giderilmesi ve őirketleŐme istek ve arzusunu doğuran sebeplerin ortadan kaldırılması mümkündür.

İdarenin Uzayan Eli ve Avukatlığa Müdahale

Son dönemde, siyasi iktidarın, yürütme/idare gücünün her kurumsal yapı ve örgütlenme üzerinde hakim olmasına dair düzenlemeler yapılmaktadır.

Nitekim, avukatlık mesleğini düzenleyen Taslak, avukat olmayanların diliyle yazılmıŐ bir metin olarak, yürütmenin meslek üzerinde etkin kılınmasına yönelik hükümler içermektedir.

Pek çok meslektaŐımız tarafından bir zorunluluk olarak görülen “avukatlık sınavı”nın Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak olması (madde 13-14), sınava dair esas ve usullerin Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenlenmesi (madde 15), adliyelerde baro ve avukatların kullanımı için tahsis edilen yerlerin tahsis, bakım ve onarımlarının Baro’dan alınacak maddi katkı ile Adalet veya İçiŐleri Bakanlığınca yaptırılacak olması (madde 79) idare eliyle savunmaya müdahale isteğinin araçlarıdır.

Pozitif bir düzenleme olarak ele alınabilecek meslek içi eğitim konusunda “gerektiğinde Adalet Akademisi ile iŐbirliĐi içinde yapılabilir” denmesi de, uygulamada avukatlık bakış açısı yerine hakim adalet anlayıŐını temsil eden bir kurumun yetkilendirilmesi ile sonuçlanabilecektir.

Aynı mantıkla; kamu avukatları ile ilgili (bu kavramın “kamuda çalışan avukatlar” olarak yenilenmesi gerekmektedir) disiplin kovuŐturması sırasında, disiplin kuruluna ilgili kamu kurumu temsilcisinin alınması (madde 68/6) ile yetkileri geniŐletilen Türkiye Barolar Birliği (TBB) Disiplin Kurulu’na HSYK tarafından iki hakim  ye görevlendirilmesi de mesleğe idare müdahalesi anlamına gelecektir. Kamuda  alıŐan avukatlar ile ilgili olarak, kurumlarının

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

yürütülen soruşturma süreçlerine Baro temsilcisinin katılımı (tıpkı kamu personeli ile ilgili disiplin süreçlerine personelin üyesi olduğu Sendikanın temsilcisinin katılımı gibi) düşünülmeyen, Baro ve/veya TBB disiplin süreçlerine idare ve HSYK temsilcilerinin katılımının düzenlenmesi, mesleğe yönelik “güvensizliğin” ve müdahale isteğinin göstergesidir.

Demokrasinin vazgeçilmez kurumlarından olan Baroların gücünü engelleme amacı taşıyan, kamuda çalışan avukatların Baro’ya üyeliklerinin isteğe bağlı olması sistematığının devam ettirilmesi düşündürücü olduğu kadar, üye olmak isteyen kamuda çalışan avukatlar için aidatların serbest avukatların ödediklerinin yarısı kadar belirlenmesi de, hiçbir mantık ve açıklaması olmayan bir düzenlemedir. Kurumlarınca ödenecek aidat tutarının yarı oranında belirlenmesi, giriş aidatının alınmayacağı hükmü (madde 16) avukatlar tarafından belirlenmesi gereken kurallara yönelik idare/yürütme dayatmasıdır.

Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Hakları Savunucusu Avukatlıktan Kast Sistemine Geçiş

Taslak ile Avukatlık,

1. bireysel avukat (madde 60),
2. avukat ortaklığı (madde 61),
3. avukatlık şirketi (madde 62)

olmak üzere üç (3) ayrı şekilde yapılabilecek bir meslek olarak tasarlanırken, avukatlar da,

1. işveren avukat
2. ücret karşılığı birlikte çalışan avukat (madde 67)
3. kamu avukatları (madde 68),

olmak üzere üçe ve

- 1.uzman avukat
- 2.uzman olmayan avukat (madde 75)

şeklinde ikiye ayrılmıştır. Şirketleşmenin gerçekleştiği, reklam yasağının kalktığı ve uzman avukatlık gibi ifadelerin unvanlarda kullanılmasının mümkün kılındığı (madde 74) bir sistemde, parasal güce dayalı bir kastlaşmanın yaşanması kaçınılmazdır.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Bireysel sorumluluk temelinde varolan avukatlık mesleğini “bireysel” olarak yapmayı neredeyse imkansız kılan bu Taslak, ulusal yasaların üstünde olan ve evrensel bir değeri ifade eden meslek kurallarını da bu hükümlerle geçersiz ve anlamsız kılmaktadır. Zira, değişik gerekçe ve ifadelerle avukatları birbirinden ayıran, kastlaştıran bir düzenleme, avukatların mesleki dayanışma ve eşitliğini imkansız hale getirecek, aynı meslek örgütü içinde yan yana gelmesi mümkün olmayan, zıt menfaatlerin temsilcisi avukatlar oluşturacaktır.

Aşırılığı halinde, hukuku teknik bir uğraşa indirgeme anlamına gelecek olan “uzmanlık” kavramının kendisi sıkıntılı iken, salt kıdeme dayalı olarak (ki başkaca bir objektif esas belirlenmesi mümkün değildir) uzmanlık unvanlarının dağıtılması ve kullanılması, avukatları birbirinin düşmanı haline getirecek, mesleğe yeni ve zorluklarla başlayan avukatların gelişim ve çabasını köreltecektir.

Avukatlık; adalet için, insana dair ve gelişimin öncüsü bir meslektir. Kadın-Erkek dağılımının giderek kadınlar lehine değiştiği, en radikal fikir ve görüşlerin rahatlıkla ifadesini bulduğu mesleğimiz, biz avukatlara, kıdem-yaş-uzmanlık vb ayrımlar olmaksızın hepimizin birbirimizden bir şeyler öğrenebileceğimizi, avukatlığın durağan değil “yaşayan” bir meslek olduğunu, bu tür ayrımların geçersiz ve temelsiz olduğunu öğretmiştir.

İktidarın Diliyle Siyasetin Ödüllendirilmesi; Milletvekiline Avukatlık Yoluyla Siyaset ile Ticaretin Birleşmesi

Hükümet eleştirilerinin “cüppenî çıkar da gel” sığılığıyla karşılandığı egemen politik yaşamda, bir yandan “sakıncalı” görülen siyaset eğilimlerine karşı yok edici tutum sergilenirken, diğer yandan da çıkar temelli siyaset eğilimleri ödüllendirilerek teşvik edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Bölümler” başlıklı dördüncü kısmında yer alan “devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar”, tıpkı “Millî Savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk” gibi siyasi yönü ağır basan suçlardır. Anayasa Mahkemesi, 25.02.2010 tarih ve 2008/17 E. 2010/44 K. sayılı kararıyla, Millî Savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

casusluk" suçlarından mahkum olmanın Avukatlık mesleğinin yürütümüne engel olmasına dair Kanun hükmünü iptal etmiştir;

"... 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 mahkum olanların belirli meslekleri veya 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 aykırıdır.."

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, mesleği icra etmeyi sürekli olarak engelleyen bu düzenlemenin, ölçüsüz bir müdahale olduğu kanısındadır. Kaldı ki, avukatlık mesleği, doğası gereği, çoğu durumda siyasi iktidarla çatışma halini gerektirmektedir. Azınlık durumunda olan, zor koşullarda, haksız suçlamalarla karşı karşıya kalan insanların temel desteği avukatlardır ve siyasi iktidarlar, avukatları da hedef haline getirmekten çekinmemektedirler. Bu nedenle, bir avukatın siyasi bir suçlama ile ceza alması her zaman için mümkündür. Bu tür siyasi suçlardan mahkum olmanın mesleğin yürütümüne engel olması, mesleğin özünün gözden kaçırılması veya belki de özünün yok edilmek istenmesi ile açıklanabilir.

Madde 5/1-a hükmü ile siyasi suçlardan mahkum olanlar avukatlık yapamazken, milletvekillerinin şirket ortağı olarak avukatlık yapabilecek olması, siyasi iktidarın tercihi olan siyaset-ticaret birlikteliğinin bir adımıdır. Kamu İhale Kanunu'nu işlemez hale getirmiş, sayısız şaibe ile yolsuzluk sıralamasında dünya liderliğine oynayan, şeffaflık ve katılımı katılmayan bir iktidar aygıtında, milletvekilinin avukatlık yapabilmesi, pek çok kamu bağlantılı işin siyasi iktidar eliyle dağıtılması için avukatlık mesleğinin kullanılması anlamına gelecektir.

Esasında, milletvekillerine her koşulda avukatlık engeli kabul edilirken, siyasi suçlardan mahkum olan avukatların avukatlık yapma haklarının tanınması, mesleğin öz ve dinamiklerine çok daha uygun bir yaklaşım olacaktır. (yüz kızartıcı suçların avukatlığa engel kabul edilmesi, bir güven mesleği olan avukatlık açısından doğru olsa da, hırsızlığın ağır şekli olan "yağma" suçunun madde metninde yer almaması da ayrıca bir eksikliktir.)

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Part-Time Stajyer-Tam Zamanlı Memur

Avukat stajyerlerinin mevcut durumu, pek çok haklı eleştirinin konusudur. Çalışmanın yasak olduğu ancak karşılığında yaşamlarını idame ettirebilmelerine uygun koşulların sağlanamadığı bir yıllık staj süresi, Taslak ile iki yıla çıkarılırken (madde 16/4) ücret hakkı ile ilgili bir hüküm yine yoktur.

Mevcut sorunların katlanması anlamına gelecek bu husus bir yana, "avukatlık stajının gereklerini yerine getirmek ve staja ilişkin zaman dilimlerinde görevlerini yapmak kaydıyla, stajyerin mesleğin onuruna uygun olmak şartıyla memur, işçi veya sözleşmeli olarak başka bir işte çalışıyor olması, staj yapmasına engel değildir." hükmünü içerir 16/6 fıkrası ile, meslek alalede bir iş olarak yeniden tanımlanmış olmaktadır. Avukat yanında çalışması, ücret alması düzenlenmeyen stajyerin devlette, özel şirketlerde memur, işçi olarak çalışmasının öngörülmesi, mesleğin dokusunu zedeleyecek, staj eğitimini niteliksizleştirecek , anlamsız ve temelsiz bir yaklaşımdır.

Sonuç; Avukatlık Kanunu Avukatlar Tarafından Yazılmalıdır

Avukatın dışlandığı, baroların ve Barolar Birliği'nin vesayet altına alınmak istendiği bir hukuk sisteminde, hukuk devleti ve demokrasiden bahsedilemeyeceği kuşkusuzdur. Toplum içinde insanı "birey" yapan unsur, onun haklarla donatılması ve sorumluluklar yüklenmesi olduğuna göre bireyin haklarını korumakla görevli olan avukat, kişilerin "birey" olmasını sağlayan meslek insanıdır. Avukatlık mesleğinin itibarsızlaştırıldığı, avukatın maddi ve manevi anlamda güçsüzleştiği bir sistemde, bireylerin hakları güvencesiz kalmakta, hakları güvencesiz kalan kişiler birey olmaktan çıkarak, otoriteye biat eden kullar haline dönüşmektedirler

Bir kaç önemli noktadan ele alındığında, olumsuzlukları bu kadar öne çıkan bir Taslağın yasalaşması, avukatlık mesleğinde ciddi bir değişim ve dönüşüm getirecektir. Mevcut sorunlarımıza, tümüyle katılabileceğimiz tek bir çözüm getirmeyen bu Taslak, bugüne kadar mücadele ile elde edilen temel hak ve kazanımlarda da geriye gidiş içermektedir.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Öncelikle; Taslak dili, bir avukat dili değildir. Avukata güvenmeme temelinde, sınırlama amacıyla yazıldığı her satırıyla kendini belli eden bu Taslak, kanımızca, düzeltilebilir olmaktan uzaktır.

Doğrusu, avukatların kendilerinin, bir bütün olarak, meslek kuralları ve ilgili diğer kanun değişikliklerini de içerecek şekilde, avukatlık hukukunu yeni baştan oluőturmalarıdır. Belli başlı ülkelerin avukatlık mevzuatlarının çevrilmesi, gözden geçirilmesi; ülkemizdeki avukatlar üzerinde her yönüyle esaslı bir çalışma başlatılarak ihtiyaç ve zorunlulukların belirlenmesi ve bir gelecek tahayyülü oluőturulması ile Avukatlık Hukuku'nun yeniden yazılması, önümüzdeki en acil, vazgeçilmez husustur.

Ankara Barosu olarak daha önce hazırlanmış ve ilgili yerlere sunulmuş olan Avukatlık Kanunu taslağı üzerinde yeni bakış açılarıyla oluőturulacak görüşleri değerlendirilmek üzere ayrıca sunulacaktır.

Saygılarımızla.

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI