

# 21 NCİ YÜZYILDA AVUKAT VE BARO

## Eleştirel Bir Değerlendirme

Av. Haluk İnanıcı

### Birinci Bölüm

#### Yöntem Üzerine

Bu bölüme de bir metaforla başlamak istiyorum. **Roma heykeli** görüneni aynen yansıtmaya temeline dayanır. **İyon/Yunan heykeli** ise görünenin içindeki evrensel güzelliği yakalamaya çalışır. Roma heykeline ilham veren kişiyi yolda görseniz tanırırsınız. Yunan heykeline ise görünenin arkasında ki “gizli” saf güzelliği görürsünüz. Roma anlayışı ampirik olgulara dayanır. Yunan anlayışı kavramsaldır. Avukatlık mesleğine (ya da herhangi bir toplumsal olguya) görünen yüzüyle yaklaşabilir, anlamaya çalışabiliriz. Bu taktirde anlama faaliyeti ampirik düzeyde kalır. Görünen yüzü tekrar etmek arkasında duran yapıyı anlamamıza imkan vermez. Olgulara Yunan anlayışı ile yaklaşmak ise; Tıpkı Yunan anlayışının evrensel güzelliği arayışı gibi, olgulara hayat veren dinamikleri anlama çabasını, kavramsal bir çabayı gerektirir. Avukatlar genellikle görünen yüzle ilgilenir ve görünen yüzdeki sorunların çözülmesini isterler. Örneğin, adliye sorunlarının, handan bozma kaçak adliye binalarının, mahkemelerde savcı ve hakimin yukarıda durmasının, eşitsiz konumlarının vb. arkasında, iktidarın siyasi tasarımının yattığını, asıl mücadele alanını göremeyiz. Şu halde sorunu “Roma heykeltıraşı” hassasiyeti ile tespit etmeli, “Yunan heykeltıraşı” titizliği ile anlamaya çalışmalıyız.

#### Avukatın Tarihi Gelişimi

Avukatlar, avukatlığın tarihini “Antik Yunan” dan başlatmayı severler. Halbuki kölelerden ve vatandaşlardan oluşan site devletlerinde ne gerçek bir yargılama ne de gerçek bir savunmadan bahsedilebilir. Site devletlerinde, önce dilekçe yazmada, sonra sözlü savunmada yardım amacıyla ortaya çıkan ve ücretsiz yapılan avukatlık modelini “**antik model**” olarak nitelemek daha doğru olacaktır. Yüzbinlerce köle için hukukun, savunmanın olmadığı bir yerde gerçek savunma, avukatlık mesleğinden bahsetmek sanırız gayri ciddi bir tutum olur.

Geleneksel/feodal toplumlarda ise onbir ve onkinci yüzyılda, özellikle ticaretin geliştiği şehirlerde loncalarının örgütlenişi ve mesleğin geleneksel versiyonunun ortaya çıkmaya başlamasıyla “**Lonca**” avukatıyla karşılaşırız. Geleneksel devletin “**loncaların loncası**” olduğunu düşünürsek, lonca avukatının “**devlet avukatı**” olduğunu ifade edebiliriz. Loncalarda, çırak, kalfa, usta hiyerarşisi içinde yetişen avukatlar en üst aşamaya geldiklerinde artık, kralın, parlamentonun, danışmanı daha doğrusu egemen sınıfın üyesi olurlar. Lonca örgütlenmesinde, imtiyazın, gücün kökeni araştırılmaz, sorulmaz. Belirli bir bölgede sadece o lonca üyelerinin avukatlık hakkı; meşruiyetini “**Gökten**” alan, ilahi yetkiler kullanan monarkların verdiği imtiyazlardan doğar.

Bugünkü Modern avukat ise, Lonca avukatına hayat veren toplumsal yapının yıkılması sürecinin sonucudur. Modern toplum, bireysel çıkarların çatışması temelinde şekillenirken, bu çıkarların korunması için devletten bağımsız, avukatlara olan ihtiyaç ortaya çıkar.<sup>1</sup> Modern avukat “**insan merkezli**” modern toplumun oluşmasıyla ortaya çıkar. Modern avukat ve lonca avukatı birbirinin antitezidir. 1789 da bir gecede dağıtılan loncalar yerine 1810<sup>2</sup> dan itibaren dernek örgütlenmesini temel alan yeni mesleki örgütlenme imkanları doğar. Modern avukat kimliği oluşması Kara Avrupasında 20 ncü yüzyılın başlarına kadar devam eder.

<sup>1</sup> Haluk İnanıcı, Türkiye’de Avukatlık İdeolojisi, Toplum ve Bilim, Sayı 87, Sayfa, 142

<sup>2</sup> Avukatlar, Napolyon karamame ve emimameleri ile 1810 yılında bu sefer mesleki örgütler olarak örgütlenmeye başlamışlardır. 1822, 1830,1852,1870 karamame ve emimameleri ile artık “Modern Baro” yolunda adımlar atılmıştır. 1852, ve 1870 düzenlemeleri ile barolar kendi başkanlarını seçme bağımsızlığına kavuşur. Nihayet 1920 ve 1930 karamameleri ile baroların bugünkü klasik biçimi ortaya çıkar.

Modern Toplumun gelişmesi sürecinde avukatlık **iki temel gelişim evresi** geçirmiştir. Son yıllarda ise avukatlık **üçüncü gelişim evresini** geçirmektedir.

Avukatlık başlangıçta ceza hukukunda “savunma mesleği” olarak gelişmiş, “müdahil vekilliği” daha sonra bu süreci tamamlamıştır. Özel hukuku Sümer tabletlerine kadar götürebilmekle birlikte; özel hukukun gelişmesi için Roma Hukukunu, avukatlığının gelişmesi için de Modern Toplum beklemek gerekecektir. Modern toplumun gelişmeye başlaması, bireyin ortaya çıkması ile birlikte özel ihtilaf sayılarında da artış olmuştur. Hatta modern toplumların bireysel çatışmalar üzerine oturduğunu, **çatışmacı bir toplum** olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Hatta Modern toplumların; *“kişilerin kendi bireysel menfaatları peşinde koşturmasını” temel almasında da* yadırganacak bir yön yoktur. Doğaldır ki bu temelde doğacak çatışmaların ciddi bir kısmı yargıya intikal edecektir. İşte bu gelişme avukatlıkta ikinci önemli gelişme kanalını açmıştır. Vatandaşa hakkını aramada yardım ihtiyacı; **“hak arama mesleği”** olarak avukatlığı yaratmıştır. Bu aşamanın eski Yunan veya Roma’ dan farkı azınlık için, aile babaları, vatandaşlar için öngörülen hakların bütün topluma yayılmış olmasıdır.<sup>3</sup> Avukatı ceza avukatlığından ibaret gören klasik anlayış bu ciddi gelişme karşısında önce direnmiş, ticari davaları küçümsemiştir.<sup>4</sup> Ancak son iki yüzyıldaki büyük gelişme sonunda bugün avukatlık mesleği **“savunma ve hak arama mesleği”**<sup>5</sup> olarak tanımlanmaya başlamıştır.

İçinde bulunduğumuz son yıllarda ise avukatlığın **üçüncü evreye** girdiğini görüyoruz. Bu üçüncü evre başlı başına bir yazı konusu olduğu için aşağıda özet olarak değineceğiz. Yeni dönem **“uzlaşma kültürünün”** ve yargı dışında uzlaşma avukatlığının/uzlaşmanın gelişeceği bir evredir. Değerlendirmemizde görüleceği üzere, bu evrede “ihtilaflar” yargı ve avukatların **“tekel hakkı”** kapsamı dışına çıkartılmaktadır. **Yeni gelişmenin doğrultusu üç yönlüdür.** Bir yandan klasik avukatlığın yerini uzlaşma avukatlığı yer almakta, ancak diğer yandan ihtilafların çoğunluğu yargı kapsamından çıkartılmakta ve bu ihtilafların çözümünde avukatların dışında görev alacak yeni meslekler doğmaktadır.

## İkinci Bölüm Nirengi Noktaları

### Demokratik Rejimler ve Yargı Üzerine Bir Dipnot

Politik düşünce tarihinin temel konularının başında **Devlet ve iktidar** gelir. Denebilir ki Politik Düşünce tarihinin birinci evresinde, tartışma konusunun ortasında “devlet” varken, ikinci dönemde, özellikle ünlü düşünür Foucault ile birlikte bu yere **“iktidar”** kavramı talip olmuştur. Liberal görüş politik düzeyde “devleti” temel almaya devam etmektedir.

20 nci yüzyılın özellikle son çeyreğinde parlamenter demokratik rejimlerin inandırıcılığını yitirmesi ve şekli rejimlere dönüşmesi, toplumların bir grup politik elit tarafından yönetilir hale gelmesi, toplumların apolitikleşmesi ile birlikte Modernizm’ in tarihi etrafında yeni tartışmalar da ortaya çıkmıştır. Genel anlamda Dünya’da farklı olana saygı duyan, bireyin eylemliliğini, toplumsal fonksiyonlarını arttırmaya, karar alma süreçlerine katılmayı hedefleyen yeni demokrasi türlerine ilişkin tartışmalar ufkumuzu açacak boyutlara ulaşmıştır.

Sol düşünce içinde ise 19 ncu yüzyıl sonu ve 20 ncu yüzyılın başlarında genel iki eğilim ortaya çıkmıştır. Esas olarak **Reformist ve Devrimci** görüşler devlet ve iktidar olgusu üzerinde iki farklı görüş geliştirmişlerdir. İlki mevcut toplumsal yapılar içinde demokratik mücadele ile devletin ve iktidarın ele geçirilmesi, diğeri ise devrimci praksis ile devletin ele geçirilmesi ve yıkılması etrafında şekillendi. 21 nci yüzyılda yaşanan deneyler ve tartışmalar sonunda yukarıdaki eğilimlerin yanında farklı tavırlar, arayışlar ortaya çıktı. Örneğin Gramsci

<sup>3</sup> Modern toplumların hedefi olan “eşitlik, özgürlük, kardeşlik” hedefinin bu toplum içinde gerçekleşmesinin mümkün olamaması toplumun temel paradokslarından birisidir.

<sup>4</sup> Ya ticaret mahkemesi ? Kırk yıl evveline gelinceye kadar Paris avukatları orada hiç müdafaatta bulunuyorlardı.Şimdi ise gitgide daha ziyade müdafaatta bulunuyorlar. Bu, ehemmiyeti mübalağalandırılmamak icabeden bir tavizdir. “ (F. Payen, Baro, (çev.) Özkent A.H. Arkadaş Basımevi, İstanbul 1935, sy. 60)

<sup>5</sup> Geniş anlamda Savunma, hak arama ve savunma kavramlarını birlikte tanımlamaktadır.

hegemonya kavramı ile sınıfların ittifakı suretiyle ittifak içinde hegemonya sağlamak temasını ön plana çıkardı. Foucault ile iktidar konusu devletin dışına çıkarıldı ve tüm toplumsal kurumlarda, örgütlerde iktidar/mikro iktidarlar konusu irdelendi. Althusser ile Devletin ideolojik aygıtları mercek altına sokuldu. Devlet ve iktidar konusundaki tartışmalar ve gelişmeler bu yazının sınırlarını doğal olarak aşıyor. Amacımız bu konuyu burada tartışmak da değil. Fakat “Yargı”, “Hak Arama ve Savunma” kavramlarını irdelerken devlet ve iktidar konusuna değinmek bir zorunluluk olarak ortaya çıkıyor. Tartışma konusu itibariyle bu değinmeyi sadece çok dar bir alanda yapacağım: **Hak ve Özgürlüklerin Gelişmesine Bakış**

## **Ortak Payda: Hak ve Özgürlüklerin Genişletilmesi**

Liberal, Devrimci ve Reformist sol görüşler dahil tüm demokratik anlayışlar, **“hak ve özgürlüklerin genişletilmesi”** ortak paydasında buluşabilirler. Gerçi bu noktada ciddi sorunları görmezden gelemeyiz: Örneğin “hak ve özgürlükler mücadelesinin kendisi amaç mıdır ” yoksa araç mıdır, ya da “mülkiyet hakkı insan hakları içinde yer almalı, almamalı mı?” “haklar Demokratik rejimleri yıkmak için kullanılabilir mi ?” vb konularda tartışma devam edebilir. Ancak bu tartışma hedefin kendisini ortadan kaldırmaz. Bir diğer deyişle **“mücadele toplumlarında”** hak ve özgürlüklerin genişletilmesi amacı; **demokrasi mücadelesinin “devletin iktidarının /gücünün sınırlanması” bu gücün ve iktidarın topluma devri veya toplumun fonksiyonlarının artması anlamına geldiği” gerekçesi ile taşıyacağı** bütün nüanslara karşın farklı demokrasi versiyonlarının **ortak paydası haline getirilebilir.**<sup>6</sup> Bu ön kabulün Liberal, Devrimci, Reformist görüşler arasındaki siyasi tartışmayı sona erdirmeye gibi bir amacı da olmayacaktır.

---

<sup>6</sup> Bu konuya Sol düşüncenin klasik kavramlarıyla da bakılabilir :

Devletin mücerret bir varlık ya da bir makine olmaktan çıkıp, ete kemiğe büründüren Louis Althusser’ in Sol düşünceye büyük katkısı niteliği taşıyan önemli eseri “İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları” isimli eseridir<sup>6</sup>. Althusser bu önemli eserinde; Devletin baskı aygıtları olan; Hükümet, yönetim, ordu, polis, mahkeme, hapisane vb aygıtların dışında kalan, dini, öğretimsel, aile, hukuki, siyasal, sendikal, heberleşme ve kültürel aygıtların çalışma biçimlerini analiz eder. Sınıf Mücadelesinin iki boyutta da cereyan edeceğini belirtir. Özetle bu mücadele bir yandan devletin doğrudan baskı aygıtlarının sahip oldukları yetkilerin süreç içinde halka devri, yani yönetilenlerin sahip olduğu hak ve yetkilerin yönetilenlere devri diğer yandan **Devletin İdeolojik Aygıtlarında süren ideolojik mücadele sonunda, dünyayı yönetilenler, ezilenler perspektifinden yeniden kurgulanmasını içermektedir.**

Şu halde bir Devlet fonksiyonu olan **“Yargı”** fonksiyonunun sönmesi bu yetkinin süreç içinde halka devrini ve giderek gereksiz hale gelmesini, Yargının ham maddesi olan hukuk ideolojisinin ise yeniden kurgulanmasını, ortadan kalkmasını veya başka bir toplumsal biçim içinde yeniden kurulmasını gerektirir. **“Hak”** kategorisinin burjuva toplumlara özgü bir kavram olduğunu devletin, hukukun sönmesinin **hak kavramının da sönmesi sürecine** eşlik edeceğini söylemeye gerek yoktur sanıyorum. Özgürlükçü, eşitlikçi, paylaşmacı, dayanışmacı ilişkilerin gelişmesi sürecinde insanlar daha farklı, insani ilişkilerin olabileceğini önce anlayacaklar sonrada geliştireceklerdir.

Sorunun bir diğer cephesi, “mücadele ilişkisinin” devam ettiği toplumlarda bu ilişki belirleyici olmaya devam ettikçe **“adaletin” ancak nisbi/kurgusal bir adalet olabileceği konusudur.** Tabi “hukuki adaletin” de.Çünkü Sol düşünce gerçek adalet için, tam demokrasi için üretim tarzının değişmesini hedefler. Sadece mücadele ilişkisi temelinde yapılacak değişimler yani sadece **“paylaşımın daha adil olmasına çalışan”** çabalar **küçümsenmeyecek fakat gerçek adaleti sağlamaktan uzak kalacaktır.** Küçümsenmeyecek dedik çünkü ne Marx ne de Lenin mücadele toplumlarında yani yaşadığımız toplumlarda “hak/hukuk” mücadelesini küçümsemişlerdir.Tam tersine önemsediklerini belirtmişlerdir. Şu halde tam demokrasi sürecindeki sınıf mücadelesinin bir aşamasını teşkil eden, parlamenter demokrasinin özgürlükler, haklar lehine daha da genişletilmesi, **devletin sahip olduğu yetkilerin halkın denetimine veya bizzat halka devri , iktidarın topluma yayılması fikri Sol düşünceye yabancı bir şey değildir.** En azından buna kimsenin itiraz etmesi için bir sebep yoktur.

**Dikkatli bir göz Hak ve özgürlüklerin genişlemesi ile sönmesi, ortadan kalkması arasında bir paradoks olduğunu hemen fark edecektir.** Bir şey genişleyerek nasıl ortadan kalkar ? Bu fizik ve toplumsal alandaki hareketlerin niteliksel farklılığından kaynaklanır. Fizikte genişleyen şey ortadan kalkmaz. Ya genişleme “evrenin genişlemesi gibi” sonsuz yönünde devam eder. Ya da patlama veya farklı bir dönüşüm olur. Halbuki hak ve özgürlüklerin genişlemesi yani tüm topluma yayılması onu aynı zamanda ortadan kaldırır. Marx’ in metaforuna kıyasen; “her yerde olan hiçbir yerde yoktur” Sadece Mülkiyet hakkına takılıp kalınmazsa bu paradoksun çözümü olduğunu belki fark edebiliriz. Üstelik böyle bir çaba, burjuva toplumlarında, geçiş süreçlerinde insan hakları mücadelesinin, örneğin düşünce ve vicdan özgürlüğünün gittikçe genişleyerek tüm topluma yayılabileceğini de görmemizi sağlar.

Bu genel siyasi değerlendirmeyi, “hukuk alanında” faaliyet gösteren avukatların ve onların mesleki örgütlerinin yerini, fonksiyonlarının ne olabileceğini söylemeden önce belirtmek gerekiyordu. Tersten söylemek gerekirse, Avukatlık mesleğinin temeli, **hukukun** varlığıdır. Hukuk ise **demokratik** bir yapıyı varsayar. Şu halde demokratik hukuk devleti ilkesi avukatların ve baroların varlık temelidir.<sup>7</sup> **Ancak bu tespit dahi, hak ve özgürlükler mücadelesinin belirlenme yerinin, avukatın faaliyet alanı dışında siyasi mücadele alanında olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.**<sup>8</sup> Bir avukat kendisini anlamaya çalışırken, yukarıda belirttiğim nüanslar içinde faaliyet gösterdiği alanın varlık sebebi olduğunu, meslek örgütünün ise bütün nüansları içinde barındıran, avukatların “müşterek çıkarları” için hareket eden örgütler olduğunu bilir/bilmelidir.

## Serbest Meslekler ve Avukatlık

Gerek Klasik serbest mesleklerin ve gerekse Modern serbest mesleklerin Modern Çağda ortak tarihleri olduğunu görmek çok zor olmasa gerektir. Tüm serbest mesleklerin ortak tarihleri olması onların niteliğinden kaynaklanan farklılıkları görmemize de engel olmaz. Tipik iki serbest meslek olan doktorluk ve avukatlık iki farklı toplumsal faaliyet alanında ortaya çıkar. Birisi insan sağlık sorunlarına yardımcı olmak diğeri ise hak arama ve savunma alanında yardımcı olmayı hedefler. Birisi insan sağlığı, diğeri insan hak ve özgürlükleri ile ilgilidir. Bugüne kadar bu iki faaliyet alanından birisinin diğere üstün olduğunu gösteren bir argüman sanırım bulunmamıştır. Bunu kendi mesleğini en önemli meslek sayan “meslekçi görüş” olarak nitelendirdiğim; “**her mesleğin kendisini ezelden ebede vazgeçilmez mutlak bir meslek olduğu, her türlü imtiyaza layık olduğu**” şeklindeki görüşün tuzağına düşmemek için söylemiş bulunuyorum. Serbest meslekler insanların/toplumun tanımlanmış bazı özel sorunlarına yardımcı olur, bazı ihtiyaçlara cevap verir. Hepsinin benzeri özellikleri vardır: Akademik eğitimden geçerler, mesleği belirli deontolojik kurallar çerçevesinde bağımsız olarak fakat deontolojik denetim altında sürdürürler vs.<sup>9</sup> Tabii ki farklılıkları da vardır. Bu da farklı toplumsal alanlara ilişkin faaliyetler olmasından kaynaklanır. Ancak **ortak özellikleri görmek, farklılıkları abartmamızı**, kendinden menkul uyduruk düşüncelere kaymamamızı sağlar. Tabi bu düşüncenin doğruluğunu gösterecek başka referanslar da vardır.<sup>10</sup>

**Avukat müvekkiline “hukuki yardım” sağlar.** Tıpkı doktorun “sağlık yardımı” sağladığı gibi. Avukatlar da “asillere” vekil sıfatı ile yardım ederler. Yani **vekil olarak davranırlar**. Doktorlar da hastalarına onların adına yardım eder. Hastanın kendisi değildirler. Asillerin bu ihtiyaçları ortadan kalktığında bu iki mesleğin de ortadan kalkabileceğini söylemek sanırım yanlış olmayacaktır.

Şimdi düşünelim, tam demokrasi yolunda kendi haklarına, kaderine sahip bilinçli insan yaratmaya çalışan bir toplumda “**boş inanç**”<sup>11</sup> azaldıkça; insanlar bilgiyi temellük ettikçe, asillerin fonksiyonu artar ve vekillere ihtiyaç azalır. Liberal Düşünce bunu “vatandaşlık bilinci” nin gelişmesi olarak tanımlarlar. Sosyalist düşünce ise “**insanın kendi geleceğinin tayininde fonksiyonunun artması, manevi varlığını geliştirmesi, insanlaşma vb.**” süreci olarak ifade eder. Örneğin Genom projesi her ne kadar şimdilik büyük firmaların patent gelirlerine gelir katacakları bir proje olarak görülürse görülsün, geleceğin toplumlarında “tıbbi cerrahinin” tarih öncesi bir tedavi yöntemi olarak görüleceğini, insanların sağlık sorunlarının genlere yapılacak müdahalelerle, beslenme yöntemleri ile çözüleceğini görmek mümkündür. Tıp, genom projesi ile doktorluk mesleğinin ortadan kalkması/dönüşmesi doğrultusunda ciddi adım atmıştır. Artık,

<sup>7</sup> Nitekim bu 2001 yılında Avukatlık Kanununda yapılan tadil ile bu konuda avukatların meslek örgütlerine görevler verilmiştir. (2.5.2001 tarih ve 4667 Sayılı Kanun)

<sup>8</sup> Hak ve Özgürlükler Mücadelesinin, sadece hukuki bir mücadeleye türü olmadığına ilişkin bir değerlendirme için bakınız Bülent Peker, İnsan Haklarının Hukuksallaştırılması ve Kaybolan İnsan Kimliği, Birikim Dergisi, sy 118, sy.18

<sup>9</sup> Bknz.Dr.Meral Sungurtekin; Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999, sy.23

<sup>10</sup> J. Vogogne (1984) Les Professions Liberales, Que sais-je, PUF, Paris

<sup>11</sup> “Boş İnanç” kavramı için bknz Vehbi Hacıkadiroğlu, Özgürlük Hukuku, Cem Yayınları, Sy. 64. Toplumlar da gündelik düşünce kalıplarının büyük çoğunluğu “gerçek bilgidен” uzak, boş inançla doldurulmaktadır. **Bilinçlenme** kavramı bu nedenle boş inançtan kurtulma sürecini ifade eder.

klasik cerrahinin, “tıbbın kasaplık dönemi” olarak adlandırılacağı günleri yakın gelecek olarak tasarlayabiliriz. Bu durumda “doktor” serbest meslek tipinin de değişeceği gittikçe fonksiyon kaybedeceği ya da başka bir şeye dönüşebileceği söylenebilir. Bunun kendiliğinden olmayacağını sınıf mücadelesi temelinde sağlığın kapitalist piyasa mantığından kurtarılması ile olacağını söylemek gereksizdir.

“Hak ve Özgürlüklerin Genişletilmesi” veya devlet iktidarının sınırlanması da benzeri bir süreç içinde gerçekleşecektir. Mücadele, devletin fonksiyonlarının azalmasını, topluma, yönetilenlere devrini veya ciddi biçimde kontrolünü sağlayacak gelişmeleri bize gösterecektir. Hak ve özgürlüklerin genişlemesi “bilgili/bilinçli insan/vatandaş” tipini geliştirecektir. Bilgili, bilinçli vatandaş da gittikçe kendi haklarını bizzat kullanan, vekile duyacağı ihtiyacı giderek ortadan kaldıracak bir insan tipi olacaktır. **Bu insanlar Siyasi otoriteye karşı mücadelenin ancak siyasi örgütlenme ile olacağını görecek ve kendi siyasi örgütlerini kuracak, geliştirecektir.** Üstelik siyasi otoriteye karşı mücadelenin sadece hukuki mücadele ile olmayacağını her ortalama demokrat zaten bilir/melidir. **Bu çerçevede “avukata” iktidara karşı mücadele eden “aktör” payesi vermek “Politika teorisi”<sup>12</sup> ile de bağdaşan bir husus değildir.** Bazı avukatların, kendilerini iktidara karşı mücadelede aktör olarak görmesi, avukatlıktan kaynaklanan değil, olsa olsa içinde yer aldığı/alacağı siyasi düşünce/organizasyonlardan kaynaklanabilir. **Yani iktidara karşı duruş avukatlıktan neşet eden değil siyasi düzlemde gelen bir niteliktir.**

## Avukatın Yeri

Avukat; yargı içinde veya dışında tek tek müvekkillerinin “haklarını” aramakta, savunmaktadır. Öncelikle avukatın yaptığı faaliyetin **kolektif bir faaliyet olmadığını**, bireysel bir faaliyet olduğunu belirtelim. **Kolektif faaliyeti barolar yapar.** Buna tekrar değineceğiz. Tek tek avukatlar mahkeme önünde müvekkillerinin “somut” menfaatlerini korurlar. Üstelik en temel meslek ilkeleri uyarınca **müvekkillerinin aleyhine olan delilleri kullanamazlar, müvekkillerinin aleyhlerine davranamazlar.** Bu avukatların, “**maddi hakikate erişmedeki**” fonksiyonunun olumsuz yanısıdır. Bir diğer değişle avukat **maddi hakikati müvekkili lehine yorumlamakla, bükmeyle yükümlüdür.** Gerçi yargılama sülhelerinin hepsinin bu şekilde davranması; maddi hakikatin, müdafî tarafından sanık açısından, müdahil vekili tarafından zarar gören açısından değerlendirilmesi ve **bu değerlendirmelerin çarpışmasından, maddi hakikatin doğruya en yakın görünümü elde edeceğimizi söyleyebiliriz.** Ama bu bile avukatın maddi hakikate erişme gibi doğrudan bir amacı olmadığını aslında böyle bir amacın da olamayacağını gösterir. Tersini düşünmek meslekçi zihniyetin içimize işlettiği yanılsamadır. Bu tespitimiz ceza ve hukuk davaları açısından fark etmeyecektir. Siyasi bir ceza davasındaki müdafî bile bu kuralın dışında değildir. Eğer bir siyasi ceza davasında müdafî hukuki görev sınırları dışına çıkıp, müvekkilinin siyasi savunmasına katılıyorsa o taktirde o avukat hukuki savunma değil başka bir şey yapmaktadır. Avukatın kendi siyasi kimliği ile müvekkilinin siyasi kimliğini özleştirerek davranması da avukatlık mesleğinin kabul edebileceği bir şey değildir. En klasik meslek ilkesine göre avukat davada taraf olmamalıdır. Verges’ in ünlü eserinde söylediği gibi iki türlü dava vardır. **Uyum davaları ve kopuş davaları.**<sup>13</sup> Klasik avukatın görev alanı birinci tür davalar içindedir. Kopuş davalarındaki durum ise ancak klasik meslek ilkelerinin dışında, avukatın “saf siyasi” bir davranışta bulunması şeklinde anlaşılabilir.

Bu paragrafta söylediklerimi, **bir siyasi davadaki müdafîin bile aslında;** “müvekkilinin hukuki çıkarlarının korunmasına yardımcı olurken, iktidara karşı mücadele görüşü altında aslında iktidarın otoritesini meşrulaştırmaktadır” şeklinde özetleyebilirim.

Üstelik her davada iki taraf vardır. Sanık müdafîinin olduğu yerin karşısında müdahil vekili bulunmaktadır. Müdahil vekili de sanığın cezalandırılması için çalışmaktadır. Sanırsız aklı

<sup>12</sup> Bknz. Meslekçi Zihniyetin Reddi bölümü.

<sup>13</sup> Jacques Verges Savunma Saldırıyor, , Metis Yayınları

başında hiç kimse müdahil vekilinin **“iktidarın otoritesine karşı mücadele”** ettiğini söyleyemeyecektir. Bu konuda son cümle olarak da “avukatın yargılamadaki varlığının” siyasi iktidara karşı mücadelenin değil tam tersine “Modern Düşüncenin siyasi iktidarı meşrulaştırma projesinin” bir parçası olduğunu da ilave edelim.

### **Avukatın Altın Çağdaki Misyonu**

Avukatın **altın çağı**<sup>14</sup> olarak tanımlanan 18-19 ncu yüzyıldaki misyonunda; yeni bir toplumun kuruluşuna **“siyasi aktör olarak katılmak”** önemli bir yer teşkil etmektedir. Feodal devlet-toplumun yıkılması, Modern toplumların kurulması sürecinde avukat ve yeni meslek örgütleri toplumun sözcüsü durumundadır. Avukatın altın çağda **“toplumun sözcüsü”**<sup>15</sup> olarak kabul edilmesinin nedeni, “yargılama içinde iktidara meydan okuması” değil, eski devlete/iktidara karşı yeni devleti/iktidarı savunması ama bununla yetinmeyerek; tüm toplumsal alanlarda Modern toplum düşüncesini savunması, gelişmesine katkıda bulunmasıdır. Ancak Modern toplumlar kurulduktan sonra, “Modern sonrası” dönemde **bu misyon sona ermiştir**. Bugün batıda avukatlar kendi toplantılarında “avukatlık piyasasının”, billion dolar mertebesinde bir pazar olduğunu ve bu pazarın paylaşımı konusunu konuşmaktadırlar.<sup>16</sup> Gelişmiş ülkelerde avukatlar artık sundukları hizmeti “hukuki yardım” olarak değil, **“hukuk hizmeti satışı/meta satışı”** olarak görmektedirler. Özellikle avukatlık mesleğindeki “şirketleşme” histerisi batıda yüzlerce, binlerce avukatı çalıştıran avukatlık firmalarının ortaya çıkması, yaptıkları işi, “ticari bir iş” olarak görmeye başlamaları 20 nci yüzyılın son çeyreğine damgasını vuran gelişmedir.<sup>17</sup> Şimdi yıllık bilançolarına, kar-zarar cetvellerine, müşterilerine, büronun karlılık durumuna bakan bu avukatlara siz “kamunun sözcüsünüz” ya da “Modern Toplumun kurucu aktörlerisiniz” dersanız, tabii ki size garip garip bakacaklardır. Sözümüz de bu tür avukatlara değildir zaten.

Türkiye gibi geç-modern bir toplum da ise 200 yıllık serüven 80 yıla şıkışmıştır. Türkiyedeki gecikmenin özellikle, 27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül dönemlerinde avukatların sergiledikleri fedekarane savunma çabalarını ve baroların mücadelesini, bir an için avukatın Türkiyede “altın çağdaki rolünün” devam ettiği düşüncesine yol açsa bile bu mücadele, avukatın toplumsal rolünün meslek örgütünün devlet içindeki yeri ile değil tam tersine savunma-devlet dışındaki yeriyle ilgili.

### **Çağdaş Avukatlar**

Çağdaş Avukatlar; “ÇAG’ lar bir anlamda siyasi bazı taleplerle, mesleki taleplerin harmanlandığı, terkihi konjonktüre göre değişen oluşumlardır”<sup>18</sup> Çağdaş Avukatlar grupları özellikle büyük illerde öncelikle siyasi düzlemde doğmuştur. 12 Mart Sonrası ve 12 Eylül’ de hukukun katledildiği dönemlerde, hukukun, demokratik rejimin savunulmasında büyük görevler yapmışlar, korkunun kol gezdiği günlerde sanık sandalyesinde oturanları avukatsız bırakmamış, büyük meşakkatler çekmişlerdir. Çağdaş Avukatların bunu yaparken mesleki bir kaynaktan beslendiğini iddia etmek oldukça zordur. Çağdaş Avukatların o dönemlerde anti emperyalist, anti faşist, anti milliyetçi, anti şoven yani siyasi bir temelde bir araya gelmişler ve güçlerini bu politik uzlaşma düzleminden almışlardır.

Çağdaş Avukat grupları özellikle son on yılda, yaşanan politik konjonktürün etkisiyle demokrat ve cumhuriyetçi kanatlara ayrılmaya başlamışlardır. Artık baro seçimlerine farklı listelerle katılan farklı Çağdaş Avukatlar grupları vardır. Bu ayrılıklarda; toplum, hukuk, yargı düzlemlerinde yaşanan **krizin anlaşılmasının da büyük rolü vardır**. Özellikle İstanbul da

<sup>14</sup> J. Vogogne (1984) Les Professions Liberales, Que sais-je, PUF, Paris, sayfa 5,

<sup>15</sup> Les Avocats; Entre L’etat, Le public et le marche XIII e-XX e siecle, Editions Gallimard, Paris, sy.121

<sup>16</sup> Kahire’ de uluslararası bir hukuk toplantısında bu kapsamda bir tebliğ verilmiş ve maddi hukuki alanın /pastanın paylaşılması için fikir cimmnastiği yapılmıştır..

<sup>17</sup> Siz Batıdaki avukat örgütlerinin, klasik “avukatlık hizmetinin ticari olmaması” kuralını hala savunduklarına bakmayın. Büyük avukatlık firmalarının ne yaptıklarına bakın.

<sup>18</sup> Haluk İnanıcı, Türkiyede Avukatlık İdeolojisi, age, sy. 160

tartışmalar, Avukatlık, Baro, Hukuk, Demokrasi anlayışı gibi düzlemlerden ziyade kim kimin avukatıdır? kim AB yanlısıdır? Türban konusunda kim ne söylemektedir ? Kürt sorununa nasıl bakılmaktadır ? gibi zeminlerde cereyan etmektedir. Çoğu zaman baro seçimleri ile hiç ilgisi olmayan tartışma veya dedikodular seçim sonuçlarını belirleyebilmektedir. Ayrıca gelinen noktada, ittifak veya birlikteliklerin siyasi bir temelde oluştuğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Örneğin AB konusuna aynı çerçevede bakmayan avukatlar farklı gruplar içinde yanyana durabilmektedirler. Sanıyorum içinde bulunduğumuz dönemin “**ideolojik bulanıklığının**” bunda rolü büyüktür.

Bu bulanıklıkta aşağıda değineceğim “**meslekçi zihniyet**” de etkin rol oynamaktadır. Seçim bildirgelerinin yüzeysel incelenmesi bile tüm grupların meslekçi zihniyetin etkisi altında kaldığını göstermeye yeterlidir. Öte yandan Küresel dinamiklerin yoksullaşma, uzmanlaşma doğrultusunda kısıpaca aldığı avukatı, “Pazar avukatı”<sup>19</sup> haline dönüştürmeye çalıştığını ve buna karşı ciddi bir direnişin de olmadığını düşünürsek, meslekçi zihniyetin egemenliğinin uzun bir süre daha devam edeceğini öngörebiliriz. Çağdaş Avukatların tek başına bu bulanıklığı çözebilmeleri tabii ki mümkün değildir. Bu konunun orta vadede, tarumar olmuş politika arenasının taşlarının yeniden yerine oturmasıyla netleşeceğini söyleyebiliriz.

## Üçüncü Bölüm Kriz

### Modern Toplumun/Devletin Krizi

Modern toplumun kriz içinde olduğu on yıllardır ifade ediliyor. Hatta içinde bulunduğumuz dönem Post Modern aşama olarak da adlandırılıyor. Bu konuda oldukça zengin kaynaklar var. Bunlara değinmeyeceğim. Ama Modern toplumun kriz içinde olması bir anlamda onun “başlangıçta” oluşturmaya, kurmaya çalıştığı toplumsal değerlerin, kurumların, ideolojinin de kriz içinde olduğunu gösterir. Örneğin parlamenter demokratik model, batı toplumlarında bile artık şüphe ile bakılmaya başlanan bir toplumsal model haline geldi ve artık inandırıcılığını yitirmeye başladı. Modern devlet de böyle. Bir düşünün Modern devletin temelinde yatan “**kamu hizmeti**” kavramının başına neler geldi. Artık kamu hizmeti, devlet tarafından ücretsiz verilen hizmetleri ifade etmiyor, tam tersine kamu hizmeti Devletin taşeronlara yaptırdığı paralı hizmetlere dönüşüyor. Devletin baskı aygıtları da kriz içinde. Hiç akla gelemeyecek biçimde baskı aygıtları fonksiyonel parçalara ayrılarak taşeronlara verilmeye, özelleştirilmeye başlandı.<sup>20</sup> ABD de cezaevlerinin özelleştirildiğini ve cezaevleri şirketlerinin yılda yüzbinlerce suçluya hizmet verdiğini söylediğimizde durumun vehameti ortaya çıkacaktır. Bir diğer deyişle ABD cezaevi sektörünün “suçluya ihtiyacı vardır”. Kapitalizm her türlü ihtiyacı, çözdüğüne göre bu ihtiyacı da şüphesiz çözecektir !!!

Modern devlet bir başka şeye dönüşüyor. Sadece güvenlik, kontrol noktasına doğru çekiliyor. Görünürde bu değişime, kamusal fonların yeterli olmadığı gerekçesi ile birçok kamu hizmetinin özel sektöre devri eşlik ediyor. Özelleştirme vb. Politikalar da bu amaca hizmet ediyor Bu değişimi aslında “sermaye birikiminin” hizmet alanında kendisini göstermesi olarak da algılayabiliriz. Küresel anlayış bu değişime devletin rasyonelleşmesi olarak da bakabilir. Ama neticede Modern devlet kendisine meşruiyetini sağlayan birçok kamu hizmeti ile görevini ortadan kaldırarak aslında Post Modern Devlet diyebileceğimiz bir başka devlet tipine; belki de karşısına, dönüşüyor.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Karpik, age

<sup>20</sup> Bu konuda bkz.; Uluslar arası alanda “kamu hizmeti” kavramının geçirdiği dönüşümü anlatan bir yazı: Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) ve Kamu Hizmetleri, Dr. Onur Karahanoğulları

<sup>21</sup> A Minc, Yeni Ortacağ, İmge Kitabevi, Ankara, 1995

Bu dönüşüm, sadece devlet, kurumlar düzeyinde olmuyor. Aslında Modern toplumun kendisi de değişiyor. İktisadi söylemin, tüm hayatı ele geçirdiğini, her türlü davranışın, faaliyetin kar, kazanç, rantabilite, verimlilik açısından değerlendirildiğini görüyoruz. Taylorizm, yani en küçük iş parçasının en küçük zaman diliminde verimli olarak üretilmesi ilkesi, Sanayi alanından sonra başta banka, sigorta ve nihayet avukatlık, yargı vb. hizmet alanlarına giriyor. **İş bölümü gittikçe derinleşiyor.** Uzmanlık, teknisyenlik hayatın her alanında belirleyici oluyor. Uluslararası piyasa önündeki tüm ulusal engeller ortadan kaldırılıyor, ulusal devletlere sadece güvenlik devleti görevi veriliyor. Dünya iktisadi faaliyeti Dünya Ticaret Örgütü başta olmak üzere, IMF, Dünya Bankası gibi uluslararası kurumlarca yani bizzat mali sermaye tarafından yönetiliyor.

## **Küresel Dinamikler: Hukuk Teknisyenliği / Yoksullaşma**

Özellikle son 30 yıllık gelişme sürecinde; Sanayi döneminde “sanayiye” uygulanan “işbölümü” süreci, öncelikle banka, sigorta başka olmak üzere tüm **hizmet alanlarına** girmeye başlamıştır.<sup>22</sup> Adalet - yargı ve avukatlık mekanizması da bundan nasibini almış ve “uzmanlaşma” adı altında işbölümü kuralı çok hızlı biçimde kendisini göstermiştir. Bugün nerede ise her gün “faile veya fiile” göre yeni bir uzmanlık mahkemesi kurulmakta veya kurulması talep edilmektedir. Her mahkeme numarasına göre başka bir dava türüne bakmaktadır. **“Numaralı adalet”** dediğim bu sistemin en büyük kusuru hangi yargıcın hangi davaya bakacağını önceden belli olmasıdır. Tek bir mahkemenin belirli konulara bakış açısı belli ise bu sonucun, kararın da belli olması anlamına gelecektir. Daha doğru ifade ile o alanda tek bir mahkemenin verdiği kararlar, içtihat oluşturacaktır. Yargıçların farkı yorumlar yapması, farklı kararlar vermesi ve bunların Yargıtay’da tartışılarak birleştirilmesi süreci şekli süreçlere dönüşecektir. Daha da önemlisi yargıçlar, giderek uzmanlaşma adı altında şekli bir iş yapar duruma düşmesidir. Tipik olduğu için olayı kabalaştırırsa da kullandığım örneği tekrar etmek istiyorum: Kambiyo Ceza Mahkemeleri, kambiyo suçlarına bakmaktadır. Yargıçlar, Kambiyo müdürlüğüne ihraç bedelinin zamanında Türkiye’ye girip girmediğini sormakta buna göre belirli cezayı vermektedir. Ya da eski DGM, yeni Özel Ağır Ceza Mahkemelerinin bir örgütün silahlı örgüt olup olmadığını Emniyet müdürlüğüne sormasını düşünün. Bu araştırmalar, uzmanlık adı altında yapılmaktadır. Numaralı adalette, yargıcın yaptığı işi bir düşünelim: Bu adalet hizmeti midir ?

Kapitalizmin tüm hizmet alanlarını “derin kapsama alanına” alması durumunda bile doğal olarak adalet hizmetinin “meta ilişkisi” konusu olmayacağını, işin bu raddeye getirilemeyeceğini umarız. Fakat, yukarıda değindiğim gibi adalet, avukatlık hizmetleri de bu yönde büyük değişim geçirmektedir.

AB kurucu anlaşmasında da “Serbest Meslekler” genel “Hizmet” kapsamı<sup>23</sup> içinde yer almaktadır. Şu halde süreç içinde avukatlık hizmetinin “genel hizmet kategorisi” içinde alınıp satılan bir hizmet olmasının istendiğini öngörebiliriz. Aslında, yüzlerce, binlerce avukat çalıştıran büyük avukatlık şirketlerinde “adaletin” çoktan alınıp satılan bir hizmet haline dönüştüğünü görmemek için kör olmak gerekir. Bu büyük avukatlık şirketleri son 20-30 yılın eseridir. Kapitalizmin her şeyi alınıp satılan şeye; “meta” ya dönüştürme gücünün bir anlamda ispatıdır bu. Müvekkilin “müşteriye” (client), avukatlık hizmeti karşılığında alınan bedelin/onorerin “ücrete” dönüşmesi de bu dönemde olmuştur.<sup>24</sup>

Bu süreçte, avukatların (diğer serbest mesleklerin de ) sayısındaki büyük artışlar, aynı zamanda avukatların kendi içlerinde de kastaşmasına yol açmaktadır. Sermayenin birikimi yasası adeta mesleki alanlara da girmiş, büyük sermaye ile kurulan büyük avukatlık firmalarının, doğal olarak büyük müvekkili/müşterileri oluşmuştur. Yine uluslararası şirketler, özellikle son yirmi yıldır,

<sup>22</sup> Haluk İnanıcı, Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme, İstanbul Barosu Antalya Sempozyumu 1995 Kitabı İçinde Yayınlanmıştır.

<sup>23</sup> Avrupa Topluluğunu kuran temel anlaşmanın; Topluluğun Dayandığı Esaslar başlıklı bölümünün “Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı” başlıklı 3 ncü ayrımı Md. 48-73;

<sup>24</sup> Fransada honoraire’ in (onurluk), salaire’ e (ücret)dönüşmesi, 1991 yılında Avukatlık Kanununda yapılan değişikliği ile olmuştur.

hukuki işlerini uluslararası avukatlık bürolarına vermeye başlamış, bu şirketlerin yerel iştiraklerinin (Türkiye'deki) işleri de bu büroların "yerel uzantılarına" verilmeye başlanmış, böylece yerel avukatların iş alanlarında gelişme olacağına tam tersine daralma yaşanmaya başlanmıştır. Bu tür hukuk büroların yerel uzantıları olarak çalışan hukuk bürolarının çoğu, daha büro isimlerinden, kendilerini tanıtılmalarından başlayarak, "klasik meslek ilkelerinden" bihaber vaziyette, tam bir tüccar olarak avukatlık yapmaktadırlar.<sup>25</sup>

Bir yanda çok para kazanan büyük ücretlerle çalışan avukatlar diğer yanda şirketler veya avukatlar yanında hizmet akti ile çalışan hizmetli avukatlar ayrımı gittikçe derinleşmektedir. Avukatlık kanunlarında "**bağımsızlık**" tanımı durmakta ancak hayatta başka bir avukatlık tipi; "**bağımlı avukat**" tipi gelişmektedir: Kendi maddi varlığını geliştirmekte zorlanan **yoksul/işçi avukat**. Tabii eğer avukatlık faaliyet alanında, adaletin gerçekleşmesi gibi bir toplumsal amaç varsa yoksullaşmanın bu amaç için de büyük tehlike olduğunu görmek için gözlüğe ihtiyaç yoktur.

Şirketleşmenin ikiz kardeşi, uzmanlaşmadır. Adalet hizmetlerinde, avukatlıkta uzmanlaşma histerisi baş göstermiştir. Bir hukuki işi sadece "uzmanı olan avukat" yapabilirmiş, en doğru kararı uzman mahkeme verebilirmiş gibi bir yanılsama oluşmaktadır. Uzmanlaşma ve Şirketleşme konusunda bu yazıda, gerek uzmanlaşmada gerekse şirketleşmede yaşanan histerinin, avukatların yaptığı kamusal hizmeti bu niteliğinden ve adalet ile ilişkisinden kopardığını, avukatların bu iki konuya yarar-zarar dengesi açısından eleştirel yaklaşması gerektiğini söylemekle yetineceğim.<sup>26</sup>

## **Yargı ve Klasik Avukatlığın İflası: İhtilafların Çözümünde Yeni Yol Arayışı**

Peki bu Kriz aşamasında Yargı ne durumdadır ? Son söyleyeceğimizi baştan söyleyelim: **Gelinen noktada, tek cümle ile; "Modern Yargı/Klasik Avukatlık Modeli İflas Etmiştir."**

Batıda gerek ABD de gerekse AB de Yargı' nın iflas ettiği dolaylı olarak konuşuluyor. Konuşulmanın da ötesinde artık ihtilafların çözümleri ile ilgili yeni modeller geliştiriliyor. Yargının ve Klasik Avukatlığın iflası bu modellerin gerekçelerinde gizli. Tüm Dünya ihtilafların çözümü için yargı dışında çareler, yöntemler arıyor. Gerekçeleri<sup>27</sup> ise çok basit : **i) Adil Yargılanmanın İmkansızlığı/Yavaşlık:** Yargı' nın sürati ihtiyacı karşılamıyor. Makul yargılanma süreleri hep aşılıyor. Adil Yargılanma mümkün olmuyor; **ii) Masraflardan Tasarruf:** Yargının harç, giderleri ve avukatlık ücretleri çok yükseliyor. **iii) Gizlilik:** Yargı aleni olduğu için tarafların bütün bilgileri alenileşiyor. **iv) Kontrol ve Esneklik:** Dava açıldıktan sonra tarafların tam olarak kontrol edemediği bir süreç başlamış oluyor. **v) Ticarî Menfaatler:** Dava dışında tarafların ticarî ve kişisel menfaatlerini karşılıklı olarak gözeterek daha yaratıcı çözümlere ulaşılması olanaklı hale gelir. **vi) Ticarî İlişkiler:** Mücadeleci (adversarial) yargılama süreci yerine işletmecilerin müzakerelerini esas alan Usuller taraflar arasındaki ticarî ilişkileri korur ve onarır. **vii) Bağımsızlık:** Taraflar, gerçekten bağımsız olan bir arabulucunun yaptığı değerlendirmeler sonucunda, hukukî ve fiili durumların dikkatli, gizli ve gerçekçi bir değerlendirmesini yapma fırsatını yakalar.

Dünya, Yargının bu olumsuzluklarını ortadan kaldıracak **yeni bir döneme giriyor**. Değişim, ihtilafların taraflarının bütün silahlarının olanca gücüyle karşısındakine yönelttiği **Mücadeleci (Gladyatör Yöntemi) Dava türünden, artık Uzlaşmacı bir yöneme geçişi gösteriyor**. İhtilafların artık tarafları tüketmeyen, daha akılcı daha pratik sonuçlar

<sup>25</sup> Bu konudaki "İnternet ve Reklam" başlıklı yazım, Baro Gündemi ' nde yayınlanmıştır.

<sup>26</sup> Bu konuda daha ayrıntılı görüşlerimi merak edenler için, bkz: Haluk İnanıcı, Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme; İstanbul Barosu Antalya ; Sempozyum Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları, 1995

<sup>27</sup> Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi;

sağlayan yeni bir yöntemle çözülmesi uygulamaya konulmuş durumda. Şimdi bu konudaki somut gelişmelere göz atalım.

### **ABD’ de Durum**

ABD’ de ihtilafların yüzde doksanı yargı dışında çözülmektedir. Bu rakam bile aslında Yargının uzun süre önce iflas ettiğini ve başka ihtilaf çözüm yollarının bulunduğunu göstermektedir.<sup>28</sup> ABD’ de yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle Yargı dışında birçok Alternatif Çözüm Yolları (ADR<sup>29</sup>) geliştirilmiştir. Bunların başlıcaları , Tahkim, (Gönüllü Tahkim, Zorunlu Tahkim, Mahkeme Katılnmalı Tahkim), **Müzakere, Arabuluculuk** tur<sup>30</sup>. Bu arada ABD de Yargılama ve ADR arasında Kısa Yargılama, Kısa Jüri Yargılaması gibi ortak yeni yöntemler geliştirilmektedir.

### **AB’ de Durum**

ABD bize çok yakın olmadığı için aslında AB’ de neler oluyor bakmak daha doğru olacaktır. Ancak görülecektir ki AB de de aynen ABD de olan değişimler olmaktadır. Konuyla ilgili çok geniş bir yazı ve AB Müktesebatı içinde oldukça ciddi, açıklayıcı belgeler vardır. Özetle bunlara değinmek gerekiyor.<sup>31</sup>

Bir kere AB de yukarıda belirttiğim gerekçelerle Yargı dışında çözüm yolları arıyor. Üstelik tüm üye ülkelerde aynı yöntemlerin uygulanmasını sağlamaya çalışıyor. ADR’nin gelişmesi, son 20 yılda Avrupa Konseyi tarafından yürütülen çeşitli faaliyetlerin bir sonucudur. Avrupa Konseyinin, Bakanlar Komitesi, Avrupa Yargısal İşbirliği Komitesi (European Committee for Judicial Cooperation), Uzmanlar Komiteleri (Committees of Experts) ve Toplantı Komiteleri (Convention Committees) gibi farklı yetkili kuruluşları vasıtasıyla gerçekleştirilen bu çalışmaların bir kısmı çeşitli tavsiye kararlarının kabulüyle sonuçlanırken, diğerleri araştırma ve inceleme amaçlı olarak yapılmıştır.<sup>32</sup>

ADR konusunda ayrıntılı bilgi almak isteyenler internette kısa bir araştırma yaparak çok ciddi kaynaklara ulaşabilirler. Bahsi geçen müzakere ve arabuluculuk yöntemlerini basit kurumlar olarak görmemeli bunların bağımsız meslekler olma yolunda ilerlediğini, kendi yeni meslek kurallarının oluşmaya başladığını tespit etmeliyiz. Konumuz ADR yi anlatmak değil. Fakat bu kısa değinme bile Yargı’ nın klasik biçiminin ve avukatlığın klasik biçiminin iflas ettiğini, **Toplumun ihtilafların çözümü için başka yöntemler aradığını gözler önüne sermeye yetmiştir sanırım.** Aslında ifade ettiğim şeyi önemi nedeniyle tekrar belirtmek istiyorum. Modern toplumların “kişisel çıkar çatışması” etrafında şekillenen ve **gladyatöryal biçimde cereyan eden çatışma çözümü yerine, uzlaşmacı yöntemlere geçiş söz konusudur.** Yani basit bir değişim değil, aslında **niteliksel bir değişim söz konusudur.**

### **Türkiye’ de Durum:**

Türkiye de bu gelişimin dışında değildir. Avukatlık Kanununa getirilen “uzlaşma modeli”, idari, vergi yargılamalarında öngörülen “uzlaşma modelleri”, Ombudsman, Ceza Yargılaması bazı suçlarda uzlaşma modeli, Adalet Bakanlığınca hazırlanmakta olan ADR Yasası, Bazı yasalarda öngörülen uzlaşma modelleri hepsi aslında AB’ ye uyum perspektifinde hazırlanmaktadır. Özetle yukarıda belirttiğim durum Türkiye için de aynıdır ve Türkiye “Yeşil Kitap-ADR’ yi çoktan uygulamaya başlamıştır. ADR’ ye geçiş nedenlerini tekrar okursak, bu sorunların aslında Türkiyenin de sorunları olduğu açıkça görülecektir.

Halen TBMM’ de bulunan bir yasa tasarısına göre Ceza Muhakeme alanındaki “Uzlaşma” kurumunda görev alacakların bile avukat olması şartını kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Hatta güvenilir kişilerin bile uzlaşmacı olabileceği öngörülmektedir. Türkiye gibi aksak

<sup>28</sup> Mustafa Özbek, age

<sup>29</sup> Alternative Dispute Resolution

<sup>30</sup> Müzakere ve Arabuluculuk Modelleri zaten olan, hatta zaman zaman kullandığımız basit modeller olarak düşünülmesin. Bu modeller çok ayrıntılı kurallar, yöntemler içermektedir. Ülkemizde bildiğimiz yöntem Tahkimdir. Bunun dışında arabuluculuk modelleri çok sınırlı biçimde iş hukuku alanında kısmen uygulanmaktadır. Son yıllarda bir çok yeni hukuk alanına girmeye başlamıştır. Ancak bahsettiğimiz sistemler artık bütün ihtilaf çeşitleri için düşünülmektedir.

<sup>31</sup> AB ADR, Yeşil Kitap; <http://www.etudes.cciip.fr/archrap/pdf02/sol0209.pdf#search=%22%22livre%20vert%22%2Badr%22>

<sup>32</sup> Mustafa Özbek, age,

demokratik ülkelerde bu şekilde “**güvenilir insanlara**” dayanan bir uzlaşmacı kurum nasıl önerilebilir gerçekten anlamak zordur. Şu anda mafya zaten komisyonunu alarak, adam vurarak, kaçırarak, uzlaşma (!) görevi yapmıyor mu ? Bu yasa bu şekilde yasalaşırsa gerçekten Türk Mafyasının legalize olmasının da önü açılacağı görülmüyor mu ? Gerçekten de mafya babalarından daha güvenilir uzlaşmacı olarak kimi bulabiliriz ki ?<sup>33</sup> Üstelik ihtilafların çözüm süreci de çok kısadır. Siz değilmiydiniz, yargılamaların pahalı olmasından,uzun sürdüğünden şikayet eden. Alın size çözüm...

### **Avukatların ADR İçinde Rolü**

İyiniyetli avukatlar konuya ne var bunda Yargı dışında çözüm arayışı olursa bize yeni iş alanı çıkar, o alanda da hukuki yardım yapabiliriz diye bakabilirler. Evet ADR alanı avukatlara kapalı değil . **Fakat önemli bir iki nokta var. ADR avukatların tekel hakkını elinden alıyor. Çünkü bugün için benimsenen ilkelere göre Arabulucu, Müzakereci olmak için avukat olmak şartı yok.** İkinci nokta ihtilafların çözümünde belirttiğim nitelik değişimi avukatlara olan ihtiyacı azaltıyor. Avukatlar belki müzakere ve arabuluculuk sözleşmelerinin hazırlanmasında yine teknik hizmet sunmaya devam edecekler. Fakat ihtilafı çözen aktör niteliğini kaybedeceklerdir. Bu ise avukatların niteliğinde çok önemli bir değişimi göstermektedir bize. Örneğin Mustafa Özbek’ in alıntı yaptığım ve bu konudaki ilk ve önemli kaynaklar arasında olan çalışma bize AB de Arabulucu görevi olarak öncelikle Noterlerin düşünüldüğünü göstermektedir.<sup>34</sup> Gerekçe olarak da sözleşmeleri noterlerin yaptığı, noterlerin tarafsız kamusal mekanlar olduğu, bu nedenle noterin yaptığı sözleşmeden doğan ihtilafa en iyi arabulucu olarak aktör olduğu belirtilmektedir. Bu gerekçeye avukat olarak katılmak çok mümkün olmamakla birlikte bu konuda oldukça ciddi yol alınmış noterler lehine bir durum oluşmuştur. Arabulucu, müzakereci nitelikleri tespit edilirken avukatların düşünülmediği de açıktır. Ama konumuz açısından önemli ve mizahi yanı da olan; **Avukatlar meslekçi savunma güdüsüyle avukatlık tekel haklarını tahkim etmeye, hatta bazıları avukatlığı yargı içine hapsetmeye çalışırken, ihtilafların yargı ve avukatların tekel alanı dışına çıkarıldığını görememeleridir.**

İlk etapta ADR’ nin özel hukuk alanında ortaya çıktığını ve ceza alanını içermediği söylenebilir. Ancak ADR, Türk Ceza Hukukunda bile şikayete bağlı suçlar açısından yürürlüğe girdi bile. Bu uzlaşma modellerinin gelişeceğini öngörmek için kahin olmaya da gerek yoktur.

## **Dördüncü Bölüm Avukatlık Mesleği İçin Notlar**

### **Hukuki Adaleti Yanılsamadan Kurtarmak**

Yukarıda bir nebze değinmeye çalıştım. “Mübadele Toplamları”; eşit olmayanların “eşitliği” ilkesi üzerinde kurulur. Bu nedenle Modern toplumların “eşitlik, kardeşlik, özgürlük” hedefi bir hoşseda olarak kalır. Avukatlar öncelikle, içinde yaşanılan toplum modellerinde “gerçek adaletin” sağlanamayacağını, sağlanacak adaletin ise ancak “nisbi bir adalet” olabileceğini bilir/melidir. Ayrıca hukuki adalet, toplumsal adalet anlayışının bir parçasıdır, ama tamamı değildir. Avukatların kolektif örgütü Barolar, hukuki adaletin, toplumsal adalete bağlı olduğu gerçeği ışığında, hukuki adaletin yanılsamalarını ortadan kaldırmaya, hatta gerçek adalet ile hukuki adalet arasındaki ilişkiyi de anlamaya çalışmalıdır. Bunun yolu Hukuk, Toplum, Politika ilişkisinin doğru zeminde yeniden kurulmasından geçer.

<sup>33</sup> “ **CMK 253 ncü madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:** Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya kamu görevlileri ya da **toplumda saygınlığı olan kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir**” kaynak: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ozelceza.htm>

<sup>34</sup> Mustafa Özbek, age

Hukuk, Toplum ve Politika arasındaki ara halkadır. Şu halde avukatlar, barolar hukuk üzerinde düşünürken, diğer hakları, toplumu ve politikayı göz ardı etmemelidirler. Toplum ve Politikadan kopuk “saf hukuk”, “saf avukatlık” olmaz. Özellikle hukuku, teknik bir mekanizma olarak anlayan anlayışın yanılması bu üçlü anlama çabası ile teşhir edilebilir, kırılabilir.

## Hukuku Yeniden Düşünmek

Hukuku düşünmemizde yardımcı olması için iki farklı görüşe değineceğim. Birinci görüşte “*Foucault Modern Toplumun birey üzerindeki dışsal ve içsel kontrolünün artmasında hukukun nasıl önemli bir rol oynadığını göstermeye çalışarak; bireylere yönelik disipline etme ,egemenlik kurma, cezalandırma, düzene sokma, hizaya getirme ve hükmetme mekanizmalarıyla yakından ilgilendirir. Hukuku bu çerçevede yaptığı analizin bir parçası olarak alır.... Foucault’ un yaklaşımında hukuk....tüm toplum çapında sağlanan yaygın ve derin sosyal kontrolün birçok bileşeninden biri olarak değerlendirilmiş olur.*”<sup>35</sup>

İçimizi karartan bu görüşten sonra hukuka olumlu yaklaşan bir başka görüşe de değinmek istiyorum. “*Hukukun amacı özgürlüklerini artırmak için toplumsal yaşama geçmiş olan insanların özgürlüklerinin sürekli olarak artmasını sağlamak için bir yandan toplumun düzenli biçimde varlığının sürdürüp gelişmesini sağlamak, bir yandan da gelişmenin yalnızca insanların özgürlüğünü artırmak için gerekli olduğunu göz önünde tutarak bu işi bireylerin özgürlüklerinden gereksiz kısıntılar yapmadan gerçekleştirilmeye çalışmaktır.*”<sup>36</sup>

Hukukun hem bir toplumsal kurum hem de bir “ideoloji” olduğunu düşünürsek, toplumsal mücadelenin taraflarının hukuka kendi ideolojileri ile şekil vermeye çalışacağını öngörebiliriz. Bu durumda Devletin, iktidarın amacı birinci görüş doğrultusunda gelişirken, toplum üyelerinin, özellikle yönetilen ve ezilenlerin ikinci görüşü kuvvetlendirerek, Devlete yöneltmesi ve Devleti kontrol etmesi mümkündür. Özetle, bir hukuk sisteminin, toplumsal mücadelenin sonuçlarına göre sürekli yeniden anlamlandırılması söz konusudur. Hukukun mutlak, dogmatik bir anlamı yoktur.

## Avukatlık Faaliyetini Anlamaya Çalışma

Modern toplum “kişisel çıkar” temelinde<sup>37</sup> örgütlenir. Doğal olarak bu varsayım kişisel çıkarların çatışmasını da getirir. İşte kişisel çıkarların veya kişi-devlet/toplum çıkarlarının çatışması nedeniyle hukuka, ihtilafların çözümüne ihtiyaç duyulur. Hak arama veya savunma dediğimiz böyle çatışmanın ürünüdür. **Yoksa kendinden menkul, “hak arama veya savunma” diye bir toplumsal kategori yoktur.** Önce maddi ilişki vardır. Bu ilişki çelişki/çatışma üzerine oturur. Hukuk bu toplumsal ilişkiyi hukuki ilişkiye çevirir, kişilere, süljelere “hak arama hakkı veya savunma hakkı” verir. Kişisel çıkarların çatışması ki bu kişi/-devlet-toplum için de böyledir, çatışmanın çözümünü, uzlaşma arayışını getirir. Taraflar sonuçtan tam memnun olmasalar da daha önce Anayasada/Toplumsal uzlaşma metninde kabul edilen çerçevede Yargı içinde uzlaşma imkanını ararlar. Modern toplum ihtilafların “Yargı İçinde Çözümünü” temel alan, gladyatöryal usulu/mücadeleyi esas alan bir yöntem benimser. Modern Avukatın, hak arayanın veya savunmanın temsilcisi olarak fonksiyonu burada yatar. Avukat, karmaşıklaşan maddi hukuk ve usul hukukunda müvekkiline hukuki yardım sunar. Avukatın fonksiyonu bu kadar sadedir. Tıpkı doktorun insan sağlığı ile ilgili olarak sunduğu yardım gibi.

Bunun dışında avukatların **“asille kurduğu bu vekil ilişkisinden uzaklaştıkça”** kendilerine özel misyon biçmesi, ancak meslekçi zihniyetle anlaşılabilir. Belirttiğimiz temelden uzaklaştıkça avukata bu görevi veren toplumsal yapıyı anlama yerine o yapının avukat tarafından dar algılanmasından neşet eden, avukatın “Asil’in” dışında bir fonksiyonu olduğu görüşü hakim

<sup>35</sup> Mehmet Yüksel, Modernite, Postmodernite ve Hukuk, Sy.253; Michel Foucault’ un bu konulardaki makaleleri için bkz. İktidarın Gözü, Ayrıntı yayınları

<sup>36</sup> Vehbi Hacıkadiroğlu, age, sy.55

<sup>37</sup> Modern Toplumların temelinde yer alan emek-sermaye temel çelişkisi, hukuki alanda, hukuki süljelerin eşitliği prensibine bağlı olarak eşit kişilerin çatışması olarak aktarılır.

duruma geçer. Avukatın bağımsızlığının sadece işlevsel bağımsızlık<sup>38</sup> olduğu görülmeden “Mesleki Bağımsızlığın” tek başına ön plana çıkartılması; sanki gerçekten “bağımsız” bir avukat olabileceği ya da bağımsız avukatların toplumsal adaleti tek başlarına sağlayabilecekleri gibi yanılısamlara yol açar. Bu yanılısama meslekçi zihniyetin temelini oluşturur. Savunmanın kutsallığı, meslek sırrının mutlaklaştırılması ile de ana çerçeve tamamlanmış olur.

### **Hak Arama ve Savunma ile Hukuki Hak Arama ve Savunma**

Meslekçi zihniyet Hak arama ve savunma kavramını da farklı algılamaktadır. Modern toplumda her bireyin hak arama ve savunma özgürlüğü vardır. **Bu hak bireyin/vatandaşın kendisine aittir.** Üstelik temel hakları arasındadır. Birey hakkını aramak, savunmak için ekonomik ve siyasi alanlarda sendikalar, kooperatifler, tüketici dernekleri, siyasi partiler, dernekler, vakıflar vb. biçimlerde örgütlenirler. **Hak arama ve savunma vatandaşın kendisinden hiçbir gerekçe ile kopartılamaz. Üstelik bu süreç öncelikle politik mücadele alanında yer alır.**

Avukatların vatandaşlara katkısı ise **hak arama ve savunma mücadelesinin hukuki düzeyinde yardımcı olmaktır.** Bu nedenle hukuki süreçlerdeki hak arama ve savunma faaliyeti ile “toplumsal adaletin” gerçekleşeceğini zannetmek büyük yanılısamadır. Bu konu tartışılırken, hukuki, mesleki alanın dışına çıkılmaması doğaldır ki avukatların ciddi yanılısamasına yol açmaktadır. Avukatların çoğunluğu (meslekçi zihniyetin etkisinde olarak) bu adaletsiz dünyanın, mübadele toplumlarının sorunlarını, ihtilaflarını kendilerinin çözebileceğine inanmaktadırlar. Eleştirel Düşünceye düşen görev, bu yanılısamayı tahkim etmek değil, tahrir etmektir.

### **Avukatlık Mesleğinin İkili Fonksiyonu**

Avukatlık mesleğinin birisi “Devletin Baskı Aygıtı İçinde” diğeri dışında iki fonksiyonu vardır. Avukatlık özellikle Devletin dışındaki fonksiyonu, Modern toplumun örgütlenmesi aşamasında elde etmiştir. Modern toplum devlet (politik toplum) ve sivil toplum yapısına göre örgütlenir. Barolar ve birçok serbest meslek, Kara Avrupasında loncalar dağıtıldıktan sonra mesleki örgütlenmesini dernek biçiminde, sivil toplum içinde gerçekleştirmiştir. Bu nedenle baroların, avukatların yargı organı içindeki fonksiyonu nedeniyle, bir yandan politik toplum diğer yanda sivil toplum içinde ikili bir yapısı vardır. Bu nedenle avukatlar, lonca avukatının tam tersine kendilerine politik toplumun çıkardığı yasalarla değil, meşruiyetini sivil toplum içinde bulan hukukla bağlı sayarlar. Ayrıca avukatlar lonca avukatının tam tersine, sivil toplum içinde yaşar, faaliyet gösterir, mesleğini serbestçe ifa eder.

Toplumun içinde yaşayan avukat kendisini bağımsız bir varlık olarak Devletin dışında temellendirir. Meslekçi zihniyet bu bağımsızlığı, avukatlıktan, savunmadan, onun doğasından neşet eden bir nitelik gibi görür. Eleştirel düşünce ise bu bağımsızlığın ancak işlevsel bir bağımsızlık olduğunu düşünür. Bu işlevsel bağımsızlık, avukatın, Devletin yargı organı içinde görev yaparken bile Devlete karşı mesafeli olmasını sağlar. Oyunun kurallarını koyan Devletin kendisini de bağlayan Hukuk işte bu mesafeden içeri girer. Avukat sadece Hukuka bağlıdır. Ancak Hukuk alanı da bizatihi sınıfsal bir çatışma alanıdır. Saf bir hukuk olamayacağı için de hukuka bakış ideolojiktir. Her avukat ideolojik anlamlandırmayı sahip olduğu politik ideoloji çerçevesinde gerçekleştirir. Modern toplum avukata işlevsel bağımsızlık verirken, onu ideoloji ile zihninden bağlamıştır. İşte Devletin dışından Hukuka bakan avukatlar son kertede ikiye ayrılacak ve yukarıda belirttiğimiz iki hukuk anlayışından birisi içinde yer alacaklardır. Hukuk alanındaki ideolojik mücadele, siyasi düzlemdeki mücadelenin etkisine açık olacak ve mücadele sonunda hukuk sürekli yeniden anlamlandırılacaktır. İktidar ve muhalif düşünce ve arasındaki mücadele Modern toplumun yapısal özelliğidir.

<sup>38</sup> Haluk İnanıcı, Bağımsızlık: Yoksa Bir İllüzyon ve Yanılısama Malzemesi mi ? Günışığı Dergisi Sy.3, 2003,

## Yargılama Faaliyeti- İhtilafların Çözümünü Yeniden Yorumlama

Klasik Yargılama/Avukatlık Faaliyetinin kriz içinde olduğuna değindik. Özellikle ihtilafların çözümünde niteliksel bir değişim yaşanmakta, yargı dışı çözüm yollarına doğru bir kaçış olmaktadır. Bu kaçışı doğru değerlendirmek gereklidir. Tabii eğer yargı ve klasik avukatlık kriz içindeyse, toplumsal meşruiyet şüpheli hale geldiyse, sadece meslekçi bir savunuyla ADR ye karşı çıkmak çok da anlamlı olmayacaktır. Üstelik Yargılama fonksiyonunun bizatihi topluma geri dönmesi, demokratik mücadele açısından önemli bir kazanımdır. Ancak bu geri dönüş esnasında sağlıklı yapıların kurulması da değişimi doğru kavramakla mümkündür. Kamu Hizmetlerinin Kamuya dönmesi esnasında, metalaştırılması tehlikesi gözler önüne serilmeli ve buna karşı gerçek, kitlesele mücadele, demokratik mücadele sergilenmelidir. ADR sürecinde, uzlaşmacı, arabulucu gibi yeni meslekler ortaya çıkıyorsa, bunların öncelikle avukatlar arasından seçilmesinin meşru gerekçeleri oluşturulmalıdır. Uzlaşmacı, arabulucu gibi mesleklerin kurumsallaşmasının uzun yıllar alacağı, bu süreçte başka sorunların ortaya çıkabileceği gibi gerekçelerle; 800 yılda oluşmuş, klasik meslek ilkeleri ile avukatlığın yeniden ihya edilebileceği ve ADR' nin yeni fonksiyonlarını yerine getirebileceğinin altı çizilebilmelidir.

## Avukatın Altın Çağı Yeniden Yaşanabilir mi ?

Post Modern dönemde, parlamenter demokratik rejime inancın sarsılmasıyla, Modern toplumun kendisini yaşatması için tekrar Modern düşüncenin değerlerine dönme, Modern düşünceyi yeniden ihya etme anlayışı ve çabaları ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup> Özellikle toplumsal değer ve hukuksal değer toplumsal faaliyetten ayrışması, toplumsal faaliyetlerin teknik faaliyetlere dönüşmesi; acaba, değer-faaliyet ilişkisi yeniden kurulabilir mi sorusuna yol açmaktadır. Eğer bu sorunun cevabı olumlu ise “gerçekten böyle bir mücadele olabileceyse” bu taktirde “hak ve özgürlüklerin” gelişmesinde, hukuki mücadele düzeyinde avukatların, yeniden kamunun sözcüsü olabilmesi ihtimali belircektir. Yok sorunun cevabı olumsuz olacaksa o zaman avukatların kolektif örgütleri vasıtası ile “**yasaların hatta hukukun çelişkilerini**” açıklama gibi bir görevleri ortaya çıkacaktır. Her iki modelde de hukuka yaklaşım “**eleştirel temelde**” olmalıdır. Yine her iki modelde de politik alanın ortasında cereyan eden, Hak ve Özgürlükler Mücadelesinin, hukuki sürece getirdiği dinamizm ve avukatların bu dinamizme sahip çıkmalarının, mesleğe, “meslekçi görüşün” dar kalıpları dışında yeni roller biçeceğini öngörebiliriz.

## Diğer Serbest Mesleklerle Müşterek Mücadele Zemini

Klasik Serbest mesleklerin müşterek yanlarına değinmiştik. Aslında avukatlık temelinde değindiğimiz sorunların büyük bir kısmı tüm serbest meslekler için de geçerlidir. Bu bize en azından müşterek sorunların müşterek mücadele ile çözülebileceğini göstermektedir. Bugüne kadar serbest mesleklerin müşterek sorunlarının çözümü için böyle bir mücadele tarzı geliştirilmemiştir.

## Klasik Meslek İlkelerine Karşı Eleştirel Yaklaşım

Klasik Meslek İlkeleri mesleğimizin Lonca döneminden Modern dönemine geçerken 800 yılda oluşmuş kurallarıdır. Bu ilkeler Modern toplumun değerleri üzerinde teşkil etmiştir. Devletin avukatlığından, Bağımsız avukatlığa giden süreçte iyi anlaşılmalıdır. Ancak Klasik meslek ilkelerinin yanılması odağında “Avukatların bağımsızlığının” durduğunun tekrar altını çizmek yararlıdır. Yani bağımsızlık, İktidarın, ideolojik baskı aygıtlarının kontrolü altında olan avukatın bağımlılığını gizleyen bir rol de üstlenmektedir.

<sup>39</sup> J. Habermas, Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü, 1997, (çev.) Bora T., Sancar M., İletişim Yayınları, İstanbul

Avukatlar sanki toplumdan bağımsız mücadele eden hukuk aktörleri gibi göstermek nasıl yanlış olacaksa, Klasik Meslek İlkelerinin avukatların tüm sorunlarını çözecek ilkeler gibi görülmesi de aynı biçimde yanlış olacaktır. Ancak Avukatlık mesleğinin “Pazar avukatlığına” dönüştürülmesi, yoksullaşma sürecine karşı mücadele ederken, Modern düşünceden doğan Klasik Avukatlık İlkeleri önemli bir savunma argümanıdır. Bu durumda Klasik Meslek İlkelerine eleştirel yaklaşılmalı, çelişkileri ortaya çıkarılmalı, fakat bu ilkelere hala “değer” içerdiği için sahip çıkılmalıdır. Klasik Meslek İlkelerine sahip çıkma ve eleştirel yaklaşım bakışımızın ikili temeli olmalıdır.<sup>40</sup> Tıpkı Modern toplumun gerçekleştiremediği “eşitlik, kardeşlik, özgürlük” hedeflerine bakışımız gibi...

### Avukat- Hukuk Teknisyeni

Yukarıda değindiğimiz avukatları hukuk teknisyenliğine dönüştürmeye çalışan süreci iyi anlamalıyız. Bu konuya ilişkin ayrıntılı görüşlerimi daha önce yayınlamıştım.<sup>41</sup> Ama kısaca söylemek gerekirse, hukuk teknisyenliğinin nedeni, maddi toplumsal temeldeki dönüşümdür. **Teknolojik Toplum modelinde tüm faaliyetler teknik hizmete dönüşmektedir.** Bu nedenle teknisyenliğe dönüşüm olgusu sadece avukatlarla ilgili değildir. Doktorlar tıp teknisyenine, mühendisler, mimarlar bütün serbest meslekler teknisyenliğe doğru dönüşüm içindedir. Bunun nedeni, işbölümünün derinleşmesi, tüm toplumsal faaliyetlerin parçalanması ve “toplumsal değerden” ayrılmaya başlamasıdır. Özetle, avukatın yaptığı işe ister hukuki yardım denilsin isterse savunma faaliyeti<sup>42</sup> denilsin avukatı “**teknolojik toplum**” dönüşümünün konusu olmaktan, hukuk teknisyeni olmaktan alıkoymak pek de mümkün gözüküyor. Fakat bu imkansızlık, avukatın, baroların **bu sürece** yukarıda değindiğim, Klasik Meslek İlkeleri veya Avukatlık Fonksiyonunu, değişim sürecini anlama çabası ile **müdahale** edilmesine engel teşkil etmez.

### Meslekçi Zihniyetin Reddi

Dünya’ ya, hayata, mesleki ufkun küçük penceresinden, avukatlık gözlüğünden bakma; hayatı avukat olarak anlamdırmaya çalışma anlamına gelen “meslekçi zihniyetin”<sup>43</sup> büyük bir yanılsama ve tehlike olduğunu belirtmiştik. Bugün için mesleki algılama alanında; toplumsal faaliyetlerde avukatların rolünü abartma, avukatlara imtiyaz talebi, savunmanın, adaletin kutsallığı gibi loncasal kalıntıların oluşturduğu, topluma, avukata, sadece dar mesleki ufkun küçük penceresinden bakış anlamına gelen “meslekçi zihniyet” ile mücadele önemli bir hedef haline gelmelidir.

Özellikle bazı konuların, **mesleğe içkin** olduğunu, bazı niteliklerin **mutlak** olduğu gibi “**saf meslekçi zihniyet**” ürünü algılama tarzları eleştirel düşünce temelinde anlaşılabilir. Örneğin, Modern toplumlarda Mutlaklık zihniyeti; **Spinoza** ile başlayan süreçte ve her düzeyde yerle bir edilmiş, Modern toplum tüm toplumsal tasarımını mutlaklık dışında kurmuştur. Bu nedenle “meslek sırrına mutlaklık kategorisiyle bakılması” mümkün değildir.<sup>44</sup> Öte yandan bazı avukat davranışlarının, avukatların, baroların doğasında<sup>45</sup> olduğu iddiası da meslekçi bir yaklaşımdır.

<sup>40</sup> “Klasik Meslek Deonolojisine Giriş, Eleştirel Yaklaşım” başlıklı makalem de yakında yayınlanacaktır.

<sup>41</sup> Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme age.; Teknoloji Toplumu, Hukuk Tekniği ve Avukat, Günışığı Dergisi, Sy.16

<sup>42</sup> Yücel Sayman age’ de; hukuk teknisyenliğine, “avukatlık faaliyetini, müvekkile hukuki yardım sunma olarak düşünme biçiminin yol açtığına” inanmaktadır. Sayman, Teknolojik Toplum olgusunu ve teknisyenleşme sürecinin daha derinlerde, maddi yapının göbeğinde oluştuğunu görememektedir.

<sup>43</sup> Meslekçi Zihniyetin anlaşılması için yazdığım üç yazıya atıf yapıyorum. 1)Meslek Sırrı, Lonca-Devlet Sırrından Avukatın Meslek Sırrına; Meslekçi Zihniyetin Eleştirisi 1, Açık Sayfa, Sayı 50, Aralık 2003; 2) Bağımsızlık: Yoksa Bir İllüzyon ve Yanılsama Malzemesi mi ? Günışığı Dergisi Sy.3, 2003, 2)Meslek Sırrı, Lonca-Devlet Sırrından Avukatın Meslek Sırrına; Meslekçi Zihniyetin Eleştirisi 1, Açık Sayfa, Sayı 50, Aralık 2003; 3) Kutsal Savunma, Günışığı Dergisi Sy.11, 2004

<sup>44</sup> Yücel Sayman’ ın meslek sırrını “Mutlak Bir Kategori” olarak ele aldığı yazı Günışığı Dergisi Sy.8

<sup>45</sup> Yücel Sayman, avukatların iktidara karşı mücadele etmesinin “ avukatın, baroların doğasında olduğuna” inanmaktadır. “Görülüyor ki savunma kurumu ekseninde varlık nedeni kazanan baro ve avukat doğaları gereği demokrasinin güvenceleridir. Demokrasiyi, demokrasiyi oluşturan kurumları, **özgürlükleri, insan haklarını savunmak onların doğasında vardır**” Yücel Sayman, Hümanite Dergisi, Sy. 7, Sayfa104. Sayfanın devamında aynı anlayışın tamamlayıcı versiyonu da görülebilir: “...daha olması gerekeni söyleyeyim daha demokratik ve özgürlükçü olanı yaratmak, sonra ona da **aynı güdülerle muhalif olmaktır. Savunmanın doğasında** olan bu özellik onun örgütünde ve onu temsil eden de bulunmalıdır.”

Toplumsal olguları, onların “doğası” ile; Kant’ ın deyimi ile “kendinde şey ile” açıklama yöntemi terk edileli ikiyüz yıl kadar oluyor.

## Yeni Adli Yardım Anlayışının Öncülüğünü Yapmak

Hemen söylemek gerekirken, 2001 yılında Avukatlık Mevzuatında yapılan değişiklikle Adli Yardım anlayışımız, uluslararası gelişime paralel, bir devrim geçirmiştir. <sup>46</sup> **Bu devrimle her türlü hukuki yardım adli yardım kapsamına alınmıştır.** Ancak gerek Devletin ayırdığı fonlar, gerekse Baroların, TBB nin uygulama biçimi bu anlayışın çok gerisinde kalmakta yine, “**yoksula adli yardım**” anlayışı egemenliğini sürdürmektedir. Üstelik, zorunlu avukatlıkta, CMK uyarınca atanmış avukatlara verilen düşük ücretler, “**etkin bir avukatlık hizmeti**” sunulması için de yeterli değildir. Üstelik, avukat ve müvekkil arasında “güven ilişkisinin” esas olduğunu düşünülürse, bir insana tanımadığı, henüz güven tesis edilmemiş bir avukatın atanması, Klasik Meslek İlkeleri ile de uyumsuzdur.

Batı’ nın gelişmiş uygar toplumlarının çözümü anlamamız için önümüzde durmaktadır. Bu ülkelerde uygulanan Adli Yardım Sistemi’ nde önemli ilkelerin başında **i)** Herkesin kendi avukatını kendisinin tayin etmesi **ii)** Eğer Adli Yardımdan yararlanma hakkı varsa, bu hakkını kendi avukatı üzerinden kullanması **iii)** Kendisi tayin ederse avukat atanması **iv)** Adli Yardımda esasın yoksula değil, herkese sağlanması **v)** Danışma faaliyetleri dahil her türlü hukuki yardımın bile Adli Yardım kapsamında olması **vi)** Nakit geliri belirli bir miktarın üzerinde olanlardan katkı payı alınması gelmektedir.

Avukatlar kendisinden hukuki yardım isteyen kişilere, eğer adli yardımdan yararlanma hakkı varsa hatırlatmakla yükümlüdür. Eğer mali durumu belirli kademelerin üstünde ise adli yardım miktarı da orantısız olarak azalmaktadır. Bugün için örneğin **Hollanda’ da** hukuki ihtilafların yüzde elliden fazlası Adli Yardım kurumu bünyesinde çözülmekte, avukatların yüzde ellisinden fazla Adli Yardım kurumundan yararlanmaktadır. Adli Yardım Kuruluşlarına tayin edilen fonlar ülkemiz için hayal edilemeyecek boyutlara ulaşmakta (Örneğin, Hollanda için 300.000.000 Euro’ <sup>47</sup> nun üzerinde) bu fonları, barolar ve bazı toplumsal kuruluşlar birlikte **denetlemektedir.** Adli Yardım kuruluşları, adli yardım talebinin yüksek olduğu yerlerde hizmeti vatandaşı ayağına götürecek şubeler açmaktadır. Özetle Adli Yardım Sistemleri, artık avukatlık faaliyetinin merkezine yerleşmektedir. Avukatlar Türkiyede bu anlayışın öncülüğünü yapmalıdırlar.

## İşçi ve Bağımlı Avukatlık

Bu konuyu çeşitli yazılarımda irdelemeye çalıştım<sup>48</sup>. Özetle; Türkiyede 6000 civarında memur avukat mevcuttur. Devletin avukatı olarak, memur statüsü ile avukatlık yapanların, “avukatlık” niteliğine sahip olamayacağı bağımsız olmamalarından bellidir. Şu halde memur avukatlık sorunu bir aysberg gibi önümüzde durmaktadır.

Avukatların yüzde elliden fazlası ya bir şirketin bünyesinde ya da bir başka avukatın yanında çalışmaktadır. Ancak 195 madelik Avukatlık Kanununda bu avukatlarla ilgili olarak sadece 12/c bendi vardır. Halen bu meslektaşlarımızın sorunlarına hiç yokmuş gibi bakmaktayız. Üstelik bu meslektaşlarımızın çoğu kendi sorunlarına, meslekçi zihniyetin de etkisiyle katlanılacak ve geçilecek bir aşama olarak bakmaktadırlar. Avukatların çoğu yanlarında çalışan meslektaşlarına, ucuz emek gücü olarak baktığını itiraf etme gücünden henüz yoksundurlar. Halbuki bir meslek kendi meslek içi temel sorunlarını, ahlaki sorunlarını çözemiyorsa ( ya da çözmesi mümkün değilse) bence o meslek çürümeye başlamıştır. Eğer tersi düşünülüyorsa bu konuda mücadele edilmeli, işçi avukatların sorunlarını bütün baroların ilk gündem maddesine girmelidir.

<sup>46</sup> Av.Haluk İnanıcı 21 nci Yüzyılda Adli Yardım, Hukuk ve Adalet 8 nci Sayı

<sup>47</sup> Türkiyede Adli Yardım, Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Sy.91

<sup>48</sup> Bu konudaki üç yazım, Açık Sayfa Dergisinde yayınlandı. 1) İşçi Avukatları İçin Bir Değerlendirme, Bir Öneri, 2) Avukat Yanında Çalışan Avukatlar İçin Bir Değerlendirme, Bir Öneri 3) Kamu Avukatları

## Baro

Barolar, avukatların kolektif faaliyetini temsil eden meslek örgütleridir. Avukatların müşterek menfaatleri temelinde ortaya çıkar. Meslek örgütü olarak baroların temel amacı "mesleğin sürdürülebilirliğini" sağlamaktır. Baroların bu amaç için temel hareket alanları i) avukatların mesleklerini etkin biçimde sürdürebilmeleri için gereken mesleki görev alanları ve ii) Hukuk, İnsan Hak ve Özgürlükleri alanlarıdır. Çünkü Hukuk, İnsan Hak ve Özgürlüklerinin olmadığı yerde avukata ve barolara ihtiyaç olmaz. Avukatlar mesleklerini bireysel düzlemde müvekkillerinin haklarını koruyarak sürdürürken, barolar varlığını, mesleğin ortak sorunlarını çözmek ve mesleki temelin sürmesi ve olgunlaşması doğrultusunda mücadele ederler.

**Somut hukuk normlarına göre; Baro;** i) Meslek Örgütü (Anayasa m. 135 ve Avukatlık Kanunu m.76) ii) Hukuk Kurumu (Avukatlık Kanunu m.76), iii) Siyasal Baskı Grubu (Anayasa m.135) dur. Bu tanımlama, Loncaların karşısında yeni bir meslek örgütü oluşturmayı amaçlayan Modern Toplum Tasarımına uygun bir düşüncedir. Baro bir yandan avukatların, müvekkillerine "etkin avukatlık hizmeti" verebilmeleri için gerekli; avukatlık staj eğitimi, meslek içi eğitim, disiplin kontrolü, mesleğin ortak sorunlarının çözümü gibi çalışmaları yürütür. Diğer yandan ise, hukuk kurumu, siyasal baskı kurumu olarak, avukatların temel faaliyet alanı olan, Hukukun Üstünlüğünü, İnsan Hak ve Özgürlükleri kurumlarını korunması mücadelesine katılır, geliştirilmesi için gerekli faaliyetleri sürdür.

**Bazı meslekdaşlarım,** Baro'yu Yargı kurumu olduğunu Anayasada Yargı bölümü içinde yer alması gerektiğini düşünmektedir. Halbuki Baro'yu devletin baskı aygıtı içine hapsedmenin ona Modern düşüncenin biçtiği rolün çok gerisine, Geleneksel/Feodal Döneme gönderme yapmaktır. Geleneksel toplumlarda Avukatların Lonca örgütü, devletin ayrılmaz bir parçasıdır. Devlette loncaların loncasıdır. Modern tasarım ise avukatları ve onun örgütlerini doğrudan devlet aygıtı içinde yer alma zorunluluğundan kurtarmıştır.<sup>49</sup>

**Baroların Demokratik Kitle Örgütü** veya **Sivil Toplum Kuruluşu** olup olmadığı konusu başlıbaşına bir tartışma konusudur. Ancak bu konuda bir kaç saptamada bulunmamız gerekiyor. Barolar bir ayağı sivil toplum içinde diğer ayağı politik toplum içinde, ikili fonksiyonu olan özel kurumlardır. Binlerce üyesi vardır. Bu anlamda bir kitle örgütüdürler. Demokratik kitle örgütü olup olamama durumu, üyelerin bilinciyle ilgili bir konudur. Barolar sadece ekonomik-mesleki talepleri dışında aynı zamanda demokratik taleplerde yoğunlaşmaya başladığı zaman doğaldır ki demokratik kitle örgütü tanımına yaklaşırlar. Ancak mecburi üyelik, zorunlu aidat vb. nedenlerle **barolar STK değildirler**. Çünkü STK lar ihtiyari üyelik ve hiyerarşik olmayan çalışma esastır. Fakat bu tespitimiz baroların çeşitli olaylarda **sivil toplum inisiyatifi göstermesi** önünde bir engel de teşkil etmez. Çeşitli olaylar karşısında Sivil Toplum inisiyatifi göstermesi sadece bir baronun ve üyelerinin yüksek bilinç düzeyini gösterir.

<sup>49</sup> Önder Sav bu görüşün savunucuları arasında yer alır. Bknz. TBB XX! Genel Kurulu, 11-12 Mayıs 1991 Mersin, Başkanlık Raporu, YK Çalışma Raporu. Yücel Sayman' da aynı görüştedir. Bknz. Baro Nedir ? Ne Değildir ? age, Sy.7.