

AVUKATLIK KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR
7249 SAYILI KANUN'UN
ANAYASAYA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

I. 7249 sayılı “Avukatlık Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Baroların ve avukatların tüm itirazlarına karşın, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Tartışılan bu değişikliklerin başında da avukat sayısı 5000’den fazla olan illerde birden çok baro kurulmasına izin verilmesi gelmektedir.

7249 Sayılı Kanun’un 15. maddesinde yer alan “*beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir*” hükmünün “getiriliş amacı (ratio legis)”, kanun teklifinin genel gerekçesinde “*Kamu hizmeti niteliğinde serbest bir meslek olan avukatlık mesleğinin daha iyi bir şekilde icra edilebilmesi amacıyla Avukatlık Kanunu’nda ve bazı kanunlarda değişiklikler yapılmaktadır. Düzenlemeler kurumsal yapı ve meslekte karşılaşılan bazı sorunlara çözüm bulunmasına ilişkin hususları kapsamaktadır. Avukatlık hukukuna ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesinde yaşanan gecikmelerin ortadan kaldırılması ve baro hizmetlerinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, özellikle avukat sayısı fazla olan barolar bakımından aynı ilde birden fazla baronun kurulabilmesi imkânı getirilmektedir*” şeklinde açıklanmıştır.

Yine bu çerçevede, Genel Gerekçede, “*son yıllarda, avukat sayısının 127.691’e ulaştığı; İstanbul Barosuna kayıtlı avukat sayısının 46.052, Ankara Barosuna kayıtlı avukat sayısının 17.598, İzmir Barosuna kayıtlı avukat sayısının ise, 9.612 ye ulaştığı*” ve “*barolara kayıtlı avukat sayısındaki bu artışın, mesleğin yürütülmesini ciddi anlamda aksatacak boyutlara ulaştığı; avukat sayısının çok fazla olmasından kaynaklı sorunun çözülmesi amacıyla*” bu değişikliğin yapıldığı vurgulanmıştır.

Bunun yanı sıra, Kanun’un TBMM’de görüşülmeye başlamasından önce ve görüşülmesirasında, iktidar partisi temsilcileri tarafından, söz konusu

değişiklik teklifinin temel amacının “avukatlık hizmetinin yürütülmesinde **çoğulculuk ve katılımın sağlanması**” olduğu da dile getirilmiştir.

Anayasamızın Başlangıç Bölümünün 3. paragrafında ve 2. maddesinde yer bulan “demokratik hukuk devletinin” zorunlu sonucu olan “çoğulculuk ilkesi”, esas itibarı ile yaşam ve davranış biçimlerindeki çoğulculuk, düşünce ve kanaatlerin çoğulculuğu, kurumların çoğulculuğu şeklinde belirir. Çoğulculuk toplumda var olan farklı çıkarlara, farklı yaşam tarzlarına dayanan “siyasal anlamda farklı düşüncelerin, ideolojilerin, dünya görüşlerinin” değişik boyutlarda ifade edilmesi anlamına gelir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasamız yaşam ve davranış biçimlerindeki çoğulculuğu özel yaşamın gizliliği hakkı, düşünce ve kanaat çoğulculuğunu ifade, inanç ve kanaat özgürlükleri ile, kurumların çoğulculuğunu ise siyasi parti kurma, katılma, siyasi faaliyette bulunma hakkı, örgütlenme özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, sendikal haklar gibi haklarla güvence ve koruma altına almıştır. Buradaki örgütlenmelerin tamamı özel hukuk tüzel kişiliği oluşturmak için verilen bir subjektif hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Avukatlar da kişi olarak tüm bu hakları kullanmakta serbesttir.

Barolar ise Anayasa'nın 135. maddesinde güvence altına alınan **kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurumu niteliğindeki** meslek kuruluşlarıdır. **Kamu tüzel kişiliği kurmak örgütlenme özgürlüğü kapsamına girmemektedir. Zira kişiler tarafından bir hakkın kullanılmasıyla değil, Anayasa 123/son gereği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulabilirler¹. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ise Anayasa 135 gereği kanunla kurulmak zorunda olan kamu tüzel kişileridir. Kurulmaları münhasıran kanun alanı içinde kaldığından yalnızca yasama organına tanınmış bir yetkidir, kişilere verilen bir hak değildir.**

Bu bağlamda çoklu baro düzenlemesinin çoğulculuk ya da örgütlenme özgürlüğü ile savunulması ya da açıklanması hukuken mümkün değildir.

¹ 2017 Anayasa değişikliği ile 123.maddeden “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ibaresi çıkarılmış, “kamu tüzel kişiliği kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” ifadesi getirilmiştir.

II. 7249 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, çoklu baroların kuruluş biçimi bakımından da Anayasa'nın 123 ve 135.maddelerine aykırılıklar barındırmaktadır.

Bu aykırılıkların mahiyetini net olarak ortaya koyabilmek için baroların da içinde yer aldığı "*kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının*" anayasal özelliklerini açıklamak gereklidir.

Öncelikle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa'nın 135. maddesi ile kamu tüzel kişiliği olarak nitelenmişlerdir. Bu niteliği taşımaları yasama organının iradesine bırakılmamıştır. Bu kurumlar kamusal yetki kullanan, kamu yetkileriyle donatılmış, kanunla kurulması zorunlu olan organlardır. Kamu gücü ve usullerini kullanarak sürekli surette kamusal faaliyet yürütmekte yani idari işlev görmektedirler. **Anayasa'nın 123. maddesine göre idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür**, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına göre örgütlenir.

İdari işlev gören kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, organları kendi üyeleri tarafından seçimle belirlenen, verecekleri hizmet bakımından özgülenmiş, merkez teşkilatından ayrı kamu kurumlarıdır. Dolayısıyla yerinden yönetim organı olarak idari işlev görür, kamu hizmeti sunarlar. Bu hizmet belli bir alana özgülenmiştir ve devlet tüzel kişisi dışında ancak onun idari ve mali denetimine tabii olarak düzenlenmiştir. Kendilerine hizmetsel bir özerklik verilmiştir. **Kısaca, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları "hizmetssel yerinden yönetim organlarıdır". Merkez devlet teşkilatı dışında yer alan ancak idare bütünü içinde bulunan, verdikleri hizmet bakımından kamusal/idari işlev gören, özerk kamu kurumlarıdır. Yukarıdaki niteliklerin tamamı bu organların "kamu tüzel kişisi" olarak anayasa eliyle nitelenmesinde somutlaşır.**

Kamu tüzel kişisi olmak ne demektir? Özel hukuk tüzel kişilerinden hangi yönleriyle farklılaşırlar? Bu soruların cevapları üzerinde durmak, Avukatlık Kanunu'na getirilmek istenen değişikliklerin birçok bakımdan açık anayasaya aykırılıklar taşıdığını anlamamızı sağlayacaktır.

Kamu tüzel kişileri, idare mekanizmasının bir parçasını oluşturan, kamu hukuku kaynaklı kurulan, yetki kullanan organlardır. **Bir kamu tüzel kişisini tanımlayarak, özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran temel**

unsurlar, kamu hukuku işlemiyle kurulması, devlet yetkilerine ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması, faaliyetlerinin kanuni bir tekel olarak kendisine tahsis edilmiş olmasıdır². Kimi kamu tüzel kişileri bu üç özelliği aynı anda bulundurmasa da gördükleri idari fonksiyonun özellikleri sebebiyle kimi kamu tüzel kişileri hepsine birden sahip olabilmektedir.

Öte yandan özel hukuk tüzel kişileri de kanunun belirlediği çerçevede kurulur ve faaliyet gösterirler. Dernekler, siyasi partiler hatta şirketler de kanuni şartları ve belli özellikleri taşımalıdır. **O halde kanunla belirlenmiş kuruluş koşulları, “kanunla kurulmak” anlamına gelmemektedir.** Kamu tüzel kişilerinin faaliyet konusu kamu hizmeti olup, tüzel kişiliğe sahip, ilgililerin iradelerinden doğmayan hukuken zorunlu kuruluşlardır³. **Burada kanunun verdiği yetkiyle kurulmak, kişilere verilen bir sübjektif hak niteliğinde değildir⁴.** Devlet yetkisi vermek demektir. Diğer bir deyişle belli sayıdaki kişiye bir kamu tüzel kişisi kurma hakkı verilemez. Bunu kuran bir kamu hukuku işlemi olmak zorundadır. Kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk tüzel kişilerinden önemli bir farkını ifade eden kuruluşunun **“sübjektif bir hak verir şekilde” düzenlenememesi, kuran tasarrufun kamu hukuku tasarrufu olmasından kaynaklanmaktadır.** Kamu tüzel kişilerinin kökeni objektiftir.⁵

Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 7249 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre, 5 binden fazla avukat bulunan illerde 2000 avukat kuruluş taleplerini içeren bir dilekçeyle başvurabilmekte, kendi içlerinden oluşturdukları 4 kişilik kurucular kurulu en geç 6 ay içinde baronun kuruluşunu tamamlayıp, Türkiye Barolar Birliği'ne (TBB) bildirmektedir. **7249 sayılı Kanun'un 15.maddesi, avukatların kendi tamamladıkları işlemlerden sonra baro kurmaları usulünü benimsemiştir. Bu kurulma şekli özel hukuk tüzel kişiliğini anımsatacak şekildedir.** Bu usulle sanki bir dernek kuruluyormuşçasına kişilere verilmiş bir sübjektif hak şeklinde düzenlenmiştir. **Avukatlar belli sayıda imza bulup kendi aralarında**

² Begüm İşbir, Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara, 2017, sy.236-238.

³ Serkan Açar, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, TBB Dergisi, S.65, 2006, sy. 285; Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.2, İstanbul, 1966, sy. 1036.

⁴ Açar, a.g.e., sy 286.

⁵ Onar, a.g.e, sy. 1037.

baro kuramaz. Çünkü kamu tüzel kişiliği, özel hukuk tüzel kişiliğinden farklı olarak kişilere verilen bir sübjektif hakla kurulmaz. Kanunla kurulmak, kamu hukuku tasarrufuyla, kamu gücü kullanılarak bir kamu kurumu kurulması demektir.

Avukatlık Kanunu'nun eski 77. Maddesi; *“Türkiye Barolar Birliği yeni kurulacak baro bölgesinde bürosu bulunan levhaya kayıtlı avukatların listesini düzenleyerek bunlardan en kıdemli avukatı, yeni baroyu kurmakla görevlendirir. Görevli avukatın seçeceği ve başkanlığını yapacağı dört kişilik kurucu kurul en geç altı ay içinde yeni baronun kuruluşunu tamamlar ve Türkiye Barolar Birliğine bildirir”*, demektedir. Burada kuruluş, sübjektif hak olarak belli sayıda kişiye tanınmadan, TBB'nin yapacağı idari işlem niteliğindeki görevlendirme ile başlamakta, onun adına oluşan kurulun bildirim işlemiyle de kamu tüzel kişiliği kazanılmaktaydı.

Avukatlık Kanunu'nun 7249 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değişik 77. maddesi, 2000 avukatın kuruluş talebini içeren dilekçe ve kendi seçtikleri kurucular kurulu listesi ile kuruluş işlemleri bir sübjektif hakkın kullanılmasıyla başlamaktadır. **Oysa kamu tüzel kişiliği kurmak örgütlenme özgürlüğü kapsamında olmayan bir kamu hukuku faaliyettir.**

Kamu kurumu niteliğinde meslek örgütleri ve bunlardan avukatların meslek örgütü olan baroların kamu tüzel kişiliği, anayasadan kaynaklanmaktadır. Kanun ile bu niteliğin ortadan kaldırılması yahut bu statüden kaynaklanan özelliklerinin fiilen içinin boşaltılarak anlamsızlaştırılmaları mümkün değildir.

III. Kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran özellikler arasında faaliyetlerinin kanuni bir tekel olarak tahsis edilebilmesi de yer almaktadır⁶. Faaliyetlerin kanuni bir tekel olacak şekilde özgülenmesi kimi kamu tüzel kişileri için geçerli olamayabilirse de başka bazı örneklerde de verilen görevlerin layıkıyla yerine getirilmesi kanuni tekel olmaya bağlıdır. Örneğin, 200 televizyon ve radyo istasyonu birleşip kendi RTÜK'ünü oluşturursa ya da 2000 imam kendi Diyanet İşleri Başkanlığını kursun denilemez.

⁶Ağar, a.g.e., sy. 287.

Anayasa'nın 135. maddesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının “*belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak*” amacıyla belirlenmiş bir faaliyet alanına sahip olduğunu ve organlarının seçimle belirleneceğini, ancak bu seçimlerde siyasi partilerin aday gösteremeyeceğini ifade etmektedir. Anayasa, “*mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçları*” ifadesi ile somutlaşan şekilde tüm meslek mensuplarını kapsayan ve partilere ya da siyasal görüş, din, mezhep, felsefi inanç, cinsiyet, hemşerilik gibi unsurlara göre ayrıışmayan meslek teşekkülleri kurulmasını öngörmektedir.

Kanunla bu statüye kavuşmuş kimi kamu tüzel kişilerinde, bu özelliklerinden doğan diğer hususlar mevcut olmakla beraber faaliyet alanının gereklerinin sonucu olarak faaliyet tekeli aranmayabilirse de barolara verilen görevlerin etkin biçimde yerine getirilmesi buldukları bölgede faaliyet tekeli özelliğinin korunmasına bağlıdır. **Baroların bir ilde birden fazla olmasının, Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak şeklindeki görevlerinin yerine getirilmesi bakımından engel oluşturacağı kuşkusuzdur.**

Avukatlık Kanunu'nda barolar, mesleki faaliyete izin vermekten disiplin cezası vermeye kadar çok geniş bir alanda görevlendirilmiştir. Aynı ilde birden çok baronun, bu görevleri bir bütünlük içinde yerine getirmesi beklenemez. Yeni düzenleme ile çoklu baroların görev ve faaliyet alanları ile yetkileri çakışmaktadır. Çoklu baroların ortaya çıkışlarına ilişkin yerel (faaliyette bulunulan ilçeler vs) bir kriter de kullanılmamaktadır. Bu ayrıışmayı mesleki gerekler ışığında haklı gösterecek bir neden de bulunmamaktadır. Sonuç olarak isteyenlerin yeterli sayıyı bulup baro kurmasıyla yalnızca kamu tüzel kişisi olmanın gerekleri ortadan kalkmamakta, **idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.**

Anayasa'nın 123. maddesine göre idarî yapı içinde yer alan kurumların bütünlük içinde çalışması gerekmektedir.⁷ **Bütünlüğün korunması da idari örgütlenmemiz doğrultusunda her ilde tek baro ile mümkün olabilecektir.**

Çoklu baro” değişikliğinin “mesleki gereklerle” bağdaşıp bağdaşmayacağı hususunda; bir noktayı daha açıklamak gerekir. Anayasa Mahkemesi E. 2012/95. K.2013/9 ve 10.01.2013 tarihli kararında, her ne kadar, “*Anayasa'da meslek üst kuruluşlarının birden fazla olamayacağı yönünde getirilmiş anayasal bir sınırlama bulunmadığı...*” yönünde karar vermiş olsa da, hiç kuşkusuz, kararını açıkça, olayda konu edilen turist rehberliği mesleğine dayandırmış ve “*turist rehberliği meslek birliklerinin birden fazla olmasının, Anayasa'da belirtilen, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak şeklindeki görevlerin yerine getirilmesi bakımından bir engel oluşturmadığını*” ifade etmiştir.

Avukatların meslek örgütleri olan barolar, avukatlık mesleğinin gerekleri doğrultusunda, “bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro” suretiyle teşekkül etmekteydi. Hiç kuşkusuz, “turizm rehberliği ya da benzer bir mesleğin gerekleri ile”, “**yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı temsil eden avukatlık mesleğinin gerekleri**” aynı değildir. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesiyle avukatlık “**kamu hizmeti sunan serbest bir meslek**” olarak tanımlanmıştır.

Anayasamız, “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2.maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti'nin,..... bir hukuk Devleti*” olduğunu ifade etmektedir. Bu ifade, yine Anayasanın 36. maddesinde “hak arama hürriyeti” başlığı altında düzenlenen “*herkes,...yargı mercileri önündeiddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmü ile tamamlanmış ve bu suretle, “savunma”, hem işlevsel anlamda, hem de meslek anlamında, yargı gücünün, yargı işlevinin, hak arama hürriyetinin ve de adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından biri olarak, normatif hukuk düzeninde koruma altına alınmıştır.

⁷ Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu ilkeyi sıklıkla kullanmaktadır, bkz. E. 2011/11, K. 2011/151, Kt. 3.11.2011.

Anayasa'nın 9. maddesiyle düzenlenen “yargı organı”, Anayasa'dan ve yasalardan aldığı yetki ve görevler çerçevesinde, “kişiler; devlet organları ile kişiler, devlet organlarının kendi aralarındaki ihtilaflara çözüm getirmek” biçiminde anlaşılan “yargı yetkisini” kullanır. Yargı yetkisi, **bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılırken, iddia ve savunma kurumu, yargı yetkisinin kullanılmasında temel bir işleve sahiptir.** Yargı yetkisinin, demokratik hukuk devletine ve onun bir gereği olan adil yargılanma hakkına uygun kullanılmasının en önemli koşullarından biri de “**mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı**” kadar, “**savunmanın bağımsızlığı ve etkinliğidir**”.

Savunmanın bağımsızlığını ve etkinliğini, dolayısıyla avukatın bağımsızlığını sağlayacak en temel unsurlardan biri de Anayasa'nın 135. ve 1136 sayılı Kanun'un 76. maddesi doğrultusunda, “*avukatlık mesleğini geliştirmek, (...) dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, (...) korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla*” kurulmuş bulunan barolardır.

Aynı yönde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1.maddesi; “*avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder*” demektir. Bu bağlamda, savunma, yargının kurucu unsuru olup, adalete ulaşmanın vazgeçilmez koşulu da, hiç kuşkusuz “**bağımsız savunmayı**” gerçekleştirmektir.

Bağımsız savunmanın somut göstergesi ise avukatın bağımsızlığıdır. “*Savunma hakkı bir güvence, avukat ise bu hakkın bekçisidir*”. “*Savunma hakkının kutsallığı ve temel hakların basında yer alışı, bu hakları birey adına kullanacak avukatın tam anlamıyla bağımsız olmasını gerektirir. Avukatlık mesleğinde bağımsızlık, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde olduğu gibi, adli hizmetlerin etkinlik ve yeterliği açısından da önemlidir.*”

Bağımsızlık, avukatlara görevleri sırasında doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı ya da müdahale getirmeksizin, bağımsızlığını garanti eden, eşitliğe dayalı, adli, idari, hukuki ilkelerin konulması ve korunması demektir. Buradaki bağımsızlık avukatın işi almasında, işi takipte ve işi sonuçlandırmadaki bağımsızlığıdır.

*Bağımsızlık iş sahibine karşı olduğu gibi, meslek örgütüne, devlete ve hatta topluma karşı da bağımsız olmayı gerektirmektedir”.*⁸

Avukatın bağımsızlığını sağlayacak en temel unsurlardan biri de bir baroya kayıtlı olma zorunluluğudur. Bu statüyü doğru anlayabilmek, barolara verilen görevleri de bir bütün olarak düşünmeye bağlıdır. Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesine göre baroların görevleri, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamaktır.

Burada özellikle dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da baroların sadece meslek mensuplarını, mesleğin iç ihtiyaçlarını ilgilendiren bir işlev görmediğidir. Barolara, yargının savunma ayağı olarak hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma ve koruma; mensubu avukatlara da topluma kamu hizmeti sunarak yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etme görevi verilmiştir. Bu kamu adına verilmiş bir görevdir. Hizmetsel yerinden yönetim organı olarak özerk bir biçimde verilen kamusal yetki onlara bir kontrol-denge organı işlevini de yüklemektedir. Siyasi fraksiyonlara bölünmek verdikleri kamu hizmeti bakımından oldukça vahim sonuçlara yol açabilecektir. Amaç siyaseten bölünme değil, meslek ve hizmet gereklilikleri etrafında birleşmek olmalıdır.

Kısa sürede siyasi aidiyet doğrultusunda üç büyük şehirde bölünerek belirecek çoklu barolar verilen görevlerin ifasında farklı tavır ve tutumlara yol açabilecektir. Hızlı biçimde fiilen partilere göre ayrışacaklardır.

Bu tarz bir siyasi ayrışma mahkeme salonlarının içine yansıtacak hatta belki mahkemelerin tarafsız ve bağımsız oluşuna kadar etki edebilecektir. Avukatların mahkeme salonlarında mensubu buldukları baroya göre muamele gördükleri şüphesi belirlediğinde bu zararı kim giderebilecektir? İktidar barosu, muhaliflerin barosu tarzı bölünmeler yargı üzerine yeni gölgeler düşürecektir.

⁸Semih Güner'den aktaran Güneş Gürseler, “Baroların Bağımsızlığı”, TBB Dergisi, S.54, 2004, sy. 303-304.

“Mesleğin gerekleri” açısından kesinlikle **gerekli ve ölçülü olmayan** bir biçimde ve özellikle Anayasa’nın 2., 9., ve 36. maddelerinde yer alan **“bağımsız yargı ve onun kurucu unsuru olan bağımsız savunma”** mesleğini zedeleyecek biçimde “aynı ilde birden çok baro getirmek”; “avukatları, **makul, ölçülü ve kabul edilebilir bir mesleki ya da ekonomik nedene dayanmaksızın**, farklı siyasal ya da sosyal ya da ekonomik nedenlere göre, “aynı ilde birden çok ve ayrı barolarda örgütlenme biçiminde” ayrıştırmak, “savunmanın bağımsızlığı ve etkinliği” vazgeçilmez ilkesini, dolayısıyla da “yargının bağımsızlığı ve etkinliği” ilkesini ortadan kaldıracaktır.

Barolar, devlet etkisine karşı avukatların özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinde avukatlığın bağımsız konumu için çalışır. Nitekim AİHM’e göre, insan haklarının korunmasında çok önemli bir rol oynayan avukat birlikleri bağımsız kalabilmeyi başarmalıdır.⁹

Baroların hukuksal örgütlenme ve işleyiş modelini, Anayasa’nın 2, 9 ve 36. maddelerinde yer alan “bağımsız yargı ve onun kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı” zedeleyecek” ve “mesleğin gereklerine” aykırı düşecek biçimde değiştirerek “aynı ilde birden çok hale getirmek”, Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan “demokratik hukuk devleti” ilkesiyle, Anayasanın 36.maddesinde “hak arama hürriyeti” kapsamındaki “savunma ve adil yargılanma” ilkesiyle ve Anayasanın 135. maddesinde belirlenen “mesleğin müşterek ihtiyaçlarına cevap verme” işleviyle bağdaşır değildir.

Bu ayrışmanın başka yansımaları da olacaktır. İl ve ilçe Tüketici Hakem Heyetleri, Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun’da bahsedilen komisyonlar, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununda bahsedilen koruma kurulları, Hal Hakem Heyetleri gibi kurul ve heyetlere barolar üye göndermektedir. Getirilen düzenleme ile birden çok baro olan illerde baroların büyüklüklerine bakılmaksızın “eşit ve dönüşümlü temsili” öngörülmektedir. Burada az üyeli olanlara tanınan eşitliğin onlara üye sayısı fazla olanlar karşısında haksız bir ağırlık vererek adaletsizliğe yol açıcı olduğu ortadadır. Ancak bunun da ötesinde siyasi tutumlar belirecektir. Görev alınacak bu komisyonlarda iktidar

⁹Hajibeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.4.2018.

kontrolündeki barolar ile olmayan barolar farklı tutumlar benimseyebilecektir. Bu ayrışma kararlara ve yeknesaklığına, kamunun menfaatlerine bütünüyle hanel getirecektir.

IV. Çoklu baro uygulamasının yalnızca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında değil, aynı zamanda barolar arasında da iki farklı statü doğmasının yolu açılacaktır; kimi illerde avukatların hala tek baroyla tekel biçimde hizmet alması mümkün olabilirken, kimilerinde zayıflamış, siyasi görüşlere göre bölünmüş çoklu barolarla baş başa bırakılması sonucu doğacaktır. Bu düzenleme barolar ile diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek odaları arasında da farklı hukuki statülerin doğmasına neden olacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan **“kanun önünde eşitlik” ilkesi**, “dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasal görüş, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve diğer benzer nedenlerle” ayırım gözetilemeyeceğini, farklı bir uygulama getirilemeyeceğini, açıkça hükme bağlamıştır. Aksine bir davranış, Anayasanın 10. maddesinin ihlali anlamına gelir.

Buna karşılık, avukatların ve onların meslek örgütleri olan Baroların, *“üyelerinin siyasal görüşleri, düşünceleri, dinleri, inançları, mezhepleri, ya da başka benzer bir nedenle ayrılmaları, farklı barolar kurmaları”, “mesleki gerekler”* ile açıklanabilir bir farklılaşma olmayacaktır. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları arasında Anayasa'nın 10. maddesindeki yasak kapsamına girmeyen (yani siyasal görüş, felsefi inanç, din, mezhep, hemşerilik gibi nedenlere dayanmayan) bir farklılaşma, ancak “mesleki gerekler” nedeniyle olabilir. Nitekim, Anayasa'nın 135. maddesinde, *“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki menfaatlerini kolaylaştırmak, meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı”* ile kurulan kamu tüzelkişilikleri oldukları” hükme bağlanmıştır.

Kaldı ki, ilgili kanun değişikliğinin 15. maddesindeki “Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir” hükmüne son anda eklenen “Bu sayıların belirlenmesindekamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatlar esas alınır.” düzenlemesinin amaç ve hedefi çok açıktır; Yeni bir baro

kurmak için gerekli 2000 avukat sayısının bulunamaması durumunda, bugüne kadar, baroya yazılmaları gerekli ve zorunlu olmayan “*kamu avukatları*”, gerekli sayının bulunmasında kullanılacaktır.

Son anda yapılan bu değişiklik dahi şunu açıkça göstermektedir ki; söz konusu kanun değişikliği, özünde “*mesleğin müşterek ihtiyaçları*” değil, “*mesleki gerekleri ya da siyasal hedefleri nedeniyle siyasal iktidara yakın olan*” ve “*olmayan*” barolar biçiminde bir farklılaşmanın gerçekleşmesine yöneliktir.

Barolar ve üst kuruluşlar, ancak “*mesleğin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak*”, “*mesleki menfaatleri korumak*” amacı ile kurulurlar. **Bunlar arasında, “mesleki müşterek ihtiyaçlar dışında”, farklılaşma yaratmak, birden fazla kuruluşa izin vermek Anayasa’nın 135.maddesi kadar, 10.maddesinde korunan kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşır değildir.**

V. Anayasa’nın 135. maddesine bakıldığında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından iki önemli husus göze çarpmaktadır: birincisi **kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulması ve diğeri de organlarının kendi üyeleri tarafından seçilmesidir.** Bu noktada yapılacak tüm düzenlemelerin Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ve demokratik devlet ilkelerine de uygun olması gerekmektedir.

Kanunla kurulmak demek, sadece adı kanun olan ve TBMM tarafından yapılan bir işlemle kurulması demek değildir. Kanunun belli özellikleri haiz olması gerekir. Bunun somut anlamı **belirlilik ilkesidir** ve hukuk devletin ayrılmaz bir koşuludur. Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarıyla da korunmaktadır. Bu ilke “*yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleriyle de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır*”.¹⁰ Burada çoklu

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/73, K.2019/65, KT. 24/7/2019, p.145.

baro düzenlemesinin hayata geçmesi, en az 2000 avukatın sübjektif hak kullanır şekilde ortaya çıkıp kendi alternatif barolarını kurmasıyla gerçekleşecektir. Bunun sonucu olarak da avukat sayısı bakımından kalabalık olan büyük şehirlerde ortaya çıkabilecek baro sayısı da belirsiz kalmaktadır. Kayıtlı üye sayısı azalınca kurulan baroortadan da kalkabilmektedir.**Bir ilin sahip olabileceği baro sayısı ve varlıklarının devamı vatandaşlar ve üye avukatlar açısından öngörülebilir olmaktan çıkmaktadır.**Düzenleme bu yönüyle de AY.2.md ile korunan hukuk devleti ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.

VI. 7249 sayılı kanununla getirilen düzenlemelerin demokratik devlet ilkesini de ciddi biçimde zedelenmekte olduğu görülmektedir. TBB'nin en önemli organı olan Genel Kurulu, baroların üyelerince seçilerek gönderilen delegelerle oluşmaktadır. 1136 sayılı Kanun'un eski 114.maddesi uyarınca Genel Kurul'da her baro 2 delegeyle ve ilave olarak "*avukat sayısı yüzden fazla olan barolar, yüzden sonraki her üçyüz üye için ayrıca birer delege*" ile temsil edilmekteydiler. Bu madde, 7249 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilerek, her baronun 3 delege ile temsili ve ilave olarak 300 üye yerine 5000 üye için 1 delege seçilmesi öngörülmektedir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadıyla belirlenen yaklaşımı aşağıdaki gibidir:

"Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun seçim sisteminin, yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir.

Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği ise adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel-oy esasını içermesidir. Hukuk devletinin bir gereği olarak adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi de diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Temsilde adaletin sağlanamadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez."¹¹

¹¹ Anayasa Mahkemesi,E. 2011/55, K. 2011/146, KT.27.10.2011.

(Aynı yönde E.1991/4 K.1991/45 KT.03.12.1991)

Yukarıdaki içtihadın koruduğu demokratik hukuk devleti ilkesinin en temel sonuçlarından birisi de temsilde adalettir. **7249 sayılı kanunla getirilen yeni düzenlemenin temsilde adalet ilkesine aykırı olduğu açıktır.** Büyük barolarda üyelerin temsilinde ciddi azalmaya gidilecektir. **Çoğulculuk ve temsil adaleti ciddi yara alacaktır.** Nitekim Türk Dış Hekimleri Birliği için öngörülen benzer bir düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli bir kararı ile iptal edilmiştir:

“Sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan dış hekimleri odalarının Genel Kurul'a katılımlarının on delegeyle sınırlandırılması ve böylece Türk Dış Hekimleri Birliği'nin en önemli organının oluşumunda temsilde adaletin önlenmesi, demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir”¹²

Demokratik hukuk devleti ilkesi gereği TBB Genel Kurul oluşumu, her bir avukatın Genel Kurul kararlarına katılım hakkını güvence altına almalıdır. Bunun için de seçilecek toplam delege sayısı içinde her bir baroya düşen delegenin belirlenmesinde, **kural olarak her bir baronun üye sayısının göz önünde bulundurulması zorunlu tutulmalıdır.** Aksi takdirde Genel Kurulun alacağı kararlar ve yapacağı seçimlerin, her bir il barosunun üyelerince eşit ölçüde meşrulaştırılması mümkün olmayacaktır.

TBB'nin kendisini ifade edebilmesi, ancak organları eliyle mümkündür. TBB, yalnızca üyelerinin temsil edildiği organları sayesinde var olabilir. Bu noktada Genel Kurulda temsil edilen üyeler ile devlet organları ve bu organların aktif vatandaşlarca meşrulaştırılması arasında bir paralellik ortaya çıkmaktadır. Bu paralellik gereği, delegelerin temsilci olarak yer aldığı heyet halindeki organları oluşturacak seçimlerde, temsil edilecek üyelerin oylarının eşit ağırlığa sahip olması aranmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ifade edilen içtihatları da bu gereği doğrulamaktadır.¹³

¹² Anayasa Mahkemesi,E. 2011/55, K. 2011/146, KT.27.10.2011.

¹³ Anayasa Mahkemesi'ne göre; “Böylece nüfusu yetmeyen illere yasa ile ikinci milletvekilliği tahsis edilmekle geçerli oyların sayısı ile seçilecek milletvekili sayısı arasında olması gereken adil bir dengenin oluşması ortadan kaldırılmakta ve nüfusu düşük illerde kullanılan oylara ayrıcalık tanınarak oyların eşitliği ve temsilde adalet ilkelerine aykırı bir durum yaratılmaktadır.” (E. 2009/88, K. 2011/39, Kt. 10.2.2011).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre de demokrasi ilkesinin içerdiği bir işlev olarak, her bir bireye seçim hakkı ile demokratik siyasi süreçlerin merkezi unsuru olma konusunda öznel bir hak tanınmaktadır (Ek Protokol 1 md. 3). Burada Avrupa insan hakları düzeninin temel bir değeri söz konusudur.¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi seçimin eşitliğini, seçim hukukunun yazılı olmayan temel ilkesi olarak kabul etmektedir. Bu ilkeyi Mahkeme, sayısal değerin eşitliği (bir kişi, bir oy) ve başarı değerinin eşitliği (oyların seçim sonucuna eşit etkisi) olarak anlamaktadır.¹⁵

Avukatlık Kanunu'nda yer alan eski düzenleme (md. 114), yukarıda belirtildiği biçimde her bir baronun üye sayısını göz önünde bulundurmakta ve başarı değerinin eşitliğini korumaktaydı. Ancak Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklik, çok sayıda avukatın kayıtlı olduğu baroların, Genel Kurul'da üye sayıları oranında değil, sınırlı sayıda delege ile temsil edilmelerine yol açacaktır. **Üye sayısı fazla olan baroların Genel Kurul'a katılımları ölçsüz biçimde sınırlandırılmakta ve böylece TBB'nin en önemli organının oluşumunda temsilde adaletini önleyen ve demokrasi ilkesiyle çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır.**

Sonuç olarak, barolarda kullanılan oylar ile seçilecek delege sayıları arasında adil bir denge kurmayan her öneri, başarı değerinin eşitliğini ihlal ettiği için Anayasa'nın 2.maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesine, 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, 135. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından da korunan demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır.

VII. Demokratik devlet ilkesine aykırılıklar sadece baroların TBB Genel Kuruluna göndereceği delegelerle sınırlı değildir. 7249 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle TBB'nin organlarının üyelerini ve başkanını seçme yetkisine sahip olan **Genel Kurul'un olağanüstü toplanması zorlaşmakta ve olağanüstü toplanarak seçim yapabilme yetkisiyse kaldırılmaktadır.** Hiç şüphe yok ki AY 135.maddeden kaynaklanan demokratik esaslara göre organlarını seçme ve çalıştırma zorunluluğu, TBB için de devam etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi seçme ve seçilme hakkına benzer bir müdahale için şu tespiti yapmıştır:

¹⁴ Gorzelik ve diğerleri, Polonya'ya karşı, No. 44158/98 (17.2.2004).

¹⁵ Bkz. Peters A./Altwicker T. , Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C. H. Beck, München 2012, s. 116-117.

“Anayasa, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim ve işleyişlerinin demokratik hukuk devleti esaslarına uygun olması kuralını öngörmüş ve kurum içi demokratik yapıyı sağlamıştır. Kuşkusuz demokratik düzenin en belirgin niteliği de seçimlerdir. Seçimlerin adaletli bir katılım ile serbest, eşit ve genel-oy ilkelerine dayalı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.

.....

Demokratik hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması esastır. Demokratik hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi de özgür, genel, eşit ve gizli oya dayalı, hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk anlayışı içerisinde ilgililerin birbirleriyle rekabet edebildiği dürüst ve düzenli seçimlerin varlığıdır. Bu şekildeki bir devlette yönetime gelmede ve ayrılmada tek yol seçimler olup, buna ilişkin yasaklar “demokratik hukuk devleti” ilkesiyle bağdaşmaz.¹⁶”

Anayasa Mahkemesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının işleyişinde demokratik esaslara uygunluğu istikrarlı içtihadı ile korumakta özellikle **seçme ve seçilme hakkına müdahale biçimindeki düzenlemeleri ise kabul etmemektedir.** TBB'nin olağanüstü toplanarak seçim yapma yetkisini kaldırmak, Anayasa'nın 2.maddesindeki demokratik devlet ilkesine ve 135. maddesindeki organlarının demokratik irade ile belirlenip değiştirilmesi ve çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdürmesi ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

VIII. 7249 sayılı Kanun'un 22.maddesi, Avukatlık Kanunu'na Geçici 23.maddeyi eklemektedir. Bu maddeyle de görev sürelerine bakılmaksızın baroların ve TBB'nin seçimli organlarının 2020 Ekim ve Aralık aylarında seçimlerinin yenileneceği ifade edilmektedir. **Böylece yukarıdaki içtihatla korunan demokratik hukuk devleti ilkesi bir noktada daha ihlal edilmektedir.** Seçim ilkesinin özü göreve gelmede ve ayrılmada seçimdir. Üyeler - burada seçmen olma hakkına sahip olan avukatlar - dışında bir iradeyle, seçilmişlerin görev süresi dolmadan görevleri sonlandırılmaktadır. Yeni seçilecekler bakımından, özellikle TBB delegeleri bakımından da temsilde adalet ilkesini ihlal ettiği açık olan yeni düzenlemeler geçerli kılınmaktadır. Yukarıdaki gerekçelerle burada da bir anayasaya aykırılık oluşacağı açıktır.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/128, K.2013/7, KT.10.01.2013.