



Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU
İstanbul Milletvekili
Anayasa Komisyonu Üyesi

ÇOKLU BARO: ANAYASAYA UYGUNLUK SORUNU

İÇİNDEKİLER

I. BAROLARA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN ANAYASAL ÇERÇEVESİ	2
A) KAMU TÜZEL KİŞİSİ OLARAK BAROLAR	2
B) ADİL YARGILAMA BİLEŞENİ OLARAK BAROLAR	3
1.- Mahkeme hakkı	4
2.- “Silah”ların eşitliği ilkesi	4
3.- Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkı	5
4.- Açık usul (aleniyet) ve çabukluk (ivedilik) ilkesi	5
5.- Yargı kararlarının uygulanması: yükümlülük-hak	6
6.- Suçsuzluk karinesi	6
7.- Savunma hakları	6
C) DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNİN BİLEŞENİ OLARAK BAROLAR	7
II. ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU	8
A) ÇOKLU BARO, ANAYASA MADDE 135’E AYKIRIDIR	8
1.- Amaçlar yönünden	8
2.- Yasallık bakımından aykırılık	9
3.- Siyasal partilerin aday gösterme yasağı bakımından	9
4.- Amaç dışı faaliyetler bakımından	10
5.- İdari ve mali denetim bakımından	10
6.- Faaliyetten men bakımından	10
7.- “Kamu tüzelkişiliğinin yarattığı yetki tekeli bakımından	10
B) ÇOKLU BARO, ADİL YARGILAMA İLKESİNE AYKIRIDIR	11
C) ÇOKLU BARO, DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNE AYKIRIDIR	13

ÇOKLU BARO: ANAYASAYA UYGUNLUK SORUNU

Avukatlık Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Anayasa'ya uygunluk yönünden incelenirken, öncelikle Barolar üzerine anayasal çerçeve ortaya konulacak; ardından, Kanun Teklifi'nin bu bağlamda Anayasa'ya hangi yönlerden aykırı olduğu ele alınacaktır.

I. BAROLARA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN ANAYASAL ÇERÇEVESİ

Barolar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (KKNMK) olarak dayanağını doğrudan Anayasa madde 135'ten alırlar.

Bununla birlikte savunma, sav+savunma+hüküm diyalektiği merkezinde yer aldığından ve yargısal karar sürecinde eksen bir konuma sahip olduğundan; meslek olarak dayanağını, Anayasa'nın adil yargılanmaya ilişkin düzenlemelerinde bulur.

Baroların ve savunma mesleğinin anayasal konumu, daha genel olarak, "insan haklarına dayanan demokratik hukuk devleti" çerçevesinde Anayasa bütününde araştırılmalıdır.

Şu halde barolar, kamu tüzel kişiliğidir (A).

Barolar, adil yargılanma hakkının ana bileşenleridir (B).

Barolar, demokratik hukuk devletinin bileşenleridir (C).

A) KAMU TÜZEL KİŞİSİ OLARAK BAROLAR

Ön sorun olarak ifade edilmelidir ki, "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olarak kamu tüzel kişiliği"; dernek (Anayasa, m.33), vakıf (Anayasa, m.33), sendika (Anayasa, m.51) ve siyasal parti (Anayasa, m.68-69) gibi giriş ve çıkışın birey özgürlüğüne dayalı olduğu gönüllü örgütlenmelerden nitelik olarak ayrılır¹. Bu açıdan; baroların hukuki rejimi belirlenirken, sayılan tipteki örgütlenmelere ilişkin ilkeler ve hukuki rejim esas alınmaz.

Anayasa madde 135; kamu tüzel kişiliği statüsündeki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görev+yetki+sorumluluklarını, yükümlülük ve özelliklerini ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamdaki değerlendirmesi şöyledir:

"1982 Anayasası'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yaklaşımı, meslek üyelerinin ortak gereksinimlerinin karşılanması, çalışmalarının

¹ Bunlar, özel hukuk tüzel kişileri olup, özel hukuk tüzel kişileri ile kamu (hukuku) tüzel kişileri arasında nitelik farkı vardır..

kolaylaştırılması ve meslek disiplini yönünden gözetim ve denetim ağırlıklıdır. Üyelerinin uğraş konuları ve çalışma alanları bakımından bir tür kamu hizmeti yaptıkları gözönünde tutularak "idare" bölümü içinde düzenlenmişlerdir" (AYM, E. S.: 1994/82, K.S.: 1995/9).

KKNMK'NİN görevlerini, barolar açısından somutlaştırmakta yarar var:

- Avukatların ortak gereksinimlerini karşılamak,
- Avukatların mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak,
- Avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak,
- Avukatların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak,
- Avukatlık meslek disiplini ve ahlakını korumak.
- Barolar, ancak yasa ile kurulabilir.

Demokratik yönetim ve siyaset dışı kurumlar: Baroların yönetimi ve karar organları, kendi üyeleri arasından seçimle belirlenir. Bu alandaki sınır, siyasal partilerin aday gösterememeleridir.

Yasak: Barolar, amaç dışı faaliyette bulunamazlar.

Statüsü: barolar, kamu tüzelkişiliğidir. Kamu tüzel kişiliği, avukatların tabi olduğu kuralları uygulama görev ve yetkisi ile donatılan özerk bir kurum olmasını ifade eder. Bu itibarla, kamu kurumlarında geçerli görev+yetki+sorumluluk üçlüsü, kamu tüzel kişiliği çerçevesinde örgütlenmiş olan barolar için de geçerlidir. Denetim, bu çerçevede anlam kazanır.

Denetim: Barolar üzerinde, "*Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir*".

Görev güvencesi ve yargı kararı: Amaç dışı faaliyet gösteren baroların yöneticileri ancak yargı kararı ile görevden alınabilir.

Özetle, barolara ilişkin emredici ve yasaklayıcı kurallar madde 135'te sayılmış olup, yasallık ilkesi ve yargı denetimi, anayasal kuralların uygulanmasına ilişkin asgari güvenceler oluşturur.

B) ADİL YARGILAMA BİLEŞENİ OLARAK BAROLAR

Öncelikle, sav+savunma+hüküm diyalektiğinde adil yargının sağlanması için gerekli asgari kuralları açıklamak uygun düşer. Sonra, baroların, sav+savunma+hüküm üçlüsünün ayrılmaz bileşeni olduğuna dikkat çekmek uygun düşer; zira baroların işlevi savunma hakkı ile sınırlı kalmayıp, adil yargılanmanın asgari gerekleri bütününe yayılır.

1.- Mahkeme hakkı

-*Yargı yetkisi*: Mahkemelere ulaşma olanağı yoksa hukukun üstünlüğünden söz edilemez (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi-İHAM, Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975). Hakkaniyete uygun bir yargı hakkı ile iç içe olan “ mahkeme hakkı”, bir mahkemeye somut ve etkili bir erişim hakkını gerekli kılar. Yetkili bir yargı organına etkili bir başvuru hakkı, hukukun genel ilkeleri arasında yer alır. Mahkeme hakkı, âdil yargı güvencelerinden biridir. Mahkeme, maddi planda yargısal işleviyle nitelenir: *“kendi yetkisine giren her alanda, hukuk kuralları temelinde ve öngörülmuş usule uygun olarak karar vermek (sorunu çözmek)”* (İHAM, Sramek/Avusturya, 23 Ekim 1984). *“Yargısal olmayan bir organ tarafından değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar vermek”*, mahkeme kavramına içkin bir yetkidir (İHAM, Van den Hurk/Hollanda, 19 Nisan 1994).

- *Yargıca etkili ulaşım*: *“Başvurucunun, haklarına müdahale oluşturan işleme itiraz için açık ve somut bir olanağa sahip olması”* gerekir (İHAM, Bellet/Fransa, 4 Aralık 1995).

- *Gerekçeli karar*: Mahkemeye erişim hakkı, uyuşmazlığı kesin olarak çözen gerekçeli bir kararı elde etme hakkını gerekli kılar.

- *Hukuki güvenlik ilkesi*: Hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak, mahkemelerce uyuşmazlığın kesin olarak çözümünün sorgulanmamasını gerekli kılar. Benzer şekilde, ister gerçek ister tüzel kişi olsun, bazı hak sahiplerine adaletle başvurma hakkını engelleyen kurallar, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeler (İHAM, Les saints-monastères/Yunanistan, 9 Aralık 1994). Hukuki güvenlik ilkesi, iç hukukta bir başvuru için uyulması gereken formalitelere ve sürelerle ilişkin kuralları da kapsamına alır.

Savunma, mahkeme hakkına ilişkin temel ilkelerin uygulamaya konmasında yeri doldurulmaz bir işlev görür.

2.- “Silah”ların eşitliği ilkesi

Silahların eşitliği ilkesi (SEİ), adalet hakkı bütününe niteleyen, düzgün yargılamanın temel bir ilkesidir: *“Herkes, davasının hakkaniyete uygun bir şekilde dinlenilme hakkına sahiptir”*. Silahların eşitliği, uyuşmazlığın tarafları arasında adil bir dengenin gözetilmesini gerekli kılar.

- SEİ, kanıt öğelerinin araştırılmasına eşit katılabilmeyi gerekli kılar.

- SEİ, bulgu ve iddiaların dikkate alınması konusunda eşit araçlara sahip olunmasını gerekli kılar.

- SEİ, başvuru yollarının kullanılmasının da güvence altına alınmasını gerekli kılar.

Savunma, silahların eşitliği ilkesinin en etkili aktörüdür.

3.- Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkı

Adil yargılanma hakkı, mahkemenin örgütlenmesi ve oluşumuna ilişkin güvenceleri de kapsamına alır.

- Mahkemenin bağımsızlığı, yargıcın statüsü ile ilgili ölçütler ile açıklanır: Göreve geliş şekli ve görev süresi, görevden alınamaması, görev yerinin değiştirilememesi, görevlerini yerine getirirken ona emir vermenin hukuken olanaksız olması, dış baskılara karşı koruma mekanizmasının varlığı (İHAM, Sramek/Avusturya, 22 Ekim 1984) nesnel ölçütlerdir. Öznel ölçüt ise, başvuru gözünde “bağımsızlık görüntüsü”ne sahip olması anlamına gelir. Statü bağımsızlığı, yargıcın işlevsel bağımsızlığının bir güvencesidir. İşlevsel bağımsızlık, her yargıcın, yargı erki içinden gelecek baskılara karşı, -özellikle hiyerarşik bakımdan üst konumda bulunanlara-korunmasını gerekli kılar (İHAM, Agrocomplex /Ukrayna, 6 Ekim 2011).

Her mahkeme, yargılama görevini, iktidarın müdahalesi olmaksızın tam bir özgürlük içerisinde yapabilmelidir.

- Başta, yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlık zorunludur.

- Taraflar karşısında bağımsızlık, mahkemenin tarafsızlığı ile bitişik bir durumdur.

- Bütün fiili iktidarlara karşı bağımsızlık; başta basın gelmek üzere, görülmekte olan davayı etkileyen faktörlere karşı bağımsız olmayı içerir.

- Tarafsızlık da, öznel ve nesnel bir değerlendirmenin konusunu oluşturur. “Öznel yansızlık”, “tersi kanıtlanıncaya kadar” varsayılır; “nesnel yansızlık” ise, yargıcın kişisel davranışından çok, belli olguların, bunu teyit edip etmediğinin sorgulanmasını gerekli kılar. Adil yargı güvenceleri, sorgu yargıcından başlar ve tarafsızlık bu aşamadan itibaren gözetilir.

Yansızlık, yargıcın tutum ve kanaatleri hesaba katılmaz ise sağlanabilir. Zira, önyargılı olan, yargılayamaz. Kararların gerekçelendirilmesi, hem nitelikli adalet için vazgeçilmezdir; hem de yargıcı kişisel kanaatlerinden uzaklaştırmaya zorlayan bir olgudur.

Şu halde bağımsızlık ve tarafsızlık, haklı olanı haksızdan ayırmak, gerçeği söylemek için (*jurisdictio*) tanınan bir statüdür ve yargıcın erdemidir.

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkı, ancak bağımsız ve özerk savunmanın olduğu, sav+savunma+hüküm üçlüsünde sağlanır.

4.- Açık usul (aleniyet) ve çabukluk (ivedilik) ilkesi

Yargısal sürecin açıklığı, gizli adalete karşı başvurucular için güvence oluşturur ve adalette güvenin korunmasını sağlar. İHAS, m.6/1, aleniyet ilkesinin ikili görünümünü yansıtır: Tartışmaların aleniyeti ve karar bildiriminin aleniyeti. Hızlılık ise, “makul süre” anlamında kullanılır ve bu süre, adaletin saygınlığı ve etkililiğini sağlayan bir süreçtir.

5.- Yargı kararlarının uygulanması: yükümlülük-hak

Yargı kararlarının uygulanmaması, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz; uygulama gereği, hakkaniyete uygun dava kapsamı içinde yer alır.

Şu halde, düzgün yargı kavramı, aşamalar olarak, yargıca erişim, yargılamanın oluşumu ve kesinleşmiş-bağlayıcı kararları uygulama yükümlülüğünü kapsamına alır.

6.- Suçsuzluk karinesi

“Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” ilkesi, sadece davaya bakmakta olan yargı mercii için değil, diğer devlet organları açısından da geçerlidir. Aslında bu ilke, herkes için, her zaman ve yer yerde geçerli bir ilkedir. Bu nedenle bu ilke, sadece ceza davaları için değil, diğer yargı mercileri önünde de geçerlidir.

7.- Savunma hakları

Ceza davalarında, “somut ve etkili” bir savunma söz konusu. Silahların eşitliği ilkesi ve çapraz sorgulama ilkesi, ilgilinin her aşamada kendini dinletebilmesi (sesini duyurabilmesi) önemlidir. Bunların sağlanabilmesi, devletin pozitif (olumlu) yükümlülüğünü gerekli kılar. Susma hakkı da bu çerçevede yer alır.

- Sessizliği koruma ve kendisinin suçlandırılmasına katkıda bulunmama hakkı, yetkililerin istismarcı yaptırım uygulamalarının önüne geçmeyi amaçlar.
- Susma hakkı, kişinin sessizliğinin suçunu kabul ettiği anlamına gelmez veya böyle bir sonuca götürmenin önündeki engeldir.

Davasına katılma hakkı da savunma hakkı içinde yer alır:

- Sanık, her şeyden önce kendisine yöneltilen suçlamanın ne olduğu ve nedeni konusunda bilgilendirilmelidir.
- Eğer dil sorunu var ise, adli yardımdan yararlanmalıdır.
- Sanığın davada kişisel olarak hazır bulunma hakkı vardır.

Uygun bir biçimde kendini savunma hakkı, sanığın “somut ve etkili” bir savunmadan yararlanma hakkı olarak tanımlanır. Bu da, savunmayı hazırlamak için yeterince zamana ve uygun ortama sahip olma hakkını kapsamına alır.

- Kendini kişisel olarak savunma hakkı, dosyaya giriş hakkı ile suç tanıtılarının kendisine iletilmesi hakkını gerekli kılar.
- Avukat bulundurma hakkı ise, güvenlik tarafından başlatılan ön soruşturma (polis sorgusu) aşamasından itibaren geçerlidir.
- Savunma hakkının etkililiği, sanığa, avukatıyla üçüncü kişilerin gözetimi dışında iletişimde bulunma hakkını içerir.

Tanıkları sorgulama hakkı da, savunma hakları içinde yer alır ve çapraz sorgulama sürecinin bir parçasını oluşturur.

DEĞERLENDİRME: BAROLAR, ADİL YARGILANMA HAKKININ TEMEL BİLEŞENİDİR.

Adil yargılama, bağımsız yargı ile mümkündür. Yargının bağımsızlığı, sav+savunma+hüküm üçlüsünde anlam kazanır. Bu nedenle, belirtildiği üzere, özerk ve demokratik baro çatısı altında örgütlenen savunmanlık, bağımsız yargının ayrılmaz ögesidir. Bağımsız yargı, erkler ayrılığının sacayağıdır. Erkler ayrılığı ise, hukuk devletinin iskeletidir. Bu bakımdan barolar, bağımsız yargının (adil yargılanma hakkı) vazgeçilmez öğeleri olduğu gibi, demokratik hukuk devletinin de bileşenidir.

C) DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNİN BİLEŞENİ OLARAK BAROLAR

Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına dayanan², demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir (md.2).

Baroların çifte konumu; hem hukuk devleti hem de demokratik devlet açısından ayrıcalıklı anayasal statüye sahip olmasından kaynaklanıyor:

Hukuk devleti, mekanizma olarak iki temel gerekliliğe dayanır: erkler ayrılığı ve normlar hiyerarşisi.

Barolar, bağımsız yargı için ne kadar gerekli ise, bağımsız yargı da erkler ayrılığının temel koşuludur. Şu halde özerk barolar, erkler ayrılığının da olmazsa olmaz bileşenleridir. Normlar hiyerarşisi açısından; barolar, kaynağını, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa'dan alıyor.

“İnsan haklarına dayanan demokrasi” açısından, Barolar, demokratik ve insan haklarını savunan kamu tüzel kişiliği statüsü ile, içerik olarak hukuk devleti gereklerine yanıt veren kuruluşlardır. Zira hukuk devleti, mekanizma olarak erkler ayrılığı ve normlar hiyerarşisine dayandığı gibi içerik olarak belli bir demokrasi anlayışına, belli bir insan hakları ve belli bir devlet anlayışına dayanır. Şu halde yasa önerisinin öznesi konumundaki barolar, hukuk devletinin mekanizma ve içerik olmak üzere çifte aktörleri olarak görülebilir.

Bağımsız yargı, erkler ayrılığının sacayağı; erkler ayrılığı ise, hukuk devleti örgütünün ana iskeletidir. Bunun barolar açısından anlamı şu: bağımsız yargının (adil yargılanma hakkı), ana bileşeni olarak barolar, erkler ayrılığı ve hukuk devletinin de vazgeçilmez öğeleridir.

Seçimle belirlenen organlar eliyle yönetilen barolar, Anayasa madde 2'de öngörülen “demokratik hukuk devleti”nin bileşenidir aynı zamanda.

² Madde 2 metninde “insan haklarına saygılı” ibaresi yer alıyor olsa da, 2001 Anayasa değişikliği sırasında madde 14'te kullanılan “insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet” tanımından hareketle madde 2, “insan haklarına dayanan” şeklinde okunmalıdır.

II. ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

Her il için öngörülen tek baro yerine çoklu baro ve demokratik olmayan temsil, Anayasaya çok yönlü olarak aykırıdır. İlk başlıkta verilen bilgiler ışığında üçlü test yaklaşımı bu açıdan da geçerlidir.

A) ÇOKLU BARO, ANAYASA MADDE 135'E AYKIRIDIR

Amaç, yasallık, siyasal partilerle ilişki, amaç dışı faaliyet, faaliyetten men, idari ve mali denetim, kamu tüzel kişiliğinin yarattığı yetki tekeli bakımından Anayasa madde 135'e çok yönlü olarak aykırıdır.

1.- Amaçlar yönünden

Madde 135'te sıralanan 5 amaç, her ilde tek baro ilkesi ile birden çok baro açısından nasıl değerlendirilebilir?

- Avukatların ortak gereksinimlerini karşılamak
- Avukatların mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak
- Avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak
- Avukatların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak
- Avukatlık meslek disiplini ve ahlakını korumak

Sıralanan 5 ayrı amacı, bir ilde kurulu olan bir baro yerine birden çok baronun daha iyi karşılayacağını gösteren somut bir gerekçe veya bir kanıt olmadığı gibi, tam tersine, herbirinin ayrı ayrı incelenmesi ve irdelenmesi, üye sayısı daha yüksek olan tek baro uygulamasının belirtilen amaçlara daha elverişli olduğunu teyit eder. Bu itibarla, madde 135'in ortaya koyduğu amaçlara, baroların tekliği ilkesi daha elverişlidir. Baroların tekliği ilkesinden ayrılıp çoklu baroya geçiş için amaçsal bir haklılaştırma söz konusu değildir. Örneğin, İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat sayısı yaklaşık 48 bin olduğuna göre, Teklif md.15'e göre, İstanbul'da 24 baro kurulabilecektir. Bu durumda, Anayasa madde 135/1'de beş kalem olarak sıralanan amaçları daha iyi nasıl gerçekleştirecekleri bir yana, "kamu tüzel kişiliği" adı altında yapılan hukuki işlemlerde 24 ayrı uygulama tarzı ortaya çıkacak demektir. Çoklu işlem ve uygulama, kamu tüzel kişiliği ve kamu hukuku ile özdeşleşen kamu yararı kavramına tamamen yabancı ve aykırıdır.

Avukatların mesleğe yabancı ölçütlerle farklı barolara dağılmasını içeren çoklu baro sistemi;

- Bölünmüş ve belki de kutuplaşmış avukatların ortak gereksinimlerini karşılamayı zorlaştıracaktır. Birbirlerine karşı, kayıtlı oldukları baroya göre partizan ve hasmane şekilde davranacak avukatlar ortaya çıkacaktır. Farklı siyasi eğilimleri sonucu ayrı ayrı

kurulmuş barolar, bazı durumlarda, aralarındaki siyasi mesafe nedeniyle, avukatların ortak gereksinimlerini savunmak amacıyla birlikte hareket edemeyebileceklerdir.

- Avukatlar arasındaki genel dayanışmayı ortadan kaldıracak, herkesin ancak kendi barosuna kayıtlı meslektaşısıyla dayanışma sağlayabileceği rekabetçi bir ortama yol açacaktır. Bu açıdan, çoklu baro sistemi, avukatların mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak şöyle dursun, bugün olduğundan daha da zor hale getirecektir.

- Partizanlığı ve siyasi bölünmeyi avukatlık mesleğinin merkezine getireceğinden, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesine mani olacaktır.

- Avukatların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak bir yana; söz konusu ilişkilerde ön yargıyı ve şüpheyi egemen kılacaktır.

- Siyasi parti aidiyet ve disiplinin, avukatlık meslek disiplini ve ahlakının yerine geçmesine yol açabilecektir.

Bu itibarla; kanun teklifinde önerilen çoklu baro sistemi, Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır.

2.- Yasallık bakımından aykırılık

“Kanunla kurulma” kuralı barolar için de geçerli olduğuna göre, 5000 avukat ve 2000 imza kuralı, yasallık ilkesini karşılar mı?

Yasa önerisi, *“Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla bir baro kurulabilir”* kuralı (md.15) ve bu çerçevede öngördüğü düzenleme ile kamu tüzelkişilerinin *“kanunla kurulma”* koşulunu ihlal etmekte; kamu kurumuna ilişkin anayasal statü, gönüllü kuruluş esasına dayanan özel hukuk tüzel kişisine dönüştürme irade ortaya koymaktadır. Bu da, haliyle melez statülü bir kuruluşun kamusal yetki kullanma riskini beraberinde getirmektedir ki, hukuki niteliği belirsiz bu tür bir ara statü ihdası, Anayasa'ya aykırıdır.

3.- Siyasal partilerin aday gösterme yasağı bakımından

Barolar, *“ kendi üyeleri tarafından gizli oyla seçilen... organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler”*.

Madde 135 çerçevesinde tekli baro uygulaması için geçerli olan bu kuralın çoklu baro uygulamasında dolanılacağı açıktır. Zira çoklu baro örgütlenmesi, siyasal görüş farklılıkları ve ideolojik temelde gerçekleşeceğinden, böyle bir yapılanmada siyasal partilerin belirleyici olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Zorunlu baro kuralında ise, örgütlenme yasal ve partiler ötesi bir temelde gerçekleştiği için, adaylık yarışması da partiler dışı şekilde cereyan etmektedir. Buna karşılık, kuruluşunda bir siyasal partinin belirleyici olması kuvvetle muhtemel olduğu bir baroda aday belirleme işlemi de, haydi haydi partiler tarafından kotalı olacaktır.

4.- Amaç dışı faaliyetler bakımından

Barolar, “amaç dışında faaliyette bulunamazlar”; amaç dışı faaliyetin yaptırımı, seçimle gelinen görevin sona ermesidir. Çoklu baroda, barolar siyasallaşacağı için, her ne kadar yargı yetkisi söz konusu olsa da, yargının, yürütmenin güdümünde olduğu bir anayasal düzen ve uygulamasında, iktidar partisinin etkili olacağında kuşku bulunmamaktadır. Her halükârda; aynı ildeki barolar, baro kamu tüzelkişiliğine içkin olmayan dışsal itkilerle kurulacağından, amaç dışında faaliyette bulunma yasağının ihlal olunacağı aşikârdır.

Bu itibarla, madde 135/1’de belirtilen ve beş kalemde toplanan amaçların, İstanbul örneğinden devam edecek olursak, 24 ayrı baro arasında nasıl bir uyum sağlanacağı da ayrı bir tartışma konusudur.

5.- İdari ve mali denetim bakımından

Çoklu baro uygulamasında baro farklılaşmaları daha çok siyasal, ideolojik ve inanç temelinde ortaya çıkacağından, kamu makamlarının barolar üzerindeki idari ve mali denetimlerini yansız ve nesnel ölçütlerle yapmalarını zorlaştıracaktır. Sayıştay yoluyla Belediyeler yönetimleri üzerindeki denetimlerde, iktidar partileri tarafından ve muhalefet partileri tarafından yönetilen belediyeler arasında ayırım yapıldığı bilinmektedir.

6.- Faaliyetten men bakımından

Kamu makamlarına tanınan faaliyetten alıkoyma yetkisi de, çoklu barolar arasında ayırım yaparak uygulama riskini doğurmaktadır.

Öte yandan, görev süresi bitiminde yenilenen seçimler, istisnai olarak faaliyetten men halinde yenilenir. Bu anayasal düzenleme karşısında, baroların ve TBB seçimlerinin yasa yoluyla yenilenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, “Görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı...seçimleri 2020 yılı ilk haftasında; ...Aralık ayı içinde yapılır” şeklindeki madde 22, Anayasa madde 135/6’ya aykırıdır. Uygulama süresi bakımından da Anayasa madde 67/sona aykırıdır: “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz”.

7.- “Kamu tüzelkişiliğinin yarattığı yetki tekeli bakımından

Şu halde, meslek temelinde örgütlenen barolar, “kamu kurumu” ve “kamu tüzelkişileri”dir.

Birer kamu tüzelkişilik olan barolar, bu ayrıcalıklı ve tikel statü gereği, aynı mekânda rekabetçi bir süreç içine giremezler.

Bu anayasal niteleme ve statü belirleyici: Öncelikle, kamu tüzelkişiliğinin tekliği ilkesi vurgulanmalıdır. Aynı konu, yer ve adla birden çok kamu tüzelkişiliği kurulamaz.

Kamusal yetkinin tekelci özelliği, aynı yerde aynı işlemi bir başka organca paylaşma olanağını ortadan kaldırır.

Bu nedenle, 135. maddenin çoklu baroya kapalı olmasının yanısıra, amaç bakımından da tekil baro esası üzerine oturtulmuş bir statü söz konusudur.

Bu bağlamda madde 135, çoklu baroya olanak tanımamakla birlikte, olsa olsa mesela İstanbul özelinde, Avrupa ve Anadolu yakasında olmak üzere iki ayrı baro kurulabilir; bu da ancak mekân farklılaşması nedeniyle görev ve yetki alanlarının örtüşme ihtimali yokluğu ile açıklanabilir.

Kamu tüzel kişiliği, aynı yerde aynı konuda yetki tekeli beraberinde getirir. Beş kalemde sayılan sayılan pozitif yükümlülükler ile 3. fıkradan itibaren öngörülen yasakların özellikleri, kamu tüzelkişiliğinin yetki tekeli ilkesini pekiştirmektedir.

Amaç-araç ilişkisi bakımından; çoklu baro kurma, bir an için meşru amaçla açıklansa da, bu amaca yasa yoluyla ulaşılamaz; Anayasa değişikliğini gerekli kılar.

Bu nedenle, çoklu baro öngören yasa önerisi, Anayasa madde 135'e açıkça aykırıdır.

Anayasa madde 135 ile çizilen çerçeve kamu kurumu niteliği taşıyan bütün kamu tüzel kişileri için geçerli olmakla birlikte, barolar açısından bunlara iki anayasal norm kategorisi daha eklenmektedir. Bunlar adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesidir.

B) ÇOKLU BARO, ADİL YARGILAMA İLKESİNE AYKIRIDIR

Adil yargılamanın asgari gerekleri, hukukun genel ilkeleri ışığında, yukarıda somutlaştırılan ilkelere oluşur.

Sav+savunma+hüküm üçlüsünde avukatların işlevi, savunma ile veya savunma hakları ile sınırlı olmayıp, adil yargılanma hakkı bileşenleri bütünü için geçerlidir.

Öyle ki, bağımsızlık ve tarafsızlık, yargıç için vazgeçilmez iki temel özellik ise, savcı için tarafsızlık ve güvence öğeleri öne çıkar. Avukat açısından bağımsızlık ve mesleki özerklik ilkeleri esastır.

Avukatlık Kanunu madde 1 tanımları öngörür:

Avukatlığın mahiyeti:

Madde 1 – *Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.*

(Değişik ikinci fıkra: 2/5/2001 - 4667/1 md.) *Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.*

Bağımsız savunmayı kamu hizmeti olarak serbestçe temsil etmek, kamu tüzel kişiliği statüsü ile donatılmış ve önceden yasa ile kurulmuş özerk mesleki örgütlenme çerçevesinde mümkündür.

Siyasal güç dengelerinin karşı karşıya geldiği durumlarda yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığını savunmak zordur. Gerçekten de; önüne gelen davada karşılıklı şekilde görevlerini ifa eden iki avukatın farklı ideolojik eğilimli avukatların toplandığı iki farklı

baroya kayıtlı olduğu durumda, yargıcın, kendi kişisel politik eğilimi itibariyle avukatlardan birisine sempati, diğerine de antipatiyle yaklaşması riski doğacaktır. Her ne kadar yargıcın, kişisel görüşlerini davayı ele alırken dikkate almaması gerekli de olsa; hukuk düzeninin farklı siyasi eğilimlerde baro kurulmasını mümkün kıldığı ve yasaklamadığı şuuruyla, bazı yargıçların durumdan vazife çıkarmaya meyletme riskleri olacaktır. Yargıçların görevlerini layıkıyla yapmaları halinde Mahkeme'nin tarafsızlığı açısından böyle bir riskin doğmayacağıнын söylenmesi bir anlam ifade etmez: Önemli olan, hukuk düzeninin, bizzat kendi eliyle, yargıçların önüne gelecek istisnasız her davada politik etkenleri yargıç tarafından dikkate alınabilir hale getirmemesidir. Oysa benzer risk, halihazırdaki tekçi baro sisteminde (avukatların kurumsal bağlılıkları temelinde) bulunmamaktadır.

Siyasal klientelizm tehlikesi, baroları üye devşirmek suretiyle güç kazanma yarışına sokacağından, kamu tüzelkişiliği statüsü zedeleneceği gibi, bu statünün, sendika ve dernek şeklinde farklı mesleki örgütlere dönüş riski bulunmaktadır. Anayasa, kamu tüzelkişiliğiyle sendika ve dernekler arasında nitelik farkı derecesinde ayırım yaptığına göre; yasakoyucunun, bu ayırımın uygulamada bulanık hale dönüşmesine yol açacak yönde düzenlemelerden kaçınması gerekir. Anayasa Mahkemesi de; bu açıdan kamu hukuk kural ve usullerinin esas olduğunu ifade etmektedir:

“Mesleki kuruluşları yasayla düzenlenen mesleklerin verdikleri kamu hizmetinde düzeylerini korumak ve mesleğe mensup olanların ortak çıkarlarını kollamak ve aralarındaki dayanışmayı güçlendirmek için kurulurlar. Bu tür mesleki kuruluşların çok partili demokratik düzen içerisinde giderek etkili bir baskı grubu haline gelmeleri ve bu şekilde örgütlenen menfaat grupları arasındaki dayanışmanın toplum çıkarları aleyhine gelişmesi tehlikesi, bunların kamu hukuku kural ve usulleriyle yönlendirilmesini zorunlu kılmış ve sosyal bir olgu olarak öteden beri varlıklarını koruyabilmiş bu kuruluşları Anayasal bir kurum haline dönüştürmüştür” (AYM, E.S. : 1991/4, K.S.: 1991/45).

Ne var ki, çoklu baro uygulamasında adı, kamu tüzelkişiliği olarak korunsa da, kişilerin girişimiyle kurulan örgütlere indirgenme ve dönüşme riski açıktır.

Şu halde, adil yargılama süreci, sav+savunma+hüküm üçlüsünde tarafsızlık, bağımsızlık, güvence ve özerklik ilke ve değerleri çerçevesinde ortaya çıkar.

Bu üçlüyü birleştiren özellik, ortak hukuk formasyonudur. Hukuk fakültesi 1. Sınıftan itibaren, öğrenciler, hukuk bilgisi ve hukuk kültürü ötesinde, hukukun genel ilkelerinin özümsemesi ereğinde, “farklı kimlikler yerine hukukçu hukukçu kimliği ortak paydası”nda yetiştirilmektedir.

Hukukçu adayları, mezun olduktan sonra meslek seçimine ilişkin tercihlerine göre farklı statülere tabi olur. Hâkimlik ve savcılık tercihinde sınavı kazanmak belirleyici iken, adaylar, avukatlık tercihinde yetki alanları ve sayıları iller ile örtüşen barolar arasında tercih hakkına sahiptirler.

Bununla birlikte, Kanun Teklifi yasalaşır, 80 Baro arasında tercih yapma ötesinde, avukat adayları, bir ilde kurulu olan barolardan hangisini tercih edecekleri sorunsalı ile de karşı karşıya geleceklerdir.

Bunun iki ciddi sakıncası ve bir ağır/vahim sonucu olacaktır:

- Sakınca 1: Çoklu baro örgütlenmesinde siyasal ve dinsel faktörler, ideolojik ayrışmalar öne çıkacaktır. Böyle bir durumun ortaya çıkmayacağını söylemek, tamamen hayalcilik olacaktır. Avukatlara kendi iradeleriyle baro kurma imkânı tanındığında, bu amaçla bir araya gelecek kişiler, ister istemez yaşamlarında belirleyici olan siyasal, felsefi ve dinsel ölçütler temelinde buluşacaklardır. Oysa bu tür gruplaşmalar için siyasi partiler ve dernekler vardır; bu çeşit ölçütlerle oluşacak baro kamu tüzelkişiliği, kamu tüzelkişiliği kavramının doğasıyla çelişen şekilde partizan bir nitelik taşıyacaktır. Baro kamutüzelkişiliği; belirli bir siyasi görüşün ya da dinin propaganda mekânı değildir ve göz göre göre böyle Anayasa'ya aykırı bir yola girilmemelidir.

- Sakınca 2: İki bin üye ile kurulan bir baro, var olan baro karşısında üye sayısını arttırmak için ve kuruluş gücünü muhtemelen bir parti veya cemaatten aldığı için, hukuk fakültesi öğrencileri ile, "siyasal kliantelizm" benzeri (burs, yurt gibi) bir ilişkiye girecek, baroya kaydı sağlandıktan sonra da, kendisine iş vaadi gibi mali sıkıntıyı açıcı vaatlerde bulunulacaktır³.

- Sonuç: Siyasal-dinsel-ideolojik aidiyetlere göre, daha öğrencilik döneminde başlayan ayrışmalar, tarafgir avukat görüntüsünü aşık hale getireceği için, siyasal gücü arkasına alan savunma, *jursidictio* (haklı ve gerçek olanı dile getirme) sürecinin bağımsız ve tarafsız bir biçimde ortaya çıkmasını engelleyecektir.

Amaç-araç ilişkisi bakımından; yasa önerisi ile yapılması öngörülen düzenleme, hukukçu formasyonu ve çoklu baro yaratma saik ve tarzı ile, Avukatlık Kanun madde 1'in öngördüğü tanımla örtüşmediği gibi, "adil yargılanma hakkı" ekseninde öngörülen anayasal kurallar ve kurumlarla da bağdaşmamaktadır.

C) ÇOKLU BARO, DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNE AYKIRIDIR

Savunmanın hukuk devletinin gerçekleşmesindeki işlevi açıklandıktan sonra, baroların teklifi ile çoklu baro uygulamasının Anayasa madde 135 ve adil yargılama hakkının asgari gerekleri açısından yapılan karşılaştırmada, çoklu baronun hem madde 135 gereklerine hem de adil yargılama hakkı gereklerine aykırı olduğu ortaya konuldu.

Değinen sakıncalar, demokratik hukuk devleti açısından da geçerlidir. Bölünen, parçalanan ve siyasallaştırılan baroların hukuk devletinin temel gereklerine yanıt vermesi zordur. Güçlü barolar, yargı bağımsızlığının ve erkler ayrılığının güvencesidir.

³ Böyle bir ilişki tarzı, bir yönüyle sınıfsal çelişkileri ortaya çıkarırken, öte yandan mali sıkıntı, genç hukukçu adayların dürüst davranmasını engelleyici olacaktır. Cemaat örgütlenmesinin, İstanbul ve Ankara gibi metropol üniversitelerinde Anadolu'dan gelen ve aile olanaklarıyla öğrenimini sürdürmekte sıkıntı çeken öğrencilere kurduğu tuzaklar belleklerde canlılığını korumaktadır.

Yine, barolar için çerçeve niteliğindeki madde 135 ihlal edildiğinden, Anayasa'nın üstünlüğü (md.11) ile hukuk devletinde hukuki yapılanmanın iskeleti olan normlar hiyerarşisi ilkesi de ihlal edilmiştir.

Demokratik devlet (md.2) açısından barolar, demokratik yönetimin temel gereklerine göre örgütlenmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı açıktır : *“Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağına kabulü gerekir”* (AYM, E.S.: 2006/143, K.S.: 2009/98). Yine AYM'ye göre; *“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez”*. (AYM, Esas Sayısı: 2006/143, Karar Sayısı: 2009/98). Aynı doğrultuda; *“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik devlet ilkesinin en önemli unsuru çoğulculuk ve yönetilenlerin yönetime dengeli bir biçimde katılımının sağlanmasıdır. Bu durum ülke düzeyinde yapılan genel ve yerel seçimlerde geçerli olduğu gibi, herhangi bir meslek örgütüne üye olanlarının çıkarlarını sağlamak ve mesleğin gelişmesine katkıda bulunmayı amaçlayan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için de geçerlidir”* (AYM, E.S.: 2008/80, K.S.: 2011/81).

Ne var ki, Türkiye Barolar Birliği seçimlerine ilişkin olarak delege sayıları bakımından öngörülen eşitsiz temsil ilkesi (kanun teklifi, md.18) tamamen ölçsüz olup, Anayasa madde 2, 13, 67 ve 135'in gereklerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Yönetilenlerin yönetime dengeli bir biçimde katılmasının sağlanması gereğini ve temsilde adalet ilkesini istikrarlı şekilde vurgulayan AYM içtihatlarına açıkça aykırı kapsamda bir kanun teklifini kanunlaştırmak, Anayasa'nın 11. maddesine ve 153/son maddesine de aykırı bir tavır oluşturur.

Demokratik hukuk devleti, aslında demokrasinin iki boyutunu da kapsamına alır: Makro demokrasi (ulusal ölçekte seçimle belirlenen yasama ve yürütme) ve mikro demokrasi (halka yakın mekânda demokrasi uygulaması olarak yerel yönetimler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları).

Bu açıdan, KKNMK ölçeğinde seçimle belirlenen yönetimlerin ulusal ölçekte ortaya çıkan siyasal çoğunlukla örtüşmemesi, demokratik devlet bakımından sağlıklıdır. Zira bu tür bir farklılaşma, merkez ve çevre arasında demokratik denge ve denetim düzeneği bağlamında yorumlanabilir. Buna karşılık, siyasal eğilimlerde farklılaşma varsayımı sonucu, kamu tüzelkişilik statüsünü bozarak mesleki nitelikteki kamu kurumlarını siyasal partilerin güdümünde bir tür gönüllü ve partizan örgütlenmeye

dönüştürme sonucunu doğuracak yasal düzenleme öngören yasa önerisi, bu açıdan da Cumhuriyetin demokratik devlet niteliğini zedelediğinden Anayasa madde 2'ye aykırıdır.

Burada da, *amaç-araç testi* yapılabilir: Normlar hiyerarşisi şeklindeki hukuki yapılanmaya dayanan hukuk devleti, baroların statüsü Anayasa ile öngörüldüğü halde yasa ile değiştirilmek suretiyle Anayasa açıkça ihlal edilmiş olmaktadır. Demokratik açıdan, Anayasa madde 2'de Cumhuriyetin temel niteliği olarak öngörülen demokratik devlet, yönetici organların nasıl olursa olsun seçimle belirlenmesini değil, seçimin belli ilkelere dayanmasını gerekli kılar. Bu ilkeler, pozitif hukuk olarak Anayasa madde 67'de olduğu kadar (uygulama alanı sınırlı olmakla beraber) İHAS 1 no.lu ek protokol madde 3'te, içtihadi açıdan AYM ve İHAM kararlarında belirlenmiş bulunuyor. TBB yönetiminin seçimi için öngörülen delege sistemi, sözkonusu kural ve kararlara aykırı olup, en başta Anayasa madde 2 gelmek üzere birçok normun ihlali sözkonusudur. Sonuç olarak, demokratik temsil bakımından, öngörülen düzenleme, Anayasa madde 13 ve 67'ye açıkça aykırı bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Avukatlık Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, çoklu baro düzenlemesine ilişkin hükümler başta gelmek üzere, birçok maddesi, Anayasa'nın en başta 135. Maddesi gelmek üzere, bir çok maddesine çok yönlü aykırılıklar içermektedir. Kanunlaşması durumunda, baroların özerkliği ve bağımsızlığı ötesinde adil yargılanma hakkı ilkeleri ve demokratik hukuk devletinin temel gerekleri, geriye dönülmesi zor bir biçimde zedelenecek; hukuk güvenliği ve toplumsal barış açısından da ciddi sakıncaları beraberinde getirecektir.