

## BARO HAKEM KURULLARININ ANAYASAL DAYANAĞI

Sencer Kara<sup>1</sup> – Av. Mustafa Yaşar Demircioğlu

### ÖZET

Liberal düşünce tarzının toplum hayatında giderek önemini artırmasıyla birlikte hukuk düzeninde, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ile sona erdirilmesi fikri savunulmaya başlanılmıştır. Bunun sonucu olarak 02.05.2001 tarih ve 4677 sayılı Kanun’la, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, zorunlu tahkim usulü olarak baro hakem kurullarına devredilmiştir. Mahkemeler üzerindeki iş yükünün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların makul sürede bitirilebilmesi ve konusunda ihtisaslaşmış kurullar önünde uyuşmazlıkların hakkaniyete daha uygun bir şekilde çözümlenebilmesi açısından baro hakem kurullarının, hukuk düzenimize katkılar sağlayacağı ortadadır. Baro hakem kurulları sayesinde ayrıca, avukatlık mesleği ile ilgili olarak mesleki bir oto kontrol ve denetim sistemi de oluşturulmuş olmaktadır.

Baro hakem kurulları, yargısal rol oynayan, adli fonksiyona sahip, görevlerine dahil konularda belli bir yargılama usulü izleyerek, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün, ilam niteliğinde kararlar vermektedirler. Ancak bu şekilde bir yargılama makamı oluşturulurken; Anayasa’da ve temel insan hakları normlarında öngörülen, yargılama makamlarının sahip olması gereken asgari ölçütler göz ardı edilmiş, olağanüstü yargılama makamı niteliğinde bir hakem kurulu oluşturulmuştur. Zira, söz konusu uyuşmazlıklar için getirilen zorunlu tahkim usulü ile devlet mahkemelerinde dava açılmasının önüne geçilmekte ve Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan; “mahkemeler önünde hak arama hürriyeti” sınırlandırılmaktadır. Aynı şekilde, idari bir işleme dayalı olarak ortaya çıkabilecek ücret uyuşmazlıklarında, Anayasanın 125. maddesi ile güvence altına alınan ve “idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurma hakkını” güvence altına alan temel ilke ihlal edilmektedir.

*Baro hakem kurullarının oluşumu, Anayasa’nın 37. ve 142. maddelerinde güvence altına alınan “kanuni (doğal) hakim” ilkesini de ihlal etmektedir. Bu ilke; uyuşmazlıkların, kanunla kurulmuş ve kanun gücü ile yetki, görev ve yargılama usulü kuralları düzenleme altına alınmış yargılama makamları önünde çözümlenmesini zorunlu kılmaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kararında, yönetmelik ve tüzük hükümleri ile yargılama makamlarının yetki, görev ve yargılama usulü kurallarının düzenlenmesini kanuni hakim güvencesine aykırı bulmuştur. 4677 sayılı*

---

<sup>1</sup> Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

*Kanuna göre kurulan baro hakem kurullarının yetki, görev ve yargılama usulü kuralları ise bir yönetmelikle düzenleme altına alınmıştır.*

Tarafsız ve bağımsız yargılama yapma yükümlülüğü açısından da baro hakem kurulları ile ilgili olarak ciddi endişeler bulunmaktadır. Hakem kurullarının iki üyesinin avukat olması, baro yönetim kurulları seçimlerindeki siyasi etki ve baskılar, meslek mensupları arasındaki rekabet ve/veya dayanışma duyguları, söz konusu yargılama makamlarının objektif tarafsızlıkları konusundaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Baro hakem kurullarının bu şekilde oluşumu, silahların eşitliği, kanun önünde eşitlik ve kamu hizmetlerinden eşitlikle faydalanma hakları açısından da bazı sorunların doğabileceğinin sinyallerini vermektedir.

Baro hakem kurulları ile ilgili diğer bir eleştiri konusu ise; hakem kurulu kararlarının “esas” yönünden Yargıtay denetimi dışında tutulmasıdır. Hukuk düzeninde, “kanun yollarına müracaat” hakkının varlığından bahsedebilmek için; yüksek yargı yerince yapılan denetimin, alt derece mahkemelerinin hem usul hem de maddi hukuka ilişkin olarak vermiş oldukları kararlara yönelik olması gerekir. Sadece usul kurallarının yerindeliği ile sınırlandırılmış bir denetimin, bu güvencelerin gereklerini yerine getirebilmesi mümkün değildir. Yüksek yargı yerince yapılan denetimin, davadaki konuların esasına yönelik olması gerekir.

Bu çalışmamızda 4677 sayılı Kanun ile oluşturulan baro hakem kurullarının anayasal dayanakları üzerinde incelemeler yapılmış ve temel insan hakları normları ile anayasal ilkeler açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler :** Baro, Hakem Kurulu

## **BARO HAKEM KURULLARININ ANAYASAL DAYANAĞI I-GENEL GİRİŞ**

Mahkemeler üzerindeki iş yükünün zaman içerisinde altından kalkılamayacak derecede artması ve bunun sonucunda uyuşmazlıkların makul süre içerisinde bitirilememesi karşısında son yıllarda alternatif çözüm yollarına başvurulması fikri ortaya çıkmıştır. Bu fikrin uygulamaya geçirilmesi ise hakem kurullarının oluşturulmaya başlanması ile yeni bir boyut kazanmıştır. Uyuşmazlıkların, konusunda ihtisaslaşmış kişilerden oluşan yargılama makamları önünde çözümlenmesi sayesinde hem mahkemeler üzerindeki iş yoğunluğu azaltılacak hem daha seri ve çabuk yargılamanın temellerini atma imkanı ortaya çıkacak hem de uzman kişilerce

yapılacak incelemelerle delillerin hakkaniyete daha uygun olarak değerlendirilebilmesinin önü açılacaktır.

Uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yollarına başvurulması fikrini savunanların bu konuda getirdikleri iki çözüm önerisi bulunmaktadır. Birincisi, belli uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemelerin görevlerini kaldırmak ve o konularda görevli yeni yargılama makamlarını ihdas etmektir ki Baro Hakem Kurulları ve bir yönü<sup>1</sup> ile Tüketici Sorunları Hakem Heyeti bu nitelikteki organlardır. İkinci çözüm önerisine göre Türk Hukuk sisteminde, yargılama öncesi uzlaşma sistemi kurulmalıdır. Bu sayede bir kısım uyuşmazlıkları yargı mercileri önüne getirmeden çözümlene imkanı doğacaktır<sup>2</sup>.

Usul Hukukuna getirilecek bu yenilik ABD ve Avrupa'nın bir kısım ülkelerinde uygulanmakta ve yargıya intikal edecek dava sayısını önemli miktarda azaltmaktadır. Dava ön şartı olarak kabul edilecek bu sistem emekli hakim veya hukukçu yahut konusunda uzmanlaşmış kişiler arasından yasada düzenlenecek bir yöntemle seçilmiş uzlaştırıcı kişilerden birinin başkanlığında, iki taraf asil veya temsilcilerinin toplanıp, uyuşmazlığı hakkaniyet içerisinde çözümlemesidir. Özellikle özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardan bir kısmının (ör. Trafik tazminat davaları, ev sahibi-kiracı ve komşuluk ilişkilerinden doğan davalar ile hakkın özüne ilişkin olmayan ve belirli bir miktarla sınırlı, niteliği yasada saptanacak diğer davalar) yargıya intikalinden önce ön uzlaşmadan geçirilmesi çözüm yolunu kısaltacak, yargı yükünü hafifletecektir<sup>3</sup>. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti yapısı itibarıyla bu tür bir işlevi de üstlenmektedir.

Aslında arabuluculuk ve uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özellikle küçük uyuşmazlıkların adli sorun haline gelmeden çözümlenmesine imkan sağladığı ölçüde gerekli ve yararlıdır. Önemli olan bu yönde gerçekleştirilecek düzenlemelerin yargıdan kaçış ifade edecek bir anlam ve boyuta ulaşmamasıdır. Alternatif çözüm yollarının amacı, devlet yargısına bir alternatif yargılama düzeni oluşturmak değil, yargıya başvurma yolunu kapatmayan çeşitli hukuki çözüm arayışlarını ve ikna yöntemlerinin önünün açılabilmesidir. Ancak liberal esintiler bu konuda da yargıya bakış açısını daraltacak etkiler doğurabilmektedir<sup>4</sup>. Oysa alternatif çözüm yolları

<sup>1</sup> Değeri beş yüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Kanunun bu maddesi ile yeni bir görev hükmü ihdas edilmiştir. Bu miktarı aşmayan ve tüketici sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar için doğrudan mahkemelere başvurulamamaktadır.

<sup>2</sup> İşçilerle işverenler arasında toplu iş sözleşmesinin imzalanması aşamasında çıkabilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 21 ve devamı maddelerinde, yetkili mahkemeye başvurulmazdan önce resmi arabuluculuk sisteminin devreye gireceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>3</sup> **YAŞAR Selçuk**, Yargı Reformu Gerçekleşmeli İzmir-1997 s. 71.

oluşturmanın temel amacı, adaletin sağlanması olmayıp, daha çok gönüllü çözüm arayışlarına yöneltilmesi olarak anlaşılmalıdır<sup>5</sup>.

Bu çalışmamızda Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 2.5.2001 tarih ve 4677 sayılı Kanun<sup>6</sup> ile oluşturulan baro hakem kurullarının anayasal temelleri üzerinde değerlendirmeler yapılacaktır. Bilindiği üzere 4667 sayılı Kanun ile, avukatlık hukuku alanında ortaya çıkabilecek bazı uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmesini öngörülmüştür (Av. K. m.167). Buna göre, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilecektir. Kanun, tahkim yolu ile uyuşmazlığı çözüme yetkisini, kıdemli asliye hukuk hâkiminin başkanlık ettiği, baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat üyenin de bulunduğu hakem kuruluna vermiştir. Baro hakem kurulu adı verilen bu hakem kurulu, Avukatlık Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye binaen, görevine dahil olan konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verecektir. Baro hakem kurulunun vermiş olduğu kararlar, taraflar açısından bağlayıcıdır ve kesin hüküm oluşturan yargısal nitelikte kararlardır<sup>7</sup>.

## II-BARO HAKEM KURULLARININ HUKUK DÜZENİMİZE SAĞLAYACAĞI KATKILAR

Devlet toplum hayatında hukuk düzenini sağlamakla yükümlüdür. Hukukun toplum hayatında kendisine ihtiyaç duyulan çabuklukta çözümler getiremeyişi uyuşmazlıkların makul süre içerisinde (angemessener Frist) bitirilemeyişi, toplumun hukuk düzenine olan inancının kaybolmasına yol açmaktadır. Böylece hakkına kavuşmak arzusunu taşıyan insanlar için hukuk dışında ve hukuka aykırı başka çözüm yolları devreye girmektedir. Davaların

<sup>4</sup> Liberal akım, yargıdan uzaklaşmaya ilişkin bir eğilimin varlığını hissettirmeye başlamıştır. Bir yandan globalleşme denilen parlak görünüşlü kürenin yaratıcı çok uluslu sermaye, rahat hareket edebilmek için ulusal yargıdan uzaklaşma yolları üretmeye başlarken, öte yandan bu akımla ilgisi olmasa da küçük uyuşmazlıkları yargı yolu dışına taşıma çabaları görülmektedir. Öyle ki Türkiye'de 1998 tarihinde gerçekleştirilen 1. Sosyal Demokratlar Konferansı'nın yargı ve hukuka ilişkin kurumsal reformlar projesinin daha başında; "adaletin daha kısa sürede ve daha etkili bir biçimde gerçekleşmesi için, küçük meblağlı ve belirli nitelikteki davaların, anlaşmazlıkların ilgili meslek odalarının, sivil toplum kurumlarının katılımıyla oluşacak genişletilmiş hakemlik uygulaması çerçevesinde çözümlenmesi, yani dava konularının sınırlandırılması ile mümkün olan en çok sayıda anlaşmazlığın hakem özelliği de taşıyacak kurumlarda çözümü yoluna gidilmesi" öneri olarak getirilebilmiştir. **KONURALP Haluk:** 75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler, Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3824.

<sup>5</sup> **KONURALP**, s. 3825.

<sup>6</sup> Bkz. 10.05.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmi Gazete.

<sup>7</sup> **ÖZYEŞİL Fatih:**Baro Hakem Kurulu Yargılaması, Yayınlanmamış Doktora Seminer Çalışması, s. 1.

makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermektedir. Devletin, yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılama makul süre içerisinde bitirilemez ise bu, yargıdan kaçışa sebep olacak, buradaki boşluk ise zorla hak elde etme şeklinde yasal olmayan biçimde doldurulacaktır<sup>8</sup>. Davaların yargılama makamları önünde zaman içinde uzayıp gitmesi, sürüncemede kalması pek çok ülkede şikâyetlere neden olmaktadır. Gecikmiş adalet adaletsizlik olduğuna göre, adil yargılama taahhüdünde bulunmuş Sözleşme’ ye taraf devletlerin bu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur<sup>9</sup>.

Yargılamanın makul süre içerisinde tamamlanması ilkesinin amacı İnsan Hakları Adalet Divanı’ nın pek çok kararında dile getirilmiştir. Buna göre, tüm hak arayanlar için geçerli olan “makul sürede yargılanma” ilkesinin amacı davanın taraflarını, yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, herhangi bir nedenle mahkeme kararını bekleyen kişinin uzun süre davanın nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir<sup>10</sup>.

AIHS’ nin 1. fıkrası, Sözleşme’ ye taraf devletleri, kendi hukuk sistemlerini ve mahkemelerinin işleyişlerini bu fıkra gereklerinden her birini yerine getirecek şekilde düzenlemeler yapmaya mecbur tutmaktadır. Adil yargılama güvencesini gerçek kılmak için Sözleşme’ ye taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar<sup>11</sup>. Örneğin yargılamanın makul süre içerisinde bitirilebilmesi için yeterli sayıda mahkeme kurulması yahut hakim görevlendirilmesi bu zorunluluklar arasında gösterilmiştir<sup>12</sup>. Devletin, hakkı ihlâl edilen kimselerin başvuracağı etkin bir kanun yolu sağlama yükümlülüğü vardır<sup>13</sup>.

Söz konusu ilke, adalet dağıtımının çabuk ve ucuz olmasına hizmet ettiği için sadece mahkemeler değil, taraflar bakımından ve dolayısıyla da

<sup>8</sup> **PEKCANITEZ Hakan**: Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi. 1997 s. 35 vd., s.41.; **PEKCANITEZ Hakan**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 208-209.

<sup>9</sup> **GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s.257.

<sup>10</sup> Bock/Almanya, 29.3.1989 A-150 s.23 § 48; Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969 A-9 s.40 §5; Guincho/Portekiz, 10.7.1984 A-81 s.16 § 38.

<sup>11</sup> Tutsa/İtalya, 27.2.1992 A-231-d s.41 § 57; Francesco Lombardo/İtalya, 26.11.1992 A-240-b s.8 § 23; Bunkate/Hollanda, 26.5.1993 A-248-b § 20-23; Barbara Jabardo/İspanya, 6.12.1988 A-146 s.33 § 78.

<sup>12</sup> **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s.240 ve 257.

<sup>13</sup> **GÖZLÜGÖL Said Vakkas** :Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara 1999, s. 133.

toplum açısından önem taşıyan bir ilkedir. Yani, bu ilke yalnızca mahkemeler bakımından değil, taraflar ve usulün (yargılamanın) amacı yönünden de (geniş anlamda toplumdaki hukuksal barış açısından da) geçerlidir. Çünkü, davaların görülmesinin çabuk ve ucuz olması, mahkemeleri (dolayısıyla devleti) ve tarafları yakından ilgilendirir. Devlet eğer, “adaletli devlet” olduğu iddiasında ise, halkına sunduğu yargılama hizmetiyle hak dağıtırken kişilerin en az gecikme ve en az giderle ve en az zahmetle hakkına kavuşmasını sağlamak yükümlülüğündedir<sup>14</sup>.

Anayasa'nın 141. maddesinde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir” denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir<sup>15</sup>. Makul sürede, geciktirilmeden yargılanma hakkı, insanlık tarihinin her döneminde önemini korumuştur. Bu temel hak; insanlık tarihinin ilk yazılı Anayasa'sı olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli Magna Charta Libertatum'da, “Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz” sözleriyle ifadesini bulmuştur<sup>16</sup>.

Baro hakem kurulları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, taraf devletlere getirdiği “*etkin bir kanun yolu sağlama*” yükümlülüğünün somutlaşmış halidir. Baro hakem kurullarının oluşturulması sayesinde mahkemeler üzerindeki iş yükü bir parça da olsa azaltılabilecektir. Ancak asıl sağlayacağı fayda avukatlık ücretinden, sözleşmesinden veya Avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde ortaya çıkacaktır. Kanunen kendilerine verilen görevlerin yanı sıra bir de bu tür uyuşmazlıklara genel mahkemeler önünde bakılması durumunda bu uyuşmazlıkların 4677 sayılı Kanunun öngördüğü çözüm şekline göre daha uzun bir sürede sonuçlandırılacağı şüphesizdir. Yönetmeliğe<sup>17</sup> göre kurulun, ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları, davanın açıldığı tarihten itibaren altı ay içinde sonuçlandıracağı hüküm altına alınmıştır<sup>18</sup>. Ancak şu ana kadarki uygulamalarında baro hakem kurullarının çok kısa sürede karar

<sup>14</sup> **YILMAZ Ejder**: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, SÜHFD 1996/1-2, Şakir Berki'ye Armağan Konya 1996, , s.57.

<sup>15</sup> Çeşitli devletlerin Anayasalarında da makul sürede yargılamanın tamamlanması ilkesi garanti altına alınmıştır. Bkz. İspanya Anayasası, m. 24/II.; Meksika Anayasası, m. 17.; Japonya Anayasası, m. 32.; Yunanistan Anayasası, m. 20/I.; **SCHWAB Karl Heinz / GOTTWALD Peter**: Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld 1984, s. 58. **WALDNER Wolfram**: Der Anspruch Auf Rechtlichen Gehör, Bayreuth 2000, s. 103.

<sup>16</sup> Bkz. Magna Charta Libertatum § 40.

<sup>17</sup> Baro Hakem Kurulu Yönetmeliğine sık sık atıf yapılacağından bundan sonra kısaca “Yönetmelik” olarak anılacaktır.

<sup>18</sup> Yönetmeliğin 16. maddesinde niçin sadece ücret sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili bir süre öngörüldüğü; vekalet ücretinden ve avukatlık ortaklıklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların kapsam dışında bırakıldığı anlaşılamamaktadır.

verebildiği ve Yönetmelikte öngörülen sürenin üzerine çıkmadığı görülmektedir. Buna karşılık mahkemeler üzerindeki iş yükü ve davaların ortalama görülme süreleri incelendiğinde<sup>19</sup> Baro hakem kurullarının oluşturulması sayesinde uyuşmazlıkların ne kadar kısa sürede sonuçlandırıldığı görülecektir. Baro hakem kurulları, konularında özel bilgi ve uzmanlık sahibi kişilerden oluşacağından ve zamanla bu bilgi ve uzmanlık alanlarını geliştirme imkanı olacağından bu kurulların daha seri ve çabuk yargılama yapabilmeleri, vakıaları ve delilleri hakkaniyete daha uygun bir şekilde değerlendirebilmeleri de kendiliğinden sağlanacaktır<sup>20</sup>.

Baro hakem kurullarının yapacağı yargılamanın makul sürede bitirilebilmesini teminen; Yönetmelik hükümlerince, özellikle kurulun yapacağı yargılamanın sürekliliğini ve devamlılığını sağlayacak önlemler de ortaya konulmaya çalışılmıştır. Avukatlık Kanunu'nda baro hakem kurulunun iki avukat üyesi olacağı belirtilmiş (m. 167, I), bu üyelerin görev yapamayacakları hallerde, görev yapabilecek yedek üyelere bahsedilmemiştir. Hakem kurulunda görev yapan avukat üyelerin fiilî veya hukukî sebepler dolayısıyla görevlerini geçici olarak yerine getiremeyecekleri hallerde, onların yerine görev yapabilecek nitelikte, önceden seçilmiş yedek üyelerin bulunması zarurîdir. Çünkü baro hakem kurulunun yapacağı yargılama, zorunlu tahkim esasına dayanmakta ve bu, söz konusu yargılamanın *kesintisiz ve sürekli* olması gerekmektedir. Aksi halde yargılama hukukuna egemen en temel ilke olan adli yargılama hakkının bir unsuru olan "makul süre" içerisinde yargılamadan söz edilemeyecektir. Böyle bir duruma yol açılmaması için Yönetmelikte yedek üye seçimiyle ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesinin VI'ncı fıkrasına göre; "Üyelerin ret, sağlık vb. nedenlerle görevini fiilen veya hukuken geçici olarak yerine getirilmesini olanaksızlığı veya görevin gereği gibi ve zamanında yapılamaması halinde; kurulun iş durumuna göre ikiden az olmamak ve asıl üye yerine görev yapmak üzere yeteri kadar yedek üye de baro yönetim kurulu tarafından asıl üyelerle birlikte seçilir. Yedek üyeler de asıl üyelerin seçilme şartlarına ve görev sürelerine bağlıdır". Görüldüğü üzere, baro

<sup>19</sup> Türkiye'de 1.1.2001-31.12.2001 tarihleri arasındaki verilere göre asliye ticaret mahkemelerinde 89.637, asliye hukuk mahkemelerinde 826.939, iş mahkemelerinde 142.621, icra hukuk mahkemelerinde 184.442, sulh hukuk mahkemelerinde 565.321, kadaströ mahkemelerinde 53.885, idare mahkemelerinde 116.328, vergi mahkemelerinde 88.640 adet dava görülmüştür. Bu davaların, açıldığı tarihten karar verildiği tarihe kadarki ortalama yargılama süreleri; asliye ticaret mahkemelerinde 383 gün, asliye hukuk mahkemelerinde 241 gün, iş mahkemelerinde 284 gün, icra hukuk mahkemelerinde 104 gün, sulh hukuk mahkemelerinde 71 gün, kadaströ mahkemelerinde 551 gün, idare mahkemelerinde 190 gün, vergi mahkemelerinde 173 gündür. Bkz. www.adliscil.gov.tr

<sup>20</sup>

**YEĞENGİL Rasih:** Tahkim (L'arbitrage),

İstanbul 1974., s. 102.

yönetim kurulu, baro hakem kurulunun asıl üyelerini seçerken, iş durumunu da dikkate alarak, sayısı ikiden az olmayacak şekilde kendisinin taktir edeceği sayıda yedek üyeyi de seçmek durumundadır.

Baro hakem kurulları sayesinde mesleki bir oto kontrol imkanı da sağlanmaktadır<sup>21</sup>. Şu an farkında olunmasa da kanaatimizce Baro hakem kurullarının hukuk sistemimize sağlayacağı en önemli katkı; avukatlar arasında mesleki kontrolü sağlayacak olmasıdır. Bu güne kadar konu tartışılırken sadece ücret ilişkisi yönünden değerlendirmeler yapılmıştır. Oysa vekil-müvekkil ilişkisinde olayın ceza ve disiplin yönünden bazı sonuçları da ortaya çıkmaktadır. Barolar, hakem kurulları sayesinde üyeleri bulunan avukatların yapmış oldukları işlemleri denetleyebilme imkanına da ulaşmış olacaktırlar<sup>22</sup>. Bu imkan avukatların daha dikkatli olmalarını sağlayacak, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine uygun hareket etmelerine teşvik edecektir. Mesleki itibari nedeniyle herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda Baro hakem kurulları önüne gideceğinin farkında olan avukat, mesleki dayanışma ve iyiniyet hükümlerine uygun hareket etmeye çalışacaktır.

Baro hakem kurulları gibi ihtisaslaşmış yargılama makamlarının kurulması ayrıca avukatlık ve savunma hukukunun da gelişimine büyük katkı sağlayacaktır<sup>23</sup>.

### **III- YARGILAMA MAKAMI OLARAK BARO HAKEM KURULLARI**

Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile, avukatlık hukuku alanında ortaya çıkabilecek bazı uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmesini öngörülmüştür (Av. K. m.167). Buna göre, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilecektir. Kanun, tahkim yolu ile uyuşmazlığı çözme yetkisini, kıdemli asliye hukuk hâkiminin başkanlık ettiği, baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat üyenin de bulunduğu hakem

<sup>21</sup> **ÖZYEŞİL**, s. 2.; **İYİMAYA Ahmet**: "Avukatlık Sözleşmesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12/16 Ocak 2000, s.384.

<sup>22</sup> **Örneğin temsil yetkisinin kötüye kullanılması, Baro Asgari Ücret Tarifesinin altında sözleşme yapılmış olması, gabin veya hileli yollarla sözleşmedeki ücret kısmının sonradan müvekkile imzalatılması, müvekkiline ait menkul veya gayri menkulleri kendi üzerine geçirmesi veya muvazaalı surette elden çıkarması gibi durumlarda ücrete ilişkin olarak Baro Hakem Kurulu önüne gelen uyuşmazlıklarda kurul kendiliğinden, Baro üyesi avukatlarının disiplin ve cezai kovuşturmaya sebep olabilecek fiillerini de öğrenmiş olacaktır. Vekalet Sözleşmelerinin kötüye kullanılması hakkında bkz. ÖZKAYA Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997 s. 759 vd.**

<sup>23</sup> **ÖZYEŞİL**, s. 2.

kuruluna vermiştir. Baro hakem kurulu adı verilen bu hakem kurulu, Avukatlık Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye binaen, görevine dahil olan konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verecektir. Baro hakem kurulunun vermiş olduğu kararlar, taraflar açısından bağlayıcıdır ve kesin hüküm oluşturan yargısal nitelikte kararlardır. Baro hakem kurulu, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız olarak “*yargısal bir rol oynayan*” ve “*adli fonksiyona sahip*” bir *yargı mercii* niteliğindedir. Avukatlık Kanunu'nda belirtilen uyuşmazlıkların bu yargı mercii önünde çözümleneceğine dair kanunî düzenleme de niteliği itibarıyla “zorunlu tahkim” usulüdür<sup>24</sup>.

İHEB' nin 10. maddesine göre; “Herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir”.

AİHS' nin 6. maddesinde bu konuyla ilgili olarak; “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar gerek (...) hakkında karar verecek olan kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir” denilmektedir.

KİSHUS<sup>25</sup> un 14/1. bendi hükmüne göre de; “Herkes, (...) bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından (...) yargılanmak hakkına sahiptir”.

Aynı Sözleşme'nin 5/16. fıkrasına göre de; “Herkes, (...) medeni nitelikteki hak ve yükümlülükleriyle ilgili karar verecek yetkili, bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş bir mahkemede adil ve kamuya açık şekilde yargılanma hakkına sahiptir”.

Mahkemeler ve yargı yerleri, yargısal görev yapan organlardır. Bu organlar, yetki alanları içindeki sorunları hukuk kurallarına dayanarak ve daha önceden öngörülmüş usullere göre çözmek üzere yasayla kurulurlar<sup>26</sup>. AİHS' nin 2. 5. ve 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “mahkeme” deyimini, Divan içtihadında; “kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı” ifade etmektedir. Uyuşmazlığın ya da suçlamanın bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi, 6. maddenin bireye sağladığı adil yargılanma güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biridir<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> ÖZYEŞİL, s. 1; GÜNER Semih: "Avukatlık Ücreti", ABD 2001/2, s .124-125.

<sup>25</sup> Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi

<sup>26</sup> TAMER Fadıl Ahmet / KAPLAN Erol: Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 56.

<sup>27</sup> Div. Kar. De Wilde, Ooms et Verspy/Belçika 18.6.1971 A-12, § 78 Ringeisen/Avusturya 16.7.1971 A-13, § 95 ; McMichael/İngiltere 24.2.1995 A-308-B, § 79 ve son; Fischer/Avusturya 26.4.1995, A-312, § 28 ve son.

Sözleşmedeki anlamında “mahkeme” kavramının öteki nitelikleri ise bu organın; “yargısal rol” ve “adli fonksiyona” sahip bulunması, diğer bir deyimle görevine dahil konularda belli bir “usul” izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır<sup>28</sup>.

Kural olarak tahkim usulü neticesinde yapılan hakem yargılaması, niteliği itibariyle kanunla kurulmuş ve taraflar önünde tarafsız ve bağımsız bir yargılama organı (mahkeme) yapısına sahip olmadığından AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama ilkesinin kapsamı içerisine girmemektedir. Ancak hakem mahkemesi (Schiedsgerichte) önünde yapılan yargılamada da, adil yargılama hakkının temel unsurları göz ardı edilmemelidir<sup>29</sup>. Bu nedenle baro hakem kurulları, yapacakları yargılamalarda temel anayasal ilkeleri ve insan hakları normlarını göz önünde bulundurmaları zorundadırlar.

Bir yargılama makamı sayılabilmek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabul ettiği standartlar şu şekilde sıralanabilir.

1-Öncelikle yargılama makamının Kanunla kurulmuş olması gerekmektedir,

2- Yargılama makamı, tarafsız ve bağımsız bir organ niteliğinde olmalıdır,

3- Yargılama makamı, bir adli fonksiyon ve yargısal rol üstlenmeli,

4- Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce Kanunla belirlenmiş yargılama usulü güvencelerine sahip olmalı

5-Hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde bulundurmalıdır.

Baro hakem Kurullarının yapısı incelendiğinde, bir yargılama makamının sahip olması gereken temel kıstaslara şeklen sahip olduğu ancak bu kıstasların bazılarının esas itibariyle uluslar arası normlar ve anayasalardaki temel ilkeleri tam olarak karşılayamadığı anlaşılmaktadır. Yargılama makamı konumundaki bu kurullar, Kanunla<sup>30</sup> kurulmuşlardır. Adli bir fonksiyon ve yargısal rol üstlenmişlerdir. 4677 sayılı Kanunla belirlenen ve kendi görev alanlarına giren konularda uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmişlerdir. Bu kurullar, hukuk kurallarına dayanarak ve gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar vermektedirler. Yani kararları, ilam hükmündedir. Ancak Baro Hakem Kurullarının eleştiriye açık iki yönü bulunmaktadır ki bu yönler itibari ile adil bir yargılamanın zorunlu kıldığı şartları yapısında taşımamaktadır. Bu eleştiri noktalarından ilki; uluslar arası belgeler ve anayasalarda güvence altına alınan ve bu arada 1982 Anayasasının 37. ve 142. maddelerinde de düzenlenen “kanuni hakim güvencesini” ihlal edecek bir yapıda oluşturulmuş ve yargılamada usulü güvenceleri ihtiva etmiyor olmalarıdır.

<sup>28</sup> Div. Kar. Sramek/Avusturya , 22.10. 1984, A-84, § 36; Benthem/Avusturya 22.05.1984, A-78, § 40; Belilos/İsviçre 29.4.1988, A-132, § 64.

<sup>29</sup> SCHWAB/GOTTWALD, s. 37.

<sup>30</sup> 4677 s. Kanun.

Diğer bir eleştiri konusu ise; bu kurulların sübjektif açıdan tarafsızlıklarını güvence altına alan düzenlemeler yapılmasına rağmen objektif tarafsızlıkları konusunda tatmin edici bir görünüme sahip olmamalarıdır.

Baro Hakem Kurulları ile ilgili bu endişeleri incelemeye geçmeden önce bu bölümle ilgili olarak en son şu değerlendirmeyi yapmakta fayda vardır. Amerikan sisteminde, vekil-müvekkil arasındaki ücret sözleşmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda müvekkil isterse uyuşmazlığı mahkeme önüne yahut hakem kuruluna götürebilmektedir. Müvekkil, hakem kuruluna başvurma yolunu seçmişse vekil, hakem kurulu önündeki yargılamayı kabul etmek zorundadır ve onun açısından bir zorunlu tahkim usulü devreye girmektedir. Müvekkil dilerse, uyuşmazlığı devlet mahkemeleri önüne de götürebilir. Bu aşamada, vekil-müvekkil, uyuşmazlığı hakem kuruluna götürme konusunda anlaşabilirler.

Uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından önce taraflar, kendi aralarında tahkim anlaşması yapmış iseler, zorunlu tahkime, yani baro hakem kuruluna başvurmak zorunda olmamalıdır. İhtiyari tahkimde taraflar Devlet mahkemelerinin yetkisini dahi, yaptıkları anlaşma ile kaldırabildiklerine göre, baro hakem kurulunun yetkisini evleviyetle kaldırabilmelidirler. Kaldı ki söz konusu uyuşmazlıklar için getirilen zorunlu tahkim esası sadece bu konuda Devlet mahkemelerinde dava açılmamasına engel teşkil etmektedir. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi istendikten sonra bunun zorunlu tahkim veya ihtiyari tahkim olması arasında da fark olmasa gerektir. Bu çözüm özel hukuk alanında geçerli ana ilke olan irade serbestisi ilkesine de uygundur<sup>31</sup>.

Avukatlık Kanunu'nun öngördüğü zorunlu tahkim usulü ile özel hukuk alanına dahil bazı uyuşmazlıklar konusunda, uyuşmazlığa düşen tarafların devlet mahkemelerinde dava açabilmelerinin engellenmesi adil yargılanma hakkının bir unsuru olan “hak arama özgürlüğü” ve “hakkaniyete uygun olarak yargılanma” ilkeleri açısından tereddütler doğurmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 36'ncı maddesindeki “Herkes... yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” ilkesinin uygulanmasının da önüne geçildiği söylenebilir<sup>32</sup>.

#### **IV- KANUNİ HAKİM İLKESİ AÇISINDAN BARO HAKEM KURULLARI**

4677 sayılı Kanunla kurulan Baro Hakem Kurullarının eleştiriye en açık yönlerinden biri, uluslar arası insan hakları normlarında, anayasalarda ve bu arada 1982 Anayasasının 37 ve 142. maddelerinde güvence altına alınan “kanuni (doğal) hakim ilkesini ihlal edici bir yapıda kurulmuş olmalarıdır.

<sup>31</sup> ÖZYEŞİL, s. 1.; Aksi görüşteki İyimaya, söz konusu düzenlemenin zorunlu yargı düzeni ve görev kuralı niteliğinde olduğunu, bu sebeple akdi tahkimin öngörülemeyeceğini ifade etmektedir. İYİMAYA, s. 384.; Aynı görüşte GÜNER, s. 124-125.; Zorunlu tahkim esasının geçerli olduğu uyuşmazlıkların ihtiyari tahkim usulü ile çözülemeyeceği hakkında bkz. YEGENGİL, s. 102.

<sup>32</sup> ÖZYEŞİL, s. 3.

Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir (Any. m.142). Anayasa’ da böyle bir düzenlemenin yer almasının nedeni; bir kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden (tabii hakiminden) başka bir mahkeme önüne çıkarılmasını önlemektir (Any.m. 37). Bu ilkelerin sonucu olarak örneğin adli yargı kolunda genel mahkemelerin; sulh ve asliye mahkemelerinin görev ve yetkileri HUMK’ un 1-27. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Usul Kanunu da zaten bu genel mahkemelerin tâbi olduğu yargılama usulü ilkelerini düzenleme altına almıştır. Divan içtihatlarına göre mahkeme; “yargılama usulü güvencesine” sahip bir makamı ifade etmektedir. Uyuşmazlığın, belli bir yargılama usulü güvencesini bünyesinde taşıyan bir organ önünde çözümlenmeye çalışılması, 6. maddenin bireye adil yargılanma güvencesinin sağladığı temel unsurlarından biridir<sup>33</sup>.

Kanunun öngördüğü mahkeme koşulu, yargılamada doğal (kanuni) yargıç<sup>34</sup> güvencesini getirmektedir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin kuruluşu, yetkileri ve görevleri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü<sup>35</sup> yürütmenin düzenleyici işlemleriyle değil fakat yasama yolundan kanunla<sup>36</sup> ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır (Any. m.142)<sup>37</sup>. Bu sayede kişi ya da olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir<sup>38</sup>.

Kanuni hakim güvencesi Anayasa’nın 37,II hükmü ile de garanti altına alınmıştır. Buna göre; “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”. Anayasa’nın bu hükmü sayesinde hakimin bağımsızlığı yasama organına karşı bir kez daha güvence altına alınmaktadır.

Doğal hakim ilkesinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki sonucu vardır. Bunlardan olumlu olanı; devletin (yasa koyucunun), yargılama makamlarının yetkilerini ve bu alandaki görev bölüşümüne ilişkin kuralları önceden belirlemekle yükümlü olmasıdır. Adli yargı sisteminde hukuk mahkemelerinin görev ve yetkileri, yargılama sistemleri, HUMK tarafından, idari yargı sisteminde ise İYUK tarafından düzenlenmiştir. Bu ilkenin

<sup>33</sup> GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.252.

<sup>34</sup> Der gesetzliche Richter.

<sup>35</sup> Herkes önceden konmuş usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde ya da yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir (Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler/İlke 5).

<sup>36</sup> BverfGE 18, 241,257; NJW 1965, 343; NJW 1969, 2192.

<sup>37</sup> EREM Faruk: Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınları, Ankara 1986, s. 92.; KUNTER Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 178; CENTEL Nur: Hakimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları İstanbul 1996 , s. 32.; Ayrıca bakınız AGİK Kopenhag Sözleşmesi 5/16.

<sup>38</sup> GÖZLÜGÖL, s.121; Div. Kar. Engel/Hollanda 8.6. 1976, A-22, § 89; Sramek/Avusturya 22.10.1984, A-84, § 36.

olumsuz olan sonucu ise, istisnai mahkemelerin kurulmasının caiz olmamasıdır<sup>39</sup>.

Doğal (kanuni) yargıç ilkesinin karşıtı, olağanüstü (Ausnahmegerichte) mahkemelerdir. Olağanüstü mahkemeler Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun (GVG) 16. paragrafında açıkça yasaklanmıştır. Olağanüstü mahkemeler, uyuşmazlık konusunun ortaya çıkmasından sonra kurulurlar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yetkiye, göreve, yargılama usulüne ilişkin kuralları belirleyebilirler. Bu mahkemeler; birdenbire (ad hoc) kurulmaktadır. Belli bir görev için ya da kişi veya yetki alanı içerisinde faaliyet göstermektedirler. Olağanüstü mahkemeler de kanunla kurulmuş olabilirler<sup>40</sup>.

Yargı organı, yargısal niteliğe sahip her konuda yargılama yetkisine ve karar vermesi istenilen bir sorunun kendisinin hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hakkında münhasıran karar verme yetkisine sahiptir. Kanuni mahkeme kuralı; mahkemelerin, kendilerine tanınmış yargılama usulü kuralları çerçevesinde bir uyuşmazlığın görev, yetki, yargı yolu gibi hususlarda kendisinin, hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hususunda inceleme yapma hakkını da beraberinde getirmektedir<sup>41</sup>.

Kanun koyucu, kanuni hakimin görev alanını ve hangi şartlarda bir davaya bakacağını genel bir hukuk normu ile ortaya koyar<sup>42</sup>. Kanuni hakim, sadece bu görev alanı içerisinde ve belli edilen dava şartlarının gerçekleşmesi sonucunda faaliyet gösterebilmektedir. Kanuni hakim güvencesi; yargılamanın belli bir usuli formda (Justizförmigkeit, Berechenbarkeit) yapılmasını garanti altına alır. Bu sayede keyfi uygulamalar önlenmiş olur. Önceden belli edilmiş olan dava şartları, görev, yetki, ispat yükü gibi kurallar sayesinde hangi mahkemede, hangi tarzda yargılama yapılacağı bellidir. Bu sayede, bir yandan hukuk düzeninde keyfi davranışların önüne geçilirken diğer yandan taraflar, hangi şekli kurallara göre yargılanacaklarını önceden tahmin (voraussehbar) ve hesap (berechenbar) edebilirler<sup>43</sup>.

Kanuni hakim güvencesinin anayasalarda yer alması, doğal hakimin başlı başına bir amaç olduğunu göstermez. Burada amaçlanan; davanın taraflarının korunmasıdır. Doğal hakim ilkesi, aynı zamanda olağan mahkemelerin varlığını da zorunlu kılar. Herkes, önceden konulmuş hukuki usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde

<sup>39</sup> CENTEL, s. 33.

<sup>40</sup> KISSEL Otto Rudolf : Gerichtsverfassungsgesetz, München 1994, § 16 s. 350.

<sup>41</sup> Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 3.

<sup>42</sup> BverfGE 17, 294, 298; NJW 1964, 1020; NJW 1965, 2291; NJW 1976, 283.

<sup>43</sup> SCHWAB/GOTTWALD, s. 26.

yargılanma hakkına sahiptir. Olağan mahkemelere veya yargı yerlerine ait olan yetkileri gereği gibi uygulamayan yargı yerleri kurulamaz<sup>44</sup>.

Kanuni hakim ilkesi, bir yönetmelik veya tüzük hükmü ile yetki ve görev kuralı konulamayacağını, bu tür düzenlemelerle yargılama usulünün belirlenemeyeceğini zorunlu kılar. Yargılama makamlarına görev, yetki ve yargılama usulüne ilişkin haklar ancak kanunla verilebilir<sup>45</sup>.

Baro Hakem Kurullarının yapısı kanuni hakim ilkesinin açıkça ihlali niteliğindedir. Kendisine adli bir fonksiyon ve yargısal rol tanınmış bu kurullar, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün, ilam niteliğinde kararlar verebilmektedirler. Bu kurullar mahkemelere ait hak ve yetkilerle donatılmıştır. Türk Milleti adına yargılama yapma yetkisine (Any.m.9) sahiptirler. Buna karşılık, Hakem Kurulunun, görev, yetki ve yargılama usulü kurallarına ilişkin hak ve yetkileri Türkiye Barolar Birliğinin çıkardığı bir Yönetmelikle belirlenmeye çalışılmıştır.

Baro Hakem Kurulunun görevi, 1136 sayılı Kanunun 44/B-b ve 167. maddeleri ile Yönetmeliğin 5. maddesinde, Kurulun yetki alanı yine aynı Kanunun 167. maddesi ile Yönetmeliğin 6. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulü ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu m.167’de açık bir düzenleme yoktur. Maddenin üçüncü fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: “Hakem işlerinde 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 527, 529, 532, 533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleri ile ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğince çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliğinde düzenlenir”. Bu hüküm ile kanun koyucu, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıklarda HUMK’da yer alan ihtiyarî tahkime ilişkin hükümler<sup>46</sup> doğrultusunda yargılama yapabileceğini belirtmek istemiştir. Bununla birlikte, ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümlerinin yetersiz olduğu veya baro hakem kurulu yargılamasının özelliklerinden kaynaklanan durumlar açısından ise, Türkiye Barolar Birliği’nin çıkartacağı yönetmelikle düzenlemeler yapılması gerektiği de madde metninden anlaşılan bir husustur<sup>47</sup>. Anlaşılacağı üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda görev, yetki ve yargılama usulüne ilişkin kurallar yer alsa da Kanun bu konularla ilgili esas olarak Yönetmeliğe atıf yapmaktadır. Yani Yönetmelik hükümleriyle gerektiğinde görev, yetki ve yargılama usulü kuralları düzenlenebilecek, yeni görev alanları belirlenebilecek, yargılama usulü kuralları değiştirilebilecektir<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 5.

<sup>45</sup> **DEMİRCİOĞLU Yaşar**: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 25.vd.

<sup>46</sup> Burada söz konusu olan hükümler; madde metninde uygulanamayacağı açıkça belirtilen 527, 529, 532, 533/1 ve 536’ıncı maddeler dışındaki ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümleridir.

<sup>47</sup> **ÖZYEŞİL**, s. 12.

<sup>48</sup> Baro hakem kurulu yargılaması sırasında hakem işleri ile ilgili konularda kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmak koşuluyla Türkiye Barolar

Türkiye Barolar Birliğinin, Hakem Kurullarının görevine ilişkin konularda sonradan ne gibi değişiklikler yapabileceği, yeni görev alanları belirleyebileceği ve mahkemelerin görevlerine müdahale edebileceği yolundaki ilk belirtiler özellikle Yönetmeliğin 19. maddesindeki; “haklı ve gerektirici sebeplerin varlığı halinde Baro Hakem Kurulunun ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verebileceği” şeklindeki düzenleme ile ortaya çıkmış durumdadır.

Acaba Yönetmeliğin bu hükmü uygulanabilir nitelikte midir? İhtiyarî tahkimde hakemlerin böyle bir yetkisinin bulunmadığı, hakemlerde görülen davalara ilişkin ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararı verme yetkisinin mahkemelere ait olduğu kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Bunun sebebi olarak birbirinden farklı hukukî gerekçeler<sup>50</sup> ileri sürülmesine karşılık, en önemli gerekçe olarak, bu kararların kamu otoritesi kullanılarak zor kullanmayı gerektiren özelliğe sahip olmaları gösterilmektedir<sup>51</sup>. Bazı yabancı ülkelerin hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda ise, hakemlerin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verebilmelerine imkân tanındığı görülmektedir<sup>52</sup>. Olması gereken hukuk yönünden hakemlerin böyle bir yetkiye sahip olabilmesi savunulabilir. Buna karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun sistemi içerisinde bu durumun şu an kabulüne imkân yoktur. Her şeyden önce ihtiyatî tedbirleri düzenleyen HUMK

---

Birliği'nce yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Türkiye Barolar Birliği çıkardığı Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği ile kanunun kendisine verdiği yetkileri aşarak bazı hükümler sevk etmiştir. Hakem kurulunun ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz verme yetkisinin verilmesi bunların başında gelmektedir.

<sup>49</sup> **ALANGOYA H.Yavuz**: Medenî Usul Hukuku Esasları, Nemaş, 2. Bası, İstanbul 2001. s. 580; **ÜSTÜNDAĞ Saim**: Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 964; **KURU Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir∞Demir, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 6055-6056; **KURU Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Alfa, İstanbul 1995, s. 1118; **BERKİN Necmeddin M.**: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969. s. 930; **PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet**: Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2001, s. 597; **YEĞENGİL**, s.176; **ERTEKİN Erol / KARATAŞ İzzet** : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997. s. 236; **BİLGE Necip /ÖNEN Ergun**: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara 1978., s, 761; **ÖZEKES Muhammet**: İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara 1999, s. 181 vd; **KURU Baki /ARSLAN Ramazan / YILMAZ, Ejder**: Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara 2001., s. 928; **EJDER Yılmaz**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, C.I s. 878 ve C.II s. 1107; **ZİYA Akıncı**, "Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyatî Haciz Kararı Verme Yetkisi, Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, s.218.

<sup>50</sup> Bu gerekçeler ile ilgili geniş bilgi için bkz. **ÖZEKES**, s. 180-181.

<sup>51</sup> **YILMAZ-Hukukî Himaye C.I** s. 878; **ÜSTÜNDAĞ** s. 964; **YEĞENGİL**, s.176; **ÖZEKES**, s. 181. dipnot. 38.

<sup>52</sup> Bu ülkeler ve anlaşmalar ile ilgili geniş bilgi için bkz. **AKINCI**, s. 211 vd.

hükümlerinde ihtiyatî tedbir kararını "hâkim" in veya "mahkeme" nin vereceği açıkça ifade edilmektedir (bkz. örneğin HUMK m.101, 103 104,105). Aynı durum İcra ve İflâs Kanunu'nda ihtiyatî hacizle ilgili hükümlerde de yer almaktadır (Bkz. örneğin İcra ve İflâs Kanunu m. 257, 258, 259, 261). Emredici hükümler içeren her iki kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması ise mümkün değildir. Bu anlamda ihtiyatî tahkimde ve zorunlu tahkim usulü olan baro hakem kurulu yargılamasında hakemlerin ve hakem kurulunun ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verebileceğini söylemek mümkün değildir. Yönetmelik hükümleri normlar hiyerarşisine göre kanun hükümlerine aykırı olamayacağına göre, bu durumda Yönetmeliğin söz konusu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir<sup>53</sup>.

Baro hakem kurullarının görevleri belirlenirken sadece adli yargı alanındaki uyuşmazlıklar göz önünde bulundurulmuştur. Kanun ve yönetmelik hükümleri, tüm yargı kollarındaki uyuşmazlıkları kapsayacak nitelikten uzaktır. Örneğin idari yargı veya askeri yargı alanında vekil-müvekkil ilişkileri ile kamu kurumlarında görev yapan kurum avukatları ve çeşitli özel veya kamu kurumlarıyla sözleşmesi bulunan avukatların karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıklarda Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında kargaşalıkların çıkacağı ortadadır.

Avukatlık Kanununun 167. maddesi ile Yönetmeliğin 5. maddesi sadece HUMK'un 15. maddesini devre dışı bırakmakla kalmamış aynı zamanda Anayasanın 125. maddesi ile İYUK'un göreve ilişkin 2. maddesini de devre dışı bırakmıştır. Anayasanın 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmektedir. Yine İYUK'un 2. maddesinde idari işlemlerden ve eylemlerden kaynaklanan davalarla ilgili olarak idare mahkemelerinin görevleri düzenlenmektedir. Avukatlık Kanunu m.167,I ve Yönetmelik m.5/a'da açıkça belirtildiği üzere, avukatlık ücretinden ve avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan anlaşmazlıklar baro hakem kurulu önünde çözülecektir. Ancak, avukatlık sözleşmesi veya ücreti ile ilgili olarak vekil ile müvekkil arasında ortaya çıkan uyuşmazlık bir idari işlemde kaynaklanıyorsa ne olacaktır? Örneğin bir büyükşehir belediyesi ile sözleşmesi bulunan avukatın alacağı ücretle ilgili olarak büyükşehir belediye meclisinin toplanıp, bu ücretin ödenmesinin 2 yıl süre ile durdurulması veya sözleşmede kararlaştırılan ücretin fazla bulunup belli bir miktara indirilmesi şeklinde bir karar aldığını düşünelim. İdarenin böyle bir işlemi ile avukatlık ücreti ve avukatlık sözleşmesi konusunda bir uyuşmazlık doğacağı ortadadır. İdarenin böyle bir işlemine karşı avukatın, idare mahkemeleri önünde dava açması hem anayasanın 125. maddesi hem de İYUK'un 2. maddesi ile güvence altına alınmışken, bir Yönetmelik hükmü ile idare mahkemelerinin görevinin devre dışı bırakılması kabul edilebilir değildir<sup>54</sup>. Kaldı ki böyle bir uyuşmazlıkta avukat, baro hakem kuruluna

<sup>53</sup> ÖZYEŞİL, s. 23.

<sup>54</sup> İdare makamları ile ortaya çıkabilecek bu tür ücret uyuşmazlıkları Avukatlık Kanununun 167. maddesine göre baro hakem kurullarına da götürülebilir. Ama

başvurma gereğini hissetmeyecektir. Zira hakem kurulu, avukatın haklarını etkin bir şekilde koruma altına alacak yapıda değildir. Örneğin idarenin böyle bir işleminin yürütülmesinin durdurulması Yönetmeliğin 19. maddesi ile getirilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları verme yetkisi ile nasıl<sup>55</sup> sağlanacaktır?

1136 sayılı Avukatlık Kanununun, 4677 sayılı kanunla değiştirilmesi neticesinde Kamu kurumlarında çalışmakta olan avukatlarla, kurumları arasında özellikle kanuni vekalet ücretinin paylaşımı ile ilgili olarak büyük sorunlar ve tartışmalar yaşanmıştır. Kanaatimizce Avukatlık Kanununun 167. maddesi gereğince bu tür uyuşmazlıklar da baro hakem kurullarının görev alanına girmektedir. Zira Kanunun 167. maddesinde “vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık” ibaresi yer almakta,yine aynı Kanunun “Avukatlık Ücreti” başlığını taşıyan 164. maddesinin son fıkrasında da “Dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı” hükme bağlanmaktadır. Anlaşılacağı üzere, kanuni vekalet ücreti de, 164. madde gereğince avukatlık ücreti kapsamında olup, 167. maddeye göre de avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıkların baro hakem kurulları önünde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Böyle olmasına rağmen bu tür uyuşmazlıklara, idare mahkemelerinde bakılmış ve karar verilmiştir<sup>56</sup>. Bunun böyle olması aslında son derece normaldir. Zira

idare mahkemeleri önüne götürülebilmesi önünde hangi engel vardır? Avukat, iptal ve tam yargı davası açarak, idarenin bu işlemini iptal ettirebilir, hak ettiği ücreti hüküm altına alabilir. Bir Yönetmelik hükmü ile Anayasanın 125 ve İYUK'un 2. maddesi hükmü nasıl kaldırılabilir?

<sup>55</sup> İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, geçici bir hukuki himaye sağlayan hukuki kurumlar niteliğindedir. Yönetmeliğin 19. maddesi ile Baro hakem kurullarına ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi sağlamaktadır. Her nedense, bu tür geçici hukuki himaye sağlama görevini üstlenmiş bir kurul, idari alanda çıkacak uyuşmazlıklarla ilgili olarak, yine geçici hukuki himaye tedbiri niteliğinde olan yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine sahip değildir. Burada, Yönetmeliğin sadece adli yargı alanındaki uyuşmazlıklar temel alınarak kaleme alındığı, kamu avukatları ve il özel idareleri, belediyeler, kamu kurumları ile sözleşmesi bulunan avukatların karşılaşılabilecekleri sorunların göz ardı edildiği ortadadır.

<sup>56</sup> Dava dosyasının incelenmesinde, Karadeniz Orman İşletme Müdürlüğü avukatı olarak görev yapan davacının, Avukatlık Yasasında yapılan değişiklik nedeniyle vekalet ücretlerini herhangi bir limit olmaksızın tamamının kendisine ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun 13 Eylül 2001 tarih ve 5724 sayılı işlemlerle reddedilmesi sonucu ret işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yer alan hükümlerin incelenmesinden, Avukatlık Yasasında yapılan değişiklikle hiçbir istisna getirilmeksizin yargı mercileri kararıyla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin davada haklı çıkan tarafın avukatına ait olduğu öngörüldüğünden, davalı idarenin tarafı olduğu davalarda da karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti davalı idare avukatı olan davacıya ait olacağından aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar verildi. Zonguldak İdare Mahkemesi 17.04.2002 tarih ve 2001/1206E,

Anayasanın 125. maddesi ile İYUK'un 2. maddesi idare mahkemelerinin görev alanlarını güvence altına almıştır. İdare mahkemesi de bu güvencenin gereği olarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir. Burada tartışma konusu, baro hakem kurullarının görev alanlarına giren konularda bir belirsizlik olduğu ve tam olarak görev alanının belirlenemediğidir. Yargılama makamları da bu görev paylaşımının tam olarak farkında değildirler. Bu alanda bir çift başlılık hüküm sürmektedir ve ancak 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre çözümü beklenmektedir<sup>57</sup>.

Baro hakem kurullarının yetki alanı (AK. m.167, Yönetmelik. m. 6) konusunda da bazı sıkıntılar çıkacağı şimdiden ortadadır. Örneğin, Birden çok hukukî yardım söz konusu ve bu hukukî yardımlar farklı yerlerde (farklı baroların bölgesinde) yapılmış ise yetkili baro hakem kurulunun hangisi olacağı yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre; avukatın, müvekkiline yapmış olduğu hukukî yardımlardan bir tanesi, avukatın kayıtlı olduğu baronun bölgesinde yapılmış ise, avukat ile müvekkili arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yetkili olan hakem kurulu, avukatın kayıtlı olduğu baronun hakem kuruludur (Yönetmelik m.6 a/1). Buna karşılık, avukatın müvekkiline yapmış olduğu hukukî yardımlardan hiç birisi avukatın kayıtlı olduğu baronun bölgesinde yapılmamış ise hukukî yardımlardan herhangi birinin yapıldığı yer barosu hakem kurulu, diğer hukukî yardımlar dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü içinde yetkilidir (Yönetmelik m.6 a/2).

Bu hükümler çerçevesinde şöyle bir ihtimal düşünelim. Ankara Barosuna kayıtlı bir avukat, Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü ile avukatlık hizmet sözleşme imzalıyor. Avukat, sözleşmenin imzalanmasını müteakip İzmir Menemen ilçesinde, çiftçilere sağlanan tarımsal kredilerle ilgili 2000 icra takibi yapıyor. Ertesi gün Antalya'da kamulaştırma davasına giriyor ve orada da müvekkili banka adına icra takipleri yapıyor. Ardından Şanlıurfa'da tazminat davasına, Erzurum'da İhtiyati tedbir duruşmasına, Samsun'da ceza davasına katılıyor. Bu avukat Ankara'ya geldiğinde müvekkili banka ile arasında avukatlık ücreti veya sözleşmesi hakkında uyuşmazlık çıkıyor. Burada Yönetmeliğin getirdiği çözüm şekli ortaya büyük bir karmaşa, zaman, emek ve masraf kaybı sunmaktadır. Zira böyle bir olayda örneğin Şanlıurfa Baro Hakem Kurulu da yetkili olacağına ve avukatın da bu baro hakem kuruluna başvurduğu düşünülürse, Türkiye'nin değişik yörelerinde

---

2002/505 K.

<sup>57</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli, idari ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir. Özel kanun uyarınca hakeme başvurulmasının zorunlu olduğu hallerde, eğer hakemlik görevi hakim tarafından yerine getirilmiş ise bu merci, davanın konusuna göre, yukarıdaki fıkrada yazılı adli veya idari yargı mercilerinden sayılır. (UMK m.1).

verilen hizmetle ilgili olarak binlerce icra takip dosyası ve dava dosyaları yetkili baro hakem kurulu önüne taşınmak zorunda kalacaktır. Dosyaların buldukları yer baro hakem kurullarına istinabe edilecekse, bu kadar kapsamlı bir hizmetli ilgili olarak gereksiz yere emek, zaman ve masraf kaybı ortaya çıkacak ve usul ekonomisi de ihlal edilecektir. Zaten istinabe masrafları ve dosyaların buldukları yerlerde incelenip bilgi verilmesiyle kaybedilecek zaman, hakem kurulları üzerinde altından kalkılamayacak bir yük doğuracaktır. Bu aşamada, Kanunun 167 ve Yönetmeliğin 6. maddesi ile hukuken ve fiilen devre dışı bırakılan HUMK'un 15. maddesi hükmünün, usul ekonomisine ve makul sürede yargılanma ilkesine daha uygun bir çözüm önerdiği anlaşılacaktır.

Aynı şekilde avukatlık ortaklıklarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda da yetkili baro hakem kurulu belirlenmiştir. Buna göre; avukatlık ortaklığında ortak avukatlar ile ortaklıkta çalışan avukatlar arasında veya ortakların ortaklıkla ilgili olarak kendi aralarında ya da ortaklık pay devir ve bedele ilişkin olarak, ortaklar ile üçüncü kişiler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmeye yetkili olan hakem kurulu, avukatlık ortaklığının kayıtlı olduğu yer barosu hakem kuruludur (Yönetmelik m.6/b). Avukatlık ortaklığı amacına uygun olarak bir gayrimenkul edinmiş, ancak bu gayrimenkul, ortaklığın kayıtlı olduğu baronun bulunduğu yerden başka bir yerde bulunuyor ve ortaklar arasında bu gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkmışsa yetkili baro hakem kurulu nasıl belirlenecektir. Acaba HUMK m.13 hükmüne kıyasen o gayrimenkulün bulunduğu yer baro hakem kurulu yetkilidir denebilir mi? Yönetmeliğin 6/b hükmünün, HUMK m. 13 te düzenlenen ve kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralını kaldırması mümkün olmasa gerekir<sup>58</sup>.

Yukarıda açıklanan göreve ve yetkiye ilişkin belirsizliklerden daha vahimi, baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulünde karşımıza çıkmaktadır. Uygulanacak yargılama usulü ile ilgili olarak sunulan çözüm her haliyle Anayasanın 37 ve 142. maddelerinde düzenlenen kanuni (doğal) hakim ilkesi ile Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hakem kurulunun, kurula başvuracak avukatların, avukatlık ortaklıklarının ve vatandaşların hangi yargılama usulüne tabi olacakları belli değildir.

Baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulü ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu m.167'de açık bir düzenleme yoktur. Maddenin üçüncü fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Hakem işlerinde 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 527, 529, 532, 533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleri ile ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğince çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliğinde düzenlenir". Bu hüküm ile kanun koyucu, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıklarda HUMK'da yer alan ihtiyarî

<sup>58</sup> Özyeşile göre burada HUMK m.13 hükmü uygulanmalı, hatta bu yetki kesin yetki kuralı olarak kabul edilmelidir.

tahkime ilişkin hükümler<sup>59</sup> doğrultusunda yargılama yapabileceğini belirtmek istemiştir. Bununla birlikte, ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümlerinin yetersiz olduğu veya baro hakem kurulu yargılamasının özelliklerinden kaynaklanan durumlar açısından ise, Türkiye Barolar Birliği'nin çıkartacağı yönetmelikle düzenlemeler yapılması gerektiği de madde metninden anlaşılan bir husustur.

Baro hakem kurulunun hangi usule göre yargılama yapacağı, hangi süreleri uygulayacağı hakkında Yönetmelik herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Yönetmeliğin diğer hükümlerinden<sup>60</sup> çıkarılan sonuç ise; baro hakem kurulunun yazılı yargılama usulüne göre (bu konuda HUMK hükümlerine tabi olarak) yargılama yapacağıdır. İhtiyarî tahkimde ise yargılama usulü hakkındaki esas kuralı HUMK m. 525 hükmü koymaktadır<sup>61</sup>. Buna göre, taraflar tahkikatın şeklini ve sürelerini ister başlangıçta (tahkim sözleşmesinde) ister daha sonra yapacakları bir anlaşma<sup>62</sup> ile belirleyebilirler. Bu halde hakemler, tarafların kararlaştırdıkları usul kurallarına uymak zorundadırlar<sup>63</sup>. Taraflar (tahkim sözleşmesinde veya daha sonra yapacakları bir sözleşmede, yargılama usulüne ilişkin bir anlaşma yapmamış iseler, hakemler,

---

<sup>59</sup> Burada söz konusu olan hükümler; madde metninde uygulanamayacağı açıkça belirtilen 527, 529, 532, 533/1 ve 536'ncı maddeler dışındaki ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümleridir.

<sup>60</sup> Örneğin davanın dilekçe ile açılması, cevap süresinin on gün oluşu, ilk itirazlar ve ileri sürülmesi gibi usulî konulardaki düzenlemeler.

<sup>61</sup> **ALANGOYA**, s. 576.

<sup>62</sup> Tarafların daha sonra yapacakları bir sözleşme ile hakemler önündeki yargılamada uygulanacak yargılama usulünü belirleyebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz **KURU-El Kitabı** s. 1115; **ALANGOYA**, s. 576. Bkz. 15. HD 15.6.1989, 1023/2841 (YKD 1989/9 s. 1296).

<sup>63</sup> **KURU- C.VI** s. 6049; **KURU-El Kitabı** s. 1115; **ALANGOYA** s. 576. Ancak, tarafların tespit ettiği usul taraflar arasındaki eşitliği bozuyorsa buna yönelik anlaşmaları geçerli sayılmaz (**ALANGOYA** s; 576). Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, taraflar hangi usulün uygulanacağını tespit etmemiş olsalar bile hakemler, usulün emredici hükümlerine uymak zorundadırlar ( Bkz. **YEGENGİL** s. 278; **BİLGE-Tahkim** s. 101-102; **ÜSTÜNDAĞ** s. 963).

uygulayacakları yargılama usulünü kendileri tayin ederler (HUMK m. 525)<sup>64</sup>. Hakemler hangi usulü uygularsa uygulasin temel yargılama ilkelerine uymalıdır<sup>65</sup>.

Kanun ve Yönetmeliğin getirdiği bu çözüm şekli kanuni hakim güvencesinin ihlali niteliğindedir. Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve mahkemelere müracaat hakkının, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargılama makamlarına başvurulacağı temel kuralının, mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin HUMK'un 15 ve İYUK'un 2. maddelerinin devre dışı bırakıldığı zorunlu bir tahkim usulü oluşturup ardından da bu usulde görev yapacak yargılama makamlarının uygulayacakları yargılama usulü kurallarını uyuşmazlığın taraflarının keyfiyetine bırakmak, hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmamaktadır. Kanuni hakim güvencesi, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yasa yolu ile yargılama usulü kurallarının belirlenmesini ve tarafların, hangi usule tabi olacaklarını görebilmelerini zorunlu kılmaktadır. Yargılamanın, önceden belli edilmiş bir usuli formda yapılması zorunluluğu vardır. Bu sayede olası keyfilikler önlenecek ve anayasalarda güvence altına alınan vatandaşlara eşit muamele etme imkanı sağlanabilecektir. Buna karşılık bir yönetmelik hükmü ile, baro hakem kurullarının, ihtiyari tahkim usulünde olduğu gibi bir yargılama usulü takip edebilecekleri, uyuşmazlığın taraflarının, davanın açılmasından sonra yargılama usulünü kendilerinin belirleyebileceğini savunmak, hukuk devleti, anayasal eşitlik ve kanuni hakim güvenceleriyle bağdaşmamaktadır<sup>66</sup>. Zorunlu tahkim usulünde, yargılama makamının uygulayacağı yargılama usulü kurallarının önceden belli edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde kötüniyetli davranışların önü açılacaktır. Zira baro hakem kurulu önüne gelen taraflardan biri, her türlü hukuki çözüm ve ispat şeklini bilen avukat, diğeri ise hiçbir hukuki bilince sahip bulunmayan herhangi bir vatandaşdır. Hakem kurulu önünde hakkını arayan ve hiçbir hukuk bilincine sahip olmayan kişilerin iradeleri, eğer yargılama usulü onların iradelerine terkedilecek olursa kolaylıkla zedelenebilir, hileli yollarla sakatlanabilir<sup>67</sup>. Bu nedenle baro hakem kurulu

<sup>64</sup> Hakemler bu halde HUMK'a göre tahkikat yapabilecekleri gibi tespit edecekleri başka bir yargılama usulünün uygulanmasına da karar verebilirler. (KURU-C.VI s. 6049; KURU-El Kitabı, s.1115). Hakem yargılamasında HUMK hükümlerinin uygulanacağı (taraflarca veya hakemlerce) kabul edilmişse, bu durumda HUMK hükümleri tahkim yargılamasına uyduğu ölçüde (örneğin yetki, görev, iş bölümü, duruşmaların aleniliği, adli tatil gibi hükümler, tahkimde uygulanmaz) uygulanacaktır. Bkz. ALANGOYA s. 576; 15 HD 16.3.1979 161/512; OKÇUOĞLU Yavuz: Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 500 dn. 2.

<sup>65</sup> ALANGOYA s. 576; KURU-El Kitabı s.1115, Örneğin taraflara arasındaki eşitlik ilkesine, adil yargılama ilkesine hakemler uymak zorundadır.

<sup>66</sup> Bu nedenlerle sayın Özyeşilin, yargılama usulünün tarafların iradeleri ile belirlenebileceği yolundaki görüşüne katılmıyoruz.

<sup>67</sup> Ortada ücrete ilişkin herhangi bir uyuşmazlık yokken ve güven ilişkisi geçerli iken dahi muvazaalı yollarla vatandaşların iradelerinin nasıl kötüye

yargılamasında acilen bir yargılama usulü güvencesi getirme zorunluluğu bulunmaktadır.

## V- BARO HAKEM KURULLARININ TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI

Yargılama makamlarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, adil yargılamanın temellerinden biridir. Yargı yerinin bağımsızlığı; belli bir davada karar vermek durumunda olanların, önlerine gelen sorunlar hakkında tarafsız bir şekilde, olaylara dayalı ve hukuka uygun olarak, devletin herhangi bir biriminin ya da başka bir yerin herhangi bir müdahalesi, baskısı ve uygunsuz etkileri olmaksızın karar vermekte özgür olmaları anlamına gelmektedir<sup>68</sup>.

Demokratik bir toplumda yargı yerlerinin bağımsızlığının kökleri; güçler ayrılığındadır (Gewaltenteilug). Yargı hakkının, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızlığı ilk kez Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde düzenleme altına alınmıştır<sup>69</sup>.

Devletin çeşitli organlarının münhasır ve özgül görevleri vardır. Bir kurum olarak yargı organı ve birey olarak yargıçlar, önlerindeki davalarda karar vermek için münhasır yetkiye sahip olmalıdırlar<sup>70</sup>. Yargının bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınmalı, hukuk tarafından düzenlenmiş olmalı ve bütün kamu kuruluşları tarafından saygı görmelidir. Devletler adaletin dağıtılmasında siyasi ve başkaca müdahalelere karşı yapısal ve işlevsel koruyucular sağlamalıdır<sup>71</sup>. Hakimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin ve özellikle siyasi iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez<sup>72</sup>. Devletin başta gelen görevlerinden biri de adalet dağıtmaktır. İyi bir adaletin

---

kullanıldığı, müvekkillere ait menkul ve gayrimenkullerin başkalarının üzerine geçirildiği, müvekkile ait alacakların tahsil edilip başka yerlerde değerlendirildiği, çeklerin ciro edildiği yolunda ibret dolu pek çok olay mevcuttur. Bu düşündürücü olaylar görmezlikten gelinerek ve ortada davanın da olduğu düşünülecek olursa, yargılama usulü kurallarını avukatla müvekkilin iradelerine bırakmak iyiniyet kurallarına aykırı hareketlerin de önünü açacaktır. Örneğin delil sözleşmesi yapılarak karşı tarafın elinde bulunan delillerin hukuki değeri kaldırılabilir, kişinin gerçek iradesine uymayan sulh, kabul ve feragatler devreye girebilecektir. Baro hakem kurulu önünde, önceki avukatına karşı hakkını arayan bir kişi tekrar avukat tutma zorunluluğunda kalabilecektir.

<sup>68</sup> TAMER/KAPLAN, s.159; GÖZLÜGÖL, s.120; GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s.254; Div. Kar. Belilos/İsviçre 29.4.1988, A-132, § 64; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A-84, §36; Lithgow ve Arkadaşları/Birleşik Krallık 8.7.1986, A-102, § 202.

<sup>69</sup> SCHWAB/GOTTWALD, s. 5; Alman Anayasası (GG) § 20 ve Türk Anayasası m. 9' da da, 'Yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı' hüküm altına alınmıştır.

<sup>70</sup> TAMER/KAPLAN, s.158.

<sup>71</sup> Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 1.

<sup>72</sup> GÖZLÜGÖL, s.121.

başlıca şartı ise adaleti dağıtanların tarafsız ve bağımsız olmalarıdır<sup>73</sup>. Zira en küçük bir yabancı unsurun müdahalesi ile bozulan kurum, adalettir. Bu itibarla herhangi bir makamın veya otoritenin baskısı ya da etkisi altında karar veren hakim, adaleti yerine getiremez. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birey hak ve özgürlüklerinin güvencesidir<sup>74</sup>.

Yargı organı, önündeki sorun hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan ya da dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın, maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir (YBİTİ/2). Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa' ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Ay. m.138)<sup>75</sup>. Herkes medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar (...) hakkında karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) görülmesini istemek hakkına sahiptir (AİHS m.6, İHEB m.10, KİSHUS 14/1).

İHEB' nin 7. maddesine göre “Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır”. Kişilerin yasa tarafından eşit koruma altında bulunmaları ise en başta bu yasaları uygulayacak olanların tarafsız ve bağımsız olmalarına ve bu sayede yasaları tüm yurttaşlara eşit uygulamalarına bağlıdır.

İHEB' nin 8. maddesinde de “Tüm yurttaşların, anayasa ya da yasa ile tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma haklarının olduğundan” bahsedilmektedir. “Etkin” bir yargı yolunun sağlanabilmesinin en önemli koşullarından birisi de, yargı yoluna dahil mahkemelerde görev alan kişilerin bağımsız ve tarafsız davranabilmeleridir.

İHEB' nin 21. maddesinin 2. bendinde ise “Herkesin, ülkesindeki kamu hizmetlerinden eşitlikle faydalanma hakkına sahip olduğu” belirtilmektedir. Yargı erki, bir ülkedeki en önemli kamu hizmetlerinden biri olduğu için, bu en temel kamu hizmetinin ülkede yaşayan herkes için tam bir eşitlikle uygulanabilmesi de yine, o kamu hizmetini görmekte olan hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.

Yargı organı, önündeki sorun hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir. Yargı bağımsızlığı prensibi, yargılama

<sup>73</sup> TOROSLU, s.94; KUNTER, s.347.

<sup>74</sup> TOROSLU, s.95.

<sup>75</sup> Üst derece mahkemelerinin kararlarının göz önünde bulundurulması, mahkemelerin bağımsızlıklarının ihlali anlamına gelmez, mahkemeler üzerinde tavsiye ve telkinde bulunulması olarak algılanamaz. CENTEL, s. 11.

organının davaları adil bir biçimde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir ve yargılama organına bu imkanı verir<sup>76</sup>.

Hakimlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasına yönelik Usul Hukuku hükümleri, AİHS ve Anayasa'da ifadesini bulan "ayrımcılık yasağının" bir garantisidir. Hak arama hürriyetini kullanan ve mahkemeler önünde davacı ve davalı konumunda olan kişiler açısından "hukukun korumasından" eşit faydalanma hakkı en başta hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte tarafsızlık; davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu ve özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının, taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmamaları demektir<sup>77</sup>.

Objektif tarafsızlık, kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılır. Bu, yargılama organının her türlü şüphe ve kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olup olmadığı hususuna bağlıdır<sup>78</sup>. Objektif tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin, organın tarafsızlığı makul her türlü şüphelyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır<sup>79</sup>. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) açısından yapılmaktadır<sup>80</sup>.

Objektif tarafsızlığın sağlanmasında hakimlerin hiç kimsenin emir ve talimatına bağlı olmaksızın Anayasa'ya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri büyük önem taşımaktadır<sup>81</sup>. Objektif yönden tarafsızlığın ölçütleri kurumsal alanda ve Anayasal düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından yürütme ve yargılamanın ayrılığı, başka bir anlatımla yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu çok önemlidir. Eğer hükümet ya da idari organlar, hakimlerin görevine son verebiliyorlarsa, bu noktada kurumsal açıdan bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları yok demektir. Hatta yargılama dışı kurumlar, mahkemeler ya da hakimler üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu,

<sup>76</sup> Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 2,6.

<sup>77</sup> TAMER/KAPLAN, s.167; GÖZLÜGÖL, s.121; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.254; Div. Kar. Holm/İsveç 25.11.1993 A-279, § 32; Piersack/Belçika 1.10.1992 A-53 § 30.

<sup>78</sup> TÜSİAD, s.27.

<sup>79</sup> Piersack Kararı, §30; De Cubber / Belçika 26.10.1984, A-86 §24; Hauschildt / Danimarka 24.5.1989 A-154 § 45; Padovani/İtalya 26.2. 1993 A-257 § 23-24; Demicoli/ Malta 27.8.1991 A-210 § 39-42; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.255.

<sup>80</sup> Cubber/Belçika 26.10.1984 Seri A-86 § 26; Piersack Kararı, § 30.

<sup>81</sup> Any. m. 138/I; Bulgaristan Anayasası m. 130; Yunanistan Anayasası m. 87/II, Almanya Anayasası m. 20/III.

yine bağımsızlığın olmadığı anlamına gelmektedir. Bu etkileme ya da denetleme; değişik biçimlerde; hakimlerin aylıklarının ödenmemesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçimlerinde ortaya çıkabilmektedir. Divan, bir mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını araştırırken; üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev sürelerine, herhangi bir makamın üyelerine emir verme yetkisi<sup>82</sup> bulunup bulunmadığına, üyelere etkide bulunulmaması için önlem alınıp alınmadığına ve genel bir değerlendirmeye bağımsız görünümde olup olmadığına önem vermektedir<sup>83</sup>.

Objektif tarafsızlık konusunda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa verdikleri güven hissidir. Zaten Divan, pek çok kararında; “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi lâzımdır” öz deyimine atıfta bulunmuştur<sup>84</sup>. Buna göre yargılamaya geçilmeden; daha davanın en başında, yargılama makamının kuruluşu ve buralarda görev yapan hakimler açısından tarafsız bir mahkemenin oluşturulduğu noktada bir görünümün oluşturulması gerekir. Mahkemelere duyulan güvenin , büyük ölçüde kurumun üyelerinden soyutlanarak bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur<sup>85</sup>.

Baro hakem kurulunun yapısı ile ilgili olarak asıl önemli husus, avukatı ile uyuşmazlığa düşen kişilerin, o avukatın meslektaşlarından oluşan bir kurul önünde yargılamaya zorunlu tutulmalarıdır. Kişisel hakların gerçekleştirilmesi veya korunmasını, tarafsız ve bağımsız bir yargı

<sup>82</sup> Alman Hukuku'nda, objektif tarafsızlığın bir göstergesi olarak emir ve talimat bağımsızlığı kavramının karşılığı olarak; “Weisungsfreiheit-Weisungsunabhängigkeit” kelimeleri kullanılmaktadır. Anayasa'nın 138/2 hükmüne göre; “Hiçbir makam, organ, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz”. Benzer düzenlemeler hakkında bkz. İtalyan Anayasası m. 101/II, Japon Anayasası m. 76/III, Almanya Anayasası m. 97/I, Bulgaristan Anayasası m. 129/I, İspanya Anayasası m. 117, Yunanistan Anayasası m. 87. **SCHWAB/GOTTWALD**, s. 7.

<sup>83</sup> **CENTEL**, s. 26.

<sup>84</sup> De Cubber/Belçika 26.10.1984, Seri A 86, § 26.

<sup>85</sup> Brandstetter/Avusturya 28.8 1991, A-211 § 44; Bu nedenle mahkeme üyelerinin atama yöntemleri, görev süreleri, görevden uzaklaştırmayı düzenleyen veya görevden uzaklaştırmayı garanti altına alan kuralların niteliği, üyeleri dışarıdan gelecek baskılara karşı koruyacak güvencelerin varlığı, üyeler arasında hiyerarşik bir sıralamanın olup olmadığı dikkate alınarak objektif tarafsızlığın görünümünün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri'nin objektif tarafsızlığa sahip olduğu ileri sürülemez. Nasup Mitap, Abdullah Müftüoğlu/Türkiye, 8.12.1994, 15530/89, 15531/89, § 88-107; Langborger /İsveç, 22.6.1989, Seri A 155 § 32; Campbell ve Fell/ Birleşik Krallık 28.6.1984 Seri A 80, § 78; Piersack/Belçika, 1.10.1982 Seri A 53, § 30; Borgers/ Belçika 20.10.1991 Seri A 214-B, § 24.

örgütünün yerine getireceği her türlü kuşkudan uzaktır. Baro hakem kurulu özel hukuk alanındaki bazı uyuşmazlıkları çözme konusunda, esasen mahkemelerin yerine getirmesi gereken görevi ifa edeceğinden, bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, baro hakem kurulunun iki üyesinin avukat oluşu ve baro hakem kurulu önünde çözümlenecek uyuşmazlıkların taraflarından birinin her zaman mutlaka bir avukat oluşu karşısında, toplum nezdinde birtakım şüphelerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Mesleki dayanışma veya rekabet duygularının objektif tarafsızlığın sağlanmasında endişelere sebebiyet vereceği ortadadır. Yargı mercilerinin tarafsızlığı denilince ön plana çıkan husus "objektif tarafsızlık"tır. Bu bağlamda oy çokluğu ile karar verebilecek baro hakem kurulunda iki avukat üyenin bulunması, yargılamaya taraf olacak kişilerin baro hakem kurulunun tarafsızlığına olan güvenlerini zedeleyecek niteliktedir<sup>86</sup>.

AİHM, kurumsal tarafsızlığın saptanmasında açık, belirgin kanıtların bulunmasını gerekli görmemektedir. Tam tersine, yargılanan kişinin kuşku ve endişe duymasına neden olacak biçimde yargılama makamının organik ya da işlevsel alanda taraflı ya da bağımlı olduğu düşüncesine yol açabilecek görüntülerin bulunması halinde dahi, tarafsızlığın ihlâl edildiği sonucuna varmaktadır<sup>87</sup>.

Hukukumuzda hakimlerin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır (SPK m.11). Ancak her birey gibi bir davaya bakan hakimin de siyasi görüşünün olması ve herhangi bir siyasi partiye sempati duyması doğaldır. Salt bu nedenle hakimin davada taraflı görülerek reddedilmesi yerinde değildir. Ancak, siyasi eğilimini daha önceden veya dava sırasında taraflı olmasından kuşku duyulmasını haklı gösterecek biçimde ortaya koyan veya siyasi faaliyette bulunan hakimin reddi mümkündür. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi, komünist görüşlü bir kişinin siyasi suçunu yargılayan bir hakimin, alenen bir çok kez sözle ve eylemle komünizmi reddetmiş bir kişi olmasını tarafgirlik nedeni olarak yeterli görmüştür<sup>88</sup>. Baro hakem kurulunun oluşumundaki siyasi etkiler, bu kurulun objektif tarafsızlığı konusundaki şüpheleri de beraberinde getirmektedir.

Türk Milletinin siyasal parçalanma merakı, baro seçimlerinde de kendisini göstermektedir. Baro yönetim kurulları ile ilgili olarak yapılan

<sup>86</sup> **ÖZYEŞİL**, s.3.; Özellikle burada bahsettiğimiz durumun özelliğinden ötürü, Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin tasarının gündemde olduğu dönemde, toplumda "kiyak avukatlık yasası" imajının ve "avukatların bu işi kendi aralarında hallediyor şeklindeki görüntünün" doğabileceğini ifade eden **Pekcanitez'in** bu teşhislerine katılmamak mümkün değildir **PEKCANITEZ Hakan**: Tartışma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12/16 Ocak 2000, s.389-390). Ayrıca kanımızca, uyuşmazlığı çözmek ile görevlendirilen hakem kurulunu "Baro Hakem Kurulu" kavramı ile ifade etmek de bu yönüyle toplumun duyduğu endişeleri artıracak özelliktedir. **ÖZYEŞİL**, s. 3.

<sup>87</sup> **TÜSİAD**, s.28; Belilos Kararı, Sramek Kararı; Piersack Kararı.

<sup>88</sup> **DEMİRCİOĞLU**, s. 42.

seçimlerde seçimlere katılan gruplar kendilerini, siyasi kimliklerine, siyasi görüş ve düşüncelerine göre ifade etme ihtiyacı hissetmektedirler. Örneğın son yapılan Ankara Barosu seçimlerinde seçime katılanlar, Demokratik Sol veya Demokratik Sağ Avukatlar Grubu şeklinde; temelinde siyasi ayrımcılığı esas alan bir yapılanmaya gitmişlerdir. Siyasi söylemlerle ve kimlikle hareket eden bu gruplar, kendi aralarından Baro Yönetim Kurulu adaylarını belirlemekte ve bu yönetim kurulunca da, bağımsız ve tarafsız yargılama yapması gereken Baro hakem kurulunun iki avukat üyesi seçilmektedir. Hakimlerin, siyasi etki, baskı, teşvik gibi nedenlerle bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının zedelenmesini önlemek amacıyla siyasi partilere üye olmaları açıkça yasaklanmışken, pek çoğu itibariyle bir siyasi partinin üyesi olan veya organlarında görev alan ve hatta baro seçimlerinde kendilerini, siyasi dünya görüşlerine göre ifade etme ihtiyacı hisseden Baro Yönetim Kurulu üyeleri tarafından, tarafsız ve bağımsız nitelikte bir yargılama makamı oluşturmaya çalışmak da hayalden ibaret olsa gerektir. Bu nedenle Baro hakem kurulunun objektif-kurumsal- tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda ciddi tereddütler bulunmaktadır. Şu anki görünümü itibariyle baro hakem kurulu üyelerinin, önüne gelen uyuşmazlıkta karşı dünya görüşüne sahip olan bir avukat veya o avukatın müvekkili ile ilgili olarak, siyasi görüşlerinden bağımsız bir şekilde karar verebilmelerini garanti altına alan koruyucu düzenlemeler yer almamaktadır. O nedenle Baro Yönetim Kurulu tarafından, hakem kurulu oluşturulurken çok dikkatli davranılmasında fayda vardır.

Özellikle Baro yönetim kurullarının seçim dönemlerinde, seçilebilme kaygısı taşıyan grupların, avukat üyeleri ile iyi geçinme ve oy alabilme kaygıları baro hakem kurullarının tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkileyebilecek niteliktedir.

Bu siyasi etkiler, Ankara, İstanbul, İzmir gibi binlerce avukat üyesi bulunan illerin barolarında daha az hissedilir olsa da Türkiye sadece bu illerdeki barolardan ibaret değildir. Küçük yerleşim alanlarında bu tür siyasi baskı veya teşviklerin daha da etkili olacağı ve karar mercilerini kontrolü altına almaya çalışacağı aşıkardır. Yine bu yerlerde, uyuşmazlıkların çözümünde mesleki rekabet veya dayanışma duygularının da devreye girebileceği şüphesizdir. Bu nedenlerle baro hakem kurullarının mevcut yapısı, “silahların eşitliği” ilkesi açısından da bazı kuşukları beraberinde getirmektedir.

Gerek ceza gerekse hukuk yargılaması alanında, adil yargılama ilkesinin temel unsurlarından biri de yargılamada “ taraflar arasında eşitliğin” bulunmasıdır<sup>89</sup>. Bu ilke genel olarak yargılama hukukunda ve AIHS

<sup>89</sup> Bu ilke Mitolojide, Justitia'nın dengede duran terazisi ile ifade edilmektedir. Dengede duran ve taraflara eşit imkânlar sunun bu terazi sayesinde davacı ve davalının eşit silahlarla savaşması, eşit olarak davaya başlanılabilmesi ve eşit şanslara sahip olunması, kısacası hakim önünde eşit olunması ( Die Gleichheit vor dem Richter) sağlanır. Taraflar, ileri sürdükleri delillerle,

uygulamasında “silahların eşitliği” olarak adlandırılmaktadır. Anlamı, “bir yargılama sürecinde tarafların savlarını ileri sürmek, dinletirmek ve kabul ettirebilmek için eşit şans ve olanaklara sahip olmaları ve bu konuda taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı bir durumda olmamasının sağlanmasıdır<sup>90</sup>. Davada tarafların maddi ve hukuki konulara ilişkin görüşlerini tüm çerçevesiyle ifade edebilmeleri de bu hakkın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>91</sup>. Divan’ a göre de genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan “hakkaniyet”in önemli bir gereği taraflar arasında “silahların eşitliği” diğer bir deyimle mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır<sup>92</sup>. Silahların eşitliği ilkesi, ağır insan hakları ihlallerine karşı acil bir fren niteliğindedir<sup>93</sup>.

Herkes hukuk önünde eşit haklara sahiptir<sup>94</sup>. Bu eşitliğin kökeni, anayasalardaki genel eşitlik ilkesine<sup>95</sup> ve sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır<sup>96</sup>. Hukuk önünde eşitlik hakkı, yasaların ayrımcı olmaması, yargıçların yasaları uygularken herkese eşit muamelede bulunması, ayrımcı bir şekilde davranmaması anlamına gelir<sup>97</sup>. Hukuk üstünlüğünün bu genel ilkesi, herkesin hem mahkemeye eşit olarak ulaşma ve hem de bu

---

iddialarla, savunmalarla eşit ölçüde bu teraziye harekete geçirme imkânına sahiptirler. **BÖTTICHER Eduard:** Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1961, s. 11.

<sup>90</sup> **TÜSİAD**, s. 33.

<sup>91</sup> **AKCAN**, s.90.

<sup>92</sup> Div.Kar. K.Delcourt/Belçika 17.1.1970 Seri A-11, § 28; Monnel et Morris/İngiltere 2.3.1987 Seri A-115, § 62; Ekbetani/İsveç 26.5.1988 Seri A-134, § 30.

<sup>93</sup> **PEKCANITEZ-Adil Yargılama**, s. 55.

<sup>94</sup> İHEB m.7, AİHS m.14; 10; KİSHUS m. 2/1,3 ve 26; Afrika Şartı m. 2, 3; Amerikan Sözleşmesi m. 1, 8/2, 24.

<sup>95</sup> Yunanistan Anayasası, m. 4, I.; İspanya Anayasası, m. 14.; Avusturya Anayasası, m. 2.; Belçika Anayasası, m. 6, II.; İsveç Anayasası, m. 4 c. 1.; Polonya Anayasası, m. 69. AİHS (EMRK) m. 14.; Amerikan Sözleşmesi (AmMRK) m. 24.

<sup>96</sup> BVerfGE Bd. 9, s. 131; Bd. 10, s. 270; Bd. 22, s. 86; Bd. 52, s. 144; Bd. 56, s. 143; Bd. 63, s. 394. Alman Anayasası (GG ) § 3’te genel eşitlik kuralından bahsedilmektedir. Alman Hukukçularına göre de mahkeme önünde iddia ve savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir görünümüdür ve mahkemelerin keyfi (willkürlich) davranışlarına karşı bir güvence niteliğindedir. Bu hak, milletin, devlet erki karşısındaki gücüdür. **KİRCHBERG Christian:** Willkürschutz statt Grundrechtsschutz, NJW 1987, 1988 s. 1987-1988; **WALDNER**, s. 9; **GUSY Christoph:** Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, JuS 1982, s. 30; **HENCKEL Wolfram:** Sanktionen bei Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, ZJP 77 (1964) s. 481; **HÖFLING, Wolfram:** Das Verbot prozessualer Willkür, JZ 1991, 955 s. 955.

<sup>97</sup> Die Gleichheit der Parteien vor dem Richter. Bötticher, s. 11.n

mahkemeler tarafından eşit muamele edilme hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir<sup>98</sup>.

İHEB'nin 7. maddesine göre; "Herkes hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmadan hukukun korumasından eşit olarak yararlanır. Herkes, bu bildirinin ihlaline yönelik bir ayrımcılığa ve böyle bir ayrımcılık kışkırtmasına karşı, hukukun korumasından eşit olarak faydalanır".

Yine İHEB'nin 10. maddesine göre; "Herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkında bir suç isnadının karara bağlanmasında (...) tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir".

KİSHUS'nin 14/1 hükmüne göre; "Herkes, mahkeme ve yargı mercileri önünde eşittir".

Aynı şekilde KİSHUS'nin 26. maddesine göre; "Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk, bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese (...) ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma sağlar".

1990 tarihli AGİK Kopenhag Sözleşmesi'nin 5/9. hükmü gereğince; "Bütün bireyler yasa önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılık olmadan eşit korunmaya hakları vardır. Bu bakımdan yasa her türlü ayrımcılığı yasaklar ve gerekçesi ne olursa olsun her türlü ayrımcılığa karşı bütün kişilere eşit ve etkili bir koruma sağlar".

1982 Anayasası'nın 10. maddesine göre de; " Herkes, (...) ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır".

Silahların eşitliği ilkesi, uyuşmazlığın taraflarına, karşı taraf karşısında kendisini esaslı bir surette dezavantajlı konuma sokmayan şartlarda görüşlerini sunmak için makul imkanların verilmesi anlamına gelir. Silahların eşitliği ilkesi, kendini savunma hakkının temel bir güvencesidir. Bu ilke, uyuşmazlığın taraflarının birbirleriyle eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunmada makul fırsatlara sahip olmasını güvence altına almaktadır.

Alman Hukuku'nda, silahların eşitliği ilkesi; "Waffengleichheit" kelimesiyle ifade edilmektedir<sup>99</sup>. Bu ilke, hukuki dinlenme hakkının bir görüntüsüdür ve yargılama işlemlerinin, eşitlik temeli altında belli bir sıra ile yerine getirilmesi güvence altına almaktadır<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> TAMER/KAPLAN, s. 151-152.

<sup>99</sup> WALDNER, s. 7.

<sup>100</sup> BAUR Fritz: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 393 s.393; ZEUNER Albrecht: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 1013 s. 1013.

Burada önemli olan, muhakemenin bütünü gözönünde tutulduğunda iddia ve savunma dengesinin korunmasıdır<sup>101</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi, adil bir yargılama yapılabilmesinde üç temel sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bu ilke sayesinde devletin yargı fonksiyonu, kişi lehine sınırlandırılmakta ve yargının doğru ve adil işlemesi sağlanmaktadır<sup>102</sup>. Yine bu ilke sayesinde, yargılamaya katılanların salt bir obje olması önlenmekte ve yargılama işlemlerinde daha etkin olmaları sağlanmaktadır<sup>103</sup>. Son olarak bu ilke sayesinde adil bir yargılamanın yapılması sağlanmakta ve kanuna uygun bir yargılama yapılabilmesi temin edilmektedir. Bu sayede keyfi ve kötünüyetli davranışlar da önlenmektedir<sup>104</sup>.

Baro hakem kurullarının, “silahların eşitliği” ilkesine uygun yargılama yapıp yapamayacağı şüphelidir. Zira bu kurullar önünde yapılan yargılamalarda objektif tarafsızlık ve bağımsızlığın tam olarak sağlanabildiğini söylemek mümkün değildir. Hakem kurulu üyelerinin ikisinin avukat olması, bu kurulların siyasal ve sosyal etki, baskı ve teşviklere açık olması, mesleki rekabet veya dayanışma duygularının devreye girebileceği endişesi, taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanması ve taraflara eşit muamele yapma yükümlülüğü bakımından tereddütlerin doğmasına sebep olmaktadır.

Baro hakem kurullarının objektif tarafsızlıkları konusundaki endişeler sadece bu kurulların kendi oluşumlarından kaynaklanmamaktadır. Baro hakem kurulları tamamen bağımsız ve tarafsız hareket etme eğiliminde olsa bile siyasi bir organ konumunda olan Adalet Bakanlığı'nın özellikle Avukatlık Kanunu'nun 77/7, 95/16 ve Geçici 4. maddelerine dayanarak sahip olduğu onay ve denetim yetkileri nedeniyle Baro Yönetim Kurullarının ve hakem kurullarının, siyasi iktidarın etki ve baskıları altında kalmaları kaçınılmazdır. Baro Hakem Kurulu üyesi olarak bir yargılama sürecinde görev alacak avukatların, hakimler gibi Anayasa'dan kaynaklanan teminatlarının bulunmaması üye avukatlara yapılabilecek telkinleri ve baskıları gündeme getirebilir.

Sübjektif açıdan tarafsızlık doğrudan doğruya hakime ya da hakimlere ilişkin olup; bunların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır<sup>105</sup>. Sübjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılır<sup>106</sup>. Baro hakem kurulu üyelerinin sübjektif açıdan tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını sağlayabilmek için Yönetmeliğin 8. ve 9. maddelerinde

<sup>101</sup> FEYZİOĞLU, s. 282 dip. 668.; Bogers/Belçika 30.10.1991 Seri A-214-b § 26.

<sup>102</sup> BVerfGE Bd. 38, s. 111.

<sup>103</sup> BVerfGE Bd. 65, s. 174; Bd. 66, s. 318.

<sup>104</sup> BVerfGE Bd. 52, s. 153; Bd. 69, s. 139.

<sup>105</sup> GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.255; TÜSİAD, s.28.

<sup>106</sup> Fey/Avusturya 24.2.1993 A-255, § 29; Padovani/İtalya 26.2.1993 A-257 § 25; Hauschilt/Danimarka 24.5.1989 A-154.

hakemlerin reddi ve hakemlerin davaya bakmasının yasak olduğu haller düzenleme altına alınmıştır.

## VI- BARO HAKEM KURULU KARARLARININ TEMYİZİ

Kanun yolu<sup>107</sup>, davanın taraflarına tanınan bir hukuki yoldur ki bununla, yanlış olduğu iddia edilen kararın tekrar incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanır<sup>108</sup>. Kanun yollarıyla davanın tarafı (tarafları), karar kesinleşmeden önce, usul kurallarına uygun olmayan bir kararı üst mahkemede incelettirmek suretiyle itiraz ettikleri bu kararın ortadan kaldırılmasına ve uygun bir kararın elde edilmesine çalışmaktadır<sup>109</sup>.

Kanun yoluna başvurma hakkı, AİHS’ de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHS’ ye ek 7 numaralı protokolün 2. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre; “Cezai bir fiilden ötürü bir yargı yeri tarafından mahkum edilen kimse, mahkumiyet ve cezasını daha yüksek bir yargı yerinde yeniden incelemek hakkına sahiptir”. Aynı şekilde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 14/5 hükmüne göre; “ bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyetinin ve hükmün yasalar uyarınca daha yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesi hakkına sahiptir”.

Her ne kadar söz konusu maddelerde, özellikle ceza hukuku alanında temyiz ve kanuni yollara müracaat hakkında bahsedilmekte ise de, özellikle hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olması bakımından ele alındığında bu hakkın tüm uyuşmazlıklarda ve bu arada da hukuk davalarında da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Zira söz konusu uluslararası sözleşmelerde amaçlanan; hukuk ve ceza davaları arasında bir ayırım yaparak, salt cezai bir fiilden yargılanan kimselere kanun yollarına müracaat hakkını tanımak değil, ilk derece mahkemelerinin, karar verirken yanlışlık yapmaları ihtimalinden yola çıkarak, daha yüksek bir mahkeme tarafından hem hukuk hem de ceza davalarının incelenmesine imkân sağlamaktır.

İnsan Hakları Komitesi’ ne göre, kanun yollarına müracaat hakkından bahsedebilmek için, ilk derece mahkemesi hükmünün denetiminin, daha yüksek bir yargı yerinde ve yasaya uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Denetim hakkı; bir olayın, ikincisi birincisinden daha yüksek bir yargı yeri olmak üzere en az iki derecede (zweite Instanz) yargısal denetimin yapılmasını sağlar.

Adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamadan bahsedebilmek için, hüküm mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, hukuka uygunluğunun denetlenmesi imkânının mutlaka hukuk düzeni içerisinde kurumsallaştırılmış olması gerekir. Modern bir hukuk devletinde, bütün mahkemelerce uygulanan hukuk kurallarının denetlenmesi, yüksek mahkemelerin temel

<sup>107</sup> Das Recht auf Instanzenzug.

<sup>108</sup> KURU-USul V, s.4488.; PEKCANITEZ-USul, s. 405.

<sup>109</sup> AKCAN, s.7.

görevleri arasındadır. Ülkemizde de Yargıtay, adli yargı alanındaki yüksek mahkeme olup, adliye mahkemelerince verilen nihai kararları ve hükümleri, son merci olarak inceleyip karara bağlar<sup>110</sup>.

Aynı şekilde kişilere “kanun yollarına” müracaat hakkının tanınmış olduğundan bahsedebilmek için; yüksek yargı yerince yapılan denetimin, alt derece mahkemesinin hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkin vermiş olduğu kararlara yönelik olması gerekir. Hukuki ve maddi sorunların incelenmesi yerine sadece, usul kurallarının uygulanmasının yerindeliğiyle sınırlandırılmış bir denetimin, bu güvencenin gereklerini yerine getirmesi mümkün değildir. Temyiz denetimleri, “usul şartlarının biçimsel olarak yerine getirilmesinin doğrulanmasından” daha fazla bir şey olmalıdır. Yüksek yargı yerince yapılan denetim, davadaki konuların esasına yönelik olmalıdır<sup>111</sup>.

Kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekten ve adalet duygusunun incitilmesinden, sarsılmasından kaçınmak için en uygun yol olarak üst mahkemeler kurulmuştur. Üst mahkeme tarafından verilecek kararlar, hukuki birliği sağlayacağı gibi, sonradan açılacak davalarda alt derece mahkemeleri için de bir ölçüt olacaktır. Kanun yolunun amaçları olarak kabul edilen, somut olayda adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki birliği sağlama, birbiriyle iç içe olan, diğerinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan, birbirini tamamlayan hususlardır. Kanun yolları, her iki amacı da gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Amaç, toplumun ve kişilerin yararlarının birlikte gerçekleştirilmesidir<sup>112</sup>.

Baro hakem kurulu kararları, diğer hakem kararlarında olduğu gibi temyiz incelemesine tabidir (Yönetmelik m.20, HUMK m.533)<sup>113</sup>. Baro hakem kurulu kararlarının temyizinde esas itibariyle HUMK hükümleri uygulanır (533/1 ve 536 hariç Av. K m.167). HUMK m.427, II'ye göre kesin olan hüküm ve kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (Yönetmelik m.20/son)<sup>114</sup>. Bunun yanı sıra HUMK m.427, III ve IV hükümlerinin de baro hakem kararları açısından uygulanması gerekir. Baro hakem kararlarına karşı

<sup>110</sup> AKCAN, s.8.

<sup>111</sup> BM Hukuk Dışı, Keyfi Kısa Yoldan İnfazlar Özel Raportörü, maddi konuları değil de sadece hukuki konuları inceleyen kanun yolları hakkında kaygılarını dile getirmiştir. Özel raportör bu kaygılarını Cezayir Yüksek Mahkemesi'nin temyiz incelemesiyle bağlantılı olarak dile getirmiştir. Raportör, “sanıkların davayı hem usul hem de esas yönünden bütünüyle inceleyen bir temyiz aşamasından yoksun olmaları nedeniyle, uluslararası belgelerde düzenlenen şekliyle temyiz hakkından tam olarak yararlanamadıklarını” belirtmiştir. Ayrıca Kuveyt Devlet Güvenlik Mahkemeleri önündeki yargılamalar için de benzer endişeleri dile getirmiştir. BM, Yargısız,Acele ya da Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Raporu, 7.12.1993 TAMER/KAPLAN, s. 253.

<sup>112</sup> AKCAN, s.9-10.

<sup>113</sup> Doktrinde bazı yazarlar, hakem kararlarının temyiz incelemesine tabi olmaması gerektiği ileri sürmektedirler. Bkz. **OLGAÇ Senai**: "Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", Tahkim Haftası, s.183 vd.; Önen s. 363-364.

temyiz süresi on beş gündür. Süre kararın taraflara tebliği ile başlar (Yönetmelik m.20, I)<sup>115</sup>. Baro hakem kurulu kararlarının temyiz edilmesi halinde incelemeyi Yargıtay yapacaktır. Temyiz incelemesi, o dava mahkemede açılmış olsa idi hangi dairede incelenecek idi ise o daire tarafından yapılır ( Yargıtay Kanunu m.14, VIII).

HUMK m.533 hükmü, dört temyiz sebebi düzenlemiştir. Ancak Avukatlık Kanunu m.167,III'de, HUMK m.533/1 hükmünün baro hakem kurulu yargılamaında uygulanmayacağını belirttiğinden; baro hakem kurulu kararlarına karşı HUMK' un 533'üncü maddesinin 2, 3 ve 4'üncü bentlerindeki sebeplere binaen temyiz yoluna başvurulabilecektir. Buna göre temyiz sebepleri: 1- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması 2- Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermeleri 3- Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmalarıdır (Yönetmelik m. 22).

İhtiyarî tahkimde hakem kararlarının temyiz sebeplerinin tahdidi olduğu doktrinde (ve Yargıtay'ca)<sup>116</sup> kabul edilmesine rağmen, Yargıtay özellikle kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle, HUMK m.533'de sayılan sebepler dışındaki bazı hallerin de temyiz sebebi teşkil ettiğine karar vermektedir<sup>117</sup>. Yargıtay'ın, tahkim usulüne göre yargılama yapan baro hakem kurulunun kararlarının temyizinde de aynı doğrultuda karar vermesi kuvvetle muhtemeldir<sup>118</sup>.

HUMK'da sayılan (ve tahdidi olduğu kabul edilen) hakem kararlarının temyizi sebeplerinin hepsi usulî bir karakter taşımaktadır<sup>119</sup>. Başka bir ifade ile, 533'üncü maddede sayılan temyiz sebepleri usule ilişkin temyiz sebepleri olup, kanunun sistemi, "maddî hukukun hatalı veya yanlış uygulanmasını" temyiz sebebi olarak kabul etmemektedir. Bu yönüyle hakem kararlarının temyizinde mahkeme kararlarının temyizinden farklı bir sistem kabul

<sup>114</sup> İhtiyarî tahkim ile ilgili hükümlerde böyle bir düzenleme yapılmamasına karşılık HUMK m.427, II hükmünün hakem kararları hakkında uygulanması gerektiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **KURU-** El Kitabı s. 1129; **KURU-C.VI** s. 6093; Karşı görüşte **ALANGOYA** s. 590; **ALANGOYA-Tahkim** s. 196 vd.

<sup>115</sup> İhtiyarî tahkimde de temyiz süresi on beş gün olarak kabul edilmektedir. Bkz. **ALANGOYA**,s.591;**ALANGOYA-TAHKİM**,s.195; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES** s.598; **KURU-C.VI** s.6106, **KURU-** El Kitabı s.1134 **ERTEKİN/ KARATAŞ**, s.280; **ÜSTÜNDAĞ** s.964; **ÖNEN** s.363; **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ** s. 935; **BİLGE/ÖNEN** s. 767; **YEĞENGİL** s. 326.

<sup>116</sup> Bkz. 28.1.1994 tarih ve 4/1 sayılı İBK (RG 1.4.1994, sayı 21904 s. 5 vd.).

<sup>117</sup> Örneğin hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilerek, tarafa haber verilmeden hüküm verilmiş olması; hâkimlerin (ve savcılarının) hakemlik yapmış olmaları; tarafların veya vekillerinin kendi işlerinde hakemlik yapmış olmaları. **ÖZYEŞİL**, s. 26.

<sup>118</sup> **ÖZYEŞİL**, s. 27.

<sup>119</sup> **KALPSÜZ** s. 32.

edilmiştir<sup>120</sup>. Bu farklılık tahkimin tarafların serbest iradelerinden kaynaklanması ve tahkimi istedikleri gibi belirleyebilmeleri esastan doğmaktadır. Bu anlamda taraflar maddî hukukun uygulanmamasını dahi kararlaştırabilirler. Tahkimde taraflar, Devlet yargısında olduğu gibi, uyuşmazlığın uzun uzadıya incelenip, tamamen maddî hukuka göre halledilmesini değil, uyuşmazlığın bir an evvel ve kendi kararlaştıracakları esaslar dahilinde sonuçlanmasını istemektedirler<sup>121</sup>.

Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen, uyuşmazlıkların baro hakem kurulu önünde çözümlenmesi yolu ise zorunlu tahkim esasına dayanmaktadır. Yani, tarafların bu konuda Devlet mahkemelerinde dava açma, önceden kanunlarla düzenlenmiş ve Anayasal güvence altına alınmış yollara başvurabilme iradeleri bertaraf edilmektedir. Taraflar, söz konusu düzenleme yapılmayıdı, haklarını Devletin mahkemelerinde arama yoluna gidebilecekler ve hak arama özgürlüğünün bir göstergesi olarak, Anayasa'da da belirtildiği üzere meşru vasıta ve yollardan istifade ederek yargı organları önünde iddia ve savunmada bulunabileceklerdir (AY m.36). Bu anlamda, aralarındaki uyuşmazlığı kesin hüküm ile ortadan kaldıracak hakem kararının maddî hukuka uygun olmasını arzu edeceklerdir. Bu imkân, baro hakem yargılamaında ihtiyarî tahkim esasının uygulanacağı ve buna göre temyiz ile ilgili konularda da aynı hükümlerin geçerli olacağından dolayı kalkmış gibi görünmektedir. Ancak, söz konusu sakıncalar göz önüne alındığında, baro hakem kurulunun yapacağı yargılamada maddî hukuk kuralları ile bağlı olduğu görüşümüzün devamı olarak, bu kararların temyizinde HUMK' un ihtiyarî tahkimde hakem kararlarının temyizine ilişkin kurallarının aynen uygulanabilmesi, maddî hukukun hatalı veya yanlış uygulanmasının temyiz sebebi olarak görülmemesi mümkün değildir. Kaldı ki 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası ihtiyarî tahkimde dahi maddî hukuka aykırılık teşkil eden hakem kararlarının temyiz incelemesine tabi olacağı kabul edilmeye başlanmıştır.

İhtiyarî tahkim açıısından, kamu düzenine ilişkin olmayan hususlarda Yargıtay'ın, tarafların temyiz dilekçeleri ile cevap dilekçelerinde bildirdikleri temyiz sebepleriyle bağlı olduğu kabul edilmektedir. Yani bu halde HUMK' un 439, II hükmü uygulanmayacaktır<sup>122</sup>. Buna karşılık, kamu düzenine ilişkin temyiz sebepleri, taraflarca ayrıca ileri sürülmemiş olsa bile Yargıtay'ca re'sen göz önüne alınacaktır<sup>123</sup>. Kanımızca, baro hakem kurulu yargılaması zorunlu tahkim esasına dayandığı için burada aynı şekilde düşünmek doğru olmaz; Yargıtay taraflarca ileri sürülmeyen temyiz sebeplerini de inceleyebilmelidir. Baro hakem kurulu kararı Yargıtay

<sup>120</sup> **KALPSÜZ** s. 32.

<sup>121</sup> **KALPSÜZ** s. 32-33.

<sup>122</sup> **KURU**- El Kitabı 1135; **KURU**-C.VI s.6109; **DOĞANAY**,s.45 ve 51; TD 14.6.1971, 1899/4585 (ABD 1971/5 s. 630-631).

<sup>123</sup> **KURU**- El Kitabı 1135; **DOĞANAY** s.45 ve 51; **KURU**-C.VI s. 6109; TD 18.5.1972, 1684/2514 (RKD 1972/9-10, s. 395-396; **KURU** s. 6087).

tarafından bozulursa, hakem kurulu<sup>124</sup> bozma kararından sonra, bozma kapsamı doğrultusunda tahkikat yapıp yeniden karar vermek zorundadır. İhtiyarî tahkimde hakemlerin bozma kararına karşı direnemeyecekleri yönünde olan Yargıtay uygulamasının<sup>125</sup> baro hakem kurulu açısından da süreceğini söylemek herhalde yanlış olmaz. Ancak kanımızca hakemlerin direnme kararı verebilmeleri gerektiği görüşü<sup>126</sup> HUMK' un sistemine uygun olduğu için, baro hakem kurulu da hakem mahkemesi olarak direnme kararı verebilmelidir.

Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası İnsan Hakları kuruluşlarının kabul ettiği kıstaslar çerçevesinde değerlendirilecek olursa; baro hakem kurulu kararlarına karşı Yargıtay tarafından yapılan usuli denetimin, temel insan hakları normlarına uygun olduğunu iddia etmek imkansızdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere; yüksek yargı merciince yapılacak denetim, alt derece yargılama makamının kararının hem usul hem de esasına yönelik olmalıdır. Usuli ve maddi sorunların incelenmesi yerine sadece usul kurallarının uygulanmasının yerindeliğiyle sınırlandırılmış bir denetim, “kanun yollarına müracaat” şeklinde ifade edilen temel ilkenin sağlamayı amaçladığı güvenceyi tam olarak karşılamamaktadır. Temyiz denetimleri, usul şartlarının biçimsel olarak yerine getirilmesinin doğrulanmasından daha fazla bir şey olmalıdır. Yargıtay tarafından yapılacak denetim, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararın esasına yönelik olmalıdır. Bu nedenle baro hakem kurulu kararları ile ilgili olarak yapılan Yargıtay denetiminin, temel insan hakları normları ile bağdaşmadığı ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğu ortadadır.

<sup>124</sup> Yargıtay'ın bozma kararından sonra hakemlerin yeniden seçileceğini ve sürenin başlayacağına ilişkin HUMK m.533/4 c.2 hükmü, baro hakem kurulu yargılamasında uygulanamaz.

<sup>125</sup> HGK son olarak 24.4.1996 tarih ve 15/1114-302 sayılı kararı ile Yargıtay dairelerinin daha önceki kararları yönünde, hakemlerin direnme yetkilerinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak HUMK m.429'da düzenlenen direnme yetkisinin "mahkemelere özgü bir hukuksal kurum" olduğunu, hakemliğin ise HUMK'da düzenlenen ayrı bir "kuruluş" olduğunu ve hakemliğe ilişkin düzenlemelerde direnme yetkisine atıf yapılmadığını göstermektedir (Karar için bkz. Yasa Dergisi 1996/8 s. 1421-1425; Batider 1996/XVIII/4 s. 173-177; KURU-C.VI s. 6112).

<sup>126</sup> Doktrinde baskın görüş hakemlerin direnme yetkilerinin olduğu yönündedir. Bkz. KURU-C.VI s. 6111 vd.; KURU-El Kitabı s. 1136 vd.; ALANGOYA, s. 595-596; ÜSTÜNDAĞ 976; ÜSTÜNDAĞ Saim, "Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır?", Yasa Dergisi 1996/2 s. 217 vd.; BİLGE-Tahkim s. 94; H.Yavuz Alangoya, "Bir Tebliğ Dolayısı İle Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 1 vd.; ÇUMRALI Sedat, "Hakem Kararlarında Israr Hakkı", Hukuk-İçtihatlar 1952 sayı 1-2, s. 10 vd.; Aksi görüşte DOĞANAY s. 59-62. Karş. ÖNEN, s. 363; BİLGE/ÖNEN, s. 768; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 600; KURU/ARSLAN/YILMAZ s.935.

Baro hakem kurulu kararlarının esasına yönelik olarak denetim yapılmadıkça, kurulun görev alanına giren konularda hukuk birliğini sağlama ve bir içtihat oluşturma imkanı da ortadan kalkacaktır. Farklı yetki alanlarında faaliyet gösteren baro hakem kurullarınca, hele ki sosyal ve siyasal etki, baskı ve teşvikler de göz önüne alınacak olursa birbirine zıt, çelişik, keyfi nitelikte kararlar verilebilecek ve bir kargaşa ortaya çıkacaktır. Hakem kurulu üyeleri, yapmış oldukları yargılama faaliyetinin bir üst merci tarafından denetleniyor olmasının getirdiği bilinçle daha dikkatli hareket edeceklerdir. Hukuka ve kanunlara uygun hareket etme teşvik edilecek ve keyfi uygulamalar da önlenilecektir.

Baro hakem kurullarında görevli olan hakemlerin de insan oldukları ve hata yapabilecekleri ihtimalinden hareket edilerek, hakem kurulu kararlarına karşı esas yönünden Yargıtay denetimini kabul etmekte fayda vardır. İnsan Hakları Komitesi tarafından amaçlanan, en az iki dereceli denetim imkanı da bu sayede gerçekleştirilebilir. Uyuşmazlığın esası hakkında yapılacak Yargıtay denetimi sayesinde keyfi uygulamalar önlenecek, tüm ülkede yargı birliği sağlanabilecek ve sonradan açılacak davalarla ilgili olarak, baro hakem kurullarınca örnek alınabilecek bir içtihat birliğini oluşturma imkanı da doğacaktır. Yargıtay'ın bu şekildeki bir denetim imkanı sayesinde, Avukatlık Kanununun 110. maddesinin 10. bendinde düzenlenen ve Türkiye Barolar Birliğinin görevleri arasında sayılan; "Mahkeme içtihatlarının sistemli bir şekilde toplanması ve yayımlanması için Adalet Bakanlığı ve yargı mercileriyle işbirliği yapmak" şeklinde ifadesini bulan görevin yerine getirilebilmesi de kolaylaşacaktır.