

İDARE HUKUKU AÇISINDAN AVUKATLIK*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER**

ADVOCACY IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Düğer, Sırrı: İdare Hukuku Açısından Avukatlık, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 55-77.

APA: DÜĞER, S. (2019). İdare Hukuku Açısından Avukatlık, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 55-77. DOI: 10.15337/suhfd.545154.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.11.2018

Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545154>

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: sirriduger@yalo.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-1132-8138](https://orcid.org/0000-0002-1132-8138)

ÖZ

Avukatlık, hukuki uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesi için hukuki yardımda bulunmaktır. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararı bulunduğu kabul edilmekle birlikte avukatlığın idare hukuku açısından kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde avukatın idare hukuku açısından kamu görevlisi olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Avukat bu faaliyetini baroların gözetim ve denetimi altında yerine getirir. Barolar kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak kamu tüzel kişiliğine sahiptir.

ANAHTAR KELİMELEER: Avukatlık, Kamu Hizmeti, Kamu Görevlisi, Kamu Kurumları, Kamu Gücü.

ABSTRACT

Advocacy is to provide legal assistance for the resolution of legal disputes in accordance with fairness and justice and for the full implementation of the rules of law. It cannot be accepted as a public service in terms of administrative law even though it is accepted that there is public interest in the fulfilment of this activity. Likewise, it is not possible for the lawyer to be accepted as a public official in terms of administrative law. Lawyers carry out this activity under the control and supervision of the bar associations. Bar associations have public legal entity as a public institution and are under the administrative tutelage of the central administration.

KEYWORDS: Advocacy, Public Service, Public Officials, Public Institutions, Public Power.

GİRİŞ

Bu çalışmada avukatın gerçekleştirdiği mesleki faaliyet; kamu hizmeti, kamu görevlileri ve idari teşkilat açılarından değerlendirilmiştir. Kamu hizmeti açısından avukatlık, organik anlamda ve maddi anlamda incelenmiştir. İdari teşkilat açısından ise kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, avukatın meslek örgütü olan barolar ve avukatın mesleğe kabulü değerlendirilmiştir.

I. KAMU HİZMETİ AÇISINDAN

A. Genel Olarak

Kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramlarından¹. Kamu hizmeti, yasama organı (siyasi irade) tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilen, idare veya onun denetim ve gözetimi altında, özel hukuk kişilerince kamu yararı amacıyla, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanması için yerine getirilen faaliyet olarak tanımlanabilir². Başka bir deyişle kamu hizmeti, gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğuna siyasi organlar tarafından karar verilen ve idare tarafından veya idarenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişiler tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir³.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre, avukatlık bir kamu hizmetidir ancak aynı zamanda bir serbest meslektir. Avukatlık, hukuki uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözülmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesi için hukuki yardımda bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Avukatlık Kanunu Taslağı'nın 2. maddesine göre, "avukatlık, yargı erki içinde, bağımsız savunmayı temsil eden kamu hizmeti niteliğinde bir meslek" olarak ifade edilmiş ve ayrıca *avukatlık mesleğinin ticari faaliyet sayılmadığı* belirtilmiştir. Buna göre, her iki metinde de serbest meslek olduğu belirtilen avukatlık, Avukatlık Kanunu'nda doğrudan *kamu hizmeti*; Taslak'ta ise *kamu hizmeti niteliğinde* olarak ifade edilmiştir.

Avukatlık Kanunu m. 2'ye göre avukatlığın amacı, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Adaletin gerçekleştirilmesinde avukat, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

¹ Leon DUGUIT tarafından savunulan idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesindeki kıstaslarından biridir. Bkz. ZOLLER, Elisabeth, **Introduction to Public Law: A Comparative Study**, Brill, 2008, s. 255.

² AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNLER, Murat, KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 526.

³ YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010, s. 71; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 235.

Burada avukat, yargının diğer kurucu unsurları olan sav/iddia ve karar temsilcileri ile eşitlik ilkesine uygun olarak görev yapar⁴.

Kamu hizmeti kavramı organik, maddi ve şekli olmak üzere üç unsuru ifade etmektedir⁵. Organik unsur, belli bir hizmetin organ olarak kimin tarafından yürütüldüğü ile ilgilidir. Hizmet idare tarafından yürütülmekte ise hizmetin yürütülmesine özgülenen kamu malları, bunun için görevlendirilen kamu görevlileri ve ayrılan mali imkânların bütününe ifade etmektedir. Kamu hizmetinin maddi unsuru ise kamu yararına, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması için yürütülen faaliyet olmasıdır. Toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının neler olduğu siyasi iradenin tercihlerine göre değişir. Kamu hizmetinin şekli unsuru ise kamusal yönetim usullerine göre yürütülen bir faaliyet olmasıdır, bu ise faaliyetin serbestçe yürütülebilmesi, belirli bir hukuki rejime dayanması ve kamu gücü kullanılarak yerine getirilmesini ifade etmektedir⁶. Bir faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edildiği takdirde kamu hukuku rejimine tabi olacaktır. Ancak tabi olunan hukuki rejim bir faaliyetinin kamu hizmeti olmasının şartı değil sonucudur⁷. Bu nedenle ayrı bir başlık altında değerlendirilmeyecektir.

B. Organik Anlamda

Hizmetin kamu tüzel kişisi veya onun denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi kamu hizmetinin organik unsurunu oluşturmaktadır⁸. Kural olarak kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilir ancak bir kamu hizmeti bir kamu tüzel kişisinin yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından da yerine getirilebilir⁹. Avukatlığın hukuki mahiyetine ilişkin ileri sürülen görüşlerden birine göre, kamu kurumu

⁴ Türkiye Barolar Birliğinin hazırladığı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine değişiklik önerisi. Öneri metninin tamamı için bkz. https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avkanunundayapilacak_degisiklikler.pdf, (E.T. 13.11.2018).

⁵ TAN, Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 356.

⁶ AKYILMAZ, et al, s. 525; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 330.

⁷ GÖZLER Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2018, s. 478.

⁸ ÖZAY, İl Han, **Günişğinde Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 225.

⁹ GÜNDAY, s. 331.

niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve baroların denetim ve gözetimi altında olan avukatlar kamu hizmeti faaliyeti yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesi de bu görüşe uygun olarak verdiği bir kararında, kamu hizmeti faaliyetinin devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre gerçekleştirilen faaliyetler alanının ötesine geçen bir kapsamı olduğunu ve bu kapsamın da gittikçe genişlediğini, modern kamu hizmeti kavramına giren hizmetlerin yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmayacağını ifade ederek avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde olduğuna hükmetmiştir¹⁰.

Bir özel kişi tarafından yerine getirilen faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için öncelikle faaliyetin bir görev olarak idareye verilmesi gerekir. Böylece idare, hizmetin yerine getirilmesinde asli yükümlü olacaktır. Asli yükümlü idare, bu hizmeti kendisi yerine getirmeyerek kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinden biri ile özel kişilere gördürecektir. Ancak idarenin görevlendirildiği bu faaliyeti özel kişilere gördürebilmesi için açık bir kanuni düzenlemenin olması gerekir¹¹. İdareye bu konuda görev verilmemişse hukuken bu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹². Bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu konusundaki belirlemenin dolayısıyla hangi faaliyetin idareye bir görev olarak verileceği kararının siyasi otoriteye ait olduğu kabul edilmektedir¹³.

Avukatlar, serbest meslek mensubu gerçek kişilerdir. Avukatlık, kanunla idareye verilmiş bir görev değildir. Her ne kadar barolar kamu tüzel kişiliğini haiz ise de barolar, kanunla avukatlık hizmetini yerine getirmekle görevlendirilmemiştir. Dolayısıyla kamu tüzel kişisi baroların, bu görevlerini avukatlara gördürmeleri de söz konusu değildir. Barolar, avukatın meslek örgütü olup avukatlık mesleğinin temsili, düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlidir.

İdare hukuku ilkelerine göre bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için mutlaka idare tarafından görülmesi gerekmez. Avukatlar

¹⁰ Bkz. AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. 24.01.1995-22181.

¹¹ YILDIRIM, Turan, et al, **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 417.

¹² GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 1988, Cilt 9, Sayı 1-3: 147-159, s. 157-158.

¹³ TAN, Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1991, 8, 233-252. s. 235; YILMAZ, Dilşat, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Yıl 2008, Sayı 1-2, s. 1224.

mesleklerini kamu tüzel kişiliğini haiz baroların ve TBB'nin denetimi altında yapmaktadır. Dolayısıyla avukatlık, Adalet Bakanlığının denetimi altında yerine getirilmektedir. Sonuç olarak, avukatlığın bir kamu kuruluşunun denetimi altında yerine getirilen bir faaliyet olduğu ve bu nedenle kamu hizmeti olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴.

Yukarıda da bahsedildiği gibi Anayasa'nın 135. maddesinde, "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" olarak düzenlenen barolar ve barolar birliği, devletin idari ve mali denetimine tabidir. Ancak avukatlık, bir kamu kuruluşunun iç denetimi altında yerine getirilmemektedir. Avukatlık, kamu tüzel kişiliğini haiz baroların ve barolar birliğinin dolayısıyla merkezi idarenin denetimi altında yerine getirilmesine rağmen, kamu hizmetinin organik şartının gerçekleştiği kabul edilemez. Çünkü avukatlığın bir kamu hizmeti olarak barolara, barolar birliğine veya merkezi idareye bir görev olarak verilmesi ve bunların da asli yükümlü olarak yerine getirmek zorunda oldukları bu görevi, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinden biriyle avukatlara gördürmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Zira barolar, avukatın meslek örgütüdür. Bu nedenle barolar, kamu tüzel kişiliğini haiz olsalar da teknik olarak organik şartın gerçekleştiğinin kabul edilmesi mümkün değildir¹⁵.

Baroların özel meslek derneklerinden farkı, kanunla kurulmuş olması, mesleği ifa için bunlara üye olmanın gerekmesi, aidat ödeme mecburiyeti ve üyeleri üzerinde kamu hukukundan doğan bazı yetkilere sahip olmalarıdır. Baroların işlevi, avukatlık mesleğinin vakar ve haysiyetini korumak, mesleğin adalet amacına uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlamak ve bunun için gerekli disiplin tedbirlerini almak, avukatların birbirleri ve müvekkileri ile çıkabilecek ihtilafları çözmektir. Avukat, mesleğe baroya üye olmakla girer ve mesleğini baronun denetimi altında yerine getirir. Avukat, hukuki mütalaalarıyla ferdin işlem ve eylemlerine yol gösterir, faydasız bir davanın olumlu netice vermeyeceğini göstererek lüzumsuz davaları önler. Osmanlı Devleti'nde, bu görev, fetva müessesesi ile yerine getirilmekteydi. Tanzimat dönemine kadar, dava vekâleti kurumu bulunmama ile birlikte devlet teşkilatı içindeki müftülük teşkilatı, hukuki ilişkilere ilişkin mütalaa vererek kişilerin hukuki ilişkilerini hukuk düzenine uygun bir şekilde yürütmesini sağlamaya hizmet

¹⁴ GÜNER, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 102-103.

¹⁵ ADAY Nejat, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 17-18.

etmekteydi¹⁶. Bugün idari teşkilat içinde böyle bir kurum bulunmamaktadır. Bu ihtiyaç, idare ajanı olmayan, idari teşkilat içinde yer almayan, serbest meslek mensubu avukatlar tarafından yerine getirmektedir. Devlet teşkilatına girmemek ve serbest meslek sayılmakla birlikte avukatın icra ettiği faaliyet kamu hizmeti niteliğinde görülmüş ve devletin denetimi altında yerine getirilmesi gerekli sayılmıştır¹⁷. Bu yapılan açıklamalar ışığında, Osmanlı Devleti döneminde idari teşkilat içindeki fetva müessesesi gibi kendisine danışmanlık ve temsil görevi verilen bir kurum olsaydı avukatlık teknik olarak kamu hizmeti olarak kabul edilebilirdi.

C. Maddi Anlamda

Kamu hizmetinin maddi unsuru, hizmetin toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için gerçekleştirilen bir faaliyet olmasıdır¹⁸. Avukatlık, yargılama faaliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. Avukatlık Kanunu'na göre avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Bireyin savunulması kısıtlanamaz. Bu, Anayasada yer alan hak arama özgürlüğünün uzantısıdır. Hakkını kullanamayacak durumda olan fertlerin baronun görevlendirdiği avukatlar tarafından savunma hakları yerine getirilmektedir. Adli yardım ve müdafî seçemeyecek durumda olanlara baro tarafından avukat görevlendirilmesi, toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için gerçekleştirildiğinden avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde olduğu görüşünü desteklemektedir.

Anayasa Mahkemesi, avukatlık faaliyetinde kamu yararı bulunması sebebiyle, avukatlığı kamu hizmeti olarak kabul ettiği bir kararında; avukatın, meslek görevini yapan avukata karşı bir suç işlemiş olan iş sahibinin teklifini reddetmek zorunda olduğuna dair Avukatlık Kanunu m. 38/e düzenlemesini iptal etmiştir. Mahkeme, avukatlığın kamu hizmeti olması karşısında, Avukatlık Kanunu'nun kimi haklar ve yükümlülükler yer vermesinin doğal ve olağan olduğuna karar vermiştir. Sözü edilen Kanun maddesi ile avukatlara karşı görevleri sırasında suç işlenmesinin önlenmesi, avukatın görevini özgürce ve hiçbir saldırı olmaksızın yapabilmesi amaçlanmıştır. Avukatlık hizmetinin, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde ve her türlü hukukî ihtilafın adil bir şekilde çözülmesinde ve hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında adli ve idari

¹⁶ ONAR Siddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 908-909, GÜNER, s. 63-64.

¹⁷ ONAR, Cilt II, s. 909-910.

¹⁸ YILDIRIM et al, s. 415; TAN, İdare Hukuku, s. 356.

makamlara özel hukuk kişilerine etkin bir biçimde yardımda bulunmasında kamu yararı bulunduğuna şüphe yoktur. Mahkeme, suç işlemiş bir kişinin savunma hakkı ile ilgili bu sınırlandırmanın, hakkın kullanılmasını güçleştirerek onu ortadan kaldıran, başka bir ifadeyle hakkın özünü yok eden bir nitelik taşıyıp taşımadığının Anayasa'ya uygunluk denetiminde dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre Mahkeme, mesleki görevini yapan avukata karşı bir suç işleyen iş sahibinin teklifini reddetmek zorunda olmasının savunma hakkının ve hak arama hürriyetinin özüne dokunduğuna karar vererek söz konusu kanun maddesini iptal etmiştir¹⁹. Sonuç olarak adaletin tecelli etmesi için avukatın hukuki yardımda bulunması toplumun genel ve ortak bir ihtiyacının giderilmesidir. Buna göre avukatlık maddi anlamda bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilir.

¹⁹ Bkz.: AYM, 02.06.1977, E. 1977/43, K. 1977/84, R.G. 05.12.1977 – 16130, “Avukatlık bir kamu hizmeti olunca, bu hizmetin topluma en yararlı hale getirilmesi ve bundan en yüksek yararın sağlanması, bu kamu hizmetinin düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Kamu hizmetlerini düzenleyen yasaların ve sözcülemi Avukatlık Yasasının, kimi haklar ve ödevler karşısında kimi yasaklara ve sınırlamalara da yer vermesi doğal ve olağandır. Gerçekten avukatlık hizmetinin, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde ve her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanması hususunda yargı organlarının, hâkimlerin, resmî ve özel kurul ve kurumların çalışmalarına etkin bir biçimde yardımda bulunabilmesi, bu hizmetin kamu yararına uygun olarak işlerliğinin sağlanmasıyla olanak kazanır. O halde böyle bir düzenlemede kamu yararı düşüncesinin bulunmadığı öne sürülemez. Buna karşılık hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'ya uygunluk denetiminde önem kazanan yön, kamu yararı düşüncesine dayansa dahi yasa ile konulan sınırlamaların hakkın kullanılmasını güçleştirerek onu ortadan kaldıran, başka bir deyimle hakkın özünü yok eden bir nitelik gösterip göstermediğidir. Bu açıklamadan, sözü edilen kurulla getirilen sınırlama ile avukatlara karşı görevleri sırasında suç işlenmesinin önlenmesi; avukatın görevini özgürce ve hiç bir sataşmaya maruz kalmaksızın yapabilmesi ve böylece meslekî dayanışmanın sağlanması ereğinin güdüldüğü anlaşılmaktadır. Düzenlemenin yasada öngörülen biçimde yapılmış olması ilk bakışta savunma hakkının ortadan kaldırılmadığı görüntüsünü vermekte ise de, hakkın özünün zedelendiği ve kullanmayı zorlaştırmak yolu ile de onu hiç kullanılmayan bir duruma dönüştürdüğü ortadadır. Baro başkanına bu durumda baroda kayıtlı avukatlardan birisini görevlendirme yetkisinin verilmiş olması, uzmanlığa ters düşmesi bir yana, hakkın özünü zedeleyen bu düzenlemeye bir sınırlama niteliği de kazandıramaz.”

D. Değerlendirme

Avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde kabul edilmesi hâlinde, bu hizmetin yerine getirilmesi özel faaliyetlerden farklı bir hukuki rejime tabi olacaktır. Bu hukuksal rejimle kastedilen faaliyetin yerine getirilmesinde, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak bazı kamu gücü ayrıcalıklarının ve yükümlülüklerinin söz konusu olmasıdır²⁰.

Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyet kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, bazı kamusal kurallara tabi tutulabilir. İdare, ilgili alanda doğrudan faaliyet göstermese de faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunması sebebiyle, girişimcilere, hizmet sağlama zorunluluğu, süreklilik, makul fiyat, ayrımcılık yapmama gibi yükümlülükler getirilebilir ayrıca rekabete karşı korunma, tekel gibi ayrıcalıklar tanınabilir. Kural olarak, kamu hizmetleri kamusal rejime tabidir. Bu durum, kamu hizmetlerine tamamen kamu hukukunun uygulandığı anlamına gelmemektedir. Yani kamu hizmetinin hukuki rejimi sadece kamu hukuku değildir. Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel hukuka tabi konular da bulunmaktadır. Burada kamu hizmetinin teşkilatlanmasına ilke olarak kamu hukukunun; piyasa ile olan ilişkilerine ise ilke olarak özel hukukun uygulandığı ifade edilmektedir. Kamu hizmetinin kamusal rejime tabi olması kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel faaliyetlerden farklı olarak piyasada faaliyet gösterenlerin sahip olamayacakları bir takım ayrıcalık ve yükümlülüklerin söz konusu olmasıdır²¹.

Avukatlık teknik anlamda bir kamu hizmeti olarak kabul edilemez; ancak belirli ölçüde kamusal rejime tabidir. Bu rejim gereği avukat, bazı kamusal ayrıcalıklara sahip ve bazı kamusal yükümlülüklerle tabidir. Avukatlığı belirli oranda kamusal rejime tabi kılmanın amacı ise avukatlık faaliyetinde kamu yararı bulunmasıdır. Bu çerçevede, avukatın tabi olduğu kamusal yükümlülükler ve haiz olduğu ayrıcalıklar Avukatlık Kanunu'nda sayılmıştır. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan bir faaliyet, kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin kamusal kurallara, özel hukuktan ayrılan kurallara tabi tutulabilir. Özel teşebbüsün faaliyeti, faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı varsa belirli ölçüde kamusal rejime tabi tutulabilir.

²⁰ YILDIRIM et al., s. 415-416; TAN, İdare Hukuku, s.358.

²¹ KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu hizmeti: (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 191; 193-195.

Faaliyeti gerçekleştirenin kim olduğu ya da faaliyetin teknik niteliğinden bağımsız olarak kamu yararı adına faaliyetin yerine getirilmesinin kamusal yükümlülüklerle tabi kılınması regülasyon olarak ifade edilebilir. Burada kamu yararı gibi içeriği tam olarak belirlenemeyen bir kavrama dayanarak, idareye özel kişiler üzerinde kamusal yükümlülükler uygulayabilme imkânının verilmesi hukuki güvenlik açısından sakıncalıdır. ABD’de olduğu gibi usuli ilkelerin yani bireyin kamu gücü karşısında korunmasına ilişkin ilkelerin önemi ortaya çıkmaktadır. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyet idari rejimde (diğer şartların da gerçekleşmesi halinde) kamu hizmeti olarak kabul edilerek belirli kurallara (ilkelere) bağlanır. Böylece hizmetten yararlananların hakları korunmuş olur. Adli rejimde ise gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyetin kamu hizmeti rejimine tabi tutulması gibi bir durum söz konusu olamayacağından faaliyetten yararlananların haklarının usuli teminatlar ihdas edilmesi (idarenin bu yöndeki faaliyetinin belirli bir usule bağlanması) suretiyle korunduğu kabul edilebilir²². Gerçekleştirilen faaliyetin amacı kamu yararı olduğunda, Kıta Avrupası sisteminde faaliyet kamu hizmeti olarak tanımlanarak teknik niteliği itibarıyla belli ilkelere (kamu hizmeti ilkeleri) bağlanarak kamu yararı amacı ile getirilen yükümlülük ve ayrıcalıklara karşı bireyler korunmaktadır. Ancak faaliyetin niteliğinden ziyade sonucuna önem vererek faaliyeti teknik niteliği itibarıyla belli kurallara bağlamayan Anglo-Amerikan sisteminde kamu yararı amacı nedeniyle ihdas edilen yükümlülük ve ayrıcalıklara karşı bireyin korunması usuli ilkeler ve teminatlar yolu ile sağlanmaktadır. Kanımızca ABD’de pek çok Kıta Avrupası ülkesinden önce bir idari usul kanununun kabul edilmesinin sebeplerinden biri bu olabilir.

Sonuç olarak temel mesele, gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyetin idareye görev olarak verilip verilmemesidir. Bu takdirde, her ne kadar bu faaliyete özel hukukun uygulandığı hâller söz konusu ise de esas olarak kamu hukuku uygulanacaktır. Kamu hukuku uygulanması ise belirli ayrıcalık, yükümlülük ve ilkelere (eşitlik ve süreklilik gibi) tabi olunan “kamu hukuku usulü” ya da “kamu hukuku rejimi” olarak ifade edilen ayrı bir hukuk rejimini ifade etmektedir. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan; ancak idareye bir görev olarak verilmeyen faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi kamu hizmeti kavramının çok geniş tutulması anlamına gelmektedir. DERBİL, ROLLAND’a atfen bu şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmekte

²² ŞAHİN, Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 108.

olup kanunların avukatlığı kamu hizmeti niteliğinde bir meslek olarak belirttiğini ve bu durumda kamu hizmetini yalnız kamu hukuku usulüne bağlı işlere hasretmenin pek çok sakıncalar doğuracağını ifade etmektedir²³.

II. KAMU GÖREVLİLİĞİ AÇISINDAN

Bir görevlinin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için idare tarafından istihdam edilmesi ve kamu tüzelkişisine kamu hukuku bağı ile bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlardan istihdam edilme şartı, idare tarafından belirli bir süre çalıştırılmayı gerektirmektedir. Avukatlar için böyle bir durum söz konusu değildir çünkü avukatlar (kamu avukatları istisnası dışında) idare tarafından çalıştırılmamaktadır. Bu nedenle avukatlar kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir²⁴.

Anayasa'nın 70. maddesinde, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddede kamu hizmeti organik anlamda kullanılmış olup memuriyete girme hakkını ifade etmektedir. Memuriyete alınmadaki Anayasal ilkelerden biri de görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilememesidir. Avukatlığı kamu hizmeti olarak kabul ettiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, avukatlık yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı öngörülmesinin kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden birini saptamak olduğu, böyle bir şartın da Anayasa'nın çerçevesi içinde görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre kanun koyucu tarafından serbestçe takdir edilebileceğine karar vermiştir²⁵.

²³ DERBİL, Süheyp. Kamu Hizmeti Nedir?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3: 28-36, s. 33.

²⁴ GÖZLER/KAPLAN, s. 560; GÜRLER, Cemalettin, **Avukatlık ve Noterlik Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, s. 4.

²⁵ Bkz. AYM, 21.01.1971, E. 1969/37, K. 1971/8, R.G. 31.08.1971 – 13942, "Kanun koyucunun bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği niteliklerin saptanmasını ve saptanmış niteliklerin değiştirilmesini, Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluklarına göre serbestçe takdir edebileceğini kabul eylemek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlukları en iyi bilecek durumda olan kanun koyucudur. 3499 sayılı Kanunun avukatlık mesleğine kabulü öğrenim bakımından düzenleyen koşulunun 1136 sayılı kanunun 3. maddesinin inceleme konusu (b) bendi ile değiştirilmesinde yapılmış olan da budur. Burada değişiklik tarihinden önce kazanılmış hakların korunup korunmamış olduğunun önemi vardır. Kanunun geçici 8. maddesine bakılınca "bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce Siyasal Bilgiler Okulu veya fakültesinden mezun olup da eksik kalan derslerden hukuk fakültesinde sınav vermiş olanların bu kanunun uygulanmasında hukuk fakültesi

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, avukatın kamu görevlisi olmadığını hükme bağlamıştır. Anayasa'nın 70. maddesine göre, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez". Mahkemenin kararına göre, bu maddede kamu hizmetlerine girme hakkı denilmekteyse de aslında idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkı teminat altına alınmaktadır. Avukatlık ise serbest meslek olup bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Avukatlık Kanunu m. 1'de avukatlığın kamu hizmeti olduğunun belirtilmesi, onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğu manasına gelmez²⁶. Kararda belirtildiği üzere, avukatlık mesleği ile idare hukuku esasları çerçevesinde istihdam edilen kamu görevlileri arasında fark bulunmaktadır²⁷. İdare hukuku açısından kamu görevlileri, bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir²⁸. Avukat için böyle bir istihdam durumu söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, Noterlik Kanunu'nun 166. maddesinin 12. bendinin Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile 42. maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırı olduğuna dair itirazı, belirtilen Anayasa ilkelerinin kamu hizmeti yürütenler için geçerli

mezunu sayılacakları" hükmünün maddede yer aldığı ve böylece kazanılmış hakların korunmuş bulunduğu görülür. Yukarıda açıklandığı gibi inceleme konusu hüküm yalnızca, "avukatlık" denilen kamu hizmetinde kanun koyucunun bu görev için gerekli gördüğü niteliklerden birini saptamaktadır. Kamu hizmeti sayılan avukatlık görevi için kanun koyucunun gerekli gördüğü niteliklerden yoksun bulunan veya bu nitelikleri yitiren kimselerin o kamu hizmetinde çalışabilmeleri elbette ki düşünülemez. 63. maddenin, şu niteliğiyle, Anayasaya aykırı bir yönü yoktur. Dâvanın bu maddeye yönelen bölümünün reddi gerekir."

²⁶ Bkz. AYM, 04.06.2003, E. 2002/8, K. 2003/47, R.G. 19.12.2003 – 25321, "[70.] madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasa koyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez."

²⁷ KARSLI, Mehmet Rauf, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 62.

²⁸ KARSLI, s. 105.

olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁹. Kamu görevlisi ile idare arasındaki ilişki bir statü ilişkisidir. Bu ilişkinin içeriği genel, soyut ve kişilik dışı bir şekilde kanun koyucu tarafından belirlenir. Kamu görevlisi, idarece gerçekleştirilen bir atama işlemi ile bu statü içine sokulur³⁰. Kararda belirtildiği üzere noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Ayrıca noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu kararda belirtilmiştir. Noterler, Adalet Bakanlığı tarafından tesis edilen atama işlemi ile noter statüsü içine sokulmaktadır. Ayrıca bu statünün içeriği genel, soyut ve kişilik dışı bir şekilde, özellikle Noterlik Kanunu ile kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz. Avukatlar ile karşılaştırıldığında her ne kadar avukatlar Barolar Birliğinden ruhsat alıp göreve başlamak zorundalarsa da hukuki statüleri noterlerinkinden farklıdır. Avukatlar, meslek örgütüne üye olmaksızın faaliyette bulunamaz ancak Adalet Bakanlığı tarafından atanmazlar. Avukatlık statüsünün kazanılması bir atama işlemi ile olmaz. Yine avukat hakkında Bakanlık, herhangi bir özlük işlemi tesis edemez. Avukat, meslek etiği açısından baroların denetimi altındadır. Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'nda da açıkça ifade edildiği gibi avukatlık bir serbest meslektir.

²⁹ Bkz. AYM, 19.06.1979, E. 1979/5, K. 1979/29, R.G. 18.1.1980 – 16873, “Kamu hizmetleri sürekli ve düzenli hizmetlerdir. Bu hizmetler özel kişilerin yararlarını değil kamusal yararları karşılarlar. Kamu hizmetleri yasayla ya da yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulur ve kaldırılır. Noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Yasasının verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz. Öte yandan olayda kambiyo senetlerinin protestoları ile ilgili giderlerin ve elde edilen gelirin belli bir yüzdesi işlemi yapan noterlerce alındığına, ayrıca öteki noterlerce yapılan işlemlerden elde edilen gelirden eşit biçimde yararlanıldığına ve noterlerin tümü aynı statüye bağlandığına göre, angaryanın varlığından da söz edilemez. Bu nedenlerle Anayasa'nın 40. ve 42. maddelerine aykırılık savları yerinde değildir.”

³⁰ AKYILMAZ et al., s. 664; GÜNDAY, s. 583.

Sonuç olarak avukatlar, idare hukuku anlamında kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan, işlevsel anlamda kamu görevi yerine getiren serbest meslek mensuplarıdır³¹. Avukatlar kamu görevlisi değildir³².

Mesleki faaliyetinin kamu yararı adına arz ettiği önem nedeniyle avukat belirli kamusal yükümlülöklere tabi tutulmuştur. Aynı zamanda avukatın belirli ayrıcalıkları da bulunmaktadır. Hukuki mesele, avukata getirilen bir yükümlölüğün mesleğin hukuki niteliği ile bağdaşır olup olmadığıdır. Avukatlık, belirli kamusal yükümlölöklere tabi tutulabilir ancak önemli olan avukatın bu yükümlölöğe tabi tutulmasının hukuka uygun olup olmadığıdır.

III. İDARİ TEŞKİLAT AÇISINDAN (AVUKATIN MESLEK ÖRGÜTÜ)

A. Genel Olarak

Avukatlar, mesleki faaliyetlerini barolar bünyesinde yerine getirir. Avukatlık yapabilmek için baro levhasına yazılmak zorunludur³³. Meslek kuruluşu olarak baro, şikâyet üzerine veya re'sen, avukatı denetlemekte; kanuna, meslek kurallarına aykırı faaliyette bulunması halinde mesleki faaliyetine dahi son verebilmektedir³⁴.

Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesine göre, *“barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan*

³¹ SUNGURTEKİN, Meral, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlölükleri**, Barış Yayınları Fakölter Kitabevi, İzmir, 1999, s. 16.

³² Bkz. D8D, 27.01.1994 Tarihli ve E. 1993/177, K. 1994/306 Sayılı Karar, www.kanunum.com (E.T. 13.11.2018). *“Anılan yasa kuralından anlaşılacağı üzere avukatlık mesleği bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest bir meslek olduğundan avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabulüne olanak yoktur”*. Serbest meslek avukatlarının kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. D12D, 26.11.1998 Tarihli ve E. 1995/11088, K. 1998/2881 Sayılı Karar, www.kanunum.com (E.T. 13.11.2018).

³³ Avukatlık Kanunu'nun 66. maddesine göre, *“Her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla, yükümlüdür. Bir baro levhasına yazılmış olan avukat, sürekli olmamak şartıyla, memleketin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir.”*

³⁴ Ayrıca Danıştay, sahtecilik ve görevi kötüye kullanma suçları nedeniyle meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılan ve bir daha yazılmamak üzere levhadan silinmesine karar verilen avukatın baro levhasına yeniden yazılma isteminin reddine ilişkin TBB Yönetim Kurulu kararı ile bu kararın onaylanmasına ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini hukuka uygun bulmuştur. Bkz. D8D, 22.06.2000 Tarihli ve E. 1998/6818, K. 2000/4887 Sayılı Karar, www.kazanci.com (E.T. 13.11.2018).

ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.”

B. Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Anayasa'nın 135. maddesinde belirtildiği üzere kamu tüzelkişiliğine sahiptir. Buna göre meslek kuruluşları, Türk İdare Teşkilatı içinde yer alan kamu idareleri olmaları nedeniyle sivil toplum kuruluşu olarak nitelendirilemez³⁵. Meslek kuruluşlarının temsil ettikleri mesleklerin sürekli, kesintisiz, tarafsız ve etik kurallara uygun bir şekilde yerine getirilmesi için kanunların ve diğer düzenlemelerin kendilerine tanıdığı özellikle gözetim ve denetim ile mesleği temsil etme görevleri bulunmaktadır³⁶.

ULUSOY, *Atipik Özerk İdareler* başlığı altında kamusal nitelikli meslek örgütleri olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını incelemektedir. ULUSOY, bunlara kamu tüzel kişiliği tanınmasına gerek olmadığı kanaatindedir. Çünkü bir kişi topluluğuna kamu tüzel kişiliği tanınmasındaki amaç ona gerektiğinde kamusal yetkiler kullanma imkânı ve kamu adına hareket etme kabiliyeti vermektedir. Hâlbuki meslek kuruluşlarının varlık amaçları ve gerçekleştirdikleri faaliyet kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarını gerektirmemektedir. Fransa ve dünya uygulaması da bu yöndedir. İdare hukuku açısından kamu tüzel kişilerine ilişkin hukuki sorunlar ise³⁷

- Meslek ilkelerine aykırı davrandıkları için mensuplarına disiplin cezası verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı,
- Bu konuda açık yetkileri bulunmasa bile mensuplarının verdikleri hizmetlere yönelik asgari ücret tarifesi belirleme yetkilerinin bulunup bulunmadığı,

³⁵ YAŞAR, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 659.

³⁶ AKGÜNER Tayfun, “Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni”, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı Aralık 2014, Cilt1: 265–281, s. 280.

³⁷ ULUSOY, Ali D., *Türk İdare Hukuku: Genel Esaslar ve İdari Teşkilat*, Cilt: I, Yetkin, Ankara, 2017, s. 262-264.

- Üyelerinin mesleki faaliyetlerini teknik uzmanlık denetimine tabi tutma veya mensuplarının mesleki faaliyetlerine onay verme yetkisine sahip olup olmadıklarıdır.

Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre baroların, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu kabul edilmişti. Bu niteliği gereği barolar özel meslek derneklerinden farklı olarak kanunla kurulmakta, mesleği ifa için baroya üye olmak ve aidat vermek mecburiyeti bulunmakta ve organların üyeler üzerinde kamu hukukundan doğan birtakım yetkileri bulunmaktaydı³⁸. Baroların işlevi, avukatlık mesleğinin vakar ve haysiyetini korumak, mesleğin adalet amacına uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlamak ve bunun için gerekli disiplin önlemlerini almak ve avukatların birbirleri ve müvekkileri ile çıkabilecek ihtilafları gidermek olarak ifade edilmiştir³⁹.

Anayasasının 135. Maddesine göre barolar birliği ve barolar üzerinde devletin idari ve mali denetim yetkisi bulunmaktadır. Merkezi idarenin kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisinin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Bu denetim yetkisi ile ilgili Anayasa'da veya diğer mevzuatta bir belirleme yapılmamıştır. Fakat yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisinin usulüne tabi kılındığı ve idari vesayet araçları ile kullanıldığı için merkezi idarenin kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisi de idare vesayet olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Kamu kurumlarından daha özerk nitelikte olan yerel yönetimler için geçerli olan idari vesayet evleviyetle kamu kurumların içinde kabul edilmesi gerektiği; idarenin bütünlüğü ilkesinin de kamu kurumları üzerinde idari vesayeti gerektirdiği ifade edilmektedir⁴¹. Diğer taraftan Anayasa'da merkezi idare ile kamu kurumları arasındaki ilişki idari vesayet olarak adlandırılmadığından merkezi idare ile bu kamu kurumları arasındaki ilişkiyi başka bir kavramla ifade etmenin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴². Merkezi idarenin barolar ve barolar birliği üzerinde idari ve mali denetimi bulunmakta, aralarındaki ilişkinin idari vesayet oluşuna dair Anayasada ve kanunda bir ifade bulunmamaktadır. Barolarla barolar birliği arasındaki ilişki de idari vesayet olmayıp "*dış idari denetim*" olarak adlandırılmaktadır⁴³.

³⁸ ONAR, Cilt II, s. 910.

³⁹ ONAR, Cilt II, s. 910.

⁴⁰ AKYILMAZ et al, s. 170.

⁴¹ ÇAĞLAYAN, s. 124; GÖZLER/KAPLAN, s. 120-121.

⁴² YILDIRIM et al, s.30.

⁴³ ÖZAY, s. 174.

C. Mesleğe Kabul

Avukatların mesleğe kabulü barolar tarafından yapılmaktadır. Mesleğe kabulde temel konu, yeterlilik olmalıdır. Gerek mesleğe kabul gerek sonrasında mesleğin icrasında avukatın yeterliliğini ölçmenin yolu sınavdır⁴⁴. Meslek örgütü, mesleğin toplum içindeki itibarını ve saygınlığını korumakla görevli olduğuna göre, o mesleğin olmazsa olmazı kabul edilen teknik bilgileri ölçmek üzere sınav yapmak konusunda yetkili kabul edilmelidir. Ancak bu sınav, temel teknik bilgileri ölçmek için yapılan bir yeterlilik sınavı niteliğinde olmalı, mevcut meslek mensuplarını mesleğe yeni gireceklerin rekabetinden korumayı hedefleyen bir “*elme*” sınavı niteliğinde olmamalıdır. Bu çerçevede, TBB tarafından avukatlığa girişte temel hukuk bilgilerini ölçmek üzere bir sınav yapılması için yönetmelik çıkarılmak istenilmiş ancak böyle bir sınavın Avukatlık Kanunu’nda öngörülmemesinden dolayı bu yönetmelik Başbakanlık tarafından Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır. Başbakanlığın ret kararı, idari yargı tarafından hukuka aykırı bulunmuş ancak sonrasında kanuni düzenleme ile TBB’nin avukatlığa girişte sınav yapmasına özel bir yasak getirilmiştir⁴⁵. Anayasa Mahkemesi, bu kanun maddesinin Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirdiği kararında, avukatlığın önemi ve özelliği gereği bu mesleğe girişin belli şart ve sınırlandırmalara tabi tutulmasını hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının gereği olduğuna karar vermiştir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi, kararında avukatlık sınavının hukuki dayanağını avukatlığın kamu hizmeti olmasına değil, avukatlığın hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı açısından önemine dayandırmıştır. Mahkeme, avukatlığın kamu hizmeti olması nedeniyle avukat olabilmek için bu kamu hizmetini yerine getirebilecek yeterliliğe sahip olmak gerekir şeklinde bir gerekçe oluşturmamıştır. Burada Mahkeme, bir kamu hizmeti tartışması içine girmeyip kararını hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkına dayandırmıştır.

⁴⁴ SAV, Atila, “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1: 133-143, s. 143.

⁴⁵ ULUSOY, s. 268.

⁴⁶ Bkz. AYM, 15.10.2009 Tarihli ve E. 2007/16, K. 2009/147 Sayılı Karar, RG. 08.01.2010 27456, “Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.”

D. Değerlendirme

Baroların meslek derneği olmaktan çıkarılarak bir meslek kamu kurumu hâline getirilmesinin sebebi, avukatın yargı fonksiyonunun ifasında yargının diğer unsurlarına yardımcı olması, ferdin yanlış yollara girerek zarara uğramasının engellenmesi ve hakkını hukuk usul ve kurallarına göre savunarak elde etmesine yardımcı olması ile kolektif bir ihtiyacı karşılaması olarak ifade edilmektedir. Ayrıca ferdin yaptığı işlemlerin hukuki değerini ve hukuken geçerli olup olmadığı konusunda ferde yol göstererek yine bir kamu hizmeti yapmış olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Diğer taraftan özel kişiler tarafından özel kişilerin mal varlıklarıyla kurulan ve personeli açısından özel hukuka tabi olan bir tüzel kişinin bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmasının onu kamu tüzel kişisi haline getirmeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede karşılaştırmalı idare hukuku açısından özel hukuk tüzel kişisi olan meslek kuruluşlarının⁴⁸ kamu gücüne dayanarak icrai işlemler yapabileceği, bu işlemlerin idare hukukuna tabi olacağı, bu işlemlerden çıkabilecek ihtilafların da idari yargıda çözüleceği belirtilmektedir. Meslek kuruluşları, belirli bir mesleğe mensup kişilerin bu mesleğe mensup olmalarından kaynaklanan yararları korumak için kurulmuştur. Dolayısıyla kamu yararına değil özel çıkarlara hizmet etmektedir. Bu nedenle bunların kamu tüzel kişisi olmaması gerekir. Ancak avukatlık ve hekimlik gibi bazı mesleklerin meslek ahlakı ve disiplini açısından düzenlenmesi ve denetlenmesi için bir otoriteye ihtiyaç vardır. Bu otorite, merkezi idare içinde veya bağımsız idari otorite olarak teşkilatlandırılabilir⁴⁹.

Barolar, avukatın meslek örgütü olarak kamu tüzel kişiliğini haizdir. Meslek kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak Anayasada düzenlemiştir ve Türk idari teşkilatı içinde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları içinde kamu idareleri ve kamu kurumları dışında ayrı bir kategori olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında meslek kuruluşlarının idari teşkilat içindeki yerini belirlerken

⁴⁷ ONAR, Cilt II, s. 907.

⁴⁸ Fransız hukukunda gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında meslek kuruluşlarının kamu hizmeti sunmalarına ve kamu gücüne dayanarak gerçekleştirdikleri işlemlerin yargısal denetiminin idari yargıda yapılmasına rağmen bunların kamu kurumu niteliğinde olmadığı, özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir, Bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 7, 373-398, s. 380.

⁴⁹ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt: I, Ekin, Bursa, 2009, s. 611.

bunların yerinden yönetim idareleri içinde kamu idareleri ve kamu kurumlarının dışında ayrı bir kategoriye oluşturduklarına karar vermiştir⁵⁰.

SONUÇ

Avukatlık mesleğinin hak arama hürriyeti ve savunma hakkının kullanılması açısından arz ettiği önem ve adalet dağıtımını hizmetinin ifasına katılması bu mesleğin icrasında kamu yararı olduğunu göstermektedir. Buna göre, avukatlığın kamu hizmeti açısından maddi kıstası sağladığını kabul etmek gerekir. Diğer taraftan avukatların mesleklerini kamu kurumu niteliğindeki baroların gözetim ve denetimi altında yerine getirmelerinin organik şartı karşılığında ifade edilmektedir⁵¹. Ancak avukatlık özel kişiler tarafından yerine getirilen bir faaliyettir⁵² ve bu faaliyet, idareye görev olarak verilmemiştir. Yani faaliyetin asli sorumlusu ve yükümlüsü, idare değildir. Avukatın meslek örgütü olan barolar kamu tüzelkişiliğini haiz ise de baroların avukat üstündeki denetiminin mesleğin etik kurallara uygun olarak yerine getirilip getirilmediğine dair bir disiplin denetimidir. Bu nedenle avukatlık teknik olarak kamu hizmeti değildir.

Avukatlık Kanunu'nda, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu belirtilmektedir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde kanun koyucunun belirlemesinin kurucu rolü olduğu kabul edilmekle birlikte; diğer niteliklerin de aranması gerektiği ifade edilmektedir. Her ne kadar kanunda avukatlık, kamu hizmeti olarak ifade edilmişse de özel kişilerin kurduğu ve yürüttüğü faaliyetler ilke olarak özel faaliyetlerdir. Bu karinenin aksinin ispatı, organik kıstas kullanılarak ortaya konulabilir. Özel bir kişinin gerçekleştirdiği faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için, idare ile sıkı bir bağlantısının bulunması ve bağlantının kolluk denetimini aşan bir nitelikte

⁵⁰ Bkz. AYM, 22.06.2016 Tarihli ve E. 2015/106, K. 2016/128 Sayılı Karar, R.G. 23.9.2016 – 29836, “Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasamızda kamu kurumu niteliğinde birer kamu tüzelkişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla, idari teşkilat bütünü içerisinde kamu idareleri, kamu kurumları yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriye oluşturmaktadırlar. İdari teşkilat bütünü içerisinde yer alan her türlü kurum ve idareler, ayırım yapılmaksızın şu veya bu şekilde değişik etkinlikte Devletin gözetim ve denetimine tabidirler.”

⁵¹ ASLAN, Ali Çetin, **Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 66.

⁵² Özel kişiler tarafından yerine getirilmesi karine olarak özel faaliyet olduğu anlamına gelmektedir.

olması gerekir. Bu bağlantı, özel kişilerin gördüğü kamu hizmeti ile özel faaliyeti ayırmayı sağlamaktadır. Kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, bir faaliyetin kamu hizmeti olmasının nedeni değil, sonucudur. Dolayısıyla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin şartlarından biri değildir⁵³.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun koyucunun iradesinin bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinde kurucu rolü olmakla birlikte; diğer şartların, özellikle de organik şartın sağlanması gerekmektedir. Buna göre, kanun koyucunun kamu hizmeti olarak nitelendirdiği bir faaliyet, diğer şartları sağlamıyorsa kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecektir. Avukatlık da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kanun koyucu tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilse de avukatlık, kamu hizmetine ilişkin diğer şartları sağlamadığından kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecektir⁵⁴. Avukat, özen yükümlülüğü, reklam yasağı, aracı ile iş kabul etme yasağı gibi mesleğin etik ilkelere uygun yapılması için bazı yükümlülüklerle tabidir. Aynı zamanda savunma ve hukuki yardım görevinin gereği gibi yapılabilmesi için, diğer mesleklerin sahip olmadığı bazı ayrıcalıklara sahiptir. Kamusal rejim, kamu hukuku rejimi kamu gücüne dayalı bir rejim olmakla sadece hak ve ayrıcalıkları değil, aynı zamanda belirli yükümlülükleri de ifade etmektedir. Bu anlamda avukatlığın belirli ölçüde kamusal rejime tabi olduğunda kuşku yoktur. Ancak teknik olarak kamu hizmeti olmayan, bir serbest meslek olan avukatlık için getirilen yükümlülükler ve tanınan ayrıcalıklar avukatlığın gereği gibi yapılmasını sağlamaya yönelik olduğundan bu amacı sağlamaya hizmet ettiği ölçüde hukuka uygun olacaktır. Bu amacın ötesine geçen yükümlülükler hukuka aykırı olacaktır.

Kamu hizmeti, sadece kamu hukukuna tabi değildir. Özellikle ticari ve iktisadi kamu hizmetleri nazarı itibara alındığında özel hukuk hükümleri de uygulanmaktadır. Yani karma bir rejimden söz etmek mümkündür. Avukatlığın serbest meslek niteliğine zarar veren veya bu niteliği ortadan kaldıran kamu hukuku yükümlülükleri hukuka aykırı olacaktır⁵⁵.

Avukatın yargının kurucu unsuru olarak yaptığı işte kamu yararı bulunmaktadır. Bu nedenle avukatlık maddi anlamda bir kamu hizmetidir. Buna rağmen avukatlığın, yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle idare

⁵³ GÖZLER / KAPLAN, s. 478.

⁵⁴ GÜLAN, s. 153.

⁵⁵ DURAN, s. 306–307, 308; KARAHANOGULLARI, s. 187.

hukuku açısından kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak savunma hakkı ve hak arama hürriyetinin kullanılabilmesindeki önemi nedeniyle yaptığı işte kamu yararı olduğu ve deontolojik açıdan mesleği belirli kurallara bağlama gereği bulunduğu için, avukatlara kamusal yükümlülükler getirilmiş, kamusal hak ve yetkiler tanınmıştır. Özel faaliyetler açısından asıl olan serbestlik olduğundan bu yükümlülüklerin avukatlığın kamu yararı için gerçekleştirilmesi amacını sağlamanın ötesine geçerek serbest meslek niteliğini ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- ADAY, Nejat, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Beta, İstanbul, 1997.
- AKGÜNER Tayfun, "Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni", *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı Aralık 2014, Cilt 1: 265–281.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNLER, Murat, KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ASLAN, Ali Çetin, Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 7, 373-398.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- DERBİL, Süheyp. Kamu Hizmeti Nedir?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3: 28-36.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, Ekin, Bursa, 2009.
- GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 1988, Cilt 9, Sayı 1-3: 147-159.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNER, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- GÜRLER, Cemalettin, **Avukatlık ve Noterlik Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2013.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti: (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARSLI, Mehmet Rauf, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- SAV, Atila, "Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1: 133-143.
- SUNGURTEKİN, Meral, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999.
- ŞAHİN, Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

- TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1991, 8, 233-252.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ULUSOY, Ali D., **Türk İdare Hukuku: Genel Esaslar ve İdari Teşkilat**, Cilt: I, Yetkin, Ankara, 2017.
- YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Turan et al, **İdare Hukuku**, On iki levha, İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Dilşat, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Yıl 2008, Sayı 1-2.
- ZOLLER, Elisabeth, **Introduction to Public Law: A Comparative Study**, Brill, 2008.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avkanunundayapilacakdegisiklikler.pdf>
- <https://www.kanunum.com/>
- <https://www.kazanci.com.tr/>
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>