

“AVUKATLIK MESLEĞİNE YAKIŞACAK TUTUM VE DAVRANIŞLAR DEYİMİ” MUĞLÂK VE OBJEKTİFLİKTEN UZAK MIDIR?

(Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Hakkında Görüş)

Atila SAV*

Yüksek Mahkeme’nin iptal kararı verdiği Avukatlık Kanunu’nun 5. Maddesinin (c) bendi şöyledir: “Avukatlık mesleğine yaşaymayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak”(1)

Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelere aykırı sayarak iptaline karar vermektedir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı ve gerekçesini benimsemek mümkün değildir.

Öncelikler iptali istenen (c) bendinin benzeri bazı hükümlerine değinmek isterim:

-24.02.1983 tarihli 2803 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 8. maddesinin (j) bendi şöyledir:

“Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak”

Aynı maddeye eklenen (k.ek bend) ile “avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için yukarıdaki (l) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte ... başarılı olmak”

-Bir başka benzer kural 30.03.2011 tarihli 3216 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 6. maddesinin (c) bendinde düzenlenmiş:

* Avukat.

“Kırk beş yaşını doldurmuş, yüksek öğretim görmüş olmak ve hakimlik mesleğine alınmaya engel bir halinin bulunmaması kaydıyla” aday olunabilecektir.

Yani hakim olabilmek için de Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday olabilmek için de “mesleğe yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamak” koşulu aranacaktır. Bu hükümlerdeki koşulun Avukatlık Kanunu’nun 5/c hükmü ile paralel olduğu açıktır.

(1) Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 tarihli Esas: 2012/116,Kara: 2013/32 sayılı kararı.(Resmi Gazete 13 Ağustos 2013 günlü 28734 sayılı nüshası)

Avukatlık bir kamu hizmetidir.

Savunma, yargının üç temel ögesinden biridir. Yüksek Mahkeme 21.01.1971 tarihli 1969/33 esas.1971/7 karar sayılı kararı ile “avukatlığın kamu hizmeti olduğu” görüşünü benimsemiştir. O olayda davacılar avukatlığın bu niteliğe karşı çıkarken Anayasa’nın 117 maddesindeki “kamu hizmetleri memurlar eliyle yürütülür” kuralına dayanmışlardı. Yüksek Mahkeme bu görüşün yerinde olmadığını belirtmiş...” Hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk ve kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etme gereğini güden, hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına adanmış görevlerin yerine getirilmesinde adli mercilerin ve öteki resmi dairelerin kendilerine yardımcı olmakla yükümlü tuttuğu (1136 sayılı Kanun md.2) bir meslek topluluğunun; avukatlığın faaliyetlerinin kamu yararı ile olan sıkı ilgisinin de işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı ve bunun serbest mesleğiyle bağdaşabilir ve o kavramı 1136 sayılı Kanunun hükümlerinde görüldüğü üzere sınırlar bir nitelikte olduğu ortadadır” demekle yetinmiştir. Yüksek Mahkeme devamlı;

“Şu duruma göre 1136 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasa’nın 117. maddesine aykırı, hatta bu madde ile doğrudan doğruya ilgili bir yönü yoktur. Davanın 1. maddeye yönelen bölümünün reddi gerekir.” sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme ; “Sonuç’ta, 2. Bend olarak 19.03.1969 tarihli 1136

sayılı Kanun'un dava konusu olan hükümlerinin geriye kalan 1,3 ve 5. maddelerinin ve geçidi 2. maddenin A bendi ile 1238 sayılı Kanunla eklenen fıkralar dışındaki hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve davanın bu hükümlere yönelen bölümünün reddine... oyçokluğu ile ve öteki hükümlerine oybirliğiyle karar verildi" demekle yetinmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkemece iptali isteği reddedilen maddelerden birisi de (5) madde idi ve Anayasa'ya aykırı görülmeyle iptal istemi reddedilmişti.

Oysa Yüksek Mahkemenin bu yazıya konu olan 13.08.2013 tarihli 2012/116 esas 2013/32 sayılı kararı ile bir bendi iptal edilmektedir. Kuşkusuz, Yüksek Mahkeme aradan çok zaman geçtiği için görüşünü değiştirmiş de olabilir. Ancak, Mahkemenin bu kararı doyurucu ve inandırıcı sayılamaz. Hakimlik ve Savcılık mesleği ile "Anayasa Mahkemesi üyelik adaylığı" için aranan koşula benzer bir koşulun "avukatlık" için de aranması gerekmez mi?

Temel insan haklarının en önemlilerinden biri olan "adil yargılanma Hakkı"nın üç temel ögesinden biri olan "avukat"ın da en az yargıç ve savcı denli "kişilik aralığı", "toplum içinde saygınlığı" olmalı değil mi?

Bu aşamada şuna değinmek isterim: Avukatlıkta dürüst kalmak yargıçlık ve savcılıkta dürüst kalmakta daha zordur. Yargıç ve savcının tüm çalışma olanaklarını da iş olanaklarını da kendisi sağlamak zorundadır. Avukatlık aynı zamanda "serbest meslek"tir. Savunmanın bağımsızlığı bu serbestlikten kaynaklanır. Savunma bağımsız olmazsa, yargı da, savda "güdümlü" olma kuşkusu altında kalır. Güdümlü yargı, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmaz. Yargının bağımsızlığın güvencesi ve koşulu bağımsız savunmadır.

İnceleme konusu yaptığımız kararda Yüksek Mahkeme "mesleğe yakışmayacak tutum ve davranışların çevresince bilinmesi" kavramlarını mutlak ve objektiflikten uzak bulmuştur. Bu gerekçeye katılmak olanağı yoktur. Yukarıda da belirttiğim üzere "Hakimler ve Savcılar Kanunu"nda da "Anayasa Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanunu"nda da üye adaylığı koşulları belirlenirken aynı deyimler kullanılmıştır.

Bir benzer kural da Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin (j) bendinde "daha önce serbest avukatlık yapanları da, hakimlik

ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış” olma koşulu aranmaktadır.(2)

Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışan tutum ve davranışlar nelerdir? Bu soru “avukatlık mesleğine yakışan tutum ve davranışlar” konusunu da aydınlatır.

Hakimin olumlu nitelikleri belirlenince, olumsuzları Avukatlık Kanunu’nda belirtilmiştir. Kanunun 34 ve 134. maddeleri açıktır.

“Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenecek Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler denmektedir.

Meslek Kuralları 1971’den beri uygulanmaktadır. Bu kurallar objektif ve belirleyicidir.

Ayrıca 1136 sayılı Yasa’da,

- Sır saklama(md.36)
- İş reddetme zorunluluğu(md.38)
- Reklam yasağı(md.55)
- Çıkar karşılığı iş getirenlerle çalışma yasağı(md 48)
- Mahkemelere resmi kılıkla çıkma zorunluluğu(md.49)
- Dosya tutma, görüşmeleri tutanakla belirleme(md.53)
- Görevi kötüye kullanmama(md.65)
- Baroya kesenek ödeme (md.65)

gibi meslek ve disiplini ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Ulusal ve iç düzenlemelerin yanı sıra uluslar arası kurum ve meslek kuruluşlarınca belirlenen meslek kuralları da bulunmaktadır.

Bu deyiş ve belirlemeleri de “soyut ve içeriği belirsiz” sayarsak “hukuk”, “ahlak”, “adalet”, “iyi niyet”, “dürüstlük” gibi çok temel kavramları da soyut ve içeriği belirsiz sayma tehlikesine düşebiliriz.

Yıllarca önce bir Yüksek Yargıcımız Adalet Yılı Açılış Konuşmasında “yargıcın vicdanı ile cüzdanı arasında sıkıştırılmasının sakınca-

sın” dan söz etmişti. Haklı değil miydi? Cüzdan somuttur, ama vicdan anı derece somut bir kavram değildir. Adaletin temel ilkelerinden biri olan “vicdan” da soyut ve belirsiz sayılırsa yargıya güveni ve inancı saptamak olanaksızlaşmaz mı?

Yargıç Deyince

Bu konudaki görüşlerimi belirtirken hep Türkiye Barolar Birliği’nin kuruluş döneminde, ilk kararlardan birinde yaşanan bir olayı anımsarım. (Kırk dört yıl geçtiği için kimse, hedefte değildir)

İstanbul’un küçük kıyı ilçelerinden birinde, bir yaz akşamı, kıyıdaki açık hava gazinosunda oturmakta olan ilçenin yarıcına genç bir adam saldırır.” Ulan... herif rüşvetçi, alçak adam. Bizim davamızı sattın. Zaten herkes senin ne mal olduğunu bilir”. Böyle diyerek yargıcı tekme tokat tartaklar. Polis genç adamı hemen yakalar, gözaltına alır. Ama kasaba halkının önünde oluşan durum, halkta yargıca duyulan güvensizliği ve antipatiyi büsbütün artırır. Herkes bıyık altından gülümsemekte ve genç adamı haklı bulmaktadır.

Yüksek Hakimler Kurulunca gönderilen müfettiş, üzücü olayı doğrulamış; yargıcın o kasabada artık görev yapmasının sakıncalı olacağını

Benzer bir hüküm de Devlet Memurları Kanununda bulunuyor. Madde 125, c) Devlet Memuru vakarına yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamak, f) Görevine ve iş sahiplerine kayıtsızlık göstermek ve ilgisiz kalmak g) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak

Yüksek mahkeme 16.01.2014 tarihli Es.2013/110,ka.2014/8 sayılı kararıyla bu maddenin (e) ve (g) bentlerine yönelen iptal işlemini kabul etmemiştir.

belirterek “ yer değiştirme” öngörmüştür.

Yargıcın sicil dosyası -ne yazık ki- benzer olaylarla doludur. Daha önce altı kez disiplin kavuşturması geçirmiştir. Kendisi, davet edilir ve emekliliğini istemesi tavsiye olunur. Hiç değilse meslekten çıkarılması için formüldür bu. Olmazsa avukatlık edebilir!?!)

Dosya, İstanbul Barosunun ‘red’ kararı ile itiraz üzerine Birlik Yönetim Kuruluna geldi. Sicil dosyası çiçek bahçesi (!) gibi. Daha önce bir yerden “Keklikçi” lakabı ile yer değiştirmiş. Bir başka yerde adli tabibin yerinde lastik eldiven takıp, ırza tasaddi dosyasına müdahale etmiş vb.

İstanbul Baro Başkanı 5. maddesinin (b) bendine göre istemi reddetmiş. Son inceleme mercii –o tarihte- Adalet Bakanlığı red kararını onaylamadı.

Dönemin Baro Başkanı “yemin” töreninden sonra ağır bir konuşma yaparak “biz, sizi aramızda görmek istemedik. Ama Bakanlık böyle uygun gördü. Hayırlı olsun” diyerek and içmiştir. İki ay sonra adı geçen yargıç-avukat kendi isteğiyle Barodan kaydını sildirmiş. O yerde çalışmamış.

Daha sonra bir gün dönemin Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcısı(daha sonra Anayasa Mahkemesi üyesi) olan Sayın Bülent Olçay’la karşılaştığımızda konu açıldı. Bülent Olçay “eğer 5. Madde’nin (b) bendi yerine (c) bendi uygulansa, bir soruşturmacı atanarak, alınacak olumsuz rapora dayanılsa idi Bakanlık olarak onama kararı verirdik. (c) bendinin amacı buydu, dedi. Daha sonra da uygulama bu anlayışla yapıldı.

Sonuç ve özet olarak belirtmek gerekirse Yüksek Mahkemenin iptal kararı gerekli ve yararlı bir hükmü –yanlış bir gerekçeyle” kaldırmakla bir boşluk yaratmıştır.

13 Ağustos 2013 SALI

Resmî Gazete

Sayı : 28734

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı: 2012/116

Karar Sayısı: 2013/32

Karar Günü: 28.2.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 11. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa’nın

5., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Baro tarafından verilen avukatlık mesleğine kabul kararı hakkında, Türkiye Barolar Birliği'nce verilen uygun bulma kararının, ilgilinin yasa dışı silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan aldığı cezanın çevresince bilindiği gerekçesiyle, Adalet Bakanlığınca iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Davacı ADALET BAKANLIĞI tarafından, M.O’un Baro Levhasına yazılmasına dair Baro Yönetim Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararında ısrar edilmesine ilişkin 3.2.2012 tarih ve 31785-2 sayılı işlemin; ilgilinin “Yasadışı silahlı terör örgütü üyesi olmak” suçundan dolayı mahkum olması sebebiyle durumunun 1136 sayılı Kanunun 5/1-c maddesi kapsamında (avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak) değerlendirilmesi gerektiği, eylemin niteliği dikkate alındığında hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı, daha önceden ilgili hakkında baroya yazılmama yönünde alınmış bir karar bulunduğu, hukuki durumda bir değişiklik olmadığı, işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle BARO BAŞKANLIĞI ve TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ’ne karşı açılan davada işin gereği görüldü.

Anayasa’nın 152. maddesinde, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükmümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır...” kuralı yer almaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir..." düzenlemesi bulunmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde, "Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur:

a) (Değişik bend: 02/05/2001 - 4667/5. md.; Değişik bent: 23/01/2008-5728 S.K./326.mad) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (İptal ibare: Anayasa Mah.nin 25/02/2010 tarihli ve E. 2008/17, K. 2010/44 sayılı Kararı ile.) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

b) (Değişik bent: 22/01/1986 - 3256/2 md.) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,

c) Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak,..." **hükmü yer almış**, 8. maddesinde ise, "Baro Yönetim Kurulu, avukatlığa kabul istemini reddettiği veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesine karar verdiği takdirde bunun gerekçesini kararında gösterir. Gerekçeli karar adaya tebliğ olunur.

Aday, bu karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, kararı veren baro vasıtasıyla Türkiye Barolar Birliğine itiraz edebilir. Baro tarafından adaya, itiraz tarihini tesbit eden bir belge verilir. Bu belge hiçbir vergi, harç ve resme tabi değildir.

Türkiye Barolar Birliği, itiraz üzerine dosya üzerinde gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, itirazı kabul veya reddeder. Türkiye Barolar Birliği itiraz tarihinden itibaren bir ay içinde bir karar vermezse, itiraz reddedilmiş sayılır.

(Değişik fıkra: 02/05/2001 - 4667/7.md.) Baro yönetim kurullarının adayın lehaya yazılması hakkındaki kararları, karar tarihinden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Barolar Birliğine gönderilir. Türkiye Barolar Birliği kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde uygun bulma veya bulmama kararını ve itirazın kabul veya reddi hakkındaki kararlarını onaylamak üzere karar tarihinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığına gönderir. Bu kararlar Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu kararlar, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir.

Baro yönetim kurulunun, avukatlığı kabul isteminin reddi veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesi hakkındaki kararları, süresi içinde itiraz edilmediği takdirde kesinleşir.

(Değişik fıkra: 02/05/2001 - 4667/7. md.) Adalet Bakanlığının dördüncü fıkra uyarınca verdiği kararlara karşı, Türkiye Barolar Birliği, aday ve ilgili baro; Adalet Bakanlığının uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi üzerine Türkiye Barolar Birliğince verilen kararlara karşı ise, Adalet Bakanlığı, aday ve ilgili baro idari yargı merciine başvurabilir.

Barolar, kesinleşen kararları derhal yerine getirmeye mecburdurlar.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının İstanbul 3 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 24.07.2000 tarih ve 2000/154 sayılı kararıyla yasadışı silahlı çetenin sair efradı olmak suçundan dolayı 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 22.09.2006 tarih ve 2000/154 sayılı kararıyla cezanın uyarlama yapılmak suretiyle 6 yıl 3 ay hapis cezasına indirilmesine karar verildiği, bu arada davacının 2002 yılında cezasının infaz edildiği, ardından Hukuk Fakültesini tamamladıktan sonra 1 yıllık avukatlık stajını 2005-2006 yıllarında yapan davacının baro lehasına yazılma isteminin Baro Yönetim Kurulu’nun 22.03.2007 tarih ve 12/117 sayılı kararı ile reddedildiği, yapılan itirazın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5/1-c maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 25.05.2007 tarihli kararıyla reddedildiği ve Adalet Bakanlığı’nın

11.07.2011 tarih ve 14777 sayılı kararıyla işlemin onayına karar verildiği, söz konusu işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın Ankara 9. İdare Mahkemesi’nin 24.04.2009 tarih ve 2009/9214 sayılı kararıyla reddedildiği, davanın Danıştay’da temyiz aşamasında bulunduğu, davacının memnu haklarının iadesi istemiyle yaptığı başvuru üzerine İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 27.05.2011 tarih ve 2011/616 değişik iş sayılı kararı ile memnu haklarının iadesi konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği ve bunun üzerine davacının yaptığı başvuru üzerine başka bir il Barosu’na 28.12.2011 tarih ve 2011/63 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile kaydedildiği, kararın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 09.01.2012 tarih ve 31481-191 sayılı kararı ile uygun bulunduğu, ancak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün 24.01.2012 tarih ve 1115/2003 sayılı kararı ile davacının mahkumiyetine konu fiilinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5/1-c maddesinde yer bulan avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak kapsamında olduğu gerekçesiyle Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının uygun bulunmadığı ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Barolar Birliği’ne geri gönderildiği, bu kez Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 03.02.2012 tarih ve 31785-2 sayılı kararı ile davacının baro levhasına yazılması talebinin kabulüne ilişkin önceki kararda ısrar edildiği, bakılan davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden “ölçülülük” ve “belirlilik” ilkesi gözetilerek düzenleme yapılması esastır.

Yukarıda anılan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5/1-c maddesinde avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmiş olması avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılmıştır.

Bu durumda, Anayasada yer bulan çalışma hürriyetinin yukarıda anılan Kanun hükmü ile sınırlandığı ve söz konusu hükmün avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışların hangi fiilleri kapsayıp hangilerini kapsamadığı noktasında belirlilik ölçütüne aykırı nitelikte olduğu, bunun yanında bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan bu belirsiz düzenlemenin ayrıca çevresince biliniyor olma gibi bir başka muallak ve yoruma oldukça açık bir şekilde düzenlenmesiyle diğer bir sınırlama yoluna gidildiği anlaşılmakta olup 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5/1-c maddesinde yer alan hükmün Anayasa’nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer alan, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak hükmünün Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin Anayasa Mahkemesi'nce bu konuda bir karar verilinceye kadar bekletilmesine 07.09.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun itiraz konusu kuralın da yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

"Madde 5- Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur:

a) (Değişik: 23/1/2008-5728/326 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

b) (Değişik: 22/1/1986 - 3256/2 md.) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,

c) **Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak,**

d) Avukatlık mesleği ile birleşemiyen bir işle uğraşmak,

e) Mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak,

f) İflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş bulunmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar),

g) Hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunu kaldırmamış bulunmak,

h) Avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmak.

(Değişik: 2/5/2001 - 4667/5 md.) Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan

yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler.

(Değişik: 22/1/1986 - 3256/2 md.) Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir.

Şu kadar ki, ceza kovuşturmasının sonucu ne olursa olsun avukatlığa kabul isteğinin geri çevrilmesi gereken hallerde, sonuç beklenmeden istek karara bağlanır.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa’nın 5., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIÖĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN’ın katılımlarıyla 1.11.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Davut BÜLBÜL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılan itiraz konusu kuralın, belirsiz olduğu, yoruma açık ve çalışma hürriyetini keyfi olarak sınırlandığı belirtilerek, kuralın Anayasa’nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesi uyarınca itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı hâller düzenlenmiştir. İtiraz konusu kuralda ise avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışların ilgilinin çevresince bilinmiş olunması durumunda, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ile söz konusu tutum ve davranışların "çevresince bilinmesi" kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında ba-

rolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilmesi nedeniyle ayrıca Anayasa’nın 5., 13. ve 48. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.2.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz
PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN