

"...

## II- İTİRAZIN GEREKÇESİ:

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, itirazın dayanağını şöyle açıklamaktadır :

"a) İtirazen Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendinin Mahkememizce uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı sorunu:

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendi hükmüne göre, iş sahibinin meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemesi halinde, kendisine başvurulmuş Avukatın teklifi reddetmek zorunluluğunda olduğu, bu bentte gösterilen hallerde baro başkanının iş sahibinin başvurusu üzerine kendisine bir avukatı vekil olarak tayin etmesi gerekmektedir.

Sanık, Mahkememizce bilinmeyen bir nedenle Yozgat Barosuna kayıtlı olmayan Ankara ve İstanbul Barosu avukatlarından ..... ve ..... yı davanın Yargıtay'a intikal etmesinden sonra, vekâlet vermek suretiyle müdafii olarak tayin etmiştir.

Başlangıçta Yozgat Barosu Yönetim Kurulunun aldığı bir kararla sanığın Yozgat Barosuna mensup avukatlara ve baroya başvurmadan baroları haricinde bir avukatı vekil olarak tutamayacağını belirterek, durumu Türkiye Barolar Birliğine ihbar etmiş ve Türkiye Barolar Birliği, 8/8/1976 günlü ve 506/1 sayılı ilke kararıyla, sanık..... ve suçun işlendiği yere bağlı baro başkanlığının vekil tayin etmesini kararlaştırmıştır. Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendi hükmü uyarınca alınan bu kararın Yasanın amacına ve sözüne uygun olduğu, Mahkememizce de kabul edildiğinden ve bu durumda Yozgat Barosuna mensup olmayan ve Baro Başkanı tarafından atanmayan sanık müdafii .....ile ..... yın resen duruşmaya kabul edilmemesi, aksi görüşten hareket edildiği takdirde ise, avukatlık görevini yapması gerektiğine nazaran Mahkememizin sanığın bu müdafiielerini duruşmaya kabul edip etmemek konusunda bir karar vermesi gerektiği cihetle itirazen iptali ileri sürülen Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendi ile diğer ilgili hükümlerinin uygulanma olanağı bulunduğu sonucuna varılmıştır

b) Anayasa'ya aykırılık, itirazının hukukî nedenleri:

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin itiraz konusu hükmü şöyledir:

"Madde 38- Avukat;

e) İş sahibi, meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemiş ise,

Teklifi reddetmek zorunluluğundadır.

Bu zorunluluk, avukatın ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

(e) bendinde gösterilen hallerde, baro başkanı, iş sahibinin başvurusu üzerine kendisine bir avukatı vekil olarak tayin eder."

Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendinin Millet Meclisindeki görüşülmesi esnasında, Geçici Komisyon Başkanı yaptığı açıklamada: "Şimdi, yine 38 inci maddenin (e) bendinde (iş sahibi, meslek görevini yapan bir avukata saldırıda bulunursa) ibaresi vardır. "Saldırıda" tabirini bizde Komisyon olarak benimsememiş durumdayız. Yalnız bunun manasının iyi anlaşılmasında fayda vardır. Mesele, müvekkil ile avukat arasında olan meselenin dışında meslekî vazifesini yapan bir avukata vazife sırasında bizzat ilgililer veyahut ilgililerin dışında başka şahıslar veyahut da onların ortaya çıkarttıkları tutulmuş kişiler tarafından yapılan saldırıların takbih edilmesinden ibarettir. Elbette ki, bir Hâkim gibi avukatlar da bu hizmeti ifa ederken amme hizmeti ifa etmektedirler. Bu itibarla, onların da vakar ve haysiyetinin korunması icabeder. Böyle bir suç işlenmişse, bunun hakkında takibat yapılacaktır, ama bunları birde manen ezik duruma getirmekte meslek haysiyeti bakımından fayda vardır. Filhakika hiç kimseyi bizim mesleğimiz müdafaasız bırakmaz. Avukatlık mesleki herkesi müdafa etmek zorundadır. Bu, burada bir disipline bağlanmak istenmiştir. Şayet bir kimse ister bir dava sebebiyle, kendi müvekkiliyle arasında geçmiş bir işten dolayı olsun, ister dışardan birinin saldırısına vazife sırasında uğramışsa ve bu bir suç mahiyetinde ise, o zatın direkt olarak baroya kayıtlı bir avukat tarafından savunmasının alınmasını öngörmektedir. Bu tip insanlar savunmasız mı kalacaklardır' Hayır, arkadaşlar bu manada anlaşılmalıdır. Böyle durumda olan bir vatandaş baroya müracaat edecektir, baronun izni alındıktan, sonra kendisine gösterilecek bir avukat tarafından kendisinin hakları da yine savunulacaktır. Fıkranın bu şekilde anlaşılması lâzım" demiştir.

Yapılan bu açıklamalardan öncelikle Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendinde yer alan suç kelimesinin suçluluğun kesin surette isbat edilmesi gerekmediği ve bu suç kelimesinin işlenen fiilin suç niteliğinde bulunmuş olmasının yeterli olduğunu belirtmekte anlayışımıza göre yarar vardır.

Öte yandan sözü edilen hükmün Yasaya konulması amaçları da açıklanmıştır. Yapılan bu açıklamalardan, kendisine karşı suç işlenen avukatların vakar ve haysiyetinin korunması, suç işleyenlerin manen ezik duruma (meslek haysiyeti bakımından) getirilmesi, meslek görevi yapan avukat aleyhine suç işlenilmesinin takbih edilmesi esaslarından hareket edildiği anlaşılmaktadır.

Böylece, Avukatlık Yasasına konulmuş bulunan bu hükümle Anayasa'nın 12 nci maddesinde mevcut hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz, hükmü ihlâl edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 136 ncı maddesinde; sanığın soruşturmanın her hal ve derecesinde, bir veya birden fazla avukatın yardımına müracaat edebileceği yazılı bulunması sebebiyle, sanık kendi hür iradesiyle Yozgat Barosuna mensup olmayan başka avukatların yardımına ihtiyaç duymuştur.

Anayasal bir hüküm olmamakla beraber, 6366 sayılı Yasa ile onaylanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün 6/c maddesi hükmüne göre, kendi kendini müdafa etmek veya kendi seçeceği bir müdafiin yardımından istifade etmek hakkı sanığa tanınmıştır.

Çağımızın gereklerine uygun ve modern bir nitelikte olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının kabulünden önce Milletlerarası bir sözleşmeye istinaden sanığa tanınan bu hakkın bu gün için mevcut olmadığını kabul etmek elbetteki mümkün değildir.

Anayasa'nın 31 inci maddesi şöyledir;

Madde 31- Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

.....

Anayasa'nın bu maddesinin Temsilciler Meclisindeki ikinci görüşmesi sırasında, Üyelerden birisi tarafından verilen bir değiştirge önergesinde "...davanın her hal ve derecesinde müdafaa, ihlâlî caiz olmayan bir haktır..." maddenin bu şekilde değişikliğe uğramasını istemesi üzerine söz alan komisyon sözcüsü "...yukardaki kısımlar maddemizde başka şekilde ifade edilmiş bulunmaktadır..... Teferruatın maddeye girmesinde fayda mülahaza etmiyoruz..." şeklinde açıklamada bulunmuş ve böylece savunma hakkının üstünlüğü, dokunulmazlığı 31 inci madde ile temel bir hak olarak kişiye tanınmış bulunmaktadır.

Bu bakımdan Anayasa ile sanığa tanınan ve bir temel hak niteliğinde olan savunma hakkını kısıtlayan Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin itiraz konusu hükümleri Anayasa'nın 31 inci maddesinin sözüne ve özüne de aykırı görülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının sözü edilen ve sanığın savunmasını kısıtlayan hükümleri Anayasa'nın 11 nci maddesinde belirlenen temel hak ve hürriyetlerin hem sözüne ve hem de özüne dokunmuş olması bakımından da Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Yine bu arada Avukatlık Yasasının itiraz konusu hükümlerinin bizzat Avukatlık Yasasının 2 nci maddesinde belirlenen amaçlarada tamamen ters düşmektedir.

Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (f) bendi ile son fıkrasındaki hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle yapılan bir itiraz üzerine Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla 38 inci maddesinin son fıkrasının hak arama hürriyetini zedeler nitelikte bulunmuş ve Anayasa'nın 31 inci maddesine aykırı görülmüş olması sebebiyle iptal edildiği anlaşılmaktadır. (Anayasa Mahkemesinin 15/12/1970 günlü ve 1970/30 E. ve 1970/46 Karar sayılı kararı, Resmî Gazete 18/4/1971 tarih, 13813 sayı)

**KARAR:**

Dosyada mevcut ilgili belge örneklerinin çıkartılarak, gerekçeli kararlar birlikte 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 inci maddesinin (e) bendinde yazılı bulunan "...İş sahibi, meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemiş ise..." hükmü ile bu hükme şamil olmak üzere aynı maddede mevcut "teklifi reddetmek zorunluluğundadır... Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar..." yine bu arada 38 inci maddenin en son fıkrasında yer alan "...(e) bendinde gösterilen hallerde, baro başkanı, iş sahibinin başvurması üzerine kendisine bir avukatı vekil olarak tayin eder,.." hükümlerinin sözü edilen 38 inci maddenin (e) bendi hükmüne hasren Anayasa'nın 11 ve 12 nci maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından 1136 sayılı Avukatlık Yasasının yukarıda sözü edilen hükümlerinin itirazın iptal istemiyle Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Yasasının 27 nci maddeleri uyarınca, bir karar verilmek üzere, Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu konudaki kararın beklenmesine, oybirliğiyle karar verildi.""