

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

III. GEREKÇE

28.11.2006 Tarih ve 5558 Sayılı Avukatlık Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

8.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen 1 inci maddesi ile '... Avukatlık sınavını başarmış olmak ...' avukatlık mesleğine kabul şartı olmaktan çıkarılmış ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun bu sınava ilişkin diğer hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

Yukarıda 'Olay' başlığı altında da açıklandığı üzere '...Avukatlık sınavını başarmış olma...'nın avukatlık mesleğinin kabul şartlarından olması, baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulması gereksiniminin bir sonucudur.

Sadece hukukçuların yapabileceği avukatlık mesleği de, savcılık ve hâkimlik mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslektir. Bu nedenle avukatın da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, çok özel olarak yetiştirilen bir kişi olması gereği açıktır. Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen 'Hukuk Devleti' ilkesi, Cumhuriyetin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez niteliklerindendir.

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları nitelikli ve yetişkin hukukçuların ve avukatların özverili uygulama ve eylemleriyle yaşama geçebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların dahi amaca uygun uygulanabilmesi, amaca uygun yorumlanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücüne bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi ile mümkündür. Ancak bütün bunları özümsemiş ve böylece hukuki düşünmeyi öğrenmiş hukukçular ve avukatlar yetiştirdiğimiz takdirde hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz.

Bugün üyelik görüşmelerinin sürdürüldüğü Avrupa Birliği açısından da sınav zorunludur. Sınav olmayan bir Avrupa Birliği ülkesi yoktur. Özellikle Almanya'da lisans eğitimi sonrasında bir devlet sınavı ve 2,5 yıllık bir staj eğitiminden sonra sınav yapılmakta, Avusturya'da hukuk fakültesi eğitiminden sonra 5 yıllık pratik eğitim ve 5 sınav bulunmaktadır. Diğer AB üyesi ülkelerde de değişik biçimlerde bu sınavlar yapılmaktadır.

Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukat ve avukatlık mesleği; hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bağlamında, yaşamsal bir önem ve değere sahiptir. Bu amaçla, dünyanın bütün gelişmiş demokratik ülkelerinde, savunmanın ve savunma mesleğinin önündeki engeller kaldırılmış, uluslararası sözleşmelerle

avukatların mesleklerini özgürce yerine getirmelerine olanak sağlanmış, avukatlık mesleğinin kalitesinin yükseltilmesi amacıyla, başta avukatlık mesleğine sınavla kabul olmak üzere, pek çok önlem alınmış iken Türkiye Barolar Birliği ve 78 Baronun muhalefetine rağmen Avukatlık Yasasında değişiklik yapmak suretiyle '...Avukatlık sınavını başarmış olmak...' şartını avukatlık mesleğine kabul için gerekli olmaktan çıkartan ve dolayısıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun bu sınava ilişkin diğer hükümlerinin de yürürlükten kaldırılmasını öngören ve iptali istenen söz konusu düzenleme, sadece avukatlık mesleğine yönelik ağır bir saldırı değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve yararlarının tehlikeye atılmasına neden olabilecek bir düzenleme olduğundan kamu yararı amacına yönelik olmadığı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin 28.1.2004 tarih ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararında, 'Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de asıldır.'

görüşü açıklanmış ve bu görüş, Anayasa Mahkemesinin 29.12.2004 tarih ve E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararında da 'Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdiği gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulmasının gerekliliği, yine bu ilkenin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar. Aynı ilke uyarınca, Devlet organlarının görev ve yetkilerinin bu çerçevede yasalarla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.'

biçiminde yinelenmiştir. O halde bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının 'kamu yararı' olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Açıklanan nedenlerle kamu yararı amacına yönelik olmayan ve iptali istenen söz konusu düzenleme Hukuk Devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında,

'Avukatlık Yasası'nın 1 inci maddesine göre 'kamu hizmeti ve serbest bir meslek' olan avukatlık iki yönlüdür. Hem 'kamu hizmeti' hem 'serbest meslek' nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu 'kamu' kavramının anlam olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası'nın 'Avukatlığın amacı' başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtan özgün kuraldır.

Tüm bu kurallar, yinelenmesinde yarar olmayan nice tanım, anlatım ve değerlendirmeler, avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu gerçeğini doğrulamaktadır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalet ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Adaletin sav, savunma ve yargı öğelerinden savunma

bölümünün temsilcisi, başlıca görevlisi olan avukatın hem temsil ettiği kişiler, hem de önlerinde görev yaptığı hâkim, savcı ve yetkili öbür kurul ve kurumlarca inan, güven ve saygı ile karşılanması gerekir.'

yorumu yapılmıştır. Bu yorumdan da anlaşılacağı üzere yargıçlık, savcılık, avukatlık meslekleri arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmadığı gibi üstünlük farkı ve sıralaması da bulunmamaktadır. Bu üçlü arasındaki ilişki işbölümü ilişkisidir. O nedenle sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hukukçuların mesleğe kabul, meslek için ilerleme ve benzeri konularda eşit işleme tabi tutulması ve sınavda teklik ilkesinin yaşama geçirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Yargılama bir olay hakkında hukukun ne dediğinin bildirilmesidir. Hukukun yaşama sağlıklı geçmesi için bu üçlü arasında mesleğe kabul anlamında eşitliğin sağlanmasına bağlıdır. Çünkü yargılamanın bu üç ögesindeki olumlu veya olumsuzluğun hükme ve dolayısıyla adaletin gerçekleşmesine olumlu ya da olumsuz anlamda yansması kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta durumlarındaki ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmaktadır. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. (Anayasa Mahkemesinin 18.10.2005 tarihli, E.2003/7, K.2005/71 sayılı kararı).

Sav, savunma ve yargının adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuki durumda oldukları Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararında da vurgulandığı üzere yadsınamaz.

Bu nedenle iptali istenen kural, sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hukukçulardan sav kısmında görev alanlar için 'sınavda başarılı olma' şartını kaldırarak hiçbir haklı nedene dayanmaksızın farklı bir uygulama getirdiğinden Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen 'kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığı onun aynı zamanda Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Adaletin kurucu öğelerinden savunmanın temsilcisi avukatların, mesleğe kabul yönünden diğer kurucu öğelerden farklı hükümlere tabi tutulmalarını öngören ve iptali istenen kuralın uygulanması halinde; adaletin gerçekleşmesinin olumsuz yönde etkilenebileceği kuşkusuzdur. Bu durumda ortaya giderilmesi olanaksız durum ve zararların çıkabileceği yadsınamaz.

Esas Sayısı : 2007/16
Karar Sayısı : 2009/147

Bu türden durum ve zararların önlenmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için Anayasaya aykırı olduğu gerekçemizde açıkça gösterilen söz konusu kuraldan Anayasal düzenin en kısa sürede arındırılması açık bir zorunluluk olup, hukuk devleti sayılmanın da bir gereğidir.

Bu nedenle, iptali istenen kuralın yürürlüğünün iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendini, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya' ibaresini, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddelerini, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendini, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan 've sınav' ibaresini ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasını yürürlükten kaldıran 1 inci maddesinin Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."