

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

".

1- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 10. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

İtiraz konusu fıkra, "Avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4 ü memuriyette geçmiş sayılarak bu sürelerin her yılı bir kademe ilerlemesine ve her üç yıl bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir." hükmü yer almıştır. Bu madde hükmünden memuriyetten önce yapılan avukatlığın, kademe ilerlemesine ve derece yükselmesine esas alınabilmesi için "serbest olarak yapılması" gerektiği anlaşılmaktadır.

Nitekim; uygulamada; idare tarafından memuriyetten önce yapılan avukatlığın kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine esas alınabilmesi için avukatlığın serbest olarak yapılması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, Danıştay'ın istikrar kazanan içtihatlarında da bu şekilde değerlendirilmiştir. (Örneğin; Ankara 1. İdare Mahkemesi, avukatlığın serbest olarak yapılması gerektiği bunun için ise avukatlık mesleğinin herhangi bir kurum veya şahsa bağlı olarak değil de kendi vergi numarasıyla icra edilmesi gerektiğinden bahisle 19.07.2011 tarih ve E:2011/694, K:2011/1420 sayılı kararıyla davayı reddetmiş, yapılan temyiz incelemesi sonucunda dava Danıştay 5. Dairesi tarafından 08.03.2013 tarih ve E:2012/402, K:2013/1752 sayılı karar ile üç'e iki oy çokluğuyla onanmıştır.)

Buna göre; Avukatlık Kanununun 1. maddesine göre "Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" aynı Kanunun 'Avukatlıkla Birleşebilen İşler' başlıklı 12. maddesinde; "Avukatın özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlık yapabileceği" belirtilmiştir. Yani avukat ücret karşılığında sigortalı olarak bir özel hukuk tüzel kişisinin avukatlığını sürekli üstlenebilecektir.

Mesleğini kendi nam ve hesabına yürüten avukat ile ücret karşılığında bir özel hukuk tüzel kişisinin sürekli avukatlığını üslenen avukat arasında avukatlık mesleğine kabul, staj, baroya yazılma, hak ve ödevleri, tabi olduğu disiplin hükümleri gibi hiçbir alanda fark

bulunmamakta ayrıca bu hizmetin hizmet akdi, istisna akdi veya vekalet akdiyle görülmesi hizmetin niteliğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla aynı konumda olan yaptığı hizmet bakımından aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olan ve bu hizmeti sigortalı olarak ücret karşılığında yapmış olan memurun bu hizmetinin kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde esas alınmaması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Kanunun anılan maddesinde eksik düzenleme söz konusudur ki bu eksik düzenleme ise eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında eksik düzenleme nedeniyle ilgili yasa hükümlerinin iptali yoluna gitmiştir. Örneğin, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 6. maddesine göre adli veya askeri hakimlik yahut savcılıklarına atanmış olanlar noterlik stajına tabi tutulmuyorlardı. Bir itiraz başvurusu sonucunda Anayasa Mahkemesi adli ve askeri yargı hakim ve savcıları noterlik stajına tabi tutulmazken idari yargı hakim ve savcılarının noterlik stajına tabi tutulmaları ile ilgili yasa kuralını incelemiş ve iptal etmiştir. (Any. Mah.nin 12.11.2002 tarih ve 2001/252, K.2002/152)

Eksik düzenleme niteliğinde olup eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilen diğer bir kural, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun EK-5. maddesinin 1. fıkrasının IV numaralı bendinde yer alan "azotlu gübre ve şeker sanayinde" çalışanların 90 gün itibari hizmet süresinden yararlanmaları hükmüdür. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının gerekçesinde itiraz konusu yasa kuralının ağır riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanmak amacıyla kabul edilmiş olduğu oysa bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin mevcudiyetinin görülebileceği bu durumda itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınmasının böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesinin Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereği olduğu dolayısıyla aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmıştır. (Any. Mah.nin 04.10.2006 tarih, E:2002/157, K: 2006/97)

2- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 2. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

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 davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına hakim kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Tanımda görüldüğü üzere "her alanda adaletli bir düzen kurup bunu geliştirerek sürdürmek" hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İtiraz konusu fıkra, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memurluktan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4 nüün memuriyette geçmiş sayılarak kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirmeye esas alınması ancak aynı hizmeti sigortalı olarak yapıp daha sonra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin avukatlıkta geçirdikleri sürelerin, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirilmesine ilişkin düzenleme yapılmaması ve bu kişilerin aynı haktan

yararlandırılmaması; gereklerinden biri "her alanda adaletli bir düzen kurup bunu geliştirerek sürdürmek olan" hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir unsurudur. Yasa önünde eşitlik ilkesi aynı durumda bulunan herkesin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Ancak bu ilke mutlak değildir ve haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir. Farklı uygulamanın haklı olabilmesi için ise amaçla ilgili olması, makul ve adil olması gerekmektedir. Oysa söz konusu düzenlemede farklılığı haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Bu ise hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını gösteren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu'nun 36/C fıkrasının 3. bendinin Anayasa'nın 10. maddesi ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olması kanaatiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar bekletilmesine, 16.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."