

“ ...

Davacı ... tarafından, davacının uyarma cezası ile tecziyesine ilişkin Samsun Barosu Disiplin Kurulu’nun 22.03.2017 tarih ve K:2017/15 sayılı kararının iptali istemiyle SAMSUN BARO BAŞKANLIĞI’na karşı açılan davada; uygulanacak olan 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 134. maddesi ile 136. maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varıldığından işin gereği görüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 11’inci maddesinin ikinci fıkrasında kanunların Anayasa’ya aykırı olamayacağı belirtilmiş; 152’nci maddesinde de “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmümlle 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. Anayasa Mahkemesi’nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa’nın 152’nci madde hükmüne göre, bir davaya bakmakta olan mahkemenin itiraz yoluyla bir kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilmesi için iptali istenen kuralın davada uygulanacak nitelikte bir kural olması gerekir. Davacının uyarma disiplin cezası almasına neden olan 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 134. maddesi ile 136. maddesinin 1. fıkrasının bakılan davada uygulanacak bir kural niteliğinde olduğu açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı hakkında Samsun Barosu’nun resen ve ... şikayetçi olduğu 05.08.2016 tarih ve E.Srt:2016/10, K:2016/362 sayılı olayda, ... facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde kendi sayfasında yapmış olduğu paylaşımın altına davacının “abi bunu Yeni Baro mu yaptı ? Ben de mesela her hafta yalandan yere savunma veriyorum. Bu ... denen bir şahıs var. Kaşındıkça bize çatıyor. Allahtan Başkanımız var. Yoksa yanmıştık.” şeklinde yorum yazması üzerine Disiplin Kurulunca hakkında başlatılan soruşturma sonunda muhakkik tarafından davacının ifadelerinin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 4., 5., 26 ve 27. maddelerine aykırı olduğu ve hakkında disiplin kovuşturması açılması gerektiği yönünde teklifte bulunduğu yine ... davacı hakkında şikayetçi olduğu 09.09.2016 tarih ve E.Srt:2015/78, K:2016/405 sayılı olayda; müşteki avukatın facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde “Samsun Avukatları İletişim Grubunda” paylaştığı fotoğrafın altına davacının “Kanun kısmını biz zaten biliyoruz. Sen yokken biz çoktan diplomayı almıştık. Komisyon kurmayla olmuyo bu işler. Bir sorumluluk üstleniyorsan sorumluluğunun bilincinde ol. Birader hitap ederken de üslubuna dikkat et. Herkesin okuduğu yerlerde kullandığın kelimelere dikkat et. Sen kimsin ki bana ismimle hitap ediyorsun. İki kitap okudun yönetime de girdin diye kendini padişah mı zannettin. Yapamayacağın işe de girme o zaman. Bundan sonra göreceksin üslup nasıl oluyor.” şeklinde yorum yazdığı iddialarına ilişkin açılan disiplin soruşturmasında muhakkik tarafından sunulan raporda davacının ifadelerinin TBB Meslek Kuralları 5, 26, 27. maddelerine aykırılık teşkil ettiği ve disiplin kovuşturması açılması teklifinde bulunduğu, belirtilen iki olayın taraflarının ve hukuki nitelemelerinin aynı olduğundan bahisle birleştirilerek kovuşturmanın 2016/30 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine karar verildiği, Samsun Barosu Disiplin Kurulunun 22.03.2017

tarikh ve K:2017/15 sayılı kararı ile eylemin TCK m.43 de yer alan zincirleme eylem kabul edilerek uyarma cezasının kınama cezasına çevrildiğı ve müştekinin delilleri tek taraflı sunduğı ve Kurulca tespit edilemeyen atışmanın takdiri hafifletici sebep olarak değerlendirilerek davacının 1136 sayılı Kanunun 135/1. maddesi uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılması üzerine davacı tarafından yasal süresi geçirildikten sonra TBB'ne itirazda bulunulduğı ve Samsun Barosu Disiplin Kurulunun 22.03.2017 tarih ve K:2017/15 sayılı kararının iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. "Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözetken devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar."

Yine Anayasanın 10. maddesinde yer alan "kanun 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 tanınmasını önlemektir. Maddenin son fıkrası, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğunu vurgulamaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında ise, "Kimse, işlendiğı zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." denilerek "suçun kanuniliğı" ilkesi; üçüncü fıkrasında, "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." ifadesine yer verilerek "cezanın kanuniliğı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiğı düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

1136 sayılı Kanun'un 34. maddesinde "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiğı saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmü yer almaktadır. Anılan Kanunun 134. maddesinde bahsi geçen meslek kurallarının aynı Kanunun 34. maddesinde belirtilen "Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kuralları" olduğu noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Hükümde ifade edilen meslek kuralları; TBB'nin 8-9

Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilen ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteninde yayınlanarak yürürlüğe giren meslek kuralları olup, genel kurallar dahil avukatlara Yargı organları ve adli mercilerle ilişkiler, meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkiler, iş sahipleri ile ilişkiler, Barolar ve TBB ile ilişkiler olmak üzere beş başlık halinde ve toplam 48 ayrı meslek kuralına uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Bu kurallara uymama halinde de 1136 sayılı Kanunun anılan 134. maddesi hükmü gereği bu Kanunun 135. maddesinde düzenlenen uyarma, kınama, işten çıkarma, meslekten çıkarma cezalarının, 136. maddesindeki usulle uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Anılan Kanunun 158. maddesinin birinci fıkrası “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve barolar disiplin kurulları, gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir ederler.” ve ikinci fıkrası “Bu kurullar disiplin cezalarının verilmesinde; avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkelerini göz önünde tutarlar.” hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu durumda Kanunun “Disiplin Cezalarının uygulanacağı haller” başlıklı 134. maddesinde; “Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.” ve “Cezaların uygulanma şekli” başlıklı 136.maddesinin 1. fıkrasında; “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymıyanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ve 5 inci maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır.” hükümlerinin Anayasaya aykırılığı sorunu doğmaktadır.

Yargının kurucu unsurlarından olan ve kamu hizmeti gören avukatların uymakla yükümlü oldukları ve TBB’ce belirlenen 48 farklı meslek kuralına uygun davranmama halinde ihlal fiiline karşılık hangi disiplin cezası yaptırımını ile karşılaşacakları somut olarak 134. madde de yer almadığı gibi cezaların uygulanma şeklini düzenleyen 136. maddenin 1. fıkrasında da bu belirsizlik devam etmektedir. Hükümdeki “davranışın ağırlığına göre” ifadesi dikkate alındığında ise ceza takdirinde ağırlaştırıcı nedenlerin somutlaştırılmaması ve uygulayıcıların takdirine bırakılarak aynı fiillerin farklı ağırlıkta cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Bu durum Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen Hukuk Devleti ilkesinin unsurlarından olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile bağdaşmayacağından anılan hükmün Anayasaya aykırı olduğunun kabulü gerekmektedir. 1136 sayılı Kanunun 158. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Barolar Disiplin Kurulları ile Birlik Disiplin Kuruluna disiplin cezalarının verilmesinde; avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkelerini göz önünde tutarlar hükmü; öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin güvencesi olamayacağı gibi uygulamada Baro Disiplin kurullarının aynı eyleme farklı cezai müeyyide getirmesini de kaçınılmaz kılacaktır. Bu bağlamda Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik ilkesi” de ihlal edilmiş olmaktadır. Yine hangi fiile karşılık hangi cezanın uygulanacağı, soruşturma konusu fiilin ağırlığının hangi somut ölçü doğrultusunda belirleneceğinin disiplin kurullarının takdirine bırakılmış olması da Anayasanın 38. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırıdır. Ayrıca suç sayılan fiillerin (Meslek Kurallarına aykırı hareket) TBB’ce meslek kurallarında değişiklik yapılması durumunda değişecek veya yeni suç tanımlanmış olacağından, bu durumda kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu’nun 83. maddesinin birinci cümlesinin Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verdiği

13.01.2016 tarih ve E:2015/85 K:2016/3 sayılı karar gerekçesinde; Anayasanın 38.maddesinin; “Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir. Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.” şeklinde tanımlandığı görülmektedir.

Bu durumda; 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 134. maddesinde; “Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.” hükmü ile aynı Kanunun 136. maddesinin 1. fıkrasında; “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymıyanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ve 5 inci maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır.” hükmünün Anayasanın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle, anılan kanun hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir.

1- Anayasanın 152. maddesi uyarınca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 134. maddesi ile 136. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemi ile resen Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile müracaat edilmesine ve bu hükmün iptalinin istenilmesine,

2- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi uyarınca

Esas Sayısı : 2018/30

Karar Sayısı : 2018/94

A- Başvuru kararının aslı ile tutanağın ve dava dosyasında yer alan evrakın onaylı birer örneğinin oluşturulacak dizi listesine bağlanılarak bir dosya halinde Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

B- Başvuru dosyasının Anayasa Mahkemesine tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, bu süre içinde karar verilmezse işbu davanın yürürlükteki hükümlere göre (Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse Anayasa Mahkemesi hükmüne uyulması koşuluyla) sonuçlandırılmasına,

3- Bu kararın birer örneğinin taraflara tebliğine, 07.02.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”