

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas No.:1963/161

Karar No.:1964/11

Karar tarihi:4/2/1964

Resmi Gazete tarih/sayı:13.4.1964/11681

Davacı : Cumhuriyet Halk Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu.

Dâvanın konusu : 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Anayasa'nın 40 ıncı maddesine ve 114 üncü maddesi son fıkrasında yer alan (..... aleyhine hiçbir mercie başvurulamaz) şeklindeki hükmü de Anayasa'nın 118 inci maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istenmiştir.

İnceleme : Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün 15 inci maddesi gereğince 8/3/1963 gününde yapılan ilk inceleme Cumhuriyet Halk Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu Genel Kurulunun dosyada onanlı örneği mevcut 14/2/1963 günlü 57 nci birleşiminde verdiği kararda dava konusu kanun hükümlerinin iptali için dâva açılması belirtilmemiş olduğundan işbu kararda sözü geçen önerge ve eklerinin 15 gün içinde gönderilmesi hususunda tebligat yapılmasına dair verilen karar üzerine süresinde onanlı örneği gönderilen 14/2/1963 günlü önergeye ekli listenin ikinci sırasında dâva konusu kanunun 7 nci ve 114 üncü maddeleri hakkında iptal dâvası açılması istenildiği anlaşılmış ve böylece eksik tamamlanmış ve dâvanın Anayasa'nın geçici 9 uncu ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanununun 25 inci maddesinin 2 sayılı bendi gereğince ve süresinde açıldığı görülmüş olduğundan esasın incelenmesi konusunda verilen 12/4/1963 günlü karar uyarınca hazırlanan rapor, iptali istenen kanun maddeleri ve gerekçeleri, Anayasa'nın ilgili maddeleri ve gerekçeleri ile Meclis tutanakları incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü :

Davacı dilekçesinde (27/Haziran 1938 günlü ve 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi "Vazifelerinden ayrılan hâkim ve müddeiumumiler hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihlerinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnurdurlar." hükmünü taşımaktadır. Çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili 40 ıncı maddeye aykırı ve çalışma hürriyetini engelleyen hükmün iptali gerekmektedir.

Aynı kanunun 114 üncü maddesi ise Avukatlık Yüksek Haysiyet Divanı Kararları aleyhine hiçbir mercie başvurulamayacağını bildirmektedir. Bu hükümler Anayasa'mızın 118 inci maddesinin "Disiplin kararları yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." şeklindeki açık hükmüne aykırı bulunmaktadır.)

İddiasını ileri sürerek sonuçta Avukatlık Kanununun 7 nci ve 114 üncü maddelerinin Anayasa'ya aykırı hükümlerinin iptalini istemiştir.

Gerekçe :

1- Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti kenar başlığını taşıyan 40 ıncı maddesi şöyledir

:

"Madde 40- Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir.

Esas No.:1963/161
Karar No.:1964/11

Devlet, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda bu madde hakkında yapılan açıklamada, çalışma, meslek seçme ve her alanda iktisadî faaliyetlerde bulunma hürriyetlerinin genel surette ilân edildiği belirtilmiştir.

3499 sayılı Avukatlık Kanununun dâva konusu olan 7nci maddesi görevlerinden ayrılan hâkim ve savcılarının hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma gününden başlayarak iki yıl süre ile avukatlık yapmalarını yasaklamaktadır.

Avukatlık, sözü geçen kanunun 22 nci maddesinde de açıklandığı gibi kamu hizmeti niteliğinde bir meslektir. Yine aynı madde hükmüne göre amacı, avukatların hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukukî münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan anlaşmazlıkların hakka uygun olarak çözümlenmesine aracılık ve genellikle mahkemelerle diğer resmî mercilere kanunun tam olarak uygulanması konusunda yardım etmektedir.

Bu sebeplerdir ki kanun, avukatlara, mesleğin vakar ve haysiyeti ile bağdaşmayan her türlü davranışlardan sakınmak; görev ve yetkilerini adalet icaplarına uygun olarak yapmak ve kullanmak, yolsuz ve haksız gördükleri teklifleri red etmek, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya oy vermiş yahut daha önce aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile bakmış ise dâvayı kabul etmemek gibi bir çok zorunluklar yüklemiş ve görevin gereği olan bir takım ayrıcalıklar sağlamış ve onları geçici olan işten çıkarmaya veya temelli olan meslekten çıkarmaya kadar varan çeşitli disiplin cezaları koymuştur.

Bütün bu zorunluk ve ayrıcalıkların amacı, adalet hizmetinin her türlü yanlış anlayış ve kuşkulara yer verilmeden yürütülmesini ve genel güveni sağlamaktır. Kanunun, hükümet gerekçesinde de belirtildiği gibi (Avukatların şahsî menfaatleri bu kaidelerin teşekkül etmesine tamamiyle yabancıdır.)

Daha önce hâkim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya yer yoktur.

334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sınının 40 ıncı maddesinin açıkladığı çalışma ve sözleşme hürriyetleri, çalışma, meslek seçme ve her alanda iktisadî faaliyetlerde bulunma serbestliğinin genel surette ilânından ibarettir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hürriyetlerin kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği açıklanmakta, genel olarak ilân edilen çalışma ve sözleşme hürriyetlerinin mutlak ve sınırsız bir hürriyet olmadığı belirtilmiş bulunmaktadır.

Anayasa'nın 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kamu yararı ile de olsa, kanunun, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamayacağı açıklanmış olduğundan 3499 sayılı kanunun 7 nci maddesindeki yasaklamanın, çalışma hürriyetinin özüne dokunup dokunmadığının da incelenmesi gerekir.

Sözü geçen 7 nci maddenin kapsadığı yasaklama, görevlerinden ayrılan hâkim ve savcılarını, avukatlık yapmaktan tamamiyle alıkoyan bir hüküm değildir. Bunlar, hizmet ettikleri mahkemede veya o yerde bulunan diğer mahkemelerde iki yıllık bir süre içinde avukatlık yapamayacaklardır. Bu

Esas No.:1963/161
Karar No.:1964/11

süre içinde, bu yerler dışında avukatlık yapmak hakkına sahip buldukları gibi iki yıllık sürenin geçmesi ile de görevlerinden ayrıldıkları yerlerde de avukatlık yapabileceklerdir.

Yukarıda açıklandığı üzere çalışma hürriyetine konulan bu sınırlama, kamu yararı amacına dayanmasına ve belli bir yere ve iki yıllık süreye ilişkin bulunmasına göre çalışma hürriyetinin özünü zedeliyecek bir nitelik taşımamaktadır. Bu sebeple sözü geçen madde, oyçokluğu ile Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.

Başkan Sünuhi Arsan ve Üyelerden Rifat Göksu, Şemsettin Akçoğlu, İhsan Keçecioglu, Celâlettin Kuralmen ve Ekrem Tüzemen bu görüşe katılmamışlar ve gerekçeleri muhalefet şerhlerinde okunacağı üzere sözü geçen 7 nci maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği yolunda oy vermişlerdir.

2- Dâvanın 3499 sayılı kanununun 114 üncü maddesine ilişkin bölümü, bu maddenin (itiraz üzerine verilen kararlar katî olup aleyhine hiçbir mercie başvurulamaz.) şeklindeki son fıkrasının (Aleyhine hiçbir mercie başvurulamaz.) hükmüne ilişkindir. Bu hüküm, işbu dâvanın açılmasından sonra Mahkememizin 30/5/1963 günlü ve 1963/75 -129 sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan konusu kalmayan bu istek hakkında yeniden karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Sonuç : 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına Başkan Sünuhi Arsan, Üyelerden Rifat Göksu, Şemsettin Akçoğlu, İhsan Keçecioglu, Celâlettin Kuralmen ve Ekrem Tüzemen'in muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile aynı kanunun 114 üncü maddesinin son fıkrasında yer alan (Aleyhine hiçbir mercie başvurulamaz) şeklindeki hüküm, dâvanın açılmasından sonra mahkememizce iptal edilmiş olduğundan bu hüküm hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına oybirliği ile 4/2/1964 gününde karar verildi.

Başkan
Sünuhi Arsan

Üye
Lütfi Akadlı

Üye
Rifat Göksu

Üye
İ. Hakkı Ülkmen

Üye
Şemsettin Akçoğlu

Üye
İbrahim Senil

Üye
İhsan Keçecioglu

Üye
Salim Başol

Üye
Celâlettin Kuralmen

Üye
Hakkı Ketenoğlu

Üye
Avni Givda

Üye
Ahmet Akar

Üye
Muhittin Gürün

Üye
Lûtfi Ömerbaş

Üye
Ekrem Tüzemen

MUHALEFET ŞERHİ

27/6/1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi vazifelerinden ayrılan Hâkim ve Savcıları hizmet ettikleri mahkeme ve yerlerde, ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle, Avukatlık yapmaktan men etmektedir.

Buna karşılık 9/7/1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasa'sının (Çalışma ve sözleşme hürriyeti) kenar başlıklı 40 ıncı maddesinin birinci fıkrasında herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, ikinci fıkrasında da bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği yazılıdır.

Çoğunluk kararında açıklandığı veçhile Avukatlık âmme hizmeti mahiyetinde bir meslektir. Bu husus 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 22 nci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Aynı kanunun avukatlık yapmağı, çalışma hürriyetini, sınırlayan 7 ncî maddesindeki sınırlamanın kamu yararı amacı ile kabul edildiği söylenemez.

Bir yerde, bir mahkemede senelerce çalışmış bilgisi, dürüstlüğü, çalışkanlığı ile kendisini herkese sevdirmiş olan bir hâkimin ve savcının görevinden ayrıldıktan sonra o yerde, o mahkemede avukatlık yapması kamu yararına aykırı olmak şöyle dursun, bilâkis kamu yararına uygun olur. Avukat hâkimin bir yardımcısıdır. O da hâkim gibi hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis ve ihtilâfların hakka uygun olarak halline tavassut etmektedir. Bir hâkim ve savcının görevinden ayrıldıktan sonra hizmet ettiği mahkeme ve yerde avukatlık yapması adalet hizmetinde yanlış anlayışlara, adaletin tarafsızlığı hakkında tereddütlere meydan vermez. Bu adalete, olan güven ve itimadı sarsmaz.

Eğer dâva konusu 7 nci maddenin kabulünde bunun aksine bir düşünce âmil olsaydı o zaman hâkimlik ve savcılıktan ayrılanların hizmet ettikleri mahkeme ve yerlerde ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle değil, hiçbir zaman avukatlık yapamayacakları kabul edilirdi. Yıllarca hâkimlik ve savcılık yaparak adalete hizmet etmiş olan bir kimsenin görevinden ayrıldıktan sonra, evvelce görevini yaptığı mahkemede veya yerde avukatlık yapmağa başlaması adalet için zararlı olmak şöyle dursun faideli olur. Hâkimlikten ayrılarak avukatlık yapmağa başlayan bir halcim veya savcı avukatlık vakar ve şerefine uymayan bir fiil ve harekette bulunduğu, meslekî faaliyette görevini yapmadığı veya vazife icabı olan dürüstlüğe riayet etmediği takdirde Avukatlık Kanununun 82, 83 ve 84 üncü maddeleri gereğince disiplin meclisi tarafından cezalandırılacaktır. Verilebilecek cezalar arasında meslekten çıkarma ve avukatlık ruhsatnamesinin geri alınması cezası da vardır.

Bütün bunlar gösteriyorki Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi kamu yararı düşüncesi ile kabul olunmuş değildir. Öteden beri söylenen ve bilinen bir şey varsa o da hâkim ve savcıların meslek hayatlarında tatmin edilmemiş olmaları, bu sebeple de görevlerinden ayrılarak serbest hayata atılmak ve avukatlık yapmak istemeleri, Adalet Bakanlığının ise il ve ilçelerin hâkim ve savcısız kalmalarını mümkün merteye önlemek istemesidir. Bu gün hâkimlik ve savcılık meslekleri Avukatlık Kanununun kabul edildiği 1938 yılına nazaran nisbeten daha cazip bir hale getirildiği için

Esas No.:1963/161
Karar No.:1964/11

meslekten ayrılmalar oldukça azalmış, buna karşılık hâkim veya savcı olmak isteyen avukatlar çoğalmıştır. Hâkimlik ve savcılık daha da cazip hale getirildiği takdirde çok ciddi bir sebep olmadıkça hiçbir hâkim ve savcı mesleğinden ayrılarak avukatlık hayatına atılmıyacaktır.

Yukarıdanberi yapılan açıklamalar 27/6/1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin 9/7/1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 40 ıncı maddesinin bir ve ikinci fıkralarına aykırı olduğunu göstermektedir. Bu sebeple de dâva konusu maddenin iptaline karar verilmek gerekir. Çoğunluk kararına bu bakımdan muhalifiz.

Başkan
Sünuhi Arsan

Üye
Rifat Göksu

Üye
İhsan Keçecioglu

Üye
Ekrem Tüzemen

MUHALEFET ŞERHİ

1- (Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesinin, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşıdığı, bu yüceliği korumakta kamu yararı bulunduğu) doğrudur. Ancak (tarafsızlığın temini) gayesi hâkimler bakımından ele alınıp incelenebilecek bir konudur. Buna ait müeyyideler de, ancak usul kanunlarıyla, Hâkimler Kanununda yer alabilir ve almıştır. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu : Mad. 28 ve 29; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu : Mad. 21 ve 22; Hâkimler Kanunu : Mad. 81, 82, 89, 90 ve 92). Hâkimleri ilgilendirmeyen kanunlara, hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak gayesiyle hükümler konulamaz. Binnetice, başka kanunlardaki hükümlerin de - tarafsızlık teminatı oldukları düşüncesiyle - kamu yararına oldukları kabul edilemez.

2- Adliye hizmetinden ayrılıp avukatlığa başlayan hâkim ve savcılarının o yerlerde iki sene müddetle avukatlık edememeleri hükmü ile hâkimlerin tarafsızlığı arasında bir münasebet kurulamaz. Çünkü hâkimi yalnız kanunlara ve vicdanın sesine uyan, mahkeme yaparken ve hüküm verirken taraf tutmayan bir kimsedir. O kadar tarafsız olduğu kabul edilirse - pek yakın hısımları hariç - hısımlarının ve evleviyetle en yakın dostlarının ve arkadaşlarının dâvalarına bakmak hususunda engeller koyan hükümler usul kanunlarıyla avukatlık kanununda yer almamıştır.

(Daha önce görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşkular yaratacağı; gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı) hakkındaki çoğunluk görüşünün sebepleri izah edilmemiş olmakla beraber o avukatın, eski arkadaşları olan hâkimler tarafından müzaheret gördüğü veya görebileceği gibi kanaatin muhitte yayabileceği ihtimalinin karara mesnet tutulduğu anlaşılmaktadır. Hâkimler hakkında ileri geri konuşmalar olabilir. Hâkim, cemiyet dışında bir kimse değildir. Kendisine getirilecek dâvalardan bir kısmının hısımlarına,

Esas No.:1963/161
Karar No.:1964/11

dostlarına ve arkadaşlarına ait olması veya bunlardan bazıları tarafından vekil sıfatıyla takip edilmesi ve kazanılması mümkün bulunduğu göre bu gibi söylentilerin önüne geçilemez. Adalete olan güven bu söylentilerle sarsılacaksa hiçbir kanun bu güveni sağlayamaz.

O halde, hâkimlerin hısımlarını, çok yakın dost ve arkadaşlarını, hâkimlikten ayrılıp avukatlığa başlayan arkadaşlarından ayrı tutarak bunlara kendi dâvalarını da, müvekkillerine ait dâvaları da serbestçe takip ve müdafaa hakkı tanırken hâkimlikten ayrılanları bu haktan mahrum etmek, kamu yararına kanunî bir tasarruf sayılamaz. Bazı avukatların hâkimlik yaptıkları yerlerde iki sene avukatlık edemeyecekleri hakkındaki hüküm Anayasa'nın 11. ve 40. maddelerine aykırıdır.

3- Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi, hâkimlikten ayrılan avukatları hâkim olarak vazife gördükleri yerlerde, ayrılış tarihlerinden) başlayarak iki sene müddetle o yerler mahkemelerinde dâva kabul ve müdafaasından menetmekle kalmayıp, mahkemelerdeki işlerle ilgisi olmayan diğer meslekî faaliyetlerden de mahrum etmektedir.

Avukatlık Kanununun 23 üncü maddesi hükmüne göre :

- Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde rey vermek,
- Mahkeme ve hakem ve kaza selâhiyetini haiz diğer merciler huzurunda müvekkillerine ait hakları dâva ve müdafaa eylemek,
- Resmî dairelerde nizalı ve ihtilafî işleri takip etmek avukatlık faaliyetleridir ve (Avukatlık etmek) tabiri içinde toplanır.

Çoğunluk görüşünde - mahkemelerdeki dâvaların kabul ve müdafaası hariç - diğer meslekî faaliyetlerin yasak edilmesinin hangi maksada dayandığı hususuna yer verilmemiştir. Avukatın hukukî mütalâa vermesi, hakem huzurunda bir dâva takip etmesi, resmî dairelerden birinde nizalı bir işin hallini üzerine alması gibi faaliyetler hâkimlerin tarafsızlığı konusunda kuşku yaratacak nitelikte olmadığına göre maddenin, başka düşüncelerle sevk edildiğini kabulde tereddüt edilemez. Bu da - hep bilindiği gibi - hâkimlerin gereği gibi tatmin edilemedikleri bir devirde, mevcut hâkimlerin avukatlık mesleğine geçmelerini engellemektedir. Bu maksatla kamu yararı aranamaz.

Bu sebeplerle çoğunluk kararına muhalifiz.

Üye
Şemsettin Akçoğlu

Üye
Celâlettin Kuralmen