

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas No.:1965/26**

**Karar No.:1965/49**

**Karar tarihi:28/9/1965**

**Resmi Gazete tarih/sayı:28.2.1966/12238**

İtirazda bulunan : Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi

İtirazın konusu : 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 11., 14., 40. ve 41 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi isteminden ibarettir.

OLAY : 8/6/1965 gününde Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir alacak dâvasının muhakemesi sırasında dâvalı vekilinin "Davacı vekili avukatın Bakırköy sorgu Hâkimi iken 6/3/ 1965 gününde istifa ettiğini, 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi gereğince aradan iki yıllık süre geçmemiş olduğundan Bakırköy kaza hudutları içinde avukatlık yapamayacağını, bu bakımdan avukat tarafından düzenlenmiş olan dâva dilekçesinin iptalini istediğini" ileri sürmesi üzerine, davacı vekili, Bakırköy Sorgu Hâkimliğinden istifasının 18/3/1965 gününde kabul edildiğini 14/5/1965 gününde de ilgili merciden avukatlık ruhsatı aldığını, kendisinin kanunun verdiği hakların kullanılmasından yasaklıyan 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 11., 14., 40., ve 41 inci maddelerine, bir kelime ile Anayasa'nın lâfzına ve ruhuna aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür.

Mahkemece de : "..... 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesi mesleklerinden ayrılan hâkim ve Savcılarını iki yıl müddetle aynı yerde ve mahkemelerde avukatlık yapamayacağını göstermektedir. Bu madde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temel haklarının özüne, 11., 14 üncü maddesindeki maddi manevi varlığı geliştirme haklarına 40 ncı maddesindeki çalışma hürriyetine ve 41 inci maddesindeki iktisadi ve sosyal hayatın düzenine ilişkin kaidesine, bir kelime olarak, Anayasanın lâfzına ve ruhuna aykırı olduğu görülmektedir. 1961 Anayasası Türkiye' ye etrafını câmi agyarını mani bir esas getirmiş bulunmaktadır. Davacı Vekiline Kanun ve nizamların avukatlara tanıdığı bütün hak ve selâhiyetleri kullanabilmek üzere Adalet Bakanlığınca Avukatlık ruhsatnamesi verilmiş bulunmasına ve bütün Kanunların da 1961 Anayasasının getirdiği yenilikler ve kaidelere aykırı olamayacağına göre Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Anayasanın yukarıda zikri geçen temel kaidelerine aykırı bulunduğu hakkında ciddi bir kanaata varmak icabeder, 7 nci maddenin o zamanki şartlar içinde kamu yararına konulduğu düşünülse dahi burada bir sakınca varsa emekliye ayrılan Hâkim için de var demektir. Halbuki emekliye ayrılan Hâkim ve Savcılar aynı yerde Avukatlık yapabilirlerken, iktisadi şartlarını düzeltmek için mesleğinden istifa eden bir Hâkim veya Savcı niçin aynı yerde avukatlık yapmasın' Kaldı ki geniş manada düşünüldüğünde ve Avukatlık mesleğinin kanunların tatbikinde, beşeri adaletin tevziinde mahkemelere yardımcı olduğu mutlak olduğundan mesleğinden istifa suretiyle ayrılan bir hâkim veya savcının aynı yerde avukatlık yapmasında hiçbir sakınca bulunmaması icap eder. 7 nci madde ne taraftan bakılırsa bakılsın sakat, dar ve kısır bir düşüncenin mahsulü olarak kanuna konmuştur. O zamanki şartlar içinde Adalet Bakanlığındaki Hâkim ve Savcı azlığından elemanların teşkilâtta kaçmamalarını temin gibi zihniyetin eseri olsa gerektir. Bu hali ile 1961 Anayasasının ruhuna ve lâfzına tamamen aykırıdır. Ve Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı kanunun 27 nci maddesi gereğince dâva dosyası suretinin çıkarılarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına tevdiine" karar verilmiştir.

İNCELEME : Anayasa Mahkemesi İctüzüğünün 15 inci maddesi gereğince 12/9/1965 gününde yapılan ilk inceleme sonunda üyelerden Şeref Hocaoğlu ve Muhittin Gürün, daha önce

**Esas No.:1965/26**  
**Karar No.:1965/49**

aynı konuda açılan bir davanın mahkemece reddedilmiş olması sebebiyle itirazın esasının incelenmesine lüzum olmaksızın reddi gerekeceğini, ileri sürmüşlerse de, bir kanun hükmü hakkında evvelce açılmış bulunan iptal dâvasının reddedilmiş bulunmasının, aynı hüküm hakkında açılmış bulunan dâvanın incelenmesine engel teşkil etmeyeceği oyçokluğu ile kararlaştırılmış ve dosyada bir eksiklik görülmediğinden esasın incelenmesine karar verilmiş olmakla düzenlenen rapor ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüştülüp düşünüldü :

3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Anayasa'nın 11. ve 40 nci maddelerine aykırı olmadığına daha önce açılmış bulunan iptal dâvası üzerine 4/2/1964 gününde 1963 - 161/1964-11 sayı ile karar verilmiş ve ortada itiraz konusu madde hakkında o dâva dolayısıyla varılan sonucu değiştirecek bir sebep bulunmamış olduğundan Anayasa'nın 11. ve 40 nci medelerine aykırılık iddiasının yukarıda gün ve sayısı yazılı karardaki gerekçe ile reddi gerekir.

Anayasa'nın 14. ve 41 inci maddelerine aykırılık iddiasına gelince

İlgili Anayasa maddeleri şöyledir :

"Madde 14 - Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.

Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş Hâkim Kararı olmadıkça kayıtlanamaz.

Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.

İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz."

"Madde 41 - İktisadî ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir.

İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, milli tasarrufu artırmak, yatırımları Toplum rarının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma plânlarını yapmak devletin ödevidir."

14 üncü madde gerekçesinde de açıklandığı gibi bir çok hürriyetlerin gerçekleşebilmesi, Öncelikle can emniyetinin ve kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve hürriyetlerin sağlanması ile mümkündür.

41 inci madde ise, iktisadî ve sosyal hayatın, sosyal Adaleti ve İnsan Haklarını gerçekleştirecek şekilde düzenleme ve sosyal Adaletle İktisadî ve Sosyal kalkınmayı paralel yürütme prensibini koymuştur. Bu durumda dâva konusu 7 nci maddedeki sınırlamanın, Anayasa'nın sözü gecen maddeleri ile korunan hürriyetleri zedeleyici bîr tarafı yoktur.

Yukarıda gün ve sayısı yazılı kararda belirtildiği üzere çalışma hürriyetinin Özüne dokunmayan 7 nci maddedeki kanuni sınırlama, Anayasa'nın 14 üncü maddesiyle teminat altına alınan kişi dokunulmazlığı ve herkesin maddi, manevi varlığını geliştirme hakkını zedelediği gibi 41 nci maddedeki iktisadi ve sosyal hayatın tam çalışma ve insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşama seviyesi sağlanması amacıyla da aykırı düşmez.

Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle Avukatlık Kanununun 7 nci maddesindeki yasaklamaya ilişkin hüküm, kamu yararı amacıyla dayanmasına ve belli bir yerde ve iki yıllık süreye ilişkin bulunmasına ve hürriyetlerin özüne dokunmamasına göre Anayasa'ya aykırı olmadığından itirazın reddi gerekir.

**Esas No.:1965/26**  
**Karar No.:1965/49**

SONUÇ : 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin Anayasaya aykırı olmadığından itirazın reddine Üyelerden Cemalettin Köseoğlu, Asım Erkan, Şemsettin Akçoğlu, İhsan Keçecioğlu, Şeref Hocaoğlu, Celâlettin Kuralmen ve Ekrem Tüzemen'in muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile 28/9/1965 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye
Lûtfi Akadlı	Cemalettin Köseoğlu	Asım Erkan	Şemsettin Akçoğlu

Üye	Üye	Üye	Üye
İbrahim Senil	İhsan Keçecioğlu	A. Şeref Hocaoğlu	Salim Başol

Üye	Üye	Üye	Üye
Celâlettin Kuralmen	Hakkı Ketenoğlu	Sait Koçak	Ahmet Akar

Üye	Üye	Üye
Muhittin Gürün	Lütfi Ömerbaş	Ekrem Tüzemen

### **MUHALEFET ŞERHİ**

Dâva konusu, 3499 sayılı Avukatlık Kanununun, vazifelerinden ayrılan hâkim ve savcılarının hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmalarını yasaklayan 7 nci maddesi hükmünün. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11, 14, 40 ve 41 inci maddelerine aykırı bulunduğundan iptali isteğine dairdir.

Anayasa'nın sözü geçen 11. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği ve fakat kanunun, kamu yararı, kamu düzeni, sosyal adalet vesaire gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamayacağı, 14 üncü maddesinde, herkesin (Yaşama), (Maddi ve manevi varlığını geliştirme) haklarına ve kişi hürriyetine sahip olduğu, 40 ncı maddesinde, herkesin dilediği alanda (Çalışma) ve (Sözleşme) hürriyetlerine sahip olduğu ve bu hürriyetlerin ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği, 41 inci maddesinde, iktisadi ve sosyal hayatın, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenleneceği ve bunlardan başka 42 nci maddesinde ise çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, yazılıdır.

**Esas No.:1965/26**  
**Karar No.:1965/49**

Görülüyorki Anayasamız, temel hak ve hürriyetlerin ve bu arada çalışma hürriyetinin ancak kamu yararı ile sınırlanabileceğini öngörmektedir. Kanunlarımız, kamu yararını tanımlamamıştır. Kamu yararı mücerret bir mefhum olmamakla beraber belirli bir ölçüsü de yoktur. Bunu kanunların ışığı altında tanımlamak ve olaylara göre uygulamak yetkili hâkimlere düşen bir ödevdir.

Dâva konusu olayda Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinde öngörülen yasaklamada kamu yararı amacı bulunup bulunmadığını ve bunun için de bu yasaklamanın nedenlerini inceleme zorunluğu vardır.

1938 yılında yürürlüğe giren bu kanunun gerek Hükümet gerekçesinde ve gerekse Adliye Encümeni mazbatasında konumuzu aydınlatacak, yasaklamanın nedenleri üzerinde ışık tutacak bir açıklama bulunmamakta ve ancak Adliye Encümeni mazbatasında (Tekâütlükle ayrılanlara bu madde hükmünün müessir olmadığı) açıklanmaktadır.

Bilinen bir gerçektirki o tarihlerde hâkimlik ve savcılık cazip bir durumda olmadığından bir çok hâkim ve savcılar görevlerinden istifa ederek ve süresini dolduranlar da emekli olarak ayrıldıkları için adalet mekanizmasında hâkim ve savcılar kadrosunda açılan önemli boşluklar gözönünde tutularak avukatlığa doğru yönelen bu akışı Önleyici bir tedbir olmak üzere bu yasaklama konmuş bulunmaktadır. Gerçek bu olunca bu yasaklamada kamu yararının varlığını ileri sürmek mümkün değildir

Kaldı ki uzun yıllar adalet hizmetinde çalışmış kimselerin görevlerinden ayrılarak iki yıl geçmeden buldukları yerde ve mahkemede avukatlık yapmalarında sakıncalar aramak ve bu arada buldukları yerlerde iki yıl geçmeden avukatlık yapmalarının adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratacağını, mahkeme ve avukatlık müessesesi için güveni sarsacağını ileri sürmek gerçeklere uymaz. Hâkim ve savcı iken bulunduğu yerde kuşku yaratmayan ve durumları güveni sarsmayan kişileri avukatlığa ayrılmaları halinde böyle bir durumun meydana geleceği hükmüne varmanın ve bunun kamu yararı olarak saymanın isabetli bir düşünce olduğu kanısında değiliz. Eğer kanun koyucu böyle düşünseydi, aynı sakıncanın gerek yaş haddi sebebiyle ve gerekse resen emekliye sevk edilenler hakkında da varit olacağı düşüncesiyle bunları da kanunun yasaklama hükmü kapsamına alırdı. Halbuki bunlar için böyle bir yasaklama koymamış olduğu Adliye Encümeni mazbatasından anlaşılmaktadır.

Bundan başka dâvamızda avukatlık yapan kişi, Bakırköy İlçesinde sorgu hâkimi iken istifa ederek avukatlığa başlamıştır. Sorgu hâkimi, hüküm hâkimi değildir, soruşturma hâkimidir. İstanbul gibi büyük bir ilde avukatlığa ayrılan bir sorgu hâkimi için (Kuşku yaratma, güveni sarsma) sakıncalarının ileri sürülemediğine ve dosyasıyla kamu yararı amacının düşünülemediğine şüphe yoktur.

Görülüyorki Avukatlık Kanununun 7 nci maddesindeki yasaklamada kamu yararı yoktur. Kamu yararı amacı olmayınca kanun (Dilediği alanda çalışma) hürriyetini sınırlayamaz.

Kısaca Özetlediğim bu nedenlerle 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 7 nci maddesinin 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 40 ncı maddesine aykırı bulunduğu iptali gerektiği kanısında olduğum cihetle çoğunluk kararına karşıyım.

Üye

Cemalettin  
Köseoğlu

## **MUHALEFET ŞERHİ**

Bu kararda aynı konuya dair daha evvel mahkemece ittihaz edilmiş bulunan 4/2/1964 gün ve 1963/161 ve 1964/11 numaralı kararın gerekçelerine dayanıldığı açıklanmıştır.

Muhalefet şerhinde de, sözü geçen kararın gerekçeleri gözönünde tutulmuştur.

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 verilebilir. Ve alınmıştır. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu : Madde 28 ve 29; Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu : madde: 21 ve 22; Hâkimler Kanunu : Madde 81, 82, 89, 90 ve 92). Hâkimleri ilgilendirmeyen kanunlara, hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak gayesiyle hükümler konulamaz. Binnette, başka kanunlardaki hükümlerin de -tarafsızlık teminatı oldukları düşüncesiyle - kamu yararına oldukları kabul edilemez.

2 - Adliye hizmetinden ayrılıp avukatlığa başlıyan hâkim ve savcılarının o yerlerde iki sene müddetle avukatlık edememeleri hükmü ile hâkimlerin tarafsızlığı arasında bir münasebet kurulamaz. Çünkü hâkim, yalnız kanunlara ve vicdanının sesine uyan, muhakeme 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 Hâkimler Kanununda yer almamıştır.

(Daha önce görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, Adaletin yerine getirilmesinde kuşular yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı) hakkındaki çoğunluk görüşünün sebepleri izah edilmemiş olmakla beraber o avukatın, eski arkadaşları olan hâkimler tarafından müzaharet gördüğü veya görebileceği gibi bir kanaatin muhitte yayılabileceği ihtimalinin karara mesnet tutulduğu anlaşılmaktadır.

Hâkimler hakkında ileri geri konuşmalar olabilir. Hâkim cemiyet dışında bir kimse değildir. Kendisine getirilecek dâvalardan bir kısmının hısımlarına, dostlarına ve arkadaşlarına ait olması veya bunlardan bazıları tarafından vekil sıfatıyla takip edilmesi ve kazanılması mümkün olduğuna göre bu gibi söylentilerin Önüne geçilemez. Adalete olan güven bu söylentilerle sarsılacaksa hiçbir kanun bu güveni sağlamaz.

O halde, hâkimlerin hısımlarını, çok yakın dost ve arkadaşlarını hâkimlikten ayrılıp avukatlığa başlıyan arkadaşlarından ayrı tutarak, bunlara kendi dâvalarını da müvekkillerine ait dâvaları da şerbetçe takip ve müdafaa hakkı tanınırken hâkimlikten ayrılanları bu haktan mahrum etmek kamu yararına kanuni bir tasarruf sayılamaz. Bazı avukatların hâkimlik yaptıkları yerlerde iki sene avukatlık edemeyecekleri hakkındaki hüküm Anayasa'nın 11 ve 40 ıncı 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 mesleki faaliyetlerden de mahrum etmektedir.

**Esas No.:1965/26**  
**Karar No.:1965/49**

Avukatlık Kanununun 23 üncü maddesi hükmüne göre :

- Kanun işlerinde ve hukuki 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) tâbiri içinde toplanır.

Çoğunluk görüşünde - Mahkemelerdeki dâvaların kabul ve müdafaası hariç - diğer meslekî faaliyetlerin yasak edilmesinin hangi maksada dayandığı hususuna yer verilmemiştir. Avukatın hukuki 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. Buda -hep bilindiği gibi- hâkimlerin gereği gibi tatmin edilemedikleri bir devirde, mevcut hâkimlerin avukatlık mesleğine geçmelerini engellemektir. Bu maksatla kamu yararı aranamaz.

Bu sebeplerle çoğunluk kararına muhalifiz.

Üye  
Asım Erkan

Üye  
Şemsettin Akçoğlu

Üye  
İhsan Keçecioglu

Üye  
A. Şeref Hocaoglu

Üye  
Celâlettin Kuralmen

Üye  
Ekrem Tüzemen