

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı:1977/43**

**Karar Sayısı:1977/84**

**Karar Günü:2/6/1977**

**Resmi Gazete tarih/sayı:5.12.1977/16130**

İtiraz yoluna başvuran : Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi.

İtirazın konusu : 19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ile ikinci ve son fıkralarının Anayasa'nın 11., 12. maddeleri hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri istenmiştir.

I- OLAY :

Bir avukatı görevini yaparken tasarlayarak öldürdüğü ileri sürülen sanık hakkında Yozgat Ağır Ceza Mahkemesinde verilen hükümlülük kararının Yargıtay 1. Ceza Dairesince bozulması üzerine, bozma kararına uyularak yapılan duruşma sırasında, savunma avukatının, 1136 sayılı Yasanın 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin Anayasa'nın 11., 12. ve 31. maddelerine aykırı olduğu yolundaki savı ciddi görülerek ve söz konusu 38. maddenin ikinci ve son fıkralarının da Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılarak iptalleri için Mahkemece Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

III- METİNLER:

1- İtiraz konusu yasa kuralı :

19/3/1969 günlü ve 1136 sayılı Yasanın 38. maddesi şöyledir:

"Madde 38- Avukat:

a) Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa,

b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa,

c) İşe evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet Savcısı veya memur olarak elkoymuş bulunursa,

d) Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa,

e) İş sahibi, meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemiş ise,

f) Görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen meslekî dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse,

Teklifi reddetmek zorunluluğundadır.

Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

3 üncü fıkra : (Anayasa Mahkemesinin 21/1/1971 tarih ve 1970/19 Esas, 1971/9 sayılı kararı ile iptal) (R. G. : 18/4/1971 - Sayı 13813)

**Esas Sayısı:1977/43**  
**Karar Sayısı:1977/84**

(e) bendinde gösterilen hallerde, baro başkanı, iş sahibinin başvurması üzerine kendisine bir avukatı vekil olarak tayin eder.

Mahkemece bu maddenin, yapılan teklifin reddini zorunlu kılan birinci fıkrasının (e) bendi ve ikinci fıkrası ile son fıkrasının iptali istenmiştir.

2- İtirazın dayandığı Anayasa Kuralları:

Madde 11- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.

Madde 12- Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Madde 31- Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiç bir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.

IV- İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesinin 2/6/1977 gününde Kani Vrana, Şevket Müftügil, Halit ZARBUN, Ziya Önel, Abdullah Üner, Ahmet Koçak, Sekip Çopuroğlu, Fahrettin Uluç, Muhittin Gürün, Lutfi Ömerbaş, Ahmet Erdoğan, Hasan Gürsel, Ahmet Salih Çebi, Nihat O. Akçakayalıoğlu ve Ahmet H. Boyacıoğlu'nun katılmalarıyla içtüzüğün 15. maddesi uyarınca yaptığı ilk inceleme toplantısında aşağıda açıklanan konu üzerinde durulmuştur.

Sanık, bir avukata karşı suç işlemiş ve hakkında açılan kamu davası sırasında kendisini savunmak üzere iki avukata vekâlet vermiştir. Davada bu iki avukat sanığı temsil etmektedirler. Bu avukatların ortaklarının veya yanlarında çalıştırdıkları başka avukatların davada sanığı temsil görevi üstlendikleri söz konusu edilmemiştir. O halde, yapılan teklifi ret etme zorunluğunu, ortak veya çalıştırılan avukat için de öngören ikinci fıkranın, mahkemenin elindeki davada uygulama yeri yoktur. Bu fıkraya yönelen itirazın mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Böylece yapılan ilk inceleme sonunda :

"Dosyanın eksikliği olmadığından işin esasının 19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin bakılmakta olan davada uygulanacak birinci fıkrasının (e) bendi ile son fıkrası hükümleri yönünden incelenmesine, aynı maddenin ikinci fıkrasına yöneltilen itirazın, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine,

19/4/1977 gününde oybirliğiyle" karar verilmiştir.

**V- ESASIN İNCELENMESİ:**

İşin esasına ilişkin rapor, Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurma karar ve ekleri, iptali istenen Yasa kuralları, ilgili Anayasa hükümleri, bunlara ilişkin yasama belgeleri ve konu ile ilgili öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın niteliği ve ereği şöyle belirlenmiştir.

Avukatlık, kamu görevi ve serbest bir uğraşdır. Avukatlığın amacı da, her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve denkserliğe uygun olarak çözümlenmesine, hukukla ilgili ilişkilerin düzenlenmesine, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda yargı kuruluşları ve hakemlerle kamusal, Özel kurul ve kurumlara yardımcı olmaktır. Bu amacın gerçekleşmesi için avukat, hukukla ilgili bilgi ve deneylerini adalet işlerine ve toplumu oluşturan kişilerle tüzel kişilerin yararlanmasına sunar.

Öte yandan sözü edilen 1136 sayılı Yasanın itiraz konusu 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde "İş sahibi, meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemiş ise", yargı kuruluşu önünde davacı ya da davalı olabilmek için yapılan başvuruyu avukatın reddetmesi zorunluğu bulunduğu kuralı konmuştur. Açıkça görülüyor ki, bu durum, yukarıda belirtilen avukatlığın amacındaki ilke ile çelişmektedir. Bir yandan avukata yasa, adalet işlerinde kişilerin yararlanması için hukukla ilgili bilgilerini ve deneylerini sunarak yardımcı olma görevini verirken öte yandan, iş sahibinin bir avukata karşı suç işlemesi durumunda da avukatı, hak arama ve savunma görevlerini yapmaktan alıkoymaktadır.

Mahkemenin bakmakta olduğu davada, müdahil vekillerinin, 1136 sayılı Yasanın 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre sanık vekillerinin duruşmaya alınmaması gerektiğini ileri sürmeleri üzerine sanık vekili de bu savın doğru olduğunu belirterek söz konusu (e) bendinin Anayasa'nın 11., 12. ve 31. maddelerine aykırı olduğunu bildirmiş ve mahkemece bu sav ciddi görülerek itiraz yoluna başvurulmuştur, ilk incelemede verilen karar gereğince 1136 sayılı Yasanın itiraz konusu 38. maddesi birinci fıkrasının (e) bendile son fıkrasının Anayasa hükümlerine uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

1- 1136 sayılı Yasanın 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin incelenmesi:

İtiraz konusu (e) bendinin Anayasa'nın 11., 12. ve 31. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürüldüğünden inceleme bu maddeler açısından ayrı ayrı yapılacaktır.

A- Anayasa'nın 11. maddesi bakımından inceleme:

1136 sayılı Avukatlık Kanununun öngördüğü ilke ve kurallara göre, Avukatlık bir kamu hizmetidir ve serbest bir uğraşdır; avukat görevini yerine getirmede bağımsızdır.

Avukatlık bir kamu hizmeti olunca, bu hizmetin topluma en yararlı hale getirilmesi ve bundan en yüksek yararın sağlanması, bu kamu hizmetinin düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Kamu hizmetlerini düzenleyen yasaların ve sözelimi Avukatlık Yasasının, kimi haklar ve ödevler karşısında kimi yasaklara ve sınırlamalara da yer vermesi doğal ve olağandır. Gerçekten avukatlık hizmetinin, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde ve her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanması hususunda yargı organlarının, hâkimlerin, resmî ve özel kurul ve kurumların çalışmalarına etkin bir biçimde yardımda bulunabilmesi, bu hizmetin kamu yararına uygun olarak işlerliğinin sağlanmasıyla olanak kazanır. O halde böyle bir düzenlemede kamu yararı düşüncesinin bulunmadığı öne sürülemez. Buna karşılık hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'ya

**Esas Sayısı:1977/43**  
**Karar Sayısı:1977/84**

uygunluk denetiminde önem kazanan yön, kamu yararı düşüncesine dayansa dahi yasa ile konulan sınırlamaların hakkın kullanılmasını güçleştirerek onu ortadan kaldıran, başka bir deyimle hakkın özünü yok eden bir nitelik gösterip göstermediğidir.

Yukarıda da değinildiği gibi, Avukatlık Yasası, Avukatlığın serbest bir uğraşı olduğunu belirtmiş ve avukatın görevini yerine getirmede bağımsızlığını kurala bağlamıştır. Bu ilke, avukatın önüne getirilen her işi alması ve kamu hizmetini bu anlayış içinde yürütmesi anlamına gelmez. Nitekim aynı Yasanın 37. maddesi "Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur." kuralını koymaktadır. Yasanın 38. maddesi, avukat arzu etse dahi kendisine teklif olunan işi kesinlikle reddetme yükümünü avukata yüklemekte ve böylece hem avukat ve hem de iş sahibi açısından ikili bir sınırlama getirmektedir.

Borçlar Yasasına göre genellikle vekâlet bir akıttır ki bununla vekil, sözleşme çerçevesinde kendisine yükletilen işin idaresini ya da kabul ettiği hizmetin yerine getirilmesini üstlenir, öte yandan Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca herkes dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Demek ki Avukatlık Yasasının itiraz konusu 38. maddesinin (e) bendi hükmüne göre, bir kimsenin Avukatlık Kanununun kapsamına giren bütün işlerini ve anlaşmazlıklarını sözleşme ile üstlenen bir avukat, (e) bendi hükmüne giren işde müvekkilini temsil edemeyecek ve onun hukukunu savunamayacaktır. Bu konuda örnekler çoğaltılabilir, öte yandan kişilerin, haklarının savunulmasını kendilerine tevdi ettikleri avukatın hukukî bilgi ve tecrübelerine güvenmeleri kadar, onların kişiliklerine ve yeteneklerine de inanmaları büyük önem taşır. Kişilerin istemedikleri avukatlarca savunulmaları, onlarda haklarının gereği gibi korunamayacağı kuşkusunu uyandırabilir ve kişinin adalete karşı beslediği güveni sarsabilir. Gerçi itiraza konu edilen kuralın gerektirici nedenleri ne tasarı gerekçesinde ve ne de geçici komisyon raporunda açıklanmamıştır. Sözü geçen kuralın Millet Meclisindeki görüşülmesi sırasında (7/2/1969, Birleşim 46, oturum 1) geçici komisyon Başkanı şu açıklamada bulunmuştur. "...Mesele, müvekkili ile avukat arasında olan meselenin dışında meslekî vazifesini yapan bir avukata vazife sırasında bizzat ilgililer veyahut da onların ortaya çıkardıkları tutulmuş kişiler tarafından yapılan saldırıların takbih edilmesinden ibarettir. Elbette ki, bir hâkim gibi avukatlar da bu hizmeti ifa ederken amme hizmeti ifa etmektedirler. Bu itibarla onların da vakar ve haysiyetinin korunması icabeder. Böyle bir suç işlenmişse bunun hakkında takibat yapılacaktır. Ama bunların bir de manen ezik duruma getirmekte meslek haysiyeti bakımından fayda vardır... Şayet bir kimse ister bir dava sebebiyle kendi müvekkili ile arasında geçmiş bir işten dolayı olsun, ister dışardan birinin saldırısına vazife sırasında uğramışsa ve bu bir suç mahiyetinde ise, o zatın direkt olarak baroya kayıtlı bir avukat tarafından savunmasının alınmasını öngörmektedir. .."

Bu açıklamadan, sözü edilen kuralla getirilen sınırlama ile, avukatlara karşı görevleri sırasında suç işlenmesinin önlenmesi; avukatın görevini özgürce ve hiç bir sataşmaya maruz kalmaksızın yapabilmesi ve böylece meslekî dayanışmanın sağlanması ereğinin güdüldüğü anlaşılmaktadır. Düzenlemenin yasada öngörülen biçimde yapılmış olması ilk bakışta savunma hakkının ortadan kaldırılmadığı görüntüsünü vermekte ise de, hakkın özünün zedelendiği ve kullanmayı zorlaştırmak yolu ile de onu hiç kullanılmayan bir duruma dönüştürdüğü ortadadır. Baro başkanına bu durumda baroda kayıtlı avukatlardan birisini görevlendirme yetkisinin verilmiş olması, uzmanlığa ters düşmesi bir yana, hakkın özünü zedeleyen bu düzenlemeye bir sınırlama niteliği de kazandıramaz.

Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 11. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

B- Anayasa'nın 12. maddesi bakımından inceleme :

Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 12. maddesi, herkesin, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğunu birinci fıkrasında belirtmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrası da eşitlik ilkesinin vazgeçilmez bir ögesi olan ayrıcalıkları yasaklamıştır. Bu fıkra gereğince hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa ayrıcalık tanınmaz. Böyle olunca, benzer durumdaki kimi kişilere veya topluluklara ötekilerden ayrı hak ya da özgürlük tanınması olasılığı yoktur.

İtiraz konusu (e) bendinde, görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlenirse, suç işleyen kişinin savunmasını yapmak üzere başvurduğu avukatın bu öneriyi reddetmek zorunda olduğu kuralı yer almıştır. Bu durum, suçtan zarar gören kişinin avukat olması halinde, avukatlar yararına bir ayrıcalık tanınması sonucunu doğurmuştur, İtiraz konusu (e) bendi, kendisine karşı suç işlenen kişinin avukat olması ile olmaması bakımlarından bir ayırım getirmektedir.

Bu nedenlerle 1136 sayılı Yasanın 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi, Anayasa'nın 12. maddesine aykırı düşmektedir.

**C- Anayasa'nın 31. maddesi bakımından inceleme:**

Anayasa'nın 31. maddesi hak arama özgürlüğünü belirlemiştir. Bu maddede : "Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir." denilmiştir. Maddede açıkça görüldüğü gibi "meşru bütün vasıta ve yollardan yararlanılması" ilkesi hiç bir duraksamaya yer vermeyecek kesinliktedir. Hukukun uygun ve gerekli saydığı nitelikleri taşıyan eylem ve işlemler meşrudur. "Meşru" teriminin anlamı da Anayasa'nın hazırlanması sırasında Kurucu Mecliste görüşülmüş ve Anayasa'daki "meşru vasıta ve yollar" deyiminin "hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar" anlamında kullanıldığı belirlenmiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan bu deyim göre, yargı kuruluşları önünde davacı ya da davalı olarak hak arama veya savunmada başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında, avukatların bilgilerinden ve deneylerinden yararlanma olanağı da gelir. Çünkü, 19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2. maddesi, avukatlığın ereğini belirtirken hukukî ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun biçimde çözülmesi ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda yargı organları ve hakemlerle resmî, özel kurul ve kurumlara yardım etmek olarak belirlemiştir. Avukatlığın bir kamu görevi oluşu bu yardım yükümlülüğünü doğurur.

Bundan başka "meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak" ilkesinde geçen "bütün" sözcüğünün anlamı üzerinde durmak gerekir. Burada "bütün" sözcüğünün anlamı da, savunma hakkının hiç bir sınırlamaya bağlı tutulmaksızın bu haktan tüm olarak yararlanmayı kapsamaktadır. Böyle olunca bu konuda yapılacak herhangi bir kısıtlama ve sınırlama bu hakkın doğrudan doğruya özüne dokunur.

19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun itiraz konusu 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yukarıda A ve B bölümlerinde açıklandığı biçimde, sanığın savunma hakkını kullanması için başvurduğu avukatın bu öneriyi, suçun bir avukata karşı işlenmiş olması gerekçesiyle reddetmesini buyuran kural, hak arama özgürlüğünü, yargı yerleri önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkını sınırlar ve bu hakların özüne dokunur. Bu nedenle itiraz konusu (e) bendi Anayasa'nın 31. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak 1136 sayılı Yasanın 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi yutanda A, B ve C bölümlerinde gösterilen nedenlerle, Anayasa'ya aykırı bulunduğundan, iptaline karar verilmesi gerekir.

**Esas Sayısı:1977/43**  
**Karar Sayısı:1977/84**

2- 19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin son fıkrasının incelenmesi:

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinde yer alan ve iptaline karar verilen (e) bendi hükmü avukata teklifi reddetme zorunluğunu yüklemesine karşı, aynı maddenin son fıkrası Baro Başkanına (e) bendinde gösterilen halde iş sahibinin başvurması üzerine kendisine bir avukatı vekil tayin etme görevini vermektedir. Yükümlülük doğuran yasa hükümleriyle görevi düzenleyen yasa kurallarının bir bütün halinde Anayasa denetiminden geçirilmesine olanak yoktur. Kaldı ki, yasa koyucu da işi bu doğrultuda ele almış ve konuları ayrı ayrı fıkralarla düzenlemiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun (gerekçe ile bağlı olmama) kenar başlığını taşıyan 28. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa Mahkemesi, kanunların..... Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmağa mecbur değildir. Mahkeme taleple bağlı kalmak kaydıyla, başka gerekçe ile de aykırılık kararı verebilir" hükmü yer almış bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi istemle sınırlanınca, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptaline karar verilen hükümlerle ilişkisi ve sıkı bağlantısı bulunan yasa kurallarının eylemli olarak uygulanamaması sonucunun ortaya çıkacağını doğal saymak gerekir. Gerçekten hukuk düzeninde bu tür ölü Hükümlerin kalması sonucu kimi karışıklıkların ortaya çıkma olasılığı bulunduğu gibi, mahkemelerin bu tür hükümleri uygulamamaları yüzünden hakları yerine getirmekten çekinecekleri de öne sürülebilir. Yasa koyucu son derece sakıncalı gördüğü bu durumu ortadan kaldırmak için ikinci fıkra hükmünü düzenleme zorunluğunu duymuştur.

İkinci fıkra hükmü ise şöyledir :

"Ancak, eğer müracaat kanun veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhinde yapılmış olup da, bu belirli madde ve hükümlerin iptali kanun veya içtüzüğün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanun veya içtüzüğün bahis konusu diğer hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Yasa koyucunun bu fıkra hükmü ile Anayasa Mahkemesine tanıdığı yetkinin kapsamı, sadece iptale uğrayan madde veya hükümler nedeniyle eylemli olarak uygulanamaz hale gelmiş bulunan diğer madde ya da hükümlerin ortadan kaldırılmasını sağlamakla sınırlıdır ve bu yetki kullanılırken yapılan işlem, bu hükümlerin Anayasa denetiminden geçirilmesi olmayıp, Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilen ve iptaline karar verilen yasa hükmü dolayısıyla uygulanma olanağını eylemli olarak yitiren hükümlerin saptanması ve bunların yürürlükten kaldırılmasıdır. Dava dışında olan yasa kurallarını bu yönden ele alarak inceleme ve yürürlükten kaldırma yetkisi olan Anayasa Mahkemesinin, dava kapsamı içinde olanları bu açıdan inceleme yetkisinin varlığından kuşku edilemez. Şu yön de açıklanmalıdır ki, eylemli olarak uygulanma niteliğini yitirmiş hükümlerin Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmesine olanak bulunmadığı gibi böyle bir denetimde hukukî yarar bulunduğu da öne sürülemez.

İtiraz konusu (e) bendi Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve iptaline karar verilmiştir, iptal kararı karşısında aynı maddenin son fıkrası hükmünün uygulanma olanağı ve yeri kalmadığından 44 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca bu hüküm de iptal edilmelidir.

Ahmet Koçak ve Muhittin Gürün bu görüşe katılmamışlardır.

VI. SONUÇ:

**Esas Sayısı:1977/43**  
**Karar Sayısı:1977/84**

1- 19/3/1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmünün Anayasa'nın 11., 12. ve 31. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline oybirliğiyle,

2- Yukarıda açıklanan iptal karar karşısında, aynı maddenin uygulama alanı kalmayan son fıkrası hükmünün de 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun 28. maddesi uyarınca iptaline Ahmet Koçak ve Muhittin Gürün'ün (sözü geçen fıkra, (e) bendini tamamlayan bir hüküm olması nedeniyle ondan ayrı ve bağımsız bir hüviyeti bulunmadığından (e) bendine ilişkin Anayasa'ya aykırılık nedenleri ve iptal kararı bu fıkra hükmünü de kapsadığından ve esasen Mahkemenin itiraz etmiş olduğu hükümler arasında yer aldığından, 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun 28. maddesi yoluyla ayrıca iptal karar verilemeyeceği) yolundaki karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla;

2/6/1977 gününde karar verildi.

Başkan  
Kâni Vrana

Başkanvekili  
Şevket Müftügil

Üye  
Ahmet Akar

Üye  
Halit ZARBUN

Üye  
Abdullah Üner

Üye  
Ahmet Koçak

Üye  
Fahrettin Uluç

Üye  
Muhittin Gürün

Üye  
Lütfi Ömerbaş

Üye  
Ahmet Erdoğan

Üye  
Hasan Gürsel

Üye  
Ahmet Salih Çebi

Üye  
Adil Esmer

Üye  
Nihat O.  
Akçakayalıoğlu

Üye  
Ahmet H. Boyacıoğlu

**KARŞIOY YAZISI**

Sayın Muhittin Gürün'ün Mahkememizin 1977/43 Esas, 1977/84 Karar sayılı kararına ilişkin karşıoy yazısında yer alan görüş ve gerekçelerine ben de katılıyorum.

### **KARŞIOY YAZISI**

1- Yukarıki karara (1977/43-84) konu olan olayda, Yozgat Ağır Ceza Mahkemesi, 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ile ikinci ve son fıkralarının Anayasa'ya aykırılığını öne sürerek sorunun çözümünü Anayasa Mahkemesinden istemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 19/4/1977 gününde yaptığı ilk inceleme sonucunda İ9in esasının, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin birinci fıkrasının, itirazcı mahkemenin baktığı davada uygulanacak olan (e) bendiyle son fıkrası hükümleri yönünden incelenmesine, aynı maddenin davada uygulanma olanağı bulunmayan ikinci fıkrasına yönelik itirazın da, mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermiştir.

İtirazın ve ilk inceleme kararının yukarıda açıklanan niteliği karşısında, söz konusu 38. maddenin birinci fıkrasının (e) tendi ile son fıkrasının esastan incelenerek her iki fıkra hükmünün Anayasa'ya uygunluk veya aykırılığının saptanarak gerekli kararın verilmesi gerekirdi. Söz konusu son fıkra hükmü ise (e) bendi hükmüne bağlı olup ondan ayrı bir uygulanma yeri ve olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle (e) bendine ilişkin Anayasa'ya aykırılık sonucunun son fıkrayı da kapsamaması doğal olduğundan her iki hükmün birlikte incelenerek sonuçta da birlikte iptallerine karar verilmesi gerekirdi. Nitekim yukarıki kararın söz konusu (e) bendine ilişkin 1 sayılı bölümü bu sonucu sağlayan bir nitelik taşımakta, yani (e) bendine ilişkin iptal kararı, maddenin son fıkrası hükmünü de kapsamaktadır. Her ne kadar kararın sözü edilen bölümünde bu sonuç açıkça belirtilmemiş ise de bu durumun kararın içeriğinin açıklanan niteliğine etki yapması olanaksızdır.

Bu bakımdan yukarıki kararın, 38. maddenin (e) bendine ilişkin bölümü ile esasen iptal edilmiş bulunan son fıkra hakkında, bir de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun 28. maddesi yoluna başvurulmasına hem gerek, hem de olanak kalmamıştır.

2- Olayda, 44 sayılı Kanunun 28. maddesi yoluyla bir iptal karar verilmesine, sözü geçen madde hükmü açısından da olanak yoktur. Çünkü söz konusu madde, birinci fıkrasıyla, Anayasa Mahkemesinin istem ile bağlı olduğunu açıkça belirttikten sonra istem konusu madde veya hükümlerin iptali sonucunda kanunun istem dışındaki hükümlerinden uygulanamaz duruma düşenlerin iptali konusunda Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımaktadır. Halbuki yukarıki karar ile sözü geçen 28. maddenin uygulanması suretiyle iptal edilen 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin son fıkrası, Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunan mahkemenin istemi içindedir ve bu nedenle de ilk inceleme sonunda (e) bendi ile birlikte esastan incelenmesine karar verilmiştir. Kanun hükmü ile ilk inceleme kararın bu kadar açık iken, kandırıcı olmayan bir yoruma ve geçersiz kıyaslamalara başvurulmak suretiyle yukarıki karardaki sonucun çıkarılmasında ve bu yoldan gidilerek iptal kararı verilmesinde isabet görülmemektedir.

Bu nedenlerle kararın, 44 sayılı Kanunun 28. maddesinin uygulanmasını öngören bölümüne karşıyım.



**Esas Sayısı:1977/43**  
**Karar Sayısı:1977/84**

Üye  
Muhittin Gürün