

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2013/101

Karar Sayısı : 2014/63

Karar Günü : 27.3.2014

R.G. Tarih-Sayı : 22.07.2014-29068

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Hazine Avukatı olarak görev yapan davacının, geçmişte sigortalı avukat olarak çalıştığı sürenin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi üzerine açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının itiraz konusu (3) numaralı bendi şöyledir:

"Avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkla geçirdikleri sürelerin 3/4 ü memuriyette geçmiş sayılarak, bu sürelerin her yılı bir kademe ilerlemesine ve her üç yılı bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 25.9.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının(3) numaralı bendinin tamamının iptalini istemiştir.

İtiraza konu kural, on ayrı memuriyet sınıfından biri olan avukatlık hizmetleri sınıfında bulunan bir kadroda memuriyete başlayacak olanların, memur olmadan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memurlukta geçmiş gibi değerlendirilmesi suretiyle söz konusu sürenin kazanılmış hak aylık derecesinde dikkate alınmasını düzenlemektedir.

Başvuran Mahkemedeki davanın konusu ise avukatlık hizmetinin ne şekilde yerine getirildiği ile ilgilidir. Kuralda yalnızca "*serbest*" avukatlıkta geçen hizmet sürelerinin değerlendirmeye alınacağı belirlenmiş olup bu şekilde bir çalışmanın vekâlet veya istisna akdi ile olabileceği, bunun dışında iş akdine dayalı olarak bir işverene tabi çalışanlar için "*serbest*" avukatlık şartının oluşmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla mesleğini serbest olarak ifa eden avukatlar dışında, örneğin iş akdine dayalı olarak bir işverenin yanında sigortalı olarak çalışan avukatlar, kuralın getirmiş olduğu düzenlemeden faydalanamamaktadır.

Bu nedenle, Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendine ilişkin esas incelemenin, bendde yer alan "*serbest*." sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, avukatlığın kanun ile kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak düzenlendiği, mesleğini kendi nam ve hesabına yürüten avukatlar ile ücret karşılığında bir özel hukuk kişinin sürekli avukatlığını üstlenen avukatlar arasında mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından bir fark bulunmadığı, memuriyete girmeden önce serbest olarak görev yapan avukatlara, mesleğini farklı şekilde icra eden avukatlara tanınmayan bir hakkın verilmesinin hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkeleri ile bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukat olarak görev yapmış olanların daha sonra avukatlık hizmetleri sınıfında bir memuriyete girmeleri halinde, serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memuriyette geçmiş sayılarak, bu sürelerin her yılının bir kademe ilerlemesine ve her üç yılının ise bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirileceğini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen 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. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Kanun'un 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanarak, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği belirtilmiş; 2. maddesinde ise avukatlığın amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bu yönüyle avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır.

Avukatlık hizmetinin kendi nam ve hesabına serbest olarak yerine getirilmesi ile iş akdi düzenlenerek ücret karşılığında bir işverene bağlı olarak yerine getirilmesi arasında avukatlık hizmetinin niteliği açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Önemli olan yürütülen hizmetin niteliği olup her iki durumda da yürütülen hizmet avukatlık hizmetidir. Mesleğin icra ediliş şeklindeki farklılık, yürütülen hizmetin aynı olması karşısında, tek başına o meslek için tanımlanmış olan hak ve yükümlülükler üzerinde ayrıcalıklı muamelede bulunulmasını gerektirmez.

Buna göre memuriyete girmeden önce mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla, bir işverene iş akdi ile bağlı olarak görevini yerine getiren avukatlar arasında bir ayırım yapılmak suretiyle, eski hizmetlerin, memuriyet kazanılmış hak aylık derecesinde değerlendirilmeye alınmasını sadece serbest avukatlara tanıyan itiraz konusu kural ile adil ve makul olmayan bir ayrıcalık tanınmıştır. Zira serbest avukatlar ile mesleğini diğer şekilde yerine getiren avukatlar arasında; mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının;

Esas Sayısı : 2013/101
Karar Sayısı : 2014/63

A- (3) numaralı bendine ilişkin esas incelemenin, bendde yer alan ".*serbest.*" sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- (3) numaralı bendinde yer alan ".*serbest.*" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

27.3.2014 gününde karar verildi.

Başkanvekili

Başkanvekili

Üye

Serruh KALELİ

Alparslan ALTAN

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Üye

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Zehra Ayla PERKTAŞ

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Üye

Üye

Burhan ÜSTÜN

Engin YILDIRIM

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Üye

Hicabi DURSUN

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemece 657 sayılı Kanun'un 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının 3 numaralı bendinin iptali talep edilmiş; yapılan ilk inceleme sonunda işin esasına geçilmiş, ancak esas incelemede, incelemenin bentte yer alan ".serbest." kelimesi ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilerek, bu kelimenin iptali yoluna gidilmiştir. Davanın somutunda, iptali istenen kuralın bir başına Anayasa'ya aykırılığı söz konusu değildir ve esasen böyle bir iddia da yoktur. İptal istemi, ilgililerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memuriyetten sayılmaları yolundaki kuralın, her ne suretle olursa olsun (şirket avukatlığı, kurum avukatlığı vb.) bunun dışındaki avukatlık hizmetlerine de teşmil edilmesi, yani "uygulama alanının genişletilmesi" amacıyla yapılmış ve çoğunlukça da bu istem "eşitlik" ilkesi yönünden haklı görülerek, kuralın iptaline karar verilmiştir. Diğer bir deyişle, sırf uygulama alanının genişletilmesi amacıyla, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen ve bir atıfet mahiyetinde olup yasa koyucunun takdir alanı içerisinde bulunan bir düzenleme iptal edilmiştir. Yeni gelmişken hemen ifade etmek gerekir ki, 657 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, memuriyet öncesi geçirilen kimi hizmetler belli koşullarla, sadece birkaç memuriyet hizmet sınıfı için öngörülmüştür. (Avukatlık hizmetleri sınıfı, teknik hizmetler sınıfı, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı ile basın kartına sahip olarak memurluğa geçenler ve özel okullarda öğretmenlik ve yöneticilik yaptıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığı emrinde memuriyete girenler.) Oysa, anılan 36. maddede, sayılanlar dışında altı memuriyet hizmet sınıfı daha mevcuttur ve bu sınıflar yönünden "önceki hizmetlerin memuriyetten sayılması" gibi bir atıfet öngörülmemiştir ve elbette bu husus tamamen yasa koyucunun takdir hakkı içerisinde.

Çoğunluk kararının dayalı olduğu "eşitlik" gerekçesinin inceleme konusu kural bakımından uygulama alanının olmadığını değerlendirmekteyim. Çünkü sonuçta iptalin açık nedeni, yasadaki "düzenleme eksikliği" (eksik düzenleme)'dir. Oysa Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, anayasanın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, hazine avukatlarına verilen yol tazminatının öteki kamu kurumu

avukatlarına verilmemesiyle ilgili davada "...Özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kuralın, uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulamaz..." yönündeki gerekçeyle, söz konusu eksik düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. (Any.Mah.nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı kararı, AMKD sayı:23, s.427) Anayasa Mahkemesinin saptayabildiğimiz aynı konudaki benzer kararları şunlardır:

- 11.3.2008 tarih ve E.2013/49, K.2008/76 sayılı karar. (R.G. 28.5.2008)
- 20.3.2008 tarih ve E.2006/44, K.2008/81 sayılı karar. (R.G. 28.5.2008)
- 12.6.2008 tarih ve E.2004/103, K.2008/121 sayılı karar.
- 22.12.2011 tarih ve E.2010/97, K.2011/173 sayılı karar. (R.G. 14.2.2012)
- 22.2.2012 tarih ve E.2011/114, K.2012/28 sayılı karar. (R.G. 21.7.2012)
- 24.5.2012 tarih ve E.2011/81, K.2012/78 sayılı karar. (R.G. 13.10.2012)

Davanın somutunda, ortada eşitlik ilkesinin uygulaması bakımından, durumları özdeş olan iki kategori kişi/kişiler söz konusu değildir. Serbest avukatlık icra eden kişilerle bir başkası yanında hizmet akdiyle veya sigortalı olarak istihdam edilmek suretiyle avukatlık yapan kişilerin hukuki konumları özdeş (aynı) sayılamaz. Yasa koyucu "memuriyetten sayılma" bakımından bir atıfet getirirken, "serbest avukatlık icrasını" tercih ederek, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmış ve diğer surette avukatlıkta geçen süreler bakımından böyle bir atıfeti gerekli görmemiştir. Yukarıda işaret edildiği üzere, diğer altı memuriyet hizmet sınıfı yönünden ise hiçbir surette "memuriyetten sayma" atıfeti öngörmemiştir. Bu bakımdan, henüz yasa koyucunun atıfet imkânı tanımadığı "serbest avukatlık dışındaki avukatlık hizmetlerinin", serbest avukatlık hizmeti ile kıyaslanarak, bu iki farklı avukat grubunun aralarında eşitsizlik olduğu yolunda ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz isteminde bulunulan kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun kuralın iptaline dair aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan ".serbest." sözcüğünün Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararda, memurluktan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukat olarak çalışanların daha sonra avukatlık hizmetleri sınıfında memuriyete girmeleri hâlinde serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılarak kademe ve derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilmesine ilişkin mezkûr hükümle, memuriyet dışında mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla bir işverene iş akdi ile bağlı olarak yerine getiren avukatlar arasında bir ayırım yapılmak suretiyle, serbest avukatlara adil ve makul olmayan bir ayrıcalık tanındığı ve bunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

1- Kararda da belirtildiği üzere, eşitlik ilkesi hukukî durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı statüde bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır. Aynı hukukî durumlar aynı, ayrı hukukî durumlar farklı kurallara tâbi tutulduğunda Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş sayılmayacağı tartışmasızdır.

Kararda, serbest avukatlar ile mesleğini başka şekilde yerine getiren avukatlar arasında, avukatlık hizmetinin niteliği açısından bir farklılık olmadığı gibi mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından da bir fark bulunmadığı belirtilmekte ise de, serbest avukatlarla bunların dışındaki avukatların hukukî durumlarının aynı olduğu söylenemez.

Hukukî durumlarının aynı olup olmadığının belirlenmesi bakımından, kararda belirtilen "mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri" yanında serbest avukatlarla bir işverene bağlı olarak çalışan avukatların mesleklerini hangi akdî ilişkilere dayalı olarak yürüttüklerinin ve hangi mükellefiyetler altında bulunduklarının da dikkate alınması gerekir.

Anayasa Mahkemesi de, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda özlük hakları ve yaptıkları iş bakımından aralarında önemli farklar öngörülmemesine rağmen Hazine avukatları ile diğer kamu avukatlarının aynı hukukî durumda olmadıklarını belirterek, kamu kuruluşlarında görev yapan avukatlardan sadece Hazine avukatlarına "yol tazminatı" ödenmesine ilişkin düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar). Kararda, işlevlerindeki benzerliğe rağmen, bu iki avukat grubunun üstlendikleri sorumluluğun özellik ve nitelikleri gözönünde tutulduğunda iptali istenen hükmün eşitlik ilkesi ile çelişen ve çatışan bir yanının görülmediği belirtilmiştir.

Memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla bir işverene iş akdi ile bağlı olarak yerine getiren avukatların mesleklerini yürütürken tâbi oldukları akdî ilişkiler yanında üstlendikleri sorumluluğun da, yukarıda belirtilen kararda işaret edildiği üzere farklı olduğu dikkate alındığında, bunların her yönden aynı hukukî durumda olmadıkları ve itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığı açıktır.

2- İtiraz konusu kuralda serbest avukatlara tanınan bir hakkın mesleğini başka şekilde yerine getiren avukatlara da tanınmamış olması sebebiyle Anayasaya aykırılık itirazında bulunulmasının temelini eksik yasal düzenleme oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, benzer durumlardaki bazı kişileri düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılamayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar; 18/1/1989 tarihli ve E.1988/3, K.1989/4 sayılı Karar). Buna göre, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunulamayacağı gibi aynı meslek mensupları arasında farklı uygulamaya sebep olduğu ileri sürülen eksik düzenlemenin, hükmü iptal ederek değil, diğerlerine de aynı hakkı tanıyan yasama tasarruflarıyla düzeltilmesi Anayasaya uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesi, eksik düzenleme sonucunda eşitlik ilkesine aykırılık oluşması hâlinde kuralı Anayasaya aykırı bulmakta ise de, yukarıda açıklandığı gibi itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu sözcüğün iptali, anılan kural ile getirilen imkânın, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ