

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2024/87

Karar Sayısı : 2024/208

Karar Tarihi : 5/12/2024

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İdari Dava Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Baro levhasına kaydedilme işleminin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

“Avukatlığa kabulde engeller:

Madde 5 – Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur:

a) (Değişik: 23/1/2008-5728/326 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

b) (Değişik: 22/1/1986 - 3256/2 md.) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hâkim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,

c) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 28/2/2013 tarihli ve E.: 2012/116, K.: 2013/32 sayılı Kararı ile.)

d) Avukatlık mesleği ile birleşemiyen bir işle uğraşmak,

e) Mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak,

f) İflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş bulunmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar),

g) Hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunu kaldırmamış bulunmak,

h) Avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmak.

(Değişik ikinci fıkra: 2/5/2001 - 4667/5 md.) **Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler.**

(Değişik üçüncü fıkra: 22/1/1986 - 3256/2 md.) Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan dolayı hakkında kamu davası açılmış olması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir.

Şu kadar ki, ceza kovuşturmasının sonucu ne olursa olsun avukatlığa kabul isteğinin geri çevrilmesi gereken hallerde, sonuç beklenmeden istek karara bağlanır.”

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 13/A maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,

gerekir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Kadir ÖZKAYA, Hasan Tahsin GÖKCAN, Basri BAĞCI, Engin YILDIRIM, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN, Kenan YAŞAR, Yılmaz AKÇİL ve Ömer ÇINAR’ın katıllılarıyla 9/5/2024 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa’nın 152. ilc 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için clinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görev kapsamına giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

3. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak gerektiği belirtilmiştir.

4. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasında ise birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kırtarıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

5. İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemede bakılmakta olan davanın konusu 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefet suçundan mahkûm olup cezası adli para cezasına çevrilen davalının baro levhasına kaydedilmesine dair işlemin iptali talebine ilişkindir.

6. Bu itibarla itiraz konusu kuralda yer alan "...ertelenmiş..." ve "...veya affa uğramış..." ibarelerinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ibarelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

7. Öte yandan kuralda yer alan "*Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kırtarıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası...*" ve "*...olsa da avukatlığa kabul edilmezler.*" ibareleri, bakılmakta olan davanın konusu olan "*...paraya çevrilmiş...*" ibaresinin yanı sıra dava konusu olmayan diğer ibareler yönünden de geçerli, ortak kural niteliğindedir. Dolayısıyla bakılmakta olan davanın konusu gözetildiğinde kuralın kalan kısmının esasına ilişkin incelemenin kuralda yer alan "*...paraya çevrilmiş...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

8. Açıklanan nedenlerle 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen;

A. İkinci fıkrasında yer alan "...ertelenmiş..." ve "...veya affa uğramış..." ibarelerinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu ibarelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. İkinci fıkrasının kalan kısmının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin anılan fıkra da yer alan "*...paraya çevrilmiş...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına.

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

9. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Sümeyye KOCAMAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

10. 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmıştır. Anılan Kanun'un 3. maddesinde ise avukatlık mesleğine kabul için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Avukatlık esas itibarıyla serbest bir meslek olmakla birlikte avukatların sözleşmeye bağlı olarak özel kurum ve kuruluşlarda, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu veya özel kanunlara tabi olarak kamu kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilmeleri de mümkündür. Nitekim söz konusu Kanun'un 36. maddesinin "*V- AVUKATLIK HİZMETLERİ SINIFI*" başlıklı bendinde avukatlık hizmetleri sınıfının, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz memurları kapsadığı ifade edilmiştir.

11. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kırtarıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmeyecekleri düzenlenmiştir. Anılan ikinci fıkrada yer alan "*...paraya çevrilmiş...*" ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

12. 5237 sayılı Kanun'un "*Güvenlik Tedbirleri*" başlıklı İkinci Bölümü'nün "*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" başlıklı 53. maddesinde kişinin kasıtlı bir suç işlemesi ve bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olması hâlinde mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayıp hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eden hak yoksunluğu öngörülmüştür. Diğer bir deyişle anılan madde uyarınca belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz hak yoksunluğundan söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

13. Buna göre 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan ve yüz kırtarıcı nitelikte oldukları kabul edilen devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından herhangi birini kasten işleyen kişi hakkında 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar hak yoksunluğu uygulanacaktır. İtiraz konusu kural ise bu suçlardan hüküm giymiş olanların cezası paraya çevrilmiş olsa da avukatlık mesleğinin icrasından herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksun bırakılmasını öngörmektedir.

B. İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kurala 1136 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan yüz kırtarıcı suçlardan mahkûm olan kişinin süresiz bir şekilde avukatlık mesleğini icra etmesinin engellendiği, bu durumun özel hayata saygı gösterilmesini

isteme hakkına ölçüştüz bir müdahale oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 48. ve 49. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

16. Anayasa'nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” denilerek çalışma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

17. Anayasa'nın 49. maddesinde de çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

18. Çalışma özgürlüğü, herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri almasıdır (AYM, E.2016/141, K.2018/27, 20/2/2018, § 16).

19. Kuralla avukatlık mesleğini icra edecek kişilerde cezası paraya çevrilmiş olsa da bazı suçlardan mahkûm olmama şartı aranmak suretiyle Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma hakkı ve özgürlüğüne sınırlama getirildiği açıktır.

20. Anayasa'nın 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlcrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçürlölük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlöklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörölen sınırlama sebebine uygun ve ölçürlölöl olması gerekir.

21. Bu kapsamda çalışma hakkı ve özgürlüğüünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfilöge izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngöröllebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

22. Esasen temel hak ve özgürlökleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuva yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngöröllebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve

işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

23. Bu kapsamda kuralın atıfta bulunduğu bentte mahkûm olmama şartı bakımından hangi suçların avukatlık mesleğine engel olacağının ve bu suçlardan verilen cezadan paraya çevrilmesi hâlinde asıl olanın cezanın türü olmayıp mahkûmiyet sonucu olduğunun açıkça belirtildiği gözetildiğinde kuralın belirli ve öngörülebilir nitelikte olduğu, bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

24. Kamu hizmeti niteliğindeki avukatlık mesleğinin adalet hizmeti içindeki rolü ve önemi gözetildiğinde güvenlik tedbiri olarak mesleğin icrasına getirilen sınırlamanın amacının mesleğin onur ve itibarını korumak olduğu görülmektedir.

25. Avukatlık mesleğinin yer ve zaman sınırlaması olmaksızın toplum yararına hizmet etmeyi gerektiren, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını amaç edinen bir nitelik taşıması itibarıyla avukatların tabi olması gereken kanuni ve etik sınırların diğer pek çok meslekten daha ayrıntılı ve katı şekilde düzenlenmiş olması olağandır. Nitekim kuralda da avukatlık mesleğinin icrası için sınırlı sayıda yer verilen bir kısım suçtan mahkûm olmama şartının getirildiği görülmektedir. Bu yönüyle kuralla öngörülen sınırlamanın, avukatlık mesleğinin onur ve itibarının korunması amacına ulaşılması bakımından elverişli olduğu anlaşılmaktadır (benzer değerlendirme için hekimlik mesleği yönünden bkz. AYM, E.2023/80, K.2024/142, 23/7/2024, § 26; veteriner hekimliği mesleği yönünden bkz. E.2024/96, K.2024/143, 23/07/2024, § 28).

26. Bunun yanında kuralda avukatlık mesleğinin icrasına engel olduğu belirtilen suçların niteliği de gözetildiğinde, bunları işleyenlerin avukatlık mesleğinin icrasından yasaklanmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında öngörebileceği bir tedbir olduğu değerlendirilmiştir. Bu sebeple kuralın avukatlık mesleğinin onur ve itibarının korunmasına yönelik amacın gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olma şartını sağladığı sonucuna ulaşılmıştır (benzer değerlendirme için hekimlik mesleği yönünden bkz. AYM, E.2023/80, K.2024/142, 23/7/2024, § 27; veteriner hekimliği mesleği yönünden bkz. E.2024/96, K.2024/143, 23/07/2024, § 29).

27. Öte yandan 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesinde aranan koşulların gerçekleşmesi hâlinde verilecek yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı uyarınca 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan suçlardan mahkûm olanların avukatlık mesleğini serbest olarak icra etmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, yasaklanmış hakların geri verilebilmesi için mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, kişinin infazın tamamlanmasından itibaren üç yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlememesi ve hayatını iyi hâlli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaatin oluşması şartlarının kişiye aşırı külfet yükleyip yüklenmediği değerlendirilmelidir (aynı yönde bkz. AYM, E.2023/80, K.2024/142, 23/7/2024, § 31; E.2024/96, K.2024/143, 23/07/2024, § 33).

28. Bu bağlamda infazın tamamlanmasından itibaren geçmesi gereken üç yıllık süre şartıyla avukatlık mesleğinin serbest olarak icrasının süresiz olarak sınırlanmadığı ve bu üç yıllık sürenin avukatlık mesleğinin niteliği gözetildiğinde makul ve orantılı olduğu anlaşılmaktadır.

29. Öte yandan yasaklanmış hakların geri verilmesi için üç yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlememe ve hayatın iyi hâlli olarak sürdürüldüğü hususunda mahkemede kanaatin oluşması şartı arandığından bu konuda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla beraber iyi hâlin belirlenmesinde üç yıl içerisinde yeni bir suçun işlenmemesinin etkili olduğu gözetildiğinde hâkime sınırsız bir takdir yetkisinin verilmediği anlaşılmaktadır.

30. Kaldı ki 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında birinci fıkranın (a) bendinde sayılan suçların niteliği, toplumda oluşturduğu etki düşünöldüğünde, avukatlık mesleğinin icrasını sağlayacak kararda hâkime verilen takdir yetkisinin avukatlık mesleğinin onur ve itibarının korunması amacına hizmet edeceği açıktır. Bu itibarla kuralla anılan suçlardan mahkûm olanların avukatlık mesleğini icra etmeleri bakımından bir hak yoksunluğu getirilmekte ise de yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuyula birlikte bu hak yoksunluğunun süresiz olmadığı, bu sürenin yeni kurumla birlikte diğer koşulların yanında üç yılla sınırlandırıldığı ve avukatlık mesleğinin icrası için söz konusu suçlardan mahkûm olanlara aşırı bir külfet yüklemediği anlaşılmaktadır (benzer bir değerlendirme için hekimlik mesleği yönünden bkz. AYM, E.2023/80, K.2024/142, 23/7/2024, §§ 34-35; veteriner hekimliği mesleği yönünden bkz. E.2024/96, K.2024/143, 23/07/2024, §§ 35-36).

31. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Yusuf Şevki HAKYFMEZ, Selahaddin MENTEŞ ve Kenan YAŞAR bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 20. maddesine de aykırı olduğu ileri sürölmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddeleri kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görölmemiştir.

IV. HÜKÜM

19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan "...paraya çevrilmiş..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Yusuf Şevki HAKYFMEZ, Selahaddin MENTEŞ ile Kenan YAŞAR'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 5/12/2024 tarihinde karar verildi.

Başkan
Kadir ÖZKAYA

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Basri BAĞCI

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Kenan YAŞAR

Üye
Muhterem İNCE

Üye
Yılmaz AKÇİL

Üye
Ömer ÇINAR

Üye
Metin KIRATLI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Göreviyle bağlantılı suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı TCK'nın 53/1.e.2. maddesi gereği kişinin işlediği suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezasına bağlı olarak cezasının infaza tamamlanıncaya kadar mesleğini yapamama yönünde hak yoksunluğu uygulanacaktır. Bundan ayrıca İncelemeye konu 1136 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aynı maddenin birinci fıkrasının a bendinde yer alan suçlardan mahkumiyet halinde, "paraya çevrilmiş" olsa da avukatlık mesleğine kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Başka deyişle bu durumdaki hukukçular ömür boyu avukatlık bürosu açıp çalışamayacakları gibi sözleşmeli avukat olarak başka birinin yanında da çalışamayacaklardır.

2. Çoğunluk gerekçesinde avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğine değinilerle kuralın güvenlik tedbiri mahiyetinde olduğu belirtilmiştir. Ayrıca incelenen kurala karşın 5332 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesinde düzenlenen yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu gereği belirtilen suçlardan mahkum olanların cezalarının infazından sonra üç yıllık sürenin geçmesi ve mahkemenin bu sürede hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü konusunda olumlu kanaate varması durumunda hak yoksunluğunun kalkacağı görtüşünden hareket edilmiş ve bu gerekçelerle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

3. Bu konunun değerlendirilebilmesi için ilgili kanunların düzenlenme tarihleriyle birlikte anlam ve kapsamlarına göz atılmalıdır. 5332 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesi, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 38. maddesiyle Kanuna eklenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Öte yandan 1136 sayılı Avukatlık Kanununun avukatlık mesleğini yapmaya hak kazananlara hak yoksunluğunu düzenleyen 5/1-a. maddesi ise 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 26. maddesiyle düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere avukatlara hak yoksunluğunu getiren özel düzenleme, gerek TCK ve gerekse Adli Sicil Kanununun 13/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra, başka deyişle ilgili kurallar bilinerek düzenlenmiştir. Bu nedenle kural avukatlık mesleğine ilişkin *özel düzenleme* niteliğindedir.

4. İncelenen 5. maddenin 2. fıkrasındaki kuralın atfı dolayısıyla aynı maddenin ilk fıkrasının a bendi ile birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Beşinci maddenin ilk cümlesinde; "Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur" denildikten sonra a bendinin ilk cümlesi "Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" ibaresiyle başlamakta ve burada sayılan suçlardan birinden mahkumiyet olumsuz şart olarak aranmaktadır. Böylece Kanun koyucunun bu özel düzenleme ile anılan bentte sayılan suçlar ve bu arada anayasal düzene karşı işlenen suçlardan mahkumiyet halinde *süresiz bir hak yoksunluğu öngördüğü* sonucunun çıkarılması gerekmektedir.

5. Şüphesiz kamu görevinde istihdam edileceklerle ilgili sınırlamalar meşru amaçlar çerçevesinde ayrıca değerlendirilebilir. Bununla birlikte kanunla bir meslek mensubunun özel yaşamında hayatını kazanma imkanından süresiz olarak yoksun bırakılmasının demokratik toplumda gerekliliği ve orantınlığı oldukça tartışmalı hale gelecek ve bu durumun Anayasa'nın 13., 48, 49. maddeleriyle bağdaştırılması güç olabilecektir.

6. Nitekim AYM'nin 2008/17 E., 2010/44 K. sayılı ve 25.2.2010 tarihli kararında benzer değerlendirmelerle 28. maddedeki bir kısım suçlarla bağlantılı olarak iptal kararı

verilmiştir. İptal gerekçesinde, kuraldaki düzenlemelerde meslek veya görevlerin özellikleri, suçların ve cezaların niteliği, cezalar miktarına bakılmaksızın ve bir kademelendirme yapılmaksızın eylemle orantısız bir hak yoksunluğu öngörülmesinin adaletli olmadığı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir. Benzer değerlendirmeler Mahkemenin 2008/80 E., 2011/81 K., 18.5.2011 ile 2012/61 E., 2012/135 K., 27.9.2012 tarih ve sayılı kararlarında da yapılmıştır. Öte yandan açıklanan iptal gerekçelerine karşın kamu görevlileri bakımından Danıştay kararlarında Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki süreler geçse ve yasaklanmış hakların iadesine karar verilse dahi 657 sayılı DMK'nun 48. maddesi uyarınca anılan maddede sayılan suçlardan mahkum olanların devlet memurluğuna girmelerinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (bkz. Danıştay İDDK 27.6.2022, E. 2022/1141, K. 2022/2318; 5.10.2023, E. 2023/444, K. 2023/1833).

7. Ayrıca belirtilmelidir ki çoğunluk gerekçesindeki gibi 5332 sayılı Kanunun 13/A maddesindeki düzenlemenin buna istisna oluşturacağı düşünülmekteyse, incelemeye konu özel düzenlemede bu hususun da belirtilmesi gerekirdi. Kuralın bu düzenleniş biçimi karşısında ihtilaflı yorum veya içtihatlarla bu imkanın tanındığına ilişkin değerlendirmeler, kanundaki belirsizliği ve kalite sorununu aşmaya yeterli olmayacaktır. Bu tür değerlendirmeler uygulamanın gelecekte aksi yönde gelişmesini önleme güvencesini taşımamaktadır. Açıkladığım hukuki gerekçeler karşısında incelenen kuralın iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Baro levhasına kaydedilme işleminin iptali talebiyle açılan davada Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İdari Dava Dairesi, 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasındaki, *birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmeyeceklerine ilişkin düzenlemede yer alan "...paraya çevrilmiş..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak kuralın iptali için mahkememize başvurmuştur.

2. Mahkememiz çoğunluğu, kamu hizmeti niteliğindeki avukatlık mesleğinin adalet hizmeti içindeki rolü ve önemi gözetildiğinde güvenlik tedbiri olarak mesleğin icrasına getirilen sınırlamanın amacının mesleğin onur ve itibarını korumak olduğu, avukatlık mesleği ile ilgili getirilen hak yoksunluğunun süresiz olmadığı, bu yoksunluğun belirli bir süreyle sınırlı olduğu, kural ile söz konusu suçlardan mahkûm olan avukatlar için aşırı bir külfet oluşturmadığı gerekçesiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. Aşağıda açıklanacak sebeplerle çoğunluk kararına iştirak edilmemiştir. Şöyle ki;

3. 5237 sayılı Kanunun 53. maddesinde kişinin işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamayacağı belirtilmiştir.

4. İtiraz konusu kural ile birinci fıkranın (a) bendinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası paraya çevrilmiş olsa da avukatlığa kabul edilmeyecekleri düzenlenmiş olup bu suretle cezanın infazıyla birlikte güvenlik tedbirlerinin de sona ereceğine ilişkin kuralın aksine belirli meslek ve görevlerin icra edilmesi süresiz olarak engellenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralla bu tür mahkûmiyet alan avukatların çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkına sınırlama getirilmektedir.

6. Temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13. Maddesi uyarınca ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesinin amacı temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden gereklilik ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir (Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 106; Tevfik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016, § 70; Bülent Kaya [GK], B. No: 2013/2941, 11/5/2016, § 82; Ferhat Üstündağ, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, §§ 45, 48; C.A. (3), § 115).

7. Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak bazı hak yoksunlukları da getirilmiştir. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Yasa koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercih serbestisinin de Anayasa'ya uygun olması gerektiği açıktır. (AYM, E.2008/17, K.2010/44, 25/02/2010.)

8. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere normal şartlarda cezanın infazının tamamlanması ile diğer hak yoksunlukları da sona erer. Ceza süresini aşan bir hak yoksunluğu getirmek ceza hukuku alanındaki önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olmayacaktır. Cezası infaz edilmiş bir kişinin süresiz olarak veya ilave bir süre daha mesleğini icra edememesi bireyin toplumsal hayata uyum sağlamasını zorlaştıracak ve belki de bazı yeni suçların kapısını aralayacaktır. Bu suretle asıl ceza infaz olunduktan sonra meslek ve görevlerin icra edilmesi için ilave bir hak yoksunluğu getirilmesi tedbiri ölçülü değildir.

9. Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında, süresiz olarak bir mesleği icra edememe ile ilgili verdiği bir kararında “23.1.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 25. maddesi ile değiştirilen 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 28. maddesinin birinci fıkrasının “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,...” ibarelerini incelemiş ve Anayasa’nın 2. maddesine aykırı görekerek iptal etmiştir.

10. “Dava konusu düzenlemeler, meslek veya görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıtlı veya taksirle işlenip işlenmediğine bakılmaması ve bir kademelendirme de yapılmaması ve bu suçlardan mahkum olanların belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen ‘Hukuk Devleti’ ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.” (AYM, E.2008/17, K.2010/44, 25.2.2010)

11. İtiraz konusu kural ile avukatlık mesleğinin icrasının süre sınırı olmaksızın sınırlandırılması Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan “çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkına ölçsüz bir sınırlama” niteliğindedir. Kural kamu ve özel sektör ayırımı yapmaksızın avukatlık mesleğini icra edilebilmesine süresiz bir sınır getirmektedir.

12. Anayasa Mahkemesi birçok kararında çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamalarda kamu ve özel sektör ayırımı içerip içermediğine bakmış ve buna göre değerlendirme yapmıştır:

13. Başvurucunun İdare tarafından özel sektörde çalışma yasağı içeren bir karar alındığına dair bir iddiasının bulunmadığı, somut olaya konu idari işlemin özel sektörde çalışmayı engelleyen bir içeriğinin olduğunu da ortaya koyamadığı vurgulanmalıdır. Bu durumda yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde başvurunun sınavı kazanarak harita mühendisi olarak atanmaya hak kazanmasına rağmen atama tarihi itibarıyla geçerli olan Kanun’da belirlenen kamu görevlisi olarak atanma şartlarını taşımadığının tespit edilmesi üzerine atanmanın yapılmamasının -başvurucunun özel sektörde çalışma imkânının olması hususları da gözetildiğinde- demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olmadığı söylenemez (Cem Turgut, B. No: 2019/16656, 18/10/2023).

14. Öte yandan Anayasa Mahkemesi daha önce Ahmet Gödeoğlu kararında, mahkûmiyet kararının bir sonucu olarak hekimlik mesleğindeki hak ve yetkilerini kullanmasının ömür boyu yasaklanması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine

karar vermiştir (B. No : 2018/28616, 17.11.2021). Söz konusu kararda Başvurucunun güveni kötüye kullanma suçundan mahkûm olduğu gerekçesiyle hakimlik mesleğini icra etmesine izin verilmemiştir. AYM tarafından özel sektörde dahi süresiz bir şekilde mesleğin icrasının yasaklanmasına sebep olan tedbirin özel hayata saygı hakkına orantısız bir müdahalede bulunulduğu sonucuna varılmıştır.

15. Yukarıda açıklandığı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin mahkûmiyete bağlı süresiz hak yoksunluğu öngören kuralları norm denetiminde iptal ettiği bu kuralların uygulanması üzerine tesis edilen işlemlerle ilgili yapılan bireysel başvuru incelemesinde de ihlal kararı verildiği görülmektedir.

16. Mahkememiz çoğunluğu ilave hak yoksunluğu getiren kuralın süresiz olmadığını, bu sürenin yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuyla ilgilinin mesleğini icra edebileceğini kuraldaki suçlardan mahkûm olanlara aşırı bir külfet yüklenmediğini belirtmiş ise de yasaklanmış hakların geri verilmesi yolu müdahaleciyi ölçülü hale getirmemektedir.

17. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunun 13/A maddesi uyarınca yasaklanmış hakların geri verilmesi mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, kişinin infazın tamamlanmasından itibaren üç yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlememesi ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaatin oluşması durumunda ancak mümkün olmaktadır. Yasaklanmış hakların geri verilmesi otomatik işleyen bir yol değildir. İlgili kişinin cezası infaz olsa, üzerinden üç yıl geçse, bu süre içinde ilgili suç işlemese dahi yasaklanmış hakların geri verilmesi hâkimin takdirine kalmaktadır. Diğer şartlar yerine geldiğinde ilgili mahkemeden yasaklanmış haklarının geri verilmesini talep ettiğinde *hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşmaması* durumunda üç yıllık süre daha da uzayacaktır. Aşağıdaki karar bu yolun ne kadar sorunlu olduğuna iyi bir örnektir. İlgili kişi yasaklanmış hakların geri verilmesi için talepte bulunmuş, mahkeme talebini reddetmiş ve ilgili yıllar sonra bireysel başvuru ile hakkına kavuşabilmiştir.

18. Somut olayda başvuru, önceden mahkûm olduğu cezaların infazının tamamlandığı tarihten itibaren 16 yıllık bir sürenin geçmiş olduğunu gerekçe göstererek memnu hakların iadesini talep etmiştir. Bulancak Asliye Ceza Mahkemesi; sonraki yıllarda başvuru hakkında soruşturma ve kovuşturma yapıldığı, bu kapsamda hayatını iyi hâlli olarak sürdürdüğü hususunda yeterli kanaat oluşmadığı gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir. İtiraz mercii de anılan talebi somut olayla ilgisi olmayan arşiv kaydının silinmesine ilişkin madde kapsamında değerlendirmiş ve itirazı reddetmiştir. Diğer bir ifadeyle kanun yolu incelemesi sonucunda verilen kararda, değerlendirme konusu derece mahkemesinin gerekçesinin yerine başka bir gerekçe ikame edilmiş ve somut olayla ilgisiz bir kanun hükmüne dayanılmıştır. Bu durumda başvurucağının ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve talebinin kabul edilebilmesine neden olabilecek nitelikte olan "hakkındaki cezaların infazının tamamlandığı tarihten itibaren 16 yıllık bir sürenin geçmiş olduğuna" dair iddiası tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucağının gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle başvurucağının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. (Mümtaz Bekci, B. No: 2014/16269, 8/11/2017, § 29-31)

19. Bu örnekten anlaşıldığı üzere çoğunluk kararının ölçülülük konusundaki gerekçesi olan yasaklanmış hakların (hak yoksunluklarının) geri verilmesi kurumunun varlığı, talebin reddedilebileceği gözetildiğinde çalışma hakkına getirilen müdahaleyi ölçülü hale getirmektedir.

20. Açıklanan sebeplerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2, 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Kenan YAŞAR

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunun 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan "...paraya çevrilmiş..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin kanaatine katılmamaktayım.

2. Dava konusu ibarenin içinde yer aldığı ikinci fıkra hükmüne göre Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan yüz kızzartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmeyeceği öngörülmektedir.

3. Mahkememiz çoğunluğu yaptığı değerlendirmede, kuralla avukatlık için bir hak yoksunluğu getirilmekte ise de yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuyla bu hak yoksunluğunun esasında süresiz olmadığı, bu sürenin yeni kurumla birlikte diğer koşulların yanında üç yılla sınırlandırıldığı, bu sürenin de avukatlık mesleğinin icrası için Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan yüz kızzartıcı suçlardan mahkûm olanlara aşırı bir külfet yüklenmediği sonucuna ulaşarak kuralın Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (Bkz.: §§ 23-24).

4. Öncelikle ifade etmek gerekir kural hiçbir ayırım yapmaksızın avukatlık mesleğinin icrasını sınırlandırmaktadır. Ancak avukatlık mesleğinin icrasının sınırlandırılabilmesi için birinci fıkranın "a" bendinde sayılan yüz kızzartıcı suçlardan birinden hüküm giymiş olma şartı yer almaktadır. Öte yandan kural gereği bu suçtan mahkûmiyetin bir sonucu olarak kişi avukatlık mesleğinin icrasını herhangi bir süre sınırı olmaksızın gerçekleştiremeyecektir.

5. Avukatlık mesleğinin icrasının bu şekilde süre sınırı olmaksızın sınırlandırılması çoğunluk kararında ifade edildiği biçimde meşru bir amaca dayanır olsa bile dava konusu kural bu tür mahkûmiyet alan avukatlar açısından Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.

6. Mahkememiz çoğunluğu kuralla avukatlık için bir hak yoksunluğu getirilmekte ise de yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuyla bu hak yoksunluğunun esasında süresiz olmadığını, bu sürenin yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuyla birlikte diğer koşulların yanında üç yılla sınırlandırıldığını ve öngörülen sürenin avukatlık mesleğinin icrası için sayılan yüz kızzartıcı suçlardan mahkûm olanlara aşırı bir külfet yüklenmediğini belirtmiştir (Bkz.: § 24). Bununla birlikte kanaatimizce burada avukatların anılan haklarına yine de ölçüsüz bir müdahale söz konusudur.

7. Somut kural bağlamında avukatların hak yoksunluğu, asıl cezanın çektirilmesi sonrasında 25/5/2005 tarih ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na 6/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinde yeniden düzenlenen yasaklanmış hakların geri verilmesi yolu işletilerek mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, kişinin infazın tamamlanmasından itibaren üç yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlememesi ve

hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaatin oluşması durumunda kaldırılabilir.

8. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki yasaklanmış hakların geri verilmesi otomatik biçimde işleyen ve öngörülen bu üç şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda her halde olumlu sonuç alınabilen etkili bir yol şeklinde sonuç vermeye müsait olmaktan uzaktır. Zira Kanun'daki düzenleniş biçiminde de "*kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için*" yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir. Ek olarak, buradaki "*gidilebileceği*" şeklindeki ifade mahkum olan kişiye yönelik olarak kullanılmış olsa dahi bu konuda verilecek kararda bu üç şartın içerisinde yer alan "*hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması*" şeklinde hakime takdir yetkisi tanıyan bir ibare bulunduğu dikkate alınmalıdır.

9. Elbette hakimlerin takdirlerini Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında da vurgulandığı üzere "*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre*" kullanması gerekmektedir. Ancak diğer iki şart olan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması ve kişinin infazın tamamlanmasından itibaren üç yıllık süre içerisinde yeni bir suç işlememesi gibi net şartların varlığına rağmen yine de "*hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması*" şartına yer verilmesi uygulamada takdire bağlı olarak olumsuz sonuçlar ortaya çıkmasının ihtimal dahilinde olduğunu akla getirmektedir.

10. Uygulamada yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulduğunda karşılaşılan kimi olumsuz örnekler de bu endişeyi haklı çıkarmakta olup bu durum dava konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde bu hususun da dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Zira burada takdire bağlı kullanımın, uygulamada karşılaşılan kimi örneklerde de görülebileceği üzere bu hakkın kullanımını etkisizleştirebileceğinden kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde bu hususun da gözden uzak tutulmaması gerekmektedir.

11. Nitekim Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuruda verilen ihlal kararı bu konudaki uygulamanın nasıl amacına uygun sonuç vermediğini göstermektedir. Alınmış olduğu cezalara ilişkin kararların kesinleşip yerine getirildiği, infaz tarihlerinin üzerinden 16 yıla yakın bir sürenin geçtiği ileri sürülerek kanunda belirtilen şartların gerçekleştiğini iddia eden başvuru asliye ceza mahkemesinden memnu hakların iadesi talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine derece mahkemelerince hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda yeterli kanaat oluşmadığından talebi yerinde görülmemiştir. Yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, başvurucağın ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve talebinin kabul edilebilmesince neden olabilecek nitelikte olan "*hakkındaki cezaların infazının tamamlandığı tarihten itibaren 16 yıllık bir sürenin geçmiş olduğuna*" dair iddiasının tartışılmamış ve karşılanmamış olmasını başvurucağın Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (Bkz.: *Mümtaz Bekci*, B. No: 2014/16269, 8/11/2017, §§ 29-31).

12. Ek olarak bahse konu mesleğin avukatlık mesleği olduğu göz önünde tutulduğunda yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna ancak asıl cezanın infazının

tamamlanmasından itibaren üç yıl geçtikten sonra başvurulabilmesi de ölçüsüzlüğü daha net biçimde göstermektedir. Zira kişi zaten asıl cezayı çekmiştir. Buna rağmen avukatlık mesleğinin icrası için üç yıllık bir sürenin geçmesini beklemek avukatların Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkına yapılan müdahaleyi daha da ölçsüz hale sokacaktır. Dolayısıyla asıl cezanın infazıyla birlikte avukatlık mesleğinin icrasını engelleyen güvenlik tedbirinin sona ermemesi somut kural bağlamında ölçsüzlüğü daha da belirginleştirmektedir.

13. Sonuç olarak yukarıda sıralanan gerekçeyle 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan "...paraya çevrilmiş..." ibaresinin kişilerin Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkına yapılan müdahaleyi ölçsüz hale getirdiği için Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykır olduğundan iptali gerektiği kanaatiyle Mahkememiz çoğunluğunun aksi yöndeki kararına katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ