

- Araştırma Makalesi -

**AVUKATLIĞA ENGEL SUÇLARIN VE
AVUKATLIĞA KABULÜ BEKLETME YETKİSİNİN
ANAYASALLIĞI ÜZERİNE***

*(ON THE CONSTITUTIONALITY OF THE IMPEDIMENTS TO ADMISSION INTO
ATTORNEYSHIP AND THE AUTHORITY OF SUSPENSION OF
ADMISSION PROCESS)*

Dilşad Çiğdem Sever**

ÖZ

Avukatlık mesleği, insan hakları ve özellikle adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi konusundaki işlevleri nedeniyle farklı niteliklere, ilke ve değerlere sahiptir. Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde belli suçlardan veya belli süreyle hapis cezasına mahkûm olmak avukatlığa girişe engel olarak düzenlenmiş ve aynı Kanun'un 72. maddesinde bir avukatın maddede belirtilen suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyeti olması durumunda baro levhasından silineceği düzenlenmiştir. Sayılan suçlar ve iki yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olmak şeklinde belirtilen bu ölçütte ölçülülük ve hukuk devleti ilkeleri açısından anayasaya aykırılıklar bulunmaktadır. Diğer yandan, avukat adaylarının bu suçlardan kovuşturma altında olması durumunda kabul işleminin askıya alınabileceğine ilişkin hüküm masumiyet karinesine aykırıdır ve çalışma hakkını anayasaya aykırı biçimde sınırlandıran bir hükümdür.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık, Avukat Hakları, Hukuk Devleti, Masumiyet Karinesi.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.12.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 09.12.2019 tarihinde birinci hakem; 13.12.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Dr. Öğretim Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cigdem.sever@atilim.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7190-3878

Bu makaleye atıf için, Sever, Dilşad Çiğdem "Avukatlığa Engel Suçların ve Avukatlığa Kabulü Bekletme Yetkisinin Anayasallığı Üzerine", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 8, Sayı: 16, 2019, s. 409-442.

ABSTRACT

The profession of attorneyship has different principles and values due to its functions in the realization of human rights and especially the right to a fair trial. According to the Article 5 of the Attorneyship Act, the imprisonment for certain offenses or imprisonment for a certain period is an impediment to admission into attorneyship, and Article 72 of the same Law stipulates that if a lawyer has a final conviction for the crimes specified in the Article, he/she shall be excluded from the Bar. This criterion is unconstitutional in terms of proportionality and principles of rule of law. On the other hand, the provision regulating that the admission process can be suspended if the lawyer candidates are under prosecution for these offenses, is contrary to the presumption of innocence and violating the right to work in an unconstitutional way.

Keywords: *Attorneyship, Rights of Lawyers, Rule of Law, Presumption of Innocence.*

GİRİŞ

Avukatlık mesleği, Avukatlık Kanunu'nda kamu hizmeti ve serbest meslek olarak düzenlenmiş ve bağımsız biçimde yerine getirileceği belirtilmiş; adalet mekanizması içindeki yeri ve önemi nedeniyle bireysel ve kurumsal olarak diğer mesleklerden farklı bir hukuki rejime tabi tutulmuştur. Kurumsal anlamda önemli birer kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu örneği olarak barolar ve Türkiye Barolar Birliği belli kamusal yetkiler ve öz-düzenleme yetkileriyle donatılmış; bireysel olarak da avukatlar adil yargılanma bakımından işlevlerini yerine getirebilmeleri için belli özel hak ve yükümlülüklerle tabi tutulmuştur.

Mesleğin bu özgün yapısı ve özellikleri hem ulusal düzenlemelerde hem de uluslararası düzeyde yıllar içerisinde artan biçimde karşılığını bulmuştur. Cumhuriyet tarihinde Avukatlık Kanunu ilk olarak 1938 yılında kabul edilmiş¹;1969 yılında ise halen yürürlükte olan 1136 sayılı

¹ Osmanlı döneminde konuyla ilgili ilk düzenleme 13 Ocak 1876 tarihli "Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname"dir. İlk baro seçimi ise 1878'de İstanbul'da yapılmıştır.

Avukatlık Kanunu kabul edilmiştir. Uluslararası düzeyde ise BM tarafından 1990 yılında kabul edilen ve Havana İlkeleri olarak anılan Avukatların Rolü Hakkında Temel İlkeler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce 2000 yılında kabul edilen Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yürütülmesine İlişkin Tavsiye Kararı, Uluslararası Avukatlar Birliği tarafından 2002 yılında kabul edilen Turin İlkeleri, Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi'nce 1988'de kabul edilen Avrupa Hukukçuları Davranış Kuralları, 2006 yılında yine Konseyce kabul edilen Avrupa Hukuk Mesleği Temel İlkeleri Tüzüğü ilk bakışta sayılabilecek normlardır. Bunların hiçbiri bağlayıcı olmadığı için Ocak 2018'de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 2121 (2018) sayılı Avukatlık Mesleğine İlişkin Bir Avrupa Sözleşmesi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Tavsiye kararı hazırlamıştır ve bu konuda çalışmalar devam etmektedir. Buna karşılık, avukatların mesleklerini yürütürken baskı altında tutulması ve bağımsızlıklarının zarar görmesi gibi riskler karşısında avukatların hakları meselesi insan hakları alanında giderek daha fazla tartışılan ve gündeme gelen bir konu haline gelmiş; AİHM de avukatların belli hak ve özgürlüklerini değerlendirirken –bağlayıcı olmayan- bu ilke ve tavsiyelere atıf yapmaya başlamıştır.²

Avukatlık mesleğine özgü düzenlemelerden biri de avukatların tıpkı kamu görevlileri gibi belli suçlardan veya belli süreyle hüküm giymelerinin avukatlığa kabulde ve mesleği yürütmede engel olarak düzenlenmesi, hatta bu tür suçlardan kovuşturma açılmış olmasının mesleğe kabul kararının bekletilmesine yol açabilmesidir. Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında avukatlığa kabule engel olacak durumlar yedi bent³ olarak düzenlenmiştir. Bu hallerden (a) bendinde belli suç tipleri ve belli bir sürenin üzerinde hapis cezasına mahkûm olmak engel olarak sayılmış, hatta avukat olduktan sonra bu suçlardan mahkûm olan-

² Bu ilkelere ve tartışmalara AİHM kararları ekseninde bakan bir çalışma için bkz. D. Çiğdem Sever, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", Ankara Barosu Dergisi, 2018/4, s. 243-258. Anayasa Mahkemesi'nin önüne de bu kapsamda özellikle avukatların ifade özgürlüğü konusunda başvurular yapılmaya başlanmıştır. Bunlardan ilki savunma dokunulmazlığına ilişkin Kenan Gül'ün ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin karar (2015/17892, 19.2.2019), bir diğeri ise Hasan Ercan kararıdır (2015/54, 12.11.2019).

³ Maddenin özgün hali sekiz bent olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi maddenin birinci fıkrasının (c) bendini 28.2.2013 tarihli ve E. 2012/116, K. 2013/32 sayılı kararı ile iptal ettiğinden yürürlükte yedi bent vardır.

ların baro levhasından silineceği düzenlenmiştir.⁴ Devlet Memurları Kanunu ve başka kanunlarda da cezaya bağlı hak yoksunluğu olarak nitelenebilecek bu hükümler özellikle kamusal önemi olan belli faaliyetleri yürütmeye engel olabilmektedir.

Çalışmada ilk olarak, maddede sayılan bazı suçların veya iki yıldan fazla hapis cezası alınabilecek çeşitli suçların avukatlığa kabule engel olması hukuk devleti ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilecektir. İkinci olarak, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve avukat adayı hakkında birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma bulunması halinde, avukatlığa alınma isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilmesine ilişkin hükmün anayasaya uygun olup olmadığı ele alınacaktır.

I. Avukatlığa Engel Olan Suç ve Cezaların Ölçülülük İlkesi ve Hukuk Devleti İlkesine Uygun Olup Olmadığı

Avukatlık mesleğini yürüten kişilerin o mesleği temsil etmeleri bakımından sakıncalı görülen, mesleğin nitelikleriyle bağdaşmayacak bazı suçlardan mahkûm olmaları mesleğe giriş veya sürdürme bakımından engel olarak düzenlenmiştir. 1938 yılında kabul edilen 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde de “şeref ve haysiyeti muhil bir suçtan veya ağır habsi müstelzim bir cürümden mutlak surette yahud bir cürümden bir sene veya daha ziyade hapis cezasile mahkûm olanlar”ın avukat olamayacağı düzenlenmiştir. Yürürlükte olan Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre de; “*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da*

⁴ Maddenin 2001’de değişik halinde hüküm şu şekildeydi: “Taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olmak”. Buradaki “gibi yüz kızartıcı suçlar” ifadesinin Türk Ceza Kanunu’nda tanımlı olmaması ve belirsiz bir içeriğe sahip olması karşısında 2008 değişikliklerinde bu terim (a) bendinde yer almamışsa da ikinci fıkrada “sayılan yüz kızartıcı suçlardan biri” ifadesi korunmuştur. Bu ifadenin (a) bendindeki sınırlı sayıda sayma yöntemine uygun şekilde yorumlanması gerekir.

Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) 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” avukatlığa kabule engel olacaktır. Kanun’un 72. maddesine göre de avukatın bu suçlardan birinden kesinleşmiş mahkûmiyeti olması levhadan silinmeyi gerektiren hallerden biri olarak sayılmış, 136. maddede ise meslekten çıkarmayı gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

Kamusal niteliği olan belli faaliyetlerde belli suçlardan hüküm giymeme koşulunun getirilmesi konusunda ölçülülük ilkesine uygun olması (mesleğin yürütülmesinde sakıncalı olacak nitelikte, elverişli suçlar belirlenmesi) ve hukuk devleti ilkesi doğrultusunda kamu yararı amacına yönelmesi koşuluyla kanun koyucunun belli bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Bu noktada sorulması gereken, Kanunda belirlenen suçların ölçülülük ilkesi ve hukuk devleti ile uyumlu olup olmadığıdır.

Mesleğe kabul veya çıkarılma koşullarının belirlenmesi çalışma hakkı bakımından önemli bir sınırlandırma içerdiğinden bu normun öncelikle Anayasa’nın 13. maddesindeki koşullara uygun olması gerekir. Bu koşullar bakımından değerlendirilmesi gereken en önemli iki sınır da ölçülülük ilkesi ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarıdır. Bu değerlendirme yapılırken avukatlık özelinde şu sorular sorulmalıdır: (1) Söz konusu sınırlama istenen amaç bakımından gerekli midir? Yani, bu suçlardan mahkûm olan bir kişinin avukatlık yapmaması kamu yararı açısından gerekli midir? (2) Söz konusu sınırlama istenen amaç bakımından elverişli bir araç mıdır, yoksa daha az sınırlarıcı başka bir araçla da aynı amaç gerçekleştirilebilir mi? Bir başka deyişle müdahale zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap vermekte midir? (3) Avukatın mahkûm olduğu suç ile avukatlık yapamamasına ilişkin müdahale orantılı mıdır? Tüm bu soruları yanıtladırken arka planda değerlendirilmesi gereken ise bu sınırlamanın kamu yararına yönelip yönelmemesidir.

Bağdaşmayan suçlarla ilgili farklı normlara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi ilk defa 1989 yılında verdiği bir kararda⁵ konuyu değerlendirmiş ve ret kararı vermiş; daha sonra 2010 yılında verdiği bir kararın-

⁵ E. 1988/50, K. 1989/27, 23.6.1989, RG. 4.10.1989/20302.

da⁶ maddeye eklenen bazı ibareleri iptal etmiştir. Öncelikle bu iki kararda Mahkeme'nin yargısal tutumunun belli açılardan farklı olduğunu belirtmek gerekir.

Mahkemenin 1989 yılında verdiği kararında Avukatlık Kanunu'nun yürürlükte olan 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şu şekildeydi: "Kesinleşmiş bir kararla yüz kızartıcı bir suçtan veya ağır hapsi gerektiren bir cürümden mutlak olarak yahut kasdi bir cürümden bir sene veya daha ziyade hapis cezası ile hüküm giymek". Anayasa Mahkemesi "ağır hapsi gerektiren bir cürümden" ifadesiyle sınırlı olarak yaptığı incelemesinde bu koşulun belirlenmesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkemeye göre, "*Meslekle bağdaşmasını uygun bulmadığı eylem ve durumları, meslek disiplin ve ahlâkı kapsamında düşünen Yasakoyucunun takdirinde anayasal ilke ve kurallar yönünden sakatlık yoksa buna karışılmaz. Mesleğin genel yararı, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni egemen kılma çabası, salt avukatlık işlemleriyle sınırlandırılmaz. Geniş biçimde değerlendirilmesi mesleğin özelliği gereği olan bu alan, bir anlamda özel yaşamı bile kapsar. İnan ve güven sarsıcı durumlar, kaçınılmaz olaylar sonucunda ortaya çıksa da meslek üyesi, mesleği için özveride bulunarak çekilebilecektir.*" Mahkeme bu gerekçeyle düzenlemeyi ölçülülük ilkesine aykırı bulmamış ve bu konuda kanun koyucunun takdiri bulunduğunu, Mahkemenin bu takdire müdahale edecek bir karar veremeyeceğini vurgulamıştır.

2010 tarihinde verdiği kararda ise maddeye eklenen "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk," ibaresini şu gerekçeyle iptal etmiştir:

"...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.

⁶ Anayasa Mahkemesi, bu değerlendirmeye dayanarak maddeye eklenen "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk," ibaresini iptal etmiştir. E. 2008/17, K. 2010/44, 25.2.2010, R.G.: 01.12.2010-27772.

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 mahkûm 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.”⁷

İki karar arasındaki en temel fark, Mahkemenin ilk kararda pasif yargısal tutum sergilemesi, ikinci kararda ise yasa koyucunun takdir yetkisini vurgulamasına karşın daha aktif davranması ve meseleyi bir temel hak ve özgürlük meselesi olarak ele almasıdır. Diğer yandan, insan hakları hukuku alanında yaşanan dönüşüm ve özellikle ölçülülük konusunda mahkemenin içtihadındaki gelişmeler iki karar arasındaki dönemsel fark bakımından da önemlidir.

Maddenin son halinde iki tür suç tipi belirlendiği görülür: (a) kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezası, (b) sınırlı sayıya yoluyla sayılan suç tipleri. İkinci kategorideki suç tipleri de devlet güvenliğine (TCK 302-308)⁸ ve anayasal düzene karşı suçlar (TCK 309-316) ile hırsızlık, rüşvet, dolandırıcılık gibi bir avukatta olmaması beklenen ve güveni sarsacak nitelikte bazı suçlardır. Ölçülülük

⁷ E. 2008/17, K. 2010/44, 25.2.2010, R.G.: 01.12.2010-27772.

⁸ Devlet güvenliğine karşı suçlar TCK'da 302-308, anayasal düzene karşı suçlar 309-316 maddeleri arasında düzenlenmiştir; buna karşılık terörle ilgili suçların tamamının bu kapsamda olduğuna yönelik yanlış ve yaygın bir kanı bulunmaktadır. TMK'da terör suçları ve terör amacıyla işlenen suçlar diye bir ayırım yapılarak Ceza Kanunu'na atıf yapılmış, ayrıca özel suç tipleri oluşturulmuştur. Buna göre terör suçları TCK 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlarken, terör amaçlı suçlar TCK'da çok sayıda maddede düzenlenen suçların Kanundaki terör amacını gerçekleştirmek üzere işlenmesidir ve son derece geniş kapsamlıdır. Avukatlık Kanunu'nda sayılan 302-316 hükümlerinin tamamı terör suçu ya da terör amacıyla işlendiğinde TMK kapsamında suç olabileceksin de terör suçları ve terör amaçlı suçlar çok daha geniştir. Bu sayılanlar dışında TMK'nın kendisi de bir özel ceza kanunu olarak özel suç tipleri (propaganda) düzenlemiştir. Bir örnek vermek gerekirse terör örgütü üyeliğine ilişkin 7/1 hükmü TCK 314'e atıf yaptığı için bu kapsama girecekken 7/2'de yer alan propaganda suçu TMK ile getirilen özel bir suç tipi olduğundan Avukatlık Kanunu 5. maddesinde sayılan suç tiplerinden olmayacak; ancak iki yıldan fazla hapis cezası verilirse bu kapsama girecektir.

ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken mesele, kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezası alınabilecek suçların avukatlığa engel suç olmasıdır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi cezaların süresinin bir ölçüt olarak kullanılabilceğini ifade etmiş gibi görünse de Ceza Kanunu'nda iki yıl ve üzeri hapis cezası verilebilecek suçların işlenmesi ile avukatlık mesleğinin yürütülmesi arasında ölçülülük olup olmadığı bazı örnekler üzerinden değerlendirilmelidir.

Ceza süresini belirleyen kural, meslekle ilgili suçlardan ceza almayı gerektirmediği için avukatlık mesleğinin yürütülmesi ile hiçbir ilgisi olmayabilecek "İmar kirliliğine neden olma suçu" bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasını gerektirdiği için avukatlığa engel olabilecektir. Hatta örneğin eşcinsel ilişki içeren görüntü ya da yazı bulunduran bir avukatın müstehcenlik suçunu işlediği için bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası alarak avukatlık yapamaması gibi bir sonuca yol açabilecektir.⁹

İki yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçların niteliği değerlendirilirken bu kapsamda avukatlık mesleği bakımından baskı ve caydırıcılık anlamına gelebilecek suçlar olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin mahkemeleri alenen aşağılamanın da suç olarak düzenlendiği 301. maddenin üst sınırı da iki yıl olup bu suçun Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olması avukatlar açısından bir baskıya dönüşebilecektir. Devlete yöneltilen bir davada bir avukatın savunma kapsamındaki sözleri devleti veya hükümeti alenen aşağılamak kapsamında görülebile-

⁹ TCK 226/4 hükmü şu şekildedir: ... doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Maddede yer alan doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresi mahkemelerce eşcinsel ilişkiyi içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise böyle bir anlam çıkmayacağı gibi "ilginç" bir gerekçeyle maddeyi iptal etmemiştir: "Söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. "Doğal olmayan yol" kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur". (E. 2014/118, K. 2015/35) Yargıtay çok uzun süre eşcinsel görüntü içeren yayınları bu kapsamda değerlendiriyordu ve sonraki iki yılda da değerlendirmeye devam etmiştir. 2017'de bu içtihadında bir dönüşüm olmuşsa da bu durum yeniden bir içtihat değişikliği olmayacağı anlamına gelmemektedir.

ceği gibi bir davaya ilişkin yargı organlarına ilişkin eleştirilerinin TCK 301. madde kapsamında olup olmayacağının tartışılması önemli bir caydırıcı etkiye sahip olabilecektir. Türkiye’de avukatlarla ilgili 301. madde yargılamalarına rastlamak mümkündür.¹⁰

Avukatlar üzerinde baskıya yol açabilecek bir başka örnek de TCK 299. maddede düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçudur. Özellikle cumhurbaşkanının karşı taraf olduğu bir davada avukatlık mesleğini yürüttüğü için bu ceza tehdidi ve bu tehdide bağlı olarak meslekten men edilme riski altında bırakılması avukatlık mesleği bakımından kabul edilebilir değildir. Türkiye’de bir avukatın temyiz dilekçesinde yazdıkları nedeniyle bu suçtan yargılanması¹¹ bile tek başına avukatların ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcılığı nedeniyle hak ihlaline yol açar ve son derece sakıncalıdır.

Benzer şekilde, Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen terör örgütü propagandası suçunun bir avukat bakımından avukatlık mesleğiyle bağlantılı faaliyetleriyle –örneğin duruşma salonunda söyledikleriyle- ilgili olarak değerlendirilmesi riski de avukatlık mesleği açısından temel bir ilke olan özdeşleştirilme yasağına

¹⁰ Haberlerden takip edilebildiği kadarıyla örneğin mahkemelere ilişkin ifadeleri nedeniyle Avukat Veysel Ok hakkında yargıyı aşma kapsamında 301. maddeden yargılanması için izin istenmiş ve yargılama başlamıştır. Görevsizlik kararı verildiğinden dava hala devam etmektedir. <https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/175370-avukat-ok-hakkinda-301-davasi-icin-izin-istendi>) Bir başka örnekte Avukat Turgay Bek hakkında bir davada faillerin korunduğuna ilişkin bir basın açıklaması nedeniyle 301. maddeden dava açılmış, ancak beraat etmiştir. (<https://www.evrensel.net/haber/271160/hakkinda-301inci-maddeden-dava-acilan-avukat-tugay-bek-beraat-etti>) Diyarbakır Barosu yönetiminden avukatlar hakkında baronun basın açıklamaları nedeniyle 301. maddeden soruşturma açılmıştır. (Haber için: <https://bianet.org/bianet/insan-haklari/204091-diyarbakir-barosunun-basin-aciklamalarina-301-sorusturmasi>) 301. maddenin eleştiri kapsamındaki ifadeleri cezalandırmadığı söylenebilecekse de avukatlar açısından bu sınırın nasıl çizilebileceği ve herhangi bir bireye göre daha geniş sınırlar kabul edilmesi gerektiği de tartışılmalıdır. Diğer yandan, bu tehdidin kendisi bile bir hak ihlaline yol açabilecek niteliktedir.

¹¹ Çok sayıda cumhurbaşkanına hakaret davasında avukatlık yapan Av. Özgür Urfa temyiz dilekçesindeki ifadeleri nedeniyle üç yıl sonra 299. maddeye dayanılarak hakim karşısına çıkmıştır. Haberin ayrıntıları için (<https://t24.com.tr/haber/temyiz-dilekcesi-yazan-avukata-erdogan-a-hakaret-ten-dava,808043>; <https://odatv.com/temyize-giden-avukata-cumhurbaskanina-hakaret-davasi-01111800.html>)

aykırı olabilecek ve bu nedenle bir avukatın ruhsatını kaybetmesi riskine yol açabilecektir. Havana Kurallarında Avukatlık Faaliyetlerine İlişkin Güvenceler başlığı altında 18. maddede yer alan hükme göre, “Avukatlar görevlerini icra etmeleri nedeniyle müvekkilleriyle veya müvekkillerinin davalarıyla özdeşleştirilemezler”. Özdeşleştirilme yasağı ile avukatların savundukları müvekkilleri ve avukatlık faaliyetleri nedeniyle kamuoyu veya devletçe olumlu veya olumsuz biçimde etiketlenmesinin ya da kriminalize edilmesinin önlenmesi amaçlanır. Özdeşleştirilme yasağı bir yandan avukatların bağımsızlığını, diğer yandan da bu tür bir etiketlenme nedeniyle savunma hakkı ihlal edilebilecek kişilerin adil yargılanma hakkını koruyan bir ilkedir.

Bu konuda AİHM’in son dönemlerde -gazeteciler kadar olmasa da- bir meslek grubu olarak avukatların ifade özgürlüğü bakımından daha geniş sınırlar bulunması gerektiğini vurguladığını belirtmek gerekir. Bir avukata mahkemeye ilgili yaptığı bir basın açıklaması nedeniyle hakaret suçundan para cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilen *Morice v. Fransa* kararında Mahkeme bunu şu şekilde ifade etmiştir: “*Avukatların ifade özgürlüğü meselesi, adil bir yargısal düzenin etkili biçimde yürütülmesi için çok önemli olan avukatların bağımsızlığıyla da ilgilidir. Demokratik bir toplumda savunma avukatının ifade özgürlüğünün –çok hafif bir ceza ile bile olsa- sınırlandırılması sadece istisnai durumlarda gerekli olabilir*”.¹² Bu noktada, avukatların ifade özgürlüğünün koruma alanının duruşma sırasında veya yazdıkları ifadeler bakımından daha geniş olduğunu, bu ifadelerin adil yargılanma hakkıyla ilişkisi bakımından yoğun koruma gerektirdiğini özellikle belirtmek gerekir. Oysa, Avukatlık Kanunu ya da Ceza Kanunu bakımından şerefe karşı suçlara ilişkin 128. madde dışında bu tür bir ayırım yapılmadığından¹³ bu ifadeler nedeniyle mahkemeyi aşağılama veya cum-

¹² *Morice v. Fransa*, (Genel Kurul) 23.04.2015, 29369/10, Par. 135.

¹³ İddia ve savunma dokunulmazlığı başlıklı 128. maddeye göre; “(1) Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir”. Bu hüküm genel hükümler kısmında olmayıp şerefe karşı suçlar kısmında olduğundan bahsedilen ve Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar bölümünde yer alan 299. veya 301. madde bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. 299. madde şerefe karşı suçlar bakımından özel bir hüküm

hurbaşkanına hakaretten bir avukatın iki yıl ve üstünde hapis cezası alması durumunda avukatlık yapması da engellenebilecektir. Ayrıca, avukatların üstlendikleri davalara ilişkin mahkeme dışındaki açıklamalarının da korunması özel öneme sahiptir. Bu ifadeler de avukatların işlevlerinin bir parçası olabilecektir ve avukatın özellikle toplumun dikkatini çeken davalarda -gizlilik gerektiren konular dışında ve dava sınırları içerisinde kalmak koşuluyla- kamuoyunu bilgilendirmesinde de fayda vardır. Havana İlkeleri'nin 23. maddesinde de bu durum "Avukatlar özellikle, hukukla, adalet sistemiyle ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması ile ilgili konularda kamusal tartışmalara katılma ve yasal faaliyetleri veya yasal bir örgüte mensup olmaları nedeniyle mesleki kısıtlamalara maruz kalmaksızın, yerel, ulusal veya uluslararası örgütler kurma veya bunlara mensup olma ve bunların toplantılarına katılma hakkına sahiptir" şeklinde ifade edilmiştir.

Avukatların mesleklerini yürütürken baskı altında kalmasına yol açabilecek başka örnekler de bulmak mümkündür. Örneğin TCK 327. maddede "Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme suçu" Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin etmek olarak tanımlanmış ve üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Gizli kalması gereken bilgiler konusunda bir özel düzenleme olmadığından ve avukatlar bakımından bir istisna hükmüne de yer verilmediğinden avukat açısından müvekkili nedeniyle bu tür bilgileri temin etmenin kendisi suç olarak görülebilecek ve avukatlık mesleğini yapmasına engel olabilecektir. Yine 329. maddede düzenlenen "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" suçunun da meslekle ilgili olarak mahkemeye bazı bilgileri sunmak nedeniyle işlendiği ileri sürülebilecektir.

Devletin güvenliğine karşı suçlar arasında sayılan ve TCK 305. maddede düzenlenen "Temel Milli Yararlara Karşı Faaliyette Bulunmak İçin Yarar Sağlama" suçu "Temel millî yararlara karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlamak" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre temel milli yararlar bağımsızlığa, toprak bütünlüğüne, milli güvenliğe ve

niteliğinde olduğundan 128. maddenin uygulanabileceği düşünülebilecekse de 301. madde bir gerçek kişiye yönelmediğinden şerefe karşı suçlar kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine ilişkin olup bir avukatın “milli güvenliğe aykırı” görülen bir yabancı müvekkili bulunmasının bu suç kapsamına sokulmaması konusunda herhangi bir güvence bulunmamaktadır.

Tüm bu suçların ceza tehdidinin yanı sıra mesleği yürütmeye engel olarak düzenlenmesinin yaratacağı caydırıcı etki özellikle değerlendirilmelidir. Bu konuda AİHM’in *Akçam* kararında belirttiği şekilde normun yarattığı endişenin kendisinin ifade özgürlüğü bakımından mağdur olma sıfatı için yeterli olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu norm nedeniyle bir avukatın mesleğinden men edilme riskini dikkate alarak örneğin cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili olabilecek bir davayı almaktan kaçınması veya Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri içerebilecek bir davada yer almaktan çekinmesi ihtimalinin kendisi bir hak ihlali yol açabilecektir.¹⁴ Üstelik bu hak ihlali sadece avukatın şahsını değil, müvekkilinin adil yargılanma hakkını da etkileyebilecek niteliktedir.

Buna karşılık, avukatlık mesleği bakımından son derece önemli sakıncaları olan “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” (md. 277), “Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme” (md. 281), “Kaçmaya imkan sağlama” (md. 294) gibi suçlar 5/1-a bendinde sayılan suçlar arasında yer almadığından bu suçlardan iki yılın

¹⁴ Akçam kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “...bir kişi, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 22 Kasım 1981, § 41, Series A no. 45; yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31, ve yukarıda bahsedilen *Bowman*) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir kişi grubunun üyesi ise (Bkz. *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 42, Series A no. 112, ve *Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 29 October 1992, Series A no. 246-A) -tikel bir icrai tedbirin yokluğunda dahi- bir yasanın, haklarını ihlal ettiğini ileri sürmesi serbesttir. Mahkeme, ayrıca, bir kişiyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirebilecek böyle bir korku ihtimalini dikkate alarak, netice itibarıyla beraat verilse dahi, ifade özgürlüğünün kullanımında yaptırım korkusunun dondurucu etkisini kaydeder. (Bkz, *mutatis mutandis*, *Lombardo ve diğerleri v. Malta*, no. 7333/06, § 61, 24 Nisan 2007; *Association Ekin v. Fransa* (dec.), no. 39288/98, 18 Ocak 2000 ve *Aktan v. Türkiye*, no. 20863/02, §§ 27-28, 23 Eylül 2008)”. Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011, par. 68. (Tolga Şirin’in çevirisinden yararlanılmıştır: <https://bianet.org/bianet/dunya/134448-aihm-intaner-akcam-karari-turkce-de>)

altında kesinleşmiş mahkumiyetin varlığı avukatlık yapmaya engel olmayacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükmü Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi model alınarak hazırlanmıştır. İki madde arasındaki tek fark, kamu görevliliği için bir yıl hapis cezası, avukatlık için iki yıl hapis cezasının engel sayılması¹⁵ ve kamu görevlileri için sayılan suç tiplerinde “affa uğramış olsa bile” ifadesi bulunmasına karşılık avukatlıkta böyle bir ifade bulunmamasıdır. Oysa, kamu görevliliği ile avukatlık mesleği birbirinden son derece farklı statüler olup özellikle memurlar bakımından devletle kurulan bağlılık ilişkisi, hiyerarşik yapılanma, işlevsel farklılık gibi nedenlerle farklı düzenleme öngörülmesi gerekir. Kamu görevlileri açısından ölçülü olabilecek bir sınırlandırmanın avukatlar bakımından ölçülü olmayabileceği, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı bakımından memurlar ile avukatların aynı kabul edilemeyeceği, avukatlık mesleğinde korunması gereken farklı değer ve ilkeler olduğu, bu ilkelere göre kamu görevlileri bakımından sakıncalı olmayabilecek suçların avukatlık için sakıncalı olabileceği getirilecek kurallarda mutlaka gözetilmelidir. Bu haliyle ilgili maddenin avukatlık mesleğinin özgül niteliklerini dikkate aldığını, bu bakımdan da kamu yararına yönelik bir düzenleme olduğunu söylemek son derece güçtür.

II. Kovuşturma Nedeniyle Bekletme Yetkisine İlişkin Hükmün Anayasaya Aykırılığı

Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir”. Söz konusu hüküm çalışma hakkının sınırlandırılması, masumiyet karinesi ve hukuk devletiyle bağlantısı nedeniyle bu açılardan da değerlendirilmeye muhtaçtır.

¹⁵ Kanun koyucunun hekimler için benzer bir yaklaşımla 1219 sayılı Kanunun 28. Maddesinde hekim olma koşullarında aynı suçların yazıldığı, sadece ceza süresinin beş yıl olarak belirlendiği görülür. Memurlar için bir yıl, avukatlar için iki yıl, hekimler için beş yılın hangi kritere göre ve nasıl bir kamu yararı ölçütü dikkate alınarak belirlendiğini anlamak son derece güçtür.

A. Hükümün Masumiyet Karinesi (AY 38/4) Açısından Değerlendirilmesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan masumiyet karinesi, dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinden alır. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasına göre "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz". Madde gerekçesinde masumiyet karinesi şu şekilde açıklanmıştır: "*Sanığın, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; "beyyine külfeti"nin iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını "makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde" ispat etmesiyle "çürütülmüş" olacak ve bu halde de mahkeme mahkûmiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı olacaktır.*"¹⁶

İdari yaptırım dendiğinde, özel kanunlarda düzenlenen disiplin cezaları ile Kabahatler Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle idari para cezaları ve idari tedbirler anlaşılır.¹⁷ Anayasa'nın 38. maddesinin hem başlığında, hem de içeriğinde genel olarak suç ve ceza kavramları kullanılmıştır ve hüküm sadece ceza hukukuna ilişkin bir madde olmayıp aynı zamanda idari yaptırım hukuku bakımından da uygulama alanı bulan bir maddedir. Hatta maddenin 10. fıkrası doğrudan idareye yönelen bir hüküm olup genel ilke niteliğinde olan suç ve cezalarda kanunilik, cezaların şahsiliği, masumiyet karinesi, geçmişe yürüme yasağı idari yaptırım hukuku bakımından da geçerli ilkelerdir.¹⁸ Buna karşılık, "Adil yargı-

¹⁶ 1982 Anayasası gerekçeli tasarısı: (Millî Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 450 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982anayasas%C4%B1ilkmetin/mgk_01007118ss0450.pdf

¹⁷ İdari yaptırımlar bakımından genel kanun niteliğine sahip olan Kabahatler Kanunu'nun "Yaptırım türleri" başlıklı 16. Maddesine göre, "(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. (2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir".

¹⁸ Örneğin bir idari para cezasında masumiyet karinesinin ihlaline ilişkin Ahmet Altuntaş vd. kararı, 2015/19616, 17.5.2018; Tarım arazisinde anız yakılması nedeniyle verilen idari para cezasında malikin sorumlu olduğunun varsayılmasının masumiyet karinesini ihlal ettiği hakkında A. A vd. kararı, 2015/19616, 17.5.2018; Remzi Durmaz, 2013/1718, 2.10.2013. Ayrıca bir disiplin cezasında masumiyet karinesinin ihlal edildiği hakkında DANIŞTAY 16. DAİRE, E. 2015/8892, K. 2015/1827, T. 17.4.2015; "henüz hakkında dava açılan ve dava sonuçlanana kadar "masum" sayıl-

lanma Hakkı” başlıklı AİHS 6. maddenin kapsamı Anayasa’dan farklı olarak “medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” şeklinde belirlenmiş; maddenin çeşitli yerlerinde mahkemeye başvurma hakkı, duruşmalar gibi yargılamaya ilişkin hükümlere özel olarak yer verilmiştir. Buna karşılık, Mahkeme sözleşmede geçen yargılama yetkisi, cezai isnat ya da medeni hak ve yükümlülük kavramlarını ulusal hukuktan özerk kavramlar olarak ele alarak adil yargılanma hakkı güvencelerini bu madde kapsamındaki işlemler için de uygulayabilmektedir. İdari yaptırımlar 6. madde kapsamında yaptırımın niteliğine göre cezai bir isnat niteliğinde görülebildiği gibi,¹⁹ sonuçları nedeniyle medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olabilmektedir.²⁰ Avukatlık özelinde bekletme yetkisi çalışma hakkını engeller nitelikte olduğundan medeni hak ve yükümlülükleri etkileyen nitelikte bir idari işlem olarak değerlendirilmeli ve adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler uygulanmalıdır. Ayrıca, bu işlemin sebep unsurunun bir ceza yargılaması olması da bu bağlamda özellikle dikkate alınmalıdır.²¹

ması gereken davacının, suç işlediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle ve anılan Kanun hükmü uyarınca Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyeliği görevine son verilmesi işleminin masumiyet karinesine aykırı olduğu için iptal edilmesi hk. Danıştay 12. Daire, E. 2004/2238, K. 2007/881, T. 28.2.2007.

¹⁹ Remzi Durmaz, B. No: 2013/1718, 2.10.2013, par. 26; Düzgit Yalova Gemi İnşa Sanayi A.Ş., B. No. 2013/8756, 15/4/2015, par. 29-30. Aynı yönde Türkiye ile ilgili bir AİHM kararı: Hüseyin Turan v. Türkiye, B. No: 11529/02, 04.03.2008, par. 17-21.

²⁰ Kamu hukuku alanındaki işlemlerin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olması özel hukuk alanındaki hakları etkileyen veya parasal hakların korunmasına ilişkin olabilmektedir. Konuyla ilgili sayılabilecek başvurularda AİHM örneğin bir özel kliniğin açılmasına ilişkin karar sürecinde (König v. Almanya, 6232/73, 28.06.1978, par. 94-95), bir mesleğin yürütülmesine ilişkin kararda (Benthem v. Hollanda, 8848/80, 23.10.1985 par. 36), içki servisi yapılabilmesine ilişkin izin işleminde (Tre Traktörer Aktiebolag v. İsveç, 10873/84, 07.07.1989 par. 43), iş kazası veya hastalığı nedeniyle tazminatla ilgili uyuşmazlıkta (Chaudet v. Fransa, 49037/06, 29.10.2009 par. 30); bir fabrika (Cargill) kurulmasına ilişkin izinde (Bursa Barosu Başkanlığı vd. v. Türkiye, 25680/05, 19.06.2018); balık tutma yasaklarına ilişkin işlemde (Alatulkila vd. v. Finlandiya, 33538/96, 28.07.2005 par. 49) 6. Madde güvencelerinin geçerli olduğuna hükmetmiştir.

²¹ Örneğin O. V. Norveç kararında Mahkeme, ceza mahkemesinde verilen beraat kararının ardından başvuruçuların açtığı tazminat davasının bu nedenle 6. madde kapsamına girdiğine karar vermiştir. (O. v. Norveç, 29327/95, 11/02/2003, par. 33-41.

Üçüncü fıkrada düzenlenen durum, maddenin birinci fıkrasının (a) bendinden farklı olarak cezaya bağlı bir hak yoksunluğu değil, ileride bir mahkûmiyet kararı verilmesi “ihtimali” gözetilerek getirilen bir idari tedbirdir ve kovuşturma süresince avukatlık ruhsatının verilmesinin bekletilmesini içerir.

Hükmün uygulamasını belirleyen temel kavramlardan biri kovuşturma kavramıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde, kovuşturmanın iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği belirtilmektedir. Kanun'un 170. maddesinin (2) numaralı fıkrasında soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyi oluşturması durumunda Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyeceği, 175. maddede ise iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmış olacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı öngörülmektedir.

Kovuşturma aşamasının başlamasının en önemli unsuru olan iddianamede yapılan hukuki nitelendirme, yani suçun niteliği yargılama sırasında değişebileceği gibi mahkemece beraat kararı da verilebilecektir; benzer şekilde, hüküm verildikten sonra kesinleşme için tüketilmesi gereken kanun yolları aşamasında istinaf ya da temyiz sırasında suçun niteliği değişebileceği gibi beraat kararı da verilebilir. Diğer yandan, yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlara başvurulması da mümkündür ve bu kararın verilmesi de avukatlığa engel olmayacaktır.²² Sonuç olarak, bir kişinin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinin evrelerinden olan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ise kişi kesin hükümle mahkûm olmadığından suçlu olarak nitelendirilemez ve bu suç nedeniyle hakkında ceza hukuku alanına giren yaptırımlar uygulanamaz. Masumiyet karinesi Anayasa'nın olağanüstü

²² Bu mesele ayrı bir çalışmanın konusu olabileceksin de mülga ceza mevzuatı döneminde Danıştay'ın bir içtihadı birleştirme kararının (E. 1990/2, K. 1990/2, 15.11.1990) 2375 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra erteleme kurumunda yaşanan değişimle birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması için kabul edildiğini belirtmek gerekir. Bu yönde görüşler için bkz. Mehmet Karaarslan, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, AÜHFD, 2009, 58/1, s. 108; Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, Legal Yayınları, 2017, s. 37, 1007; Yasin Sezer ve Ali İhsan İpek, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, s. 43-74.

dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına ilişkin 15. maddesinde de çekirdek alanda sayılmıştır.²³

Anayasa Mahkemesi'nin başka bireysel başvuru kararlarında da vurguladığı üzere, suç isnadı mahkûmiyete dönüşse bile söz konusu mahkûmiyet hükmü hukuksal anlamda kesinleşmediği sürece masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Çünkü bu durumda Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrası ile Sözleşme'nin 6. maddesinin iki numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle suçlu sayılamaz.²⁴

Danıştay da bir kararında Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan ve Avukatlık Kanunu'na benzer şekilde genel şartları düzenleyen 48. madde hükmünde yer alan "mahkum olmak" koşulunu değerlendirirken masumiyet karinesi gereği "mahkum olmak" ibaresinin ancak mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ile mümkün olduğunu ve bu nedenle hakkında mahkûmiyet kararı verilip henüz kesinleşmeyen kişinin 98. madde uyarınca kamu görevinden çıkarılamayacağını belirtmiştir.²⁵

Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen ve bekletme kararı olarak nitelenebilecek karar içerik itibarıyla bir idari tedbir niteliğinde olup, biçimsel olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu 10. madde anlamında kesin olmayan bir cevap mahiyetindedir.²⁶ Söz konusu işlem ceza hukukuna ilişkin bir durumun idare hukuku alanında sonuç doğurması özelliğiyle bir idari tedbir görünümündedir. Bu noktada, üzerinde durulması gere-

²³ AYM'nin bir ret kararında karşı oy gerekçesi yazan dört üye buna dayanarak masumiyet karinesini mutlak hak olarak nitelmiştir. AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, 2.5.2018, R.G.: 6/6/2018 – 30443, karşıoy par. 6.

²⁴ Mustafa Kıvrak kararı, B. No: 2013/3175, 20.2.2014, par. 34.

²⁵ 12. Daire, E. 2003/2375, K. 2005/4465, 9.12.2005.

²⁶ İşlemin bir tedbir olarak Kanun'da özel bir hükümlerle düzenlenmiş olması nedeniyle ayrı bir hukuki sonuç doğuran müstakil bir işlem olduğu ileri sürülebilecekse de ruhsat ve izin talebi gibi işlemlerde kesin olmayan cevap hukuki sonuçları bakımından aynı etkiye sahiptir. İYUK 10 geniş bir kapsama sahip olup örneğin başka bir işlemin/davanın sonucunun beklenmesi şeklinde kesin olmayan cevaplar verilmesi de mümkündür. Diğer yandan, bekletme kararının ayrı bir işlem olarak kabul edilmesi işlemin muhatabının altı aylık bekleme süresini kullanma imkanını ortadan kaldıracaktır. Oysa, altı aylık bekleme süresi işlemin muhatabının bir süre bekleyip dava açıp açmamaya karar vermesi ve olası bir ret durumunda yeniden bir başvuru yapmak zorunda olmaması anlamına geldiğinden kişilerin bu haktan mahrum bırakılmaması adil yargılanmanın temel ilkelerine daha uygun bir yorum olacaktır.

ken temel soru, masumiyet karinesinin bu idari tedbir bakımından uygulanmamasının anayasallığı sorunudur.

Ceza yargılaması ile kurulacak bir idari işlem arasında mevzuattan kaynaklanan belli bağlantılar olabilmektedir. Örneğin bir suçun aynı zamanda yaptırım hukukunun konusu bir eylemle benzerlik göstermesi, yani belli kesişim noktaları olması mümkündür. Bu durumlarda ceza yargılamasının kurulacak idari işlemlere etkisi olay bazlı değerlendirilmektedir. Esasa ilişkin bir beraat kararı ceza yargılamasına bağlı olarak verilen bir idari yaptırımı hukuka aykırı hale getirecekken örneğin disiplin normu alanının daha geniş veya ispat standardının daha düşük olması nedeniyle aynı etkiyi yaratmayabilecektir. Benzer şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılması ya da erteleme gibi durumlarda bu kararın idari işleme farklı biçimde olabilecektir. Masumiyet karinesi açısından değerlendirildiğinde, bir eylem görevi kötüye kullanma düzeyine erişmediğinden kişi beraat etmişse de disiplin suçu daha geniş tanımlandığından örneğin “verilen emir ve görevlerin yerine getirilmesinde kusurlu davrandığı” gerekçesiyle disiplin cezası verilmesi masumiyet karinesine aykırılık oluşturmayacaktır. Hatta bu tür durumlarda disiplin suçu ile cezanın tanımı ve kapsamı arasında farklılık olduğundan ceza yargılaması devam ederken bu cezanın verilmesi de mümkündür.

Avukatlık Kanunu örneğinde henüz bir mahkeme kararı olmadan işlem tesis edilmesi ve söz konusu işlemin tek dayanağının kovuşturmanın varlığı olması, üstelik var olan eylemin avukatlık mesleğiyle bir ilgisi olmaması bu hükme farklı bir nitelik vermektedir. Sadece kovuşturmanın varlığı nedeniyle kişi üzerinde önemli bir hak sınırlaması anlamına gelecek ve süresi belirsiz bir ertelemeyi içeren bir idari işlem kurulmaktadır ve bu nedenle kurulan işlemin neye dayanılarak yapıldığının nitelenmesi masumiyet karinesi açısından özel bir öneme sahiptir.

Bu noktada, yapılması gereken ayırım, idari tedbir kararının idarenin yürüttüğü kamu hizmeti açısından kendi değerlendirmesi sonucu mu alındığı, yoksa sadece kovuşturmanın sonucu olarak mı düzenlendiğidir. *İdarenin kovuşturma gerektiren eylemle ilgili olarak kendi yürüttüğü kamu hizmetine ilişkin değerlendirmesi sonucunda bir önlem alması durumunda masumiyet karinesi ihlal edilmeyebilecekken kendi sunduğu hizmete ilişkin ve ceza yargılamasına konu olan eylemle ilgili olarak herhangi bir değerlendirmesi olmaksızın kovuşturmanın varlığı doğrudan sonuç doğuruyorsa bu durumda masumiyet karinesi ihlal edilmiş*

olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin de benzer idari tedbirlere ilişkin kararları izlendiğinde yaklaşımının buna göre değişkenlik gösterdiği görülür.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı vermediği durumlardan biri, Petrol Piyasası Kanunu'nda akaryakıt kaçakçılığı faaliyetlerine ilişkin tespit üzerine açılan soruşturma veya kovuşturma üzerine rafineriler hariç olmak üzere faaliyet durdurma ve lisans verilmemesine ilişkin hükümle ilgilidir.²⁷ Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda suç olarak düzenlenen kaçakçılık, Petrol Piyasası Kanunu bakımından da usulsüz bir kullanım içermekte ve aynı zamanda idari yaptırıma konu olabilmektedir. Petrol Piyasası Kanunu'nda ruhsat veren idarenin yaptığı bir denetim sonucunda bir usulsüzlük tespit edilmekte ve bunun üzerine dava açılmaktadır. Yani, idari bir tedbir uygulanmakla birlikte bu tedbirin esas nedeni ilgili idarenin doğrudan o faaliyete ilişkin yaptığı tespittir.²⁸ Kaldı ki, bu tür yargılama olmasa dahi idare, faaliyet durdurma ve ruhsat vermemeye yetkileri ile donatılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 59/2 maddesine²⁹ göre de, ihaleye fesat karıştırıldığına ilişkin suç duyurusunda bulunmuş olan ve kovuşturması devam edenlerle ilgili olarak ihaleden yasaklama kararı verilebilecektir. Mahkeme, bu maddede düzenlenen yetkinin bir tedbir niteliğinde olduğu ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuş olmakla birlikte³⁰, bu durumda da ilgili kurumların konuyla ilgili doğrudan bilgi sahibi ve çoğu zaman suç duyurusunda bulunan kişi olma vasfı bulunmaktadır. Yine Petrol Kanunu'nda olduğu gibi, idarenin

²⁷ 20/8: (Ek fıkra: 28/3/2013-6455/45 md.) 5607 sayılı Kanunda belirtilen kaçakçılık fiillerinin işlendiği tespit edilen rafineri hariç her türlü tesiste lisansa tabi tüm faaliyetler kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkeme kararı kesinleşinceye kadar Kurum tarafından geçici olarak durdurulur ve bu süre içinde söz konusu tesis için başka bir gerçek veya tüzel kişiye de lisans verilmez. Kesinleşmiş mahkeme kararına göre lisans sahiplerinin lisansı iptal edilir. Lisans sahibine verilen idari para cezası ödenmeden lisansa konu tesis için lisans verilmez.

²⁸ AYM, E. 2014/17, K. 2014/97, 22.5.2014, RG: 12.09.2014/29117.

²⁹ “Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.”

³⁰ AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, 14.1.2010, RG: 28.4.2010/27565.

başka nedenlerle ihaleden yasaklama kararı verme yetkisi de bulunmaktadır. Bu bakımdan, her iki durumda da doğrudan kendi faaliyet alanları içerisinde bir suç işlendiğine yönelik tespitler bulunan idarelerin uyguladığı bir idari tedbir söz konusudur. Üstelik söz konusu eylemler hem ceza hukukunun, hem de idari yaptırım hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bu iki durumda doğrudan idarenin ilgili kişinin ihaleye girmesi ya da petrol faaliyeti yürütmesinde kamu yararına aykırı bir durum olduğu konusunda tespitleri mevcuttur ve bir suç duyurusu olmasa dahi bu tür yaptırım uygulama yetkileriyle donatılmıştır. Keza Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ihaleye herhangi bir yolla fesat karıştırmak bir mahkeme kararı olmaksızın yasaklama kararı sebebi olarak düzenlenmiştir.³¹ Oysa, Avukatlık Kanunu'nda bahsedilen durum ilgili idarenin (baronun) bilgisi dışında gerçekleşen, çoğunlukla avukatlık mesleğiyle doğrudan ilgisi bulunmayan, baronun içerikle ilgili bilgi sahibi olması dahi mümkün olmayan bir durumun sonucu olarak öngörülmüştür ve bu kararda yer alan durumlarla benzeşmemektedir. Diğer durumlarla bir başka farklılık da baronun normal koşullarda bu tür bir yetkisi olmamasıdır. Bir başka deyişle, Kanunda yasak olarak sayılan durumlar yoksa baro koşullar tamamlandığında bağlı yetkiye sahiptir ve ruhsat verme zorunluluğu altındadır; bekletme kararı sadece maddede sayılan türde bir kovuşturmaya özgü bir yetkidir.

Avukatlık Kanunu'ndaki hükme benzer bir hüküm 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a (Ceza İnfaz Kanunu) eklenen 14/4 maddesi bakımından Anayasa Mahkemesi'nin gündemine gelmiştir. Mahkeme, kişilerin açık bir ceza infaz kurumunda hükümlü iken haklarında üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılamasının devam etmesi hâlinde, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine ilişkin hükmü suçsuzluk karinesi ve hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.³²

Mahkeme'ye göre, “toplum için bir tehlike oluşturabilecek olmasını gözeterek tedbir amaçlı olarak düzenlenmiş ise de *kural uyarınca bu*

³¹ Kanun'un 17. Maddesi'nin birinci fıkrasının (a) bendi: “Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek”

³² AYM, E. 2014/26, K. 2014/78, 9.4.2014, RG: 23.05.2014-29008.

kişilerin kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri, suçlu sayıldıkları gerekçesiyle kendilerine verilen bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir” ... “hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açıp Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen “suçsuzluk karinesi” ile bağdaşmamaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kural, ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir”.

Yine denetimli serbestlikten yararlanan hükümlülerle ilgili benzer bir normla ilgili olarak da Mahkeme aynı gerekçelerle iki ayrı iptal kararı vermiştir. Karara konu olan 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasında, hükümlü hakkında; (a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi, (b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi, (c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması hâllerinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verileceği, hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verileceği öngörülmüştü. Maddede yer alan (b) ve (c) bentleri 26/12/2013 tarihli ve E. 2013/33, K. 2013/69 sayılı kararla, (a) bendinde yer alan tutuklama kararı verilmesine ilişkin düzenleme E. 2014/14, K. 2014/77 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup Ceza İnfaz Kanunu'nda bu düzenlemeler yerine başka bir düzenleme de yapılmamıştır.

Söz konusu iptal kararlarına konu olan ve ceza infaz sisteminde alınan kararlar esas olarak idare hukukuna ilişkindir ve uyuşmazlıklar bakımından infaz hakimliği yetkili kılınmış olmakla birlikte işlemleri

idari işlemdir.³³ Bir hükümlünün açık ya da kapalı cezaevinde bulunmasına ilişkin karar niteliği itibariyle ceza yargılamasına ilişkin bir karar olmayıp idari bir karar niteliğine sahiptir ve söz konusu idari tedbir bakımından Mahkeme masumiyet karinesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

İdari yargıda görülen bir davada da “Fakülte ve Yüksek Okullar Askeri Öğrenci Komutanlıkları ve Öğrencileri ile Fakülte ve Yüksek Okullardan Yetişen Subaylara ait Yönetmeliğin 25/a- 4. bendinde” yer alan güvenlik soruşturmasından olumlu sonuç alma koşulu uyarınca hakkında bir kovuşturma bulunması nedeniyle atama yapılmaması işlemini iptal ederken şu gerekçeye dayanmıştır: “davaya konu işleme dayanak alınan düzenleme uyarınca, belirtilen suçlardan dolayı hakkında adli kovuşturma bulunan bir kişinin daha sonra üzerine atılı suçu işlemediği kesin olarak anlaşılıp bu sebeple beraatine karar verilse dahi Muvazzaf Subay olmasının engellendiğinin anlaşıldığı, böylece, ilgilinin hakkında adli bir kovuşturmanın bulunması ile suçluluğun hükmen sabit olması ayrımı ortadan kaldırılmakta, *hakkındaki adli kovuşturmanın sonucu beklenmeden ilgilinin üzerine atılı suçu işlemiş gibi işlem yapılmasına olanak tanınmakta olup, bu haliyle belirtilen düzenlemenin masumiyet karinesi ilkesine, dolayısıyla hukuka ve hakkaniyete aykırı bulunduğu, Subaylık mesleğinin niteliği ve bu mesleğe atanacak kişilerde bazı özel niteliklerin aranmasının kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olmakla beraber, yapılan düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklere uygun olması ve bireylerin bu haklardan yararlanmasını engelleyici olmaması*” gerekir.³⁴

Hükümlü ve tutuklular ile idare arasındaki ilişkinin özel statü ilişkisi (*Sonderstatusverhältnis*) niteliğinde olduğu ve askerlerin de görevleri nedeniyle daha katı bir hiyerarşi ve disiplin rejimine tabi tutulduğu, bu nedenle de her iki kategorideki kişilerin de temel hak ve özgürlük rejimi bakımından daha yoğun sınırlamalara maruz kalabildikleri de dikkate

³³ İnfaz alanında hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğunluğu nedeniyle belli işlemlerin de infaz hakimliği tarafından kurulması öngörülmüşse de bu işlemler de yargısal (bir uyuşmazlık çözme ya da hukuka aykırılık iddialarını çözme işlevi) değil, idari işlem kimliğine sahiptir.

³⁴ Danıştay’ın onama kararı: 12. Daire, E. 2016/9910, K. 2017/1917, 25.4.2017.

alındığında, hükümlü/tutuklular ve askerlerle ilgili olarak tanınan bu karinenin avukat adayları bakımından tanınmaması düşünülemeyecektir.

Zaten Anayasa Mahkemesi'nin ileride ayrıntılı olarak değinilecek ve avukatların haklarındaki bir kovuşturma nedeniyle işten yasaklanması yetkisini içeren, bu anlamda 5/3 hükmüyle ciddi bir benzerlik içeren maddenin iptaline ilişkin kararı da bu iddiayı destekler niteliktedir.³⁵

B. Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Değerlendirme

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin çok sayıda kararında tanımlandığı şekliyle, "hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir."³⁶ Hukuki güvenliğin sağlanması için kişinin hak ve özgürlüklerini düzenleyen bir kanun maddesinin bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda bu normun öngörülebilir, hukuki anlamda belirli olması, normun uygulanmasında keyfi tutumlara ya da ölçüsüz müdahalelere yer vermeyecek şekilde kaleme alınması gerekir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve idarelerin kamu gücü ayrıcalıklarını içeren yetki kullanımları söz konusu olduğunda hukuki güvenlik standartlarının daha yüksek olması gerekir.

Avukatlık Kanunu'nun 5/3. maddesi ne kadar süreyle ruhsatın bekletileceğine ilişkin herhangi bir kısıtlama içermediğinden yargılamanın (kararın kesinleşmesinin) uzun sürmesi durumunda adayın yıllarca avukatlık mesleğini yürütmesi engellenebilecektir ve bu bakımdan öngörülebilir bir sınırlandırma değildir. Kamu görevlileri bakımından bile maaşının bir kısmı da ödenerek- görevden uzaklaştırma tedbirinde belli bir süre sınırı bulunmakla birlikte, kişinin çalışmasını engelleyecek düzeyde sonuçları olan bu tedbire bir süre sınırı da konulmamıştır. Kişi, kendisi hakkında açılan bir dava nedeniyle -beraat ihtimaline rağmen- sınırlandırılmamış bir süre ile adeta cezalandırılmaktadır. Türkiye'de yargılamaların uzunluğu ve hatta yıllarca tutuklu yargılama yapıp müebbet

³⁵ AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, 1.3.1985, RG: 17.05.1985-18757.

³⁶ Mahkeme bu tanımı 37 kararında kullanmıştır. Bu tanımı kullandığı ilk karar için bkz. E. 2004/3, K. 2008/47, 31.1.2008, RG: 20.03.2008-26822; son karar için bkz. E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017, RG: 3.8.2017 – 30143.

hapis cezasına hükmedilen ve temyiz aşamasından sonra beraat kararı verilebilen davaların³⁷ bile varlığı karşısında hukuki güvenlik ilkesinin daha da zayıfladığı da gözetilmelidir. Üstelik, ileride değinileceği üzere, maddede takdir yetkisinin kullanımına ilişkin bir kriter belirlenmemesi ve etkili yargısal denetimin güçlüğü de maddeyi hukuki güvenlik ilkesine aykırı hale getirmektedir.

C. Çalışma Hakkının Sınırlandırılmasının Anayasaya Uygunluğu Sorunu

Söz konusu hüküm avukat adaylarının çalışma hakkını önemli ölçüde sınırlandıran bir normdur. Anayasa’da çalışma hakkına ilişkin 49. maddeye göre; “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, 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 alır”.

Avukatlık Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre avukatlık, savunma makamı olması ve yargılamanın en önemli unsurlarından biri olması nedeniyle özel olarak düzenlenen, kamusal niteliği de olan bir serbest meslektir. 5. maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme kişinin stajını tamamlamış olmasına rağmen avukatlık ruhsatını almasını çok uzun ve belirsiz bir süre için engelleyen bir hükümdür. Kişi, bu bekleme süresi içinde avukatlığa başlayamamakta ve adeta damgalanmış hale geldiği ve sürünce mede bırakıldığı için başka iş yapması da güçleşmektedir.

Bu madde değerlendirilirken çalışma hakkının sınırlanması konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlara uyulup uyulmadığının değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle, kanunla yapılan bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uyup uymadığı, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve hakkın özüne dokunan bir niteliğe sahip olup ol-

³⁷ Bir davada hapis cezası verilip hukuki nitelendirme ya da ispat konusundaki farklı yaklaşımlar nedeniyle kanun yolları aşamasından sonra sonucun değişmesi elbette mümkündür. Ancak Türkiye’de bunu aşan örnekler de bulmak mümkündür. Bu konuda çarpıcı örneklerden biri 2007 yılında başlayan ve 2019 yılında sona eren Ergekon davasıdır. Davada müebbet hapis cezasına çarptırılıp daha sonra beraat eden sanıklar mevcuttur. Balyoz davası olarak bilinen ve 2010’da başlayıp 2015’te sona eren davada sanıklara toplam 3904 yıl hapis cezası verildikten sonra AYM’nin ihlal kararı üzerine tüm sanıklar beraat etmiştir.

madığı değerlendirilmelidir. Söz konusu sınırlandırma ile yıllara varabilen bir süre için kişinin avukat olarak çalışması engellenmiş olmasına karşılık bu kişinin beraat etmesi ya da suç vasfının değişerek avukatlığa kabule engel niteliğinde bir suçtan mahkum olmaması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür. Diğer yandan, Avukatlık Kanunu'nun 72. maddesine göre kişinin 5/1-a bendinde sayılan suçlardan birinden kesinleşmiş mahkumiyeti olması zaten levhadan silinmeyi gerektiren hallerden biri olarak sayıldığından ve aynı zamanda 136. maddede bu tür suçlardan hüküm giyme meslekten çıkarma cezası gerektiren disiplin suçu olarak düzenlendiğinden bu tür bir mahkumiyet durumunda beklenen sonuç elde edilebilecektir.

Bu önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve bu bağlamda sınırlandırmanın zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği değerlendirilirken; statü ve hiyerarşi ilişkisi, kamu gücü kullanma yetkileriyle donatılmış olma, idari işlem kurabilme, kamu hizmetlerini doğrudan yürütme ve kamu hukuku ilişkisiyle istihdam edilme gibi özelliklerle tanımlanan devlet memurları için dahi bu kadar ağır bir önlem alınmadığının özellikle vurgulanması gerekir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Genel Şartlara ilişkin 48. maddesinde de benzer bir sayma yöntemiyle belli suçlardan mahkum olanların devlet memuru olamayacağı ve 98. maddesinde bu şartların sonradan kaybedilmesi veya bulunmadığının sonradan tespiti halinde kamu görevinden çıkarılabileceği düzenlenmesine karşılık kovuşturma sırasında kamu görevlisi statüsüne almama şeklinde bir tedbir alınmasına gerek görülmemiştir. Önemli kamu gücü ayrıcalıkları kullanma yetkisiyle donatılmış olan kamu görevlileri için dahi böyle bir tedbire gerek görülmezken ve aynı durumda olan kişiler memur, üst düzey kamu yöneticisi, öğretim üyesi olarak atanabiliyorken bir serbest meslek niteliğinde olan ve bu denli yoğun kamu gücü kullanmak gibi bir işlevi olmayan avukatlar bakımından bu tür ağır bir tedbirin uygulanmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğunu savunmak mümkün değildir. Diğer yandan, bu tür bir hükmün, bağımsızlıkları korunması gereken ve savunma makamını temsil edecekleri için güvencelerle donatılması gereken bu meslek grubu üzerinde yargı eliyle bir baskıya dönüşme riskini beraberinde getirdiği de gözletilmelidir.

Avukatlık Kanunu'nda yer alan çeşitli maddelerde 1983 yılında değişiklik yapan Kanunla kapsamı değişen 154. maddenin birinci fıkrası hükmünün bir kısmı da Anayasa Mahkemesi'nce benzer gerekçelerle

iptal edilmiştir. Maddeye göre, haklarında ... *Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma ve yalan yere tanıklık cürümlerinden biri ile hakkında kamu davası açılan ... avukatların işten yasaklanmaları zorunludur.*” Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararındaki gerekçesi şu şekildedir:

“Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin herşeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçütlere tabi kılınmaz.

...154. maddede yazılı suçlardan dolayı açılan davalının küçümsemeyecek bir bölümünün beraatle sonuçlanmış olmaları vakası yanında, iftira ve tertip için bazı delillerin tasni edilmiş olabileceği de gözönüne alındığında, kamu davası karinesine dayanmanın yetersizliği daha da belirginleşmektedir.

Avukat, kendisinin, eş ve çocuklarının yaşam olanaklarını başkasına yaptığı hukuki yardımın karşılığında aldığı ücretle sağlayan bir kimседir. Sadece avukatın itham edildiği suçun niteliğine ve davanın açılmış olmasına dayanılarak getirilmiş bulunan zorunlu işten yasaklama tedbiri, anlamı çok açık olan Anayasanın 49. maddesindeki "çalışma herkesin hakkı ve ödevidir." ilkesine aykırı düşer.

Böyle bir halde, çalışma hakkının kamu düzeni ya da kamu yararı gibi bazı mülahaza ile sınırlandırılması da demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşamaz.”³⁸

Maddenin geri kalanının da iptal edilmesi gerektiği yönünde karşıoy gerekçesi ve ek gerekçe yazan Yekta Güngör Özden’in paylaştığı bazı rakamlar da çarpıcıdır. Buna göre, “Ankarada 1969dan bu yana (1985 yılına kadar-ÇS), Baro Yönetim Kurulunca yasaklanma istemiyle Disiplin Kuruluna verilen avukat sayısı 30 dur; Bunların 3’ü uygun karşılanmamış, 27’si işten yasaklanmıştır. Bunların 17’si beraat etmiş, 4’ü meslekten ayrılmış, 4’ü mahkum olmuş; 2’sinin yargılanması sürmektedir. Yasaklanmanın isabeti konusunda fikir veren bu sayılar görüşümüzü doğrulamaktadır: % 86,7 beraat var. Yasaklanması gerekenler % 13,3

³⁸ AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, 1.3.1985, 17.05.1985-18757.

oranındadır. Yasaklandıkları günler de 12, 15, 21, 26, 38, 49, 60, 82, 106, 120, 130, 132, 165, 200, 300, 352, 527 dir. Bu, acı bir tablodur”.

2018 yılı adli istatistiklerine bakıldığında da, ceza mahkemesinde görülen davalarda %48 oranında mahkûmiyet kararı verildiği, 2012 yılında bu rakamın %34,1 oranına kadar düştüğü görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun müdafilikten yasaklanmaya ilişkin 151. maddesinin 4. fıkrasına eklenen ve terör suçlarından yargılanan veya soruşturulan bir kişinin müdafiliğini üstlenen avukatın, kendisi hakkında anılan suçlardan bir soruşturma bulunması nedeniyle müdafilikten mahkeme kararıyla yasaklanabilmesine ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme konuyu masumiyet karinesi yönünden ele almamış; bir yargılama tedbiri olan ve meşru bir sınırlandırma nedeni olarak nitelendirdiği bu yetkiyi özellikle ölçülülük ilkesi açısından değerlendirmiştir. Mahkeme soruşturmaya başlamak için bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâlin yeterli olduğunu belirttikten sonra şu gerekçeye yer vermiştir:

“Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek adalet ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı olan avukatın hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet eden müdafinin, müdafilik görevini üstlendiği kişinin işlediği ileri sürülen suçla herhangi bir bağlantısı bulunmaksızın veya müdafilik görevini kötüye kullandığına ilişkin herhangi bir olgu mevcut olmaksızın basit bir suç şüphesi nedeniyle müdafilik görevinden yasaklanmasına imkân tanıyan kurallar, müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkı bağlamında bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokmakta; dolayısıyla müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir”.³⁹

Mahkeme bu gerekçeye dayanarak hükmün Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 49. Maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar idari bir tedbir değil, yargılama tedbiri olsa da avukatların çalışma hakkı konusunda Mahkeme'nin yakın tarihli yaklaşımına yer veren bir karar olması adına önemli bir karardır.

³⁹ E. 2018/73, K. 2019/65, 24.7.2019, RG: 29.11.2019-30963.

Yukarıda da işaret edildiği üzere, bir avukat adayının ileride avukatlığa engel olacak bir suçtan mahkûm olması durumunda alınabilecek önlemler kanunda zaten varken ve devlet memurları için dahi bu tür bir önleme gerek görülmemişken bir avukat adayının yıllarca avukatlık yapmasına engel olunabilmesine yol açacak bu sınırlandırma çalışma hakkının ölçülülük ilkesine aykırı biçimde ve demokratik toplum düzeyinin gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, halihazırda avukatlık yapan ve hakkında 5. madde kapsamında bir kovuşturma bulunan kişi avukatlık mesleğini sürdürebiliyor ve ancak 153. madde uyarınca işten yasaklama tedbiri konusunda bir disiplin kurulu kararıyla ve savunma hakkı tanınarak işten yasaklanabiliyorken, avukat adayı bakımından getirilen bu düzenleme eşitlik ilkesi bakımından da makul olmayan bir sınırlandırmadır. Kamu görevlileri için dahi kamu görevlisi olmak için getirilmeyen, çalışan kamu görevlileri ve avukatlar için ancak bir disiplin süreci sonunda verilebilen bir tedbir kararının avukat adayları hakkında doğrudan verilebilmesi ve bu bakımdan farklı bir muameleye tabi tutulmasında objektif bir haklı neden bulunmamaktadır.

D. İdareye Tanınan Takdir Yetkisinin Herhangi bir Kriter İçermemesi ve Buna Bağlı Olarak Etkili Yargısal Denetim Yapılamaması Sorunu

Avukatlık Kanunu'nun 5/3 hükmünde anayasal açıdan var olan bir başka sorun da ilgili idareye bir kovuşturmanın varlığı nedeniyle ruhsat vermeyerek bekletme kararı alma yönünde tanınan takdir yetkisinin niteliğidir. Maddede karar verilebileceğinin belirtilmesinden hareketle kovuşturmanın doğrudan bekletme kararı getirmediği ve baroya takdir yetkisi verdiği, bu bakımdan bu normun bir güvenceyi içerdiği ileri sürülebilecekse de maddede takdir yetkisinin kullanımına ilişkin herhangi bir kriter getirilmemiştir. Bu maddenin uygulanmasında bir baronun ancak ilgili savcılıklara kişiyle ilgili bir kovuşturma olup olmadığını sorması ya da kişiden bu tür bir kovuşturma olup olmadığına ilişkin bir belge getirmesini isteme yetkisi vardır. Yani, takdir yetkisi kullanacak baronun elinde sadece bir kovuşturma olup olmadığına ilişkin bir bilgi olabilecektir ve bu bilgiye göre takdir yetkisini kullanabileceği herhangi bir veriye sahip değildir. Bir an için başvurusunun kişisel verilerini içeren

söz konusu iddianameyi kendi rızasıyla baroya sunduğu düşünülse dahi, baronun olay bazlı değerlendirme yaparak iddianamede yer alan verilere göre ilgili suçlardan mahkûmiyet alma olasılığını dikkate alarak idari tedbir uygulanıp uygulanmayacağına karar vermesi zaten mümkün değildir. Mahkemeler için bile yıllar süren ve soruşturma evresindeki ifade ve delillerle sınırlı olmadan yeniden hakikatin aranması aşamasına ihtiyaç duyulan bu tür bir değerlendirmeyi Baronun salt iddianameye bakarak yapması elbette düşünülemeyecektir. Hatta bu tür bir durumda kişinin masumiyet karinesine rağmen kendisi hakkında ve hassas olabilecek bir veriyi meslek örgütüne sunmak durumunda bırakılması da son derece sorunludur. Bu haliyle Anayasa'ya aykırı olan madde yürürlükte olduğu sürece baroların anayasaya uygun yorum ilkesi gereğince takdir yetkisini masumiyet karinesini koruyacak şekilde kullanması ve ruhsat taleplerini kabul etmesi, mahkumiyet kesinleştiği takdirde Avukatlık Kanunu'nun 72. ve 136. maddeleri uyarınca işlem kurması gerekir.

Maddenin etkili yargısal denetimi engelleyecek nitelikte olması da bir başka sorundur. Bekletme işleminde karşı idari yargıda dava açılrsa dahi mahkemelerin etkili yargısal denetim yapması ve sözgelimi bir iddianamenin pek de "ciddi" olmadığına ve bu nedenle ruhsatın bekletilmesi işleminin iptaline karar vermesi adeta "iddianamenin ve iddianamenin mahkemece kabulünün yerindeliğini" denetlemesi anlamına geleceğinden ceza yargılamasının ve idare hukukunun temel ilkeleri açısından mümkün değildir. Bu bakımdan, bu davalarda idari yargının iddianamenin ve bu iddianameye dayalı olarak kullanılan takdir yetkisinin yerindeliği üzerinden etkili bir denetim yapması son derece güçtür. Uygulamada da ilgili idarelerin bu tür bir kovuşturma olduğunda bekletme kararı verebildiği görülmektedir.⁴⁰

Diğer yandan, muhakemenin devam edeceği fikriyle uygulamada iddia makamının iddianameyi hazırlarken ilgili olabilecek suç tiplerini yazdığı ve genellikle de ağır cezalar talep ettiği bir gerçektir. Bu gerçek karşısında, bir kişinin örneğin güveni kötüye kullandığına ilişkin kendi içinde tutarlı bir suç duyurusu sonucunda yıllarca avukatlık ruhsatını alamaması gündeme gelebilecektir. Üstelik, bu kişi beraat etse dahi yıllarca avukatlık yapamaması nedeniyle başvurabileceği etkili bir iç hukuk

⁴⁰ Örneğin TBB Disiplin Kurulu, 6.4.1991, E. 1991/11, K. 1991/25 sayılı kararı (Aktaran: Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, s. 227.

yolu, bir tazmin mekanizması da yoktur. Kararı alan baroya karşı tam yargı davası açılabilmesi düşünülse dahi baro açısından Kanunda sayılan nitelikleri taşıyan ve bir savcı tarafından hazırlanarak mahkemeye kabul edilmiş bir iddianameye dayanılarak alınan kararda bir hizmet kusuru bulunduğunu iddia etmek kolay olmayacaktır. Diğer yandan, beraat kararının ardından CMK 141/3'e dayanarak Devlet aleyhine kovuşturma nedeniyle tazminat davası açılabilmesi kabul edilse dahi⁴¹ zararın baronun işleminden kaynaklanması ve normun içeriğinde takdir yetkisi var gibi bir görünüme sahip olması nedeniyle bu davada bu zararın talep edilemeyeceğinin kabul edilmesi muhtemeldir. İlgili madde, oluşabilecek önemli zararlar açısından etkili bir iç hukuk yolu olmamasına ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine de yol açmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi ve Anayasa'nın 8. ve 123. maddelerinden kaynaklanan idarenin kanunilik ilkesi uyarınca idarenin yetkilendirilmesinde, özellikle de bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırıcı nitelikte olan bir yetkinin sınırlarının belirlenmesinde kanunun açık, belirli, anlaşılır ve takdir yetkisi içerse de keyfiliğe yol açmayacak ya da temel hak ve özgürlüğün genel olarak sınırlandırılması anlamına gelmeyecek şekilde yazılması gerekir. Anayasa Mahkemesi de çok sayıda kararında hem belirlilik ilkesi açısından, hem de kanunilik ilkesi açısından hukuk devletine ilişkin 2. maddeye de vurgu yapan kararlar vermiştir.

Bu konuda en önemli örnek bu makalenin konusu olan Avukatlık Kanunu'nun anılan 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ibaresinin iptaline yönelik Anayasa Mahkemesi kararıdır.

"Belirlilik ilkesi yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım

⁴¹ Kanuna 18.6.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanunla eklenen bu fıkraya göre, "suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri de dahil olmak üzere hakimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir". Madde başlığının koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davalarına ilişkin olması nedeniyle bu maddenin kapsamı tartışmalıdır.

almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

“..., mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da *yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından* hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır”.⁴²

Mahkemenin pek çok konudaki içtihadından ayrıldığı bu karar önemli bir göstergesi içermektedir. Mahkeme, kısa bir süre sonra bir başka kararında Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan “Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” hükmünü iptal etmemiştir.⁴³ Mahkeme bu iki kararında bir mesleğe girişe ilişkin belirlenen koşul ile disiplin hukukunda olması gereken belirlilik açısından farklı bir standart belirlemiş ve mesleğe giriş koşullarına ilişkin hükümde disiplin hukukuna göre daha katı bir yasallık ve belirlilik aramıştır. Gerçekten de, çalışma hakkının kullanılabilmesini masumiyet karinesine aykırı olarak engelleyen veya geciktiren ve bu şekilde çalışma hakkına bağlı olarak başka hakların da ihlal edilmesine yol açabilecek bir yetkinin belirli ve güvence içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Söz konusu madde çalışma hakkına ölçüsüz müdahale edilmesini engelleyebilecek hiçbir güvence ya da takdir yetkisinin kullanımı konusunda hiçbir kriter içermediği için temel hak ve özgürlüğün kullanılmasında genel bir yasak ve ölçüsüz bir müdahale niteliğine sahiptir.⁴⁴

SONUÇ

Avrupa Konseyi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın ilk maddesinde “avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayırım gözetmeden, hükümet veya kamudan gelebilecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde

⁴² E. 2012/116, K. 2013/32, 28.2.2013.

⁴³ E. 2013/19, K. 2014/8, 16.1.2014.

⁴⁴ Benzer görüş için bkz. Atilla Özen, Avukatlık Hukuku s. 33.

korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır” hükmüne yer verilmiştir. Avukatlık mesleğine özgü bu kaygıların en önemli nedeni, avukatların adalet sistemi içindeki yeri ve işlevleri ile insan haklarının gerçekleştirilmesi ve hukuk devleti ilkesi açısından son derece önemli bir yere sahip olmasıdır. Bu nedenle, avukatların çalışma haklarını ilgilendiren konularda yapılan düzenlemelerde bu işlevlerin olumsuz etkilenmesine yol açacak, avukatlık mesleğinin en önemli ilkelerinden olan bağımsızlığı ve etik ilkeler içerisinde kalarak özgürce savunma yapmalarını sınırlandıracak düzenlemeler yapılmaması gerekir. Bu tür hükümler caydırıcı etkileri nedeniyle sadece avukatların haklarının ihlal edilmesinin ötesinde adil yargılanma hakkının da olumsuz etkilenmesine yol açabilecektir.

Avukatlık Kanunu'nun avukatlığa engel suçlara ilişkin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan suçlar ve ceza süresi son derece geniş bir uygulama alanına sahiptir ve bu uygulama alanı içerisinde avukatlık mesleğinin yürütülmesi ile ilgisi olmayan, bu nedenle ölçülülük ilkesini aşan suç tipleri olduğu gibi avukatlık mesleği üzerinde özellikle ifade özgürlüğü bakımından caydırıcı etki yaratabilecek suç tipleri de bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda suçlar karşılığında belirlenen ceza aralıklarının geniş olması da avukatlar açısından caydırıcılık unsurunu artıracaktır; diğer yandan meslekle bağdaşmayan bir suç işlemesine karşılık belirlenen süreden az ceza alan bir kişinin avukatlık mesleğini yürütmesi de mümkün olabilecektir. Bu nedenle, bu tür yasaklar getirilirken genel düzenlemeler yerine mesleğin özellikleriyle bağdaşmayan suçların sayma yoluyla düzenlenmesi ölçülülük ilkesi ve hukuk devleti ilkesi bakımından daha elverişli bir yöntemdir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve avukatlık başvurusu sırasında hakkında avukatlığa engel suçlarda bir kovuşturma bulunanlar hakkında bekletme kararı verilebilmesine ilişkin hüküm; çalışma hakkını ölçüsüz biçimde sınırlandıran, masumiyet karinesine aykırı ve aynı zamanda süresi sınırlandırılmamış ve kriterleri belli olmayan bir yetki içermesi nedeniyle hukuki güvenlik ilkesi bakımından da güvence içermeyen bir düzenlemedir.

KAYNAKÇA

Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015..

Karaarslan, Mehmet, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, AÜHFD, 2009, 58/1.

Özen, Atilla, Avukatlık Hukuku, Legal Yayınları, 2017.

Sever, D. Çiğdem, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2018/4, s. 243-258.

Sezer, Yasin ve İpek, Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, s. 43-74.

YARARLANILAN KARARLAR

AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, 1.3.1985, RG: 17.05.1985-18757.

AYM, E. 1988/50, K. 1989/27, 23.6.1989, RG. 4.10.1989/20302.

AYM, E. 2004/3, K. 2008/47, 31.1.2008, RG: 20.03.2008-26822.

AYM, E. 2008/17, K. 2010/44, 25.2.2010, R.G.: 01.12.2010-27772.

AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, 14.1.2010, RG: 28.4.2010/27565.

AYM, E. 2012/116, K. 2013/32, 28.2.2013, RG: 13.8.2013/28734.

AYM, E. 2013/110, K. 2014/8, 16.1.2014, RG: 9.5.2014.

AYM, E. 2014/118, K. 2015/35, 1.4.2015, RG: 18.4.2015.

AYM, E. 2014/17, K. 2014/97, 22.5.2014, RG: 12.09.2014/29117.

AYM, E. 2014/26, K. 2014/78, 9.4.2014, RG: 23.05.2014-29008.

AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, 2.5.2018, RG: 6.6.2018 - 30443.

AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017, RG: 3.8.2017 - 30143.

AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, 24.7.2019, RG: 29.11.2019-30963.

AYM, Ahmet Altuntaş Ve Diğerleri, 2015/19616, 17.5.2018.

AYM, A. A vd. kararı, 2015/19616, 17.5.2018.

AYM, Remzi Durmaz, 2013/1718, 2.10.2013.

AYM, Mustafa Kıvrak kararı, B. No: 2013/3175, 20.2.2014.

AİHM, Morice v. Fransa, (Genel Kurul), 29369/10, 23.04.2015.

AİHM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011.

- AİHM, König v. Almanya, 6232/73, 28.06.1978.
AİHM, Benthem v. Hollanda, 8848/80, 23.10.1985.
AİHM, Tre Traktörer Aktiebolag v. İsveç, 10873/84, 07.07.1989.
AİHM, Chaudet v. Fransa, 49037/06, 29.10.2009.
AİHM, Bursa Barosu Başkanlığı vd. v. Türkiye, 25680/05,
19.06.2018.
AİHM, Alatulkkila vd. v. Finlandiya, 33538/96, 28.07.2005.
Danıştay 16. Daire, E. 2015/8892, K. 2015/1827, T. 17.4.2015.
Danıştay 12. Daire, E. 2004/2238, K. 2007/881, T. 28.2.2007.
Danıştay İBK, E. 1990/2, K. 1990/2, 15.11.1990.
Danıştay 12. Daire, E. 2003/2375, K. 2005/4465, 9.12.2005.
Danıştay 12. Daire, E. 2016/9910, K. 2017/1917, 25.4.2017.