



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ankara 20/01/2010

**BARO BAŞKANLIđI**

.....

## **DUYURU NO:2010/6**

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı “*Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 1. maddesinin Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi’nde açılan davada verilen 15.10.2009 tarihli kararın gerekçesi 08.01.2010 tarih ve 27456 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, bir örneği ekte sunulmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren hüküm ifade ettiğinden, yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar Avukatlık Sınavı yapılmasının söz konusu olamayacağı hususunu bilgilerinize sunarım.

Saygılarımla.

**Avukat Talay ŞENOL**  
**Türkiye Barolar Birliği**  
**Başkan Yardımcısı**

Eki:1

Adres : Oğuzlar Mahallesi 1366 Sokak No:3 06460 Balgat – ANKARA

Tel : 0 (312) 292 59 00(Pbx) Faks : 0 (312) 286 55 65

İnternet Adresi:www.barobirlik.org.tr İletişim:www.barobirlik.org.tr/iletisim

8 Ocak 2010 CUMA

Resmî Gazete

Sayı : 27456

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2007/16  
 Karar Sayısı : 2009/147  
 Karar Günü : 15.10.2009

**İPTAL DAVASINI AÇAN** : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Haluk KOÇ ile birlikte 122 Milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU** : 28.11.2006 günlü, 5558 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

**"III. GEREKÇE**

28.11.2006 Tarih ve 5558 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

8.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen 1 inci maddesi ile "... Avukatlık sınavını başarmış olmak ..." avukatlık mesleğine kabul şartı olmaktan çıkarılmış ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun bu sınava ilişkin diğer hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

Yukarıda "Olay" başlığı altında da açıklandığı üzere "...Avukatlık sınavını başarmış olma..."nın avukatlık mesleğinin kabul şartlarından olması, baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulması gereksiniminin bir sonucudur.

Sadece hukukçuların yapabileceği avukatlık mesleği de, savcılık ve hâkimlik mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslektir. Bu nedenle avukatın da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, çok özel olarak yetiştirilen bir kişi olması gereği açıktır. Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen "Hukuk Devleti" ilkesi, Cumhuriyetin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez niteliklerindedir.

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları nitelikli ve yetişkin hukukçuların ve avukatların özverili uygulama ve eylemleriyle yaşama geçebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların dahi amaca uygun uygulanabilmesi, amaca uygun yorumlanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücüne bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi ile mümkündür. Ancak bütün bunları özümsemiş ve böylece hukuki düşünmeyi öğrenmiş hukukçular ve avukatlar yetiştirdiğimiz takdirde hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz.

Bugün üyelik görüşmelerinin sürdürüldüğü Avrupa Birliği açısından da sınav zorunludur. Sınav olmayan bir Avrupa Birliği ülkesi yoktur. Özellikle Almanya'da lisans eğitimi sonrasında bir devlet sınavı ve 2,5 yıllık bir staj eğitiminden sonra sınav yapılmakta, Avusturya'da hukuk fakültesi eğitiminden sonra 5 yıllık pratik eğitim ve 5 sınav bulunmaktadır. Diğer AB üyesi ülkelerde de değişik biçimlerde bu sınavlar yapılmaktadır.

Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukat ve avukatlık mesleği, hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bağlamında, yaşamsal bir önem ve değere sahiptir. Bu amaçla, dünyanın bütün gelişmiş demokratik ülkelerinde, savunmanın ve savunma mesleğinin önündeki engeller kaldırılmış, uluslararası sözleşmelerle avukatların mesleklerini özgürce yerine getirmelerine olanak sağlanmış, avukatlık mesleğinin kalitesinin yükseltilmesi amacıyla, başta avukatlık mesleğine sınavla kabul olmak üzere, pek çok önlem alınmış iken Türkiye Barolar Birliği ve 78 Baronun muhalefetine rağmen Avukatlık Yasasında değişiklik yapmak suretiyle "...Avukatlık sınavını başarmış olmak..." şartını avukatlık mesleğine kabul için gerekli olmaktan çıkartan ve dolayısıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun bu sınava ilişkin diğer hükümlerinin de yürürlükten kaldırılmasını öngören ve iptali istenen söz konusu düzenleme, sadece avukatlık mesleğine yönelik ağır bir saldırı değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve yararlarının tehlikeye atılmasına neden olabilecek bir düzenleme olduğundan kamu yararı amacına yönelik olmadığı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin 28.1.2004 tarih ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararında, "Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de asıldır."

görüştü açıklanmış ve bu görüş, Anayasa Mahkemesinin 29.12.2004 tarih ve E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararında da "Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdigi gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde

tutulmasının gerekliliği, yine bu ilkenin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar. Aynı ilke uyarınca, Devlet organlarının görev ve yetkilerinin bu çerçevede yasalarla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.”

biçiminde yinelenmiştir. O halde bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihai amacının “kamu yararı” olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Açıklanan nedenlerle kamu yararı amacına yönelik olmayan ve iptali istenen söz konusu düzenleme Hukuk Devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında,

“Avukatlık Yasası’nın 1 inci maddesine göre “kamu hizmeti ve serbest bir meslek” olan avukatlık iki yönlüdür. Hem “kamu hizmeti” hem “serbest meslek” nitelenmesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu “kamu” kavramının anlam olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası’nın “Avukatlığın amacı” başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtan özgün kuraldır.

Tüm bu kurallar, yinelenmesinde yarar olmayan nice tanım, anlatım ve değerlendirmeler, avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu gerçeğini doğrulamaktadır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Adaletin sav, savunma ve yargı ögelerinden savunma bölümünün temsilcisi, başlıca görevlisi olan avukatın hem temsil ettiği kişiler, hem de önlerinde görev yaptığı hâkim, savcı ve yetkili öbür kurul ve kurumlarca inan, güven ve saygı ile karşılanması gerekir.”

Yorumu yapılmıştır. Bu yorumdan da anlaşılacağı üzere yargıçlık, savcılık, avukatlık meslekleri arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmadığı gibi üstünlük farkı ve sıralaması da bulunmamaktadır. Bu üçlü arasındaki ilişki işbölümü ilişkisidir. O nedenle sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hukukçuların mesleğe kabul, meslek için ilerleme ve benzeri konularda eşit işleme tabi tutulması ve sınavda teklik ilkesinin yaşama geçirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Yargılama bir olay hakkında hukukun ne dediğinin bildirilmesidir. Hukukun yaşama sağlıklı geçmesi için bu üçlü arasında mesleğe kabul anlamında eşitliğin sağlanmasına bağlıdır. Çünkü yargılamanın bu üç ögesindeki olumlu veya olumsuzluğun hükme ve dolayısıyla adaletin gerçekleşmesine olumlu ya da olumsuz anlamda yansıması kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta durumlarındaki ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmaktadır. Anayasa ile eylemler değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. (Anayasa Mahkemesinin 18.10.2005 tarihli, E.2003/7, K.2005/71 sayılı kararı).

Sav, savunma ve yargının adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuki durumda oldukları Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararında da vurgulandığı üzere yadsınmaz.

Bu nedenle iptali istenen kural, sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hukukçulardan sav kısmında görev alanlar için “sınavda başarılı olma” şartını kaldırarak hiçbir haklı nedene dayanmaksızın farklı bir uygulama getirdiğinden Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen “kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığı onun aynı zamanda Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

#### IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Adaletin kurucu ögelerinden savunmanın temsilcisi avukatların, mesleğe kabul yönünden diğer kurucu ögelerden farklı hükümlere tabi tutulmalarını öngören ve iptali istenen kuralın uygulanması halinde; adaletin gerçekleşmesinin olumsuz yönde etkilenebileceği kuşkusuzdur. Bu durumda ortaya giderilmesi olanaksız durum ve zararların çıkabileceği yadsınmaz.

Bu türden durum ve zararların önlenbilmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için Anayasaya aykırı olduğu gerekçemizde açıkça gösterilen söz konusu kuraldan Anayasal düzenin en kısa sürede arındırılması açık bir zorunluluk olup, hukuk devleti sayılmanın da bir gereğidir.

Bu nedenle, iptali istenen kuralın yürürlüğünün iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

#### V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendini, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresini, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddelerini, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendini, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresini ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasını yürürlükten kaldıran 1 inci maddesinin Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

## II- YASA METİNLERİ

### A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali istenilen 1. maddesi şöyledir:

" 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresi, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddeleri, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendi, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır."

### B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine dayanılmış, 36. maddesi ilgili görülmüştür.

### III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.2.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki ek raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

### IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünülür:

#### A- Anlam ve Kapsam

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle;

A) 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun;

1) 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki, avukatlığa kabulde aranan "Avukatlık sınavını başarmış olmak" koşulu,

2) 6. maddesinin birinci fıkrasındaki, avukatlık sınavını başarmış olanların Baroya yazılma isteminde bulunabilmeleri,

3) 28. maddesindeki, avukatlık sınavının Türkiye Barolar Birliği'nce yaptırılması,

4) 29. maddesindeki, sınava gireceklerin tespiti,

5) 30. maddesindeki, sınavın şekli ve konuları,

6) 31. maddesindeki, sınav sonuçlarının bildirilmesi,

7) Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulunun görevlerinin belirttiği 121. maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendindeki, avukatlık sınavı ile ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği'ne verilen görevlerin yerine getirilmesi,

8) Dava ve iş takibine ilişkin geçici 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi,

9) Geçici 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanların sınava tabi tutulmaması,

B) 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasındaki, avukatlık staj sonu sınavının, sınavın getirildiği 10.5.2001 tarihinden sonra başvuranlara da uygulanması,

Yasa kuralları arasından çıkarılarak avukatlık stajı sonrası sınav kaldırılmıştır. Buna göre, dava konusu kuralın yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1136 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak avukatlık başvurusunda bulunarak stajı tamamlayanlar, bilgi, beceri, yetenek ve yeterliliklerinin ölçülmesi amacıyla herhangi bir sınava ya da seçmeye bağlı tutulmaksızın avukatlık ruhsatı almaya hak kazanacaklardır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukat, "yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" şeklinde ifade edilmiş, 2. maddesinde de avukatlığın amacı, her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar bakımından; hukukî münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması olarak gösterilmiştir. Belli koşulların gerçekleşmesi halinde avukatlara ilâm niteliğinde belge hazırlama yetkisi de verilmiştir. 5271 sayılı Yasa, aramada, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hazır bulunma, baro

tarafından görevlendirme, mahkeme tarafından görevlendirme istemi, doğrudan soru yöneltme, istemsiz görevlendirme, uzlaşmacı olarak görevlendirme, kanun yollarına başvurma, zorunlu müdafilik gibi birçok konuda avukatlarla ilgili hüküm içermektedir.

Tarihsel süreç içinde avukatlık mesleğinde sınav süreklilik kazanamamış olmakla birlikte tamamen de kaldırılması düşünülmemiştir. 2001 yılında 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Yasa'yla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle sınav yeniden getirilmiştir. Avukatlık mesleğinde sınav koşulunu getiren Yasa'nın gerekçesinde, "sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır" denilmiştir.

Dava konusu kuralla, avukatlık sınavı kaldırılmadan önce, Ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri arasında müfredat birlikteliği sağlandığı, fakat eğitim ve öğretim kalitesi bakımından eşit şartlar oluşturulmadığı gerekçesiyle sınavın staj öncesine alınması yönünde bir yasa teklifi verilmiştir. Bu teklif görüşülmeden verilen ikinci yasa teklifinde ise avukatlığın bir meslek olarak bilgiye, kişisel ve mesleki tecrübeye dayandığı, sadece mevzuatın bilinip bilinmediğine yönelik yapılacak bir sınavın avukatlık yapmak için gerekli olan beceriyi ölçmeyeceğinin aşikâr olduğu, teklif ile avukatlık mesleğini icra edecek kişiler için herhangi bir fayda sağlamayacak sözkonusu sınav sisteminin yürürlükten kaldırılmasının amaçlandığı gerekçesiyle avukatlık sınavının kaldırılması teklifinde bulunulmuştur. İkinci teklif TBMM Genel Kurulu'nda aynen yasalaşmıştır.

#### **B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

Dava dilekçesinde, sınavla baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulmasının amaçlandığı, avukatlık mesleğinin de hâkimlik ve savcılık mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslek olduğu ve gerekli donanım, bilgi ve kaliteye ulaşmış kişilerden olması gerektiği, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmanın hukukun uygulanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yaşamsal bir önem ve değere sahip bulunduğu, sınavın Türkiye Barolar Birliği ve baroların muhalefetine rağmen kaldırıldığı, kamusal yanı ağır basan avukatlıkta sınavın kaldırılmasında kamu yararının gözetilmediği, sav, savunma ve yargılamayı yapanların adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuksal durumda olduklarından mesleğe kabullerinde de eşit işleme tabi tutulmaları gerektiği, bu nedenlerle avukatlık sınavının kaldırılmasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kuralın Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelemesi uygun görülmüştür.

Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır.

Anayasa'nın 135. maddesi ile birlikte Avukatlık Kanunu'nun Barolara ve Türkiye Barolar Birliği'ne yüklediği görevler, tanıdığı hak ve yetkilerle bu kuruluşların toplum ve devlet yaşamı için gözardı edilmeyecek önemleri de düşünülürse, avukatların genel niteliklerine verilen değer kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Her serbest mesleğin kendine özgü yanları, birbirinden ayrılıkları bulunduğu gibi uzmanlık alanlarının farklılığı, farklı uygulamaları doğal, hattâ zorunlu kılar. Avukatların, savunma görevini üstlenmeleri ve adaletin gerçekleşmesine katkıları, mesleğin özelliği sayılmakta ve kimi kısıtlamalara bağlı tutulmalarının haklı nedenlerini oluşturmaktadır. Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülemez saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan "bağımsız yargı", yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, "sav-savunma-karar" üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez

öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden yasalaştığı anlaşılan dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

#### V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 15.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

#### VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

5558 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan yürürlük ve yürütmeye ilgili 2. ve 3. maddelerinin de, 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptali gerekir.

#### VII- SONUÇ

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Şevket APALAK'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 1. maddesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 2. ve 3. maddelerinin de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.10.2009 gününde karar verildi.

Başkan  
Haşim KILIÇ

Başkanvekili  
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye  
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye  
Ahmet AKYALÇIN

Üye  
Mehmet ERTEN

Üye  
Mustafa YILDIRIM

Üye  
Cafer ŞAT

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Şevket APALAK

Üye  
Serruh KALELİ

Üye  
Zehra Ayla PERKTAŞ

#### AZLIK OYU

Anayasa, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu, bu

yetkinin devredilemeyeceğini vurgulamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi her alanda ve her konuda yasa yapabilmektedir. Yasama işlevi anayasal ilkelere uygun kullanılabilirlik takdir yetkisini de içinde barındırmaktadır. Yasalar, kimi zaman yeni kurallar içerirken, kimi zamanda yasal metinlerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olabilecektir. Önceki yasaların yeni yasalarla değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı takdir yetkisinin daha engin boyutta kullanıldığı düzenlemeleridir.

Görülen davada da önceki yasal metni yürürlükten kaldıran kural irdelenmektedir. Kuralla, avukatlık için getirilen sınavla ilgili yasa maddeleri yürürlükten kalkmaktadır. Bu bakımdan yürürlükten kaldırılan metne de tüm yönleriyle bakılması, bir yasayı yürürlükten kaldırma yolundaki kuralın anayasal ilkelerle değerlendirilmesi sırasında kaçınılmaz olmaktadır.

2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için "avukatlık sınavını başarmış olmak" koşulu getirilmiş, ilgili maddelerde bu yönde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere göre avukatlık sınavının staj sonunda Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince yapılacağı, sınava staj bitim belgesinin verildiği tarihi izleyen dört yıl içinde altı kez girilebileceği, sınavda meslek kuralları bilgisi ile hukuk ilkeleri ve mevzuat hükümlerini olaylara uygulayabilme yeterliliğinin değerlendirileceği, sınav konuları ve başarı puanı gibi konuların da yönetmelikte gösterileceği anlaşılmaktadır. Avukatlık Kanununda anılan değişiklikleri öngören 4667 sayılı Yasa geçici madde 1'de sınava ilişkin hükümlerin bu kanunun yayımından sonra avukatlık stajına başvuranlara uygulanacağını belirtmektedir. Ancak 25.6.2002 tarihli 4765 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 1136 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 20'nin ikinci fıkrasıyla stajla ilgili hükmün 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanmayacağı, bunların sınava tabi tutulamayacağı kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın kamu hizmetine girişle ilgili 70. ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını konu eden 135. maddelerinde sınav kaydı yer almamakta ise de, nitelikli bireyler seçme yaklaşımının somutlaşması olan giriş sınavlarının yerinde olduğu görülmeye ulaşılabilir. Bu amaçla önemli ve seçkin bir meslek olan avukatlığa girişte bilgilili ve yetenekli kişilerin seçilmesi için düşünülen sınav, staj sonunda sınırlı zaman ve sayıda yapılacaktır. Oysa hâkimlik mesleğine girişle ilgili asıl sınav ise stajdan önce yapılmaktadır. Staj sonuna bırakılan sınavlar, genellikle stajın değerlendirilmesi amacıyla yönelik olmaktadır. Nitelikli bireylerin seçimi temel amacı gözetildiğinde lisans eğitiminin yansımalarının meslekte aranacak temel ölçütler arasında yer alması beklenir. Gerçekten de, sınavı düzenleyen 4667 sayılı Yasa'nın gerekçesinde eğitim ve öğretim düzeyleri arasında oluşan farklılıklara değinilmektedir. Yüksek öğretime ilişkin ilkelere ve lisans öğretimine yönelik değerlendirmeler içeren gerekçeye bağlı bu yaklaşım yanında sınavın staj sonuna bırakılması ilgililerin beklentilerini ve amaçlarını saptamada belirsizliklere de etken olacaktır. Sınavla ilgili zaman ve sayı sınırlanması anayasal yaklaşımların başka bir konusunu oluşturacak, çalışma hayatıyla ilgili anayasal ilkelerle beliren kamusal yarar da değerlendirmelerde öncelikli bakışlar arasında yer alacaktır.

Yürürlükten kaldırılan sınavla ilgili kurallarda hukuk ilkelerini ve mevzuat hükümlerini olaylara uygulayabilme yeterliliğinin belirlenmesi de belirtilmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi eğitim açısından oluşan farklılıklarla ilgili yasal amaçla, staj sonuna bırakılan sınav yöntemi uyumadığı gibi, olgu çözümlenmeleri de lisans düzeyini tam yansıtmayacak ve böylesi saptamaların test yoluyla yapılması ölçme ve değerlendirme ilkelerinde tartışılabilir. Ayrıca 4667 sayılı yasa sınav koşulu öngörerek yasanın yayımıyla uygulamaya başlamayı geçici 1. maddeyle öngörmesine karşın, bir yıl sonra 2001 yılında hukuk öğrencisi olanlar sınavdan bağışık tutulmuştur. Bu durumda yasanın yürürlüğü giriş sırasında öğrenci olanlar sınavdan bağışık olmalarına karşın daha önce eğitimi tamamlayan ancak staj yapmamış olanlarda duraksama yaşanacaktır. Kaldığı, nitelikli kişilerin arandığı bir meslekte sonradan getirilen istisnalar, zamana yayılabilecek öğrenim süresi nedeniyle yasanın amacının gerçekleşmesini ertelemiş olacaktır.

Değinen olgular iptale konu Yasanın doğrudan metinleri değilse de kaldırdığı yasanın içerikleridir. Bir yasayı kaldırmada daha etkin ve geniş olan yasamadaki takdir yetkisi, yasakoyucuya düzenleme yapılırken etken olan nedenler yanında kaldırılan kurallara bakılarak bir anlama kavuşabilecektir. Bu durumda mesleğin önemi ve güdülen kamu yararı ilkesiyle yakından ilgili lisans eğitime yönelik bulguların lisans sonrası meslek giriş sınavlarıyla çözülebilmesi ve istenilen seçmelerin yapılabilmesinde öngörülen sınav yönteminin yeterli karşılıklar içerdiği ve böylece yasal amacın tam olarak gerçekleştirilebilecek olduğu söylenemez.

Öte yandan, adil yargılanma ile kurulan ilintinin yargılama yöntemlerinde kimi bakışların geliştirilmesini gerektirdiği ve yasakoyucuya yönelik değerlendirme yapma yolundaki yaklaşımın da yasal işlemler akışında öncelik aldığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, sınavla ilgili metinlerle birlikte yasakoyucunun takdir yetkisi gözetildiğinde bu haliyle kuralda Anayasa'ya aykırılık saptanamamaktadır. Davanın belirtilen yorumlarla reddi gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye  
Şevket APALAK