D.7/2021 Anayasa Mahkemesi 4/2020

Anayasa Mahkemesi Olarak Oturum Yapan

Yüksek Mahkeme Huzurunda

Anayasa’nın 148. Maddesi hakkında

Mahkeme Heyeti:Narin F.Şefik, Başkan, Mehmet Türker, Bertan

Özerdağ, Beril Çağdal, Peri Hakkı.

Yüksek Mahkeme tarafından YİM 4/2018 sayılı davada (Davacı: Abdurrahman Şeref, Müftü Raci Efendi Sokak, Emin Pasajı Kat.2 No.1 Lefkoşa ile Davalı 1. KKTC Barolar Birliği, Lefkoşa 2. KKTC Barolar Birliği, Disiplin Kurulu, Lefkoşa arasında) sunulan konu.

Havale Eden/Davacı namına: Avukat Öncel Polili ve Av. Levent

Kızılduman.

Davalılar namına: Avukat Yusuf Tekinay şahsen ve Avukat Ahmet

Said Sayın, Avukat Melahat Atamtürk adına

Amicus Curiae olarak Başsavcılık namına: Başsavcı Yardımcısı

Muavini İlter Koyuncuoğlu

**K A R A R**

**I**. **KONU**:

56/2010 sayılı Yasa ile değiştirilmiş şekli ile Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrasının ve

Fasıl 2 Avukatlar Yasası altında çıkarılan 1981 Avukatlar (İcra-i Meslek ve Etiket) Tüzüğü’nün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin, Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrasına, 19’uncu ve 36’ncı maddelerine aykırı olup olmadığı.

**II**. **OLAY**:

KKTC Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından aleyhine verilen mahkûmiyet kararının ve aleyhine getirilen 1’inci ve 3’üncü davalardan 4’er ay süre ile Avukatlık mesleğini icra etmesini durdurma ve/veya meslekten geçici men cezası verme kararının hükümsüz ve/veya etkisiz olduğu ve herhangi bir sonuç doğurmayacağı iddiası ile Yüksek İdare Mahkemesinde dava ikame eden Davacı, Yüksek İdare Mahkemesinde Disiplin Kurulu tarafından aleyhine verilen kararda uygulanan Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrasının ve Fasıl 2 Avukatlar Yasası altında çıkarılan 1981 Avukatlar (İcra-i Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrası 19’uncu ve 36’ncı maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa’nın 148’inci maddesi altında davanın Anayasa Mahkemesine havale edilmesini talep etmiştir.

Yüksek İdare Mahkemesi 20.2.2020 tarihinde, ileri sürülen hususların davanın karara bağlanmasında etken olduğu ve Anayasa Mahkemesinin aynı veya benzeri bir konuda daha önce karar vermediği doğrultusunda bulgu yaparak, konuyu Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

**III**. **İLGİLİ YASA MADDELERİ**:

**Fasıl 2 AVUKATLAR YASASI**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| “Disiplin Suçları ve İşlemleri | 17.(1) | Herhangi bir avukatın, Disiplin Kurulunun kanısınca, ahlaka aykırı bir suçtan, bir mahkeme tarafından mahkum edilmesi veya Disiplin Kurulunun kanısınca böyle bir avukatın, yüz kızartıcı, hileli veya avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranıştan ötürü suçlu olması halinde, Disiplin Kurulu: | |
|  | | (a) | O avukatın adının Avukatlar Sicilinden silinmesini emredebilir; |
|  | | (b) | Uygun göreceği bir süre için mesleği icra etmesini geçici olarak durdurabilir; |
| 48/1984  8/2002 | | (c) | Avukatın suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan aylık asgari ücretin on katına kadar para cezası ödemesini emredebilir; |
|  | | (d) | Avukata, uyarı veya kınama cezası verebilir; |
|  | | (e) | Huzurundaki işlem masraflarının ödenmesi için uygun göreceği bir emir verebilir. |
|  | |  | ………………………………………………………………………………… ” |
|  | |  |  |

**1981 Avukatlar (İcra-i Meslek Etiket)Tüzüğü**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “Meslek Şerefini Korumak | 3. | Bir avukat, hukuk ve meslekinin şeref ve haysiyetini daima korumalıdır. |
| Dürüstlük ve Hakkaniyet | 4. | Bir avukatın hareketi daima iyi ahlâk, dürüstlük ve hakkaniyet ile karakterize edilmelidir.” |

**IV**. **İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:**

### “Cezaların Yasal ve Kişisel Olması ve Sanık Hakları

Madde 18

(1)Kimse, işlendiği zaman yasaca suç teşkil etmeyen bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz; herhangi bir suç için, işlendiği zaman yasanın bu suç için koyduğu cezadan daha ağır bir cezaya çarptırılamaz.

### Özel Hayatın Gizliliği

Madde 19

(1)Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

(2)Yasanın açıkça gösterdiği durumlarda, usulüne göre verilmiş mahkeme veya yargıç kararı olmadıkça, ulusal güvenlik ve kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan durumlarda da, yasa ile yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

### Mülkiyet Hakkına Ait Genel Kural

Madde 36

(1)Her yurttaş, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, kamu yararı amacıyla ve yasa ile sınırlanabilir.

(2)Mülkiyet hakkının kullanılmasına, kamu güvenliği, genel sağlık, genel ahlak, kent ve ülke planlaması veya herhangi bir malvarlığının kamu yararı için geliştirilmesi ve faydalı kılınması veya başkalarının haklarının korunması için kesin olarak gerekli kısıntı veya sınırlamalar yasa ile konabilir.

(3)Malvarlığının ekonomik değerini fiilen azaltan kısıntı ve sınırlandırmalar için derhal tam bir tazminat ödenir; anlaşmazlık halinde tazminatı hukuk mahkemesi saptar.

(4)Yukarıdaki (2). ve (3). fıkra kuralları, herhangi bir verginin veya para cezasının tahsili, herhangi bir hükmün yerine getirilmesi, sözleşmeden doğan bir yükümün yerine getirilmesi veya can veya malın tehlikeden korunması amacı ile yasa ile konmuş kuralları etkilemez.

(5)Devletin, 159. maddede belirtilen taşınmaz mallar üzerindeki hakkı saklıdır.”

**V**. **İDDİALARIN GEREKÇELERİ:**

(a) Davacının iddiaları:

4 ay meslekten men cezası bir Avukata verilebilecek en ağır cezalardan birisidir. Fasıl 2’nin 17’nci maddesi ve Tüzüğün 3’üncü ve 4’üncü maddeleri muğlak ifadelerle düzenlenmiş olup öngörülebilirlik ilkesini ihlal etmektedir.

Bir kişinin mesleği özel hayatının bir parçasıdır. Özel hayat ile ilgili kısıtlamanın yasa ile yapılması, yasanın ise erişilebilir ve öngörülebilir olması gerekir. Sadece adli kovuşturmalarda özel hayatın gizliliği deşifre edilebilir. Disiplin soruşturması adli kovuşturma değildir.

Davacının mesleği mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkı ile ilgili kısıtlamaların öngörülebilir ve erişilebilir olması gerektiği halde, bu konu ile ilgili mevzuat öngörülebilir veya erişebilir değildir.

(b) Davalının iddiaları:

Havale edilen maddeler, davanın karara bağlanmasında etken değildir. Davacının Anayasa’ya aykırılık davasında muvaffak olması halinde ortaya çıkacak boşluk Davacı lehine bir sonuç doğurmayacaktır.

Davacıya uygulanan idari işlem niteliğinde disiplin prosedürü, Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrası kapsamında değildir. Uygulanan yaptırım bir ceza davasında uygulanmış değildir. Disiplin davalarında suçun ve cezanın kanuniliği prensibi uygulanmaz.

Her halükârda, havale edilen mevzuat muğlak ifadelerle düzenlenmiş değildir ve öngörülebilirlik ilkesi de ihlal edilmiş değildir.

Havale edilen mevzuat, Anayasa’nın 19’uncu ve 36’ncı maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlükleri kısıtlamamaktadır, mevzuat erişebilirlik ve öngörülebilirlik kurallarını ihlal etmemektedir.

(c) Amicus Curiae’nin görüşleri

Hürriyeti bağlayıcı bir ceza verilmeyen disiplin soruşturmalarında Anayasa’nın 18’inci maddesinin uygulanırlığı yoktur.

İdari bir yaptırım olan meslekten men cezası 19’uncu ve 36’ncı maddelere aykırı değildir.

**VI**. **İNCELEME**:

İlk olarak etkenlik hususu incelenmelidir.

Davacı, Tek Yargıç olarak oturum yapan Yüksek İdare Mahkemesi huzurunda ikame edilen davada, 56/2010 sayılı Yasa ile tadil edilmiş Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’inci maddesinin (1)’inci fıkrası ile Fasıl 2 Avukatlar Yasası altında çıkarılan 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin, KKTC Anayasasının 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrasına, 19’uncu maddesine ve 36’ncı maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüş ve konunun Anayasa Mahkemesine havale edilmesini talep etmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi talebi uygun görerek bu hususu Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

Davalı ve Amicus Curiae, havale edilen maddelerde eksiklik bulunduğunu, bu nedenle havale edilen maddelerin oldukları şekilde etkenliği ortaya koyamadığını ileri sürmektedir.

Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrasına bakıldığı zaman, bu fıkra altında bir Avukata, (a)Mahkeme tarafından ahlâka aykırı bir suçtan mahkûm edilmiş olması veya (b)Disiplin Kurulunun kanısınca (i)yüz kızartıcı, (ii)hileli veya (iii) Avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranıştan ötürü suçlu bulunması halinde Disiplin Kurulu tarafından disiplin cezası uygulanabilir.

Disiplin Kurulu, yukarıda sıralanan kriterlerin birinin tatmin olması halinde ilgili avukata aşağıdaki müeyyidelerden birini uygulayabilir:

(i) Avukatın adını Avukatlar sicilinden silinmesini emreder; veya

(ii) Avukatı geçici bir süre için mesleğini icra etmekten durdurur; veya,

(iii) Avukata suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan aylık asgari ücretin on (10) katına kadar para cezası verir; veya

(iv) Avukata uyarı veya kınama cezası verir.

Havaleye konu davada Davacı Avukat, Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 24’üncü maddesi altında hazırlanan 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinde izahı verilen ve Fasıl 2’nin 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrasının bir kısmını oluşturan, ‘Avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranıştan’ ötürü suçlu bulunmuş ve Disiplin Kurulu tarafından 4 ay süre ile mesleğini icra etmekten men edilmiştir.

Fasıl 2 ‘nin 24’üncü maddesi altında hazırlanan 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünde, Avukatlık mesleğinin etiğine aykırı davranışın ne olduğu izah edilmektedir. Fasıl 2’nin 24’üncü maddesinin (1)’inci ve (2)’inci fıkrası altında Avukatlık mesleğinin icra ve etiğini düzenlemek için Baro Konseyine tüzük yapma yetkisi verilmiştir. Yasa’nın 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrasına göre de 24’üncü maddenin (2)’nci fıkrası altında yapılacak herhangi bir tüzüğe aykırı bir davranışta bulunan veya tüzüğe uymayan bir Avukatın mesleğe uygun olmayan davranışı nedeni ile suçlu olacağı ve Yasa’nın 17’inci madde kurallarının o Avukata uygulanacağı yer almaktadır.

Fasıl 2’nin 24’üncü maddesi şöyledir:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Baro Konseyinin Yetkileri | 24. | (1) | Baro Konseyi, meslekle ilgili tüm konuları inceler ve uygun göreceği işleri yapar. Konsey, yukarıdaki kuralların genelliğine veya bu Yasanın Konseye verdiği başka herhangi bir yetkiye halel gelmeksizin, aşağıdaki yetkilere sahiptir: |
|  |  | (2)  (3) | (a)Yargı ve yürütme organları ile ilgili olarak, Baronun onur ve bağımsızlığını korumak ve savunmasını yapmak;  (b)mesleğin icra ve etiketini düzenlemek;  ................  ................  (i)Yukarıdaki konuların herhangi birini düzenleyen ve avukatlar tarafından bir genel kurul toplantısında oy çoğunluğu ile onaylanması gereken tüzükler yapmak.  ………………………………………………  ………………………………………………   |  | | --- | | Yukarıdaki (1)’inci fıkra uyarınca Baro Konseyinin yaptığı herhangi bir tüzük, Resmi Gazetede yayımlanır ve icrai meslek eden tüm avukatlar için bağlayıcı olur. |   Yukarıdaki (2)’nci fıkra uyarınca yapılan herhangi bir tüzüğe aykırı bir davranışta bulunan veya söz konusu tüzüğe uymayan herhangi bir avukat, mesleğe uygun olmayan davranış nedeniyle suçlu olur ve hakkında 17’nci madde kuralları uygulanır.” | |

24’üncü madde Baro Konseyine tüzük yapma yetkisi vermiş ve bu yetkiyi kullanan Baro Konseyi 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünü hazırlamıştır. 24’üncü maddenin 3’üncü fıkrasındaki düzenlemede tüzüğe aykırı bir davranışta bulunan bir Avukatın mesleğe uygun olmayan davranış nedeni ile suçlu olacağı yer almaktadır. Bu durumda, havale eden ile ilgili disiplin işlemi Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’nci maddenin (1)’nci fıkrası, 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrası ve 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin tümünün uygulanması neticesinde gerçekleşmiştir.

Tüzük ile Fasıl 2’nin 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrası arasında bağlantı kuran Fasıl 2’nin 24’üncü maddesi havaleye konu edilmemiştir. Ancak 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddesi havaleye konu edilmiştir. Her ne kadar da Fasıl 2’nin 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrası havaleye konu edilmemişse de, 1981 Avukatlar İcrai Meslek ve Etiket Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddeleri havale edildiği cihetle, Tüzüğün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin Anayasa’ya aykırılık iddiaları incelenmelidir. Fasıl 2’nin 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrası havale edilmediği için Anayasa’ya aykırılığı incelenmeyecektir. Bu durumda Fasıl 2’nin 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrası havale edilmemiş olması havale edilen diğer maddelerin incelenmesine engel değildir ve etkenlik sorunu bulunmamaktadır.

Öncelikle, Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrasına aykırılık iddiası incelenmelidir.

Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrası bir kişinin, ‘yasaca suç teşkil etmeyen bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu’ sayılamayacağına yer vermektedir. Başka bir ifadeyle, bir fiil veya eylemin suç olması için bu suçun yasa ile belirlenmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir.

Fıkranın devamında ise, bir kimsenin ‘herhangi bir suç için, işlendiği zaman yasanın bu suç için koyduğu cezadan daha ağır bir cezaya çarptırılamayacağı’ söz dizisi yer almaktadır. Yani herhangi bir suç için öngörülen cezanın da, yasada yer alması gerektiği de açıkça belirtilmektedir.

Huzurumuzdaki meseleye bakıldığı zaman, Fasıl 2’nin 17’inci maddesinin (1)’inci fıkrasında gerek bir Avukatın hangi suçtan disiplin kurulu tarafından suçlu bulunabileceği gerekse disiplin kurulunun takdir edebileceği cezaların ne olduğunun yer aldığı görülmektedir. Bu durumda, ilk etapta, suçun kanuniliği ve cezanın kanuniliği ilkelerine, suç ve cezanın kanun ile düzenlenmesi gerektiği ilkesine bir aykırılık olduğu söylenemez.

Huzurumuzdaki mesele bir disiplin olayından kaynaklanmaktadır. Havaleye konu dava bir ceza davası değildir.

Disiplin işlemlerinde kanunilik ilkesinin uygulanırlığı olduğu kabul edilebilir mi?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir kararında bir askere uygulanan disiplin işleminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı ve 7’nci maddesi kapsamında ceza davası kapsamına girmediğine karar verilmiş (Çelikateş and Others v. Turkey 45824/1999, 7.11.2000) Mahkemenin bir başka kararında ise Üniversite dahilinde disiplin suçu işleyen bir öğrenciye de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. (Monaco v.Italy 34376/2013, 8.12.2015).

T.C. Anayasa Mahkemesi E.2018/30 K.2018/94 sayılı davada, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38’nci maddesindeki (Anayasamızın 18’inci maddesinin muadili madde) ilkelerin idari suçlar yönünden de uygulanmasının gerekli olduğuna ancak, disiplin meselelerinde ilkelerin daha esnek uygulanması gerektiğini vurguladığı görülmektedir. Yine T.C. Anayasa Mahkemesi E.2013/110 K.2014/8 sayılı davasında memurun meslekten ihraç işleminde de kanunilik ilkesinin uygulanır olduğunu kabul etmiştir.

Disiplin meselelerinde meslekten men cezası gibi ciddi sonuçları olan cezalar takdir edilebileceği göz önünde tutularak, kanunilik ilkesinin disiplin meselelerinde de uygulanır olması gerektiğini kabul ederiz.

Huzurumuzdaki meselede Yasa’nın 17’inci maddesinin (1)’inci fıkrasında birden fazla suç yer almaktadır. Havaleye konu olay ‘Avukat mesleğinin etiğine aykırı bir davranış’ ile ilgili olduğundan, bu havalede sadece bu başlığın Anayasa’ya aykırılığı incelenecektir.

‘Avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranış’ kelime dizisinin açılımı aynı Yasa’nın 24’üncü maddesinin (3)’üncü fıkrasında 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğüne atıfta bulunmak suretiyle verilmektedir.

Huzurumuzdaki meselede suç esasen yasada yer almakla birlikte suçun unsurları tüzükte yer almaktadır. Yani suç yasa ile ihdas edilmiş ancak unsurlarını Baro Konseyi tüzük ile belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi 19/1983 D.11/1983’de, nizamname ile bazı yasaklamalar getirilmiş olmasına rağmen nizamnameye aykırı hareket eden birinin suç işleyeceğinin nizamnamede hükme bağlanmamış olmasından dolayı konu nizamların kanunilik ilkesine aykırılığının incelenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Huzurumuzdaki bu havalede de tüzüğe aykırı hareket eden kişinin suç işleyeceği tüzükte belirtilmemiş, yasada belirtilmiştir.

T.C. Anayasa Mahkemesinin E.2018/30 ve K.2018/94, 29.5.2018 tarihli kararı ile de disiplin suçunun ve cezanın yasada belirlenmiş olması halinde, suça vücut verecek meslek kurallarının yasada yer almaması ve Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından belirlenmesinin suç ve cezaların kanunilik ilkesine aykırı olmadığına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

**“Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin suç sayıldığının ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi; kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.**

**Gerek adli gerekse idari suçlarda, davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olduğundan her iki suç türü arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Adli suçlarla idari suçlar arasındaki fark, esas itibariyle nicelik yönünden olup adli suçlardaki haksızlık içeriği idari suçlara nazaran daha yoğundur. Öte yandan adli suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlar idari suçlardan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirse de her iki alanda öngörülen yaptırımlar yoğun maddi cebir içermektedir. Bu nedenle Anayasa’nın 38.maddesinde öngörülen ilkelerin idari suçlar yönünden de uygulanması gerekmektedir.**

**Bununla birlikte idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değerin ihlal edilmesi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza dışında bir yaptırımın öngörülmesi karşısında Anayasa’nın 38.maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.**

**Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere disiplin suçunun kanunda belirlenerek karşılığında bir disiplin cezasının gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylemler ve cezası kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği çerçevesinde duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir”.**

Huzurumuzdaki meselede hangi hareketlerin etiket tüzüğüne aykırı olduğu tüzükte yer almakta, yasa ise tüzüğe aykırı bir davranışın suç olacağını ifade etmektedir. Bu durumda, suç yasada yer alıp tüzükte yer almadığından, kanunilik prensibine aykırılık yoktur.

Her halükârda, kanunilik prensibi incelenirken, gerek T.C. Anayasa Mahkemesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında sadece suç ve cezanın yasada yer alması gerekliliği yeterli bulunmayıp, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin suç sayıldığının ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanunda gösterilmesi gerektiği, yani yasada yer alan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7’nci maddesi suç ve cezanın yasa ile belirlenmesi gerektiği kuralını koymakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi muhtelif kararlarında Yasada yer alan suç ve cezanın sarih bir şekilde mevzuatta izah edilmesi gerektiğini, mevzuatın ulaşılabilir (accessible) ve öngörülebilir (foreseeable) olması gerektiğini belirtmektedir.

Huzurumuzdaki meselede, havaleye konu davadaki Davacı Avukat olduğu cihetle, meslek ile ilgili etiket tüzüğü ve Avukatlar Yasası’nın bir Avukat için ulaşılır olduğu kabul edilmelidir.

Öngörülebilirlik noktasında ise mevzuatta yer alan kelimelerin anlaşılabilir olması gereklidir.

Etiket Tüzüğünde yer alan, bir Avukatın ‘hukuk ve mesleğinin şeref ve haysiyetini koruması’ ve hareketlerinin “iyi ahlak, dürüstlük ve hakkaniyet ile karakterize edilmesi” ibareleri açık, anlaşılır ve sınırları belli olarak kabul edilebilir mi?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ölçünün, bir kişinin, gerekirse bir hukukçu vasıtası ile hangi fiil veya eyleminin kendisine cezai sorumluluk yükleyeceğini öngörebilmesi olduğu belirtilmiştir. (Kafkaris v. Cyprus 21906/2004).

Bir metnin gerektiğinde bir hukukçunun yardımı ile anlaşılabilir olması, yasa metninde herhangi bir belirsizliğin içtihat yolu ile aydınlatılmasının da mümkün olduğunu göstermektedir. Yani bir içtihatla, Mahkeme yorum yapmışsa, bu yoruma da kişinin ulaşabileceği kabul edilmelidir.

Yine yasada tanımlanmayan kavramların öğretide ve uygulamada yeterince açıklığa kavuşturulmuş bulunması da yeterlidir. Bu durumlarda, kavramların yasada tanımlanmasına gerek kalmamaktadır.

Meslek etiketine aykırılık teşkil edebilecek tüm durumların yasada sıra ile belirlenmesi pratik ve mümkün değildir. Meslek etiği ile ilgili kuralların yasa koyucu tarafından değil, meslek birimi tarafından belirlenmesi ve bu kuralların yasa ile değil de daha kolay değişebilen tüzük ile geçirilmesi daha sağlıklı ve işlevsel olur. Zaman içerisinde değişen davranışların hangisinin meslek etiğine uygun olmadığını belirlemenin yine aynı şekilde tüzük ile yapılması daha uygundur. Bu durumda, yasa ile verilen yetki çerçevesinde Baro Konseyinin meslek kurallarını tüzük ile hazırlaması olağan kabul edilmelidir.

1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünde yer alan hukukun ve mesleğin şeref ve haysiyetinin korunması ibaresinde yer alan kelimeler, günlük hayatta kullanılan, alışılmış ve doğal anlamları bilinen kelimelerdir. Bir kişi hakkını korumak veya hakkını elde etmek için bir Avukata müracaat etmişse, bu süreç içerisinde müvekkilinin haklarını gözetmeyen, kasıtlı veya ihmalkâr her davranışın, hukukun ve Avukatlık mesleğinin şeref ve haysiyetini rencide ettiği kabul edilmelidir. İcra ettikleri meslek itibarı ile adaletin hizmetinde olan avukatların dürüstlük ve güvenilirliklerine gölge düşüren, mesleki görevlerinin kötüye kullanılması veya ihmal edilmesi sonucunu doğuran tüm davranışlarının hukukun ve avukatlık mesleğinin şeref ve haysiyetine aykırı davranışlar olarak nitelendirilmesi gerekir.

Aynı şekilde iyi ahlâk sahibi olmak, dürüstlük ve hakkaniyet kelimelerinin de doğal ve alışılmış, günlük kullanımdaki anlamları bellidir ve anlaşılır durumdadır. Mesleki anlamda iyi ahlâk sahibi; yalan söylemekten kaçınan, işini doğru ve dürüst bir şekilde yapan, doğru hareketleri ile yaşadığı topluma olumlu katkıda bulunan kişiler için kullanılır. Dürüstlük ise; yalan, yolsuzluk, riyakârlıktan uzak duran ve doğrudan kaçmayan kişiler için kulanılır. Hakkaniyet sahibi kişi ise; haklı ile haksızı ayırabilen ve haklı olanın yanında olanı anlatır.

Hukukun ve mesleğin şeref ve haysiyeti ile ahlâk, dürüstlük ve hakkaniyet kelime dizilerinin, tümü de alışılmış ve doğal günlük kullanımdaki anlamı taşımaktadırlar. Bu durumda, tüzük maddelerinin anlaşılır olduğu ve öngörülebilirlik ilkesine aykırılık bulunmadığı kabul edilmelidir.

Ceza takdiri noktasında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ceza hukukunda, yasalar azami ceza miktarını belirlemekte ve Yargıçlar, bu azami cezadan fazla olmamak kaydı ile onun altında herhangi bir cezayı suçlu buldukları kişiye takdir edebilmektedirler. Yargıçlar olayın olgularına, vahametine, Sanığın kişisel şartlarına, karakterine, sabıka durumuna göre cezayı takdir edebilmektedir. Fasıl 2’de de yasa koyucu, Disiplin Kuruluna olayın vahametine göre uygulayabileceği 4 ayrı ceza olduğunu belirtmiş ve olayın vahametine göre bu 4 cezadan birisini takdir ederek uygulama hakkı tanımıştır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukuk sisteminde bir suça sabit bir ceza takdir edilmesi ve sadece o cezanın verilmesi kuralı yoktur. Yasa ile azami ceza belirlenmekte ve o azami ceza altında Mahkeme uygun gördüğü cezayı takdir edebilmektedir. Yasada bir suç için takdir edilebilecek azami hapis cezası ve/veya para cezası belirtilmekte ve Mahkeme de hapis cezası ve para cezası arasında takdir hakkını kullanmakta, suça ve suçluya hangi tür cezanın uygun olduğunu tespit ettikten sonra da yasada o ceza için belirtilen azami miktardan fazla olmamak kaydı ile hapis veya para cezası takdir etmektedir.

Öngörülebilirlik, kesin olarak ne ceza alınabileceğini bilmeyi değil, ne tür ceza takdir edilmesinin imkân dahilinde olduğunu bilmeyi içermektedir.

Her halükârda, takdir edilecek cezalar ile ilgili yargı denetiminin yolu açıktır. Nitekim, bu meselede Davacı Disiplin Kurulunun kararı ile ilgili Yüksek İdare Mahkemesinde dava ikame etmiş ve bu havale oradan Anayasa Mahkemesi’ne sunulmuştur.

Tüm söylenenler neticesinde Fasıl 2’nin 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrası ile 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrasına aykırılık iddiaları ret ve iptal edilir.

Havale edenin ikinci iddiası Anayasa’nın 19’uncu maddesine aykırılıktır. 19’uncu madde bireylere özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını vermektedir. Özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı da bu maddede yer almaktadır. Bununla birlikte, aynı maddede, adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklı tutulmuştur.

Davacı, bir kişinin mesleki hayatının da özel hayat kapsamında kabul edildiğini ileri sürmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8’inci maddesinde yer alan özel hayata müdahale edilmemesi hakkının, mesleki hayatı da bazı koşullarda kapsadığı kabul edilmiştir.

Hangi koşullarda mesleki hayatın özel hayat kapsamında kabul edildiği Fernandez Martinez V. Spain (56030/2007) davasında şu şekilde izah edilmiştir:

**“Restrictions on an individual’s professional life may fall within Article 8 where they have repercussions on the manner in which he or she constructs his or her social identity by developing relationships with others. In addition professional life is often intricately linked to private life, especially if factors, relating to private life, in the strict sense of the term, are regarded as qualifying criteria for a given profession.” (Para.110)**

**“Bir kişinin profesyonel yaşamına konan kısıtlamalar, eğer bu kısıtlamalar toplumda başkaları ile kuracağı ilişkiler ile kendi kişisel kimliğini oluşturmaktaysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine tabi olabilir. Buna ilaveten, bilhassa özel hayattaki bazı hususların meslek için esaslı kriter haline getirilmesi halinde profesyonel hayat bazı durumlarda özel hayata sıkı sıkı bağlı olabilir.”**

Atıfta bulunulan meselede, Davacının evli olması ve bekâr olma kuralına uzun yıllar uymamış olması etkili olmuştur. Bu durumda, Davacının işine son verilmesinin özel hayata müdahale yasağı getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi altında ele alınması anlaşılır olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Özpınar v. Türkiye (20999/2004) davasında, Yargıç olan Davacı özel hayatının farklı cepheleri hakkında yürütülen soruşturma sonucunda Davacı hakimlik görevinden alınmıştır. Söz konusu soruşturmada hemcinsleri ile olan yakın ilişkisi, mini etek giymesi, makyaj yapması, annesinden ayrı yaşaması gibi özellikle özel ve aile hayatına ilişkin hususlar da soruşturulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Davacı aleyhine yürütülen disiplin soruşturmasında başvuranın özel hayatının sorgulandığı ve bu konudaki görüş neticesinde görevden alınma kararının özel hayatın gizliliğine bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

Huzurumuzdaki havaleye konu davanın olgularına bakıldığı zaman sorunun, Davacının müvekkilinin haklarını korumak için dava açıp, ara emri aldığı meselede alınan ara emrinin Tapu Dairesinde tescil edilmemesinden kaynaklandığı görülür. Mahkeme tarafından verilen ara emrine konu malların daha sonra başka dava altında satılması neticesinde Davacının müvekkilinin alacağı tahsil edilememiş ve bu olaya dayalı bir disiplin soruşturması açılmıştır. Müvekkilin şikâyeti neticesinde Avukatının meslek etiğine uygun davranmadığına karar veren Disiplin Kurulu tarafından disiplin işlemine tabi tutulan Davacı, disiplin kurulu tarafından 4 ay meslekten men cezası ile cezalandırılmıştır. Bu olgular arasında yukarıdaki kararlarda ifade edildiği şekilde, özel hayat kapsamına giren herhangi bir olgu yoktur. Olay ile ilgili olgular tamamen meslek ile ilgili olup Avukat müvekkil ilişkisine dayanmaktadır.

Bu nedenle, Fasıl 2’nin 17’inci maddesinin (1)’inci fıkrası ve 1981 Avukatlar İcrai Meslek ve Etiket Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin Anayasa’nın 19’uncu maddesine aykırılık iddiası ret ve iptal edilir.

Havale eden ayrıca Anayasa’nın 36’ncı maddesine aykırılık iddiası ileri sürmüştür. 36’ncı madde, kişilerin mülkiyet hakkını korumaktadır. Davacı, bir kişinin mesleğinin mülkiyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ekli 1’inci protokolün 1’inci maddesi ile mülkiyet hakkı korunmaktadır. Mülkiyet hakkı, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Mahkemesi 2/2020 D.6/2021 sayılı kararında detaylı bir şekilde tanımlanmıştır.

Buzescu v. Romania 61302/00 davası Romanya’da Avukat kaydı iptal edilen bir Avukat tarafından ikame edildi. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gelecekteki bir gelir kaybının (Loss of future income) 1’inci protokolun 1’inci maddesinin koruduğu bir hak olmadığını, ancak bir Avukat yazıhanesinin birikiminin (peştemallik, müşteri, itibar ve sair gayri maddi unsurlar)(good will)’in bu maddde ile korunduğunu kabul etmiştir (Para 81).

Huzurumuzdaki havaleye konu davada, Davacının 4 ay süre ile Avukatlık mesleğini icra etmesi engellenmiştir. Bu durumda bu kişinin Buzescu davasında kabul edilen (good will) kaybı bu meselede yoktur. Bu meselede kayıp sadece 4 aylık gelirdir ki, aynı dava ileride kazanılacak meblağın 1’inci protokolün 1’inci maddesi tarafından mülkiyet başlığı altında korunmadığını açıkça ifade etmiştir.

Dolayısı ile bu meselede Anayasa Mahkemesi 2/2020 D.6/2021’de ifade edilen “possession” kapsamına girecek bir mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda, Fasıl 2’nin 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrası ile 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin Anayasa’nın 36’ncı maddesine aykırılık iddiası da ret ve iptal edilir.

**VII**. **SONUÇ**:

Fasıl 2 Avukatlar Yasası’nın 17’nci maddesinin (1)’inci fıkrası 1981 Avukatlar (İcrai Meslek ve Etiket) Tüzüğünün 3’üncü ve 4’üncü maddelerinin;

1. Anayasa’nın 18’inci maddesinin (1)’inci fıkrasına
2. Anayasa’nın 19’uncu maddesine

(iii)Anayasa’nın 36’ncı maddesine

aykırı olmadığına oybirliği ile karar verilir.

Narin Ferdi Şefik Mehmet Türker

Başkan Yargıç

Bertan Özerdağ Beril Çağdal Peri Hakkı

Yargıç Yargıç Yargıç

29 Aralık 2021