

Avukatlıktan Ömür Boyu Yoksun Bırakılma Yolundaki

Yeni Düzenleme Üzerine

[Av. Kemal VURALDOĞAN](#)

“...Anlamaz hal-i perişanı perişan olmayan..”*

5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 326. maddesiyle Avukatlık Kanununun 5/a maddesinde değişikliğe gidilmiş¹, fıkra, “a) *Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, 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,*”² şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Fıkranın eski halinden farklı olarak, *Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile* denerek fıkrada düzenlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunanların memnu hakların iadesi yoluyla mesleğe kabulü engellenmiş, *Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık* suçları mesleğe kabule engel yeni suçlar olarak kabul edilmiştir.

Makalemizde memnu hakların iadesi yoluyla mesleğe kabulün engellenmesi ile mesleğe kabulde engel olarak kabul edilen yeni suçlar iki ayrı başlık altında incelenecek, sonuç kısmında genel bir eleştiri yapılmaya çalışılacaktır.

Memnu Hakların İadesi Yoluyla Avukatlık Mesleğine Kabul Ve Anayasa

Avukatlık Kanunu madde 5/a'nın önceki halinde de, taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biriyle mahkûmiyet mesleğe kabule engel olarak düzenlenmesine rağmen, memnu hakların iadesi yoluyla mesleğe kabulü engelleyen bir atfa yer verilmemişti. Bu suçlardan mahkûmiyet sonrasında cezanın infazı, zamanaşımı veya affa uğraması sonrasında ilgili 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu madde 121 ve devamı maddeleri uyarınca memnu hakların iadesi yoluna başvurmakta, mahkemenin memnu hakların iadesine karar vermesiyle ilgilinin mesleğe kabulü mümkün hale gelmekteydi. **Ancak memnu hakların iadesi yoluyla**

* Ziya Paşa'nın gazelinden alınmıştır, tamamı için <http://saitkaragoz.googlepages.com/ezberlenecekgazeller1.htm>

¹ Makalemizin konusu yalnızca Avukatlık Kanunu madde 5/a'daki değişikliklerle sınırlıdır. Ancak buna rağmen 5728 Sayılı Kanunun adındaki, “*Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda*” ibaresini eleştirmeden makaleye başlamamız mümkün gözüküyor. Kanun koyucuların özen göstermesi gereken bir husus da, kanun adında ve içeriğinde düzgün bir Türkçe kullanmaktır. Benzer çağrışımlara yol açan çeşitli kanun veya diğer bazı kanun ibaresini kullanmakla amaca ulaşmak mümkünken; her iki ibarenin kullanılması kanun adını dilbilgisi kurallarına aykırı hale getirmiştir.

² <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2008/02/20080208-1.htm> (5728 sayılı yasa metni)

http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/k5728fihrist.pdf (5728 sayılı yasa fihristi)

http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5178_TCK53Uygulamasi.pdf (Meslekten yasaklamalar)

http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5728ile1136Degisiklik.pdf (5728 ile 1136'daki değişiklikler)

http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5728_1136MaddeGerekçe.pdf (1136'daki değişikliklerin gerekçesi)

kişinin 5/a kapsamındaki mahkûmiyeti yok sayılmasına rağmen, ilgilinin avukatlık mesleğine kabulü madde 5/c gerekçe gösterilerek reddedilmekteydi. Hakkaniyete aykırı bir şekilde kişinin, **“Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak”** nedeniyle mesleğe kabulünü engelleyen Avukatlık Kanununun 5/c maddesi barolar, Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Bakanlığı'nca çok katı bir şekilde uygulanmış, 5/a'daki suçlardan mahkûm olan ve memnu hakların iadesi kararı alan neredeyse herkesin levhaya yazılma talebi 5/c gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Danıştay'ın memnu hakların iadesine karar verilmesi halinde 5/c gerekçe gösterilerek levhaya yazılma talebinin reddedilemeyeceği yolunda kararları olmakla beraber³ memnu hakların iadesi kararı verilse dahi ilgilinin 5/c nedeniyle mesleğe kabulünün mümkün olmadığı yolundaki kararları ağır basmaktadır.⁴

³ “Ankara Barosuna bağlı olarak çalışmakta iken TCK. 295.maddesine göre hakkında Ağır Ceza Mahkemesince 1 yıl 8 ay hapis ve 830 krş. ağır para cezası ile 15 gün kamu hizmetinden yasaklama cezası verilen davacının ilgili karardan kaydının silinmesi ve meslekten çıkarılması cezası ile cezalandırılmasından sonra, adli yargı yerince ilgili hakkında verilen kamu haklarının geri verilmesi kararına dayanılarak yapılan başvurusu üzerine İzmir Barosuna kaydının yapılmasına ilişkin kararın onanmamasına ilişkin Bakanlık işleminin iptali isteğiyle açılan davada; Yasak hakların geri verilmesi hakkındaki yargı kararı uyarınca gerek TCK. Ve gerekse öbür Özel yasalar gereği oluşan tüm yasaklamaların ve hak kaybının ortadan kalkacağı, 1136 sayılı Avukatlık Yasasından doğan bu tür engellemeler hakkında da aynı düşüncenin kabulü gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının, yargı yerince, 1136 sayılı yasanın 5.maddesinin b bendindeki koşulun ve yasak hakların geri verilmesi kararının disiplin hukuku yönünden sonuç doğurmayacağı gözönüne alınmadan verilen kararın hatalı olduğu öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49.maddesine göre temyizen incelenerek bozulması isteğidir... kararın onanmasına karar verildi.” **Danıştay 8. Dairesi, E. 1990/737, K. 1990/757, k.t. 19.6.1990,** “...bu halde uyumsuzluğun esasını, memnu hakları iade edilen ilgili avukatın baro levhasına yeniden yazılmasının mümkün olup olmadığı hususunun oluşturduğu, Türk Ceza Kanununun 121 ve devamı maddelerinde memnu hakların iadesine ilişkin düzenlemenin, gerek ceza şeklinde hükmedilmiş mahkûmiyetlerin, gerekse ceza mahkûmiyetlerinden mütevellit şahsın ehliyetini her ne suretle olursa olsun kısıtlayan müeyyide ve tedbirlerin ortadan kaldırılması amacına yönelik bir düzenleme olduğu, dolayısıyla mahkûmiyet nedeniyle belirli bir mesleğe girmeyen kimsenin, memnu haklarının iadesi ile söz konusu ehliyeti kazanacağı, aksi takdirde memnu hakların iadesine yönelik yasal düzenlemelerin herhangi bir anlam ifade etmeyeceğinin tabii olduğu, bu durumda, ilgilinin Türk Ceza Kanununun 121 ve devamı maddeleri uyarınca memnu haklarının iadesine Ankara 2.Ağır Ceza Mahkemesince karar verilmiş olduğuna göre, avukat olarak baro levhasına kaydedilmesine engel halinin ortadan kalktığı ve avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak şartının dosya kapsamında oluşmadığı anlaşılmalı, baro levhasına yeniden kaydını öngören dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 6.İdare Mahkemesinin 12.6.1996 gün ve 614 sayılı kararının, Barolarının, ilgilinin ruhsatnamesinin iptali ve adının bir daha yazılmamak üzere baro levhasından silinmesine ilişkin kararında, 1136 sayılı Yasanın 74/1 maddesinde öngörülen her iki hükme de ayrı ayrı dayanıldığı, öte yandan, anılan Yasanın 5/a kapsamına giren sahtecilik suçuna ilişkin ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak verilen ruhsatnamenin iptali ve levhadan silinme kararı, memnu hakların kapsamında sayılsa bile, Disiplin Kurulunun hükme bağladığı meslekten çıkarma cezasının sonucu olarak verilen aynı içerikteki kararın, memnu hakların iadesi kapsamına girmediği, kaldı ki 5/a kapsamındaki suçlarla ilgili her türlü ceza mahkûmiyetinin, memnu hakların iadesi kapsamına girdiğinin de söylenemeyeceği, öne sürülerek, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49.maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir...kararın onanmasına..” **Danıştay 8. Dairesi, E.1996/5421, K. 1998/2209, k.t. 11.6.1998.**

⁴ “İdare Mahkemesince, Memnu Hakların iade edilmiş olması nedeniyle avukatlık mesleğine engel bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle İstanbul Barosu tarafından açılan davanın reddine karar verilmiş ise de, müvekkilinin şikayeti, tanık ifadeleri, Baro soruşturması, ceza yargılaması ve mahkeme kararı nedeniyle, avukatlık mesleğine yaraşmayan tutum ve davranışları çevresince bilinir hale gelen ...'in, memnu haklarının iadesi Avukatlık Yasasının 5/a maddesine göre ehliyetsizliğini ortadan kaldırmış ise de, aynı maddenin (c) bendinde tanımlanan duruma göre ehliyetsizliği devam etmektedir. Kaldı ki, adı geçen şahsın, memnu haklarının iadesi ile avukatlık mesleğini icraya ehil olduğunun kabul edilmesi halinde yasanın 5/c maddesi ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda, memnu hakların iadesiyle 1136 sayılı Yasanın 5/a maddesine göre ehliyetsizliği ortadan kalkan, ancak yine aynı yasanın 5/c maddesinde belirtilen ehliyetsizlik durumu devam eden ... hakkında tesis edilen İstanbul Barosu işleminde kamu yararı ve yasanın amacına aykırılık bulunmamaktadır.” **Danıştay 8. Dairesi, E. 1998/6818, K. 2000/4887, k.t. 22.6.2000,** Adli sicilden silinmiş olsa dahi, "efrada sui muamele" suçundan dolayı alınmış mahkûmiyetin, avukatlık mesleğine kabule engel oluşturduğu hakkında, **Danıştay 8. Dairesi, E. 2004/2087, K. 2005/1702, k.t. 12.4.2005,** Cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak ve adam öldürme suçlarından müebbeten ağır hapis cezasına mahkûm olup memnu hakları iade edilen davacının memnu haklarının iadesi ile avukatlık yasasının 5/a maddesine göre ehliyetsizliği ortadan kalkmış ise de, aynı yasanın 5/c maddesine göre ehliyetsizliği devam ettiğinden avukatlık staj yapma ve staj listesine yazılma isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında, **Danıştay 8. Dairesi, E. 2006/4018, K. 2007/16, k.t.15.1.2007**

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu madde 53 ile bir memnu hakların iadesi müessesesinde önemli bir değişikliğe gidilmiş, kişinin işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamayacağı esası benimsenmiş, infazın tamamlanmasından sonra yeni karara lüzum kalmaksızın kişinin yoksun kaldığı haklara doğrudan kavuşmasına yönelik düzenlemeler kabul edilmiştir. Başka bir deyişle artık kişilerin görevli ceza mahkemesinden memnu hakların iadesi kararı almasına gerek kalmamıştır. Ancak, 5560 Sayılı Kanunla, 6.12.2006 tarihinde 5352 Sayılı Adli Sicil Kanununa 13/A maddesi olarak, “**5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.**” hükmü eklenmiş, kısa sürede tekrar 765 Sayılı Kanunun benimsediği esasa dönülmüştür. Yani, yasaklanmış hakların iadesi, ilgilinin cezasının infazının tamamlanması, infazın üzerinden belirli bir sürenin geçmiş olması ve memnu hakların iadesine hâkimin karar vermesiyle olabilmektedir.

5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 326. maddesiyle Avukatlık Kanununun 5/a maddesi değiştirilmiş ve maddenin önceki halinde olmayan “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile” düzenlemesi eklenerek, 5/a’daki suçlardan hüküm giyenlerin memnu hakların iadesi kararı alarak mesleğe dönmesi kesin olarak engellenmiştir.

5728 Sayılı Kanunun gerekçesinde, “...İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen kişi, toplumda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Ancak, bu yoksunluk, kural olarak, mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar devam edecektir. Cezanın infazı, kişinin işlediği suçtan dolayı etkin pişmanlık duymasını, yeniden topluma kazandırılmasını gerektirdiğine göre; cezasını çekmiş olan kişi artık toplumla barışmış, suç işlemekle kaybettiği toplumsal güveni geri kazanmış demektir. Bu bakımdan, benimsenen yaptırım sisteminde, belli bir suçu işlemekten dolayı cezaya mahkûmiyetin sonucu olarak ömür boyu devam edecek bir hak yoksunluğu söz konusu değildir...” denerek⁵, getirilen yeni düzenlemeyle, hükümlülere yönelik ömür boyu süren hak yoksunluklarının kaldırıldığı intibai yaratılmaktadır. Hukukçu olmayan, hukukçu olmakla beraber 5728 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklere hakim olmayan milletvekillerin anılan gerekçe doğrultusunda özgürlükçü esasların kabul edildiği zannıyla 5728 Sayılı Kanunun kabul edilmesi yolunda oy kullanmaları kuvvetle muhtemeldir.

5728 Sayılı Kanununla getirilen ömür boyu hak yoksunluğu yaptırımını, çağdaş ceza hukuku anlayışıyla bağdaştırmak mümkün değildir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinin gerekçesi⁶ ile 5728 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde, *işlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsıldığı, bu nedenle suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakların kullanmaktan yoksun bırakıldığı, bu hak yoksunluğunun süresiz olmadığı, cezalandırılmakla güdülen asıl amacın, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırmak olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılmasının gerektiği, bu nedenle, söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazının tamamlanuncaya kadar*

⁵ 5728 sayılı yasanın gerekçesi http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5728_1136MaddeGerekçe.pdf

⁶ TCK gerekçesi <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>

devam etmesinin uygun olduğu, böylece, kişinin mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlamakla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma bir mesaj verdiğini, bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesinin, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşeceği belirtilmiştir. Ancak 5728 Sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu madde 5/a'daki suçlardan hüküm giyenler açısından ömür boyu hak yoksunluğu getirilmiş, bu kişilerin çalışma özgürlüğü avukatlık mesleği açısından ömür boyu sınırlandırılmıştır. Anayasanın 13. maddesi, “**Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.**” hükmüne, madde 48 ise, “**Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...**” hükmüne yer vermektedir. Kimlerin avukatlık yapacağı, avukatlık yapmak için aranan şartlar, Anayasanın 13. maddesine paralel bir şekilde kanunla düzenlenmiş, Avukatlık Kanununda kimi sınırlamalara yer verilmiştir. Burada tartışılması gereken avukatlık yapma özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin 5728 Sayılı Kanununla getirilen sınırlamaların çalışma özgürlüğü açısından öze dokunma yasağına ve ölçülülük ilkesine aykırılığıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre **temel hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran** veya onu kullanılamaz duruma düşüren sınırlamalar o hakkın kullanılmasının özüne dokunmaktadır⁷. Hükümlü kişinin hükümlülüğü döneminde çalışma özgürlüğünü fiilen kullanması mümkün değildir. Dolayısıyla hükümlü kişinin çalışma özgürlüğünün bu dönemde sınırlandırılması öz güvencesine aykırı değildir. Yine kimi suçlardan mahkûmiyet nedeniyle belirli bir süre kişinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması, kişinin çalışma özgürlüğünü amacına uygun şekilde kullanmasını son derece zorlaştırmadığından öz güvencesine kural olarak aykırı değildir⁸. Ancak, bu durumdaki kişilerin çok uzun süre veya ömür boyu avukatlık yapmalarının yasaklanması çalışma özgürlüğünün bu kişiler yönünden amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırmakta, 5728 Sayılı Kanunla getirilen düzenleme yönünden değerlendirme yaptığımızda çalışma özgürlüğünü ömür boyu kullanılamaz hale getirmektedir. Dolayısıyla 5728 Sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu madde 5/a'ya eklenen, “**Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile**” ibaresi Anayasanın 13. maddesindeki öz güvencesine aykırıdır.

Mesleğe Kabule Engel Suçlar Ve Anayasa

Avukatlık Kanunu madde 34, “**Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde **özen, doğruluk** ve onur içinde yerine getirmek ve **avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene** uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler**” hükmüne yer vermektedir. Madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi, avukatlık mesleği, meslekle ilgili konularda güven gerektiren, özen yükümlülüğüyle yürütülmesi gereken bir meslektir. Yine Avukatlık Kanunu madde 36'daki sır saklama yükümlülüğü, madde 38'deki işi ret zorunluluğu, madde 47'deki çekişmeli hakları edinme yasağı, madde 56'daki örnek çıkarabilme yetkisi, avukatlık mesleğinin mesleğe ilişkin konularda güvene dayalı, onurlu bir şekilde yürütülmesi gereken bir meslek olduğunu göstermektedir. Avukatlık mesleğinin bu özelliği nedeniyle kişisel güveni sarsacak suçlardan mahkûmiyet nedeniyle kişilerin avukat olmasının engellenmesi makul, kabul edilebilir bir nedene dayanmaktadır. Bu anlayışa paralel bir şekilde, Avukatlık Kanunu madde 5/a'nın önceki halinde, “**taksirli suçlar hariç**

⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasası dönemindeki öze dokunma yasağına ilişkin kararları farklılık göstermektedir. Bu konuda daha fazla bilgi için, VURALDOĞAN, Kemal, **2001 Değişikliklerinin Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2007, s. 80 vd., eserin tam metnine, http://www.ankarabarusu.org.tr/Pg_Db_Yayinlarimiz.aspx adresinden ulaşabilirsiniz.

⁸ 5352 Sayılı Adli Sicil Kanununa 13/A maddesindeki üç yıllık süre gibi.

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 biriyle mahkumiyet” mesleğe kabule engel olarak düzenlenmiştir². 5278 Sayılı Kanunla ise, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ihaleye fesat karıştırmak, edimin ifasına fesat karıştırmak, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık suçları mesleğe kabule engel yeni suçlar olarak kabul edilmiştir¹⁰. Maddeye eklenen yeni suçlar büyük bir kısmı avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiyi ilgilendirmeyen, avukat mesleğine kabule engel olmaktan ziyade memuriyete kabulde aranması gereken engeller olarak gözükmektedir. Aslında Avukatlık Kanunu anılan suçların mesleğin ifasına engel sayılmasına pek de yabancı değildir. Avukatlık Kanunu madde 154’de daha önce 3003 Sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve maddenin ilk fıkrasında, **“Haklarında meslekten çıkarma cezası verilen veya tutuklama müzakeresi çıkarılan veya Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma ve yalan yere tanıklık cürümlerinden biri ile hakkında kamu davası açılan ve 42. madde uyarınca geçici olarak görevlendirilmiş olup, yapılan işlerin ücretini iş sahibinden aldığı halde aynı maddenin son fıkrası gereğince kabule değer bir sebep olmaksızın ilgili mercie ödememiş olan avukatların işten yasaklanmaları zorunludur.”** düzenlemesine yer verilerek devletin şahsiyetine karşı cürümlerden hakkında kamu davası açılan meslektaşlarımızın işten yasaklanması sorunlu kılınmıştı. Konu Anayasa Mahkemesi’nin önüne geldiğinde Mahkeme, **“...Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçların zorunlu işten yasaklanma sebepleri arasına alınmış olması, gerekçede; Devlet Memurları Kanununun memurlar hakkındaki hükümleriyle paralellik sağlamak gibi bir amaçla izah edilmektedir. Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden 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 kılınamaz. “Devletin şahsiyetine karşı cürüm” olarak sadece suçun hukuki konusu dikkate alınmak suretiyle yapılan düzenleme son derece adaletsiz sonuçları beraberinde getirmiştir.... Böyle bir halde, çalışma hakkının kamu düzeni ya da kamu yararı gibi bazı mülahaza ile sınırlandırılması da demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşamaz...”**¹¹ diyerek devletin şahsiyetine karşı cürümlerden avukat hakkında kamu davası açılması halinde avukatın işten yasaklanmasını öngören kuralı iptal etmiştir. Her ne kadar yeni düzenleme kamu davası açılmasına ilişkin olmayıp mahkûmiyeti esas alsın da, Anayasa Mahkemesi’nin devletin şahsiyetine karşı cürümler ile avukatlık mesleği arasındaki ilgisizliğe özellikle işaret ettiği anılan kararının güncel düzenlemenin eleştirisinde de kullanılabileceği görüşündeyiz. Yine devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar olarak madde 5/a’da ifade edilen suçlar aslında **“siyasi suç”**lardır. Siyasi suçların diğer suçlardan temel farkı evrensel olmaları, belli bir zaman dilimiyle sınırlı olmamalarıdır. Başka bir deyişle, bu tip suçların büyük bir kısmı sınırlı bir coğrafyada sınırlı bir dönemde suç olarak kabul edilmektedir. Bu tip suçlar özellikle ifade özgürlüğünün kullanılmasının önünde ciddi bir engeldir ve bu suçların kaldırılması halinde devletin korumasız kalacağı iddia edilmektedir. Mülga Türk Ceza Kanunu madde 141, 142 ve 163 örneğinde görüldüğü binlerce kişinin mahkûmiyetine yol açan bu tip suçlar demokratik siyasal yaşamı korumaktan

² Karşılaştırma için Bkz http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5728ile1136Degisiklik.pdf

¹⁰ Kapsamı için Bkz. http://www.inisiyatif.net/document/83_2008_files/5728_1136_5237TCKmd.pdf

¹¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1984/12, K.1985/6, k.t. 1.3.1985,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1985/K1985-06.htm>

Avukatlık Kanunu ile ilgili diğer kararlar için bkz. http://www.inisiyatif.net/av tarih/tarihte_mevzuat/av_anamahkarar.asp

ziyade iktidara muhalif olanların susturulmasında kullanılmakta, ancak yürürlükten kaldırıldıklarında iddianın aksine demokratik siyasal yaşam zarar görmemektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki devletin güvenliğine, Anayasal düzene, bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçları teker teker incelemek bu makalenin kapsamını aşacaktır. Ancak 5237 Sayılı Kanunun Milli Savunmaya Karşı Suçlar bölümünde madde 318’de düzenlediği, “*Halkı askerlikten soğutma*” suçu üzerine yapılacak kısa bir değerlendirmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Madde 318’in ilk fıkrası, “*Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir...*” hükmüne yer vermektedir. Maddede düzenlenen suçla ifade özgürlüğünün sınırlandığı her türlü tartışmadan uzaktır. Kamuoyunda vicdani ret olarak bilinen bu suç nedeniyle Türkiye aleyhine açılan davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vicdani retçilerin cezalandırılması¹² ve vicdani reddi savunanların cezalandırılması nedeniyle¹³ Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sözleşme ihlalinde bulunduğu karar vermiştir. 5728 Sayılı Kanunla avukatlık mesleğine kabule engel bu suçun alt sınırının alt ay olması bir yana, bu suçtan kişilerin mahkûm olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamakla görevli bir avukatın bu çerçevede AİHM kararlarından bahisle vicdani reddi bir hak olarak kabul etmesi ve savunması pekâlâ mümkündür. Mümkün olmaması gereken, onun bu nedenle ömür boyu avukatlıktan yasaklanmasıdır.

Sonuç Yerine

Bu makalenin yazıldığı 23 Şubat 2008 tarihi itibarıyla Türkiye Barolar Birliği¹⁴, İstanbul Barosu¹⁵ ve Ankara Barosu’nun¹⁶ internet sitelerindeki Avukatlık Kanunlarını incelediğinizde ne yazık ki 5278 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin kanuna işlenmediğini görüyoruz. 5728 Sayılı Kanunun yayımlandığı 8 Şubat’tan sonraki Türkiye Barolar Birliği açıklamaları ise türban¹⁷, Sabancı suikastı nedeniyle Türkiye’ye gelen Belçika heyeti¹⁸ ve Diyarbakır ve Cizre başta olmak üzere güneydoğu’da meydana gelen olaylara yöneliktir. Avukatın meslek örgütlerinin görevleri Avukatlık Kanununun ilgili maddelerinde sayılmıştır ve neredeyse tamamı mesleğe ilişkindir. Meslek dışında tek görevleri, Avukatlık Kanunu madde 76, 95/21 ve 110/17 uyarınca, “*hukukun üstünlüğü ve insan haklarını*” korumaktır¹⁹. Ancak mevcut tablo avukatın meslek örgütlerinin tercihinin meslek sorunlarını çözmek yerine güncel ülke sorunlarında söz sahibi olmak noktasında yoğunlaştığını göstermektedir. Bu durumdan mesleğin zarar gördüğü, en azından karlı çıkmadığı açıktır. Güncel ülke sorunlarını siyasi partiler ve bu amaçla kurulmuş sivil toplum örgütleri üzerinden tartışmak yerine meslek örgütleri üzerinden yürütmek meslek örgütleri ile iktidarı ülkenin konjonktürüne göre hasım haline getirebilmekte, ücretsiz müdafii, imarzedelerin avukatlık ücreti örneklerinde olduğu gibi mesleğin aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. 5728 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerin bir kısmını da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Kanun değişikliklerinin, meslek örgütlerinin sitelerine işlenmemiş olması ve TBB'nin bu kapsamlı

¹² Bkz. <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=177661>

¹³ Bkz. <http://ww.bianet.org/bianet/kategori/bianet/104038/yurdatapan-davasinda-aihmden-turkiyeye-vicdani-ret-cezası>

¹⁴ http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/avukatlik_kanunu/avukatlik_kanunu_5615.doc

¹⁵ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc>

¹⁶ http://www.ankarabarosu.org.tr/Pg_html.aspx?Table=Duyuru&DataField=detailhtml&DataID=88

¹⁷ http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/tbb/080209_bb_bildiri.aspx

¹⁸ http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/tbb/080217_sabanci.aspx

¹⁹ Türkiye Barolar Birliği’nin anılan basın açıklamalarının insan haklarını korumaktan ziyade temel hak ve özgürlükleri demokratik bir rejimde görülmeyen ölçüde sınırlayan statükonun korunmasına yöneliktir. Ancak bu konu makalemizin sınırlarını aştığından sadece bu tespitle yetiniyoruz.

değişikler hakkında değerlendirme yapmaması, meslek örgütlerimizin konuya ilgisizliğini göstermektedir. Bu ilgisizlikten zarar gören ise mesleğin kendisidir.

Avukatlık Kanunu madde 5/a'ya eklenen yeni suç katalogları ile, avukatın özel yaşamını, siyasal yaşamını demokratik bir toplum düzeninde görülmeyecek şekilde sınırlandırılmıştır. Avukatlık mesleği niteliği itibarıyla siyasal yaşamla iç içedir ve ülkemizdeki siyasetçilerin önemli bir kısmı mesleğimiz mensubudur. 5728 Sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu madde 5/a'ya eklenen devletin güvenliğine, Anayasal düzene, bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sınırlarına karşı suçların genellikle siyasal faaliyetler sırasında işlenen suçlardır ve muhtemelen beyaz yakalılar arasında en çok meslektaşlarımız tarafından işlenmektedir. Bu suçlardan mahkûmiyetin mesleğe kabule engel sayılması, düzenlemenin meslekle ilintisizliği bir yana, meslekte tek tipleşmeyi, “*memurlaşmayı*” getirecek olması nedeniyle de yanlıştır. Bu düzenlemeyle kamu yararı sağlanamaz. Aksine, öncü fikirlerin ileri sürülmesinin mesleki kaygılarla, yani katmerli ceza nedeniyle engellenecek olması nedeniyle bu düzenleme, dolayısıyla uzun vadede ifade özgürlüğü, yani kamu yararı zarar görecektir.

5278 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtildiği gibi bir suçtan mahkûmiyet nedeniyle ömür boyu hak yoksunluğu çağdaş ceza hukuku ve infaz anlayışıyla bağdaşmaz. Tekerrür halinde daha uzun yasaklama gibi daha elverişli ve hafif düzenlemelerle aynı amaca ulaşmak mümkünken belli suçlardan mahkûmiyeti ilelebet avukatlığa kabule engel saymak Anayasanın ölçülük ilkesi ile evrensel hukukun temeli olan adalet ve hakkaniyete de aykırıdır.

Ankara, 23 Şubat 2008

http://www.inisiyatif.net/document/83_2008.asp

Yazarın Sitedeki Bütün Yazıları

- [Avukatlıktan Ömür Boyu Yoksun Bırakılma Yolundaki Yeni Düzenleme Üzerine](#) - 24.02.2008
- [Av. Kemal Vuraldoğan'ı Azil Kararı Üzerine Düşünceler \(3\)](#) - 11.12.2007
- [Av. Kemal Vuraldoğan'ı Azil Kararı Üzerine Düşünceler \(2\)](#) - 16.09.2007
- [Av. Kemal Vuraldoğan'ı Azil Kararı Üzerine Düşünceler \(1\)](#) - 12.07.2007
- [Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?](#) - 23.04.2006
- [Avukatın Disiplin Hukuku](#) - 14.12.2005
- [Hiçbir şey Eskisi Gibi Değil! "Müdafiinin Kollukta Dosya İncelemesi ve Örnek Alması" HiÇ DEĞİL!](#) - 14.06.2005
- [Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası](#) - 30.03.2005