

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

T.1.10.2009
E.2009/67
K.2009/119

* Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının; yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılar ile raportörlerinin avukatlık edememe yasağını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının iptali.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının, Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I. OLAY

Dolandırıcılık suçundan açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II. İTİRAZ VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“İtiraza konu olan yeni düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi’nin 2001/309 Esas, 2002/91 karar ve 15/10/2002 tarihli kararlar, Anayasanın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırı olduğundan oy birliği ile iptal etmiş olduğu fıkranın yeniden yasallaştırılmış hali olduğu ve bu haliyle ilgili fıkranın Anayasa’nın 10, 13 ve 48. maddelerine açıkça aykırı olduğundan ve ilgili yasanın sanık ve vekil arasındaki müdafilik ilişkisini düzenlemesi, dolayısıyla görülen davada uygulanan yasa niteliği taşıması da göz önüne alınarak, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda değinilen 15/10/2002 tarih 2001/309 esas, 2002/91 karar sayılı kararının gerekçesinde belirtilen nedenlerle yürütmesinin durdurulması ve iptali için Anayasa’nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Yasa’nın 28 maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmasına karar verildi.”

III. YASA METİNLERİ

A. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun itiraz konusu birinci fıkrayı da içeren 14. maddesi şöyledir:

“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hakim ve savcılarını ile raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.

Yukarıdaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır.

Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadî kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde, çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki

yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı, Genelkurmay Adli Müşaviri, sıkıyönetim adli müşavirleri ve sıkıyönetim askerî mahkemelerinde görevli hakim ve savcılar ile yardımcıları, başka hizmetlere atanmış olsalar bile anulan görevlerden ayrıldıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile sıkıyönetim askerî mahkemelerinde avukatlık yapamazlar.”

B. Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV. İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt, Sacit Adalı, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, Mustafa Yıldırım, A. Necmi Özler, Serdar Özgüldür, Şevket Apalak, Serruh Kaleli ve Zehra Ayla Perkaş'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 16.9.2009 gününde oy birliğiyle karar verilmiştir.

V. ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 günlü, E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararındaki gerekçelere atıf yapılarak Avukatlık Kanunu'nda 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesi ile yapılan değişiklikle çalışma hak ve özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilke-

siyle bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, görev yapılan mahkeme ya da dairelerin sayısının veya yargı çevrelerinin genişliğinin farklı olması nedeniyle, meslekten ayrıldıktan sonra avukatlık yapmak isteyen hâkim ve savcılara getirilen avukatlık yapma yasağının kapsamındaki farklılıkların bu kişiler arasında eşitliğin bozulmasına yol açtığı, bu durumun da Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle değiştirilen Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmaktadır. Bu yasak, daha önce maddede sayılan meslek mensuplarının hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süreyle avukatlık yapamamaları biçimindeyken, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 4667 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrası ile getirilen düzenlemeyle, iki yıllık süre ay- nen korunmakla birlikte belirtilen kişilerin görev alanı daraltılarak son beş yılda hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevrelerinde avukatlık yapmaları engellenmiş, ancak söz konusu kural Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 günlü, E. 2001/309, K. 2002/91 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İtiraz konusu kuralın ikinci tümcesi ile yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılar ile raportörlerinin görev alanlarıyla ilgili olarak birinci tümcede kabul edilen "yargı çevresi" ölçütünden farklı bir düzenleme getirilmiş ve bu kişilerin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken çalışma özgürlüğü

için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de itiraz konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.

Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, itiraz konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini, kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklamada öngörülen *"hizmet görülen mahkeme ve dairelerin yargı çevresi"* ve *"beş yıl"*lık süre ölçütleri, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim Kılıç, Sacit Adalı, A. Necmi Özler ile Serruh Kaleli bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni yasal düzenleme yapılması amacıyla, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın resmi gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden dü-

zenlenen birinci fıkrasının iptaline ilişkin hükmün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkranın yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine, 1.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VIII. SONUÇ

A. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Haşim Kılıç, Sacit Adalı, A. Necmi Özler ile Serruh Kaleli'nin karşıoyları ve oyçokluğuyla,

B. İptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın *Resmî Gazete'*de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine, oybirliğiyle,

1.10.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

2001 yılında 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değiştirilen 14. maddesinde yer alan "*Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.*" şeklindeki birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nce 15.10.2002 gün ve 2001/309 E., 2002/91 sayılı kararı ile Anayasa'nın 13 ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, daha sonra Yasama organı 23.1.2008 gün ve 5728 sayılı Yasa ile 14. maddeyi yeniden düzenlemiştir.

Önceki düzenleme "*Yargı çevresi bazen bir bölgeyi ve yüksek mahkemelerde de tüm ülkeyi kapsar nitelikte olabileceği*" ifadesi ile çalışma özgür-

lüğünün ölçüsüzce sınırlandırıldığı gerekçesi ile iptal edilmiş, yasama organı da, karar gereğini yerine getirmek üzere 14. maddeyi yeniden düzenlemiş, yüksek yargı ve bölge mahkemelerinin hakim ve savcılarını ile raportörlerini yargı çevresi bünyesinden çıkarıp münhasıran hizmet gördüğü mahkeme veya dairelerle sınırlamak sureyle yasak alanı daralttığı görülmüştür.

Yargının kamusal düzenin korunmasının güvencesi olması nedeniyle, inancı ve güveni sarsacak, yıkacak, endişelendirecek her türlü etki ve baskıdan uzak, hakimlerin vicdani kanaatlerinin serbestçe oluşmasını sağlayacak tereddütlerin ortadan kaldırılmak gereği açıktır.

Mahkemenin önceki kararında, çalışma özgürlüğüne ölçüsüzce bir sınırlama getirildiği biçimindeki gerekçesinde yargı çevresinde çalışma alanını daralttığı düşünülen beş yıllık süre, sadece rakamın ifade ettiği süre yönünden değil, bu sürenin yargı çevresi kelimesinin bazen bir bölgeye, bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceği ihtimali karşısında hakim ve savcılarının ayrıldığı alan mahkemesinde uzunca bir süre çalışmama sonucunu doğuracaktır.

Hal böyle iken, bu endişeyi ortadan kaldıran yeni düzenleme, beş yıllık yargı çevresi sınırlaması ile sanki önceki metnin aynısı gibi gözükse de, endişeyi izale eden bir ayırım getirerek yüksek yargı, bölge mahkemeleri savcı, hakim ve raportörlerinin beş yıl müddetle hiç çalışmama olasılığından uzaklaştıran “*münhasıran ayrıldığı, hizmet sürdüğü mahkeme ve daire*” demek suretiyle önceki ölçüsüz sınırlamayı adil şekilde ortadan kaldırmıştır. 14. maddenin 2. cümlesindeki sınırlama ise, mahkeme gerekçesinin gereğinin yerine getirilmesi ve demokratik bir düzende yargının zede almaması, toplumda oluşacak yanlış anlaşılmayı, rahatsızlığı ortadan kaldırmaya yöneliktir.

Beş senelik sürenin ölçüsüz geniş bir alan yarattığı söylenebilirse de, emekli ya da istifa gibi sebeple ayrılanlar yönünden görev alanı ve sayısı çok özel istisnalar hariç genelde ortalaması ikiyi geçmeyeceğinden yer yönünden alan sınırlaması ölçsüzlük olarak nitelenemez.

Emekli hakimın ayrıldığı yerde avukatlık yapmak istemesindeki öncelikler sayısız nedenlere dayalı olabilirse de, kamusal düzen ve yargıyı koruma önceliği bireysel çalışma özgürlüğünün sınırsızlığına engel olmayı gerektirecek demokratik bir zorunluluktur. Avukatlar

için sınırsız çalışma alanı var iken, meslek hayatının önemli bir süreci sayılamayacak olan son beş yıl içinde ve de sadece ayrıldığı yargı çevresi yönünden getirilen daraltmanın ölçüsüz denmesi mümkün değildir. Binlerce yargı çevresinden yalnızca iki ya da üçünde sadece iki yıl için getirilen çalışma yasağı mahkememizin önceki kararının gerekçesinden de anlaşılacağı gibi makul ve ölçülüdür.

Anılan gerekçeler ile karara muhalif kalınmıştır.

Başkan

Haşim KILIÇ

Üye

Sacit ADALI

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serruh KALELİ

KARAR ANALİZİ: ANAYASA MAHKEMESİ VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI -II-

Ozan ERGÜL

*“Kaadî ola dâvacı ve ol muhızır dahi şâhid
Ol mahkemenin hükmüne derler mi âdalet?”*

Ziya Paşa

Öncelikle, analizimizin başlığında “II” demeyi tercih etmemizin nedenini açıklamak isteriz. Bu çalışma, daha önce bir kısmı yayımlanmış bir makalenin devamı değildir. Ancak, önceden yayımlanmış bir analiz çalışması ile aynı konudadır. Bundan altı yıl önce Anayasa Mahkemesi’nin Avukatlık Kanunu’nun değişik bir maddesine ilişkin olarak vermiş olduğu iptal kararı nedeniyle, Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararını usul ve esas yönlerinden eleştiren bir analizimiz yine *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nde yayımlanmıştı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nde yayımlanmış bulunan söz konusu makalemin başlığı, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı” idi. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı nedeniyle ortaya çıkan boşluk, daha sonra yasama organı tarafından doldurulmuştu. Ancak, Anayasa Mahkemesi yeni düzenleme için de yakın tarihte iptal kararı vermiş bulunmaktadır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi’nin aynı konudaki bu yeni iptal kararı ele alınacağından ve önceki çalışmamıza da sıklıkla atıf yapılacağından, başlıkta “II” demeyi, uygun gördük.

* Yrd. Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anayasa Mahkemesi, Trabzon 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Anayasa'nın 152. maddesi çerçevesinde gerçekleştirdiği itiraz üzerine, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 23.01.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 327. Maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasını Anayasa'ya uygunluk yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2009/67 sayılı kararı 6 Kasım 2010 tarih ve 27751 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştır.

Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Düzenleme

Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz yolu ile getirilen Avukatlık Kanunu'nun değişik 14a maddesinin birinci fıkrası şu hükmü içermektedir:

“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemele-ri hâkim ve savcılarını ile raporörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.”

Yukarıda da belirtildiği gibi Avukatlık Kanunu'nun 14. Maddesinin birinci fıkrası meslekten ayrılmış bulunan hâkim, savcı ve raporörlerin Avukatlık mesleğini icra etmelerine getirilen sınırlamaları düzenlemektedir. Söz konusu 14a maddesinin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin E. 2001/309 sayılı kararı ile daha önce iptal edilmişti. İptal kararı üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) 5728 sayılı Kanun'un 327. maddesiyle konuyu yeniden düzenlemiştir. Ancak, önceki düzenlemenin aksine iptal davasına konu olmaktan kurtulan bu yeni düzenleme, bir davaya bakmakta olan bir mahkeme tarafından Anayasa Mahkeme'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, E. 2009/67 sayılı ve 1.10.2009 günlü kararıyla bu yeni düzenlemeyi de iptal etmiştir. Bu çalışmada, önceki iptal kararı nedeniyle kaleme aldığımız çalışmamızdan¹ da yararlanarak Anayasa Mahkemesi'nin bu yeni iptal kararını irdelemeye çalışacağız.

¹ Ozan Ergül, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, 2004, s. 245 - 257.

Bir Yanlışta Israr Etmek Niye?

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan ve meslekten ayrılmış hakim, savcı ve raportörlerin avukatlık mesleğini icra etmelerine sınır getiren düzenlemenin hemen altında yer alan fıkra "Yukarıdaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır" hükmüne yer vermektedir. Yukarıda işaret ettiğimiz birinci fıkra hükmü ve bu hüküm birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin en azından avukatlık yapma yeterliğine sahip olan hukuk fakültesi mezunu üyeleri yönünden davaya bakmaktan çekinmeyi gerektiren bir durum olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'nun 14a maddesine ilişkin olarak daha önce vermiş olduğu E. 2001/309 sayılı kararda da benzer bir durum olması nedeniyle, yukarıda değindiğimiz çalışmamızda da Anayasa Mahkemesi'ni bu durumu bir ön mesele yapmaması nedeniyle eleştirmiştik.²

Anayasa Mahkemesi'nin üyelikten ayrıldıktan sonra avukatlık yapma ehliyetine sahip hukuk fakültesi mezunu üyelerinin bulunduğu bir gerçektir. Dolayısıyla, avukatlık mesleğinin icrasına yönelik olarak getirilen sınırlama bu üyeleri de ilgilendirmektedir. Ancak, bu durumdaki üyelerin sayıca fazla olması ve 12 Eylül 2010 referandumu sonrası gerçekleşen Anayasa değişiklikleri çerçevesinde yedek üyeliğin de kaldırılmış bulunması, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın uygulanmasını gerektirecekti. Anılan düzenlemeye göre, "kurulun toplanmasına mani olacak çekinme istekleri dinlenmez". Ancak, yönetsel gereklilik ve hâkim tarafsızlığı ilkesiyle doğrudan ilişkili olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu durumu bir ön mesele yaparak, 49. madde nedeniyle davaya bakmaktan çekinmenin olanaksız olduğuna karar vermeleri gerekirdi. Oysa, aynen E.2001/309 sayılı kararda olduğu gibi, bu kararda da bir davaya bakmaktan çekinme talebi gelmediğini ve ön mesele yaratılmadığını görüyoruz. Yukarıda değindiğimiz önceki tarihli çalışmamızda da eleştirdiğimiz bu yanlış uygulamayı Anayasa Mahkemesi üyelerinin sürdürmekte ısrar etmesinin nedenini anlamak gerçekten güçtür.

² A. g. e., s. 246 -247.

Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Yerine Geçmemelidir

Anayasa Mahkemesi E. 2009/67 sayılı kararında, aynen E. 2001/309 sayılı kararında olduğu gibi kendisini yasa koyucunun yerine koymuştur. Anayasa Mahkemesi, hâkim tarafsızlığı yönünden bir kuşku duyulmaması için konulduğu açık olan bu yasaklamayı Anayasa'ya aykırı bulurken yine E. 2001/309 sayılı kararında olduğu gibi Anayasal ilkeleri isabetli olmayan bir biçimde uygulamıştır. Mahkeme, E. 2001/309 sayılı kararındaki akıl yürütmenin aynısını bu kararda da uygularken önce şu saptamayı yapmıştır: *“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etki yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.”*

Anayasa Mahkemesi önceki iptal kararında da benzer bir değerlendirmede bulunmuş ama daha sonra iptal kararı vermekten çekinmemiştir. Bu kez de aynı yolu izleyen Mahkeme şu sebeple düzenlemenin iptal edilmesine hükmettiğini açıklamaktadır: *“...sınırlamaların temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde olması zorunludur.”* Anayasa Mahkemesi daha sonra, Avukatlık Kanunu'nun 14a maddesinin birinci fıkrasının *“çalışma özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırladığına”* hükmetmiştir.

Daha önce, aynı gerekçelere dayanılan E. 2001/309 sayılı kararı eleştirirken de değindiğimiz bir isabetsiz yaklaşıma bu kez kısaca vurgu yapmak isteriz. Mahkeme'nin isabetle belirttiği gibi, *“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir”* ise ve yine *“Yargıya bir etki yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedelerse”* hangi durumlarda yargıç tarafsızlığı yönünde bir kuşku duyulamayacağına - hem de kendisini de ilgilendiren bir yasak söz konusu iken - Anayasa Mahkemesi üyeleri nasıl karar verebilmektedir? Şu durum çok açık ve nettir: eğer Mahkeme'nin kabul ettiği gibi eski hâkim ve savcıların avukatlık yapması hâkim tarafsızlığı üzerin-

de kuşku doğuruyorsa, bu kuşkuyu en az seviyeye indirecek tedbirleri almak yasama organının takdiri çerçevesinde görevidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu göreve ve takdire müdahale etmekten mümkün olduğu ölçüde çekinmesi gerekir. Bunun yerine, Mahkeme karşıoy gerekçesinde de ifade edildiği gibi, ancak nadiren uygulanabilecek beş yıl süreli yasağı ölçüsüz bulmaktadır. Üstelik Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesine değinirken, yine aynen E. 2001/ 309 sayılı kararında olduğu gibi ölçülülük ilkesinin alt unsurlarına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamaktadır. Çünkü Mahkeme de gayet iyi bilmektedir ki, hâkim tarafsızlığı yönünden bir kuşku doğmaması için eski hâkim ve savcılarının avukatlık yapma özgürlüklerine sınır getirilmesi "zorunlu" ve "kuşku duyulmasını önlemek yönünden "elverişli" bir sınırlamadır. Bu durumda geriye bir tek oranlılık kalmaktadır ancak, bu noktada da Anayasa Mahkemesi tatmin edici bir gerekçe ortaya koyamamaktadır. Karşıoy gerekçesi yazan dört üyenin de ifade ettiği gibi, "avukatlar için sınırsız çalışma alanı var iken, meslek hayatının önemli bir süreci sayılamayacak olan son beş yıl içinde ve de sadece ayrıldığı yargı çevresi yönünden getirilen daraltmanın ölçüsüz denmesi mümkün değildir". Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi önceki kararında iki yıllık süreyi de Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı bir yabancının Türk yargısı ile ilgili olarak yaptığı şu saptamayı haklı çıkarır mahiyettedir: "...Türk yargı mensuplarının olağandışı güçlü bir birlik ruhu ile birleşmiş olduğunu hissettim. Ayrıca, büyük ölçüde toplumdan oldukça kopmuş gözükmeleri kamuoyunun yargıya olan güvenini etkileyebilir".³ Görünen o ki, Anayasa Mahkemesi, bir yabancının dahi gözleyebildiği "birlik ruhunun" çok da dışında değildir. Mahkeme'nin son yaklaşımı, hâkim tarafsızlığını zedeleyebilecek etkilerin sadece yürütme ve yasama organı içinden değil, doğrudan yargı içinde de gelebileceği biçimindeki uygulama temelli doktriner yaklaşıma da ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

³ Thomas Giegerich, Yargının Bağımsızlığı - Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye İle İlgili Gözlemler", *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği* içinde, Ahmet Taşkın (editör), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, No: 6, Ankara 2009, s. 25.