

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN

15.10.2002 GÜN VE

2001/309 ESAS, 2002/91 SAYILI KARARI

HAKKINDA NOT

Av. Atila SAV*

Yüksek Mahkeme kararı, avukatlık mesleğini, yargı organları önünde adil yargılanma hakkının sağlanması için yapılan görev olarak nitelendirmektedir. Kararda, yerlerinde savunma işlevinin daraltılması ya da sınırlandırılmasının, çalışma özgürlüğünün “ölçüsüz biçimde” sınırlandırılmasına yol açacağı ve bu özgürlüğü zedeleyeceği kabul edilmektedir.

Avukatlık Kanunu’nun dava konusu yapılan 14. maddesinin başlığı “bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememe yasağı”dır. Başlığın bu yazımı, bir ölçüde kararın gerekçesini haklı göstermektedir. Avukat olma koşulları arasında yer alan bu sınırlandırmaya, yazarlar “nisbi olumsuz koşullar” demektedir. Anılan maddede dört fıkra da birbirinden farklı durumlar düzenlenmektedir.¹

Yüksek Mahkeme’nin önündeki davada anılan maddenin yalnızca birinci fıkrasının iptali istenmiştir. Konu “emeklilik veya istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının durumu”nu kapsamaktadır. Değişiklikten önce kural “... hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılmaları tarihinden iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır” biçiminde idi.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle fıkranın yazımı değiştirilmiştir; “Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan hakimler ve Cumhuriyet savcıları, Anayasa Mahkemesi adli ve geçici raportörleri, kanun sözcüleri, Danıştay dava daireleri başyardımcıları ile yardımcıları” yerine daha özlü ve kısa bir anlatımla “adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcıları” denmekle yetinilmiştir. Değişiklikle bu kişilerin “...son beş yıl içinde hizmet gördükleri

* Ankara Barosu üyesi, TBB önceki başkanlarından.

¹ Av. Semih Güner - *Avukatlık Hukuku* - Ankara Barosu Yayınları - Ankara 2002 s.127 ve son.

mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmıştır.” Buradaki asıl değişiklik “son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde” görev yapmanın engellenmesidir. Böylece süre ve alanda genişletme yoluna gidilmiş olmaktadır.

1136 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesinden önce yürürlükteki 3499 sayılı Avukatlık Yasası’nın 7. maddesinde benzer ve “C. Savcılar hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnurdurlar.” Bu düzenleme 1136 sayılı Yasa’nın 14. maddesinin ilk yazılışına benzemektedir. Ancak “mahkeme veya yerler” deyimini “mahkeme veya daireler” deyimine göre biraz daha kapsamlı gözükmektedir. “Yer” deyimini yargıç veya savcüyı sadece görev yaptığı mahkeme veya daire ile sınırlandırmamakta, “görev alanı”nı düşündürmektedir. 3499 sayılı Yasa’nın uygulanmasında “yer” deyimini; atama yeri, görev alanı olarak değerlendirilmekte idi. Yargı kararlarında da bu husus böyle değerlendirilmişti.

Maddenin konmasındaki amaç, yargıç ve savcılarının daha önce görev yaptıkları yerdeki mesleki ilişkiler ve otoriteden yararlanarak iş edinmelerinden doğabilecek kötüye kullanmaları ve rekabet eşitsizliğini önlemek ve böylece yargıdan olağan yollar dışında çıkar sağlamayı uman kimi iş sahiplerinin yargı üzerinde kuşku yaratmalarını engellemektir.

3499 sayılı Yasa’nın anılan maddesiyle ilgili bir davada Anayasa Mahkemesi şöyle demişti: “Sözü geçen 7. maddenin kapsadığı yasaklama, görevlerinden ayrılan hakim ve savcılar, avukatlık yapmaktan tamamiyle alıkoyan bir hüküm değildir. Bunlar, hizmet ettikleri mahkemede veya o yerde bulunan diğer mahkemelerde iki yıllık bir süre içinde avukatlık yapamayacaklardır. Bu süre içinde, bu yerler dışında avukatlık yapmak hakkına sahip bulundukları gibi iki yıllık sürenin geçmesi ile de görevlerinden ayrıldıkları yerlerde de avukatlık yapabileceklerdir.”

“Yukarıda açıklandığı üzere çalışma hürriyetine konulan bu sınırlandırma, kamu yararına dayanmasına ve belli bir yere ve iki yıllık süreye ilişkin bulunmasına göre çalışma hürriyetinin özünü zedeleyecek bir nitelik taşımamaktadır. Bu sebeple sözü geçen madde oyçokluğu ile Anayasa’ya aykırı görülmemiştir.”²

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, 3499 sayılı Yasa hükmünü o dönemde yürürlükte bulunan 1961 Anayasası’nın 40. maddesine göre değerlendirmiştir. 1961 Anayasası’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında özel bir sınırlandırma hükmü bulunmaktaydı: “Kanun bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırabilir”.

² Anayasa Mahkemesi’nin 4 Şubat 1963 günlü 1963/161 esas 1964/11 karar sayılı bu kararı için bkz. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi* sayı 2, s.63. (Resmi Gazete 13.04.1964 gün 11681 sayı)

Yüksek Mahkeme'nin 15.10.2002 günlü kararında ise 1982 Anayasası'nın 48 ve 13. maddelerine dayanılarak Anayasa'ya aykırılık istemi kabul edilmiştir.

4667 sayılı Yasa, 2 Mayıs 2001 tarihinde kabul edilmiştir. O tarihte Anayasa'nın 48. maddesinde bir özel sınırlandırma nedeni bulunmuyordu. Ancak 13. maddede yer alan genel sınırlandırma hükmünde "... kamu düzeni" de bir sınırlandırma ölçütü olarak varlığını koruyordu. Daha sonra, 3 Ekim 2001 tarihinde 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 13. maddesi de değişiklik geçirdi. Bu değişiklikte "genel sınırlandırma" nedenleri kalkmış oldu. Yalnızca özel sınırlandırma nedenleri ile özgürlüğün sınırlandırılabilceği kabul edildi. 13. maddeye ise genel bir ölçüt olarak "ölçülülük ilkesi" kondu.

Görülüyor ki Yüksek Mahkeme, 4667 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olmayan bir Anayasa kuralını uygulamıştır. Öte yandan bu saptama bir başka gereği belirlemektedir. 1982 Anayasası'nın çok eleştirilen bir yönü de, temel hak ve özgürlüklerin hem "genel" hem de "özel" sınırlandırma nedenleri ile daraltılmasının demokratiklik açısından sakıncalı olmasıdır. Bu ikili sisteme yönelik eleştiriler sonuç vermiş Anayasa'nın 13. maddesi değiştirilmiş ve genel sınırlandırma ölçütleri kaldırılmıştır. Ancak bu kez de bir başka boşluk ortaya çıkmıştır. Kimi maddelerde özel sınırlandırma nedeni öngörülmemişse, ne olacaktır? Görülüyor ki, Anayasa'da yapılan parçalı değişiklikler, yanlışlara ve eksilere yol açmaktadır.

İncelediğimiz kararda Yüksek Mahkeme, çalışma özgürlüğünün sınırını bir başka temel ilkede aramıştır: Mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. madde.

Gerçekten bu saptama yerindedir. Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinde değişiklik yapan 4667 sayılı Yasa'nın amacı, mahkemelerin bağımsızlığını ve yargıçların vicdani kanaatlerine göre karar verme ilkesini korumaktır. Yargıçların çalışmasında herhangi bir etki veya baskı olmamalıdır. Bu yolda bir kuşkunun dahi varlığı yargı bağımsızlığını zedeler, yargıca duyulan güveni sarsabilir. Yüksek Mahkeme kararda bunu şöyle belirtmektedir:

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 güvencesi vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da, yargılama çalışmalarında hakimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

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

Yüksek Mahkeme’nin bu saptamasına katılmamak olanağı yoktur. Avukatlık Yasası’nın 14. maddesinin gerekçesi de budur. Ne var ki Yüksek Mahkeme, sınırlandırmada *“geriye doğru beş yıllık süre”* nin ve *“yargı çevresi”* deyiminin, hakkın sınırlandırılması bakımından, *“ölçülülük”* ilkesine uymadığını kabul etmektedir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, *“ölçülülük ilkesi”* Anayasa’nın 13. maddesinde daha sonraki değişikliklerle yer almıştır. Ne var ki bu ilke genel ve evrensel bir ilkedir. Demokratik hukuk devletinde her zaman varlığı kabul edilebilir.

Sonuç olarak, hükmün tümüyle iptali isteminin yaratacağı hukuksal boşluğun da, bir kamu düzeni ve yararı sorunu olduğunu kabul eden Yüksek Mahkeme, yeniden düzenleme için kararın *Resmi Gazete’* de yayımından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.