

ANAYASA MAHKEMESİ VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI

Dr. Ozan ERGÜL¹

İnsan ne kadar çok bilirse, o kadar kuşku duyar.

VOLTAIRE

Anayasa Mahkemesi, 15.10.2002 tarihli kararıyla,² Avukatlık Kanunu'nun hakimlerin mesleği bıraktıktan sonra belli koşullara bağlı olarak ve belli süre için avukatlık yapmalarını engelleyen 4467 sayılı Kanun ile değişik 14. maddesinin birinci fıkrasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti. Aynı kararda, Cumhurbaşkanı'nın yürürlüğü durdurma istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, iptal nedeniyle ortaya çıkacak hukuki boşluğu düşünerek kararın bir yıl sonra yürürlüğe girmesine de karar vermiş bulunmaktadır. Bu süre, 12.12.2004 tarihinde dolacaktır.

Cumhurbaşkanı'nın, Avukatlık Kanunu'nun 4467 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde de hakim ve savcılarının mesleği bıraktıktan sonra avukatlık yapmalarını sınırlayan bir düzenleme bulunduğunu göz ardı ederek, yeni Kanun için açtığı iptal davasında yürürlüğün durdurulmasını talep etmesi ilginçtir. Neyse ki, Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetmek ve iptal kararının yürürlüğe girmesi için bir yıl süre vermek suretiyle, hakim ve savcılarının hiçbir sınırlama olmadan avukatlık yapmalarına neden olabilecek bir sonuca neden olmaktan kaçınmıştır.

Kararın analizine geçmeden önce, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal davasının görülmesi sırasında gözden kaçırmış olduğunu düşündüğümüz önemli bir hususu ele almak istiyoruz. Mahkeme'nin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği, "Bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememe yasağı" kenar başlıklı 14. maddenin 1. fıkrası şöyledir: "Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari veya askerî 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."

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
e-mail: ergul@law.ankara.edu.tr

² AYM'nin 15.10.2002 günlü ve E. 2001/309, K. 2002/91 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 39, C. 1, s. 141 vd; (Karar 230. sayfada yayımlanmıştır.)

Yukarıda aktarılan fıkradan hemen sonra gelen 2. fıkrada ise şu düzenleme yer almaktadır: “*Yukardaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır.*”

Görüldüğü gibi, 14. maddenin 1. fıkrası eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına sınırlama getirirken, 2. fıkra bu sınırlamaların Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkemeler hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya uygunluğunu denetlediği 1. fıkra hükmü, gerçekte Anayasa Mahkemesi üyelerini de ilgilendiren bir düzenlemedir. Bu durum karşısında, Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından “*davaya bakmaktan çekinmeyi gerektiren bir durum*” söz konusu olup olmadığı ve bunun gereğinin yapıp yapılmadığı incelenmelidir.

Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un (2949 sayılı) 46. maddesi Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri yönünden “*Dava ve işlere bakmanın caiz olmadığı haller*”i düzenlemektedir. Maddenin 1. bendi Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin “*Kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere*” bakamayacaklarını öngörmektedir. Bu düzenlemenin doğrudan “*hakim tarafsızlığı*” ile ilgili olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca, bu yasak, “*Hiç kimse kendi davasında yargıç olamaz*” şeklindeki temel ilkeye dayanmaktadır.³ 2949 sayılı Kanun’un 46. maddesinde sayılanlar, kanun koyucu tarafından hakimlerin davaya bakmalarının kesinlikle yasaklanmış olduğu durumları göstermesi açısından önemlidir.⁴ Bu maddede sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde hakimlerin davaya bakmaktan çekinmeleri gerekir.

Mahkeme’nin incelediği düzenlemenin, aynı maddede yer alan bir sonraki fıkra ile Anayasa Mahkemesi üyelerini de kapsadığı düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerini ilgilendiren bir davanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Kendilerini ilgilendiren dava veya işe bakamayacaklarını öngören bir yasağın varlığı karşısında, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin yapmaları gereken, 2949 sayılı Kanun’un 49. maddesine göre, çekinme talebinde bulunmaktır. Diğer taraftan, “*çekinmeyi*” düzenleyen 49. maddenin 2. fıkrası “*kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez*” diyerek, çekinme talepleri nedeniyle bir işe veya davaya bakılmasının imkansız hale gelmesini önlemiştir.

İptal davasına konu fıkra ile aynı maddede yer alan bir başka fıkranın, Anayasa’ya uygunluğu denetlenen düzenleme kapsamına Anayasa Mahkemesi üyelerini de alıyor olması, davayı Anayasa Mahkemesi üyelerini

³ Öden, Merih, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 70.

⁴ Öden, a.g.m., s. 67.

ilgilendiren bir dava haline getirmektedir. Bu durum karşısında, Anayasa Mahkemesi üyelerinin davadan çekinme talebinde bulunması ve bu talebin incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu noktada bir başka ilginç durumla karşılaşmaktayız. İlk bakışta, Avukatlık Kanunu'nun eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarını sınırlayan 14. maddesindeki düzenlemenin, 2. fıkradaki düzenleme nedeniyle tüm Anayasa Mahkemesi üyelerini kapsadığı izlenimi doğmaktadır. Böyle bir izlenime sahip olunca, 2949 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez*" düzenlemesinin, tüm üyelerin çekinme talebini evleviyetle dinlenmez bir hale getirdiği sonucuna da kendiliğinden ulaşılmaktadır. Fakat, incelenen düzenleme tüm üyeleri ilgilendirse dahi, bu yönde bir talebin Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından ileri sürülmesi ve bu talebin Mahkeme tarafından bir ön sorun olarak incelenip 49/2'deki düzenleme çerçevesinde reddedilmesi gerekirdi. Hemen belirtmeliyiz ki, bakılmakta olan davanın tüm üyeleri ilgilendirmesi ve bu nedenle 49/2 hükmü gereği reddedilecek olması, çekinme talebinde bulunmaktan imtina etmeyi gerektirmez. Çünkü bakılan davanın Anayasa Mahkemesi üyelerini ilgilendiriyor olması, Kanun tarafından davaya bakmanın kesinlikle yasaklandığı bir durumdur. Oysa, kararda ne herhangi bir üyenin çekinme talebinde bulunduğu, ne de bu talebe ilişkin bir karar verildiğine rastlamak mümkün değildir. İncelemekte olduğumuz kararda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin davaya bakamamasına ilişkin ilginç sorunlar bununla da bitmemektedir.

Avukatlık Kanunu, bilindiği gibi avukatlık yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmayı şart koşmaktadır (Avukatlık Kanunu, mad. 3/b). Oysa, tüm Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk fakültesi mezunu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim, Avukatlık Kanunu'na ilişkin iptal kararını veren heyette yer alan iki asıl üye hukuk fakültesi mezunu değildir. Hukuk fakültesi mezunu olmayan üyelerin, Avukatlık Kanunu'nda yer alan yasağın muhatabı olmadıkları açıktır. Diğer bir deyişle, bakılmakta olan dava, tüm Anayasa Mahkemesi üyelerini değil, hukuk fakültesi mezunu olan Anayasa Mahkemesi üyelerini ilgilendiren bir davadır. Bu durum karşısında, hukuk fakültesi mezunu olmaları nedeniyle Avukatlık Kanunu'nda yer alan yasağın kapsamına giren üyelerin, davadan çekinme talebinde bulunmaları gereği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak, hemen belirtmeliyiz ki, bu üyelerin sayısının yüksek olması ve onların yerine bakacak sayıda hukuk fakültesi mezunu olmayan yedek üyenin de bulunmaması nedeniyle, yine 2949 sayılı Kanun'un 49/2 hükmü devreye girecek ve çekinme talebinin reddedilmesi gerekecekti. Bu bağlamda, kararın verildiği tarihte görevde bulunan dört yedek üyeden, sadece birinin hukuk fakültesi mezunu olmadığını tespit edebildiğimizi de belirtmeliyiz. Ancak tekrar vurgulamak isteriz ki, Kanun'un açık hükmü

nedeniyle, davadan çekinme sorunun gündeme getirilmesi ve bir ön sorun olarak incelenerek karara bağlanması gerekirdi. Nitekim, geçmiş yıllarda bazı çekinme taleplerinin, davaya bakmayı imkansız kılacağı gerekçesiyle reddedildiği bilinmektedir.⁵ Soruna ilişkin bu tespitlerden sonra, kararın analizine geçebiliriz.

Mahkeme, karar gerekçesine, Avukatlık Kanunu'nun değişik 14. madde hükmünün önceki düzenlemesini aktararak başlamıştır. Bilindiği gibi, Avukatlık Kanunu'nun önceki düzenlemesi, "*maddede sayılan meslek mensuplarının hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmamaları*"nı öngörmekteydi. Daha sonra, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sorununu ele alan Mahkeme, 2001 yılı Anayasa değişikliği sırasında değiştirilmiş olan Anayasa'nın 13. maddesi ile Anayasa'nın "*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*"ni düzenleyen 48. maddesinde dava konusu düzenlemede yer alan sınırlamaya dayanak bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak, yine Mahkeme'ye göre, dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın Anayasal dayanağı Anayasa'nın "*Mahkemelerin Bağımsızlığı*"nı düzenleyen 138. maddesidir. Anayasa'nın 138. maddesinin dava konusu yasakla ilgili birinci fıkrası şu hükmü içermektedir: "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*"

Anayasa'nın 138. maddesinde, yargı bağımsızlığının tanımı niteliğindeki bu düzenlemenin ardından, yargı bağımsızlığının kurumsal teminatları düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, 138. maddeyi hakimlerin görevden ayrıldıktan sonra avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamanın dayanağı olarak görmesi çok önemlidir. Mahkeme'nin iki hüküm arasında kurduğu bu ilişki de göstermektedir ki, hakim ve savcıların görevlerinden ayrıldıktan sonra herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan avukatlık mesleğine atılabilmeleri, yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturmaktadır. Ancak, bu noktada, eski bir hakim veya savcının avukatlık yapmasının yargı bağımsızlığı açısından nasıl bir tehdit oluşturacağı sorusu akla gelebilir. Gerçekten de, Anayasa'nın 138. maddesi eski hakim ve savcıların avukatlık yapabilmelerine sınırlama getirilmesinin dayanağı olarak düşünülebilirse de, aslında burada "*yargı bağımsızlığı*"ndan kast edilenin "*hakim tarafsızlığı*" olduğu açıktır. Çok istisnai durumlar dışında, eski bir hakim ya da savcı, görevdeki bir hakimin bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturamaz. Böyle bir durum gerçekleştiğinde ise, fiilin suç oluşturacağı açıktır. Ancak, eski bir hakim ya da savcının, avukatlık mesleğini icra ederken, görevli bir hakim ya da savcının tarafsızlığı üzerinde şüpheler uyandırması pekala mümkündür.

⁵ AYM'nin 23.3.1973 tarih ve E. 1973/2, K. 1973/14 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 11, s. 188; AYM'nin 24.2.1972 tarih ve E. 1972/4, K. 1972/11 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 10, s. 245-246. Bu kararların değerlendirmesi için bkz. Öden, *agm.*, s. 70-74.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, eski bir yargıç ya da savcının kısa bir süre önce hizmet gördüğü mahkemede avukatlık yapması halinde toplumda ve karşı tarafta oluşacak şüpheye işaret ederken, gerçekte “hakim tarafsızlığı”ndan bahsetmektedir. Yine Mahkeme’ye göre, yargının bağımsızlığının amacı, “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 hakimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.” Buraad yargı bağımsızlığı, (objektif bağımsızlık) yanında, hakim tarafsızlığına da değinildiği (her türlü... kuşkudan uzak kalınarak) açıktır.

1982 Anayasası’nın hiçbir yerinde hakimlerin tarafsızlığından açıkça söz edilmese de, tarafsızlık ilkesinin Anayasa’nın 138. maddesi yanında, “demokratik hukuk devleti”, “adalet”, “kanun önünde eşitlik”, “doğal yargıç” gibi temel ilkeler (Anayasa mad. 2; 10; 37) ile “hak arama özgürlüğü”nün (Anayasa mad. 36/1) özünde saklı olduğu kabul edilmektedir.⁶ Bu nedenle, hakim tarafsızlığının sadece Anayasa’nın 138. maddesinde somutlaştığını kabul etmek yerine, yukarıda aktardığımız kavram ve kurumların da yargıç tarafsızlığının gerekliliğine işaret ettiklerini benimsemek yerinde bir tespit olmaktadır. “Hakim tarafsızlığı”, yukarıda sayılan temel kavramlarla ilişkisinin ve hak arama özgürlüğü açısından taşıdığı önemin de gösterdiği gibi, kendisine göre yeni olan “yargı bağımsızlığı” ve “doğal hakim” ilkelerinden çok daha önce yerleşmiş bir hakktır.⁷ Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamaların dayanağı olarak gördüğü 138. maddenin davayla ilgisini kurarken, “hukuk devleti” ve “adalet” kavramlarına atıf yapmış bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları halinde görevli hakim ve savcılarının tarafsızlığı üzerinde kuşku doğabileceğini açıklarken şu gerekçeye yer vermiştir: “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 inancı vermektir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 138.

⁶ Öden, *agm.*, s. 64. Bunların yanında, 2001 değişikliği ile Anayasa’nın 36. maddesine eklenen adil yargılanma hakkı da hakimlerin objektif ve sübjektif anlamda tarafsız olmaları anlamını içermektedir. AİHM kararlarına göre objektif tarafsızlık hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulmasını önleyecek kurumsal teminatların varlığını gerektirmektedir. Sübjektif tarafsızlık ise davaya bakan hakimin tarafsızlığının dava ile ilgili kişileri yakınlık vs. nedenleriyle bozulmasını işaret etmektedir.

⁷ Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 216. Cappelletti, hak arama özgürlüğü çerçevesinde hak arayan kişinin, yargıca, davalıya ve üçüncü kişilere karşı sahip olduğu hakları şöyle sıralamaktadır: a- Dava açma ve davasının içeriğini belirleme hakkı; b- hakimin tarafsızlığı (*nemo iudex in re sua*); c- savunma hakkı. Bkz. aynı yerde.

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 hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yapabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler."

Anayasa Mahkemesi'nin, yargı bağımsızlığı ile hakim tarafsızlığı arasında bu şekilde bir ilişki kurması yerindedir. Gerçekten de, yargı bağımsızlığı yalnızca yargının kurumsal olarak diğer iktidar odaklarından bağımsızlığını ifade etmemekte, aynı zamanda yargı erkini kullananların herkese ve her işe, eşit ve tarafsız bir şekilde yaklaşmalarını da gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde yer alan, *"yargıya etki yapılabilmesi kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler"* tespiti, hakim tarafsızlığının içeriğine ilişkin önemli bir tespittir. Gerçekten de, hakimin tarafsızlığından söz edilebilmesi, hakimin tarafsız bir kişi olması yanında, tarafsızlığından kuşku dahi duyulmamasını da gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda aktardığımız gerekçe ile, önceden hakim ve savcı olarak görev yapmış kişilerin avukatlık yapmaları halinde *"hakim tarafsızlığı"nın* zedelenebileceğini, ya da en azından bu yönde kuşku doğabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Böylece, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının sınırlanmasının altında yatan nedene de ışık tutulmuştur. Bu neden, *"hakim tarafsızlığı"* üzerinde kuşku doğmaması, hakim tarafsızlığının zedelenmemesidir.

Gerekçenin devamında, Anayasa Mahkemesi'nin, 4467 sayılı Kanun ile getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi ile uyumu yönünden bir sorgulamaya geçtiği görülmektedir. Mahkeme, 13. maddede yer alan *"sınırlamanın sınırı"* niteliğindeki ölçütlere uygunluğun zorunluluğuna işaret ettikten sonra, önceki düzenlemeye göre genişletilmiş olan yasağın, *"ölçüsüz"* bir sınırlama getirdiğini belirtmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir: *"Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, dava konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün "ölçüsüz biçimde" sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hakim ve savcılarının daha önce hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde avukatlık yapmalarıyla ilgili olarak önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."*⁸

⁸ Vurgulamalar bize aittir.

Yukarıda aktardığımız gerekçeden, eski hakim ve savcıların avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamanın “ölçüsüz” bulunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, eski düzenlemede öngörülen “hizmet gördükleri mahkeme veya daireler” sınırlamasının, “yargı çevresi” olarak genişletilmiş yeni hali, Mahkeme’ye göre Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük” ilkesine aykırıdır. Ancak, Mahkeme’nin, düzenlemeyi “ölçülülük” ilkesinin hangi unsuruna aykırı bulduğu gerekçede yer almamaktadır. Bilindiği gibi, “ölçülülük ilkesi” üç unsuru içermektedir. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması (elverişlilik), bu aracın gerekli ya da zorunlu olması (zorunluluk) ve son olarak, araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisinin varlığı (oranlılık), ölçülülük ilkesinin unsurlarını oluşturur.⁹

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan araç ile sınırlama amacı arasındaki ilişkiye yönelik ölçütleri içeren ölçülülük ilkesinin, yukarıda sayılan unsurlardan hangisi veya hangileri yönünden ihlal edildiği Anayasa Mahkemesi kararında açıkça vurgulanmamış, bunun yerine sınırlamanın “ölçüsüz” olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bu nedenle, karar gerekçesinin incelenmesi suretiyle ölçülülük ilkesinin ne yönden ihlal edildiğinin ortaya konması gerekmektedir.

Karar gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi, hakim ve savcıların görevlerinden ayrıldıktan sonra hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın avukatlık yapmalarını “hakim tarafsızlığı” açısından sakıncalı bulmaktadır. Diğer bir deyişle, eski hakim ve savcıların avukatlık yapmalarına sınır getirilmesi zorunludur. Cumhurbaşkanı’nın yürürlüğü durdurma talebinin reddi ve iptal kararının yürürlüğe girmesi için bir yıl süre tanınması, Anayasa Mahkemesi’nin eski hakim ve savcılarının hiçbir sınırlama olmaksızın avukatlık yapmalarını “hakim tarafsızlığı” açısından uygun görmediğini ortaya koyması açısından önemlidir. Bu durumda, ölçülülük ilkesinin, araç ile amaç arasında “zorunluluk” ilişkisi bulunması gerekliliğini öngören ilk unsurunun, incelenen düzenleme açısından mevcut olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin sorgulanması için, sınırlama aracının amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığına da bakmak gerekmektedir. Avukatlık Kanunu’nun iptal edilen düzenlemesi, önceki düzenlemede oluğu gibi hakim tarafsızlığının tehlikeye düşmemesi amacına ulaşmak için belli koşullar çerçevesinde hakim ve savcılarının avukatlık yapmasına yasak getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının yasaklanması aracının, hakim tarafsızlığını tehlike-

⁹ Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2003, s. 155.

ye düşürmeme amacına ulaşmak için elverişli olduğunu da zımnen kabul etmektedir. Bu durumda, geriye sadece ölçülülük ilkesinin “*orantılılık*” unsuru kalmaktadır.

Karar gerekçesinin ölçülülük ilkesinin son unsuru olan “*orantılılık*” ilkesi açısından incelenmesi önemli ipuçları sağlamaktadır. Karardan anlaşıldığına göre, araç ile amaç arasında bir denge olması gereğine işaret eden “*orantılılık*” unsuru, yeni düzenlemenin dengesiz bir şekilde getirdiği sınırlama veya sınırlamalar tarafından bozulmuştur. Ancak, yeni düzenlemede yer alan sınırlamalardan hangisinin veya hangilerinin orantılılığa aykırı olduğu açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Bu yönde bir tespit yapabilmek için de, gerekçeyi incelemek gerekmektedir. Gerekçe incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin Kanun’un önceki düzenlemesine atf yapmak suretiyle, yeni düzenlemede süre ve görev alanı yönlerinden genişletmeler yapıldığına işaret ettiğini görmekteyiz. Gerçekten de, yeni düzenlemede yasaklılık süresi “iki” yıldan “beş” yıla, görev alanı yönünden yasaklılık da “*hizmet görülen mahkeme veya daireden*”, “*yargı çevresi*”ne genişletilmiş bulunmaktadır. Burada, şu sorun ortaya çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi acaba, hem süre yönünden, hem de görev alanı yönünden yapılan değişikliklerin her ikisinin de orantılılık ilkesini ihlal ettiğini mi düşünmektedir? Yoksa, bu iki sınırlamadan sadece birisinin mi orantılılık ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır? Bu sorulara verilecek cevap, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılması gereken yeni düzenlemenin hazırlığına da ışık tutacaktır.

Karar gerekçesinin ölçsüz sınırlamaya işaret eden paragrafı yukarıda aktarılmıştı. Gerekçenin ilgili bölümü, “*ölçsüz*” sınırlamanın (burada söz konusu olan, aslında “*orantısızlık*”tır), “*hizmet görülen mahkeme veya dairenin yargı çevresinde*” avukatlık yapma yasağı olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme’nin, yeni düzenleme ile eskisine göre genişletilen yasaklılık unsurlarından “*süreye*” ilişkin herhangi bir yorumu bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, yeni düzenlemede önceki düzenlemeye göre genişletilmiş olarak yer alan iki sınırlama aracından, görev alanına ilişkin olan “*yargı çevresinde avukatlık yasağı*”nı orantısız bir sınırlama olarak değerlendirmiştir. Oysa, karar gerekçesinde yasaklılığın süresine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki, bir sonraki paragrafta yer alan ifade de bu çıkarımı çürütecek bir anlama sahip değildir. Yargı çevresinde avukatlık yasağının incelendiği paragrafın hemen ardından gelen ve adeta hüküm fıkrası niteliğindeki paragraf şöyledir: “*Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hakim ve savcuların daha önce hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde avukatlık yapımlarıyla ilgili olarak önceki düzenlemeyle*

getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Aktarılan paragrafta, *"önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural"*ın Anayasa'ya aykırılığından bahsedilmekteyse de, yukarıda aktardığımız bir önceki paragraftan anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi yeni düzenlemede yer alan yasaklılık süresine ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır. Gerçekten de, ele alınan düzenlemede yasaklılık iki unsurla ifade edildiğine göre, karar gerekçesinde de bu iki unsurun ayrı ayrı ele alınması, ya da öngörülen sürenin de *"orantısız"* olduğuna işaret edilmesi gerekirdi. Aktarılan paragrafta, *"önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural Anayasa'ya aykırıdır"* denmekteyse de, bir önceki paragrafta sadece *"yargı çevresi"* olarak öngörülen yeni sınırlamanın incelenmiş olması ve bu paragrafta da *"genişletilmiş olan yasaktan"* kast edilenin bir önceki sınırlamaya atıf yapılmak suretiyle *"yargı çevresi"* ne indirgenmiş bulunması, Anayasa Mahkemesi'nin iki yıllık önceki yasağı beş yıla çıkaran yeni sınırlama hükmünü Anayasa'ya aykırı görmediği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Mahkeme, önceden *"hizmet görülen mahkeme veya daire"* olarak belirlenmiş sınırlamanın genişletilerek, *"hizmet görülen mahkeme veya dairenin yargı çevresi"* olarak değiştirilmesi nedeniyle, çalışma özgürlüğüne yönelik orantısız bir sınırlama getirildiğini kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, düzenlemenin yasaklılığı *"yargı çevresine"* genişleten bölümü *"orantısız"* bir sınırlama aracıdır. İkinci sınırlama aracı olan *"süre"* açısından ise (beş yıl), Anayasa Mahkemesi'nin bir *"orantısızlık"* tespiti bulunmamaktadır. Böylece, yeni yapılacak düzenlemede beş yıllık yasaklılık süresinin korunmasının herhangi bir Anayasa'ya aykırılık durumu yaratmayacağı, Anayasa Mahkemesi'nin yol gösterici özelliği olan kararı ile tespit edilmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin *"yargı çevresi"* olarak getirilen yeni sınırlamayı *"orantılılık"* ilkesine aykırı görmesi üzerinde durmak istiyoruz. Bunu yaparken, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin, bizim de katıldığımız temel tespitini ortaya koymak gerekir. Buna göre, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına sınırlama getirilmesi yargı bağımsızlığının bir gereğidir. Diğer taraftan, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının önüne konan sınırlamaların yargı bağımsızlığından çok, hakim tarafsızlığı ile ilgili olduğu, karar gerekçesinden anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle yargıç tarafsızlığı üzerinde kuşku oluşabileceğini açıklarken, *"tarafardan birinin davasını üstlenen bir*

avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması" örneğini vermiştir. Diğer bir deyişle, Mahkeme'ye göre, eski hakim ve savcıların avukatlık yapmalarının "yargıç tarafsızlığı" üzerinde kuşku doğurabileceği tek durum, avukatlık yapan eski hakim ve savcılarının önceden aynı mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olmalarıdır.

Bu görüş karşısında, gerçekten de hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğurabilecek tek durumun bu olup olmadığı sorgulanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, "yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeleder" düşüncesi-ne sadık kalındığında, ister istemez, "eski hakim ve savcılarının hakim tarafsızlığı üzerinde bir etki yaratabilme olasılığı, sadece önceden görevli oldukları mahkeme ile mi sınırlıdır" sorusu da akla gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yargı üzerinde bir "etki yaratma olasılığının" bile yargı bağımsızlığını zedelediğini kabul etmekle birlikte, eski hakim ve savcılarının yargı üzerinde etki yaratma olasılığını, sadece önceden görev yapılmış bir mahkeme ile sınırlı olarak ortaya koyarak, bize göre çelişkili bir tutum sergilemiştir. Bunun yanında, "eskiden görevli olduğu mahkeme" ile sınırlı olan yasağın, "yargı çevresine" genişletilmiş yeni halinin "orantısız" bir yasak olarak değerlendirilmesi de isabetli görünmemektedir. Önceki düzenlemede "hizmet verilmiş mahkeme" olan yasaklılığın, "yargı çevresi"ne genişletilmesi yasama organının takdiri çerçevesinde olmuştur. Bu düzenlemenin neden gerekli görüldüğü açıktır. Önceki düzenlemenin "hakim tarafsızlığı" üzerinde kuşku duyulmasına engel olmadığı düşünülmüş olmalı ki, böyle bir yeni düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Böyle bir ihtiyaç ve düşünce olmasaydı, TBMM, önceden hakimlik ve savcılık yapmış kişilerin avukatlık yapmalarına ilişkin yeni bir yasak getirmez, önceki yasağın korunması ile yetinirdi. Dolayısıyla, buradaki sorun, Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğunun aksine, getirilen sınırlamanın "orantılı" ya da "orantısız" olması ile değil, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşkunun doğmasına ilişkin farklı algılamalarla ilgilidir. Eğer Anayasa Mahkemesi, yasama organının kaygılarına paralel kaygılara sahip olsaydı, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalinin varlığını kabul ederek sınırlamayı "orantısız" bulmayacak ve yeni düzenlemeyi iptal etmeyecekti. Anayasa Mahkemesi'nin eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulması ihtimalini dar bir şekilde algılaması, Mahkeme'nin sınırlamayı da "orantısız" bulmasına neden olmuştur.

Sonuç olarak, TBMM ile Anayasa Mahkemesi arasında, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalinin hangi durumlarda ortaya çıkabileceği konusunda farklı algılamalar bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, böylesine sübjektif bir alanda, Anayasa Mahkemesi'nin kendi algılamasını TBMM iradesinin önüne koyması yerinde olmamıştır. TBMM,

kanun taslağını hazırlayanlar ve hükümetler, hakim tarafsızlığı ve yargı bağımsızlığı konusunda millete karşı sorumludurlar. Toplumun adalet konusunda çektiği sancıların toplumsal barışı, karşılıklı güveni zedelediği bir ortamda, topluma karşı sorumluluğun asıl sahibi olan siyasi karar mekanizmalarının “kuşku” algılamasına saygı duymak gerekir. Toplumsal barış bozulup yargıya olan güven erozyona uğradığında, toplum hakimlere değil, bu duruma neden olan koşulları düzeltmemiş siyasilere dönecek ve hesap soracaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kararında, hakim tarafsızlığı üzerinde doğacak kuşkunun sadece dava taraflarını değil, toplumu da rahatsız edeceğini söylerken, bu durumdan asıl zarar görecektir olana işaret etmiş bulunmaktadır. Toplum, bir gün herhangi bir davanın tarafı olabileceğinin bilincindeki bireylerden oluşmaktadır ve rasyonel hareket eden bireylerden oluşmuş bir toplumun en son isteyeceği şey de, oyunun kurallarının kişilere ve duruma göre değiştirilmesidir.

Diğer taraftan, bir hakim ya da savcının görevden ayrıldıktan sonra avukatlığa başlaması halinde, sadece önceden görevli olduğu mahkemede hakim tarafsızlığına kuşku düşürebileceğinin kabul edilmesi, hayatın olağan akışına uygun bir çıkarım değildir. Bir hakim ya da savcının görevden ayrılması halinde, kendi yerine göreve atanmış bir hakim ya da savcıyı tanıma ihtimali, aynı çatı altında veya aynı yargı çevresinde belli bir dönem birlikte görev yapmış olduğu diğer meslektaşları üzerinde etkide bulunma ihtimalinden çok daha zayıftır.

Bu alanda pozitif düzenlemelerden benzer bir başka örnek bulmak için, Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin son fıkrasına bakmak yeterlidir. Milli Güvenlik Konseyi döneminde kabul edilen 1.4.1981 tarihli ve 2442 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 14. maddeye eklenen bu fıkra şöyledir: *“Askeri 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 askeri mahkemelerinde görevli hakim ve savcılar ile yardımcıları, başka hizmetlere atanmış olsalar bile anılan görevlerden ayrıldıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile sıkıyönetim askeri mahkemelerinde avukatlık yapamazlar.”*

Bugün için uygulama alanı bulunmayan bu yasağın, askeri hakimlerin tüm sıkıyönetim mahkemelerinde avukatlık yapmasını engellediği, bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeye benzediği görülmektedir. Ancak asıl ilginç olan, bu yasağın konulma gerekçesidir. 2442 sayılı Kanun'un gerekçesinde, Kanun'da sayılan görevliler anıldıktan sonra şu ifadeler yer verilmiştir: *“...mahkeme ve savcılıklarında görev alan hakim ve savcılar, hizmetten ayrıldıktan sonra, bu mahkemelerde avukatlık*

yapmaları; suizanni davet etmekte, hem kendileri ve hem de sıkıyönetimin adli organlarında görevli personeli şüphe altında bırakmakta ve adaletin saygınlığına gölge düşürmektedir.”¹⁰

2242 sayılı Kanun ile askeri hakim ve savcılara, sıkıyönetim mahkemelerinde avukatlık yapma yasağı getiren düzenlemenin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun birinci fıkrasının ilk halinde öngörülen genel yasağın yeterli görülmemesi üzerine kabul edildiği de Kanun Gerekçesi’nden anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, eski askeri hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının, bir olağanüstü dönem ürünü olan sıkıyönetim mahkemelerindeki hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulmasına neden olduğu yönündeki somut kaygının gerçeklikten beslendiği de Gerekçe’de görülmektedir. Olağanüstü dönem mahkemelerinde dahi bu kaygı somutlaşabiliyorsa, diğer mahkemelerde bu kaygının somutlaşmadığını veya hiç somutlaşmayacağını iddia etmek ne denli mümkündür?

Anayasa Mahkemesi’nin, 1961 Anayasası döneminde, o gün yürürlükte olan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun, bugün Anayasa’ya aykırı bulunduğu sınırlama hükmüne benzer bir düzenlemesini, Anayasa’ya aykırı bulmadığını da burada belirtmeliyiz. Gerçekten de, 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 7. maddesi, “*Vazifelerinden ayrılan hakim ve müddeiumumiler hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihlerinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnurdurlar*” hükmünü içermektedir.

İtiraz yolu ile önüne gelen bu düzenlemeyi denetleyen Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme’nin, eski hakim ve savcılarının görev yaptıkları mahkeme ile aynı yerdeki diğer mahkemelerde avukatlık yapmalarının yaratabileceği sıkıntılara işaret eden gerekçesinin bir bölümü şöyledir: “*Daha önce hakim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya yer yoktur.”¹¹*

Yukarıda bir bölümünü aktardığımız gerekçenin, Anayasa Mahkemesi’nin yeni kararı ile hükümsüz kılındığı açıktır. Ancak, bu gerçekten daha önemli olan, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğması ihtimaline ilişkin Anayasa

¹⁰ 2442 Sayılı Kanun’un gerekçesi için bkz., *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 1981, C. 3, 47. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S.Sayı 180.

¹¹ AYM’nin 4.2.1964 tarih ve E. 1963/161, K. 1964/11 sayılı kararı için bkz. *AYMKD*, Sayı: 2, s. 65. Ayrıca, aynı yönde bir başka karar için bkz. AYM’nin 28.9.1965 tarih ve E. 1965/26, K. 1965/49 sayılı kararı için. Bkz. *AYMKD*, Sayı: 3, s. 224 vd.

Mahkemesi algılamasının değişmiş olmasıdır. Toplumsal gerçekler ve bunlara paralel olarak hukuk kurallarının değişim geçirmesi son derece doğaldır. Alt yapıdaki bu değişikliğin, mahkeme kararlarına yansımaları da değişimin bir gereğidir. Fakat, *“eski hakim ve savcılarının avukatlık yapması nedeniyle, hakim tarafsızlığına yönelik doğması muhtemel sakıncalar konusunda ne gibi olumlu toplumsal değişimler yaşanmıştır”* sorusuna cevap bulmak kolay görünmemektedir.

Yukarıda yaptığımız tespitler ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasını iptal etmesine, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalini TBMM'den ve toplumdan farklı algılamasının neden olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, bu algılama farklılığı, getirilen yeni sınırlamanın *“orantılılık ilkesine”* aykırı olduğu sonucuna varılmasına yol açmıştır. Şimdi asıl merak edilen, Anayasa Mahkemesi'nin *“kuşku”* algılamasının son aylarda yaşanan gelişmelerden etkilenip etkilenmediğidir.