

## **Emeklilik ya da İstifa Gibi Sebeplerle Görevlerinden Ayrılan Hâkim ve Savcılarının Avukatlık Kanunundaki Sınırlı Yasakları Nasıl Uygulanmalı?**

**Av. Ender Dedeoğac**

Bu yazımda irdelemeye çalışacağım, Avukatlık Kanununun 14 maddesi, hâkim, savcı ve kanunda unvanları belirtilen görevlerde bulunan bazı kamu görevlilerinin istifa, emeklilik vb nedenlerle görevden ayrılmalarından sonra, avukatlık yapmayı istemeleri halinde, uymakla zorunlu oldukları, sınırlamaları düzenleyen bir maddedir.

Avukatlık Kanunun 14. maddesi, kanunun kabulünden bu yana birkaç kez değişikliğe uğramıştır. Bir kez de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kısacası çileli bir yaşamı vardır. Özünde, tüm yaşamları boyunca avukatlık yapan ve avukatlıkla geçimini sağlayan bir meslek grubunun yararları ile sonradan kısa yoldan mesleğe giriş yapanların yararlarını düzenleyen bir maddedir. Bu maddenin bir de kamu yararını koruyucu tarafı bulunmaktadır ki bunu en güzel şekilde ifade eden bir metin olan Anayasa Mahkemesi kararını aşağıdaki satırlarda sizlere sunacağım.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 gün E 2001/309 K 2002/91 sayılı iptal kararı ile bu madde iptal edilmeden önce, madde kapsamında;

- Adli, idari ve askeri hâkim ve savcıları
- Anayasa Mahkemesi raportörleri
- Anayasa Mahkemesi üyeleri
- Yüksek Mahkemeler hâkimleri
- 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
- Sıkıyönetim askeri mahkemelerinde görevli hâkim ve savcıları yer almışlardır.

Ayrıca, maddenin kapsamında yukarıda sayılanlardan başka, devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlar ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar da yer almaktadır.

1136 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği dönemde 14 maddenin birinci fıkrası ile getirilen sınırlamalara baktığımızda, görevden ayrılan hâkim ve savcılarının, iki yıl boyunca, sadece (münhasıran) görev yapmış olduğu mahkemelerde ve dairelerde avukat olarak görev yapamayacağını hükme bağlandığını görmekteyiz.

Bu yazının asıl ilgi alanını Avukatlık Kanunu 14/1maddesi oluşturmakta olmasına rağmen, madde kapsamında, hükme bağlanan diğer yasaklamaları da belirtmekte yarar bulunmaktadır. Gene madde hükmüne göre, askeri hâkim ve savcılar ile bu madde kapsamında onlarla birlikte unvanlarıyla sayılmış bulunan görevliler, üç yıl boyunca sıkıyönetim askeri mahkemelerinde avukatlık yapamayacaklardır. Görüldüğu gibi, bu paragrafla, sayılan görevlilerin yasaklanması sadece sıkıyönetim askeri mahkemelerine ilişkin olup herhangi bir coğrafi sınırlama içermeksizin üç yıl olarak belirlenmiştir. Maddede sayılan kamu görevlileri için getirilen yasaklama, ayrıldıkları idare ile sınırlı olmak üzere iki yıldır.

Bu uygulamanın geçerli olduğu dönemde, yani 2001 yılında 4067 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, avukatlık yapmayı düşünen hâkimlerin, görevden ayrılmadan önce, avukatlık yapmayı arzu ettikleri yerin dışında bir yere kısa bir süre için tayinini istediği, buradan hâkimlik mesleğinden ayrıldığı ve görev yapmış olduğu eski mahkemesi de dâhil olmak üzere, avukatlık yapmak istediği her yerde avukatlık mesleğini yaptığı, hatta bazen bu hakkı kötüye kullandığı, kalem personeli ile samimi oldukları ya da hoş karşılanmayan durumlara neden oldukları, hâkimler ile ilişkilerinin eski dostluklarını ya da husumeti içerdiği söylentileri gündeme geldiği için ve böylesi bir durumun avukatlar arasında haksız rekabet yaratmasından ötürü, bu maddede 2001 yılında 4067 sayılı kanunla, değişiklik yapılarak, daha kapsamlı bir sınırlama getirilmiştir ve maddenin birinci fıkrası "Emeklilik veya 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" şekline dönüşmüştür.

Madde metinlerinden açıkça anlaşıldığı gibi, değişiklikle;

- maddenin ilk halinde yer alan "son görev yeri" sınırlaması "son beş yıl içinde görev gördüğü yerler" sınırlamasına
- maddenin ilk halinde yer alan "hizmet gördüğü mahkeme veya daire" sınırlaması "hizmet gördüğü mahkeme veya dairenin yargı çevresi" sınırlamasına

dönüştürülmüştür. Bilindiği gibi, ikinci fıkra hükmü nedeniyle, bu sınırlama, Anayasa Mahkemesi üyeleri ile Yüksek Mahkeme üyeleri içinde geçerlidir.

Maddede yapılan bu değişiklikten sonra, madde hükmünün anayasaya aykırılığı gündeme getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan incelemede, "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 nitelikte" olarak kabul edilmiştir.

Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hâkim 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" nedenlerine dayalı olarak iptal kararı verilmiştir. Ancak, söz konusu iptal kararı verilirken, "19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 02.05.2001 günlü, 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür" gerekçesine dayalı olarak da iptalin yürürlük tarihi yasanın Anayasa Mahkemesi'ne tanıdığı en çok süre esas alınarak ertelenmiştir. Kısaca, Anayasa Mahkemesi bu sınırlamanın kamu düzeni açısından şart olduğunu ancak getirilen sınırlamayı amacını aşan nitelikte bulunduğunu açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin ileriye dönük olarak vermiş olduğu iptal kararından sonra, yeni düzenleme yapılması için, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen süre 12.12.2003 tarihinde dolmuş ancak buna rağmen gereken düzenleme 23.01.2008 tarihine kadar yapılmamıştır. Yapılması beklenen düzenlemeye "gereken düzenleme" demek ki amacımız, gerçekten bu düzenlemenin gerekmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü yasama organı tarafından gerekli bulunduğu için getirilen sınırlama özünde Anayasa mahkemesi tarafından, yani yargı tarafından da gerekli bulunmuş ve bu husus kararda açıkça dile getirilmiştir. Mahkeme kararında yer alan "Anayasa'nın 13. maddesinde, 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava 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 kamu düzeninin 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" şeklindeki açıklama, bu değişikliğin kamu yararı açısından kaçınılmaz olduğunu, değişikliğin yargının onurunu koruyacağını, dile getirmektedir. Bu nedenle gereklidir.

Anayasa Mahkemesi kararında yer almamakla beraber meslekten ayrılan hâkimlerin avukatlık yapmalarına, sınırlama yapmaksızın, olanak tanımak aynı zamanda bu niteliğe sahip olmayan avukatların aleyhine bir durum da yaratmaktadır. Bunu da unutmamak gerekir.

**İptalin yürürlüğe girdiği 12.12.2003 tarihi ile yeni düzenlemenin yapıldığı 23.01.2008 tarihi arasında 5 yıl geçmiş olmasına rağmen**, bu düzenlemenin gerçekleştirilmesi için TBB ve baroların bir gayret göstermemesi, kamu yararı açısından çok hassas olan ve pek çok uğraşta imza atmış bulunan kendi meslek kuruluşumun, beni ilgilendiren, benim sosyal itibarımı ve ekonomik yararımı koruyan bu düzenlemenin bir an evvel gerçekleşmesi için çaba göstermemesi beni çok üzmüş ve bu konuyu 24.06.2007 tarihinde "Emeklilik ya da İstifa Gibi Sebeplerle Görevlerinden Ayrılan Hakim ve Savcıların Avukatlık Kanunundaki Sınırlı Yasakları İki Buçuk Senedir Yok!" başlıklı yazımla bu sitede sizlerle paylaşmıştım.

Benim yazımın sizlere ulaşmasından kısa bir süre sonra, 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı kanunun 327 maddesiyle getirilen değişikliğe bağlı olarak, yeni bir düzenleme yürürlüğe girdi. Bu düzenlemeyi incelediğimde ise, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan, sakıncaların, yerel mahkemelerde görev yapan hâkimler için devam ettiğini gördüm. Bu düzenlemeyle madde, "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 mahkemeleri hâkim 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" şeklini almıştır.

Görüldüğu gibi, maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden önceki birinci cümlesi aynen kalmıştır. Gene yerel mahkeme hâkimleri;

- son beş yıl içinde görev yaptıkları mahkemelerin
- adli yargı çevresi içinde
- ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süre ile

görev yapamayacaklardır.

Görüldüğü gibi yasama bu kanunu oluştururken, Anayasa Mahkemesi'nin kararından hiç yararlanmamıştır. Bu kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de bağdaşır bir tutum değildir. Yasama burada, yürütmenin sıklıkla uyguladığı gibi, önce yargı kararına uymuş, iptal edilen kanun hükümleri yerine yeni hüküm oluşturmuştur. Ancak yeni tasarrufunu oluştururken, Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilen sakıncaları hiç dikkate almamıştır. Böylece, şeklen yargı kuvvetini tanımış, fakat özünde kendi üstünlüğünü öne çıkarmış ve yeni bir tartışma ortamına yol açmıştır. Böylece bir davranış yüce Meclis tarafından da yapılırsa, kişisel değerlerime göre, uygun bir davranış değildir.

Elbette, yasama organının bu çalışmasında ona yardımcı olmayan meslek odalarının ve kamu kuruluşlarının davranışı da uygun davranış olarak nitelendirilemez. Eğer toplumsal amacımız barış ve kardeşlik içinde yaşamaksa, hataları oluşmadan önce elbirliği ile önlemek bizlerin görevi olmalıdır.

Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde yer alan; amacı aşan sınırlamalar nedeniyle hakkın kullanılması, tamamen engellenmiş ise, bu sınırlamaları, amaca uygun ve hakkın özüne dokunmayacak hale getirmek, şeklinde özetlenebilecek görüş benim için doğru ve uygulanması gereken bir gerekçedir. Bu nedenle, değişiklik metni hazırlanırken, geriye dönük beş yıllık süre makul hale getirilebilir ancak yargı çevresi ilkesi, nedenleri, somut olarak açıklanmak kaydıyla, eski hali ile korunarak, hem hakkın özü korunur hem de yargı bağımsızlığına gölge düşmesi engellenirdi.

Son değişikliği sağlayan 23.01.2008 ve 5728 sayılı kanunun 327 maddesi, yerel mahkeme hâkimleri ile ilgili olarak eski koşulları aynen korumasına karşılık, Yüksek Mahkeme hâkim ve savcıları, raportörleri için, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen ilkelere uygun davranmış ve yeni koşullar getirmiştir. Bu grupta yer alan hâkim ve savcılar yargı çevresi kavramı yerine münhasıran görev yaptıkları daire kavramı ile sınırlamaya tabi tutulmuş olup zaman açısından ise bir değişikliğe uğramamıştır yani gene ayrılıştan önceki beş yıl ve ayrılıştan sonra iki yıl ilkesi korunmuştur. Ancak, yapılan değişiklik torba kanunla sağlandığı için yeteri kadar incelenemediği için, birinci fıkraya getirilen yüksek mahkeme mensupları ile ilgili hükmün maddenin ikinci fıkrası ile aynı olduğu, dikkatten kaçmıştır. Yani gereksiz bir tekrara neden olunmuştur.

Değişiklik hakkında olumlu ya da olumsuz görüş belirtmek, değişikliğin yürürlüğe girmiş olması ve uygulanması gerektiği gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bana göre, kanunun yürürlüğe girmesinden önce, barolara yapılmış olan kayıtlara karşı yapılacak bir şey yoktur. Ancak, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, yapılacak kayıtlarda, baronun görev yaptığı adli yargı çevresinde, bu çevredeyken görevden ayrılan bir yerel mahkeme hâkiminin, avukatlığa başvurması halinde, baroya kaydı yapılmamalıdır.

Ankara, Ekim 2008