

(AVUKATLIK SINAVINA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİN İPTALİ BAĞLAMINDA)

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARININ NİTELİĞİ
ÜZERİNE BİR İNCELEME

Av. CoŐkun ÖZBUDAK*

* Ankara Barosu.

1. GİRİŞ

Bilindiği gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 4667 sayılı Kanunla eklenen avukatlık sınavı, 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi 5558 sayılı Kanunun avukatlık sınavını yürürlükten kaldıran hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anılan olgular avukatlık mesleğini ve avukat adaylarını ilgilendirmekle birlikte, avukatlık sınavının gerekliliği tartışması bu yazının konusu değildir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi kararı üzerinden Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı ve bu nitelikteki ender kararların hukuka katkısının önemine dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

2. İNCELEME

2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için “*avukatlık sınavını başarmış olmak*” koşulu getirilmiş, ilgili maddelerde bu yönde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle; avukatlık sınavının staj sonunda Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince yapılacağı, sınava staj bitim belgesinin verildiği tarihi izleyen dört yıl içinde altı kez girilebileceği, sınavda meslek kuralları bilgisi ile hukuk ilkeleri ve mevzuat hükümlerini olaylara uygulayabilme yeterliliğinin değerlendirileceği, sınav konuları ve başarı puanı gibi konuların da yönetmelikte gösterileceği düzenlenmiştir. Avukatlık Kanununda anılan değişiklikleri öngören 4667 sayılı Kanunun geçici 1. Maddesinde, sınava ilişkin hükümlerin bu kanunun yayımından sonra avukatlık stajına başvuranlara uygulanacağı belirtilmiştir.

Ancak 25.6.2002 tarihli 4765 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 1136 sayılı Kanuna eklenen Geçici 20. Maddenin İkinci Fıkrasıyla stajla ilgili hükmün 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanmayacağı, bunların sınava tabi tutulamayacağı kuralı getirilmiştir.

Son olarak avukatlık sınavı, 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının ilginçliği ve önemi de buradan; (çok kısa denilebilecek bir süre yürürlükte kalan ve hiç uygulanmayan bir yasanın sonradan yürürlükten kaldırılması aşamasında artık yasa koyucunun hikmetinden şüphelenilebileceği kabulünden) kaynaklanmaktadır. Bu nitelikte bir kabul, yerindelik denetimi yasağından kaynaklı olarak yargı kararlarına çok sık yansımamaktadır.

Nitekim iptal kararındaki karşı oy yazısında da; Anayasa'ya göre yasama yetkisini Türk Milleti adına kullanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, her alanda ve her konuda yasa yapabileceği, yasama işlevinin anayasal ilkelere uygun kullanılabilirlik takdir yetkisini de içinde barındırdığı, yasaların, kimi zaman yeni kurallar içerirken, kimi zaman da yasal metinlerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olabileceği, önceki yasaların yeni yasalarla değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasının hukukun doğal karşıladığı takdir yetkisinin daha engin boyutta kullanıldığı tasarruflar olduğu vurgulanmıştır.

Karşı oy yazısında ifadesini bulan bu anlayış, “*yasama yetkisinin genelliği*” ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke; kanun alanının sınırlanmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her şeyin bir kanun konusu olabileceğini, yürütme organının mahfuz (saklı) bir düzenleme alanının bulunmadığını ifade eder.[1] Kısaca bu ilkeye göre; kanunlar (idarenin düzenleyici işlemlerinin tersine) Anayasa'ya dayanmak zorunda değildir, Anayasaya uygun olmak zorundadır.

İşte bu pencereden bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla, sanki bu ilkeyi ihlal edip, bir tür yerindelik denetimi yaparak hüküm kurduğu izlenimi çıkmaktadır. Gerçekten de, yasa koyucu önce yasada var olmayan bir sınav koşulu getirmiş, bu düzenlemenin Anayasaya aykırılığı konusunda şüphe yaşanmamış, ancak yasa koyucu bu sınav koşulunu sonradan kaldırınca, (sınav uygulaması bakımından yasanın önceki haline getirilmesi anlamına gelen) bu kaldırma Anayasaya aykırı bulunmuştur. Düz mantıkla bakıldığında, yasanın (Anayasaya aykırılığı tartışma konusu olmayan) eski durumuna döndürülmesi anlamına gelen bir yasama işleminin neden Anayasaya aykırılık oluşturacağını sorgulanması mantıksız değildir.

Bu noktada bir yasa kuralının ortadan kaldırılmasının da (Anayasa Mahkemesinin denetimine açık) yeni bir yasa ile mümkün olduğunu hatırlatmak ve Anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine taşıyan davacılar ile Mahkemenin gerekçelerine bakmak yararlı olacaktır.

Davacılar; sınavla baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulmasının amaçlandığını, avukatlık mesleğinin de hâkimlik ve savcılık mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslek olduğunu ve gerekli donanım, bilgi ve kaliteye ulaşmış kişilerden olması gerektiğini, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmanın hukukun uygulanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yaşamsal bir önem ve değere sahip bulunduğunu, sınavın Türkiye Barolar Birliği ve baroların muhalefetine rağmen kaldırıldığını, kamusal yanı ağır basan avukatlıkta sınavın kaldırılmasında kamu yararının gözetilmediğini, sav, savunma ve yargılamayı yapanların

[1] Ergun ÖZBUDUN: Anayasa Hukuku, Ankara, 1989, s. 171

adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuksal durumda olduklarından mesleğe kabullerinde de eşit işleme tabi tutulmaları gerektiğini, bu nedenlerle avukatlık sınavının kaldırılmasının Anayasanın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi ise öncelikle Mahkemenin, yasaların Anayasaya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur olmadığını, taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceğini belirtip, kuralın Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelemesini uygun görmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre;

- *Yasaların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*
- *Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya bağlı kalmak durumundadır.*
- *Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “sav-savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.*
- *Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.*
- *Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının*

saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

- Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.
- Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden yasalaştığı anlaşılan dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.^[2]

Bu gerekçeden, avukatlık mesleğine başlama öncesinde bir sınav uygulanması görüşünü Mahkemenin de paylaştığı anlaşılmaktadır. Ancak yasa koyucu bu yönde bir düzenlemeye gitmediği sürece Mahkeme kararıyla bunun dikte edilmesinin Anayasaya aykırı olacağı da kuşkusuzdur. Nitekim Mahkeme de görüşünü yasa koyucunun bir tasarrufunu inceleme aşamasında ifade etmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararında asıl önemli olan ve bu yazıyı da tahrik eden gerekçe; “Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu ifadeyi genelleştirdiğimizde şu sonuca ulaşılmaktadır: Yasa koyucunun bir düzenleme yaparken ortaya koyduğu gerekçelerin, bu düzenlemeyi ortadan kaldıran yeni bir düzenleme yaptığı sırada da geçerliliğini koruyup korumadığı, düzenlemenin yapıldığı zamandaki koşulların, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, belki de daha önemli hale gelmiş olup olmadığı da Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında değerlendirilmelidir.

[2] Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E: 2007/16, K: 2009/147 sayılı kararı (RG: 08.01.2010–:27456)

Demek ki, bir hukuk devletinde yasama organı veya idarenin bir yasa veya düzenleyici işlemle kendiliğinden bir kural koyması veya bir hizmet vermeye başlaması halindeki keyfiyet, aynı kural veya hizmetin kaldırılması yönündeki tasarruf için geçerli değildir. Bu kural veya hizmetin ihdası yönünde başlangıçta var ol(a)mayan hukuki denetim, kaldırma sırasında olanaklı hale gelmektedir.

Bu durum, yasama veya idare tasarruflarının kamu yararını esas alması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Eğer bir kural konurken hedeflenen kamu yararı, kaldırma anında da varlığını ve geçerliliğini koruyorsa, artık yasama veya idarenin tasarruf keyfiyeti hukuki denetime tabi hale gelmiş demektir. Artık bu aşamada sınırsız bir takdir yetkisinde söz edilemez. Keza bu aşamadaki yargı denetimi de yerindelik denetimi olarak nitelendirilemez.

3. SONUÇ

Bir hukuk devletinde yasama organının tasarrufları sınırsız bir keyfiyet ürünü veya lütfü değildir. Bu tasarrufların konulma aşamasında olduğu gibi kaldırılma aşamasında da yargı denetimine tabi tutulması yasaların Anayasa'ya uygun olması zorunluluğunun bir sonucudur.

Çünkü yasama tasarrufları kamu yararını esas alır. Her ne kadar yasama organı yargı eliyle bir yasa yapmaya zorlanamazsa da, yasanın yapılması anında hedeflenen kamu yararı, kaldırma anında da varlığını ve geçerliliğini koruyorsa, artık yasama veya idarenin tasarruf keyfiyeti hukuki denetime tabi hale gelmiş demektir. Artık bu aşamadaki yargı denetimi yerindelik denetimi olarak nitelendirilemez.

Anayasa Mahkemesi, incelemeye konu karardaki gerekçeleriyle hem yargı yetkisinin kapsamına ve yerindelik denetiminin ne olup ne olmadığına ışık tutmuş, hem de kendisinden beklenen gerçek işlevi doğrultusunda tüm yargı organlarına yol göstermiştir.

Bir hukukçu olarak, tüm mahkemelerden beklentimiz, (yönü ne olursa olsun) kararların hukuka uygun olması ve tatmin edici bir gerekçe içermesidir.

KAYNAKÇA

Ergun ÖZBUDUN: Anayasa Hukuku, Ankara, 1989

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E: 2007/16, K: 2009/147 sayılı kararı

