

"...

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

A- Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III. GEREKÇE

1) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 1 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstas, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları ” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kıstas yeterince açık değildir.

Özel hukuku alanında irade serbestisi çok geniş bir alana yayılmıştır. Bazı hukuk dalları ise, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanına girebilmektedir. Diğer taraftan, kamu hukuku alanından olmakla birlikte, bazı hukuk dallarındaki uyuşmazlıklarda, tarafların kabulü neticeyi belirlememekle birlikte, davayı kabul eden taraf duruşmalara gelmezse, yargılamaya gıyabında devam edilerek, karar verilebilmektedir. Boşanma, velayet nesebin reddi gibi davalar buna örnek gösterilebilir.

Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri iş ve işlemlerin tespiti büyük önem taşımaktadır. Kanunun iptali istenen bu hükmü ile devletin yargı unsuru devre dışı bırakılarak, bir anlamda yargı kısmi özelleştirmeye tabi tutulmuş olmaktadır. Kanuna göre taraflar devletin yargısına başvurmak zorunda olmaksızın arabulucular vasıtasıyla uyuşmazlıklarını çözüme ulaştıracaklar ve arabulucunun katılımıyla hazırlanacak belgeyi İcra hâkimine tasdik ettirerek ilam gücüne ulaşabileceklerdir.

Bu çerçevede kanunla aşağıda sayılmış maddeler halinde sayılmış bulunan hukuk alanları devletin Yargısal faaliyet alanından çekilmek istenmiş ve bu alanlar açısından yargılama, özelleştirilmiştir.

1. Alacak
2. Tazminat
3. Taşınır mallar,
4. Boşanmada maddi manevi tazminat,
5. Nafaka,
6. Kira bedeli tespiti,
7. Feshin geçersizliği,
8. İşe iade,
9. İş güvencesi,

10. Boşta geçen süre ücret alacağı,
11. Tapu iptal ve tescil,
12. Eda davaları (Serbest tasarruf ve özel hukuk kapsamında)
13. Özel hukuk sözleşme ilişkisinden kaynaklanan davalar

Özellikle İş hukukundan ve Aile hukukundan kaynaklanan bazı konular arabuluculuk müessesesinin yapısıyla bağdaşmamasına rağmen, bu kapsamda değerlendirilebilecek ve ilgilinin aleyhine sonuçların doğmasına yol açabilecektir. Nitekim 1 inci maddede arabuluculuk faaliyetlerinin kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Türk Medeni Kanunu ve İş Hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanmamasına yönelik olarak Cumhuriyet Halk Partisi Grubunun vermiş olduğu önerge reddedilmiştir.

Hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu bu maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması ise başka büyük eksikliklerdir.

Bu nedenle özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulaması halinde, kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedelenecektir. Yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruya zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacaktır.

Ayrıca yine ikinci fıkrada “ yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” ibaresi de bu kanunla yabancıların da kendi hukuklarını yaratmasına imkân tanıyacak paralel hukuki düzenlemelerin yaratılmasına imkân sağlayacak üniter devlet açısından son derece tehlikeli durumlara ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Sonuçta, devlet aslı vazifelerinden olan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve sosyal barışı gerçekleştirmek olan bu vazifesini ifa edemeyecek, adalet hizmetleri aksayacak, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yurttaşlarımızın ellerinden alınacaktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan “hukuk devleti” kavramı da yargı birliğini ihtiva etmektedir. Egemenlik nasıl tekse, yargının da tek, bir olması gerekir. Bir ülkede birden fazla yargıdan bahsediliyorsa, birden fazla egemenlik mevcut demektir. Bu çerçevede somut bir uyuşmazlığı aynı anda yargılayabilecek birden çok yargı mercii de olmamalıdır. Anayasamız da yargı birliğini bu şekilde kabul etmiş ve yargılama yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngörmüştür. Mevcut yasanın iptali istenen maddesi ise ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya koyma tehlikesi taşıdığından ve Kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almamış olması nedeniyle, Anayasanın başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 nci, 9 uncu ve 11 inci maddelerine; ayrıca hukuki uyuşmazlıklarda tarafların hak ihlallerine neden olacağından Anayasanın 10 uncu, 36 ncı, 37 nci, ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı ve 14 üncü maddelerine aykırıdır.

2) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 4 üncü Maddesinin ve 33üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 4 üncü maddesinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu ve tarafların da bu konudaki gizliliğe uymak zorunda olduğu; ayrıca 33 üncü madde ile gizliliğin ihlali halinde, kişilerin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa aleniyet ilkesine aykırı olarak gizlilik içerisinde işlemleri yürütecek, elde ettiği bilgi ve belgeleri hiç kimseye paylaşmayacaktır. Bu durumda, Aile Hukukundan kaynaklanan bazı sorunlarda kadınlar koca, baba, töre baskısıyla bir arabulucuya yönlendirilebilecek ve gizlilik içinde yapılan arabuluculuk çalışması sonucunda çocuğunun velayeti, görüşme hakkı, tazminat ve evlilik içi mal paylaşımına ilişkin konulardan vazgeçtiğine ilişkin bir tutanak imzalatırılabilir, bu imzalanan tutanak da hâkim tarafından yeterli denetime tabi olmayacağından önemli mağduriyetlere yol açabilecektir. Özellikle, miras hukukunda arabuluculuğun geçerli olduğu durumlarda, kadınların mirastan eşit pay sahibi olması konusunda zaten uygulamada sorunlar yaşanmaktayken, kız çocuklarının ve geride kalan eşlerin miras paylarının korunması yeterince sağlanamayacak ve kadınlar manevi baskı altında bırakılacaktır. Medeni Kanunumuzla kadınlarımızın elde etmiş olduğu tüm haklar gizlilik içinde ortadan kaldırılacaktır.

Bu konudaki kaygılar dayanaksız olmayıp, İngiltere ve Kanada'da arabuluculuk faaliyetlerinde Müslümanların kendi inanç sistemine göre çözümler üretebilmesi kabul edilmiş, bunun sonucunda kadın haklarında çok ciddi ihlaller yaşanmıştır.

Başka bir deyişle; taraflar mahalle baskısı altında tarikat ve töre kurallarına göre, hukuka aykırı bir biçimde uyuşmazlıklarının çözümlenmesini istediklerinde gizlilik ilkesi gereğince, bu dahi mümkün olabilecektir. Gizlilik içerisinde yürütülen faaliyetleri denetlemek mümkün olmayacağı için, bu durum alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracaktır.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesi; güçlünün zayıfı, haksızın haklıyı ezmesi sonucunu doğurabileceği gibi, hukuka aykırı uygulamaların gizlilik kisvesi altında meşruiyet kazanmasını da sağlayacaktır. Ayrıca son derece tehlikeli olan bu madde, arabuluculuk faaliyetinin etnik ve dinsel temelde oluşumlara ya da mafyanın hâkimiyetine yol açabilecek bir düzenlemeye dönüşme sakıncalarını da içinde barındırmaktadır. Bu nedenle Arabuluculuk faaliyetleri gizlilik içinde değil, şeffaf bir şekilde yürütülmeli ve ayrıca yargı denetimine de açık olmalıdır. Arabulucu tutanağının maddi olgu ve fiili gerçekle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphe bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde arabulucunun da cezalandırılması gerekirken, kanunda isabetsiz ve gerekçesiz bir biçimde gizlilik kuralının ihlali durumunda 33 üncü madde uyarınca 6 aya kadar hapis cezası verilebilmesi hükme bağlanmıştır. Oysa Avusturya'da gizlilik kuralı meslek sırrı niteliğinde sadece arabulucu açısından geçerlidir. Tarafları bağlamaz. Örnek aldığımız ülkelerde düzenleme böyleyken, ülkemizde gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiç bir gerekçesi olamaz.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik kuralına bağlanmış olması, devlet mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması kuralına aykırılık oluşturur. Bu konuda Anayasamız, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu açıktır. (Anayasa m. 141/1; HMK m.128; CMK m.82 vd.).

Adalet mülkün temeli ise adalete ulaşabilmek için yapılan yargılama süreci de mülkün meşru temeller üzerinde oturması açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu sürecin adilliği devlet açısından bir görev, bireyler açısından ise bir haktır. Adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için kişinin güvenceli yargılanmasına gereksinim vardır.Devlet, yargılama sonucunda adaletin gerçekleştiği, adalete uygun bir kararın mahkemelerden çıkmış olduğu yargısına hem taraflarca hem tüm toplumca varılmasını sağlamalıdır. Toplumun adil bir yargılama kanısına varması, adaletin devletçe sağlanmakta olduğuna inanması ve buna güvenmesi, mülkün meşru temeller üzerine oturtulmasıyla; devletin adli mercilerinin dışında bir takım kanun dışı oluşumlara yönelebilecek taleplerin de önüne geçilmesinin sağlanmasıyla mümkün olur. Adil yargılanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargılamanın aleniyeti ile sağlanabilir. İşte bu nedenledir ki adil yargılanma her zaman açık yargılanma hakkı ile birlikte düşünülmüş ve düzenlenmiştir. Açıklanan bu nedenlerle Arabuluculuk müessesesinin, gizlilik kuralına bağlı olması, Anayasanın2., 9., 36., 37. ve 141.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6 ncı maddesine aykırıdır.

3) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 5 inci Maddesinin Birinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında,Tarafların, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler; Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü; Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremeyecekleri ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacakları düzenlemesi getirilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında da birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağı... Belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde; bu yasağın; arabuluculuk yoluna başvuru bir uyuşmazlığın taraflarını, arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine katılmış veya karılmamış olsun üçüncü kişileri kapsadığı açıklanmıştır. Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyeti esnasında ortaya koydukları görüş ve önerilerle daha sonra bağlı olamayacaklarını bilmenin rahatlığıyla özgür ve samimi ortamda uyuşmazlığı müzakere edip sonuçlandırmalarını temin etmek amacıyla böyle bir yasağın getirilmiş olduğu ileri sürülmüştür. Aynı yasak, arabuluculuk faaliyetine katılmamış olan ve arabuluculuk yoluyla çözümüne gidilen uyuşmazlıkla bir şekilde bağlantısı bulunan üçüncü kişiler için (ki bu kişiler, müteselsil borçlu olabilir, edimi taahhüt edilen üçüncü kişi olabilir veya bunların dışında başka bir kişi olabilir) hangi hukuksal gerekçelere dayanılarak kabul edildiği açıklanamamıştır. Bu maddedeki yasağın, arabuluculuk sürecine katılmamış ve bu faaliyet içinde yer almamış olan üçüncü kişiler için de kabul edilmesi, Anayasanın 36 ncı maddesindeki 'herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' şeklindeki hiç bir anayasal kısıtlamaya tabi tutulmamış olan hak arama hürriyetine aykırılık oluşturur. Ayrıca, dava açıldığında ya da tahkim yoluna gidildiğinde gizlilik kuralı gereğince maddede belirtilen beyan ve belgeler de delil olarak ileri sürülemeyecektir. Aslında bu madde delillerin sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, delil serbestisi ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yine üçüncü fıkrada “Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz” denmektedir. Bu fikraya göre de; arabuluculuk faaliyetleri o kadar gizlidir ki, mahkemeler bile arabuluculuk faaliyetleri dolayısıyla hazırlanan belgeleri isteyemeyecek, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alamayacaklardır. Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve ayrıca hak arama hürriyetiyle bağdaşmasına imkân yoktur. Arabuluculuk müessesesinde gizlilik gereksiz olup, sonuç olarak tutulan uyuşmazlık tutanağının mahkemelere sunulabilme imkânının tanınması gerekirken bu yapılmayarak mahkemelere bu madde ile yardımcı değil, alternatif yargı mercii ihdas edilmiştir. HMK m.188/3 de düzenlenen sulh anlaşmasında olduğu gibi arabuluculuk görüşmelerinde de ikrarın tarafları bağlamayacağı yönünde düzenleme yapılmadığı için, bu maddeler, Anayasanın 9uncu maddesine de açıkça aykırıdır.

Arabuluculuk faaliyeti hukukumuzda yabancı olmayıp, bu faaliyet, Medeni Usul Hukukunda tarafların mahkeme tarafından sulha teşvik edilmesi veya tarafların sulh için arabulucuya başvurmaları şeklinde uygulanır. Tarafların anlaşamamaları durumunda, uyuşmazlık tutanağı, tarafların iddia ve savunma özetlerini, delilleri ve hangi oranda haklı olup olmadıkları konusunda açıklamaları içermelidir. Bu sayede taraflar uyuşmazlık tutanağını mahkemede delil olarak kullanabilir ve mahkemenin yapacağı ön inceleme de o oranda kolaylaşmış olur. Arabuluculuğun mahkemelere alternatif olmadığı, bilakis mahkemelere yardımcı bir faaliyet olması ancak bu anlayışla sağlanabilir ve hukuk sistemimizde mümkün olur.

Oysa iptali istenen kanunla, HMK ve Medeni Usul Hukukundaki paralel hükümler hiçe sayılarak, arabuluculuk müessesesinin mahkemelere alternatif bir makam ve merci olarak ihdas edilmesi sağlanmıştır. Öyle ki, anılan maddeler ile yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmüne aykırı olarak, tarafsız ve bağımsız mahkemelerin dışında yeni bir yargılama yöntemi belirlenmiştir.

4) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

9 uncu maddesi ile Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği, düzenlenmiş; böylece arabuluculuk, hâkimlik mesleği ile adeta özdeşleştirilmek istenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasıyla arabulucuya görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi görevi verilmiş, ancak maddede arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmemesi; görevi sırasında, görevi nedeniyle suç işlemesi; taraflara baskı yapması; taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırı davranması ve görevini savsaklaması durumunda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı, bunun yaptırımının ne olacağı yönünde, hiç bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda avukat olan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle işlediği suçtan dolayı, Avukat olarak cezalandırılabilmesi ya da baronun denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

Arabuluculuk faaliyeti her zaman uzlaşmayla sonuçlanmayabilir. Sonucun hangi hallerde uzlaşmazlıkla sona ermiş sayılacağı konusunda uyuşmazlığın taraflarının tek söz sahibi sayılmasının sakıncalı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır. Özellikle son durumun tespiti bakımından sadece arabulucunun yetkili kılınması, faaliyetin başlangıcının ihtiyari nitelik arz etmesi zedelenmeksizin taraflara arabulucuya tanınacak olan bu yetkinin zamansız, haksız ve kötü kullanımına ilişkin cezai yaptırımlara yer veren bir düzenlemenin kanun metninde yer

almaması; arabulucunun yaptığı görev nedeniyle görev ve yetkisini kötüye kullanması durumunda, TCK m.257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması ve arabulucuya karşı görevi sırasında işlenen suçlar nedeniyle de kamu görevlisi gibi korunması gerekirken; arabuluculuk kurumunun denetim dışında bırakılması, Anayasamızın hak arama hürriyetine ve kanuni hâkim güvencesine aykırıdır. Bu nedenle mevcut düzenlemenin, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 37 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 13 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kanunun Arabulucuya başvuru başlıklı 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında 'Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir...' Aynı maddesin ikinci fıkrasında da 'Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır' düzenlemesi mevcuttur.

Tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda teşvik edilebileceğini; başvuru teklifine taraflardan birinin olumsuz cevap vermesi halinde bu teklifin reddedilmiş sayılacağını düzenleyen bu madde ile arabuluculuk kurumunun, uyuşmazlığın her safhasında hatta uyuşmazlığın yargıya intikalinden sonra da devreye girebilmesi sağlanmış; böylece ülkemizin öznel koşulları da gözetildiğinde, mahkeme aşamasındaki arabuluculuk faaliyetinin nafile bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, gecikmesine ve ertelenmesine yol açacak bir sürece uğramasına adeta izin verilmiştir. Faaliyet süresinin saptanması konusunda ve arabuluculuk faaliyeti işinin yargıya intikal etmesinden sonra da devreye alınabilmesinin getirebileceği sakıncalar, esasen usul yasamızda tarafların sulhe teşviki hükümlerinin varlığına rağmen bu konuda uygulamada başarısız olduğu da göz önüne alındığında, daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Hukuk Usulündeki, sulh iradelerini ortaya koyarak uyuşmazlığı yargı önünde sona erdirme olanağı varken ve arabuluculuk faaliyetinin tamamen davadan önce başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerekirken, davadan sonra da arabulucuya başvurma, Devlet yargısı önündeki davaların çözüme ulaştırılmasını geciktirmeye yönelik sonuçlar doğuracağından, Anayasamızın 141 inci maddesinin beşinci fıkrasında yargının görevleri arasında yer alan, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine aykırıdır.

Ayrıca medeni yargılamamızda zorunlu avukatlık mevcut olmayıp, mevzuatımızda, hâkimlere avukatı olmayan kişilere, kendisini bir avukatla temsil etmesi gerektiği konusunda tavsiyede bulunması, yoksul kişilere adli yardım veya CMK benzeri bir kurumdan kendisini avukatla temsil edebileceği yönünde bir açıklamada bulunması ve bu yönde tarafları teşvik etmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna rağmen hâkimden arabuluculuğu bu kadar öne çıkarmasının istenmesinin amacı, adaletin gerçekleşmesi değil, devletin hâkimi aracılığıyla adaleti gerçekleştirmemek, buna emek, masraf ve zaman harcamak istememesidir. Bu durum, devletin asli görevlerinden olan adaletin gerçekleştirilmesi görevinin askıya alınması anlamına gelir ki bu durum anayasal ilkelerle bağdaşmaz. Bu nedenle mevcut düzenleme Anayasanın, 2 nci, 5 inci, 36 ncı, 37 nci ve 141 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

6) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

a. 15 inci maddesinin birinci fıkrasının Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği...ve 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında, Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı... yazılıdır.

16 ncı maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ise, arabuluculuk sürecinin başlaması, uyuşmazlıkla ilgili zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında önem taşımaktadır. Bu nedenle; arabulucunun seçilmesinden sonra, tarafların ilk toplantıya hangi süre içinde ve ne yolla davet edileceğinin bu maddede somut olarak gösterilmemiş olması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği, davet usulünün ise muğlak bırakılması arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesi imkânını yaratabilecektir. Bu durum Anayasanın 2 nci, 9 uncu ve 141 inci maddelerine aykırıdır.

b. Kanunun dördüncü fıkrasında “hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz” dense de, üçüncü fıkrasında “arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür” denmekte, dolayısıyla dördüncü fıkranın aksine üçüncü fıkrada arabulucuların hâkim gibi işlemler yapmasının önü açılmaktadır. Bu düzenleme de Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 9 uncu ve 37 nci maddelerine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.

c. 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının Anayasanın 141 inci maddesine beşinci fıkrada belirtilen şekilde; Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir hükmü ile dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılamanın mahkemece üç ay süre ile ertelenmesi ve tarafların birlikte başvurusu üzerine bu sürenin üç ay daha uzatılabilmesi de usul ekonomisi açısından sakıncalar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda davanın üç ay süreyle ertelenmesi ve tarafların birlikte talepte bulunması üzerine sürenin üç ay uzatılması yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olabileceğinden; Anayasanın 141 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması hükmüne aykırıdır.

7) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 17 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

17 nci maddeye göre Arabuluculuğun hangi hallerde sona ereceği belirtilmiştir. Kanunda Arabuluculuğa ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri -aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar hariç- özel hukuka tabi iş ve işlemler hakkında gidilebilmektedir. Özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında da arabuluculuk faaliyetlerinin sona ermesi gereklidir. Bu husus hem kamu düzeninin hem de kamu menfaatinin bir gereğidir. Arabuluculuk sonunda, anlaşma belgesinin arabulucu ya da uyuşmazlığın bir

tarafınca, yanlış yönlendirme, yanıltma, korkutma gibi iradeyi zaafa uğratan etmenler sonucunda elde edildiği yönündeki iddialar ile tutanağın tarafları dışında, mirasçılar ya da üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek muvazaa iddialarının ne şekilde ele alınacağına belirsiz kalmış olması; bu konuda doğru beyanda bulunma ve bildirim sorumluluğunun doğrudan arabulucuya ait olduğuna dair herhangi bir düzenlemeye yasada yer verilmemiş olması; bu durumların ihlali halindeyse, cezai yaptırımlara da yer verilmemesi suretiyle; tarafların, çağdaş hukuk düzeni dışında farklı arayışlara yönelmesinin ve buna göz yuman ve bunu onaylayan arabuluculuk faaliyetine izin veren bir devlet anlayışının önü açılmış; bu sayede Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Hukuk Devleti niteliği zedelenmiştir.

Kanunun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraflar Devlet Yargısına başvurmadan bağımsız bir arabulucu nezdinde ve tamamen serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk alanındaki sorunlarının çözümünün ve bu alandaki özel bilgilerin arşivlenerek Adalet Bakanlığına bağlı bir birimde saklanmasıdaki amacın ne olduğu anlaşılammaktadır. Bu durum toplumsal hukuk güvenliğimiz açısından son derece tehlikeli olup hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ancak anti-demokratik rejimlere özgü bir anlayışın ürünüdür. Avukatlar uzlaşma tutanaklarını devletin herhangi bir birimine vermek zorunda değildir hatta sır saklamak kapsamında belgeleri vermemek durumundadırlar.

Sır saklama yükümlülüğü o denli önemlidir ki, avukatın birincil ve en temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama konusundaki yükümlülüğü adaletin gerçekleşmesine olduğu kadar müvekkilin menfaatine de hizmet eder. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korumaya tabi olması gerekir. Avukat, mesleğinin icrası esnasında öğrendiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı tutulmamış olup; bir avukat, hukuki hizmet verirken kendisiyle birlikte çalışan iş ortaklar meslektaşları ile diğer çalışanlardan sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelerini talep edebilir. İptali istenen bu kanun hükmüyle ise, tarafsızmış gibi görünen sicil, yetkilendirilmeleri ve ücret tarifeleri ile tamamen devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılarak alınan sonuçlar devlet tarafından arşivlenmektedir.

Bu madde hükmüyle savunma hakkı ihlal edilmiş, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş bireylerin devlete ve adalete olan güvenini sarsılmıştır.

8) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18 inci Maddesinin İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, tarafların anlaşması sonucunda Arabulucunun düzenleyeceği belgenin asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan Mahkemelerden icra edilebilir şerhi alınması sonucunda ilam niteliğinde belge niteliği kazanması düzenlenmiştir. Bu maddede anlaşma tutanaklarının hâkim önüne götürülmesi tarafların isteğine bırakılmıştır. Hâkim ise bu tutanağı sadece tarafların serbestçe tasarrufla bulunabilecekleri bir hak konusunda olup olmadığı ve icraya elverişli olup olmadığı yönüyle inceleyecek ve onaylamak durumunda kalacaktır. Hâkimler tarafından, tarafların taraf, hak ve fiil ehliyetlerinin olup olmadığı ve arabuluculuğa başvurmalarında hukuki menfaatlerinin olup olmadığı konusunda inceleme yapılamayacak; dolayısıyla, inceleme yetkisi çok sınırlı olacaktır.

Oysa Arabuluculuk müessesesinin, çağdaş hukuk düzeninin öngördüğü enstrümanlar kullanılarak, 'medeni' kurallar çerçevesinde yapılması gerekirdi. Netice olarak, yargısal organlar biçimsel bir inceleme yapmakla sınırlandırılarak, gerek varılan uzlaşmayı, gerekse tarafları uzlaşmaya götüren süreci, kamu düzeni açısından inceleyemeyecekler; kısaca sürecin medeni olmaması nedeniyle kabul edilemez ve icra edilemez olduğuna da karar veremeyeceklerdir.

Üçüncü fıkraya göre ise şerhi verecek mahkeme dosya üzerinde ancak sınırlı bir inceleme yapabilecektir. Mahkemenin şerh talebini reddetmesi halinde taraflar, ileride kurulacak "bölge" temyiz mahkemelerine (istinaf mahkemelerine) itiraz edebilecektir. Böylece zamanla her "bölge"de ayrı bir hukuk uygulaması oluşacaktır. Yine 18 inci maddede hâkim tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen ilam niteliğindeki belgeye karşı tarafların irade fesadına uğramaları olasılığı durumunda iptal davası açılabilmesi imkânı verilmemiştir. Bununla birlikte tarafların anlaşmaya varmaları halinde düzenlenecek belgenin kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırı olması halinde, hâkimin taraflara ve arabulucuya bu aykırılığı gidermeleri için herhangi bir ek süre vermesi yönünde de yasada herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca bu belgeye ilam gücü kazandırmak için devlet nispi değil, maktu harç alarak kişilerin vergisel yükten kurtulmasını bir teşvik unsuru haline getirerek, kişileri devlet yargısına değil; arabuluculara yönlendirmektedir. Maktu harçtan dolayı, sırf bu nedenle dahi arabuluculuk ihtiyari olmaktan çıkacaktır.

Yüksek harç miktarını ödemekte zorlanan veya dava sonucunda haksız çıkmaktan ve bu nedenle ödeyeceği harçların yanabileceğinden korkan kişileri doğrudan arabuluculuğa yönlendirmiş olması devletin yargılamayı özelleştirmeyi amaçladığının göstergesidir.

Sonuçta; iptali istenen yasanın ilgili düzenlemelerini Anayasamızın 9 uncu maddesi ile bağdaştırmak imkânsızdır.

9) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 19 uncu Maddesinin, 20nci Maddesinin İkinci Fıkrasının d Bendinin ve 21 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kanunun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası ile Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur, hükmüne yer verilmiştir.

Arabulucular sicilinin Daire Başkanlığı tarafından tutulacağı belirtilen bu madde, arabulucuların bağımsızlığını zedelemektedir. Arabulucular sicilinin Adalet Bakanlığı bünyesindeki Daire Başkanlığı tarafından değil, daha bağımsız olan Arabuluculuk kurulu tarafından tutularak, tüm işlemlerin bu kurul tarafından yapılması, Arabulucuların Adalet Bakanlığına bağımlılığının ortadan kaldırılması gerekirken; bu yapılmayarak, adeta sivil görünümlü devlet avukatlığı veya devlet hâkimliği yaratılmaktadır.

Yine, Kanunun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde, arabulucu olabilmek için, Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak, şartı getirilmiştir.

Yazılı ve uygulamalı sınavın bağımsız konumda olan Arabuluculuk Kurulu tarafından değil de sınavın Adalet Bakanlığı tarafından yapılması, Arabulucuların Adalet Bakanlığına bağımlılığı kalmamasına neden olacak; devlet yargısına alternatif bir yargı ağı oluşacaktır.

Ayrıca Kanununun 21 inci maddesinin ilk fıkrası ile Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler ve aynı maddenin ikinci fıkrası ile Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmedeği tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder hükmü getirilmiştir. Son olarak, Kanununun Yedinci Bölümünün Kuruluş ve Görevler Başlıklı 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında Daire başkanının görevleri sayılarak, f bendine Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, 21 inci maddenin birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak hükmü eklenerek sicil kayıtlarının silinmesi Daire Başkanlığının görevi kapsamına alınmıştır.

Bu sayede “Arabulucuların kayıtlarının Daire Başkanlığı tarafından silinebilecektir. Arabulucuların bağımsızlığının sağlanması açısından kayıtlarının silinmesi her durumda Arabuluculuk kuruluna bırakılması gerekirken bu düzenleme ile Adalet Bakanlığına bağlı alternatif bir yargı ağının kurulması hiç de zor olmayacaktır. Ayrıca arabulucuların kayıtlarının silinmesine ilişkin işlemlere karşı, kaydı silinen arabuluculara yargı yoluna başvurma hakkının verilmemesi de Anayasadaki Hak arama hürriyetinin ihlali anlamındadır.

10) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 23 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasında Geçen “Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği” ibaresinin ve 26 ncı Maddesinde Yer Alan “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

Yasanın 23 üncü maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26 ncı maddesinde ise; “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken, anılan kanunun 23 üncü ve 26 ncı maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği için Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırıdır.

11)6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 31 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının f Bendinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde Kurul üyeleri arasında Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucunun da yer alacağı düzenlenmiştir. Adalet Bakanı tarafından seçilecek

üç arabulucunun kurul üyesi olması, kurulun bağımsız demokratik bir işleyişe kavuşturulmasını engelleyecek tamamen siyasi saiklerle oluşturulmuş olan bir düzenlemedir. Arabuluculuk Müessesesinin özerk, bağımsız bir yapıda oluşturulması kendisinden beklenen faydayı eksiksiz gerçekleştirmesi bakımından zorunludur. Siyasi iktidar ise, gerçekten bağımsız bir kurul oluşturmak yerine, tamamen kendisine bağımlı bir kurul oluşturma amacı gütmüş; bütün bunların yanında kendisine bağımlı alternatif bir yargı sistemi ihdas etmeye kalkmıştır. Arabuluculuk kanundan siyasi iktidarın beklediği fayda budur. Anılan bu hükümle kuvvetler ayrılığı ilkesi çiğnenmiştir. Bu durumun Anayasamızın 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddeleriyle bağdaşır bir tarafı yoktur.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu öncelikli olarak Anayasanın 9uncu ve 36ncı maddelerine aykırıdır. Öyle ki, Anayasanın 9uncu maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ve 36ncı maddesinde de herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Hal böyleyken arabuluculuk müessesesiyle tarafsız ve bağımsız mahkemelerin dışında yeni bir yargılama merci ihdas edilerek alternatif bir yargılama yöntemi belirlenmekte bu suretle de hak arama hürriyetinin kullanılması engellenmektedir.

Ayrıca Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içerisinde yürütülmesi, anlaşma belgesi üzerindeki hâkimin denetiminin sınırlı olması nedeniyle, güçlünün zayıfı ezmesine ve büyük oranda hak kayıplarına ve mağduriyetlere yol açabilecek, çok hukukluluğu ortaya çıkarabilecek ve neticede mahkemeler ve hukuk sisteminin dışlanmasına yol açabilecek bir düzenlemedir.

Şayet gerçekten tek amaç yargıyı hızlandırmak ve yargının yükünü azaltmaksa öncelikli olarak nitelikli, iyi eğitim almış yargıç sayısını arttırarak özellikle de yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığını sağlanması şarttır. Dolayısıyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu genel olarak incelendiğinde Anayasanın Başlangıç hükümlerine, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 36 ncı, 37 nci, 40 ıncı, 138 inci, 140 ıncı, vs. maddelerine açıkça aykırı hükümler taşımaktadır. Kanunun ilgili maddelerinin iptali için anayasa Mahkemesine iptal davası açılması zarureti hâsıl olmuştur.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

07.06.2012 tarihli 6325 sayılı 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun;

Esas Sayısı : 2012/94
Karar Sayısı : 2013/89

1) 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 nci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 36 nci ve 37 nci maddelerine

2) 4 üncü maddesinin ve 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 nci, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

3) 5 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 36 nci, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

4) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 nci ve 37 nci maddelerine,

5) 13 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 5 inci, 36 nci, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

6) a. 15 inci maddesinin birinci fıkrasının ve 16 nci maddesinin Anayasanın 2 nci, 9 uncu ve 141 inci maddelerine,

b. 15 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasanın 2 nci, 6 nci, 9 uncu ve 37 nci maddelerine,

c. 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının Anayasanın 141 inci maddesine,

7) 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 nci, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine,

8) 18 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasanın Başlangıç, 2 nci ve 9 uncu maddelerine,

9) 19 uncu maddesinin ve 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının d bendinin, Anayasanın Başlangıç, 2 nci ve 9 uncu; 21 inci maddesinin ve 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının f bendinin Anayasanın 36 nci maddesine,

10) 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği” ibaresinin ve 26 nci maddesinde yer alan “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı” ibaresinin Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 nci, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine,

11) 31 inci maddesinin birinci fıkrasının f bendinin, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 6 nci, 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”

B- 15.10. 2012 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“a. 1. maddesinin Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine Aykırılığı

Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstas, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları ” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kıstas yeterince açık değildir.

Özel hukuku alanında irade serbestisi çok geniş bir alana yayılmıştır. Bazı hukuk dalları ise, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanına girebilmektedir. Diğer taraftan, kamu hukuku alanından olmakla birlikte, bazı hukuk dallarındaki uyuşmazlıklarda, tarafların kabulü neticeyi belirlememekle birlikte, davayı kabul eden taraf duruşmalara gelmezse, yargılamaya gıyabında devam edilerek, karar verilebilmektedir. Boşanma, velayet nesebin reddi gibi davalar buna örnek gösterilebilir.

Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri iş ve işlemlerin tespiti büyük önem taşımaktadır. Kanunun iptali istenen bu hükmü ile devletin yargı unsuru devre dışı bırakılarak, bir anlamda yargı kısmi özelleştirmeye tabi tutulmuş olmaktadır. Kanuna göre taraflar devletin yargısına başvurmak zorunda olmaksızın arabulucular vasıtasıyla uyuşmazlıklarını çözüme ulaştıracaklar ve arabulucunun katılımıyla hazırlanacak belgeyi İcra hâkimine tasdik ettirerek ilam gücüne ulaşabileceklerdir.

Bu çerçevede kanunla aşağıda sayılmış maddeler halinde sayılmış bulunan hukuk alanları devletin Yargısal faaliyet alanından çekilmek istenmiş ve bu alanlar açısından yargılama, özelleştirilmiştir.

1. Alacak
2. Tazminat
3. Taşınır mallar,
4. Boşanmada maddi manevi tazminat,
5. Nafaka,
6. Kira bedeli tespiti,
7. Feshin geçersizliği,
8. İşe iade,
9. İş güvencesi,
10. Boşta geçen süre ücret alacağı,
11. Tapu iptal ve tescil,
12. Eda davaları (Serbest tasarruf ve özel hukuk kapsamında)
13. Özel hukuk sözleşme ilişkisinden kaynaklanan davalar

Özellikle İş hukukundan ve Aile hukukundan kaynaklanan bazı konular arabuluculuk müessesesinin yapısıyla bağdaşmamasına rağmen, bu kapsamda değerlendirilebilecek ve

ilgilinin aleyhine sonuçların doğmasına yol açabilecektir. Nitekim 1. maddede arabuluculuk faaliyetlerinin kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Türk Medeni Kanunu ve İş Hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanmamasına yönelik olarak Cumhuriyet Halk Partisi Grubunun vermiş olduğu önerge reddedilmiştir.

Hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu bu maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması ise başka büyük eksikliklerdir.

Bu nedenle özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulanması halinde, kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedeleneyecektir. Yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuru zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacaktır.

Ayrıca yine 2. fıkrada “yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” ibaresi de bu kanunla yabancıların da kendi hukuklarını yaratmasına imkân tanıyacak paralel hukuki düzenlemelerin yapılmasına imkân sağlayacak üniter devlet açısından son derece tehlikeli durumlara ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Sonuçta, devlet aslı vazifelerinden olan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve sosyal barışı gerçekleştirmek olan bu vazifesini ifa edemeyecek, adalet hizmetleri aksayacak, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yurttaşlarımızın ellerinden alınacaktır.

Anayasa'nın 2. Maddesinde yer alan “hukuk devleti” kavramı da yargı birliğini ihtiva etmektedir. Egemenlik nasıl tekse, yargının da tek, bir olması gerekir. Bir ülkede birden fazla yargıdan bahsediliyorsa, birden fazla egemenlik mevcut demektir. Bu çerçevede somut bir uyuşmazlığı aynı anda yargılayabilecek birden çok yargı mercii de olmamalıdır. Anayasamız da yargı birliğini bu şekilde kabul etmiş ve yargılama yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngörmüştür. Mevcut yasanın iptali istenen maddesi ise ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya koyma tehlikesi taşıdığından ve Kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almaması nedeniyle, Anayasanın başlangıç, 2., 5., 6., 9., 11. Maddelerine aykırıdır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “kanun önünde eşitlik” ilkesi ile de, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın bu hükmü ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemler değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal

durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda ise Anayasa'nın eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu olmazken, Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Bununla birlikte, kamu yararı veya haklı nedenlere dayanılmaksızın yasalarla bireylerin yargı mercileri önünde farklı uygulamalara maruz kalmasına yol açacak düzenlemeler getirilmiş olması açıkça Anayasanın 10. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle iptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstasın, " tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları" olarak belirlenmiş olmasının ve Kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almamış olmasının Anayasanın 10. maddesi ile bağdaşır bir tarafı bulunmamaktadır.

Hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörülmemiştir.

Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmek ve bu davada haklılığını ortaya koyabilmektir.

Anayasanın 37. Maddesi de 36. Maddesini tamamlar niteliktedir.

1982 Anayasası, "tabii hâkim" ilkesini "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37'nci maddesini de şu şekilde düzenlemektedir:

"Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz".

"Tabii mahkeme " veya "olağan mahkeme" ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir. Yani, tabii mahkeme, yahut olağan mahkeme, yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabii mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgilisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de "tabii hâkim" denir. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tabii hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır

"Tabii hâkim (doğal yargıç)" ilkesinin doğal sonucu, "olağanüstü (istisnai) mahkemeler" in kurulmasının yasaklanmasıdır.

“Tabiî hâkim (olağan hâkim)” ilkesi, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zira, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, bir kere yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hakimler sırf onlar için atanmamıştır.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi Anayasamızın 37'nci maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kastedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir”.

Anayasanın 37'nci maddesi ile “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin aslında “tabiî hâkim ilkesi” olduğunu söyleyebiliriz. Bir kere, maddenin ikinci fıkrasında, “olağanüstü merciler”in kurulması yasaklandığına göre, bundan a contrario “olağan mahkeme ilkesi”nin kabul edildiği çıkar ki, “olağan mahkeme” ile “tabiî hâkim” ilkesi aynı şeylerdir.

Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasasının 37'nci maddesinde düzenlenen “kanunî hâkim” ilkesinin “tabiî hâkim” olarak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme 20 Ekim 1990 tarih ve K.1990/30 sayılı Kararında şöyle demiştir:

“Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabiî hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez”.

Bütün bu açıklamalardan yola çıkarak, hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu iptali istenen maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması, özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulaması halinde, kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedeleneceği, yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruya zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacağından iptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. Maddesinin 2. Fıkrası açıkça Anayasanın 37. Maddesinde yer alan doğal yargıç ilkesine, yargılama makamlarının çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulması yasağına tamamen aykırıdır.

b. 4. maddesi ile 33. Maddesinin birinci Fıkrasının Anayasanın 2., 9., 36., ve 37. Maddelerine Aykırılığı

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Hukuk Devleti olduğu Anayasanın 2. maddesi ile

Esas Sayısı : 2012/94
Karar Sayısı : 2013/89

açıkça ortaya konmuştur. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet demektir.

Anayasa Mahkemesi de 12 Kasım 1991 tarih ve K.1991/43 sayılı Kararında hukuk devleti ilkesini, benzer bir şekilde “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 25 Mayıs 1976 tarih ve K.1976/28 sayılı Kararında hukuk devletini şöyle tanımlamıştır:

“Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği birçok kararda hukuk devletini tanımlamak için şu formülü kullanmaktadır:

“Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”.

Anayasa Mahkemesi 21 Haziran 1991 tarih ve K.1991/17 sayılı Kararında daha basit formül kullanmıştır:

“Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”

Anayasa Mahkemesi 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararında hukuk devleti tanımı ve gereğine ilişkin olarak şöyle demiştir:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır”

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti daha da geniş bir şekilde tanımladığı kararları da vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih ve K.1991/43 sayılı Kararında şöyle demiştir:

“Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez”.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini geniş bir şekilde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, hukuk devleti kavramı içinde, insan hakları, adalet, eşitlik, Anayasaya saygı, hukukun üstün kurallarına saygı, evrensel hukuk kurallarına saygı, yargı denetimine tâbi olma gibi unsurlar da bulunmaktadır.

O halde hukuk devletini, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukukî güvenceler sağlayan devlet olarak tanımlamak gerekir. Eğer hukuk devleti, devletin hukuka bağlılığı anlamına geliyorsa, yargı da devletin üç temel organından biriyse, hukuk devletinin bir şartı da yargının hukuka bağlılığıdır. Yargısı hukuka bağlı olmayan bir devlette vatandaşların kendilerini güvencede hissedebileceklerini söylemek elbette mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın 9. maddesinde Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır denilerek, yargının hukuka bağlı olmasının, yani Hukuk Devleti İlkesi'nin somutlaşmış ifadesi açıklayıcı bir hüküm olarak ortaya konmuştur. Bu nedenle Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 9. Maddesindeki yargı yetkisinin açıklayıcı ve emredici hükmü birbirinden ayrı farklı kavramlar olarak düşünülemez. Bu iki madde birbirinin tamamlayıcısı, biri diğerinin sonucudur.

Anayasanın yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına alan 9'uncu maddesi aynı zamanda yargıyı diğer erkler karşısında bağımsız kılan bir hükümdür. Bu sayede yürütme ve yasamanın yargıya çeşitli yollarla müdahale edebilme ihtimali de ortadan kaldırılmıştır.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu ve Hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmayacağı belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklere sahip olmasının reel bir anlam kazanması ancak koruyucu mekanizmaların işleyiş kazanması ile mümkün olur. Bu nedenle hak arama hürriyeti, pozitif olarak bireye tanınmış hakların ön koşulu ve usulü güvencesi olarak nitelendirilmektedir.

Yapılacak olan yargılamanın adil bir biçimde ve hakkaniyete uygun olması da hak arama hürriyetini tamamlayan en önemli ilkelerdendir. Bu tamamlayıcı önemine binaen bu ilke "adil yargılanma hakkı" ismiyle bir temel hak ve özgürlük olarak birçok uluslararası sözleşme ve ulusal anayasada güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak arama hürriyetini de güvence altına aldığı adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi şu şekildedir:

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak, uluslararası sözleşmelere paralel düzenlemeler ihtiva etmektedir. Anayasa'nın 2001 yılında değişikliğe uğrayan 36. Maddesi'ne göre: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1982 Anayasası, "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37'nci maddesini de şu şekilde düzenlemektedir:

"Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz".

Anayasamızın "kanuni hâkim güvencesi" dediği bu ilke yargılanan kişilere önemli bir güvence sağlamaktadır. Bu ilkenin anlam ve kapsamından çıkan sonuç, bir uyumsuzluğu yargılayacak olan mahkemenin o uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belli olmasıdır, yani, tabii mahkeme, yahut olağan mahkeme, yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabii mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgilisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de "tabii hâkim" denir. Buna göre, bir uyumsuzluk, ancak uyumsuzluğun doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tabii hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır

İptali istenen 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu ve tarafların da bu konudaki gizliliğe uymak zorunda olduğu; ayrıca 33. madde ile gizliliğin ihlali

halinde, kişilerin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilirler hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa aleniyet ilkesine aykırı olarak gizlilik içerisinde işlemleri yürütecek, elde ettiği bilgi ve belgeleri hiç kimseyle paylaşmayacaktır. Bu durumda, Aile Hukukundan kaynaklanan bazı sorunlarda kadınlar koca, baba, t re baskısıyla bir arabulucuya yönlendirilebilecek ve gizlilik içinde yapılan arabuluculuk çalışması sonucunda çocuğunun velayeti, görüşme hakkı, tazminat ve evlilik içi mal paylaşımına ilişkin konulardan vazgeçtiğine ilişkin bir tutanak imzalatırılabilir, bu imzalanan tutanak da hâkim tarafından yeterli denetime tabi olmayacağından önemli mağuriyetlere yol açabilecektir. Özellikle, miras hukukunda arabuluculuğun geçerli olduğu durumlarda, kadınların mirastan eşit pay sahibi olması konusunda zaten uygulamada sorunlar yaşanmaktayken, kız çocuklarının ve geride kalan eşlerin miras paylarının korunması yeterince sağlanamayacak ve kadınlar manevi baskı altında bırakılacaktır. Medeni Kanunumuzla kadınlarımızın elde etmiş olduğu tüm haklar gizlilik içinde ortadan kaldırılacaktır. Bu nedenle, iptali istenen hükümlerle Anayasamızın, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu ve Hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı' nı düzenleyen "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ihlal edilmiştir. Bu durumun Hukuk Devleti'yle bağdaşır hiç bir yönü bulunmamaktadır.

Bu konudaki kaygılar dayanaksız olmayıp, İngiltere ve Kanada'da arabuluculuk faaliyetlerinde Müslümanların kendi inanç sistemine göre çözümler üretebilmesi kabul edilmiş, bunun sonucunda kadın haklarında çok ciddi ihlaller yaşanmıştır.

Başka bir deyişle; taraflar mahalle baskısı altında tarikat ve t re kurallarına göre, hukuka aykırı bir biçimde uyuşmazlıklarının çözümlenmesini istediklerinde gizlilik ilkesi gereğince, bu dahi mümkün olabilecektir. Gizlilik içerisinde yürütülen faaliyetleri denetlemek mümkün olmayacağı için, bu durum alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracaktır. Bu durumda Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi zedelenecektir. İptali istenen Kanunla alternatif bir yargı sisteminin oluşturulacak olmasının ise, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına alan 9'uncu maddesine ve Anayasamızın 37. maddesinde yer alan Hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı hükmüne açıkça aykırılık taşıyacağı kuşkusuzdur.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesi; güçlünün zayıfı, haksızın haklıyı ezmesi sonucunu doğurabileceği gibi, hukuka aykırı uygulamaların gizlilik kisvesi altında meşruiyet kazanmasını da sağlayacaktır. Ayrıca son derece tehlikeli olan bu madde, arabuluculuk faaliyetinin etnik ve dinsel temelde oluşumlara ya da mafyanın hâkimiyetine yol açabilecek bir düzenlemeye dönüşme sakıncalarını da içinde barındırmaktadır. Bu nedenle Arabuluculuk faaliyetleri gizlilik içinde değil, Şeffaf bir Şekilde yürütülmeli ve ayrıca yargı denetimine de açık olmalıdır. Arabulucu tutanağının maddi olgu ve fiili gerçekle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve Şüphe bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde arabulucunun da cezalandırılması gerekirken, kanunda isabetsiz ve gerekçesiz bir biçimde gizlilik kuralının ihlali durumunda 33. madde uyarınca 6 aya kadar hapis cezası verilebilmesi hükme bağlanmıştır. Oysa Avusturya'da gizlilik kuralı meslek sırrı niteliğinde sadece arabulucu açısından geçerlidir. Tarafları bağlamaz.  rnek aldığımız ülkelerde düzenleme böyleyken,

ülkemizde gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiç bir gerekçesi olamaz.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik kuralına bağlanmış olması, devlet mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması kuralına aykırılık oluşturur. Bu konuda Anayasamız, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu açıktır. (Anayasa m. 141/1; HMK m.128; CMK m.82 vd.).

Adalet mülkün temeli ise adalete ulaşabilmek için yapılan yargılama süreci de mülkün meşru temeller üzerinde oturması açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu sürecin adilliği devlet açısından bir görev, bireyler açısından ise bir haktır. Adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için kişinin güvenceli yargılanmasına gereksinim vardır. Devlet, yargılama sonucunda adaletin gerçekleştiği, adalete uygun bir kararın mahkemelerden çıkmış olduğu yargısına hem taraflarca hem tüm toplumca varılmasını sağlamalıdır. Toplumun adil bir yargılama kanısına varması, adaletin devletçe sağlanmakta olduğuna inanması ve buna güvenmesi, mülkün meşru temeller üzerine oturtulmasıyla; devletin adli mercilerinin dışında bir takım kanun dışı oluşumlara yönelebilecek taleplerin de önüne geçilmesinin sağlanmasıyla mümkün olur. Aksi yönde yapılacak olan her türlü kanuni düzenlemeler, vatandaşın Adalete, Devlete ve yargı makamlarına duydukları güveni sarsar. Bu durumda yurttaşların hukuki güvenlik ilkesi zedelenir. Bu durumun Hukuk Devleti'nde izah edilebilir bir yönü bulunmamaktadır. Adil yargılanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargılamanın aleniyeti ile ancak sağlanabilir. İşte bu nedendir ki adil yargılanma her zaman açık yargılanma hakkı ile birlikte düşünülmüş ve düzenlenmiştir.

Açıklanan bu nedenlerle Arabuluculuk müessesesinin, gizlilik kuralına bağlı olması, Anayasanın 2., 9., 36., 37. ve 141.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesine aykırıdır.

c. 9. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 9. maddelerine Aykırılığı

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesi ile Arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği, düzenlenmiş; böylece arabuluculuk, hâkimlik mesleği ile adeta özdeşleştirilmek istenmiştir. Oysa Anayasamızın 9'uncu maddesine göre Yargı yetkisinin Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılacağı, Bağımsız Mahkemeler'in ise yargı organını tanımlar nitelikte olduğu açıktır. "Bağımsız mahkemeler" ifadesinde geçen "mahkemeler" kelimesi çoğul bir kelime olup; yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, "organlar topluluğu"nu ifade etmektedir. Yargı organı bir mahkemeden değil, birçok mahkemeden oluşmuştur. Ayrıca, yargı organını oluşturan mahkemeler bağımsız olmalarıdır. Anayasanın 138 ve 139'uncu maddelerini de göz önünde tutulduğunda BAĞIMSIZ MAHKEMELER'den, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan (m.138/2), kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen (m.138/4) görevlerinde bağımsız (m.138/1) ve teminatlı Hâkimlerden (m.139) meydana gelen kuruluşlar anlaşılır. İptali istenen İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesi ile Arabulucular, bağımsız, tarafsız ve Türk Milleti adına karar veren Yargıçlarla özdeşleştirilmekle kalmamış, aynı madde ile yeni yargı mercileri ve benzeri müesseseler ihdas etmek anlamına gelecek şekilde düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme Hukuk Devleti ilkesine

aykırı olduğu ve Anayasamızın 2. maddesini ihlal ettiği gibi, Anayasamızın 9. Maddesini de ihlal etmektedir.

Ayrıca iptali istenen Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasıyla arabulucuya görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi görevi verilmiş, ancak maddede arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmemesi; görevi sırasında, görevi nedeniyle suç işlemesi; taraflara baskı yapması; taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırı davranması ve görevini savsaklaması durumunda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı, bunun yaptırımının ne olacağı yönünde, hiç bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda avukat olan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle işlediği suçtan dolayı, Avukat olarak cezalandırılabilmesi ya da baronun denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

Arabuluculuk faaliyeti her zaman uzlaşmayla sonuçlanmayabilir. Sonucun hangi hallerde uzlaşmazlıkla sona ermiş sayılacağı konusunda uyumsuzluğun taraflarının tek söz sahibi sayılmasının sakıncalı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır. Özellikle son durumun tespiti bakımından sadece arabulucunun yetkili kılınması, faaliyetin başlangıcının ihtiyari nitelik arz etmesi zedelenmeksizin taraflara arabulucuya tanınacak olan bu yetkinin zamansız, haksız ve kötü kullanımına ilişkin cezai yaptırımlara yer veren bir düzenlemenin kanun metninde yer almaması; arabulucunun yaptığı görev nedeniyle görev ve yetkisini kötüye kullanması durumunda, TCK m.257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması ve arabulucuya karşı görevi sırasında işlenen suçlar nedeniyle de kamu görevlisi gibi korunması gerekirken; arabuluculuk kurumunun denetim dışında bırakılması, Anayasamızın hak arama hürriyetine ve kanuni hâkim güvencesine aykırıdır. Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme, Anayasamızın 2., 9., 36., ve 37. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

d. 13. maddesinin Anayasamızın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı

İptali istenen kanunun Arabulucuya Başvuru başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında 'Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir...' Aynı maddesinin ikinci fıkrasında da 'Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır' düzenlemesi mevcuttur.

Tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda teşvik edilebileceğini; başvuru teklifine taraflardan birinin olumsuz cevap vermesi halinde bu teklifin reddedilmiş sayılacağını düzenleyen bu madde ile arabuluculuk kurumunun, uyumsuzluğun her safhasında hatta uyumsuzluğun yargıya intikalinden sonra da devreye girebilmesi sağlanmış; böylece ülkemizin öznel koşulları da gözetildiğinde, mahkeme aşamasındaki arabuluculuk faaliyetinin nafile bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, gecikmesine ve ertelenmesine yol açacak bir sürece uğramasına adeta izin verilmiştir. Faaliyet süresinin saptanması konusunda ve arabuluculuk faaliyeti işinin yargıya intikal etmesinden sonra da devreye alınabilmesinin getirebileceği sakıncalar, esasen usul yasamızda tarafların sulhe teşviki hükümlerinin varlığına rağmen bu konuda uygulamada başarısız olduğu da göz önüne alındığında, daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır. Arabuluculuk faaliyetinin nafile bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, ve toplumda huzursuzlukların başgöstermesine, gücünün zayıfı ezmesine, adaletin gecikmesine, ertelenmesine veya hiç işlememesine, bağımsız yargı kurumlarının etkinliğini yitirmesine yol açacak bir sürece uğramasına imkan sağlayan iptali

istenen Kanun'un 13. maddesi bütünüyle, Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır. 13. maddenin uygulanması durumunda hukuk devletinden bir adım daha uzaklaşılacak ve devlet; en temel amaç ve görevleri arasında yer alan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak, görevlerini ifa edemez duruma gelecektir. Vatandaş en temel anayasal hakkı olan hak arama hürriyetinden (Anayasa md.36) mahrum edilecek, bağımsız yargı organları ile irtibatı kesilecek ve hakkını hukuk dışı yollardan aramaya itilecek veya teşvik edilecektir. Hiç bir hukuk devletinde kabul edilmeyecek olan bu düzenleme makul olmadığı gibi en temel insan hakkı olan adil yargılanma hakkını dahi ortadan kaldırabilecek kadar sakıncalı bir hükümdür.

Hukuk Usulündeki, sulh iradelerini ortaya koyarak uyuşmazlığı yargı önünde sona erdirme olanağı varken ve arabuluculuk faaliyetinin tamamen davadan önce başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerekirken, davadan sonra da arabulucuya başvurma, Devlet yargısı önündeki davaların çözüme ulaştırılmasını geciktirmeye yönelik sonuçlar doğuracağından, Anayasamızın 141. maddesinin 5. fıkrasında yargının görevleri arasında yer alan, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine aykırıdır.

Ayrıca medeni yargılamamızda zorunlu avukatlık mevcut olmayıp, mevzuatımızda, hâkimlere avukatı olmayan kişilere, kendisini bir avukatla temsil etmesi gerektiği konusunda tavsiyede bulunması, yoksul kişilere adli yardım veya CMK benzeri bir kurumdan kendisini avukatla temsil edebileceği yönünde bir açıklamada bulunması ve bu yönde tarafları teşvik etmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna rağmen hâkimden arabuluculuğu bu kadar öne çıkarmasının istenmesinin amacı, adaletin gerçekleşmesi değil, devletin hâkimi aracılığıyla adaleti gerçekleştirmemek, buna emek, masraf ve zaman harcamak istememesidir. Bu durum, devletin asli görevlerinden olan adaletin gerçekleştirilmesi görevinin askıya alınması anlamına gelir ki bu durum anayasal ilkelerle bağdaşmaz. Bu nedenle mevcut düzenleme Anayasanın, 2., 5., 36., 37., ve 141. maddelerine açıkça aykırıdır.

e. 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ve 16. maddesinin Anayasanın 9. maddesine aykırılığı

15. maddesinin 1. fıkrasının Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği...ve 16. maddesinin 1. fıkrasında,Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı... yazılıdır.

16. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ise, arabuluculuk sürecinin başlaması, uyuşmazlıkla ilgili zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında önem taşımaktadır. Bu nedenle; arabulucunun seçilmesinden sonra, tarafların ilk toplantıya hangi süre içinde ve ne yolla davet edileceğinin bu maddede somut olarak gösterilmemiş olması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği, davet usulünün ise muğlak bırakılması arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesi imkânını yaratabilecektir. Mahkeme sürecinin uzatılmasına, bağımsız mahkemelerin etkinliğine ve faaliyetlerine engel olacak nitelikteki bu düzenleme, Devletin en temel görevlerinden biri olan adalet dağıtımına engel olacak niteliktedir. Devlet adalet dağıtırken, tarafsızlığı ve eşitliği sağlamak durumundadır. Yargı erkinin etkinliğini ortadan kaldırabilecek

nitelikte en küçük bir etki bile adaletin dağıtımına ve varlığına zarar verir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için varlığı zorunlu unsurlardan biri olan yargı denetimi ve yargı bağımsızlığıdır. Çünkü hukuk devleti ilkesi ile yargı bağımsızlığı arasında hem yapısal hem de tarihsel bir bağ bulunmaktadır. Bu bağlamda hukuk devletinin, kendini oluşturan yapıcı unsurlarla, insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve güvenliğin temin edilmesi şeklinde üç temel değeri gerçekleştirmeyi amaçladığı ortadadır. Yargı bağımsızlığının tam sağlanabilmesi için, yargılama erkini kullanan hâkimin, yasama ve yürütme organı yanında muhakeme içi diğer tüm etki edici faktörlerin baskısından uzak karar vermesi zorunludur. Yargı erkinin etki ve müdahaleden uzak olarak gerçekleşmesini temin edecek husus ise, hâkimin ve dolayısıyla yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Yargının bağımsızlığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde yargı erkinin bağımsızlığı ve buna bağlı olarak kabul edilen hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğünün de odağını oluşturmaktadır. İptali istenen yasanın 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ve 16. maddesindeki düzenlemeler, davet usulünün ise muğlak bırakılması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği nedeniyle, mahkeme sürecinin kötü niyetli kişiler tarafından aksatılmasına, faaliyetlerinin durmasına, uzamasına, Yargı erkinin etki ve müdahale altında bırakılarak, bağımsız mahkemelerin görevlerini ifa edemez konuma getirilmesine neden olacağından Anayasanın 9. maddesine açık ve net biçimde aykırıdır.

Ayrıca mevcut düzenleme bütünüyle Anayasanın 2., 9., ve 141. maddelerine, aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekir.

e. 17. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 10. ve 138. maddelerine aykırılığı

Anayasamızın 10. Maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, devlet organlarına hitap eden bir anayasa buyruğu olması yönüyle, hem kanun uygulayıcılarını, hem kanun koyucuyu, hem de Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun takdir yetkisini eşitlik ölçü normu açısından denetleme yetkisini kapsar. Genel anlamda eşitlik ilkesi ise şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanır. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen, kanunların genel soyut nitelik taşıması, kapsadığı herkese eşit uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik ise, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda ve en önemlisi fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içerir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için, anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, 'kanun önünde eşitlik ilkesi ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır' (E. 1976/3, K. 1976/23, k.t. 13.04.1976, AMKD, Sayı 14, s.166). Anayasa Mahkemesi, kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken, genellikle 'haklı neden' kriterine dayanmaktadır. Konuyla ilgili olarak bir çok kararında Anayasa Mahkemesi, 'Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir' demiştir. (E. 1985/11, K.1986/29, k.t. 11.12.1986, AMKD, Sayı 22, s.460; E. 1997/4, 1998/15, k.t. 12.05.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s.165; E.1997/69, K.1998/54, k.t. 22.09.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s. 263; E.1997/74, K.1998/69, k.t. 17.11.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s.290)

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu yararı ve haklı nedenin, 'anlaşılabilir', 'amaçla ilgili', 'makul ve adil' olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren ölçütlerden birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı demektir.

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17 maddesiyle getirilen düzenleme, özellikle güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklarda veya irade fesadı durumlarında veya, arabuluculuk sonunda, anlaşma belgesinin arabulucu ya da uyuşmazlığın bir tarafınca, yanlış yönlendirme, yanılma, korkutma gibi iradeyi zaafa uğratan etmenler sonucunda elde edildiği yönündeki iddialarla muvazaa iddialarının ne şekilde ele alınacağına belirsiz kalmış olması; bu konuda doğru beyanda bulunma ve bildirim sorumluluğunun doğrudan arabulucuya ait olduğuna dair herhangi bir düzenlemeye yasada yer verilmemiş olması; bu durumların ihlali halindeyse, cezai yaptırımlara da yer verilmemesi nedeniyle, adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklere uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Yasanın 17. maddesi bu yönüyle hiç bir haklı nedene dayanmadığı gibi kamu menfaatini ve düzenini açıkça zedelemektedir. Bu yönüyle bütünüyle Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Bununla birlikte, Kanunun 17. Maddesinin 4. fıkrası arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraflar Devlet Yargısına başvurmadan bağımsız bir arabulucu nezdinde ve tamamen serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk alanındaki sorunlarının çözümünün ve bu alandaki özel bilgilerin arşivlenerek Adalet Bakanlığına bağlı bir birimde saklanmasıdaki amacın ne olduğu anlaşılmamaktadır. Bu durum toplumsal hukuk güvenliğimiz açısından son derece tehlikeli olup hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ancak anti-demokratik rejimlere özgü bir anlayışın ürünüdür. Avukatlar uzlaşma tutanaklarını devletin herhangi bir birimine vermek zorunda değildirler hatta sır saklamak kapsamında belgeleri vermemek durumundadırlar.

Sır saklama yükümlülüğü o denli önemlidir ki, avukatın birincil ve en temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama konusundaki yükümlülüğü adaletin gerçekleşmesine olduğu kadar müvekkilin menfaatine de hizmet eder. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korumaya tabi olması gerekir. Avukat, mesleğinin icrası esnasında öğrendiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı tutulmamış olup; bir avukat, hukuki hizmet verirken kendisiyle birlikte çalışan iş ortaklar meslektaşları ile diğer çalışanlardan sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelerini talep edebilir. İptali istenen bu kanun hükmüyle ise, tarafsızmış gibi görünen sicili, yetkilendirilmeleri ve ücret tarifeleri ile tamamen devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılarak alınan sonuçlar devlet tarafından arşivlenmektedir. Anayasamızın 9'uncu maddesine göre Yargı yetkisinin Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılacağı, Bağımsız Mahkemeler'in ise yargı organını tanımlar nitelikte olduğu açıktır. "Bağımsız mahkemeler" ifadesinde geçen "mahkemeler" kelimesi çoğul bir kelime olup; yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, "organlar topluluğu"nu ifade etmektedir. Yargı organı bir mahkemeden değil, birçok mahkemeden oluşmuştur. Ayrıca, yargı organını oluşturan mahkemeler bağımsız olmalarıdır. Anayasanın 9'uncu ve 138'inci maddeleri birbirini tamamlayan açıklayan hükümlerdir. Bu yönüyle BAĞIMSIZ MAHKEMELER'den, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan (m.138/2), kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan,

kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen (m.138/4) görevlerinde bağımsız (m.138/1) ve teminatlı Hâkimlerden (m.139) meydana gelen kuruluşlar anlaşılır. Avukatların savunma hakkının yasanın 17. maddesinin 4. fıkrasındaki hükümle ihlal edilmesi, devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılması, dolaylı yönden yargıyı ve mahkemelerin de karar verme sürecini etkilemek daha ziyade görülmekte olan bir davanın seyrine açıkça engel olmak demektir. Kişilerin özel alanlarının Devlet tarafından arşivlenecek olması, bağımsız yargı organlarının görevini yapamamasına, sicilde tutulan arşivler nedeniyle vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerine engel olacaktır. Burada ihlal edilen sadece savunma hakkı olmayıp aynı zamanda Anayasanın Mahkemelerin Bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesidir.

Neticede, Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasındaki hükümle savunma hakkı ihlal edilmiş, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş bireylerin devlete ve adalete olan güvenini sarsmıştır. Bununla birlikte, getirilen düzenleme adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklerine uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Yasanın 17. maddesinin 4. Fıkrası da hiç bir haklı nedene dayanmadığı gibi kamu menfaatini ve düzenini açıkça zedelemektedir. Bu yönünle de Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

g. 23. Maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 26. Maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki ibarelerin Anayasa'nın 6., 7., ve 10. Maddelerine aykırılığı

Yasanın 23. maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26. maddesinde ise; “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir. İptali istenen yasanın 23. maddesinde yer verilen “...Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği”, 26. maddesinde ise; “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı ...” gibi soyut ve her anlama çekilebilecek, belirsiz ölçütler yerine daha somut ve objektif kriterlere yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken, anılan kanununun 23. ve 26. maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Böyle bir düzenlemenin anlamı, değinilen konularda aslı düzenleme yetkisinin Adalet Bakanına bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapının açıldığıdır. Hâlbuki Anayasa'nın 7 nci maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, kanunlar çerçevesinde kullanılır ve yerine getirilir. Böyle bir yetkinin yürütmeye verilmesi, Anayasa'nın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı bir biçimde, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kökenini Anayasa'dan almayan böyle bir yetki, Anayasa'nın 6 ncı maddesiyle de çelişir. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması da kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği gibi getirilen düzenleme adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklerine uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Bu nedenlerle, Anayasanın Başlangıç, 2., 6., 7., 8., 9., 10. ve 11. maddelerine aykırıdır.

2- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 'arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alınarak verilebileceği' ibaresi ile 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 'eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı' ibaresinin iptali istenmekte olup dava dilekçesindeki iptali istenen ibarelerle kanun metni arasında farklılıklar olduğu yönündeki iddia tamamen asılsızdır.

22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 07.06.2012 tarihli 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" nun; Eğitim kuruluşlarına izin verilmesi başlıklı 23. Maddesinin (1) nolu fıkrası aşağıdaki gibidir. İptali istenen ibare de maddede yer aldığı gibi Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler biçimindedir. Aynı kanunun Daire Başkanlığı'na bilgi verme yükümlülüğü başlıklı 26. Maddesinin (1) nolu fıkrası, Eğitim kuruluşları, her yıl ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar şeklinde düzenlenmiştir. Aşağıda ek olarak Resmi Gazete'de yayınlanmış şekli ile madde metinleri, yine dilekçemize ek olarak, ilgili kanunun Resmi gazete'de yayınlanmış kanun metni tarafınıza sunulmuştur. İptali istenen hükümlerle madde metinleri arasında farklı bir anlama gelebilecek ek herhangi bir kanuni yorum getirilmemiş Kanunun Resmi Gazete'de yayınlanmış şekliyle başka bir kanun metnine başvurulmamıştır.

Eğitim kuruluşlarına izin verilmesi

MADDE 23- (1) Arabuluculuk eğitimi, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır.

Daire Başkanlığına bilgi verme yükümlülüğü

MADDE 26- (1) Eğitim kuruluşları, her yıl ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.

Netice olarak, Yasanın 23 üncü maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26 ncı maddesinde ise; "eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken, anılan kanunun 23 üncü ve 26 ncı maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği için Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırıdır."