

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"6100 sayılı HMK'nun 91. maddesinde; "Süreler, taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hallerde, tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlar",

Yine aynı Yasanın 92/1. maddesinde; "Süreler gün olarak belirlenmiş ise tebliğ veya tefhim edildiği gün hesaba katılma ve süre son günün tatil saatinde biter." denilmektedir.

HMK sistematığında kural olarak mahkeme karar veya işlemlerine karşı tüm yasal yollara veya kurumlara tefhim veya tebliğden itibaren başvurulabilmektedir.

Ancak aynı Yasanın Madde 393/1. maddesinde de; "İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar." denilmektedir.

Bugün itibariyle avukatlarca internet üzerinden ve UYAP sistemi kullanılarak elektronik ortamda ve hiçbir şekilde adliye gelmeden hatta adliye kapısından içeriye dahi girmeden dava açılabilir. Yine bu minvalde mahkememize de şu ana kadar UYAP Sistemi üzerinden açılan toplam 2173 adet davadan internet aracı kılınarak açılan dava sayısı 369 adettir. Mevcut dava sayısının yaklaşık 1/7 sinin internet üzerinden ve UYAP sistemi aracı kılınarak açıldığı gözetildiğinde durumun ciddiyeti daha da netleşecektir.

İnternet üzerinden veya doğrudan açılan davalarda gözetilmesi gereken hususlar vardır.

Bunlar da;

1) Dava mahkemenin bulunduğu yargı çevresinin dışındaki bir ilden açılmış ise, duruşma gününün ve (varsa tedbir kararını içeren tensip zaptının) muhatap davacı vekiline ulaşması için asgari 7 işgünü içeren bir tebligat süresinin beklenmesi ve öngörülmesi gerekmektedir. (HMK'nın 127, 136, 317 vd. maddeleri ile PTT Genel Müdürlüğünce çıkartılan Tebligat İşletme Esasları'nın 33. maddesi,

2) Dava mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki ilde açılmış İse yine davacı vekilinin adresine ihtiyati tedbirin kabulüne dair tensip zaptının ve duruşma gününün tebliği için asgari 5 işgünü içeren bir tebligat süresinin beklenmesi ve öngörülmesi gerekmektedir (HMK'nın 127, 136, 317 vd. maddeleri ile PTT Genel Müdürlüğünce çıkartılan Tebligat İşletme Esaslarının 33. maddesi,

Kesin olan bir husus ise şudur; ihtiyati tedbir talep eden bir davacının veya bir vekilin tedbir talebinin akıbeti hususunda adliye kapısında beklemesi ve sürekli olarak akıbeti hakkında kulak kabartması hem gerekmemekte hem de böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira örneğin bir vekil 4 farklı ilden 4 farklı davada 4 ayrı ihtiyati tedbir kararı talep etmişse bu durumda işbu 4 ayrı il adliyesinin kapısında beklemesi hem fiziken (hayatın olağan akışı gereği) imkânsızdır hem de böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İdeal olması gereken ise; işbu vekilin taleplerine olumlu karşılık alması durumunda her bir talebiyle ilgili olarak resmen

haberdar edildiği/kabul kararının kendisine tebliğ edildiği/tensip zaptının kendisine ulaştığı/yasal süreçten haberdar edildiği tarihten itibaren ileri aşamaya geçmesi, tedbirlerin infazını isteyebilmesidir. Aynı husus internet üzerinden dava açan gerçek kişiler bakımından da geçerlidir ve gözetilmek gerekir. En azından davacıya ve davalıya HMK'nın ilgili maddeleri gereğince tanınan asgari 2'şer haftalık sürelerin dahi çalıştırılabilmesi için tebliğ şarttır. Davacıya veya davalıya delilleri, dava ve cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi ve benzeri gibi hususlarda tanınan tebliğden itibaren 2 haftalık sürede hakkını/haklarını kullanabilme hakkının 393/1. maddede hiç tanınmaması yasanın kendi içindeki bir başka çelişkisi ve adalete erişimin ve dolayısıyla da adil yargılamanın önündeki esaslı bir engeldir.

Mahkememizce 393/1. madde düzenlemesinin taraf veya tarafların mahkeme huzurunda mevcut olduğu ve kabul kararının verilmesi ile tefhim veya tebliğinin hazır olan tarafa eşzamanlı yapıldığı durumları kapsadığı, lakin tedbir isteyenin gıyabında verilen bir tedbir kararı bakımından madde düzenlemesinin hak arama özgürlüğünü kısıtladığı veya (tedbir kararının infazını imkansız kılarak) adalete erişimi engellediği değerlendirilmiştir.

Yasanın 393/1. maddesinin mevcut düzenlenme şekli tedbir kararı isteyen ve bu talebi kabul edilen kişi veya vekili açısından yasal olarak mümkün görünmekle birlikte pratikte ise (davamızda/olayımızda olduğu gibi) fiilen çalıştırılamayan bir husustur. Tek istisnası ise mahkeme kapsamında nöbet tutan ve kararı alır almaz icrası için diğer tüm işlerini bırakıp koşan davacı veya vekilinin olağanüstü gayreti olacaktır. Arz edildiği gibi hiçbir davacının veya vekilinin böyle bir maraton koşusuna mecburiyeti bulunmamaktadır. Hak arama ve adalete erişimin, adil yargılama/yargılanma hakkının bu tip mevzuat ile engellenmesi ise adil değildir ve ayrıca hiçbir adli makamca da görmezden gelinemez bir husustur. Bu haliyle ise 393/1. madde metnindeki "tedbirin kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde infazını isteme hususu" adalete erişimin önünde esaslı bir engeldir. Hak arama özgürlüğüne vurulmuş ağır bir darbedir. Hakkın özüne ulaşmayı engelleyen esaslı bir durumdur. Kişinin usulünce haberdar edilmediği, yasal olarak haberinin olmadığı, olayımızda kendisine tebliğ edilmeyen bir hususla, süreye dair bir sürecin otomatik olarak ve doğrudan aleyhine olacak şekilde çalıştırılması ve yasal bir hakkından evrensel hukuka aykırı olarak dizayn edilmiş yasal bir düzenleme (393/1.md) ile mahrum bırakılmasıdır.

Mahum olduğu üzere adil yargılama ilkesinin bir parçası olan adalete erişim hakkı; sadece hakkın özüyle ilgili dava açmayı değil, hukuk sisteminin kişiye tanıdığı hem esastan (tespit ve/veya eda davası) hem de usulden (İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz veya delil tespiti vs. gibi) her türlü yargısal kuruma başvurabilme hakkını ve bu hak veya kurumları da etkili sonuç elde edebilecek şekilde kullanabilme hakkını da içermektedir. Kişiye şeklen tanınan ancak içerik olarak çalıştırılamayan bir kurumun ise adil ve hakkaniyete uygun olduğu asla ileri sürülemez. Örneğin telefon sisteminin hiç çalışmadığı veya bulunmadığı bir ortamda bir şüpheliye avukatıyla telefonla görüşme hakkı tanınmasının abesliği net ve barizdir.

Mahkememiz ihtiyati tedbir kararını tarafların yokluğunda ve tensip zaptı ile ve tensiben vermiştir. Ancak davacı taraf mahkememizdeki olağanüstü derecedeki aşırı iş yoğunluğu ve buna karşın personel yetersizliği nedeniyle kararı ancak 8. gün itibarıyla tebliğ edebilmiştir.

Talep eden muhataba tebliğ veya tefhim edilmeyen, muhatabın HMK'nın 91. maddesi anlamında usulüne uygun haberdar edilmediği ve dolayısıyla da muhatabınca öğrenilmeyen bir hakkın veya kurumun işletilmesi, tedbirin icra edilmesi hukuken ve fiilen mümkün değildir. Tensiben verilen ihtiyati tedbir kararlarında da tam olarak bu durum vardır. Şu halde 393/1. maddedeki İhtiyati tedbir kararının uygulanmasının, kararın verildiği tarihten itibaren bir

hafta içinde talep edilmek zorunda olunması şartına bağlanma hususu tarafların yokluğunda, özellikle tensiben verilen ve tefhim veya tebliğ edilmemiş tedbir kararlarında "adalete erişim hakkını kısıtlar ve/veya engeller" dolayısıyla da adil yargılama ilkesini ihlal eder mahiyettedir. Bu husus ise esaslı bir insan hakları ihlalidir.

Bu durum (HMK'nın 393/1. maddesi gereği verilen tedbir kararının verildiği tarihten itibaren tebliğ veya tefhim şartı aranmaksızın bir hafta içinde talep edilmek zorunda olunması) ise temel ve evrensel ve dokunulamaz haklardan olan;

1. 1982 Anayasası'nın; Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilen 36. maddesine,

2. 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin; "Herkes her nerede olursa olsun hukuk kişiliğinin tanınması hakkını haizdir." denilen 6. maddesine,

3. 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin; Her şahsın kendine Anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiilli netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır" denilen 8. maddesine,

4. 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin; "Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir" denilen 10. maddesine,

5. AİHS'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesine.

6. AİHS'nin "Etkili başvuru hakkı" başlıklı 13. maddesine,

7. AİHS'nin "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlıklı 17. maddesine,

Aykırıdır ve bu hakları etkilemekte, ihlal etmekte ve kullanılmasını engellemektedir.

Anılan gerekçelerle mahkememiz anılan HMK'nın 393/1. maddesindeki "İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır." düzenlenmesindeki; "verildiği tarihten itibaren" ibaresinin Anayasa'ya ve anılan sair düzenlemelere aykırı olduğunun İPTAL EDİLMESİ gerektiği kanaatindedir. Bu nedenle de 1982 Anayasası'nın 152. maddesi gereğince anılan HMK'nın 393/1. maddesindeki "verildiği tarihten itibaren" ibaresinin/kısımının iptali için resen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermiştir.

6100 SAYILI HMK'NIN GENEL SİSTEMATİĞİ VE TEBLİĞ VEYA TEFHİM SURETİYLE ÖĞRENMEYE BAĞLANAN DURUMLAR;

TEBLİĞE DAİR MADDELER	TEFHİME DAİR MADDELER
-----------------------	-----------------------

20, 38/5, 43/2, 44/2, 67, 68, 82, 91, 92, 122, 126, 127, 136, 150, 164, 240, 243, 259, 280, 281, 301, 302, 304, 306, 317, 321, 333, 337, 342, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 356, 361, 364, 369, 372, 377, 382, 394, 402, 403	43, 44, 91, 92, 164, 184, 185, 294, 295, 298, 299, 321
--	--

6100 SAYILI HMK'DAKİ "İTİBAREN" LAFZI VE BUNA DAİR MADDELER;

1) 20. maddesi; "Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi halinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir."

2) 43/2. maddesi; "Esas hüküm bakımından istinafyolu açık bulunan dava ve işlerde ise ret talebi hakkındaki merci kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde istinafyoluna başvurulabilir"

3) 44/2. maddesi; "Esas hüküm bakımından temyiz yolu açık bulunan dava ve işlerde ise ret talebi hakkındaki karar, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde temyiz edilebilir,"

4) 82. maddesi; "İstifa eden vekilin vekâlet görevi, istifanın müvekkiline tebliğinden itibaren iki hafta süreyle devam eder.

5) 96. maddesi; "Eski hale getirme, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talep edilmelidir."

6) 127. maddesi; "Cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır."

7) 136. maddesi; "Davacı, cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevaba cevap dilekçesi: davalı da davacının cevabının kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde ikinci cevap dilekçesi verebilir.

8) 272/3. maddesi; "Ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir. Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması şarttır. Ret sebeplerinin ispatı için, yemin teklif edilemez."

9) 281. maddesi; "Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler."

10) 317/2. maddesi; "Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır."

11) 337/2. maddesi; "Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir."

12) 346/2. maddesi; "Bu ret kararına karşı tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilir."

13) 347. maddesi; "İstinaf dilekçesi, kararı veren mahkemece karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir ver mahkemesine verebilir."

14) 361/1. maddesi; "Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir."

15) 394/2. maddesi; "İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. (3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler."

16) 403/1. maddesi; "Talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilir."

17) 409. maddesi; "Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır."

18) 416/1-c. maddesi; "Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar."

19) 418. maddesi; "(1) Taraflar, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. (2) Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilir ve bu talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir. Reddedilen hakem kendiliğinden çekilmez veya diğer taraf reddi kabul etmez ise ret hakkında, hakem kurulunca karar verilir. (3) Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf, ret talebini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret talebinin kabul edilmediğini

öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında karar verilmesini isteyebilir."

20) 437/1. maddesi; "Evvelce daha farklı bir süre öngörülmemişse, taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, hakem veya hakem kuruluna başvurarak;"

21) 439/4. maddesi; "İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir.

22) 442/2. maddesi; "Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur; aksi halde tahkim yargılaması sona erer.

Dikkat buyurulursa tüm bu maddelerde; 'tebliğden itibaren', 'öğrenmeden/öğrendiği tarihten itibaren', 'bildirilmesinden/bildirildiği tarihten itibaren' kavramları kullanılmakta ve HKM'nın 91. maddesine uygun davranılmaktadır. Bu durumun neredeyse tek istisnası ise anılan 393/1. maddedeki durumdur.

İPTALİ İSTENEN HUSUSUN DÜZENLENDİĞİ İHTİYATİ TEDBİR KURUMUNUN KENDİ İÇİNDEKİ BİR BAŞKA ÇELİŞKİDE MAHKEMEMİZCE DİKKATE DEĞER BULUNMUŞTUR.

Bu da şudur;

393/1. de ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde uygulanmasını isteme şartı konulduğu halde, yoklukta/gıyapta uygulanmış bir tedbire karşı itiraz yasa yolu için ise ilginç (esasinda doğru) bir şekilde 394, maddede; "(2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir." denilerek her halde haberdar olunmadan/öğrenmeden itibaren itiraz yolu getirilmiştir. Bu ise yasanın bir anlamda kendi içinde çelişkisi olarak tanımlanabilir. Zira davacı için yokluğunda verilen bir tedbir kararının uygulanması süreci kararın verildiği anda başlatılırken, yoklukta uygulanmış bir tedbire itiraz için ise tutanağın tebliğinden itibaren itiraz imkânı getirilmektedir. Esasen 394/2. maddedeki itiraz süreci ve başlatılma prosedürü doğru, adil ve olması gerekendir. Mesele 393/1. maddedeki usulün evrensel normlara ve ideal usule aykırı olmasıdır.

Hâlbuki yasa koyucu tarafından, taraflarca talep edilmiş ve kabul edilmiş bir tedbirde 393/1. maddedeki ihtiyati tedbirin uygulanması prosedüründeki süre; 1) Huzurda karar verilmişse tefhim tarihinden veya 2) Karar yoklukta verilmişse bu halde de talep edene tebliğden itibaren başlatılmış olsa ve düzenleme de bu şekilde yapılmış olsa idi bu şekliyle adil yargılama ve olmazsa olmazlarından olan adalete erişim hakkı en ideal şekilde tanınmış ve tüm kurumlarıyla çalıştırılıyor olabilecekti.

V) NETİCE VE TALEP;

Yukarıda arz olunan sebep ve gerekçelerle;

6100 sayılı HMK'nın; "İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar." 393/1. maddesindeki "VERİLDİĞİ TARİHTEN İTİBAREN" ibaresinin,

Temel, evrensel ve dokunulamaz haklardan olan 1982 Anayasasının 36., 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 6, 8, 10, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 13, 17 ve Yüksek Mahkemece resen gözetilecek sair Evrensel Kodifikasyonlara ve ilgili maddelerine AYKIRILIĞININ TESPİTİ VE İPTALİ HUSUSU,

Saygı ile arz ve talep olunur.""