

“... ”

1. 22.7.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’unun 2. maddesiyle değiştirilen 6100 sayılı Kanununun 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’unun 2. maddesiyle 6100 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi” ibaresi “yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi” şeklinde değiştirilmiştir.

6100 sayılı Kanununun 28. maddesi aleniyet ilkesini düzenlemektedir. Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Alenilik ilkesinin istisnası, iptali talep edilen değişiklikten önce “duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir” şeklindedir. Yapılan değişiklik ile “yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi” eklenmiştir. Yapılan değişiklik aleniyet ilkesinin istisnasını genişletmiştir. Ancak bu genişletme belirsizlik taşımaktadır.

Maddede yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: “Maddeyle, Kanununun 28 inci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılması halleri arasına “yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin bulunması” hali de eklenmektedir. Buna göre mahkeme yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin bulunduğunu tespit ederse duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına karar verecektir. Düzenlemeyle duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye kişilerin haklarının korunması için bir istisna getirilmektedir.” Madde gerekçesinde kanun koyucunun iradesine dair belirtilebilecek tek husus, duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye kişilerin haklarının korunması için bir istisna getirilmiş olduğudur. Ancak bu istisnaya neden ihtiyaç duyulduğuna, yargılamadaki hangi sorunun bu değişikliğe neden olduğuna ilişkin tespitler yer almamaktadır. Ne maddenin kendisinde ne de bağlayıcı olmamasına rağmen kanunun yorumunda yön gösterici nitelikte olan madde gerekçesinde kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin ne olduğu anlaşılmamaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılıdır. Birey belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. (E.2017/43 K.2018/40, 2/5/2018).

Yargılamanın aleni yapılması kuralına yeni bir istisna olarak öngörülen “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” ibaresiyle belirsizlik yaratılması farklı uygulamalara yol açabilecek, her somut durumda sübjektif parametrelerle karar verilmesine neden olacaktır. Bu durum, Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

Öte yandan; Anayasa'nın 36. maddesi, adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Duruşmanın aleniliği, adil yargılanma hakkının unsurlarındandır. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi de, bu doğrultuda, “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır” hükmünü içermektedir. Duruşmanın aleniliği ilkesinin istisnaları da, aynı fıkranın ikinci cümlesinde şöyle ifade edilmiştir: “Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir”. Yine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrasına göre de: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ... görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir”. Söz konusu fıkra, duruşmanın aleniliği ilkesinin hangi hallerde sınırlanabileceğini de tanımlamıştır : “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”.

İhtilafı kuraldaki “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” ibaresinin yukarıda teşhir edilmiş olan belirsizliği ve işaret ettiği kapsamın öngörülemez niteliği, Anayasa'nın 36. ve 141. maddelerine de aykırılık taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; “Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur. Ancak bu her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra dosya üzerinden yapılması halinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez.” (AYM, Nevruz Bozkurt başvurusu, başvuru no: 2013/664, K.T.: 17/9/2013; R.G. Tarih- Sayı: 15/11/2013-28822, §32).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; duruşmanın aleniliği, kamunun denetiminden azade gizli bir yargının varlığına karşı güvence sağlamakta, adaletin yönetiminde sağladığı şeffaflıkla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının amacı olan adil yargılanmanın gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir (AİHM, Malhous-Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 33071/96, 12 Temmuz 2001, §55). Yargılama esnasındaki tartışmaların aleniyeti, mahkemelere duyulan güvenin korunmasına hizmet eden

araçlardan birisidir (AİHM, Lorenzetti-İtalya, başvuru no: 32075/09, 10 Nisan 2012, §29). Davasının kamuya açık olarak görülmesi hakkı, ondan sarfınazar etmeyi haklı kılan istisnai koşulların yokluğunda, duruşma yapılması hakkını içermektedir (Bu anlamda bkz.: AİHM, Göç-Türkiye, başvuru no: 36590/97, 11 Temmuz 2002, § 47; AİHM, Mirovni İnstitut-Slovenya, başvuru no: 32303/13, 13 Mart 2018, § 36). Duruşma yapmamayı haklı gösterebilecek koşulların istisnai niteliği, örneğin, davanın salt hukuki ya da çok teknik konulara ilişkin olması halinde olduğu gibi, temel olarak, ihtilaf konusu meselelerin mahiyetiyle ilgili bir konudur (AİHM, Koottummel-Avusturya, başvuru no: 49616/06, 10 Aralık 2009, § 19).

İhtilaf konusu “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” ibaresi, konu bakımından belirsizlik taşımaktadır. Bir başka deyişle; hangi tür menfaatlerin düzenleme kapsamına girdiğine ilişkin olarak rasyonel şekilde bir öngörü tesis etmek mümkün gözükmemektedir. Söz konusu ihtilafli ibare, Anayasa’nın 141. maddesinin duruşmanın aleniyetine ilişkin istisna olarak belirttiği “genel ahlak” ve “kamu güvenliği” amaçlarıyla da doğrudan bir ilişki taşımamaktadır. Duruşmanın aleniyetine “küçüklerin çıkarları” ve “bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği” gerektirdiğinde istisna getirilebileceğini öngören AİHS’nin 6. maddesiye, ihtilafli kuralın aksine, istisna oluşturan menfaat türlerini açık şekilde çerçevelemiş ve öngörülebilir şekilde tanımlamıştır. İhtilafli kuraldaki “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” ibaresi, Anayasa’nın 141. maddesi ve AİHS’nin 6. maddesinde tanımlanan istisnalara girmediği gibi, kullandığı genel ve soyut “menfaat” terimiyle, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan duruşmanın aleniliğinin hangi öngörülebilir durumlarda, keyfiliğe düşmeden sınırlanabileceğini de tanımlamamaktadır. İhtilafli kural; belirsiz kapsamı sebebiyle, duruşmada aleniyet ilkesine Anayasa’nın 141. maddesinin öngördüğü kapsamı aşan istisnaların getirilmesine yol açacak ve uygulamada, duruşmada aleniyet ilkesinin keyfi şekilde sınırlanmasına yol açacaktır. Bu cihetle, ihtilafli kuralın iptali gerekir.

Anayasal nedensellik ilkesi ve yasallık ilkesi açısından da Anayasa’ya aykırılık sözkonudur. Anayasa’nın 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. İptali istenen kural, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen ve temel bir hak olan adil yargılanma hakkı bakımından, maddi anlamda kanunilik ilkesini karşılamayan belirsiz bir kapsam taşımaktadır ve hangi durumlarda duruşmanın aleniliğinin sınırlanabileceğini kanun düzeyinde makul şekilde öngörülebilir kılmamaktadır. İhtilafli kural, öte yandan, duruşmada aleniyet ilkesini içeren âdil yargılanma hakkının, ancak Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği kuralına da aykırılık taşımaktadır. Zira; Anayasa’nın, duruşmada aleniyet ilkesine ilişkin herhangi bir istisna öngörmeyen 36. maddesinin yorumunda Anayasa’nın 141. maddesinin dikkate alınması halinde dahi, bu son maddenin öngördüğü “genel ahlak” ve “kamu güvenliği” amaçları, “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” kavramını zorunlu olarak içermemektedir. Her halükarda, “kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati” kavramı, “genel ahlak” ve “kamu güvenliği” terimlerinin tekabül ettikleri kapsamları potansiyel olarak aşan bağımsız bir kapsama sahiptir ve Anayasa’nın bu alanda caiz görebileceği sınırlamaları aşacak sonuçlar yaratacağı ortadadır. İptali istenen kural, bu sebeple, Anayasa’nın 13. maddesine de aykırıdır.

İhtilafli kural; yukarıda açıklanan sebeplerle, Anayasa’nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmelidir.

2. 22.7.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'unun 59. maddesiyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "dava şartıdır" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'unun 59. maddesiyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73. maddeden sonra gelmek üzere "Dava şartı olarak arabuluculuk" madde başlığıyla 73/A maddesi eklenmiştir. 73/A maddesinin birinci fıkrasıyla tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiş ve a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar, b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar, ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar, d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar istisna olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin ikinci fıkrası ile 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmayacağı belirlenmiştir. Üçüncü fıkra ile arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücretinin, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemeyeceği düzenlemiştir. Son olarak madde dördüncü fıkrasıyla arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücretinin, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedileceğini düzenlemiştir.

Arabuluculuk, 7/6/2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yasal çerçevesi düzenlenerek hukuk sistemimize girmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda taraflar tam serbestliğe sahiptir. Bu serbestlik Kanunun üçüncü maddesiyle, ilke olarak, arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırma, bu süreci devam ettirme ve sona erdirmeye hususlarında mutlaklıdır. Bir başka deyişle, arabuluculuk, tarafların iradesine bağlı olarak düzenlenen mecburiyet veya herhangi bir dayatma içermeyen bir süreçtir.

Arabuluculuk sistemindeki tarafların iradesine bırakılan bir başka deyişle Kanunun ilkesel olarak belirlediği serbestiyete istisnalar 2018 yılında 7155 sayılı kanunla beşinci bölüm olarak 18/A maddesi eklenerek tanınmıştır. İş bu iptalini talep ettiğimiz düzenleme ile de tanınan bu istisnalara tüketici davaları da eklenmektedir.

Bir davanın esastan görülüp karara bağlanmasını engelleyici bir işlevi yerine getiren, davanın her aşamasında mahkeme tarafından re'sen gözetilmesi gereken, taraflarca da davanın her aşamasında eksikliği ileri sürülebilen hususlara, "dava şartları" denir (Tanrıver, S.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.622). Dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamının ve uygulanma alanının genişletilmesi, genel bir dava şartı haline getirilmesi anlamına gelmektedir. İstisnaî bir nitelik taşıyan iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıkların yanına, tüketici uyuşmazlıklarının eklenmesi ile tüm dünyada "alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk" (Allison, Jennifer, Alternative Dispute Resolution Research, 08/02/ 2017, Harvard Law School Library), Türkiye örneğinde emsali görülmemiş şekilde zorunlu tutulmuştur.

Tüketici davalarından önce getirilen arabulucuya başvurma şartı, tüketici ve karşı taraf arasındaki eşitsiz ilişkiyi derinleştirecek ölçüsüz ve hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte bir düzenlemedir. Özel bir kanunla düzenlenmiş ve özel olarak kurulmuş hakem heyetleri ve mahkemeler yoluyla yargılama faaliyetine tabi kılınan tüketici işlemlerini zorunlu arabulucuğa tabi kılabilmek için, hukuk sistemimizde artık yerleşmiş olan “tüketici davaları” yok sayılarak, çoğu kez profesyonel bir destek dahi alamayan tüketici, karşı tarafın tacir olup olmadığını araştırmaya ve baş edemeyeceği bir tacirle müzakere masasına oturmaya zorlanmaktadır. Bir başka deyişle, en temel alanlardan biri olan iş hukuku uyuşmazlıklarında getirilen zorunlu arabuluculuğun, tüketici uyuşmazlıklarına da yaygınlaştırılması, güçsüz konumda olan taraf karşısında güçlü olan tarafın desteklenmesi anlamına gelmektedir. Anayasanın “Tüketicilerin korunması” başlıklı 172. maddesinde Devletin, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik edeceği düzenlenmiştir. Ancak iptali talep edilen dava şartı olarak arabulucuya başvurulması; eşitsiz, hak arama yönünde engel niteliği taşıması bakımından anayasal bir yükümlülük olan tüketiciyi koruma yükümlülüğü ile çelişmektedir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler başlıklı bölümünde eşitlik düzenlenmiştir. Kanun koyucunun açık iradesi ve evrensel ilkeler, arabuluculuk sürecinde tarafların eşit olmasını öngörmüştür. Hatta Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrası, “Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler” şeklindedir. Düzenlenen eşitlik ilkesi, anayasal sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir.

Anayasamız hukuk devletini “sosyal” hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin defaaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlettir: “...Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir”. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve 2006/119 E., 2009/145 K.). İptali talep edilen düzenleme, açıklanan bu nedenlerle Anayasa’nın 2. maddesinde güvence altına alınan sosyal hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İptali talep edilen düzenlemenin tarafları bakımından da tüketicilerin güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devlet olmanın işlevi, eşit olmayan durumlardaki bireyleri bir nevi eşit hale getirme sürecinde kritik önem taşımaktadır. İptali talep edilen düzenleme bakımından ise, daha güçsüz durumda olan tüketicileri korumak, onlar için denkleştirici adaleti sağlamaktan çok uzaktır.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev’i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti Anayasa’da düzenlenen hak arama özgürlüğünün de gerçekleşmesi için olmazsa olmaz nitelikte bir ilkedir. Yine AYM’nin ifade ettiği üzere: “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 kaçınmaz” denilmektedir. 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 birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.). Hali hazırda iptali talep edilen düzenleme, yürürlüğe girmeden önceki uygulamada, tüketici dava açmadan önce arabuluculuktaki benzer aşama ve süreçler yaşanmaktadır. İptali talep edilen düzenleme ile tüketici kendisi iletişim kurup zararını telafi etmeyi deneyecek, uyuşmazlık çözülemediği takdirde dava açmaya karar verecek, bu aşamada arabululuk zorunlu olduğu için arabuluculuğa başvuracak ve sonrasında da dava açabilecektir. Bir başka deyişle, arabuluculukta zorunlu ara kademe olarak uzlaşma sağlanamadığı durumlarda tüketicinin hak arama sürecini uzatma anlamına gelecektir. Tüketici hukukunun temel yaklaşımı, hukuka aykırı tüketici işlemi yapanın “cesaretini kırarak” önlemleri almaktır. Yani uyuşmazlığın doğmasını tekil vakalar üzerinden geneli bakımından engellemektir. Aksi takdirde hiçbir çözüm, gerçekte tüketicilerin lehine olmayacaktır.

Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 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. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Dava hakkının kullanılmasının haksız, eşitsiz bir önkoşula bağlanması; son tahlilde, güçsüz tarafın mahkemeye erişim hakkını uzayan formaliteler sebebiyle ölçüsüz şekilde güçleştirmek anlamına gelmektedir.

Hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının arabulucuya başvurma zorunluluğu ile kısıtlanmasının adil yargılama ilkesine de uygun olmadığının kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğü bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını 2013 yılında verdiği bir kararda değerlendirmiştir. Yüce Mahkeme; “Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli

nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.” tespitini yapmıştır (Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 tarih ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı kararı). Tüketici hukukuna ilişkin arabulucuya başvurulma zorunluluğu yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tarafların eşitsiz konumundan kaynaklı olarak etkisiz ve sonuçsuz bir yöntemdir. Etkisiz ve sonuçsuz bir yöntem olarak arabulucuya başvurma zorunluluğunun düzenlenmiş olması, hak arama özgürlüğünü, herhangi bir meşru amacı sağlamaya elverişli bir araç olma niteliğinden yoksun bulunmasına rağmen sınırlaması itibarıyla, ihlal etmektedir. Bu sebeplerle, ihtilafı kural Anayasanın 36. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

İptali talep edilen düzenleme, hak arama özgürlüğünü, demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan şekilde ve ölçsüz şekilde sınırlamaktadır. Hak arama özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerdendir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri”nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılacak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramları, bir bütünün parçaları olup, “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.10.2015 tarihli 2015/29 E., 2015/95 K.). İptali talep edilen düzenleme ile hak arama özgürlüğünün kullanımı, demokratik toplumda sınırlama gerekliliğine tekabül edecek buyurucu bir toplumsal ihtiyaç bulunmazken ve izlenen amaçla kullanılan araç arasında bir ölçülülük ilişkisi yok iken güçleştirilmekte, söz konusu hakkın etkililiği örselenmektedir. Demokratik bir toplumda gerekli olmayan ve ölçsüz bir nitelik taşıyan ihtilafı kural, Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

İptali talep edilen dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen maddenin gerekçesinde sadece düzenleme tekrarlanmıştır. Bir başka deyişle tüketici davalarında neden dava şartı olarak arabuluculuk belirlenmeye ihtiyaç duyulduğu, kanunun gerekçesinden anlaşılammaktadır. İş davalarından önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı haline getirilirken, gerekçe olarak yargının iş yükünü azaltacağı, uyuşmazlıkları uzlaşma ve sulh içinde çözeceği, âdeta “sihirli formül” şeklinde tüm sorunları bir çırpıda ortadan kaldıracığı

yorumu yapılmıştır. Tüketicilerin, emekçilerin hakkı olanı alma mücadelesi olarak dava yoluna başvurmalarının, iş yükü azaltılması argümanı ile yok edilmesi, anayasal güvenceler ile çelişmektedir. Kanun koyucu takdir yetkisini tüketicileri, emekçileri korumak yerine haklarını müzakeresini sağlamak için kullanamaz. Nitekim bu yaklaşım temel hak ve özgürlüklerin de dolaylı olarak müzakereye açılmasını beraberinde getirecektir. Temel hak ve özgürlükler; müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır.

İptali talep edilen düzenleme, tüketicilerin hak arama özgürlüklerine yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir. Arabulucuya başvurma dava şartı haline getirilmesi, alternatif bir uyuşmazlık yönteminin sadece tüketicilerin hak aramasını etkisiz hale getirmek amacıyla yasalaştırılmıştır. Ara buluculuk gibi alternatif uyuşmazlık yöntemleri, “ tarafların eşit” ve “sözleşme serbestisinin geçerli” olduğu hâllerde kendisinden beklenen faydayı gösterebilir. Tarafların eşit olmadığı tüketici hukukuna dair uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru şartının dava şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Eşitler arasında olmayan ilişki zemininde arabulucuya başvurunun zorunlu olması, tüketicinin “uzlaşmaya”, “anlaşmaya” zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir.

Eşitlik, iktidar-güç sahibi olmanın karşısında olan bir kavramdır. Ayrımcılıkla mücadeledeki nirengi noktasıdır. Eşitliğin sağlanabilmesi için kağıt üzerine eşitsizlik denilmesinden de çok daha fazla güvence gerekmektedir. Arabulucu; ekonomik anlamda güçlü, her türlü yasal hakkını bilebilecek olan, avukat tutabilen ve hatta profesyonelce işini yapan ile çoğu zaman aylarca uyuşmazlığı çözmek için talepte bulunan, haklarının tamamını bilmeyecek durumda olan, çoğu örnekte avukat bile tutamayacak olan güçsüz tüketiciyi bir araya getirip tarafları uzlaştırmaya çalışacaktır. Eşit olmayanlar ve hatta güçleri arasında çok büyük dengesizlik olanlar arasında yapılan bir uzlaşma görüşmesinde, güçsüz olanın büyük tavizler vereceği ve yasal haklarının çok azına razı olacağı çok açıktır. Bu şekilde arabulucuk kurumunun zorunlu hale getirilmesi ile tüketiciler haklarının önemli bölümünü kaybetme

tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır. Tüketiciler ölümü gösterip, sıtmaya razı edilmeye çalışılacaklardır. Bu sebeple bu madde anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa'nın 2., 10., 13., 36. ve 172. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'nundaki telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın 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 hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

22.7.2020 tarihli ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'nun

1. 2. maddesiyle değiştirilen 6100 sayılı Kanunun 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin" ibaresinin Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine,

2. 59. maddesiyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "dava şartıdır" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 13., 36. ve 172. maddelerine

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."