

# TABIÎ HÂKİM İLKESİ VE MEDENÎ YARGI

## NATURAL JUDGE PRINCIPLE AND CIVIL PROCEDURE

Süha TANRIVER\*

**Özet:** Bu makale, iki ana kısımdan oluşmaktadır: Birinci kısımda, genel çerçevede, tabiî hâkim ilkesinin tanımı, öğeleri, kanuni hâkim ilkesiyle farklılaşan yönleri, amaçları ile hukukî dayanakları ele alınıp incelenmiştir. İkinci kısımda ise, tabiî hâkim ilkesinin, medeni yargı bağlamında geçerliliği ve kapsamı, münferit usul hukuku kurumlarıyla ilişkisi ve ihlâli halinde işlerlik kazanabilecek olan yaptırımlar irdelenmiş ve değerlendirilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Tabiî hâkim, Kanuni hâkim, Hukuk devleti, Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, Adil yargılanma hakkı, Olağanüstü mahkeme, Olağan mahkeme, Kişisel başvuru, Özel mahkeme, Yargılamanın iadesi

**Abstract:** this article consists of two essential parts. In the first part, the description of the principle of natural judge, its elements, its varying aspects with the principle of legal judge, its aims and its legal basis are discussed in general terms. In the second part, the validity and the scope of the principle of natural judge in the context of civil procedure, its relationship with several procedure law institutions and the sanctions in case of its breach are examined and evaluated.

**Keywords:** Natural judge, Legal judge, state of law, judicial independence and impartiality, right to a fair trial, extraordinary court, ordinary court, personal application, special court, restitution of trial

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

## A - Genel Çerçeve de Tabiî Hâkim İlkesinin Tanımı, Öğeleri, Kanunî Hâkim İlkesi İle Olan Farklılıkları, Amaçları, Hukukî Dayanakları ve Boyutları

### I - Tanımı ve Öğeleri

Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesi evresinde gözetilecek olan temel ilkelere birisini de, “*tabiî hâkim ilkesi (doğal yargıç ilkesi)*” ilkesi oluşturur. Yargılanacak olan uyumsuzluğun gerçekleşmesinden önce, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görevi, yetkisi ve işleyişi (izleyeceği yargılama usulü) belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine, tabiî hâkim; bunu öngören ilkeye de, tabiî hâkim ilkesi denir<sup>1</sup>. Bir başka ifade ile, tabiî hâkim, kanunla, yargılanacak uyumsuzluktan önce kurulmuş, yargılanacak uyumsuzlukla kuruluş bakımından herhangi bir ilgisi bulunmayan, herkes için genel - geçer bir çerçevede ve soyut olarak görevi ve yetkileri tâyin edilmiş olan mahkemenin hâkimidir şeklinde de tanımlanabilir<sup>2</sup>. Ancak, anılan ilkeye uygunluğun sağlanabilmesi için, mahkemenin kuruluşunun, yani, görev ve yetkilerinin tâyin edilmesi işleminin, genel çerçevede

<sup>1</sup> Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. B., Ankara 2012, s.133; Bilge, N.: Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabiî Hâkim ve Savcı Teminatı (Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, s.571-585), s.574; Tanör, B.: Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1994, s.222; Erdoğan, G.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011, s.94-95 ve 94. sayfadaki dn.285; Çalışır, K. T.: Teori ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Ankara 2011, s. 261; Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N.: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 456; Schmidt - Bleibtreu, B. / Klein F.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Luchterland 1989, s. 790. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, tabiî ya da doğal hâkim kavramını, ceza yargısı temelli olarak “bir suçun işlenmesinden önce, yasayla kurulmuş ve o suçlara ilişkin davalara bakmakla görevli ya da yetkili kılınmış mahkemenin hâkimleri” şeklinde tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 9.1.1971 tarihli, 36/30 sayılı kararı). Yine, Anayasa Mahkemesi, daha yeni tarihli bir kararında ise, tabiî hâkimi, “suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce, davayı görecektir yargı yerlerinin yasayla belirlenmesi” şeklinde ifade etmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.1990 günlü ve 13/30 sayılı kararı).

<sup>2</sup> Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 9. Bası, İstanbul 1989, s.145, 340; Centel, N. / Zafer, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2010, s. 550-551; Kissel, O. R. / Mayer, H.: Gerichtsverfassungsgesetz, neue bearbeitete Auflage, München 2008, s. 382. Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, bir kararında, “*olaylardan önce, genel bir biçimde kurulmuş olup, belli bir olayla ilgisi bulunmayan yargı yerlerine, olağan yargı yeri; böyle yerlerin hâkimine de, olağan hâkim denir*” demek suretiyle, tabiî mahkeme ve tabiî hâkim ilkesine işaret etmek istemiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 15.4.1975 günlü 19/87 sayılı kararı).

ve soyut bir biçimde, yargılanacak olan uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce, kanunla gerçekleştirilmiş bulunması yetmez; ayrıca, hâkim ya da hâkimlerinin de, somut uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınmasından önce belli edilmiş olması gerekir<sup>3</sup>.

Tabiî hâkim ilkesinin iki temel ögesi vardır. Bunlar, “kanunîlik” ve “öncedenlik” unsurlarıdır. Kanunîlik unsurundan maksat, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmesi; idarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşisinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararname aracılığıyla yeni mahkemeler kuramaması; kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltamaması ve işlerlik kazanmış olan yargılama usulüne ilişkin olarak değişiklik öngören herhangi bir belirlemede bulunamamasıdır. Burada sözü edilen kanundan maksat, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesinin bir tezahürü olan ve kanun adını taşıyan hukuksal metinlerdir. Kanunların temel özellikleri ise, genel, soyut ve kişilik dışı olmalarıdır. Bu özellikleri sebebiyle, anayasa koyucu, mahkemelerin, kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usulleriyle ilgili düzenlemelerin, ancak kanunla yapılabilmesine olanak vermiştir. Öte yandan, kanunların oluşturulması süreci de, anayasal çerçevede özel birtakım ilke ve koşullara tâbi kılınmıştır. Kanunîlik ögesi, tek başına hak arayanlar açısından yargı yerlerinin oluşturulması ve işleyişlerinin belirlenmesinde, hukukî güvenliğin gerçekleştirilmesi ile temel bir hak ve özgürlük olan kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığının teminine hizmet edecek bir yeterliğe sahip değildir. Bu nedenle, tabiî hâkim ilkesinin bünyesinde, kanunîliğin yanı sıra “öncedenliğe” de yer verilmiştir. Tabiî hâkim ilkesini karakterize eden, ona asıl rengini veren öge de, “öncedenlik” ögesidir. Dolayısıyla, bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukukî yapılanmasının, tabiî hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez; ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır.

<sup>3</sup> Tanör, s.222; Pekcanitez, H.: Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti (Anayasa Yargısı, 1995/2, s. 255-282), s. 268. Krş: Kunter, s. 146.

## II - Kanunî Hâkim İlkesi İle Olan Farklılıkları ve Amaçları

Tabiî hâkim ilkesini, mahkemelerin kuruluş, görev ve işleyişlerinin tâyininde işlev gören diğer bir yargılama hukuku ilkesi olan kanunî hâkim ilkesiyle karıştırmamak gerekir. Her iki ilke arasındaki temel farklılıklar, şu şekilde sıralanabilir:

Tabiî hâkim ilkesini karakterize eden öğeleri, “öncedenlik” ve “kanunîlik” oluşturduğu halde; kanunî hâkim ilkesini karakterize eden yegâne öğe, “kanunîlik”tir.

Kanunî hâkim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi için, mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usûlünün tâyin edilmesi işleminin, “kanun” ile yapılmış bulunması yeterlidir; bu belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce veya sonra yapılmış olmasının, herhangi bir önemi yoktur. Oysa, tabiî hâkim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi açısından, mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usulünün belirlenmesi işleminin, kanunla yapılmış bulunması tek başına yetmez; ayrıca bu belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, somut uyuşmazlıkla herhangi bir ilişkilendirme yapılmadan gerçekleştirilmiş bulunması da şarttır. Dolayısıyla, anılan belirleme, kanunla, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra yapılmış ise, yargı yerinin yapılması, kanunî hâkim ilkesine uygun olduğu halde, tabiî hâkim ilkesine aykırılık arz eder. Her iki ilke arasındaki bu temel farklılık, kanun devleti ile hukuk devleti arasındaki farklılık kadar bârizdir.

Tabiî hâkim ilkesi, adlî yargı bütünü içinde yer alan, hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşıyan temel bir yargılama hukuku ilkesi; tabiri caizse, gerçekleştirilmesi mutlak surette zorunlu olan genel bir usulî şart konumundadır.

Tabiî hâkim önünde yargılanmayı talep, birey için, varlığı anayasadan kaynaklanan bir temel hak<sup>4</sup>; Devlet için ise, mahkemelerin olu-

<sup>4</sup> Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 790-791, Wolf, M.: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, Sechste völlig neue bearbeitete Auflage, München 1987, s. 59; Schilken, v. E.: Gerichtsverfassungsrecht, 2. neue bearbeitete und ergänzte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, s. 196, 200; Wassermann R. (Gesamtherausgeber): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band II, Art. 38-146, Luchterland 1989, s. 1182.

şumunu, tabiî hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirme, yerine getirilmesi gereken temel bir ödevdir. Aşağıda da vurgulanacağı üzere<sup>5</sup>, tabiî hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkının, kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma unsurunun bir alt ögesi konumunda bulunduğu, yani, adil yargılanma hakkıyla doğrudan doğruya ilişkili olduğuna göre, birey için, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak oluşumu sağlanmış bir yargı yeri önünde yargılanmayı talebi, sübjektif bir kamu hakkı olarak nitelendirmek, doğru ve isabetli bir yaklaşım biçimi teşkil eder (Anayasa m. 36, I; m. 37 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6).

Tabiî hâkim ilkesi, kişilerin, hangi mahkeme önünde yargılanacaklarını, kesin olarak ve önceden bilmelerini mümkün kılmak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına almak, yargıya olan güveni sağlamak ve yürütmenin yargıya müdahalesini olabildiğince önlemek amaçlarına yönelmiştir<sup>6</sup>. Ayrıca, anılan ilke, kişiye ve somut duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü yargı mercilerinin (istisnaî mahkemelerin)<sup>7</sup> oluşturulmasını önlemeye yönelik bir işlev üstlenmiş olması sebebiyle<sup>8</sup>, kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkelerinin (AY. m.17, m.19) gerçekleştirilmesine de hizmet eder<sup>9</sup>.

### III - Hukukî Dayanakları ve Boyutları

Tabiî hâkim ilkesi, ideal hukuktan değil, pozitif hukuktan istihraç edilen temel bir yargılama hukuku ilkesidir. Burada sözü edilen tabiî hâkimden anlaşılacak gereken de, olağan mahkemenin hâkimidir.

Mahkemelerin örgütleniş biçimi ile ilgili düzenleme öngören ve “*kanunî hâkim güvencesi*” başlığını taşıyan Anayasa’nın 37. maddesinde yer alan ilke ile de kastedilen, tabiî hâkim ilkesidir<sup>10</sup>. Özellikle,

<sup>5</sup> Bkz: aşa. s.5.

<sup>6</sup> Tanör, s. 221; Kissel / Mayer, s. 381; Schmidt – Bleibtreu / Klein, s. 788.

<sup>7</sup> Bkz: aşa. s.8.

<sup>8</sup> Bkz: aşa. s.9.

<sup>9</sup> Bilge, s.574-575; Tanör, s.222; Demircioğlu, Y.: Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s.67.

<sup>10</sup> Tanrıver, S.: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, Ankara 2005, s.211-236), s.215.

sözü edilen anayasal düzenlemenin ikinci fıkrasındaki “bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” şeklindeki kuralda, kanunî hâkim güvencesi ile murad edilenin, tabîî hâkim ilkesi olduğunu açıkça işaret etmektedir. Çünkü, tabîî hâkim ilkesinin en temel işlevi, kişiye ve olaya (somut duruma) göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasını önlemektir. Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bir hukuk devletidir (AY m. 2) ve tabîî hâkim ilkesi, hukuk devletinin vazgeçilmesi kâbil olmayan öğelerinden birisidir<sup>11</sup>.

Yine, tabîî hâkim ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmazlarından birisini teşkil eden, hukukî güvenlik ilkesiyle de sıkı bir ilişki içerisindedir. Hukukî güvenlik ilkesi, kişilerin tâbi olunacak hukukî rejimi önceden bilebilmesini ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesini, bir düzene sokabilmesini ifade eden temel bir ilke konumundadır<sup>12</sup>. Hukukî güvenlik, doğası gereği öncedenliği ve belirliliği bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, kendisine işaret edilen bu öğelere uygunluk ise, yargı yerlerinin yapılandırılmasının, ancak, tabîî hâkim ilkesi gözetilerek gerçekleştirilmesi halinde sağlanabilir.

Tabîî hâkim ilkesi, hukuk devletinin temel yapı taşları arasında yer alan, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle de sıkı sıkıya irtibat içerisinde bulunan bir ilke konumundadır<sup>13</sup>. En genel çizgileriyle yargı bağımsızlığı, hâkimlerin, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde, hür ve serbest iradeleriyle vicdanî kanaatlerine göre uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmalarına olanak veren bir ortamın yaratılması şeklinde tanımlanabilir<sup>14</sup>. Bir başka ifade ile, yargı bağımsızlığı, hâkimlerin, yargıya yabancı, somut yargılamanın icrasını etkileyebilecek her türlü tehlike, tehdit ve etkene karşı, korunmasını ifade eder (AY. m.138).

<sup>11</sup> Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788; Kissel / Mayer, s. 380; Çalışır, s. 262; Demircioğlu, s.67.

<sup>12</sup> Edis, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983, s.9.

<sup>13</sup> Schilken, s. 196; Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788; Kissel / Mayer, s. 381; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215, 216; Centel / Zafer s. 551; Çalışır, s. 261.

<sup>14</sup> Arslan, R./ Tanrıver, S.: Yargı Örgütü Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2001, s.186; Yavuz, B.: Kuruluş ve İşleyiş Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2012, s. 27.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre de, yargı bağımsızlığından maksat, mahkemenin, yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmaması, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması ve mahkeme üyelerinin, görevlerini yaparken herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluşun emir ve talimat almamalarıdır<sup>15</sup>. Yani, bağımsızlıkla amaçlanan, mahkemelere, herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluşun emir ve talimat verememesi, özellikle onların yürütme erkiyle davanın taraflarının tümüyle etki alanının dışına çıkartılmasıdır<sup>16</sup>. Yargının, yürütmenin etki alanı dışına çıkarılabilmesinin en önemli araçlarından birisini de, mahkemelerin yapılandırılmasının, tabii hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi oluşturur<sup>17</sup>. Öte yandan, tabii hâkim ilkesi, yargı bağımsızlığı açısından, son derece önemli bir işlevi yerine getiren, coğrafi yer teminatı ile kürsü teminatı kurumlarına da işlerlik kazandırılmasını, zorunlu kılar.

Yargının taşınması gereken temel niteliklerden birisi de, tarafsızlıktır. Yargının tarafsızlığının en temel göstergesini, yargı erkini millet adına kullanan hâkimlerin tarafsızlığının temin edilmiş bulunması teşkil eder. Hâkimin tarafsızlığından, hâkimin, taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde, herhangi bir düşünceye, duyguya ya da önyargıya sahip olmaması ve taraflarla maddî-manevî nitelikte, çıkara dayalı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunmaması anlaşılır<sup>18</sup>. Yine, tarafsızlığın diğer bir boyutunu, kurum olarak mahkemenin, hak arayanlarda bıraktığı güven verici izlenim ile yargılama süresince, taraflara eşit mesafede bulunacağı ve eşit davranacağı yönünde uyandırdığı genel görüntü oluşturur<sup>19</sup>. Bu bağlamda bir irdeleme ve değerlendirme yapıldığında, bir mahkemenin yapılanması, tabii hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmemişse, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konu-

<sup>15</sup> İnceoğlu, S.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s.161-162; Centel, N.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.45-57), s.47.

<sup>16</sup> Gözlügöl, S. V.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, 2. Bası, Ankara 2002, s.178; Tanrıver - Adil Yargılanma, s.216; Altan, İ.: Adil Yargılanma Hakkı (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2004/122, s.36-62), s.43.

<sup>17</sup> Çalışır, s. 262.

<sup>18</sup> Gözlügöl, s. 178; İnceoğlu, s. 182; Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 218; Yavuz, s. 37.

<sup>19</sup> Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 218; Yılmaz, H.: Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları, Ankara 2009, s. 27.

sunda ciddi, önemli ve haklılık temeli bulunan kuşkuların daima mevcut olacağını ifade etmek gerekir.

Öteyandan, tabîî hâkim ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "*kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama*"nın da, alt ögesi konumundadır<sup>20</sup>. Burada sözü edilen kanunî mahkeme ile kastedilen, tabîî hâkim ilkesine uygun olarak yapılandırılması gerçekleştirilmiş bulunan mahkemedir. Çünkü, tabîî hâkim ilkesi, hakkaniyete uygun, tarafsız, bağımsız ve eşitlik temeline dayalı bir yargılama faaliyetinin yapılıp sonuçlandırılabilmesinin ön şartı, en önemli güvencelerinden birisidir<sup>21</sup>. Bir başka ifade ile, bir mahkemenin yapılması, tabîî hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde, hâkimin, taraflara, yargılama boyunca, eşit mesafede bulunması ve onlara eşitlik temeline dayalı bir biçimde, karşılıklı olarak iddia ve savunma sebeplerini ileri sürebilme ve tartışabilme olanağını vermesi mümkün hale gelir. Yani, tabîî hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma ögesiyle de sıkı sıkıya ilişki içerisindedir<sup>22</sup>. Hakkaniyete uygun yargılanmadan söz edilebilmesi için, şu iki hususun birlikte gerçekleştirilmiş olması şarttır. Bunlar:

1-) Hukukî dinlenilme hakkının güvence altına alınmış bulunması (Anayasa m. 36, I; HMK m. 27),

2-) Eşitlik temeline dayalı olarak, bu hakkını kullanılmasına olanak veren bir ortamın yaratılmış olmasıdır.

Görüldüğü üzere, adil yargılanmanın gerçekleştirilebilmesi için, sadece hukukî dinlenilme hakkının tanınmış olması yetmez; ayrıca, bu hakkın, taraflara, eşitlik temeline dayalı olarak, yani hakkaniyete uygun bir biçimde kullandırılmasının sağlanması da şarttır. Burada sözü

<sup>20</sup> Tanrıver, 214; Pekcanitez, H: Medenî Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, 35-55), s. 46; Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Özekes, M.: Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 58; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 318. Pekcanitez, H: Medenî Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, 35-55), s. 46; Donay, S.: İnsan Hakları Açısında Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 73.

<sup>21</sup> Özekes, s. 57.

<sup>22</sup> Özekes, s. 58.



edilen hakkaniyetten maksat, taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu eşitliğin, yargılama süresince bozulmadan devam ettirilmesi<sup>23</sup>. Bunun sağlanabilmesinin aracı ise, “silahların eşitliği” ilkesidir<sup>24</sup>. Silahların eşitliği ilkesi, anayasal ilkelerden olan hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinin (Anayasa m. 2, 10) yargılama hukukundaki somut görünüm biçimlerinden birisini oluşturur<sup>25</sup>. Bu ilke, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından, taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesini, bu dengenin, yargılama boyunca, yargılamanın her aşamasında korunmasını, yani, mücadelenin, eşit silahlarla gerçekleştirilmesini ifade eder<sup>26</sup>. Silahların eşitliğinin sağlanabilmesi için, tarafların yargılama sonunda verilecek karara, eşit şekilde etki edebilmelerine ve eşitlik temeline dayalı bir biçimde, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunabilmelerine, bunları tartışabilmelerine olanak veren bir ortamın, tüm yargılama boyunca yaratılması şarttır<sup>27</sup>. Bunun gerçekleştirilebilmesi için, hâkimin, yargılama süresince, taraflara aynı mesafede bulunması ve her iki tarafa eşit iddia ve savunma hakkı ve bu çerçevede eşit olarak delillerini ileri sürebilme, diğer tarafın delillerini inceleme ve tartışma olanağı verilmesi, yani eşit şekilde davranması gerekir<sup>28</sup>; yapılacak olan yargılamayla, alınacak olan kararın, objektif bir nitelik taşıması da, ancak bu suretle sağlanabilir<sup>29</sup>. Tabii hâkim ilkesi, özellikle, sözü edilen hususun gerçekleştirilebilmesinin, ön şartı konumundadır. Çünkü, bir mahkemenin oluşumu, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirildi ise, hâkimin, önünde cereyan edecek yargılamada, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit işlem yapması pek mümkün olmaz. Sonuç olarak, bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığında, bir mahkemenin oluşumunun tabii hâkim ilkesine aykırılık arzemesinin, adil yargılanma hakkının, diğer öğelerini de temelden etkileyen, ciddi ve ağır bir ihlâl biçimi olduğu söylenebilir. Çünkü, tabii hâkim ilkesi, sağlıklı ve adil bir yargılama yapılabilmesinin ön şartı, her şeyin başı konumundadır.

<sup>23</sup> Pekcanitez, s. 45; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

<sup>24</sup> İnceoğlu, s. 212; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

<sup>25</sup> Pekcanitez, s. 45-46.

<sup>26</sup> İnceoğlu, s. 212; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230. Ceza yargısı bakımından bkz: Donay, s. 48.

<sup>27</sup> Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46.

<sup>28</sup> Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46-47.

<sup>29</sup> Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

Tabiî hâkim ilkesine uygun davranış, aynı zamanda, Devletin hukukî korunmayı sağlama ödevinin de ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Çünkü, bir hukuk devletinde, etkin hukukî korunmanın gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle, hak arama özgürlüğünün güvence altına alınmış bulunması (Anayasa m. 36), hak arama mekanizmalarının tüm hak arayanlar için genel-geçer bir biçimde oluşturulması ve ihtiyaçlara cevap verebilecek bir şekilde işlerliğinin gerçekleştirilmesi ile hak arama süreçlerinin, tarafsızlık, objektiflik ve eşitlik temeline dayalı bir biçimde ve makûl bir zaman kesiti içerisinde yürütülüp sonuçlandırılabilmesinin sağlanması şarttır. Tabiî hâkim ilkesi, bunu gerçekleştirmeye yönelik en önemli ve etkili hukukî güvence mekanizmalarından birisi konumundadır.

Tabiî hâkim ilkesinin, birbirini tamamlayan ve birbiri ile yakın ilişki içerisinde bulunan iki temel boyutu mevcuttur: Her şeyden önce, bu ilke, Devletin olağan mahkemeleri oluşturmasını ve sürekli bir biçimde hak arayanların ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir şekilde, işler durumda tutmasını zorunlu kılar<sup>30</sup>. Çünkü, herkes, önceden konulmuş olan hukukî usuller dairesinde, yargılama yapan yargı yerlerinde yahut mahkemelerde yargılanma hakkına sahiptir. Bu durum, hukuk devletinin yanısıra, insan haklarına saygı ve insan onurunun korunmasının da bir gereğidir. Öte yandan, tabiî hâkim ilkesi, kişiye ve somut olaya ya da duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani istisnâî mahkemelerin oluşturulması yasağına uygun bir biçimde davranmayı, Devlete bir ödev olarak yükler<sup>31</sup>.

Tabiî hâkim ilkesi, aynı zamanda, hâkime, görevi ve yetkisi dâhilinde bulunan bir dava ya da işe bakmaktan kaçınmama, onu şu veya bu şekilde karara bağlama ödevini de yükleyen bir işlevi yerine getirir. Bu durum, "*tabiî hâkimin çekinme yasağı*" olarak adlandırılır<sup>32</sup>. Nitekim, sözü edilen yasağa, Anayasa'mızın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, "*hiçbir mahkeme, görevi ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, açıkça işaret edilmiştir. Aksine hareket, yani hak dağıtmaktan kaçınmak, ceza hukuku açısından bir suçun oluşumuna vücut verir (TCK. m. 260).

<sup>30</sup> Centel, N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 33; Centel / Zafer, s. 551; Schilken, s. 196; Demircioğlu, s. 67, 70.

<sup>31</sup> Centel - Hâkimin Tarafsızlığı, s. 33; Centel / Zafer, s. 551; Demircioğlu, s. 67, 70.

<sup>32</sup> Centel - Hâkimin Tarafsızlığı, s. 44; Demircioğlu, s. 70.

## B- Tabîî Hâkim İlkesinin Özel Mahkemelerin Kurulmasına Bir Engel Teşkil Edip Etmeyeceği Hususu

### I - Özel Mahkeme ve Olağanüstü (İstisnaî) Mahkeme Kavramları<sup>33</sup>

Somut herhangi bir uyuşmazlıkla ilişkilendirilmeden, soyut ve genel bir biçimde, belirli kişiler ya da meslek mensupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara yahut belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş bulunan yargı yerlerine, özel mahkemeler denir<sup>34</sup>. Bu bağlamda, yargılamanın muhatabı olan kişilerin tâyininde dil, din, ırk ve cinsiyet gibi ayrımlar gözetilemez<sup>35</sup>. Zaten, anayasanın eşitlik ilkesini öngören 10. maddesi, tek başına buna manîdir. Özel mahkemelere, iş, kadastro ve trafik mahkemeleri, örnek olarak gösterilebilir.

Genel mahkemelerin yanında, belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere özel mahkemeler kurulması, sosyal ve/veya ekonomik ilişkilerde karmaşıklık ve buna bağlı olarak ayrı bir uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların giderek artması ile ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak düşüncesine dayanır. Bu nedenle, özel mahkemeler, belirli kişiler yahut meslek mensupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ve belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş bulunan birer uzmanlık yargı yeri durumundadırlar. Dolayısıyla, uzmanlaşmanın doğal sonucu olarak, özel mahkemelerden verilen kararlar, genel mahkemelerden verilenlere nazaran, daha fazla isabetlilik arz edeceği için, hata yapma olasılığı büyük ölçüde azalacak ve yargısal süreç, belirli uyuşmazlık tiplerinin daha profesyonelce ele alınmasının doğal bir sonucu olarak, daha kısa sürede tamamlanabilecek; bu suretle usul ekonomisine de katkı sağlanmış olacaktır. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken diğer bir nokta, özel mahkemelerin, yargılamanın hızlandırılmasının değil; güvenceli adaletin sağlanmasının bir aracı olduğu hususudur.

Özel mahkemelerle, kişiye, somut olaya yahut somut duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerleri konumunda bulunan ve salt somut

<sup>33</sup> Özel mahkeme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz: Tanrıver, S.: Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler (Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 199-208).

<sup>34</sup> Wolf, s. 58-59.

<sup>35</sup> Wolf, s. 59.

olaya veya belirli kişilerin yargılanmasının gerçekleştirilmesine özgü olarak, olaydan sonra kuruluşu gerçekleştirilmiş ya da sonradan kendilerine görev verilmiş olan mahkemeleri, yani, olağanüstü (istisnaî) mahkemeleri<sup>36</sup>, birbirine karıştırmamak gerekir<sup>37</sup>. Çünkü, özel mahkemenin oluşum gerekçesi, olağanüstü mahkemelerden tümüyle farklıdır. Bu mahkemeler, bir ihtiyaç üzerine, uzmanlaşma olgusunun bir ürünü olarak ortaya çıkmış bulunan olağan yargı yerleri konumundadır<sup>38</sup>. Özel mahkemelerin, olağanüstü mahkemelerden diğer bir farklılığı ise, bu mahkemelerin, kuruluş, işleyiş ve güvenceler bakımından genel mahkemeler için öngörülmüş bulunan temel ilkelerden herhangi bir sapma göstermemesi noktasında toplanır. Özel mahkemelerin oluşturulması evresinde de, genel mahkemelerin teşkilâtlandırılmasında olduğu gibi, mahkemelerin kuruluşu ile ilgili anayasal dayanakları da bulunan temel ilkelere uygun hareket etmek gerekir.

## II - Özel Mahkemelerin Kurulmasının Tabîî Hâkim İlkesine Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği

Tabîî hâkim ilkesi, genel mahkemelerin yanında, ayrı özel mahkemeler kurulmasına herhangi bir engel teşkil etmez<sup>39</sup>. Zira, söz konusu ilke, belirli türden davaları görmek üzere oluşturulmuş bulunan mahkemeler (olağan mahkemeler) varken, bu davalardan bir veya birkaç kişiye yahut bir gruba ait olanları çözüme kavuşturmak amacıyla mahkeme kurulmasını, yani, olağanüstü yargı yerlerinin oluşturulmasını engelleyici bir işlevi yerine getirir<sup>40</sup>. Tabîî hâkim ilkesini öngören Anayasa'nın 37. maddesinin ikinci fıkrasında da, tabîî hâkim ilkesinin temel amacının, kişiye ve somut olaya göre değiş-

<sup>36</sup> Kissel / Mayer, s. 384, Wolf, s. 58; Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788-789; Centel / Zafer, s. 551.

<sup>37</sup> Donay, s. 74.

<sup>38</sup> Donay, s. 76, dn. 6.

<sup>39</sup> Bilge, 576; Arslan / Tanrıver, s. 37; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215. Nitekim, Federal Alman Anayasası'nın 101. maddesi ile, Alman Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 16. maddesinde, tabîî hâkim ilkesinin, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engelleyici bir işlevi yerine getireceği; özel mahkemelerin kuruluşu bağlamında ise, herhangi bir engel oluşturmayacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır.

<sup>40</sup> Bilge, 576; Arslan / Tanrıver, s. 37; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215; Erem, F.: Ceza Davası Yönünden "Tabîî Hâkim" Kavramı, Ankara 1963, s. 10; Wassermann, s. 1188.

kenlik gösteren, somut olayın ve kişilerin belli olmasından sonra, salt somut olayla sınırlı olarak kurulan yahut görevlendirilen yargı yerlerinin, yani olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellemek olduğu, açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla, söz konusu anayasal kuraldan hareketle, uzmanlaşma olgusuna dayalı olarak, belirli türdeki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaları çözüme kavuşturmak amacıyla, özel mahkemeler kurulamayacağı yönünde bir genellemeye varılamaz.

## C - Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı

### I - Genel Olarak

Tabii hâkim ilkesi, her ne kadar adli yargı bütünü içerisinde yer alan ceza yargısı bağlamında ön plâna çıkartılmış olsa bile, aynı bütün içinde yer alan medenî yargı bakımından da geçerlilik taşıyan temel bir yargılama hukuku ilkesi konumundadır. Bu durum, anılan ilkenin, anayasal çerçevede, adeta usulî bir genel şart olarak düzenlenmiş bulunmasının da, doğal bir sonucudur<sup>41</sup>. Yukarıda hukuk devleti, kanunî hâkim güvencesi, hukukî güvenlik ilkesi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirilmek suretiyle, hukukî dayanak bulma çerçevesinde tabii hâkim ilkesiyle ilgili olarak yapmış bulunduğumuz tespitler, aynen, medenî yargı bakımından da geçerlik taşır<sup>42</sup>.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinin birinci cümlesinde, mahkemelerin görevinin, ancak kanunla düzenlenebileceği hususu, açıkça hüküm altına alınmış ve anılan maddenin gerekçesinde de, göreve ilişkin olarak belirlemenin yapılması evresinde gözetilmesi gereken temel ilkenin, tabii hâkim ilkesi olduğu hususuna, açıkça vurgu yapılmıştır.

Her şeyden önce, tabii hâkim ilkesi, medenî yargı bütünü içerisinde, sadece Devlet mahkemeleri açısından geçerlilik taşıyan bir ilke konumundadır<sup>43</sup>. Dolayısıyla, özel hukuk alanında, taraf iradesinin ve taraf serbestisinin egemen olmasının bir ürünü olarak ortaya çıkan

<sup>41</sup> Schilken, s. 204.

<sup>42</sup> Bkz: yuk. s. 3-6.

<sup>43</sup> Kissel / Mayer, s. 397.

tahkim yargılamasında işlev üstlenmiş bulunan hakem mahkemeleri bakımından işlerlik kazanamaz<sup>44</sup>. Ancak, bu durum, tahkim yargılamasında, hakem mahkemesinin teşkili ve uygulayacakları usul hususunda, asla keyfiliğin egemen olacağı anlamına gelmez; bu bağlamda, hukukî güvenlik ile tarafların eşitliğini sağlayıcı mekanizmaların, mutlaka oluşturulması gerekir<sup>45</sup>.

Tabiî hâkim ilkesinin, yargının görev alanına gören ve hâkim tarafından icrası gereken tüm yargısal faaliyetler; bu çerçevede, medenî yargı ile bir ilişkilendirme yapıldığında, salt çekişmeli yargı değil; bunun yanı sıra, çekişmesiz yargı alanında da işlerlik kazanan bir yargılama hukuku ilkesi niteliği taşıdığı hususu, doktrinde kaydedilmektedir<sup>46</sup>.

Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, Türk Milleti adına, bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılması zorunlu yargı yetkisinden anlaşılması gereken, hukukî uyumsuzlukların (yani, davaların) ve hukuka aykırılık iddialarının, yargısal usuller dairesinde, objektif hukukun uygulanması suretiyle, çözüme kavuşturulması veya karara bağlanması faaliyetidir<sup>47</sup>. Anılan faaliyetin, medenî yargıdaki kavramsal karşılığını, çekişmeli yargı oluşturur ve çekişmesiz yargı ise, bu kapsamın dışında kalır. Dolayısıyla, medenî yargıda, çekişmeli yargı alanında, tahkim yargılaması hariç, mahkemelerin yapılandırılmasında, tümüyle tabiî hâkim ilkesi egemendir ve çekişmeli yargının kapsamına giren işlerin, mahkemeler dışında kalan kurum ve kuruluşlara, bu arada idarî mercilerle noterlere, bırakılması mümkün değildir<sup>48</sup>. Bu tespit çerçevesinde, çekişmeli yargı alanında, tahkim yargılaması işlerlik kazanmadığı sürece, mahkemelerin hukukî yapılanmasının, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi, şarttır; yani, tabiî hâkim ilkesi, mutlak bir biçimde egemendir.

Buna karşılık, çekişmesiz yargı alanında, tabiî hâkim ilkesinin ne ölçüde uygulama alanı bulacağı için, öncelikli olarak, çekişmesiz yargı kavramına yüklenmesi gereken anlam ve içeriğin ortaya

<sup>44</sup> Kissel / Mayer, s. 397, 399; Wassermann, 1184; Schilken, s. 205.

<sup>45</sup> Schilken, s. 205.

<sup>46</sup> Schilken, s. 207, Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 791; Wolf, s. 61.

<sup>47</sup> Tanrıver, S.: Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik (Makalelerim-II, Ankara 2011, s. 345-358), s. 351.

<sup>48</sup> Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 352.

konulması gerekir. Bu bağlamda, çekişmesiz yargı, dar anlamda çekişmesiz yargı ve geniş anlamda çekişmesiz yargı olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir:

Dar anlamda çekişmesiz yargıdan maksat, çekişmeli yargı işleri dışında kalan ve şeklen (organik olarak) mahkemelerce görülen, genelde karara bağlanması istenilen bir talep yahut bir olgu veya durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde somutlaşan işleri konu alan medenî yargı türüdür<sup>49</sup>. Her şeyden önce, dar anlamda çekişmesiz yargı işleri, mahkemelerce kullanılması zorunlu olan yargı yetkisinin kapsamında yer almayıp; bu bağlamda kapsam, salt çekişmeli yargı işleri ile sınırlı bulunduğu için, mahkemeler dışındaki başka kurum ve kuruluşlara bırakılabilirler<sup>50</sup>. Bu durum da, çekişmesiz yargıda, tabii hâkim ilkesinin çekişmeli yargıda olduğu gibi, katı bir biçimde uygulanmayacağını, açık bir biçimde ortaya koyar. Somut olayın özgün koşullarını dikkate alarak, menfaat temelli bir irdeleme ve değerlendirme yapılmasını, bir anlamda yargılama sayılabilecek bir faaliyeti gerektiren hacir altına alma, kişinin ergin kılınması, evlât edinmeye karar verilmesi, evlenmeye izin verilmesi, gaipliğe hükmedilmesi gibi, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin, bir zorunluluk olmasa bile, hukukî güvenlik bağlamında doğabilecek muhtemel endişelerin, şimdiden bertarafı için, yine mahkemeler üzerinde bırakılması, daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder. Dolayısıyla, bu durumda da, mahkemelerin örgütlenmesinin, tabii hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir. Buna karşılık, daha ziyade bir olgunun ya da durumun tespiti, tevsiki ya da bildirilmesi biçiminde gerçekleşen, genelde menfaat bazında herhangi bir irdeleme ve değerlendirme yapılmasını, bir anlamda yargılama sayılabilecek bir faaliyeti gerektirmeyen çekişmesiz yargı işlerinin (örneğin, nüfus kayıtlarına dayalı olarak mirasçılık belgesi verme ve terk edilen eşin ortak konuta daveti için ihtarname gönderme gibi), mahkemelerin dışında kalan başka kurum ve kuruluşlara (örneğin, noterlere, Noterlik Kanunu m. 71/A, 71/B) bırakılması mümkündür. Böyle bir bırakımın söz konusu olduğu hallerde, tabii hâkim ilkesiyle doğrudan herhangi bir bağ ya da bağlantı kurulması mümkün olmaz<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 348.

<sup>50</sup> Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 351.

<sup>51</sup> Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 354.

Buna karşılık, geniş anlamda çekişmesiz yargı, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra, özel hukuka ilişkin işlemleri bizzat düzenlemek ve onaylamak suretiyle onlara resmiyet kazandırma, terekeye ilişkin işler (terekeyin tespiti ve mühürlenmesi gibi), nüfus sicili, tapu sicili, ticaret sicili gibi resmî sicillerin tutulması ile birtakım tescil işlerini konu alır<sup>52</sup>. Geniş anlamda çekişmesiz yargı bütünü içinde yer alan, belgeleri düzenlemek ve onaylamak suretiyle onlara resmiyet kazandırmayla, ticaret sicili, tapu sicili gibi resmî sicillerin tutulması ve tescille ilgili işler, zaten, mahkemeler dışındaki başka kurumlara ve idarî kuruluşlara bırakılmıştır ve bu durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı konusunda, herhangi bir kuşku da mevcut değildir<sup>53</sup>. Anılan işler, noterlerle diğer idarî kuruluşlara bırakıldığına göre, yargı yetkisi ve yargı yerleri ile ilgili bir anayasal ilke olan tabîî hâkim ilkesi ile ilişkilendirilemez. Öte yandan, sözü edilen faaliyetlerin, özü itibariyle yargı yahut yargı yetkisi ile doğrudan ve organik herhangi bir bağı ya da bağlantısı bulunmamaktadır; bunlar, tipik birer idarî faaliyet örneği konumundadırlar ve dolayısıyla Anayasa'nın 9. maddesindeki sınırlamanın ve 37. maddesinde öngörülen tabîî hâkim ilkesinin kapsamı dışındadırlar. Hatta, hem dar anlamda çekişmesiz yargının hem de geniş anlamda çekişmesiz yargının hukukî niteliği itibariyle, Devletin özel hukukun hizmetindeki idarî bir faaliyeti yahut yalnızca adlî sahada, bu saha ile sınırlı bir biçimde etki doğuran adlî-idarî bir faaliyet olduğu tezi benimsecek olursa<sup>54</sup>, bu yargı türünün kapsamına giren işlerin, mahkemeler tarafından görülmesi zorunlu olmayan, onlar dışında kalan idarî kurum ve kuruluşlara bırakılabilecek bir nitelik taşıyan işler olduğu ve bu alanda tabîî hâkim ilkesinin katı bir biçimde uygulanmasının zorunluluk arzemediği yönündeki bir çözülemeye, kolaylıkla ulaşılması mümkün hale gelir.

<sup>52</sup> Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 350.

<sup>53</sup> Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 350.

<sup>54</sup> Balta, T. B.: İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970-1972, s. 14; Günay, M.: İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004, s. 13; Onar, S. S.: İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968, s. 35; Berkin, N.: Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 94; Özyörük, M.: İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1982, s. 113.



## II - Mahkemelerin Görevine İlişkin Düzenlemelerin Tabî Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tabî hâkim ilkesiyle ilişkilendirilebilecek en temel hususlardan birisini, mahkemelerin görevine ilişkin kurallar teşkil etmektedir. Görev konusu, Devletin yargı erkinin doğrudan doğruya işleyişine ilişkindir ve bu alana ilişkin kurallar, emredici bir nitelik taşır. Bu nedenle, kamu düzenine ilişkindir (HMK m.1) ve taraflar, bu alanda, anlaşmak suretiyle, tasarruf edemezler. Yine, görev kurallarına riayetsizlik halinde, mahkeme, görevli olup olmadığı hususunu, davanın her aşamasında re'sen gözetebileceği gibi; taraf da, davanın her aşamasında, görev itirazında bulunabilir (HMK m.115, I). Çünkü, görev, mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer alır (HMK m.114, I/c); bugün için, mutlak temyiz (bozma) sebeplerindedir ve usulî kazanılmış hak kurumunun istisnalarından birisini teşkil eder. İşaret edilen tüm bu hususlar, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, mahkemelerin göreviyle, tabî hâkim ilkesi arasında, organik açıdan son derece sıkı ve katı bir bağ ya da bağlantının bulunduğu söylenebilir. Hukuk yargısında, mahkemelerin görevini tâyin hususunda öngörülmüş olan düzenlemelerin, birkaç istisna dışında, geneli itibariyle tabî hâkim ilkesine uygunluk arzettiği ifade edilebilir.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 555 sayılı Coğrafî İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, bu kararnamelerde öngörülmüş olan bütün davalara, kurulacak olan ihtisas mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiş ve bugün için, bu davalar bakımından ihtisas mahkemesi olarak da, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri belirlenmiştir. Anılan düzenlemeler, yasama organının bir tasarrufu olan kanunla değil de; idarenin düzenleyici idarî işlemleri arasında yer alan kanun hükmünde kararnameler aracılığı ile bir özel mahkeme kurulmasını, bir görevlendirme yapılmasını öngördüğünden, hukuk devleti (Anayasa m.2) ve adil yargılanma hakkının (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6; Anayasa m. 36,I) bir alt ögesi teşkil eden tabî hâkim ilkesine (Anayasa m. 37) aykırılık arzetmektedirler. Çünkü, tabî hâkim ilkesinin öğelerinin

den birisini de, kanunîlik ögesi (Anayasa m. 142) oluşturmaktadır ve sözü edilen düzenlemelerde, kuruluş ve görevlendirme, kanunla değil, düzenleyici bir idari işlem olan kanun hükmünde kararname aracılığı ile gerçekleştirilmiştir. Anılan nedenle, bu bağlamda, belirtilen ilkelere uygun bir biçimde kanunkoyucu tarafından bir düzeltme yapılması zarureti ortaya çıkmıştır. Nitekim, kanunkoyucu da, 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>55</sup> 5, 8, 11 ve 17. maddeleri ile, yukarıda kendisine işaret edilen kanun hükmünde kararnamelerin, sadece göreve ilişkin olarak belirlemede bulunan hükümlerini, kanun hükmü haline getirmek suretiyle, tabiî hâkim ilkesinin kanunîlik ögesi bağlamında ortaya çıkan hukukî sakatlığın giderilmesini sağlamak istemiştir. Ancak, 2004'ten önce, yukarıda zikredilen kanun hükmünde kararnameler bağlamında, ihtisas mahkemesi olarak, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemelelerinin vermiş olduğu kararlar bağlamında, tabiî hâkim ilkesine aykırılık, hâlen, hukuken varlığını sürdürmektedir<sup>56</sup>.

Bunların dışında, 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde gerçekleştirilmiş olan değişiklikle, dava dairelerinin görevlerini belirleme yetkisinin, Yargıtay'ın kendisine bırakılmış olması, yeni kurulan daireler bağlamında böyle bir açılımın yapılmış bulunması, her şeyden önce, anayasal temelleri de bulunan kanunîlik ilkesi (AY m. 142) ile tabiî hâkim ilkesine (AY m.37) aykırılık oluşturur. Bir yüksek yargı yeri konumunda bulunan Yargıtay'ın, bu bağlamda kanunla yetkilendirilmiş olması, görev tayininin, bir yasama tasarrufu olan kanunla gerçekleştirildiği anlamına asla gelmez. Çünkü, yasama organına, bu bağlamda sahip olduğu yetkiyi, yargı organına devretme olanağı tanınmamıştır. Çünkü, Anayasa'nın 7. maddesinin son derece açık metni uyarınca, yasama yetkisi "*devredilemez*" bir niteliğe sahiptir. Kanunîlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisini teşkil eden tabiî hâkim ilkesinin de, alt ögesi konumundadır. Dolayısıyla, kanunla da olsa, görev konularının tayininin tümüyle yüksek yargı organlarının kendi tasarruflarına bırakılmış olması, tabiî hâkim ilkesine de aykırılık oluşturur. Öte yan-

<sup>55</sup> RG., 26.6.2004, Sa., 25504.

<sup>56</sup> Yapılmış olan bu tartışma ve tespitler, aynen, fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemeleleri bakımından da geçerlilik taşır.

dan, yargı organlarının kendi iç düzenlemeleri aracılığıyla, görev bağlamında yapacakları belirlemeler, zaman zaman, kanunlara özgü bir nitelik olan genellik ve özellikle de objektiflikten uzaklaşabilecek, her yıl değişim göstereceği için, tabii hâkim ilkesinin, “*belirlemenin yargılanacak olan uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce gerçekleştirilmiş olması*” koşulunun ihlâl edilmesine sebebiyet verecek ve bu suretle de, hukuk devleti ilkesinin (AY m.2) somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturan “*hukukî güvenlik ilkesi*” açısından da ciddi sakıncaların doğumuna zemin hazırlayabilecektir. Ayrıca, anayasanın, mahkemelerin görevine ilişkin belirlemeleri yapma yetkisini münhasıran kendisine bahşetmiş olduğu yasama organının (AY m. 7), bu yetkisini, çerçevesini çizerek dahi olsa, kanunla yargı organının kendisine bırakması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve dolayısıyla bizatihi anayasanın kendisinin ihlâlî anlamına gelir<sup>57</sup>. Bu durum gözetildiğinde, anayasal dayanağı olmayan bir yetki kullanıldığı için, Yargıtay’ın kendi tasarrufları aracılığıyla, dairelerinin görev alanının tâyinine yönelik olarak yapacağı belirlemeler, idare hukuku literatürü çerçevesinde bir niteleme yapmak gerekirse, “*fonksiyon (işlev) gasbı*” olarak da değerlendirilebilir.

### III - Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Düzenlemelerin, Tabii Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tabii hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurallarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez. Yetki kuralları, esas itibarıyla, görev gibi yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliği taşımamaktadır. Bu genel tespit dikkate alındığında, ancak, olsa olsa, kesin nitelikteki özel yetki kurallarıyla tabii hâkim ilkesi arasında bir bağ kurulabilir. Kesin yetki kurallarının işlerlik kazanması hâlinde, davanın sadece yetki kuralında belirtilen yer mahkemesi dışında açılması olanağının bulunmaması, tarafların bu alanda, sözleşme yapmak suretiyle tasarruf edememeleri (HMK m.18, I), davanın her aşamasında, mahkemenin yetkili olup olmadığı

<sup>57</sup> 6110 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile Danıştay Kanunu’nun 27. maddesinde yapılan değişiklikle, dava dairelerinin görevlerini belirleme yetkisi, Danıştay’ın kendi tasarrufuna bırakılmıştır. Bu bağlamda, yukarıdaki metinde, Yargıtay bağlamında yapılmış olan tartışma ve tespitler, Danıştay bakımından da aynen geçerliliğini sürdürmektedir.

hususunu re'sen araştırabilmesi ve tarafın da davanın her aşamasında, yetki itirazını ileri sürebilmesi (HMK m.19, I; m.115), yani, anılan yetki kurallarının mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer almaları (HMK m.114, I/ç); bugün için uyulmamalarının, mutlak temyiz nedeni oluşturması, bu kuralların, diğer yetki kurallarından farklılaşmalarına, görevdeki kadar sıkı olmasa bile, yargı erkinin işleyişine ilişkin bir nitelik taşıdıklarına işaret etmektedir.

Buna karşılık, tabiî hâkim ilkesi ile genel yetki kuralı (HMK m.6) ve kesin olmayan özel yetki kuralları arasında, doğrudan doğruya bir bağ ya da bağlantı kurulamaz. Çünkü, sözü edilen yetki kurallarına uyulup uyulmadığı hususunu, mahkeme re'sen gözetemez. Davalı taraf da, davanın her aşamasında değil; ancak belirli bir usul kesitine kadar yetki itirazında bulunabilir. Davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında (yetki ilk itirazında), (HMK m. 116/a) bulunmazsa, davanın açıldığı yer mahkemesi, kanunen yetkisiz olsa bile, artık yetkili hale gelir (HMK m.19, IV). Öte yandan, kesin olmayan özel yetki kurallarının varlığı halinde, taraflara, yetki sözleşmesi yapmak suretiyle somut uyuşmazlık bağlamında, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerini yetkili hale getirme olanağının tanınmış olması ve aksine bir düzenlemenin işlerlik kazanmaması kaydıyla, davanın sadece yetki sözleşmesinde kararlaştırılmış olan yer mahkemesinde açılabileceğinin, yani genel yetkili mahkeme ile varsa kanunen yetkili olan diğer özel yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkacağına, yasal karine olarak kabul edilmiş bulunması (HMK m.17, c.2), genel yetki kuralı ile kesin olmayan özel yetki kurallarının, yargı erkinin işleyişiyle ve dolayısıyla kamu düzeniyle herhangi bir bağ ve bağlantılarının olmadığını açıkça ortaya koyar ve sadece alelâde düzen hükümleri niteliği taşıdığı somut göstergelerini teşkil eder.

#### **IV - Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Yargı Yeri Belirlenmesi (Merciî Tâyini) Kurumlarının Tabiî Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi**

Hâkimlerin tarafsızlığını sağlamada önemli bir araç işlevi gören hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması ve hâkimin reddi kurumlarına ilişkin düzenlemelerin, usul kanunlarında yer alması (HMK m.34-35; m.36-44), tabiî hâkim ilkesi ile çelişmez; aksine, bu ilkenin, etkin bir biçimde işlerlik kazanmasını sağlayıcı bir etki doğurur. Tabiî hâkim

ilkesiyle, hâkimin tarafsızlığı arasında, sıkı ve organik bir bağ vardır. Hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumları, hâkimin tarafsızlığının ve dolayısıyla vereceği kararın, objektif bir nitelik taşımasının en önemli güvencelerinden birisini oluşturur. Hâkimin tarafsızlığı bağlamında en ufak bir şüphe varsa, tabii hâkim ilkesi, kendisinden beklenenleri gerçekleştiremez. Çünkü, tabii hâkim, sadece, kanunla, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, görevi, yetkisi ve izleyeceği yargılama usulü tâyin edilmiş bulunan hâkim değil; bunun yanı sıra, taraflara, aynı zamanda, bağımsızlık, tarafsızlık ve objektiflik konusunda, güvence sunan hâkim konumundadır<sup>58</sup>.

Usul kanununda, yargı yeri belirlenmesi (merciî tâyini) kurumuna ilişkin özel hukukî düzenlemelerin varlığının (HMK m.21-23), tabii hâkim ilkesi ile çeliştiği yönünde bir değerlendirmede bulunulması da mümkün değildir<sup>59</sup>. Çünkü, yargılama faaliyetinin, kesintisiz bir biçimde güven içerisinde icrası ile mahkemenin, tarafsız ve objektif bir biçimde, adaleti tecelli ettireceği hususunda, taraflarda bir güven duygusunu uyandırabilmesinin temini için, yasal çerçevede, bu kuruma işlerlik kazandırılması ihtiyacı vardır.

### **V - Tabii Hâkim İlkesinin İhlâli Halinde İşlerlik Kazanabilecek Olan Yaptırımlar**

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kararı veren mahkemenin teşekkülü, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş ise, ilk olarak, iç hukuk bağlamında tüm olağan kanun yollarının tüketilmesinden, yani, kararın şekli anlamda kesinleşmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda (anayasa şikâyetinde) bulunulması mümkündür. Çünkü, tabii hâkim ilkesinin ihlâli, aynı zamanda, yargılamaya ilişkin bir temel hak olan adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelir<sup>60</sup>. Adil yargılanma hakkı da, anayasanın temel hak ve özgürlükler kısmında güvence altına alınmış (Anayasa m. 36,

<sup>58</sup> Centel N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 34; Centel / Zafer, s. 552; Demircioğlu, s. 70.

<sup>59</sup> Centel / Zafer, s. 552, Kunter, s. 146.

<sup>60</sup> Özkes, s. 58.

I) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de kendisine açıkça vurgu yapılmış bulunan, yargılamaya ilişkin temel bir hak konumundadır. Dolayısıyla, tabii hâkim ilkesinin ihlâli halinde, verilmiş ve şeklen kesinleşmiş olan mahkeme kararına karşı, bu kararın şekli anlamda kesinleştiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde, bireysel başvuru yoluyla, Anayasa Mahkemesi'ne gidilebilir (6216 sayılı Kanun m. 47, V). Anayasa Mahkemesi, böyle bir başvuruyu, tabii hâkim ilkesinin kanun yolu denetiminde gözetilmesi gereken bir husus olduğunu gerekçe göstermek suretiyle, geri çeviremez. Yüksek mahkeme, kararı veren mahkemenin oluşumunun, tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu ve dolayısıyla, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş bulunduğunu tespit ederse, ihlâlin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin için, yeniden yargılama yapmak üzere, dosyayı ilgili mahkemeye gönderir (6216 sayılı Kanun m. 50, II). Burada, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi ile murad edilen, yargılamanın iadesi yolunun kapısının aralanmasıdır.

Kararı veren mahkemenin oluşumu, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş ise, iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi ve ihlâli tespit edici bir sonucun elde edilememesi kaydıyla, en son karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içerisinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması da mümkündür. Burada sözü edilen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmesi için tüketilmesi gereken iç hukuk yollarının kapsamı içerisinde, olağan kanun yollarının yanı sıra, bu sürecin tamamlanmasından sonra işlerlik kazanan Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuruda bulunulması yolu da dahildir<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu denenmeden, yani, bu yol tüketilmeden, doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat edilemez<sup>62</sup>.

Bireysel başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir kararıyla, bireysel başvuruya konu olan kararı veren yargı yerinin, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde oluşturulmuş bulunduğu hususu, sabit hale gelmişse, bu durumda da, yargılamanın

<sup>61</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.948.

<sup>62</sup> Özbey, Ö.: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s.406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.948.

iadesi yoluna müracaat edilmesi mümkündür. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde, verilen kararın, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir kararıyla tespit edilmiş olması, bir yargılamanın iadesi sebebi sayılmıştır. Adil yargılanma hakkı da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülmüş bulunan, yargılamaya ilişkin bir temel haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bireysel başvuruya konu olan ve kararı veren ülke mahkemesinin oluşumunun, tabîi hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş bulunduğunu, kesinleşmiş bir kararıyla tespit etmiş bulunması, anılan milletlerarası sözleşme ile güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğinin tespiti anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, bu durumda, ilgilinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendine dayanarak, yargılamanın iadesi yoluna müracaat etme imkânı mevcuttur.

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu karar üzerine, yargılamanın iadesi kurumuna işlerlik kazandırılmasında, hukukî yarar mevcuttur. Şöyle ki; tabîi hâkim ilkesinin ihlâli, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, adil yargılanma hakkının ciddî ve ağır bir biçimde ihlâli anlamını taşır<sup>63</sup>. Çünkü, bu ilkenin ihlâli, adil yargılanma hakkının kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma ögesinin yanı sıra, onu karakterize eden, ona rengini veren hakkaniyete uygun yargılanma ögesinin de ihlâli anlamına gelir ve bütün ağırlığını, özellikle bu alanda hissettirir. Bireysel başvuruya konu olan kararı veren mahkemenin oluşumunda tabîi hâkim ilkesine bir aykırılığın bulunduğu hususu tespit edilmiş ise, böyle bir mahkemenin hâkiminin, bireysel başvuruya konu olan dava bağlamında, adil yargılanma hakkının bir ögesi olan hakkaniyete uygun yargılamayı gerçekleştirebilmesinin ön şartını teşkil eden "silahların eşitliği" ilkesine uygun bir davranış sergilediğinin söylenmesi pek mümkün olmaz; en azından, bu bağlamda, mutlaka giderilmesi gereken, ciddî, önemli ve haklılık temeli bulunan kuşkuvar mevcuttur.

<sup>63</sup> Bkz: yuk. s. 6-7.

Yargılamanın iadesi ile ilgili olarak, hukuk yargısı bağlamında tartışılması gereken diğer bir sorun da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 378. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Çünkü, yargılamanın iadesi istemini inceleyip karara bağlayacak olan yargı yeri, kesinleşmiş kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmuş olan mahkemedir. Halbûki, kararı vermiş olan bu mahkemenin oluşumunun, tabiî hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş olduğu hususu, gerek Anayasa Mahkemesi'ne gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması üzerine, yani her iki ihtimalde de, bu mahkemelerin vermiş olduğu kararlarla sabit hale gelmiştir. Dolayısıyla, bu bağlamda, tekrar başa dönülmüş olacağı için, bir kısır döngü ortaya çıkar. Zira, sözü edilen halde, yargılama, yine, tabiî hâkim ilkesine aykırı şekilde kuruluşu gerçekleştirilmiş ya da görevlendirilmiş olan mahkemede yapılmak zorundadır ve bu durumda, ihlâlin giderilmesini engelleyici bir etki doğuracaktır<sup>64</sup>. İhlâlden sonra, yapılacak olan bir değişiklik, yargı yerinin oluşumunda, kuruluşu ve görevi itibarıyla tabiî hâkim ilkesine aykırılığın giderilmiş olması, bu kısır döngünün ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Zira, yapılacak olan değişiklik, oluşumunda tabiî hâkim ilkesine aykırılık bulunan yargı yerini, değişikliğin ortaya çıkmasından sonraki evrede işlerlik kazanacak uyumsuzluklar bakımından tabiî hâkim ilkesine uygun hale getirir.

Olması gereken hukuk açısından, kararı veren mahkemenin oluşumunun, tabiî hâkim ilkesine aykırılık arzettiğinin, bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla sabit olması halinde, yani her iki olasılıkta da, -yapılacak olan yasal düzenleme ile, bundan sonra ortaya çıkacak uyumsuzluklarla ilgili yargılamalar bakımından, tabiî hâkim ilkesi ile ilgili tartışmaların giderilmesi hususu bir yana bırakılacak olursa - yargılamanın iadesi isteminin, hâlihazırdaki üst derece yargılaması bağlamında<sup>65</sup>, karar süresinde temyiz edilmediği için kesinleşmiş ise,

<sup>64</sup> Pekcanitez - Anayasa Şikâyeti, s. 531.

<sup>65</sup> 5235 sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin, yurt genelinde göreve başlayacakları tarih, henüz Resmî Gazete'de ilân edilmediği için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan istinafa ilişkin hükümler fiilen işlerlik kazanamamıştır. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenmiş bulunan geçici 3 üncü madde uyarınca, üst derece yargı-



temyiz edilse idi Yargıtay'ın hangi dairesi temyiz incelemesini gerçekleştirecek idiyse, o hukuk dairesince; süresinde temyiz edilmiş ve Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle kesinleşmiş ise, denetimi gerçekleştirmiş olan Yargıtay dairesi veya kurulunca, ilk derece mahkemesi sıfatıyla, karara bağlanacağı hususuna, yasal çerçevede açıkça işaret edilmesi zarurîdir.

---

lamamız, hâlihazırda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin hükümlerinin eklenmesinden önceki düzenlemeleri çerçevesinde, bu Kanun'da yer alan temyiz ve karar düzeltme ile ilgili kurallara tâbi bir biçimde cereyan edecektir. Olması gereken hukuk açısından öneri getirilirken, bu durum gözetilmiştir.