

“ ...

A. 6754 Sayılı Kanun Hükümlerinin Anayasa'ya Aykırılık Gerekçesi

1) 6754 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 4 üncü maddesiyle Bilirkişilik Danışma Kurulunun kurulması öngörülmektedir.

Bilirkişilik Danışma Kurulunun görevleri, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Danışma Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Bilirkişilik hizmetlerinin yürütülmesinde yaşanan sorunlar hakkında çözüm önerilerinde bulunmak.

b) Daire Başkanlığının görev alanına giren konular hakkında önerilerde bulunmak.

c) Daire Başkanlığının ve bölge kurullarının yıllık faaliyetleri hakkında önerilerde bulunmak.

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Kanun'un 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, Danışma Kurulu üyeleri sayılmıştır. Bu üyeler arasında Adalet Bakanlığı Müsteşarı da yer almaktadır.

Danışma Kurulunun diğer üyeleri; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreteri, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından Yargıtay ceza ve hukuk dairelerinden seçilen birer üye olmak üzere toplam iki kişi, Danıştay Başkanlık Kurulu tarafından Danıştay idari dava daireleri ve vergi dava dairelerinden seçilen birer üye olmak üzere toplam iki kişi, Yükseköğretim Kurulu tarafından üniversitelerin öğretim üyeleri arasından seçilen toplam üç kişi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi tarafından, istekleri bulunan, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde görev yapan birer hâkim olmak üzere seçilen toplam iki kişi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi tarafından, istekleri bulunan ve birinci sınıf olan; adli yargı ilk derece hukuk ve ceza mahkemelerinde görev yapan birer hâkim, bir Cumhuriyet savcısı ve idari yargı ilk derece idare ve vergi mahkemelerinde görev yapan birer hâkim olmak üzere seçilen toplam beş kişi, Adalet Bakanlığı tarafından Adli Tıp Kurumunda görev yapanlar arasından seçilen bir kişi, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunda görev yapanlar arasından seçilen bir kişi, İçişleri Bakanlığı tarafından Jandarma Genel Komutanlığı Jandarma Kriminal Daire Başkanlığında ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Daire Başkanlığında görev yapanlar arasından birer olmak üzere seçilen toplam iki kişi, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından avukatlar arasından seçilen bir kişi, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yönetim Kurulu tarafından mühendis veya mimarlar arasından seçilen bir kişi, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği Yönetim Kurulu tarafından serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler arasından seçilen bir kişi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yönetim Kurulu tarafından seçilen bir kişi, Türkiye

Esas Sayısı : 2017/20

Karar Sayısı : 2018/75

Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu Yönetim Kurulu tarafından seçilen bir kişi ve Türk Tabipleri Birliği Yönetim Kurulu tarafından seçilen bir kişi şeklinde belirlenmiştir.

Adalet Bakanı Müsteşarı Danışma Kurulu'nda üye olmanın yanı sıra Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi ile Danışma Kurulu Başkanı'nın Adalet Bakanı Müsteşarı olduğu belirtilmiştir.

İptali talep edilen ibareler siyasi bir kimliğe sahip bulunan Adalet Bakanlığı Müsteşarını, Bilirkişi Danışma Kurulu üyesi ve aynı zamanda bu Kurulun Başkanıdır.

Bilirkişilik görevi tıpkı hakimlik görevi gibi, bağımsız ve tarafsız olmayı gerektirir. Anayasanın 138. maddesi mahkemelerin bağımsızlığını düzenlemektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı sadece hakimlerin bağımsızlığı anlamına gelmemektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı kavramı, kararın oluşmasına teknik uzmanlık ve bilgisiyle katkı veren yargılama süreçlerindeki aktörlerden bilirkişileri de içermektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat verememesini; genelge gönderememesini; tavsiye ve telkinde bulunamamasını kapsamaktadır. Kurul üyesi ve Bilirkişi Danışma Kurulunun başkanı olan Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Kanun uyarınca bilirkişilerin listede olup olmamasına dahi karar verecektir. Yargılama sürecinde kararı şekillendirecek bilirkişi raporunu hazırlayan bilirkişileri listeye alma, listeden çıkarma gibi yetkilerle donatılmak suretiyle de yürütmeye teslim edilmiş bir kurulun bağımsız olması gereken yargılama sürecini etkileyecektir. Ayrıca Kurulun görevleri arasında Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Bilirkişilik Daire Başkanlığının görev alanına giren konular hakkında önerilerde bulunmak da yer almaktadır. Yargı görevinin bir parçası olan bilirkişilik görevinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması, hukuk devletinin gerekliliklerinde biridir.

Adalet Bakanlığı Müsteşarının üyesi ve başkanı olduğu bu kurul yürütmenin yargıya müdahalesinin kanuni zemini anlamına gelmektedir.

Ayrıca, Anayasa'nın hakimler bakımından getirdiği bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesi bilirkişiler bakımından da geçerlidir. Nitekim, bu amaçla yasalarımızda bilirkişinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Adalet Bakanlığı Müsteşarının, Bilirkişilik Danışma Kurulunun üyesi ve Başkanı olması, bilirkişilik görevinin bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürmektedir.

Bilirkişilik görevi ve bu görev kapsamında bilirkişinin görüşü, delilleri değerlendirme aracı olarak muhakemenin adil bir karar ile neticelendirilebilmesi ve maddi gerçeğe erişilmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu sebeple bilirkişi, uzman olduğu alanda görüşüne başvurulduğunda, hiçbir makam tarafından kendisine emir ve talimat verilemez. Bilirkişiler, yalnızca görevlendirildikleri konularla sınırlı olarak, tıpkı hâkimler gibi belirli güvencelere sahiptirler. Bilirkişiler, hiçbir makamdan, özellikle yasama, yürütme ve yargı organlarından¹ emir ve talimat alamazlar.

¹ "Ş.. Hakimî olarak görev yapan sanığın, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme ve yaralamaya sebebiyet vermek suçlarından 1. Asliye Ceza Mahkemesine açılan; 1995/594 Esas sayılı davaya ilişkin yargılama nedeniyle yapılan keşif sonrası bilirkişice düzenlenen 11.8.1995 günlü raporda olayın kaza olmayıp şüpheli bir durum arzettiği bildirilmesine rağmen, raporun 2. sayfasına kendi el yazısı ile trafik kazası olarak nitelenmesini ve sanıklara ne şekilde kusur oranı verileceğini belirtip "Dikkate alınarak" ibaresini eklediği, bunun üzerine bilirkişinin de bu davaya ait raporun 2. sayfasını sanık hakimî yazdığı şekilde düzenlediği, 1996/309 Esas sayılı dosyada bilirkişice aynı şekilde tariflerde bulunarak raporunu değiştirmesini istediği, 24.5.1996 günlü bu raporda da, kusur oranlarını kendi el yazısı ile değiştirip bilirkişice iade ederek ondan temize çekip

Bilirkişi aynı zamanda tarafsız olmalıdır. Tarafsızlık, bilirkişide olması gereken en önemli özelliklerden biridir. Nitekim, bunu sağlamak üzere, hâkimler gibi bilirkişiler bakımından da ret ve çekinme hükümleri öngörülmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Bilirkişinin reddi" başlıklı 69. maddesinde; "(1) Hâkimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, ret hakkını kullanabilirler. Hâkim veya mahkeme tarafından atanan bilirkişinin adı ve soyadı, engel sebepler olmadıkça ret hakkına sahip olanlara bildirilir.

(3) Ret istemini davayı görmekte olan hâkim veya mahkeme inceler. Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hâkimince incelenir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, bilirkişinin reddi sebepleri konusunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bağımsız hükümlere yer verilmemiş, bu hususta hakim reddini gerektiren sebeplere atıf yapılmıştır. Buna göre, hâkim reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir (m.69/1)². Hakim davaya bakamayacağı haller, bilirkişi bakımından da red sebebidir. Örneğin, bilirkişi, suçtan kendisi zarar görmüşse ya da görevlendirildiği soruşturma veya kovuşturmada, şüpheli, sanık veya mağdur olan kişilerle arasında evlilik, vesayet veya kayıymılık ilişkisi mevcutsa, bilirkişinin reddi istenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22/1-h maddesi uyarınca, aynı davada tanık olarak dinlenen kişinin de, bilirkişi olarak dinlenmesi mümkün değildir³. Bilirkişinin, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 70. maddesi bilirkişilik görevinden çekinmeyi de düzenlemiştir. Buna göre; "tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir".

getirmesini istediği, bilirkişinin de bu istek doğrultusunda raporu yeniden düzenleyip mahkemeye verdiği ve sanığın bu suretle iki kez görevde yetkiyi kötüye kullandığı; 1995/594 sayılı dosyadaki bilirkişi raporunun değiştirilen aslının 2. sayfasındaki el yazısının kendisine ait olduğuna dair sanığın kabulü, tanık olarak dinlenen bilirkişi H.Ş.'nin aşamalarındaki anlatımı ve soruşturma sırasında ibraz ettiği her iki davaya ait ve suça konu rapor asılları diğer tanıkların anlatımları, savunma, soruşturma dosyası, müfettiş raporu ve tüm dosya kapsamıyla sabit görülmüştür. Bu itibarla, aleyhe temyiz bulunmadığı nazara alınarak cezayı hafifleten nedenlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin gerekçe göstermeyen 4. Ceza Dairesince verilen hükümlerde bu eleştirisi dışında bir isabetsizlik görülmediğinden temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmelidir" Yarg. CGK., 24.3.1998, 1998/4-58, 1998/116.

² Hakim davaya bakamayacağı haller, CMK.'nın 22 ncı maddesinde: "(1) Hâkim;

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayıymılık ilişkisi bulunmuşsa,

c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,

e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,

f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse,

Hâkimlik görevini yapamaz" şeklinde düzenlenmiştir.

³ "5271 sayılı CYY'nin 69/1.maddes uyarınca hakim reddini gerektiren nedenler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Aynı yasanın 22. maddesinde ise hakim davaya bakamayacağı durumlar düzenlenmiştir. CYY'nin 22.maddesinin 1.fıkrasının (h) bendi uyarınca bu davada tanık sıfatıyla dinlenmiş olan hakim bu davada hakim olarak görev yapamayacağı gibi bu davada tanık olarak dinlenen kişi de aynı davada bilirkişilik yapamayacaktır. Tüm bu düzenlemeler karşısında, mahkemece 10.2.2004 tarihli duruşmada tanık olarak dinlenen M... E... 'ın aynı davada bilirkişisi sıfatıyla verdiği 20.03.2004 tarihli raporu hükme dayanak yapılarak CYY'nin 69.ve 22.maddelerine aykırı davranılması" Yarg. 2. CD., 25.1.2010, 2009/38439, 2010/1152.

Bu yasal düzenlemeler, bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak üzere kabul edilmiştir. Tarafsızlığı iki şekilde anlamak gerekir. Birincisi, bilirkişinin davanın tarafı bulunan bir kurum ya da kuruluşla idari ya da hukuki bir bağ içinde bulunmaması olarak nitelendirilebileceğimiz “şekli anlamda tarafsızlık”tır⁴. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu’nda kamu görevlilerinin, bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak görevlendirilemeyecekleri belirtilmiştir (m.64/3)⁵. İkincisi ise bilirkişinin, görüşüne başvurulun konuya ilişkin olarak, tarafların adil yargılanma haklarını zedeleyecek ve adli mercileri yanlış yöne sevk edecek şekilde herhangi bir tarafın lehine ya da aleyhine görüş beyan etmemesi şeklinde ifade edebileceğimiz “maddi anlamda tarafsızlık”tır. Kuşkusuz bu ikinci halde, bilirkişinin kendisine verilen görev ya da sorulan sorular kapsamında, özel veya teknik bilgi gerektiren hususlardaki görüşü bu kapsamda değerlendirilemez⁶.

Yargıtayın muhtelif içtihatlarında da bilirkişinin tarafsızlığına vurgu yapılarak “tarafsız bilirkişi” deyiminin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir⁷.

Türk Ceza Kanununun 277. maddesinde düzenlenen “yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığın etkilemeye teşebbüs suçu” ve Türk Ceza Kanunu’nun 288. maddesinde düzenlenen “adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu” ile de bilirkişiyi baskı altına alma, etkileme amacıyla yapılan birtakım davranışlar yaptırıma bağlanmıştır. Tüm bu suç tipleri dikkate alındığında, hukukumuzda bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının koruma altına alındığı şüphesizdir.

Anayasa’nın 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta

⁴ “Raporu hükme dayanak yapılan bilirkişi orman mühendisi Z. Ç.’in Aybastı Orman Şefliği’nde orman muhafaza memuru olarak görev yapması sebebiyle tarafsız sayılamayacağı gözetilmeden düzenlenen rapora itibarla yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 3. CD., 2.11.2006, 2006/1917, 2006/8012; “Bilirkişi olarak mahkemece tayin edilen ve raporu hükme dayanak yapılan orman mühendisi Vedat’ın Orman Bakanlığına bağlı ağaçlandırma Müdürlüğünde görevli olduğunun keşfi zaptında tespit edilen kimliğinden anlaşılmamasına, dolayısıyla tarafsız sayılamayacağına Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin yerleşmiş içtihatlarında da orman ve ormancılıkla ilgili davalarda bilirkişilerin serbest orman mühendislerinden seçilmesi gerektiğinden benimsenmesine göre ağaçlandırma müdürlüğünde çalışan ve tarafsız olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi” Yarg. 3. CD., 21.10.2003, 2003/4729, 2003/6258; “Uçuş konu eserlerin tarafsız bilirkişiye tevdi ile özellik ve niteliklerinin belirlenmesi gerektiğinden, müdahale dairesine bağımlı bilirkişilerce düzenlenen rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 11. CD., 24.3.1999, 1999/1497, 1999/3099.

⁵ Diğer bir örnek de moleküler genetik incelemeler yapabilecek kişiler bakımındandır. Moleküler genetik incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamin soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir biriminde mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler (CMK.m.79/2). Teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılırlar (Beden Muayenesi Yönetmeliği m.13).

⁶ Tarafsızlık, bilirkişiyeminde zikredilen hususlardan biridir. İl adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenen listelere kaydedilen bilirkişiler, komisyon huzurunda “Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim” sözlerini tekrarlayarak yemin ederler. Listelerde yer almamış bilirkişiler ise, görevlendirildiklerinde kendilerini atamış olan mercihuzurunda Kanun’da öngörülen biçimde yemin ederler.

⁷ “Sanığın aşamalarda suça konu yerin köy tüzel kişiliğine ait olmadığını savunması ve teknik bilirkişi raporunda tescil dışı bırakılan yer olduğu belirtilen suça konu taşınmazın T.C.K.nun 154/2. maddesinde sayılan öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş mera, harman yer, yol ve sulak gibi yerlerden olup olmadığı ve niteliği kuşkuyla neden olmayacak şekilde belirlenmediğinden, taşınmazın vasfı tarafsız bilirkişi ve tanıklardan sorulup kesin olarak saptandıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayini gerektiğinden gözetilmemesi” Yarg. 8. CD., 11.10.2012, 2011/9688, 2012/30336; “Uçuş konusu eserler üzerinde tarafsız bilirkişinin incelemesi yaptırılarak, eserlerin tasnif ve tescille tabırlanmadıkları, müzelik veya etüdlük durumda bulunup bulunmadıklarının tespiti gerektiğinden, hazırlık soruşturması sırasında müze elemanlarıncada düzenlenen yemin iş mütalaaaya dayanılarak hüküm kurulması” Yarg. 11. CD., 8.10.1996, 1996/1850, 1996/1722; “Dava konusu yabancı menşeli sigaralardan; Tekel tarafından ithal edilmeyenlerin, konusunda uzman tarafsız bilirkişinin marfetiyle CİF değerlerinin tespiti ettirilmesi” Tekel tarafından ithal edilenlerin ise, bildirilen CİF değerlerine göre Gümrük İdaresine, gümrüklenmiş değerlerinin hesaplatılarak hükme esas alınması gerektiğinden, Tekel tarafından bildirilen CİF değerlerin dikkate alınmaması ve davada taraf olan Gümrük İdaresinin müdahale müzekkeresi içinde gönderdiği kaçak eşyaya mahsus tesbit varakasındaki CİF ve gümrüklenmiş değerler üzerinden eksik soruşturma yazılı şekilde hüküm tesisi” Yarg. 7. CD., 9.5.1994, 1994/3307, 1994/5436; “Tanıklarda bulunan silahlarla, taciz atışında elde edilen birkaç boş kovanın itibarıyla TCK. 125. maddesindeki suçun oluşumu için yeterli değildi. Kaldı ki yaptırılan ekspertiz raporu da tarafsız bilirkişi raporu değildi” Yarg. CGK., 17.2.1998, 1998/9-11, 1998/35.

belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir” denilerek, hukuk devleti Türkiye Cumhuriyeti’nin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Hukuk devleti, en basit tanımıyla, devletin iş ve eylemlerinin hukukla sınırlanması demektir. Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti; “... eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar” (Anayasa Mahkemesi Kararı, 2015/94 E. 2016/27K., 07.04.2016).

Ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, iptali talep edilen ibareler, yargı görevinin bir unsurunu oluşturan bilirkişilik görevinin bağımsız ve tarafsızlığını zedelediğinden Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, “... eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.” (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27). Anayasa tarafından güvence altına alınan mahkemelerin bağımsızlığına yönelik doğrudan müdahale anlamına gelen düzenleme, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınmamış olunması, insan haklarına saygıyı zedeleyen, insan haklarını değil koruyup güçlendirme insan haklarının en önemli koruma mekanizması olan yargıya müdahale anlamına gelmektedir. Bu sebeple düzenleme Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

Öte yandan hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır. Anayasa’nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, temel bir haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bilirkişilik kurumu da, muhakemenin adil bir neticeyle sonuçlandırılması bakımından önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Hukuk, ceza ve idari pek çok yargılamada, dava konusu uyuşmazlığın çözümü bilirkişi görüşü yardımıyla mümkün olabilmekte, hatta bilirkişi raporlarında ileri sürülen görüşler, yargılama merci tarafından uyuşmazlığın çözülüp kesip bir yargıya ulaştırılmasında çoğu zaman birinci derecede rol oynamaktadır. Bu sebeple, muhakemenin adil bir şekilde neticelenmesi açısından, bilirkişinin bağımsız ve tarafsız olması hayati önem taşımaktadır. Bilirkişinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyici düzenlemeler sebebiyle, bilirkişilik kurumunun düzenlemesinde siyasi öğeler ve maksatlar ön plana çıktığında, yargılamaların bundan olumsuz bir şekilde etkileneceği açıktır. Bu sebeple, bireylerin hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yönünden bilirkişilik kurumunun her türlü siyasi baskıdan arı bir şekilde düzenlenmesi çok önemlidir. Bu durumu zedeleyici düzenlemeler, adil yargılamayı etkileyebilecek bir mahiyet arz ettiğinden, bireylerin Anayasa’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına müdahale niteliği taşıyacaktır.

6754 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2) 6754 sayılı Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "hukuk alanı dışında" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişilik siciline ve listesine eklenmesini ancak hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmesi koşuluna bağlamaktadır.

Özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamak üzere belirli bir konunun tetkiki için muhakeme makamlarınca görevlendirilen ve bilgisiyle, uzmanlığıyla yahut hayat tecrübeleriyle, görevlendirildiği konuya ilişkin olgu ve olayları değerlendirip sonuç çıkarabilen ve bu suretle delillerin değerlendirilmesinde muhakeme makamlarına yardımcı olan kimseye bilirkişi denir. Bilirkişi tarafından yapılan görev ise bilirkişilik olarak adlandırılmaktadır. Çözümü uzmanlık gerektiren konulara ilişkin, yetkili mercilerin görevlendirmesi üzerine, bilirkişinin sunduğu görüşe de bilirkişi mütalaası (görüşü) adı verilir.

6754 sayılı Kanun'un 10. maddesi, bilirkişiliğe kabul şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, bilirkişilik faaliyetinde bulunacak gerçek kişilerde şu şartlar aranmaktadır: a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak.

b) Daha önce kendi isteği dışında bilirkişilik sicilinden çıkarılmamış olmak.

c) Disiplin yönünden meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış ya da sanat icrasından veya mesleki faaliyetten geçici ya da sürekli olarak yasaklanmamış olmak.

ç) Başka bir bölge kurulunun listesine kayıtlı olmamak.

d) Bilirkişilik temel eğitimini tamamlamak.

e) Bilirkişilik yapacağı uzmanlık alanında en az beş yıl fiilen çalışmış olmak ya da daha fazla çalışma süresi belirlenmiş ise bu süre kadar fiilen çalışmış olmak.

f) Meslek mensubu olarak görev yapabilmek için mevzuat tarafından aranan şartları haiz olmak ve mesleğini yapabilmek için gerekli olan uzmanlık alanını gösteren diploma, mesleki yeterlilik belgesi, uzmanlık belgesi veya benzeri belgeye sahip olmak.

g) Bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen yeterlilik koşullarını taşımak.

10. maddenin dördüncü fıkrasına göre ise hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını

belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemeyeceği kabul edilmektedir.

Bilirkişi, uyuşmazlığın esasını oluşturan ya da tali özellik taşıyan bir konuda, mesleki tecrübelerini, teknik bilgisini kullanarak muhakeme makamlarına yardımcı olmaktadır. Hâkim, olayın sübutuna ilişkin, mevcut delillerin değerlendirilmesinde, bilirkişinin görüşünden yararlanır. Hâkimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkân yoktur. Hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir. Bu nedenle hâkim, diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç olunan bu teknik ve bilimsel bilgilerin, uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki bilgisiyle istişari yardımda bulunmaktır. Çünkü hâkim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenemez. Bu özellikleri itibarıyla bilirkişinin, yargılama makamlarının yardımcısı olduğu ifade edilmelidir.

Bilirkişiliğe, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda başvurulabilir. Bu sebeple, 6754 sayılı Kanun'un 3/3 maddesinde; "genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" hükmüne yer verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da; "genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz". Aynı kurala, Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 266. maddesinin birinci fıkrasında da rastlamak mümkündür.

Görüldüğü gibi, bu kural 6754 sayılı Kanun ile mevzuatımıza girmiş değildir. 6754 sayılı Kanun öncesindeki dönemde ve hali hazırda Ceza Muhakemesi Kanunu ve Hukuk Muhakemesi Kanunu'nda yer alan bir kuraldır. Bununla birlikte, tatbikatımızda hukuki bir problemin çözümü için de bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu uygulamanın tatbikamızda geçerlik ve yaygınlık kazanmasının çeşitli sebepleri vardır. Hakimlik mesleğine ilişkin eğitimlerin kalitesinin yeterli olmaması, mahkemelerin yeteri kadar ihtisaslaşmaması, iş yükünün fazlalığı, hâkimlerin dosyayı yeteri ve gereği kadar inceleyememeleri, mahkemelerin verecekleri karara gerekçe oluşturmak istemesi, hatalı karar vermekten çekinmeleri gibi hususlar uygulamada mahkemeleri, hukuki konularda da bilirkişi görüşüne müracaat etmeye iten sebeplerden yalnızca bazılarıdır.

Bu sebeple kuralın, hukukun özel bir uzmanlık gerektirmeyen ve hâkimin genel hukuk bilgisiyle çözümlenebileceği konularla sınırlı olarak yorumlanması ve bu şekilde tatbik edilmesi kaçınılmazdır. Hukukun ihtisaslaşma gerektiren (örneğin sermaye piyasası hukuku, çocuk hukuku, bankacılık hukuku, fikri mülkiyet hukuku, marka hukuku, aktüerya, iş alacakları tazminat hesapları, sigortacılık işlemleri gibi) bazı alanlarında ise, hâkimin genel hukuk bilgisiyle çözemeyeceği ve/veya o alana özgü teknik bilgilerin hukuki yorumuna ihtiyaç duyulduğu pek çok durumla karşılaşılabilir. Bu gibi hallerde hâkim, ihtisaslaşma gerektiren konularda ortaya çıkan sorunların çözümü için pek tabi hukukçu bilirkişiye başvurabilmelidir, nitekim uygulamada da bu şekilde cereyan etmektedir.

Yargıtay içtihatlarında da isabetli olarak, hukukun ihtisaslaşma gerektiren bazı alanlarında, konusunda uzman hukukçu bilirkişinin görevlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bankacılık zimmeti suçuna ilişkin bir kararında, Yargıtay 7. Ceza Dairesi; "sanığın zimmet eylemleri sırasında bankadaki görevinin ne olduğunun, zimmet suçunun faili olup olamayacağının belirlenebilmesi için, saptanması gerekir. Dosyanın, üniversitelerde bankacılık konusunda uzmanlaşmış bir öğretim görevlisi, bir ceza hukukçusu ile bankacılık konusunda

fiilen görev yaparak uzmanlaşmış bir kişiden oluşturulacak bilirkişi heyetine verilerek; zimmete konu her bir işlemin normal bir denetimle ortaya çıkarılabilecek nitelikte olup olmadığı, müşterilere karşı her bir eyleminin ayrı ayrı tespiti, basit ve nitelikli zimmet olarak mal edinilen miktarların da ayrı ayrı saptanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir”⁸ şeklinde hüküm kurmuştur⁹. Bunun gibi, Yargıtay’ın, sermaye piyasası hukuku, marka hukuku alanlarında, hukukçu bilirkişinin tayin edilebileceğini belirten kararları vardır¹⁰.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, hukukun ihtisaslaşma gerektiren bazı alanlarında teknik kavramların hukuki yorumuna ihtiyaç duyulabileceği gibi, bu durumlar bilhassa Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suç tipleri bakımından da pek tabi mümkün olabilir. Örneğin, ihaleye fesat karıştırma suçunda (Türk Ceza Kanunu m. 235), suçun unsurlarının sağlıklı bir şekilde tespiti için, ihale mevzuatının iyi bilinmesinde fayda vardır. Ancak ceza hâkiminden, ihale mevzuatını çok iyi bilmesi beklenemez. Benzer şekilde, bilişim sistemine girme suçunda (Türk Ceza Kanunu m.243) da, bilişim sistemi kavramının Türk Ceza Kanunu anlamında kapsamı belirlenmeden, suçun unsurları hakkında bir değerlendirme yapabilmek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu türdeki suçların unsurlarının tespitinde, bazı teknik kavramların hukuki olarak yorumlanması gereği ortaya çıkabilir. Bu durumlarda da, konusunda uzman hukukçu kişilerin (gerekirse konusunda uzman teknik bilirkişi ile birlikte) bilirkişi olarak tayin edilebileceği şüphesizdir.

Bu bakımdan, 6754 sayılı Kanun’un 3/3 maddesinde; “genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz” kuralı, hukukçuların bilirkişilik yapamayacağı şeklinde yorumlanmamalı, bu hükümden böyle bir sonuç çıkartılmamalıdır.

6754 sayılı Kanun’un 10. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, “hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine

⁸ Yarg. 7. CD., 17.2.2010 tarih 2009/9019, 2010/2085.

⁹ “C... Dayanıklı Tüketim Malları An. ve T.ö. Ltd. Şti’nin mahkemece zimmet kabul edilen kredilerle orantılı kredilerle olup olmadığı, krediyi alan C... Ticaret ve kredilerin aktarıldığı iddia edilen O... Marketing Co Ltd. ve ... İç ve Dış T.ö. Ltd. Şti’lerinin mal durumları, yıllık bilançoları v.s. araştırılarak bu firmaların tamamen paravan olup olmadıkları, davaya konu üç kredinin kullanılmasında paraların iddianamede belirtilen şirketler arasında nasıl dolaştığı, kredi kullandırım talimatları, kredi ödemeleri ve dolaylı aktarım olduğu iddia edilen işlemlere dair belgelerdeki yetkilendirmeler, imzalar ve hesap hareketlerinin incelenmesi ile davaya konu işlemlerin bankacılık mevzuatına uygun olup olmadığının belirlenmesi için dosyanın üniversitelerden bankacılık konusunda uzmanlaşmış öğretim görevlisi ceza hukukçusu ile bankacılık konusunda fiilen görev yaparak uzmanlaşmış kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetine tevdi ile banka kayıtları ve tüm evraklar incelenilerek ne şekilde bankanın zarara uğratıldığı ve varsa zimmet miktarı ile belgelerdeki imzaları ve yaptıkları işlemler ile görev sürelerine göre her bir sanığın ne miktarda zarardan sorumlu bulundukları konularında ayrıntılı rapor alınıp ve varsa zimmetin niteliğinin tespit edilmesi ile gösterilen savunma tanıkları da dinlenilerek sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gereken banka müfettişi ve bankalar yemini/murakipları tarafından düzenlenen raporlarla yetiştirilip eksik soruşturma ile karar verilmesi” Yarg. 7. CD., 11.11.2010, 2010/3908, 2010/15891.

¹⁰ “Sermaye Piyasası Kurulu’nun 15.07.2003 tarihli raporuyla Türk Hava Yolları hisse senedinde 02.04.2001-27.04.2001 tarihleri döneminde görülen olağan dışı fiyat ve miktar hareketlerine ilişkin yapılan incelemeler sonucunda sanıklar hakkında 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47/A-2 gereğince cezalandırılmaları istemiyle dava açıldığı anlaşılmakla; sanıkların kısa zaman aralıklarıyla gün içinde yapılan işlemlerin ne amaca yönelik olduğu, değişik aracı kurumları kullanarak yaptıkları işlemlerin olağan kabul edilip edilemeyeceği, birlikte hareket edip etmediklerinin tespiti, birlikte hareket ettikleri tespit edilmiş takdirde bu hareketin yapay fiyat ve piyasa oluşturmaya yönelik eylemler olup olmadığının belirlenmesi yönünde sermaye piyasası hukuku konusunda uzman bilirkişinin kurulundan rapor alınarak yazılı şekilde eksik inceleme ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi” Yarg. 7. CD. 14.2.2008, 2005/8229, 2008/1117; “Davaya konu tescilli markayla ilgili olarak Ankara Asliye Ticaret Altıncı Mahkemesinde 2000/816 Esas sayısıyla açılan “marka hakkında tecavüzün durdurulması, maddi ve manevi tazminat davası” dosyası ile Asliye Ticaret Yedinci Mahkemesinin 2000/1047 Değişik sayılı tespiti dosyası celbedilerek, Yargıtay denetimine olanak sağlayacak şekilde “Ankara Tercih Dersanesi” baresinin kullanıldığını gösteren broşür, gazete ilanı, fotoğraf ve antetli kağıt gibi görsel malzemelerin de dosyaya konulmak suretiyle, eğitim hizmetleri alanında markası olarak 20.08.1998 tarih ve 193676 numara ile on yıl süreyle tescil edilen “TMD” harfleri ve “Tercih Dersanesi 1992” bareleri kullanılan müştekiye ait tescilli marka ile sanığın eğitim alanında ve dersanecilik faaliyetinde kullandığı “Ankara Tercih Dersanesi” bareli markanın, marka hukuku konusunda uzman bilirkişi ile marka uzmanından oluşturulacak bilirkişi heyetine incelenilerek, sanığın kullandığı markanın müştekinin kullandığı tescilli marka hakkını ihlal edip etmediği hususunda rapor alındıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi” Yarg. 7. CD., 16.5.2006, 2003/15355, 2006/7772.

kaydedilemeyeceği” yönündeki hüküm bu yönüyle sakıncalıdır. Çünkü bu düzenleme, belirlilik ilkesi yönünden mahzurlar taşımaktadır. Düzenlemenin lafzı itibariyle açık ve belirlilik ilkesine uygun olmaması sebebiyle, hukukçu kimselerin bilirkişilik yapamayacağı şeklinde bir algılama ve yoruma yol açabilecek niteliktedir. Halbuki, yukarıda izah ettiğimiz gibi, hukukçu kimseler de bilirkişilik yapabilir. Bu yönüyle, getirilmek istenen ile hükmün düzenleme tarz arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğu açıktır. Düzenlemenin konuluş gayesi göz önüne alındığında, hükümde “hukuk alanı dışında” ibaresi yerine, belirlilik ve açıklık ilkelerine uygun şekilde “temel hukuk bilgisi dışında, ayrı ve özel bir uzmanlığa sahip olduğunu” şeklinde bir ibareye yer verilmesi gerekirdi.

Yasaların belirlilik ve açıklık ilkesine uygun şekilde düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, “... eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar” (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27).

6754 sayılı Kanun'un 10. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, “hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemeyeceği” yönündeki hüküm, hukukçu kimselerin bilirkişilik yapamayacağı şeklinde bir algılama ve yoruma yol açabileceğinden, yasaların belirlilik ilkesine uygun şekilde düzenlenmesi gerekliliğine ve bu anlamda Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, hükmün belirlilik ilkesine uygun bir tarzda düzenlenmemiş olması sebebiyle, getirilen hüküm kapsamında hukukçu kimselerin bilirkişilik yapamayacağı şeklinde bir algılama ve yorum ortaya çıkabileceğinden, bu durum uygulamada, bireylerin hak arama hürriyetleri yönünden bir sınırlamaya yol açacaktır.

Hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesiyle yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, temel bir haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Getirilen düzenleme, lafzı itibariyle, bireylerin tarafı oldukları davalarda, muhakemenin sonuçlandırılması ve adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi bakımından, uyuşmazlık konusuyla ilgili hukukçu bilirkişinin görüşünü talep etme hakkını ortadan kaldıracak niteliktedir. Zira, davanın tarafları, haklılıklarını tescil etmek, ileri sürdükleri savları desteklemek ve nihayetinde muhakemenin adil bir şekilde sonuçlanmasına sağlamak için hukukun özel bir alanında uzman hukukçu bilirkişinin görüşünün alınmasını muhakeme makamlarından talep ettiklerinde ve bu talep getirilen düzenleme gerekçe gösterilerek reddedildiğinde, bilirkişilik kurumu işlevselliğini yitirecek, Kanun ile getirilen düzenleme de

amacına ulaşamamış olacaktır. Keza yargılama makamları da, uyuşmazlığın çözümü bakımından tali bir hukuki uyuşmazlık gündeme geldiğinde, iptali istenen düzenleme nedeniyle, uyuşmazlığın çözümü için hukukçu bilirkişilerin görüşünü almaktan imtina edebilecektir. Getirilen düzenleme bu şekilde yorumlanıp uygulandığında, yargılama makamlarının yardımcısı olan bilirkişilik kurumundan beklenen fayda sağlanamamış olacak ve yargılamanın adil bir şekilde sonuçlandırılmasına katkı sağlanamayacaktır. Yargılamaların adil bir şekilde sonuçlandırılmasına önemli bir engel teşkil edecek bu durum, aynı zamanda bireylerin adil yargılanma hakkı kapsamında hak arama hürriyetlerinin ihlali anlamını da taşıyacak olması bakımından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

6754 sayılı Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "hukuk alanı dışında" ibaresi Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin 6754 sayılı Kanun'un Anayasaya aykırı gördüğümüz maddelerinin anayasa uygunluğunu incelemesi ve esastan karara bağlaması zaman alabilecektir. Yargı denetimi yürütme organının hukuk devleti sınırları içinde kalmasını sağlayan en etkili araçtır. Olağanüstü hallerde yargı denetiminin önemi daha da artmakta, devlet organlarının işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması, yasama organının Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özellikle önem taşımaktadır.

İptalini istediğimiz 6754 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırılık oluşturan sonradan giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı açık olduğundan, ayrıca Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda iptal kararı vermesi durumunda bu kararının sonuçsuz kalmaması amacıyla kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

24.11.2016 tarihli ve 29898 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 6754 sayılı "Bilirkişilik Kanunu"nun;

1) 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine,

2) 10. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "hukuk alanı dışında" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine,

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

“ ...

Davacı vekili ibraz etmiş olduğu dava dilekçesinde özetle; müvekkil kurum sigortalısının 19/02/2002 tarihinde, davalı ile aralarında geçen bir kavga sırasında ateşli silahla yaralanması sonucu aynı tarihte vefat ettiğini, müvekkil kurum tarafından müteveffa sigortalının hak sahiplerine toplam 21.047,29 TL tutarında peşin sermaye değerli gelir bağlandığını ve 60,00 TL cenaze masrafı ödendiğini; sigortalının ölümü nedeni ile açılan Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin ilgili dosyası üzerinden davalının kasten adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verildiğini, kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiğini beyanla HMK madde 107/1 gereğince şimdilik 5.006,00 TL'nin gelir onay ve ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ibraz etmiş olduğu cevap dilekçesinde özetle; davacı tarafından Aylık Kesme + İstirdat yapılması gerekirken, 6100 sayılı HMK ve yerleşik Yargıtay İçtihatlarına aykırı olarak Belirsiz Alacak Davası açılmış olduğundan reddi gerektiğini, davacının talep etmiş olduğu alacakların ancak 3. kişilerden talep edilebilecek olduğunu, müvekkil davalının üçüncü kişi olmadığını, bu sebeple davacı kurum tarafından yapılan peşin sermaye değerlerinin müvekkil davalıdan talep edilemeyeceğini, davacının müvekkil aleyhine yapmış olduğu borçlandırıcı işlemin geçersiz olduğunu, davanın zamanaşımına uğramış olduğunu beyanla davanın reddi ile yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

İTİRAZA KONU UYGULAMA

Mahkememizin iş bu yargılama dosyasında; davacı tarafın, suça konu olayın maktulü olan sigortalı müteveffanın mirasçılarına yapmış olduğu ödemelerden kaynaklı olarak, kusuru doğrultusunda, rucü ederek borçlu-sanıktan alacaklarını talep ettiği; bu alacak iddialarının da hesaplama neticesinde belirlenebilir olması sebebiyle hesap bilirkişisi görevlendirilmesine karar verildiği; hesap bilirkişisinin de, iş ve sosyal güvenlik mevzuatının kapsamlı ve geniş yapısından kaynaklı olarak yargıtay içtihatları ve hukuki teknik konuların daha iyi değerlendirilebilmesi ve yargılamaya konu ceza mahkumiyeti kararı içerisinde haksız tahrik hükümleri uygulandığı, bu hususunda hesaplama değişkenliğe sebebiyet verebileceği için de hukuk öğrenimi görmüş hesap bilirkişisi olmasına karar verildiği; İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulunun 26/12/2017 tarihli 2018 yılı bilirkişiliğe kabul edilenleri ilan ederek belirlediği; Bölge Kurulunun belirlediği ilan içerisinde mahkememiz yargılamalarında hesap bilirkişisi olarak görevlendirilebilecek, daha önce mahkememizce çalışılan hukuk öğrenimi görmüş herhangi bir kişinin bulunmadığı görülmüş; ilgili ilanda hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi listesinde yer almamasının nedeni olarak da, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 10/4. maddesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1. maddesinin son cümlesindeki hükümlerinin varlığı (uygulaması) olduğu, mahkememizce anlaşılmıştır.

Bu kanun maddelerinin varlığı, yürürlüğü sebebiyle hukuk öğrenimi görmüş hesap bilirkişilerinin mahkememizce görevlendirilemeyeceği anlaşılarak, ara karardan rücu edilmiştir.

Mahkememizce, hukuk öğrenimi görmüş hesap bilirkişisi görevlendirilememesi ve Bilirkişilik Daire Başkanlığınca ayrıca iş ve sosyal güvenlik hesaplamaları yönünden alt uzmanlık başlığı oluşturulmaması ve Bölge Kurulunun da uygulamaya yönelik iş ve sosyal güvenlik hesaplamaları açısından bilirkişileri belirlemediği görülerek, liste dışından

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

görevlendirme yapılması mahkememizce düşünülmüşse de; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesi ile 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. maddesi uyarınca, liste dışından görevlendirilmenin, ancak yine belirlenen listenin oluşturulmasına esas uzmanlık alanları yönünden olabileceği, Daire Başkanlığı tarafından belirlenen uzmanlık alanı dışına çıkılamayacağı anlaşılarak görevlendirme yapılamamış ve hesap bilirkişisi görevlendirme ara kararından da rücu edilmiştir. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun Temel İlkeler başlıklı “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.” şeklindeki 3/8. maddesi mahkememizce düşünülerek, uyap sistemine entegre edilen yargılamaya konu hesap raporunun oluşturulmasını gerektirecek herhangi bir bilişim sistemi veya yazılımı olup olmadığı kontrol edilmiş, mahkememizce yapılan kontrol sonrasında uyap sisteminde yargılamaya konu uyumsuzluğu çözecek şekilde bir bilişim sistemi veya yazılımı olmadığı görülmüş; bu haliyle davacı tarafın iddiasına konu hesaplamanın yapılması açısından fiili ve kanuni sınırlamanın-yasaklamanın olduğu, davacı tarafın iddiasının hesaplanmasının mümkün olmadığı ve mahkememizce serbestçe hukuk öğrenimi görmüş hesap bilirkişisi görevlendirme ve seçim hakkının kullanılmadığı tespit edilmiştir.

Yukarıda belirtilen durumların yaşanması neticesinde, aşağıdaki kanun maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varılarak, itiraz başvurusuna gidilmiştir.

İTİRAZA KONU KANUN MADDELERİ

1) 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 10/4. maddesi; “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmedikçe, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde; hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında başka bir uzmanlığını belgelendirmesi halinde ve yine hukuk alanı dışındaki uzmanlık alanına yönelik olarak bilirkişilik yapabileceği; hüküm kurma yetkisinin münhasıran Anayasa normu olması sebebiyle hâkimlerde olduğu; çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında bilirkişiye başvurulmaması gerektiği; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerin hâkim tarafından yapılması gerektiği; gereksiz yere bilirkişi atamaları yapılarak yargılama masraflarının ve sürelerinin arttırıldığı sebepleri ile bilirkişi kurumunu gerçek fonksiyonuna ulaştırmak ve bilirkişi adaleti kavramı ve uygulamasını ortadan kaldırmak için, iş bu düzenlemenin getirildiği belirtilmiştir.

Bilirkişi Yönetmeliğinin 38/4. maddesi de, yukarıda belirtilen kanun maddesi ile aynı hükümleri içerir şekildedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1. maddesinin son cümlesi; “(Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen Kanun ve yönetmelik maddeleri içerisinde “ayrı bir uzmanlık” ibaresinin yer aldığı; ancak çıkartılan bilirkişi yönetmeliğinde de bu uzmanlığı oluşturacak belgelerin ne olduğu belirtilmemiştir.

Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan 29 Kasım 2017 Tarihli Bilirkişiliğe Kabule ve Bilirkişilik Başvuru Usul ve Esaslarına İlişkin Duyurunun Başvuru Şartları Başlığının 3. maddesi; “ Hukuk öğrenimi görmüş kişiler EK-1 de yer alan temel ve alt uzmanlık alanlarında, birinci maddede aranan şartları taşımak ve temel ve alt uzmanlık alanlarına göre EK-2 de yer alan niteliklere sahip olmak kaydıyla, bilirkişilik sicili ve bilirkişi listelerine kayıt için başvuruda bulunabilirler. ” şeklindedir. İlgili duyuru ile Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, bilirkişi sicili ve bilirkişi listesine kayıt olabilmesi için aranan şartlar belirtilmiştir.

İlgili duyurunun EK-2 başlıklı listesi içeriğinin incelenmesinde; Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında bilirkişi sicili ve bilirkişi listesine kayıt olabilmesi için, “ayrı bir uzmanlık” şartının, Hukuk Eğitimi dışındaki başka bir Lisans ya da Önlisans diploması ile mümkün olacağı belirtilmiştir.

2) 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun Temel İlkeler başlıklı 3/8. maddesi; “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

3) 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. maddesi; “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurulları bilirkişilik listelerinden, burada da bulunmaması hâlinde, 10 uncu maddenin (d), (e) ve (f) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

4) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesi; “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada da bulunmaması hâlinde, Bilirkişilik Kanununun 10 uncu maddesinin (d), (e) ve (f) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

ANAYASAYA AYKIRILIK MADDELERİ

1) Bu yukarıda belirtilen düzenlemeler ışığında; Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, ancak hukuk eğitimi dışındaki başka bir Lisans ya da Önlisans diplomasına sahip olmaları halinde, bilirkişi sicili ve bilirkişi listesine kayıt olunacağı ve hukuk alanı dışında bilirkişi olarak görevlendirilebileceği; bilirkişilerin taşınması gereken şartlar ve görevlendirme ve seçilme usulleri düzenlenmiştir.

- 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 10/4. maddesi,

- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1. maddesinin “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.” şeklindeki son cümlesi,

- 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 3/8. maddesinin “veya çözülebilen sorunlar” şeklindeki ibaresi,

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

- 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. maddesinin “uzmanlık dalında” şeklindeki ibaresi,

- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesinin “uzmanlık dalında” şeklindeki ibaresi,

Aşağıda ayrıntıları açıklanacağı üzere,

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Cumhuriyetin Nitelikleri başlıklı 2. maddesi olan “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yargı Yetkisi başlıklı 9. maddesi olan “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’ sının Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10/5. maddesi olan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) (2) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’ sının Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddesi olan “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’ sının Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36/1. maddesi olan “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’ sının Çalışma Hakkı ve Ödevi başlıklı 48. ve 49/1-2. maddesi olan “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” şeklindeki hükmüne;

- 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Mahkemelerin Bağımsızlığı başlıklı 138/1 ve 2. maddesi olan “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” şeklindeki hükmüne AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTE ve İPTALLERİ GEREKMEKTEDİR.

2) Aykırılık itirazlarından önce; mahkememiz ve diğer ihtisas hukuk mahkemeleri yargılamaları ve hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk yargılamalarındaki bilirkişiliği hakkında açıklama yapmak gerekirse;

Günümüzde, hukuk eğitiminin kendisi, tek başına bir ‘uzmanlık alanı’dır. Özellikle Özel Hukuk ve Kamu Hukukunun alt başlıklarında yer alan ve kendine özgü kuralları ve yargılama usulleri olan hukuk dalları bizatihi özel uzmanlık alanlarıdır. Hukuk Fakültelerinde her dersin öğretim üyesi; o derse ilişkin hukuk dalında yüksek lisans, doktora eğitimi tamamlayıp, akademik titre sahip olmakta ve eğitimi aldığı hukuk dalında ders vermekte, bu dalın uzmanı sayılmaktadır. Bu durumun da gösterdiği gibi; hukuk eğitimi daha üniversite yıllarından itibaren ayrılmakta ve farklı farklı uzmanlık alanlarına bölünmektedir. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, belirtilen bu uzmanlık alanlarına ilişkin üniversite yıllarında temel eğitimlerini almakta olup; meslek hayatları içinde kendilerini geliştirerek temel eğitimlerini, uzmanlık alanlarına dönüştürmektedirler.

Mahkememiz nezdinde anlatmak gerekirse de; Ülkemizde son 20 yıl içerisindeki İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan kaynaklı yargılamaların sayısının artması ve yargılamanın mahiyetinin ve öneminin özel bir uzmanlığı gerektirmesi, Yargıtay Hukuk Dairelerine gelen dosya sayısının yaklaşık %40’ının iş yargılamalarından kaynaklı olması sebepleriyle İş Mahkemesi şeklinde ihtisas mahkemelerinin ihdas edildiği; İş Mahkemeleri içerisinde de, bireysel işçilik alacakları ile ilgili uyuşmazlıklarda ve Sosyal Güvenlik hakları ile ilgili uyuşmazlıklarda yetkili İş Mahkemeleri şeklinde de ayrımlara gidilmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, İş Mahkemeleri uzmanlık gerektiren özel ihtisas mahkemeleridir. Bunun yanı sıra, diğer ihtisas mahkemeleri (İcra, Aile, Ticaret, Tüketici, Fikri Sınai) de, uzmanlık gerektiren özel mahkemelerdir.

Ayrıca, Yargıtay’ın da kendi içerisinde; ihtisaslaşma ile farklı farklı yargılama konularına bakan daireler şeklinde örgütlendiği, bu durumun da yapılan yargılamaların uzmanlık gerektirmesinden kaynaklandığı; aksi takdirde, her dairenin her türlü uyuşmazlığa bakması halinin oluşacağı; bu durumun uzmanlaşmama, içtihat birliğinin oluşturulamaması ve hukuki güvenirlik ilkesinin zedelenmesi sonuçlarını da doğuracağı açıktır.

İş Mahkemelerinde görevlendirilen hakimler; yıllar içerisinde, içerik olarak birbirinden farklı binlerce dava görüp, iş yargılamalarında uzmanlaşmakta ve ayrıca Türkiye Adalet Akademisi, Yargıtay ve Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından değişik zamanlarda meslek içi eğitimlere alınarak, uzmanlıklarını geliştirmektedirler.

Bilirkişiler yönünden ise; yıllarca iş ve sosyal güvenlik yargılaması içerisinde yer alan, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında görev yapan serbest veya kamu çalışanları arasından seçildikleri; öncelikle hukukçu, hukukçunun uzmanlık alanının dışında spesifik mali konuların bulunması halinde de (Defter ve Belge İncelemesi vb.) mali müşavir ya da muhasebe işlemlerinden anlayan başka kişilerin görevlendirildiği görülmektedir.

Bilirkişi olarak, Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin görevlendirilmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1/1. ve 2. cümledeki “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. (Değişik cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” şeklindeki hükmüne ve 279/4. “Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz.” şeklindeki hükmüne aykırı olduğu şeklindeki gerekçeler ile yasaklayıcı-sınırlayıcı kanuni düzenlemeler yapılmışsa da, bu

şekilde bir görevlendirmenin aslında herhangi bir hükme aykırılık teşkil etmediği açıktır. Şöyle ki;

İş ve Sosyal Güvenlik Mahkemelerinde hesap bilirkişiliği yapan hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hesap raporlarında; muhasebesel bir inceleme yaparken, iş ve sosyal güvenlik mevzuatının kapsamlı ve geniş yapısından kaynaklı olarak yargıtay içtihatları ve hukuki teknik konuları değerlendirilip (zamanaşımı ve hakdüşürücü süre vb.) rapor sundukları bilinmektedir. Daha doğrusu, işin gerekliliğinden kaynaklı olarak hesap raporu sunulabilmesi için, iş hukukunun doktrinsel ve içtihatısal özel bilgilerine sahip olmak bir zorunluluktur. Sunulan raporlarda, dosya içerisindeki başka delillerden (Tanık, emsal ücret araştırması vb.) belli başlı kabuller yapılarak, bir değerlendirme(örneğin ihtilaflı ücret - hizmet süresi gibi) ve sonuca varılmaktadır. Bu tür kabullerin yapılması da, mevzuatsal ve içtihatısal bilgi neticesinde oluşan değerlendirmeyi barındırmaktadır. Bu değerlendirmeler yapılmadan, hüküm kurmaya yeter düzeyde bir raporun ortaya çıkması mümkün değildir.

Mahkemelerimizde bilirkişi olarak görev alan hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, raporlarında yapmış oldukları kabul ve analizler, hesap raporuna ilişkin neticenin ortaya çıkmasına yöneliktir. Ayrıca bu kabul ve analizler, hakimler tarafından raporun mevzuata ve içtihatlara uygun düzenlenip düzenlenmediğinin kontrolünün yapılması noktasında da önem arz etmektedir.

Bu bilirkişiler; talep ve savunmaları yargılama sırasında toparlayıp, hakimin hükmünü oluşturabileceği şekilde, yargılamaya uygun hal aldırılarak rapor sunmaktadırlar. Açıkçası, hukuk öğrenimi görmüş bilirkişilerin sunmuş olduğu raporlar; davacı/davacı vekili, davalı/davalı vekili ve hakimin anlayacağı hukuk dilinde yazılmış raporlardır. Yüksek Yargıtay' ın, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak yargılama dosyalarında görevlendirilmesini de, bir çok kararında yerleşik içtihatları ile belirttiği de bilinmektedir.

Yukarıda anlatıldığı üzere eğitimi ve yargılaması özel ve teknik uzmanlığı gerektiren bir mahkemenin, 6100 sayılı HMK bağlamında delil olarak sayılan bilirkişisinin de, uzman olması gerekmektedir. Bu durumda ancak, yukarıda sebepleri belirtildiği üzere asıl olarak hukuk öğrenimi görmüş; arızı olarak, hukuk öğrenimi dışında eğitim almış kişilerce, kendilerini iş hukuku dalında yetiştirmeleri ve iş yargılamalarında yer almaları ile mümkündür.

Bilirkişi olarak görev alan hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, yargılamaların içinde başka sıfatlarla (Avukat ve Arabulucu gibi) da yer aldığı değerlendirilerek; hakların zayı olmaması, yargılama süresinin uzamaması, ek veya başka raporlara sebebiyet verilmemesi, tarafların fazladan yargılama giderine mahkum olmaması, işin ehli olmayan ve hukuk eğitimi dışında başka bir eğitime sahip bilirkişiler tarafından verilecek raporların hüküm kurmaya yeterli olmama ihtimali, adil yargılama hakkının korunması ve hukukun ancak hukukçular eliyle geliştirilmesi mümkün ve elzem olmasından da, hukuk öğrenimi görmüş hesap bilirkişilerinin varlığı önem arz etmektedir.

Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, bilirkişi adaleti kavramı ve uygulamasını ortadan kaldırmak amacıyla yasaklayıcı-sınırlayıcı kanuni düzenleme yapılmışsa da, bu tespitin aslında tam anlamıyla gerçeği yansıtmayıp, uygulamadan uzak olduğu; mahkemelerin salt bilirkişi raporlarına göre hüküm kurmadıkları; yargılama sırasında tarafların delillerinin toplanıp, tanıklarının yargılamaya konu taleplere yönelik olarak mahkeme hakimi tarafından gözlemlenerek dinlendiği; bu işlemlerden sonra bilirkişiye dosyadaki talepler yönünden hesaplama yapılması için dosyanın tevdi edildiği; raporun sunulması sonrasında, bilirkişi

raporlarının taraflara tebliğe çıkarıldığı, taraflarca raporda gördükleri aykırılıklara itirazda bulunulduğu, mahkeme hakimi tarafından itirazlara değer verilip ek rapor aldırıldığı, ek raporun da tarafların itirazı olup olupmadığı noktasında yine tebliğe çıkarılmasının mevzuatsal bir zorunluluk olduğu; yani bilirkişi raporu delilinin yargılama sırasında bir süreç içerisinde olduğu; bu süreç neticesinde hakim nezdinde dava dilekçesi, cevap dilekçesi, toplanan deliller, taraf-tanık beyanları, usul kuralları, bilirkişi raporu ve itiraz dilekçeleri sentezlenip bir hükme varıldığı ve ayrıca bilirkişi raporlarına aykırı veya değiştirilmiş şekilde hükümlerin de, yargılama sırasında olduğu da bilinmektedir.

Yargılamaların salt bilirkişi raporundan olduğu şeklindeki yanlış algının, yine bilirkişi adaleti kavramı altında başka bir yanlış kavramı doğurduğu; bilirkişi raporunun öncesindeki ve sonrasındaki yargılama aşamalarının, hükmün oluşmasında büyük bir etkisinin bulunmasına rağmen, sanki etkisiz bir aşamaymış gibi bir sonuç çıkartıldığı görülmektedir.

Ayrıca, verilen hükümlerin başka hakimlerin gözüyle de İstinaf ve Yargıtay incelemesine tabi olduğu; bu kanun yollarından geçtikten sonra, hukuka uygun olması halinde onandığı, hukuka aykırı olması halinde de bozulduğu bilinmektedir.

Yargılamaların salt bilirkişi raporuna göre olduğu şeklindeki algının, yanlış olduğunun bir başka örneği de; İstinaf Mahkemelerince yeniden hüküm kurulması ve Yargıtay Dairelerince bozma kararları verilmesidir. Salt bilirkişi raporuna göre hüküm kurulsaydı ve bilirkişi adaleti ile yargılama sonlandırılısaydı, yeniden hüküm kurulması ve bozma kararları verilmesi mümkün olmayıp, üst dereceli mahkemelerce onay makamı şeklinde tasdik yapılması gerekirdi.

Ayrıca tüm hakimlere yönelik olarak; tüm dosya içeriğindeki yargılamaya konu usul veya esasa teşkil edecek iddia veya beyanları ele almadan, salt bilirkişi raporuna göre hüküm verdiği; aslında hükmü hakim değil de, bilirkişinin verdiği şeklindeki yanlış değerlendirme; binlerce derdest dosya ile iş yükü altında ezilen yerel mahkeme hakimlerine, denetim yapan istinaf mahkemesi hakimlerine ve Yargıtay Üye ve Daire Başkanlarına karşı da, empati ve sağduyu içermeyen bir yaklaşımdır.

ANAYASAYA AYKIRILIK İTİRAZLARI

1) 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 10/4. maddesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1-son cümlesi yönünden değerlendirme;

a) Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına saygılı olan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

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.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik” getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Kanunun gerekçesinde ulaşılmak istenen amaçlara; hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında bilirkişi olarak görevlendirilmesi, hukuk alanı dışına çıkartılması halinde ulaşılabileceği kastının, orantılılık ve ölçülülük ilkeleri ile bağdaşmadığı; gerekçede ulaşılmak istenen amaçların bu yasak ile çözülemeyeceği; hakimlerin hukuki görüş almasının engelleme yolunun, bir meslek grubunun yok sayılması olmadığı; salt hukuki görüş alınması yönünde kanuna aykırı bilirkişi görevlendirilmesi yapılması halinde, idari yaptırımlar ile bu durumun engellenebileceği ve ayrıca kanunun gerekçesindeki ulaşılmak istenen amaçların bu hal ile de gerçekleşebileceği; 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 37. maddesi ile de 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 63. maddesine, Bilirkişi seçimi ve görevlendirmesi sırasında kanunlarla belirlenen kurallara uyulmaması halinde uyarma cezası ile cezalandırılacağı düzenlemesinin getirildiği; bu düzenlemenin kamu yararına, hukuk devleti(orantılılık - ölçülülük) ilkesine ve kanunun gerekçesine daha uygun olduğu da ortadadır.

- Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri de hiç kuşkusuz kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucu olup, hukukun genel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.

Bir meslek grubuna yönelik fiili kanuni yasaklama-sınırlama şeklindeki yukarıdaki düzenlemeler, kazanılmış hak ilkesini de ihlal etmektedir. Bu kanuni düzenleme öncesinde, yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olan bilirkişilik hakkı-mesleği, yokmuş sayılarak bir düzenleme yapılmıştır. 2017 yılı ve öncesinde bilirkişi listelerine hukuk yargılamalarındaki hesap bilirkişiliği alanında yazılan veya yazılmaya hak kazanan, tüm hukuk öğrenimi görmüş kişilerin kazanılmış hakları ihlal edilmiştir.

- Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hürriyeti ve hakkı güvence altına alınmıştır. Şüphesiz anılan maddelerle güvence altına alınan hürriyet ve hak, sadece kişilerin özel sektördeki çalışmalarını değil kamudaki çalışmalarını da kapsamaktadır.

Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, bilirkişi sicili ve bilirkişi listesine kayıt olabilmesi için, “ayrı bir uzmanlık” şartı olarak, hukuk eğitimi dışındaki başka bir lisans ya da önlisans diplomasına sahip olmasına şart kılınması halinin, pratikte gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü, zor ama varlığı güç veren bir eğitim olan hukuk eğitimi alıp, meslek hayatına başlayan bir kişinin, hukuk alanı dışında başka bir diplomaya sahip olması ya da buna gerek duyması istisnai bir durumdur. Ülkemizin ekonomik durumu ve refah seviyesi düşünüldüğünde; insanlar tek bir üniversiteden mezun olup, iş hayatına başlayıp hemen geçimlerini sağlamaya çalışmakta ve toplumda sosyal statü elde etmeye çabalamaktadırlar. Hukuk Fakültesi gibi, varlığı birçok

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

meslek yönünden tek başına yeterli kabul edilen bir lisans eğitiminin; ayrıca yanında, farklı bir lisans ya da önlisans mezuniyeti istenmesi şartı, ülke gerçekleri, toplumsal yapı ve hukuk eğitiminin içeriği ile de örtüşmemektedir.

Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin alternatif çözüm yolları olan arabulucuk veya uzlaştırmacı gibi müesseselerde yer almaları teşvik ediliş(Arabulucu, sadece hukuk öğrenimi görmüş kişilerden olmakta.), istenmesine rağmen; asıl yargılama içerisinde yer alan bilirkişilik müessesinde yer verilmemesi de, çelişkili bir haldir.

Ülkemizde hakimlik, avukatlık, noterlik gibi hukuk fakültesi mezunlarının yapmış olduğu herhangi bir işi yapmayıp, sadece bilirkişilik yapan hukuk öğrenimi görmüş kişilerin varlığı azımsanmayacak kadar çoktur. Bu kişiler geçimlerini, bu yolla sağlamaktadırlar. Bu kişilere yönelik, kanuni yasaklama-sınırlama ekonomik olarak mahvolmaları sonucu ile onları karşı karşıya bırakacaktır. Bu durum da, hukuk devletlerinde, herhangi bir kanuni uygulamanın sonucu olarak da kabul edilebilecek bir şey değildir.

Yukarıda açıklanan sebepler ve ülkemizdeki hukuk fakültesinden mezun olan kişilerin sayısı ve toplumsal bir sorun olarak varlığını sürdüren işsiz hukuk fakültesi mezunları gerçeği karşısında; 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile meslek olduğu belirtilen bilirkişilik müessesinin, hukukçulara yönelik kanuni uygulamalar ile fiilen yasaklanması hali, Anayasasının 49 . maddesinde düzenlenen, devletin işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca çalışma hürriyeti; demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca bu sınırlama; hakkın özüne dokunamayacağı gibi, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Bu sebeplerle belirlilik, kamu yararı, orantılılık ve ölçülülük ilkeleri ile bağdaşmayan, bir meslek grubunu yok sayan ve bu gruba yönelik fiili kanuni yasaklama-sınırlama getiren, hakkın varlığını-özünü etkileyen; toplum düzeninin gereklerine, çalışma hak ve ödevine aykırı ve kazanılmış hakları ihlal eder şekildeki yukarıdaki kanuni düzenlemeler, Anayasanın 2., 13., 48. ve 49. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

b) Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi; hukuksal durumları aynı olanlar arasında, hukuksal eşitliği öngörmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin; hukuk fakültesi diplomasına sahip olmalarına, hukuk biliminin alt uzmanlık dalı olan İş Hukuku yargılamalarına Avukat veya Arabulucu sıfatları ile katılıp, tecrübelenip ve uzmanlaşmış olmalarına rağmen; Hukuk öğrenimi görmemiş, farklı bir alanda diploması olan, İş Hukuku yargılamalarında herhangi bir sıfatla yer almayan kişilerden geri plana itilip, bilirkişilik yapması engellenmektedir.

Bu sebeplerle hukukçuların, İş Hukuku yargılamaları için gerekli ve daha fazla niteliğe sahip olmalarına rağmen, uzmanlık yönünden daha eksik meslek ve kişi gruplarından geri plana bırakılması; diğer meslek gruplarının lisans eğitimleri tek başına bilirkişilik için yeterli

sayılırken, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin lisans eğitimlerinin sayılmaması şeklindeki yukarıdaki kanuni düzenlemeler, Anayasanın 10. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

c) Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

İş Mahkemesi yargılamalarının yukarıda anlatıldığı üzere teknik niteliği sebebiyle davacı taraflarca alacaklarının hesaplanması noktasında, iş ve sosyal güvenlik mevzuatının kapsamlı ve geniş yapısından kaynaklı olarak yargıtay içtihatları ve hukuki teknik konuların değerlendirilip bir rapor sunulması gerçeği karşısında; haklarının zayi olmaması, yargılama süresinin uzamaması, ek veya başka raporlara sebebiyet verilmemesi, her ihtimalin değerlendirilmesi ve yargılamaya vakıf bir gözce de değerlendirilme yapılarak rapor sunulması için hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hesap bilirkişisi olarak görevlendirilmesi ve rapor sunması talep edebilme hakkının, kanunun bu yasaklayıcı maddeleri sebebiyle ortadan kaldırıldığı; davacı tarafça iddiasının, meşru iddia araçları ile serbest bir şekilde ortaya konulamadığı ve tartışılmadığı bir durumun oluştuğu, bu haliyle de adil yargılanma ilkesine aykırı bir yargılamanın ortaya çıkacağı aşikardır.

Açıklanan sebeplerin davalı taraflar yönünden de geçerli olduğu; savunmanın, meşru savunma araçları ile serbest bir şekilde ortaya konulamadığı ve tartışılmadığı bir yargılamanın da oluşacağı bir gerçektir.

Bu sebeplerle tarafların meşru iddia/savunma araçları ile serbest bir şekilde delillerinin tartışılma haklarının elinden alındığı yukarıdaki kanuni düzenlemeler, Anayasanın 36. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

d) Bilirkişi delili; görevlendirilmesi ve seçimi noktasında Türk Hukukunda, yargılama faaliyetidir. Yargılama yetkisi de, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Yargılamayı yürüten ve yargılamanın neticelenmesi için, Anayasanın 141/4. maddesi uyarınca mümkün olan süratle hareket eden mahkeme hakimi, yargılamanın mahiyetine göre hükmün oluşmasına en çok gerekli olduğuna inandığı bilirkişiyi görevlendirme yetkisine serbestçe sahip olmalıdır. Bu yetkisi, bağımsızlığının bir neticesi niteliğindedir. Bu yetkisinin sınırlandırılması, tek elden yürütülmesi, bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirme yapıldığında da; Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunun Sachverständigenauswahl (Bilirkişilerin Seçimi) başlıklı 404/1. maddesi, " Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahlerfolgt durch dasProzessgericht.(Görevlendirilecek bilirkişileri ve sayılarını o davaya bakan mahkeme belirler.) " şeklindedir.

Türk ve Alman hukukunda da; Bilirkişi seçimi ve görevlendirilmesinin, yargılama faaliyeti olduğu kanuni düzenlemelerden anlaşılmaktadır.

Bu sebeplerle mahkeme hakiminin serbestçe bilirkişi görevlendirme ve seçim hakkının elinden alındığı, bir meslek grubuna yönelik fiili kanuni yasaklama-sınırlama şeklindeki kanuni düzenlemeler, Anayasanın 9. ve 138. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

2) 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 3/8. maddesinin “veya çözülebilen sorunlar” şeklindeki ibaresi,

Bilirkişi delili, hukuk yargılamasının bir safahati olan tahkikat aşamasındaki, tarafların iddia ve savunmalarının tartışıldığı en önemli delillerden bir tanesidir.

Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan 29 Kasım 2017 Tarihli Bilirkişiliğe Kabule ve Bilirkişilik Başvuru Usul ve Esaslarına İlişkin Duyurusunun ekinde, bilirkişiye başvurulabilecek temel ve alt uzmanlık alanları belirlenmiştir. Bu temel ve alt uzmanlık alanları içerisinde; Muhasebe temel uzmanlık alanının belirtildiği, ancak İş ve Sosyal Güvenlik hesaplamaları ya da yargılama sırasında hesap raporu gerektirir (İcra - iflas, Aile, Kat Mülkiyeti, Ticaret, Tüketici veya uygulama ile oluşan başka alacak hesaplamaları vb.) diğer hesaplamalar için alt uzmanlık alanı oluşturulmadığı görülmüştür. Belirlenen bu uzmanlık alanlarının tahdidi olduğu, bilirkişilerin temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilik listesine kayıt edileceği hususu da, bilirkişilik yasal şartları arasında belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenleme ve yapılan ilan içeriği ile özel uzmanlık gerektiren mahkememiz yargılamalarında alınan hesap raporlarının, hakimler tarafından bizzat hesaplanmasının kanun koyucu tarafından hedeflendiği anlaşılmaktadır.

İş yoğunluğu ve dosya sayıları bir yana olmakla, 6100 sayılı HMK’ nın ‘İspat ve Deliller’e yönelik dördüncü kısmının, ‘Bilirkişi İncelemesi’ başlıklı beşinci bölümünün, 266. vd. maddelerinde bilirkişilik müessesinin düzenlendiği; hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan, çözümü özel ve/veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan en az birinin talebi üzerine yahut hâkim tarafından kendiliğinden, esasa etkili maddî olgu ve olayın değerlendirilmesi ve/veya tespitiyle ilgili olmak üzere, hüküm tesis ederken, hâkime yardımcı olmak amacıyla, oy ve görüşüne başvuru alan ‘uzman’ kişi ya da kişileri; bilirkişilik müessesesi de, bu kişi ya da kişilerin yürüttüğü faaliyet ile faaliyet sonucunda mahkemeye sunulan ‘bilirkişi raporu’nu ifade ettiği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere; mahkememiz yargılamalarındaki hesap raporları, yukarıdaki başlıklar içerisinde sebepleri anlatıldığı üzere, çözümü özel bilgiyi gerektiren raporlardır ve bunun içinde hesap bilirkişilerinin görevlendirilmesi gerekmektedir.

Yargılamanın bir sujesi olan Hakimin de; yargılamayı yürüten, hüküm veren kişi olduğu, bilirkişi olmadığı ve bu sebeple de tarafların ispat aracı olan bilirkişi delili neticesinde ortaya çıkacak raporu da, hazırlamasının kanunen de mümkün olmadığı ve ayrıca hakimin tarafların delilinin yaratılması için zorlanamayacağı da anayasal bir hükümdür.

Bilirkişi raporu sayesinde taraflar, mahkemenin hükmünün muhtemelen hangi hukuki değerlendirme esas alınarak verileceğine dair, üzerinde düşünüp, tartışabilecekleri; neden yanlış veya doğru bulduklarını anlatabilecekleri bir zeminden haberdar olabilmekte, itirazlarını sunabilmekte ve hukuki dinlenme haklarını kullanabilmektedirler. Aksi bir durum, bu hakkın ihlali sonucunu da doğuracaktır.

Ayrıca, uypap sistemine entegre edilmiş yazılımlar kullanılarak ortaya çıkarılacak raporlar; henüz hüküm verilmeden, mahkeme hakiminin kabulleri ile ortaya çıkacağından, ihsasî rey ve sonucunda hakimin reddi itirazları ile karşılaşmaya da sebebiyet verecektir. Bu sebeple entegre edilen veya edilecek yazılımların, ancak var olan raporların denetlenmesi

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

amacıyla hakimnin işini kolaylaştıracak mahiyette kullanılmasının, uygulama açısından daha yararlı olacağı bir gerçektir.

İhtisaslaşmanın bulunmadığı, uzman bilirkişilerin yer almadığı, her türlü hukuki uyuşmazlığa tek bir mahkeme çatısı altında bakılan; ülkemizin son döneminde yaşanan terör olaylarının neticesinde, yargı camiasında oluşan mesleki tecrübe eksikliğinin yaşandığı mahkemelerde görev alan hakimlerin; yıllık bakılacak dosya sayısı sınırlanmadan, ülke gerçekleri ve hali hazırda usul kuralları ile uyuşmayan, alt yapısı oluşturulmadan hayata geçirilen bu düzenleme karşısında ve terfi kaygısı altında, var olan dosyalarının yargılama sürelerinin artacağı; hukuk öğrenimi görmüş bilirkişilerin varlığının sorun olarak addedilmesinden daha öncelikli ve elzem problemlerin olduğu büyükşehirlerdeki, binlerce derdest dosya ile iş yükü altında olan ve müstemir yetkileri uzmanlaşmadan sürekli değişen ihtisas yerel mahkeme hakimlerinin de, dosyalarda hesaplar yapmaları sebebiyle iş yükünün, dosya sayılarının ve yargılama sürelerinin adil yargılanma(makul sürede yargılanma) haklarını ihlal edecek düzeyde, daha da artacağı gün gibi ortadadır.

Bu sebeplerle mahkeme hakiminin hukuk devletinin gereği olarak, serbestçe bilirkişi görevlendirme ve seçim hakkının elinden alınarak, uypap sistemindeki yazılımları kullanarak ya da kullanmadan da delil yaratmasına(hesap yapmasına) zorlanması; bu zorlamanın da, bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmesi ve tarafların hukuki dinlenilme, makul sürede yargılanma haklarının da ortadan kaldırılmasına sebebiyet vereceği görülerek; yukarıdaki kanuni düzenleme, Anayasanın 2., 9., 36. ve 138. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

3) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesinin ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. maddesinin “uzmanlık dalında” şeklindeki ibareleri,

6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 6/2-a,b maddeleri uyarınca, Bilirkişilik Daire Başkanlığına, bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını tespit etmek ve temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri belirlemek yetkileri verilmiştir. Bilirkişilik müessesinin uzmanlaştırılması yönünden verilen bu düzenleyici mahiyetteki yetkiler, kanunun varlık amacı ile uygun mahiyettir.

Ayrıca, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun Bilirkişiliğe Kabul Şartlarını düzenleyen 10/1-ğ maddesine göre de; bilirkişi olabilmek için, bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen yeterlilik koşullarını taşımak gerekmektedir. Belirlenen bu uzmanlık alanlarının da tahdidi olduğu; bilirkişilerin, temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilik listesine kayıt edileceği de hüküm altına alınmıştır.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun, yukarıdaki hükümler neticesinde oluşan temel ve alt uzmanlık alanlarının, düzenleyici - tahdidiliği niteliğinin; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesinin ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. Maddesinin içeriğindeki “uzmanlık dalında” şeklindeki ibarelerinin varlığı ile düzenleyici mahiyetinden çıkarılıp, anayasal yargı yetkisini de barındıran bir hal aldığı görülmektedir.

Şöyle ki;

İlgili maddelerin amacı; bilirkişilik listesinde mahkeme tarafından görevlendirilebilecek bilirkişi bulunmaması halinde, listenin dışından görevlendirme yapılmasıdır.

Ancak, kanun maddesi içeriğinde mahkeme hakiminin serbestçe seçim yetkisinin sınırlandırıldığı; liste dışından seçilecek bilirkişinin de yine tahdidi olarak belirlenen uzmanlık alanlarına yönelik olarak seçilebileceği, uzmanlık alanları dışında görevlendirme yapılamayacağı şeklindedir. Yani seçim yetkisi; bilirkişilik alanına yönelik olmayıp, bilirkişinin şahsına yönelik olarak belirlenmiş ve sınırlandırılmıştır.

Eski kanuni düzenleme içeriğinde, bu şekilde sınırlandırma bulunmamaktaydı.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Bilirkişi delili; görevlendirilmesi ve seçimi noktasında Türk Hukukunda, yargılama faaliyetidir. Yargılama yetkisi de, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Yargılamayı yürüten ve yargılamanın neticelenmesi için, Anayasanın 141/4. maddesi uyarınca mümkün olan süratle hareket eden mahkeme hakimi, yargılamanın mahiyetine göre hükmün oluşmasına en çok gerekli olduğuna inandığı bilirkişiyi, bilirkişilik listesi ve sicili dışından, herhangi bir bilirkişilik alanı ile sınırlamaya tabi olmaksızın görevlendirme yetkisine serbestçe sahip olmalıdır. Bu yetkisi, bağımsızlığının bir neticesi niteliğindedir. Bu yetkisinin sınırlandırılması, tek elden yürütülmesi, bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesinin ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6. maddesinin; “Kanununun 10 uncu maddesinin (d), (e) ve (f) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla” şeklindeki hükümleri dolayısıyla ayrıca liste dışı görevlendirme yapılabilmesi için, kanunda belirtilen 3 şart hariç diğer şartların varlığı gerekmektedir. Bu şartların arasında, 10/1-ğ maddesindeki; “bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen yeterlilik koşullarını taşımak” şartı da yer almaktadır. Ancak yukarıda belirtilen, “uzmanlık dalında” şeklindeki kanuni ibarelerin iptali edilmesi halinde, 10/1-ğ maddesindeki şart da, uzmanlık alanı dışında atama yapılabileceğinden, belirlenen uzmanlık alanları dışındaki atamalara yönelik de herhangi bir yeterlilik koşulu belirlenip, bulunmayacağından; zımni olarak aranmayacak ve dayanaksız kalacaktır.

Yukarıdaki sebeplerle mahkeme hakiminin hukuk devletinin gereği olarak, bilirkişilik listesi ve sicili dışından, herhangi bir bilirkişilik alanı ile sınırlamaya tabi olmaksızın serbestçe bilirkişi görevlendirme ve seçim hakkının, ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayan bir şekilde elinden alınması; bu durumun da, bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmesi ve temel - alt uzmanlık alanlarını ve bu alanlara yönelik yeterlilik koşullarını düzenleyen hükümlerin, düzenleyicilik varlığını da aşar nitelikte, anayasal yargı yetkisini de barındıran bir yetkiyi içermesi şeklindeki yukarıdaki kanuni düzenleme, Anayasanın 2., 9. ve 138. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıdaki nedenlerle;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-) 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 2., 9., 10., 13., 36., 48., 49. ve 138. maddelerine aykırılık teşkil eden; 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 10/4. maddesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266/1. maddesinin “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.” şeklindeki son cümlesinin, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 3/8. maddesinin “veya çözülebilen sorunlar” şeklindeki ibaresinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268/2. maddesinin ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 12/6.

Esas Sayısı : 2018/4

Karar Sayısı : 2018/1

Maddesinin “uzmanlık dalında” şeklindeki ibarelerinin iptali için 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 152. maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA,

2) Anayasaya açıkça aykırılığı hususunda, güçlü belirtilerin bulunduğu; yürürlüğünün başlaması ile hukuk yargılamalarında uygulanmalardan doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar, yukarıdaki kanun maddelerinin; mahkemelerin devir işlemlerini yapması sebebiyle genellikle ocak ayı içerisinde duruşma koymamaları durumu ve Bilirkişilik listesine yazılma talepleri 26/12/2017 tarihinde reddedilen kişilerin 30 günlük itiraz sürelerinin olması, bu haliyle de itirazların 26/01/2018 tarihi itibari ile karara bağlanmaya başlanacağı hususu göz önüne alınarak, **ÖNCELİKLE-ACİLEN YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI HAKKINDA KARAR VERİLMESİ,**

3-) Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın **GERİ BIRAKILMASINA,**

4-) Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

5-) 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 152/3. maddesinin hükmü gereği dosyanın Anayasa Mahkemesine, gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar verilmesinin beklenmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına karar verildi.”

“Davacı vekili ibraz etmiş olduğu dava dilekçesinde özetle; davacının 2008 yılından iş akdinin sona erdiği 18/08/2016 tarihine kadar, davalı iş yerinde kapıcı olarak çalıştığını, aylık son ücretinin net 1.400 TL olduğunu, Ağustos 2016 tarihine ait maaş alacağının ödenmediğini, davalı iş yerinde haftalık normal mesaisinin haftanın 6 günü olmasına rağmen davacının çoğunlukla haftanın 7 günü çalıştığını, davacının sabah 08,30 akşam 21,00 saatleri arasında çalıştığını, mesai saatlerinin çoğunlukla uzadığını, fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, davacının ulusal ve dini bayramların hepsinde çalışmasına rağmen, bu günlere ait mesai ücretlerinin ödenmediğini, davacının çalışma süresi boyunca hak ettiği yıllık izinlerin eksik kullandırıldığını ve ücretlerinin de ödenmediğini, davalı iş yeri apartmanında toplam 94 daire bulunduğunu, davacının davalı iş yerinin ve eklentisi olan otoparkın, bahçenin, sığınağın, terasın, spor salonunun, saunanın temizliği ve bakımı, çöp toplama, iş yerinin asansörünün bakımı, binanın su ve elektrik tamirâtı, resepsiyon işlerini de yaptığını, ayrıca davalı iş yerinin gün içinde servis işini yaptığını, davacının davalı iş yerinde kapıcı olarak çalışmış olduğundan kapıcı dairesinin davacıya tahsis edildiğini, davacının su, elektrik ve yakıt giderlerinin iş yeri tarafından ödendiğini, davacının ihbar verilmeden ve hiçbir tazminat ödenmeden işten çıkarıldığını, haksız ve gerekçesiz olarak işten çıkartılan müvekkilinin kıdem tazminatının, ihbar tazminatının, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının, fazla mesai alacaklarının, hafta tatili alacaklarının, yıllık izin ücreti alacağının, ödenmeyen Ağustos 2016 tarihine ait maaş alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ibraz etmiş olduğu cevap dilekçesinde özetle; davacının 2008 tarihinden işten çıktığı tarihe kadar apartman görevlisi olarak çalıştığı iddiasının gerçek dışı olduğunu, davacının bahse konu apartmanın inşaatında inşaat işçisi olarak çalışıp, apartmanda oturma başladıktan sonra 05/04/2011 tarihinde apartman görevlisi olarak çalışmaya başladığını, davacının çalıştığını iddia ettiği tarihlerde apartman olmadığını, apartman inşaatında çalıştığı sürelerin kapıcı olarak çalıştığı sürelerle eklenmesinin mümkün olmadığı gibi işverenlerin de farklı olduğunu, davacının bordrosunda görünen ücreti aldığını, davacının iş akdinin müvekkil işverenlik tarafından haklı nedenle feshedildiğini, davacının kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, resmi tatil ve bayram tatili alacağının bulunmadığını, bu nedenle görülmekle olan davanın reddini talep etmiştir.

1.İTİRAZA KONU UYGULAMA

1.a- Dosyada 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanununda dava konusu uyuşmazlığa ilişkin tüm delillerin toplandığı tespit edilmekle uyuşmazlığa konu işçilik alacaklarının tespiti hususunda dosyanın bilirkişiye tevdi edilmesi aşamasına gelindiği, dava konusu uyuşmazlık yönünden, fiili durum diğer bir deyişle somut olay ile maddi hukuku örtüştürebilecek nitelik ve mantıkla bilirkişi raporu düzenleyebilecek uzmanlık alanının yine İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında uzmanlaşmış bu alanda bilirkişilik yapan ve hukuk alanında eğitim görmüş bilirkişiler olduğu sabit olduğundan, DOSYAYA HUKUK ALANINDA EĞİTİM GÖRMÜŞ/UZMANLIĞI OLAN HESAP BİLİRKİŞİ GÖREVLENDİRMESİ YAPILMASI YÖNÜNDE ARA KARAR TAHDİS ETMEK YOLUNA GİDİLMEK İSTENMİŞTİR.

1.b- UYAP Sisteminden yapılan incelemede 2018 yılı bilirkişi listesinde “HUKUK” uzmanlık alanının bulunmadığı diğer taraftan yapılan incelemede daha önce mahkememizde bilirkişi olarak uzmanlığına başvurulmuş bilirkişilerin isimlerinin de bilirkişi listesinden bulunmadığı tespit edilmiştir.

1.c- Celse arasında UYAP Sisteminde yapılan incelemede yapılan yasal düzenlemelere paralel olarak “İşçi Alacakları Hesap Tablosu/Sistem Raporu” adı altında eklenen hesap tablosunun uyuşmazlıkları hesaplamada yetersiz olduğu, kaldı ki her somut uyuşmazlığı çözecek tek bir tablonun yeterli olmasının mümkün olmadığı, yapılan tablonun hukukun somut değerlerine aykırı olduğu, hukuk dallarının ve mahkememiz alanı özelinde İş Hukuku alanının her somut olaya göre ayrı değerlendirmelere tabi olduğu, dosyalar kapsamında, işveren kayıtlarının, işveren değişimlerinin, asıl işveren-alt işveren, işyeri devri, işyeri değişikliği, işverenler arasındaki organik bağın tespiti, değişen işverenler, işçi ücretlerinin, işçi sigortalılık sürelerinin fiili duruma uygun tutulmaması, işçinin fiili ücretinin tespit edilmesi, fiili sigortalılık süresinin tespit edilememesi, uzun sürelerle yayılmış kayıt dışılık, ücret bordroları, takograf kayıtları, çalışma programları, puantaj kayıtları ve dava konusuna göre dosyaya sunulmuş diğer çalışma belgeleri incelendikten sonra elde edilen verilere ilişkin incelendikten ve tüm hukuki meseleler değerlendirildikten sonra elde edilen verilere göre hesaplamaların yapılabildiği, uyap sisteminde mevcut işçilik alacakları hesap programının ise bu verileri tespit etmede ya da uygun verilere girilse dahi bazı hallerde doğru sonucu vermede yetersiz olduğu hal böyle olunca Bilirkişilik Kanunu 3/8 maddesi yollamasıyla UYAP ekranında bulunan “İşçi Alacakları Hesap Tablosu/Sistem Raporu” baz alınarak hesaplama yapıldığında hesaplamanın doğru olamayacağı, doğru sonuca varılamayacağı tespit edilmiştir.

1.d- Önceki uygulamanın aksine Mahkememizce dosyalara İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında uzman hesap bilirkişi görevlendirmesi yapılamamasında uygulamaya esas mevzuatın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 266/1-son cümlesi, 268. maddesi, 6754 Bilirkişilik Kanunu (BK) 3/8 maddesi, 10/4. maddesi, 12/6. maddesi olduğu tespit edilerek gerekçesi aşağıda belirtildiği şekilde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna (somut norm denetimi) başvurulmuştur.

2.ANAYASAYA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN KANUN MADDELERİ

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 3/8. maddesi: “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.”

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 10/4. maddesi: “Bilirkişilik Kanunu 10/4: Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.”

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 266/1-son cümlesi: “(Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.”

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 268. maddesi: “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada da bulunmaması hâlinde, Bilirkişilik Kanununun 10 uncu maddesinin (d), (e) ve (j) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” hükmündeki “uzmanlık dalında” ifadesinin,

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 12/6. maddesi: “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurulları

Esas Sayısı : 2018/29

Karar Sayısı : 2018/29

bilirkişilik listelerinden, burada da bulunmaması hâlinde, 10 uncu maddenin (ç), (d) ve (e) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” hükmündeki “uzmanlık dalında” ifadesinin,

1982 Anayasasının 2. maddesi: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

1982 Anayasasının 9. maddesi: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.”

1982 Anayasasının 10. maddesi: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. “

1982 Anayasasının 13. maddesi: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine

dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

1982 Anayasasının 36/1. maddesi: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

1982 Anayasasının 48. maddesi: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. “

1982 Anayasasının 49. maddesi: “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/19 md.)

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

1982 Anayasasının 138/I-II maddesi: “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

1982 Anayasasının 141/IV maddesi: “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. “

hükümlerine aykırılığı nedeniyle aşağıda belirtilen gerekçelerle Anayasa Mahkemesine itiraz (somut norm demetimi) yoluna başvurulmuştur.

3. ANAYASAYA AYKIRILIK YÖNÜNDEN MADDELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.a- HMK 266/1-son cümlesi: “(Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez” ve BK 10/4. maddesi “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmedikçe, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.” maddeleri ile hukuk alanında öğrenim görmüş kişilerin hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığı yoksa bilirkişilik yapamayacakları özetle hukukçu bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilmiştir.

3.a.a- İtiraz başvurusunda bulunulan mahkeme olmamız itibariyle özelde İş Mahkemelerinde ve genel olarak tüm mahkemelerde Hukukçu Bilirkişilik müessesesine başvurulmaktadır. Zira bir hukuk dalındaki alt başlıklar bile özellikle uzmanlık gerektirmektedir. Örneğin, bir Asliye Hukuk Hakimi daha önce hiç karşılaşmadığı Deniz Hukuku alanındaki ayrıca uzmanlık gerektiren bir uyuşmazlıkla karşı karşıya gelebilir, ya da bir Ticaret Mahkemesi Hakimi Mali Müşavir Bilirkişi heyetinin yanında olayı hukuki dile dökebilmesi için ticaret hukuku alanında ayrıca uzmanlığı olan bir hukukçu görüşü almak isteyebilir. (Gerekçede yer alan sonraki örnekler ve dava türleri (mahkememiz özelinde) İş Mahkemeleri yargılama konusu üzerine verilecektir.) Mahkemeler her halükarda önlerine gelen uyuşmazlığın hukuki nitelendirmesini yapmak ve hukuki uyuşmazlığı çözüme ulaştırmakla yükümlüdürler. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m.31) Diğer bir deyişle, uygulamada hukuk eğitimi almış bilirkişiler genelde daha özel bir konuda kendilerine yan bir uzmanlık alanı belirlemekte ve bu konuda bilirkişilik yapmaktadırlar. “Hukuk” eğitimi almış bilirkişiler “hukuk” un nasıl uygulanması gerektiğini değil, mahkemenin talep ettiği alanlarda hukuka uygun şekilde hesaplama yapma, somut olayı mahkemeye açıklama ya da mahkemenin verdiği diğer işleri yerine getirme görevlerini üstlenirler.

3.a.b- Ülkemizde mahkemelere görevlendirilen hakimlerin çoğu tek bir hukuk alanının uzmanı değildir. Yapılan genel görevlendirmelere göre Hakimler Savcılar Kurulu’nun takdiri ile mahkemelere hakim yetkilendirmesi yapılmakta olup hakimlerin bu konuda inisiyatifi olmadığı gibi bu durum uygulamada hakimlerin bir hukuk alanında uzmanlık oluşturmamalarına sebep olmaktadır. Bununla birlikte uzmanlık mahkemelerinin olduğu yargı çevrelerinde iş yükü fazlalığı, uzmanlık mahkemesi bulunmayan bölgelerde ise birçok hukuki uyuşmazlığa genel yetkili mahkemelerde bakılması gibi ülkemiz yargısının kendine has belirtilen durumları neticesinde bir konuda uzmanlaşmış hukukçu bilirkişilere başvurmak yargı açısından zaruridir.

Anayasanın 141. Maddesinin 4. Fıkrası, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu hüküm altına almaktadır. Bu doğrultuda hukuk alanında uzmanlığı olmayan bilirkişilerden alınan raporlar denetime elverişli olmamakta, mahkemenin talepleri çoğu zaman karşılanmamakta veya anlaşılamamaktadır. Tekrar tekrar alınması muhtemel raporla yargılamayı uzatacak ya da uyuşmazlığın yanlış çözümlenmesine sebebiyet verecektir. Hakim usul ekonomisine uygun hareket etmek zorunda olduğundan uygulamada sonuca en doğru, en az masrafla ve kısa sürede ulaşabileceği şekilde bilirkişiler tayin etmektedir. Bu atanan bilirkişi hukukçu bilirkişi de olabilir. Zira hakim önüne gelen uyuşmazlığa uygun delilleri kanunun gösterdiği yöntemlerle toplamakla yükümlüdür. Dolayısıyla, bu hususlar usul ekonomisi ilkesini düzenleyen Anayasanın 141. Maddesinin 4. fıkrasına aykırıdır

3.a.c- Anayasanın 138/11 maddesi “yargı bağımsızlığı” üst başlıklı maddesinde “hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez...” demektedir.

AİHM de konuya ilişkin kararında bir mahkemenin nitelikler arasında bulunması gereken “tarafsızlık konusundaki yaklaşımı Saraiva de Carvalho-Portekiz davasında (22.04.1994 tarihli karar, Seri Ario.286-B s.38. Paragraf 33) tanımlanmıştır. Mahkeme 6. maddenin 1. fıkrası bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenmesi için belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulaması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiç bir meşru şüpheyi yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.

Açık anayasa düzenlemesine rağmen itiraz yoluna başvuru kanun maddelerinde hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hukuk alanı dışında uzmanlığına başvurmalarının önüne geçilerek hakimlerin dosyalarda delil toplama yetkisi kısıtlanmaktadır. Zira bir dava dosyasında hangi uzmanlık alanındaki bilirkişiden görüş ve kanaat alınmasının uyumsuzluğu çözmeye yetkin olduğuna karar verme yetkisi hakimde diğer bir deyişle bağımsız mahkemelerdedir. Uyumsuzluğun çözümü konusunda mahkemelerin hangi yol ve yöntemlerle delil toplayacağı kanunlarda belirtilmiş ve kısıtlanmıştır. HMK 266. madde ve devamı hükümlerinde de bilirkişilik müessesesi belirtilmiştir. Önceki düzenlemede hukuk alanında uzmanlığı olan kişilerin hukuki konularda bilirkişi olarak görevlendirilmelerinde engel yok iken yeni düzenleme ile bu engel getirilmiştir. Diğer taraftan düzenlemenin içeriği yargının içinde bulunduğu somut durumuna uygun değildir.

1982 Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinden bahsedilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devletin temel niteliklerinden biri olarak nitelenen “Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir” (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 169-178)

Bu anlamda kanunların kamu yararının sağlanmasını amaç edinmesi, genel objektif ve adil kurallar içermesi hukuk devleti olmanın temel ilkeleridir. Bu nedenle her ne kadar kanun koyucu yasaları yapmaya anayasal olarak yetkili kılınmış ise de bu yetkisini kullanırken adalet ve kamu yararının sağlanması gibi ölçütleri gözetir. İptali istenen yasal düzenlemeler, yargının içinde bulunduğu ve yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen nedenlerle fiili duruma uygun düşmediğinden kamu yararının gerçekleşmesinin sağlayacak nitelikte değildir. Yargılamanın uzamasına, dosyalarda daha fazla masraf yapılmasına ve vatandaşın adalete geç erişimini sağlayacak olan ilgili düzenlemeler hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı gibi Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı”na uygun değildir. Adli yargılanma hakkının temel unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkının da yukarıda belirtilen yeni düzenlemeler neticesinde ihlal edileceği ve vatandaşların adalete geç erişiminin sağlanacağı sabittir.

3.a.d- Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hukuk alanında bilirkişilik yapamayacakları kanunda düzenlenirken bu yasaklamaya ilişkin meşru bir açıklama da kanunda ve kanunun açıklamasında yapılmamıştır. Uzun yıllardır sadece hukuk alanında bilirkişilik yaparak çalışmasını sürdüren bu konuda uzmanlaşmış ve hukukçu bilirkişilik işini profesyonel olarak yürüten birçok kişi de bu şekilde çalışamaz hale getirilmekle ilgili düzenleme Anayasanın 48. maddesinde belirtilen “çalışma ve sözleşme hürriyeti” ve 49. maddesinde belirtilen “çalışma hakkı ve ödevi” hükümlerine aykırıdır.

3.b- HMK 268. maddesi “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada

da bulunmaması hâlinde, Bilirkişilik Kanununun 10 uncu maddesinin (d), (e) ve (f) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” ve BK 12/6. maddesi “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurulları bilirkişilik listelerinden, burada da bulunmaması hâlinde, 10 uncu maddenin (ç), (d) ve (e) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” maddelerinde belirtilen “uzmanlık dalında” ifadesi ile özetle bölge kurulları tarafından hazırlanacak listelerde görevlendirme yapılmak istenen uzmanlık alanının belirtilmemesi halinde dışardan görevlendirme de yapılabileceği ancak bu görevlendirmelerde de BK 10. madde d/e/f bentleri hariç bilirkişinin belirtilen diğer özellikleri taşıması gerektiği belirtilmiştir. Bu haliyle maddedeki belirtilen ifadesi gerekçemizin “3.a” ve alt başlıklarındaki gerekçelerle itiraz yoluna başvurulmuş HMK 266/1-son cümlesi ve BK 10/4. maddelerini destekler nitelikte olduğundan maddelerdeki “uzmanlık alanında” düzenlemesinin yine Anayasanın 2,36, 48,49 ve 1JjşZük maddeleri gereği iptali gerekmektedir.

3.c- Bilirkişilik Kanunu 3/8. maddesi: “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu

Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.” hükmü gereği UYAP' a entegre sistemlerde bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilmiş ise de İş Mahkemeleri yargı alanına ilişkin UYAP Sistemine belirtilen yasal düzenlemeye paralel olarak “İşçi Alacakları Hesap Tablosu/Sistem Raporu” adı altında eklenen hesap tablosunun uyuşmazlıkları hesaplamada yetersiz olduğu tespit edilmekle, her somut uyuşmazlığı çözecek tek bir tablonun yeterli olmasının mümkün olmadığı, yapılan tablonun hukukun somut değerlerine aykırı olduğu, hukuk dallarının ve mahkememiz alanı özelinde İş Hukuku alanının her somut olaya göre ayrı değerlendirmelere tabi olduğu, dosyalar kapsamında, işveren kayıtlarının, işveren değişimlerinin, asıl işveren-alt işveren, işyeri devri, işyeri değişikliği, işverenler arasındaki organik bağın tespiti, değişen işverenler, işçi ücretlerinin, işçi sigortalılık sürelerinin fiili duruma uygun tutulmaması, işçinin fiili ücretinin tespit edilmesi, fiili sigortalılık süresinin tespit edilememesi, uzun süreler yayılmış kayıt dışılık, ücret bordroları, takograf kayıtları, çalışma programları, puantaj kayıtları ve dava konusuna göre dosyaya sunulmuş diğer çalışma belgeleri incelendikten sonra elde edilen verilere ilişkin incelendikten ve tüm hukuki meseleler değerlendirildikten sonra elde edilen verilere göre hesaplamaların yapılabildiği, uyp sisteminde mevcut işçilik alacakları hesap programının ise bu verileri tespit etmede ya da uygun verilere girilse dahi bazı hallerde doğru sonucu vermede yetersiz olduğu hal böyle olunca Bilirkişilik Kanunu 3/8 maddesi yollamasıyla UYAP ekranında bulunan “İşçi Alacakları Hesap Tablosu/Sistem Raporu” baz alınarak hesaplama yapıldığında doğru alacak kalemleri elde edilememektedir.

3.c.a- Bununla birlikte hakimin görevi hesaplama yapmak değil “hukuk”u uygulamaktır. Hakim önüne gelen hukuki uyuşmazlığı çözmekle yükümlüdür. Ancak maaş bordrosu okumak, puantaj kayıtlarını çözümlmek, takograf bilirkişi raporunu incelemek gibi işlemler hukuki bilgi ve tecrübe ile yapılabilecek işler değildir. Ayrıca uzmanlık gerektirmektedir. Uygulamada bilirkişi tayin edilen hukukçular çoğu zaman yıllardır aynı ve tek bir alt hukuk dalında uzmanlaşmış kişilerdir. Bununla birlikte birinci bölge yargı çevresinde İş Mahkemelerinin en az 1000 dosyası mevcuttur. En az 3 gün duruşma yapılmakta, kalan günlerde karar yazımı, dosya delillerinin incelenmesi ve mahkemenin diğer günlük idaresi ile ilgilenilmektedir. Mevcut iş yoğunluğunda dahi 3 ay sonrasına duruşma verilebilen mahkemelerde UYAP sistemindeki alacak tablosunun hesaplama uygun olduğu düşünülse

dahi, her dosyada hakimın tüm verileri inceleyerek hesaplama yapması ve alacak kalemlerini hesaplaması yargılamanın telafi edilemez şekilde gecikmesine ve aksamasına sebep olacaktır.

Bu hali ile dava konusu uyuşmazlığın çözümü, davacı tarafın iddiasına konu alacakların hesaplanmasına yönelik, yargılamanın işleyişine uygun şekilde, taraflar arasındaki hukuki olguya uygun ve HMK 266. ve devamı hükümleri çerçevesinde tarafların denetimine açık delil niteliğinde rapor düzenleyebilecek şekilde bilirkişi atanamadığı 266/1-3. cümlesi gereği “Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” hükmüne rağmen HMK 266/1-son cümlesi ve Bilirkişilik Kanunu 10/4. maddeleri gereği hesap alanında uzman hukukçu bilirkişiye başvurulamaması bununla birlikte uyuşmazlığın çözümü hususunda Bilirkişilik Kanunu 3/8. maddesinde gösterilen hesaplama yönteminin ise işçilik alacaklarını hesaplamak hususunda yerinde ve hukuki olguya uygun bir yöntem olmadığı gibi fahiş hatalar yaptığı tespit edilmiştir.

3.c.b- Yukarıda sayılan kanuni düzenlemelerle uyuşmazlık çözümüne gidilmesi halinde genel olarak tüm mahkemelerde ancak özellikle kamusal tarafı da bulunan bir hukuk dalı olan İş Hukuku alanında yetkili olan İş Mahkemelerinde uygulanması halinde neticesinde kamusal vicdanı rahatsız eden ve uzun vadede yargıya olan güveni sarsacak sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bunun yanında bir an UYAP sistemine entegre edilen İşçilik Alacakları Hesap Tablosu” ile doğru hesaplamalara ulaşılabilirdi düşünülse de hakim tarafından UYAP sisteminden elde edilen alacak kalemlerinin taraflara açıklanması halinde hakimın “ihzası rey”de bulunacağı açıktır. Hakim bu şekilde hesapladığı rakamları açıklamak suretiyle davacının alacak kalemlerinin tamamının ya da bir kısmını kabul edeceğini/reddedeceğini de açıklamış olacaktır. Ancak hakimın mahkemede taraflara görüşünü açıklaması HMK 25. madde gereği yasaklanmıştır. Hakim belirtilen şekilde kendi yaptığı hesaplamayı açıklaması halinde “ihzası rey” de bulunduğu her durumda özellikle davalı vekili tarafında HMK 36/a, b hükümleri gereği “hakimin reddi” müessesesi ile karşılaşacaktır.

“AIHM, bağımsızlık konusunda davaya bakan yargı merciin bağımsız bir görünüm verip vermediğini incelemektedir. (Sramek/Avusturya, Benthem/Hollanda, Obermeier/Avusturya ve İncal/Türkiye ve Çıraklar/ Türkiye) Mahkemenin bağımsız olması ilkesi ile direkt ilgili olan tarafsız mahkeme olgusu sübjektif olarak, Mahkeme yargıcı veya üyesinin birey olması nedeniyle kişisel tarafsızlığını anlatmakta, objektif olarak kurum olması nedeniyle davacı ve davalı taraflar üzerinde bıraktığı görünümü anlatmaktadır.” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ışığında “Adil Yargılanma Hakkı , Selami Demirkol, Danıştay Üyesi, www.damstay.gov.tr., s. 5)

Belirtilen sebeple Yargının bağımsızlığı taraflar açısından şüpheye düşeceğinden Anayasanın 36. maddede belirtilen adil yargılanma hakkının unsurlarından olan ve Anayasa’nın 9. maddesinde belirtilen Yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılması şartına da aykırıdır.

3.c.c- Bununla birlikte hakimın UYAP sistemindeki mevcut program ile hesapladığı işçilik alacaklarının neye göre hesaplandığı da taraflarca denetlenemeyecektir. Örnek verecek olursak: hakim, UYAP Sistemi üzerinden fazla mesai alacağını hesaplayarak taraflara açıkladığında, fazla mesai ücretinin nasıl hesaplandığı, hangi tanıkların beyanlarının fazla mesai alacağı hesaplanırken dikkate alındığı, ücretin ihtilaflı olması halinde ücretin tanık anlatımlarına, taraf iddialarına, banka kayıtlarına, emsal ücret araştırması verilerine göre mi belirlendiği, haftalık kaç saat fazla mesai yapıldığının hesaplandığı, puantaj kayıtlarının ya da

işyeri giriş çıkış verilerinin dikkate alınıp alınmadığı gibi hususlar dava taraflarınca denetlenemeyecektir bu hususlar Anayasanın 36. maddesinde belirtilen “iddia ve savunma hakkı” kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. AİHM’ye “...göre, Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerli...”(Artico/İtalya, 1980, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004, s. 178)

3.c.d- Mevcut yasal düzenlemelerle, uygulamada ortaya çıkabilecek ikinci seçenekte hakim yaptığı hesaplamayı taraflara karardan önce açıklayarak “ihzası rey” de bulunmamak adına hesapladığı miktarları açıklamadan açılan dava değerleri üzerinden karar verecektir. Bu halde dava değerinin arttırılması/ıslahına ilişkin HMK 176 vd maddeleri fiilen ortadan kalkacaktır. Ancak ülkemizde çalışma hayatında kayıt dışılığın yüksek oranlarda olması dava açıldığı tarihte talep edilen alacak kalemlerinin çoğu zaman belirsiz olmasına sebep olmakta davacı işçi bu nedenle alacağını çoğu zaman belirsiz alacak davası ya da kısmi dava olarak açabilmektedir. Kısmi ya da belirsiz alacak davası olarak açılan işçilik alacağı davasında, hakimin dava açıldığı tarihteki kısmi ya da belirsiz dava değerleri üzerinden karar vermesi işçilik alacaklarının zamanaşımına uğramasına sebep olabileceği gibi ilk alacak davasından bakiye kalan haklarını alabilmek için sürekli ek dava açmak zorunda kalmasına sebep olacaktır. İşçinin hak arama hürriyeti (Any. 36. madde) yüksek oranda engellenmiş olacaktır. Ancak yine Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesinde “...Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı...” olarak temel hak ve hürriyetlerde sınırlama yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak yapılan düzenlemeler işçi aleyhine işçinin yargıya başvurmasını zorlaştıracak, adalete erişimini geciktirecek nitelikte olduğundan hak arama hürriyetinde itiraz yoluna başvuru düzenlemelerle yapılan bu yönde bir kısıtlama Anayasanın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerde yapılacak sınırlamaların Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olması ilkesine de aykırıdır.

Bu şekilde bir kısıtlama işçinin hak arama hürriyetini kısıtladığı şekilde aynı zamanda işçi aleyhine işleyen ve işçinin hak kaybına sebep olabilecek bir yargı süreci ortaya çıkarmakla aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinde belirtilen “kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) 1985’de verdiği Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. UK davasında ayrımcılık şöyle açıklanmıştır: “Madde 14 anlamında ayrımcılık, genel olarak, sözleşme daha lehte muamele öngörmemesine rağmen, bir kişi veya grubun, tam bir haklı neden olmaksızın diğerinden daha az lehte muamele görmesidir.” Bu karardan yola çıkarak AİHM’nin ayrımcılığın gerçekleşmiş olması için dört koşulun tespitini aradığı çıkarılabilir: Farklı muamele, karşılaştırılabilir durumda biriyle karşılaştırıldığında daha az lehte muamele, objektif ve makul bir neden yokluğu, amaç ve araç arasında ölçülülüğün bulunmaması. Anayasa Mahkemesinin yıllar içinde geliştirdiği (aşağıda örneklendirilecek olan) haklı neden ölçütünün de temelde AİHM’nin yaklaşımından çok uzakta olmadığı söylenebilir. Sonuç olarak kanun önünde eşitlik ilkesi, muhataplarına bunu talep etme hakkı verirken devlete (yasama, yürütme ve yargıya) da ayrımcılık yapmamak, yapılmasına izin vermemek ve ayrımcılığı önlemek hatta ortadan kaldırmak için de gereken tedbirleri alma yükümlülüğü vermektedir. (Yard. Doç. Dr. Jülide Gül Er-dem. Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik ilkesi ve Kadın Erkek Eşitliği, The Academi elegance(Akademik Hassasiyetler, Makale Kabul Tarihi, 26.10.2012, s. 4)

“...Anayasa Mahkemesi’ne göre de “[e]şitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir. Yard. Doç. Dr. Ulaş Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, www.anayasa.gov.tr)

Çalışma hayatında haklarını ve alacaklarını zaten edinememiş olan işçi yargılama sırasında da yukarıda belirtilen gerekçelerle adil yargılanma hakkı sınırlanmış bir şekilde yargı karşısına geldiğinde somut olarak yargıya başvurabilse de adalete ulaşım süreci sekteye uğrayacağından, eşitlik ilkesine aykırı şekilde bu defa da yargılama süreci sebebi ile haklarına ulaşması geciktirilmiş olacaktır.

Belirtilen düzenlemelerin gerek dava taraflarını gerek yargılamayı olumsuz etkileyecek sonuçlar ortaya çıkaracağı tespit edilen ilgili kanuni düzenlemeler aleyhinde yukarıda belirtilen açıklamalar gereği itiraz yolu ile (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesine başvuru gereği hasıl olduğundan aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: Gerekçesi yukarıda Açıklandığı üzere:

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 3/8. maddesi “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.”

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 10/4. maddesinin “Bilirkişilik Kanunu 10/4: Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.”

6100 sayılı HMK 266/1-son cümlesinin “(Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.”

6100 sayılı HMK’nın 268. maddesi “Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada da bulunmaması hâlinde, Bilirkişilik Kanununun 10 uncu maddesinin (d), (e) ve (f) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.” hükmündeki “uzmanlık dalında” ifadesinin,

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 12/6. maddesi” Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurulları bilirkişilik listelerinden, burada da bulunmaması hâlinde, 10 uncu maddenin (ç), (d) ve (e) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir. hükmündeki “uzmanlık alanında” ifadesinin,

Esas Sayısı : 2018/29

Karar Sayısı : 2018/29

2709 sayılı 1982 Anayasasının 2, 9, 10, 13, 36, 48, 49 ve 138. maddelerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılarak yukarıda belirtilen kanun maddelerinin 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152. ve 153. maddeleri gereği "somut norm denetimi" kapsamında İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

Anayasaya açıkça aykırılığı hususunda güçlü belirtilerin olduğu, yürürlüğün başlaması neticesinde hukuk yargılamasında ortaya çıkacak ve sonrada giderilmesi olanaksız ya da güç durum ve zararların önlenmesi gereği esas hakkında karar verilinceye kadar ÖNCELİKLE VE İDEVİLİKLE YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE,

Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi gereği dava dosyası ve eklerinin onaylı birer suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

1982 Anayasası'nın 152/3. Maddesi gereği dosyanın Anayasa Mahkemesince işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar verilmesinin beklenilmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına karar verildi."