

Esas Sayısı : 2018/152

Karar Sayısı : 2020/11

“...

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sanıklar hakkında mahkememizde sinema eseri içerikli izinsiz çoğaltılmış CD’leri bandrolsüz olarak satışa sunma suçundan dolayı 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 81/4. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istenerek mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Sanıkların işyerinde ele geçirilen CD’lerin içeriğindeki görüntülerin müstahcen filmlere ait olması nedeniyle soruşturmada fikri hak uzmanı hukukçu bilirkişiden rapor alınmıştır. Mahkememiz rapordaki gerekçeleri yetersiz bulduğundan aynı fikri hak uzmanı bilirkişiden ek rapor almak istemiştir. Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanlığı tarafından mahkememizin UYAP üzerinden yaptığı talep reddedilmiştir. Buna rağmen mahkememiz aynı bilirkişiden haricen ek rapor almıştır. Bilirkişiye sarf kararı yazılması için Bilirkişi Bölge Kurulunun onayı gerekmektedir.

İzmir Bilirkişilik Bölge Kuruluna 16/10/2018 tarih, 2018/99 sayılı yazı ile talebin reddedilmesinin hukuka uygun olmadığı, başkanlık tasarrufunun yetmeyeceği, bu konuda kurul kararı gerektiği belirtilmiş gerekçe bildirmeleri veya bilirkişinin sisteme kaydedilmesi istenmiştir. Yazımıza bugüne kadar yanıt verilmemiştir.

Bilirkişilik Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından 6/8/2018 tarihli Bilirkişilik Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yönetmelik sadece bilirkişilerin seçimi ve atanması yöntemlerini, etik ilkeleri ve disiplin sorumluluğu nedenlerini, bilirkişilik yönetim organlarını belirlemekle sınırlı düzenlemelerle yetinmemekte doğrudan yargılama makamını da kilitleyen maddelere yer vermektedir.

Sistem şu şekilde işlemektedir: Mahkeme bilirkişiden rapor almak için ara kararı vermektedir. Sonra UYAP üzerinden bilirkişilik bölge kurulundan talepte bulunmaktadır. Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı (kurul kararı alınması gerektiği halde) resen bu talebi incelemekte “bu konuda bilirkişi raporu alınması uygun bulunmamıştır” diyerek talebi reddetmektedir. Bazen listede bilirkişi olsa bile haricen başka bir uzmanın bilirkişi olarak atanmasına karar verilmesi gerektiğinde bu kişinin sadece o davada bilirkişilik yapması için sisteme kaydedilmesi istenince Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı resen bu talepleri “listede bilirkişi var” gerekçesi ile bazen de hiç gerekçe göstermeden reddetmektedir. Listede bilirkişi olsa bile mahkeme çeşitli nedenlerle bu listelerden seçim yapmak istemez ise eli kolu bağlı kalmaktadır. Çünkü mahkemelerin bütün işlemleri UYAP ile yapılacak şekilde yapılandırılmıştır. UYAP teknisyenlerinin belirlediği şablonlar, oluşturulan butonlar kullanılmakta ve sistemde tanımlanmamış hiçbir işlem yapılamamaktadır.

Bilirkişilik bölge kurulu 3/11/2016 tarih, 6754 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Kanun mahkemelerin bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyması halinde bazı kriterler getirmiştir. Bu kriterler yargılama makamı ile yargısal denetim makamlarına yönelik düzenlemelerdir. -Bu maddelerin düzenleme yeri bu kanun olmamalıdır.- Bilirkişilik bölge kurulları mahkemelerin vesayet ve yargısal denetim organları değildir. Kurul sadece mahkemelere yardımcı olan idari bir oluşumdur. Mahkemelerin hiyerarşik yapısı içinde yer almazlar. Mahkemelerin görevlerini

kanun tayin eder. Bilirkişilik bölge kurulu mahkemelere emir veremez, çalışmasını engelleyemez.

Bilirkişilik bölge kurullarının hazırladıkları bilirkişi listeleri mahkemeler tarafından öncelikle bu bilirkişilerden rapor alınmasına çalışılmasını amaçlayan öneri niteliğindeki listelerdir. Mahkemeler bu bilirkişilerin uzmanlığını yeterli görmediği veya listelerde uzman bulunmadığı hallerde her zaman dışarıdan bilirkişi görevlendirebilirler. Atadıkları bilirkişiler için duruşma tutanağına gerekçe yazarlar ama bilirkişi bölge kuruluna gerekçe göstererek ikna etmek zorunda değildirler. Kurul bu gerekçelerin yerindeliliğini denetleyememelidir. Listede bilirkişi var başka bilirkişi atanamaz diyememelidir.

Bilirkişilik bölge kurulları kurulun hazırladığı listenin dışından bilirkişi atanmasını fiilen olanaksız hale getirmiştir. Listede ismi yazılı bilirkişilerin seçiminde tekel kurmuştur. Bu yozlaşmaya çok açık olan bir sistemdir. Çünkü devletin taraf olduğu veya politikanın önemsediği davalarda bir sonraki yılın listesine yazılmama kaygısı taşıyan bilirkişilerden sağlıklı rapor alınmasına olanak yoktur.

Mahkememiz bazen dışarıdan bilirkişi atamak zorunda kalmaktadır. Örneğin kurul dışarıdan kitap-CD bilirkişisi atanmasına da izin vermemektedir. Bu alanda eğitim veren hiçbir okul veya kurum olmadığı halde eğitim koşulu aramaktadır. Fikri mülkiyet deposunda milyonlarca materyal vardır. Toz toprak içindedir. Bir kısmı küflenmiştir. Bunların dökülmesi, sayılması, tek tek orijinaleri ile karşılaştırılması, bandrollerinin sahte mi, doğru mu olduğunun belirlenmesi, bandrollerin numaralarının, eserlerin ve hak sahiplerinin listelenmesi bakımından uzman mahkemenin (veya uzman soruşturma savcısının) yetiştirdiği uzmanlaşmış bilirkişilerin dışarıdan atanması zorunludur. Çünkü listedeki hiçbir bilirkişi bu yükün altına girmemekte ve yetersizlik bildirmektedir. Listeye sadakat mümkün değildir. Bazı davalarda yüzbinlerce kitap ve CD bulunmaktadır. Bir davada her gün inceleme yapıldığı halde iki yılda ancak rapor düzenlenebilmiştir. Anayasa'nın 141/son maddesine göre yargılamanın en kısa sürede en az giderle sonuçlandırılması mahkemenin görevidir. Başka bir yer listesinden bilirkişi görevlendirilmesinin maliyeti çok fazla olabilir. Bazen tırlar dolusu eşyanın incelenmesi gerekli olmaktadır. Yerinde dışarıdan atanacak bilirkişi vasıtasıyla yapılacak inceleme ile birkaç bin liraya halledilebilecek bir iş başka yer listesinden seçilerek getirtilecek bilirkişiden rapor alınması halinde on binlerce liraya mal olabilecektir. Kaldı ki, onların hükme elverişli rapor düzenleyebilecek bilgiye ve donanıma sahip oldukları dahi kesin değildir.

Bilirkişilik bölge kurullarının oluşturduğu bilirkişi listeleri sadece mahkemelere asgari standartlarda bilirkişiye erişim sağlar. Ama mutlaka bu listelerden seçim yapılması gerekmemektedir. Başka resmi kurumlardan, özel kuruluşlardan veya kişilerden rapor alınabilir. Listede ismi olmayan başka birçok uzmandan rapor alınması gerekli ve mümkün olmalıdır. Ne var ki sistem fiilen böyle işlememektedir. Buna Bilirkişilik Kanunu'nun 12/6. maddesi neden olmaktadır. Çünkü liste dışından bilirkişi atayabilmek için mutlaka bilirkişilik kurulu ile yazışma yapmak ve onay almak mecburiyeti getirilmiştir.

Bilirkişi listelerinin oluşturulması ve bunun bir düzene bağlanması yönetimin takdiridir. Bu takdir hiçbir zaman mahkemelerin işlerine karışma imkanı vermemelidir. Çünkü Anayasamızın 138. maddesine göre mahkemeler görevlerinde bağımsızdırlar. Hiçbir organ, makam ve merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Bilirkişilik Kanunu'nun 12/6. maddesindeki "Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması halinde diğer bölge kurulları bilirkişilik listelerinden, burada da bulunmaması halinde, 10. maddenin (ç), (d) ve (e) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler bölge kuruluna bildirilir." hükmü mahkemelerin dışarıdan atayacağı bilirkişilerin bilirkişi bölge kurulunun idari vesayetine tabi tutmaktadır. Dışarıdan atanacak bilirkişilerin isminin bilirkişi bölge kuruluna bildirilmesinin, kurulun bilirkişinin ehliyetini sorgulamasının hiçbir anlamı yoktur. Bu düzenleme ile bakanlık ve kurul idari vesayet makamı haline gelmiştir. UYAP buna göre oluşturulmuştur. Dışarıdan bilirkişi atanabilmesi bilirkişi bölge kurulunun bunu uygun görmesi ve sisteme bu bilirkişiyi dahil etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Kurulun onayı ile atanmayan bilirkişiler için UYAP'tan sarf kararı yazılması mümkün değildir. Bu hükme dayanarak Adalet Bakanlığı'nın çıkardığı Yönetmeliğin 50/4. maddesi ile bilirkişi bölge kurulu mahkeme tarafından dışardan atanan bilirkişiyi reddetme yetkisi elde etmiştir. Bu T.C. Anayasası'nın 138. maddesine, 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlamak için mahkeme tarafından serbestçe değil mutlaka devletin tayin ettiği bilirkişilerden alınacak bilirkişi deliline başvurmak zorunda olunması Anayasa'nın 36/1. maddesindeki adil yargılanma hakkını da ihlal etmektedir.

Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin 6. fıkrasında "Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden ve inceleme yaptırılacak konunun kapsamı ile sınırları açıkça gösterilmeden bilirkişi görevlendirilemez." denmektedir. Öncelikle bu maddenin düzenleme yeri Ceza Muhakemesi Kanunu olmalıdır. Düzenleme yeri yanlıştır. Düzenleme yeri Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu düzenleme hangi kanuna konursa konsun yine Anayasa'ya aykırıdır. Bilirkişinin hangi sınırlarda rapor düzenleyeceğinin hakim tarafından belirlenmesi çoğu kez ihsas-ı rey olacaktır. Ayrıca hakim bunları önceden biliyorsa rapor almasına gerek yok demektir. Oysa hakimin bilirkişilik yapması veya bilirkişinin yerine geçmesi doğru değildir. Öncelikle bir sorun var mı yok mu bunu belirlemek hakimin değil bilirkişinin görevidir. Bu yüzden hakim önceden sınır çizemez. Düzenleme T.C. Anayasası'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve 36/1.maddesindeki adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde "Bilirkişiler hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunmaz," denmektedir.

Düzenleme işin doğasına aykırıdır. Bilirkişiler sadece ceza hukuku bakımından vasıflandırma yapamazlar ve hiçbir zaman hüküm kurgusunu oluşturamazlar. Aslında bilirkişiler çoğu kez bir mevzuata dayanmadan görüş de bildiremezler. Örneğin bir aracın lastiğinin neden patladığını belirlemek mekanik bir iştir. Ama bir filmin film özelliklerini belirlemek teknik, eser niteliğini belirlemek ise hukuki bir iştir. Madde gerekmedikçe sözcüğünü içermediğinden toptan yasak getirdiğinden fiilen uygulanması mümkün değildir. Bilirkişilik Kanunu 3. maddesinde temel ilkeleri belirlemiştir. Bu ilkelere uygun olmayan bilirkişi raporları istinaf veya temyiz mercii tarafından değerlendirilecektir. Ama Bilirkişilik Kanunu'na böyle bir düzenleme konması kurulu vesayet makamı haline getirmektedir. Raporun içeriğine müdahale etme olanağı getirilmiştir. Bu Anayasamızın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesinin 4. fıkrasında "Hukuk öğrenimi görmüş kişiler,

hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelenmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez,”

CMK’nin 63. maddesinde değişiklik yapan 42. maddesinin 2. fıkrasında “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelenmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez,” Denmektedir.

Fikri ve sınai haklar, hukuk içinde bir disiplindir ve bu alan hukuki uzmanlık gerektirir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi hakimi hak ihlaline konu eseri kendisi bizzat okuyarak, müzik eseri ise notalarını dökerek, melodisini dinleyerek, bunları karşılaştırarak, emanet deposuna inip her dava için ayrı ayrı korsan baskılı binlerde kitabı veya taklit markalı milyonlarca eşyayı inceleyerek kanaat edinemez. Buna hakimin zamanı yetmez. Hakimden bilirkişilik yapması istenemez. Bilirkişinin yapacağı değerlendirme FİSEK ve ilgili yönetmelikler çerçevesinde olacaktır. Değerlendirme tümüyle hukukidir. Bu işi bilirkişi yapmalıdır.

Hem Bilirkişilik Kanunu’na hem de Ceza Muhakemesi Kanunu’na konulan bu düzenlemelerin sınırları belirsizdir ve bilirkişilik bölge kurulları tarafından raporların içeriğine müdahale olanağı verdiği, ayrıca Bilirkişilik Kanunu’nun 37/2. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde hakim hakkında disiplin cezası verilmesine neden olabileceği için keyfiliğe yol açacakları açıktır. Maddeler Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ayrıca bağlantılı olarak Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 63. maddesinde değişiklik yapan Bilirkişilik Kanunu’nun 37/2. maddesi “Bilirkişi seçimi ve görevlendirmesi sırasında kanunlarla belirlenen kurallara uymamak” düzenlemesi ile birlikte yukarıdaki düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde bütün düzenlemelerin birbiri ile bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler sayesinde hakimin yargısal işine idare keyfi olarak karışabilecek ve bu düzenlemeler ile hakimler disiplin cezası alabilecektir. Hakimin kast ve gareze dayalı hukuka aykırı işlemleri için zaten genel disiplin düzenlemeleri varken bu düzenleme yargılama makamını korku içinde iş yapar hale getirebilir. Düzenleme Anayasamızın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığına, 139. ve maddesindeki hakimlik teminatına, 140. maddesindeki hakimlik meslek güvencesine, 36. maddesindeki adil yargılanma hakkına aykırıdır.

DELİLLER:

- 1- Dava dosyasının konuya ilişkin kısımlarının onaylı örnekleri,
- 2- Bilimsel görüşler,
- 3- Anayasa Mahkemesinin örnek kararları,
- 4- Diğer deliller,

HUKUKİ SEBEPLER:

Anayasanın 146-153 maddeleri ile 2949 sayılı Yasa’nın 28. maddesi ve ilgili diğer

hükümleri

SONUÇ:

Mahkememizin bakmakta olduğu davada uygulanan ve uygulanma ihtimali olan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 3/2, 3/6, 10/4, 12/6, 37/2, 42/2, 43/2 (son cümle) maddelerinin yukarıda belirtilen Anayasa hükümlerine aykırılığı dolayısıyla iptaline karar verilmesi saygıyla arz olunur.”