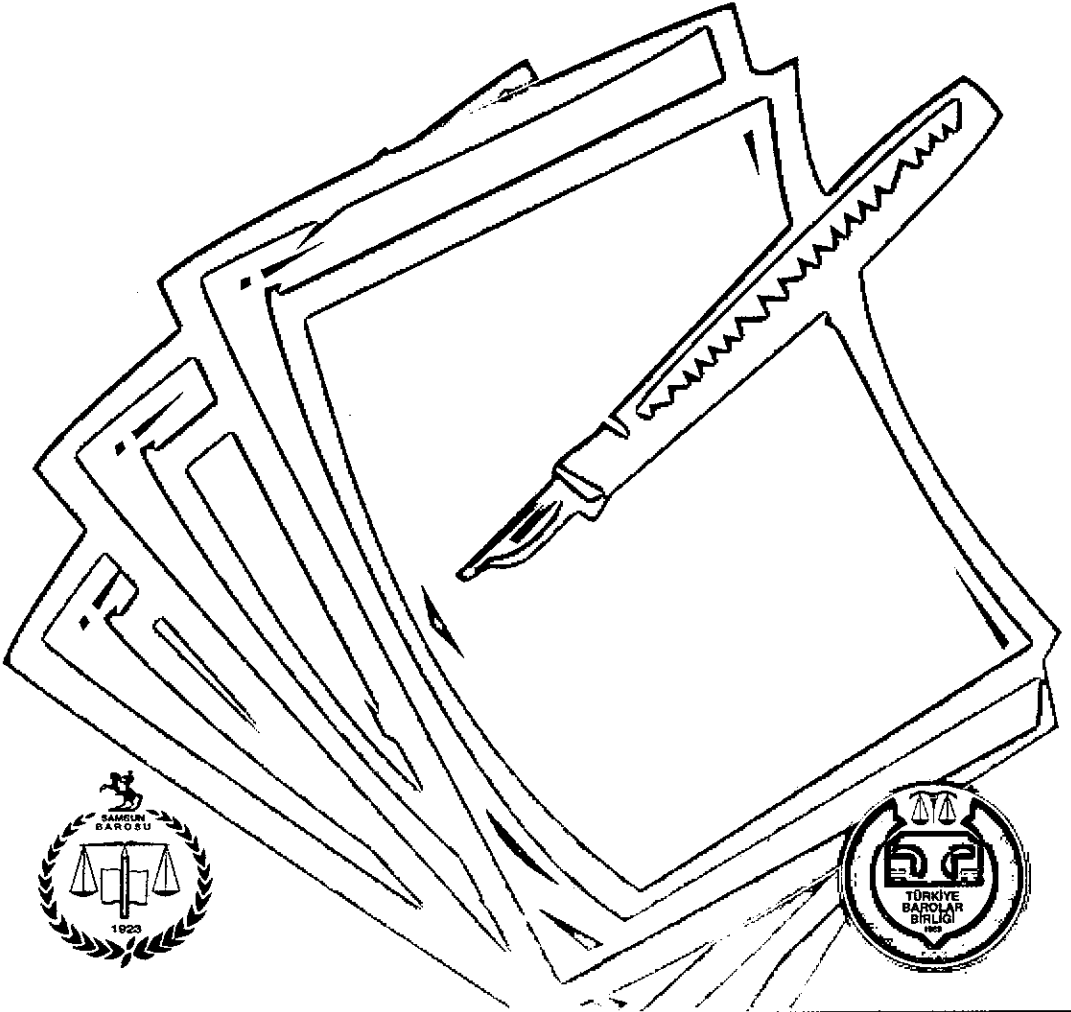


BİLİRKİŞİLİK SEMPOZYUMU



Ö N S Ö Z

Yargılamayı, davacı ve davalının, sav ve savunmalarını kanıtlamak için dosyaya sundukları bilgi, belge ve deliller arasından, yargıcın gerçek haklıyı tespit edip ortaya çıkardığı usulü işlemler bütünü olarak tanımlayabiliriz. Gelişen ve değişen yaşam koşulları her konuda uzmanlaşmayı zorunlu kılmıştır. İşte yargılama sırasında yargıcın bilgi ve birikimi dışında kalan konularda, işin uzmanı kişilere başvurması son derece haklı ve tutarlı bir davranıştır. Bu gereksinmeden doğan bilirkişilik kurumu HMUK'nun 275 ve 286.maddeleri, CMUK'nun 65 ve 85.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yargıçların HMUK'nun 275.maddesinde belirtildiği gibi "...çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir." hükmüne karşın yargıçlar hemen hemen her konuda, hatta nitelik itibariyle hukuki yorum ve değerlendirmeleri gerektirecek konularda dahi, bilirkişi incelemesine başvurmaktadırlar. İşte bu uygulama, bilirkişilik kurumunun yozlaşmasına, çeşitli dedikodu ve spekülasyonlara konu edilmesine neden olmaktadır.

Yine, yargıçların yasal sınırları aşarak her konuda bilgisine başvurduğu bilirkişinin verdiği rapora dayanarak "Bilirkişi öyle dediği" için karar vermesi sonucu bilirkişilik kurumu, çok çekici hale gelmiş ve elinde çanta kapı kapı dolaşarak yargıç kollayan, uzmanlıktan ve bilimsellikten uzak, sözde bilirkişilerin türemesine neden olmuştur.

İlkesiz, bilgisiz, yeteneksiz bilirkişilerin raporlarının hükümlere dayanak yapılması büyük yakınmalara neden olmakta, aynı zamanda hakkın özünü de zedelemektedir. Hakkıyla, bilgisiyle, birikimiyle, vicdanı ve namusuyla bilirkişilik yapanlara bu özverilerinden dolayı teşekkür ediyor, bilirkişiliği yargılama gibi

önemli bir kurumun, yardımcısı olarak algılamayan ve dolayısı ile ona uygun davranmayanları da şiddetle kınıyor, bu ve benzeri davranış sergileyenlere bilirkişilik verilmemesi konusunda yargıçların duyarlı davranmasını diliyoruz.

Türkiye Barolar Birliği'nin yeni yönetimi meslek ve yurt sorunlarıyla ilgili olarak panel, sempozyum, seminer ve benzeri etkinlikleri barolarımızla birlikte düzenlemeyi ve yapılan toplantının derlenerek kitap haline getirilmesini karara bağlamıştır. Bu karar doğrultusunda Samsun Baromuzun konuksever ve sıcak ev sahipliğinde 9-10 Kasım 2001 tarihlerinde gerçekleştirilen "Bilirkişilik" konu başlıklı toplantının kitabını bilgi ve taktirlerinize sunuyoruz. Toplantının düzenlenmesinde bize büyük katkıları olan Samsun Barosu Başkanı sayın Avukat Arif Yılmaz Üney ve yönetim kuruluna, ayrıca Samsunda bulunduğumuz süre içinde bize büyük ilgi ve konukseverlik gösteren Samsun Cumhuriyet Başsavcısına, Samsun Büyükşehir Belediye Başkanına ve Samsun Valisine, ayrıca Samsunlu meslektaşlarımıza sevgi ve saygılarımızı sunarız. Yine toplantıya çeşitli illerden gelerek bizleri bilgilendiren sayın katılımcılara da bu katkılarından dolayı teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Yararlı olması dileğiyle.

Saygılarımla.

Türkiye Barolar Birliği
Başkanı
Avukat Özdemir ÖZOK

PROGRAM

AÇILIŞ (10.00 – 10.30)

1. Tebliğ: Bilirkişilik Kavramı ve Görevinin Sınırları (10.30 – 12.30)

Sunuş Çetin AŞÇIOĞLU (Yargıtay Onursal Üyesi)
Tartışmacılar Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Av. Şükri SALKAYA (Ankara Barosu)

2. Tebliğ: Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik (14.00 – 16.00)

Sunuş Doç. Dr. Oğuz ATALAY (Yeditepe Üniversitesi)
Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN (Gazi Üniversitesi)
Tartışmacılar Av. Yaşar ÖZTÜRK (Samsun Barosu)

3. Tebliğ: Bilirkişi Raporu ve Raporun Bağlayıcılığı (16.30 – 18.30)

Sunuş Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Üniversitesi)
Doç. Dr. Ömer ULUKAPI (Selçuk Üniversitesi)
Dr. Sadullah GÜZEL (Adalet Bakan. Adli Tıp Kur. Adli Tıp. Uzm.-İST)
Tartışmacılar Atilla İNAN (Em. Sayıştay Uzman Denetçisi)
Av. Enver DEDEAĞAÇ (Ankara Barosu)

4. Tebliğ : Bilirkişi Ücreti (10.00 – 11.00)

Sunuş Dr. Sema TAŞPINAR (Ankara Üniversitesi)
Tartışmacılar Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Marmara Üniversitesi)
Hakim Faruk GÖK (1. Asliye Hukuk Mahkemesi)

5. Tebliğ . Bilirkişinin Sorumluluğu ve Etik (11.00 – 12.30)

Sunuş Doç. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi)
Tartışmacılar Dr. Bilal KARTAL (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanı)
Av. Sami KAHRAMAN (Ankara Barosu)
Av. Ahmet GÜREL (Samsun Barosu)

6. Tebliğ: Bilirkişilik Konusunda Alternatif Çözüm Yolları (14.00 – 16.00)

Sunuş Doç. Dr. Haluk KONURALP (Ankara Üniversitesi)
Tartışmacılar Şevket APALAK (Danıştay 8. Dairesi Üyesi)
Av. Atilla ELMAS (Ankara Barosu)

7. Tebliğ: Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Taslak (16.30 – 18.30)

Sunuş Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi)
Tartışmacılar Mehmet Ata ATAPEK (Adalet Bakanlığı; Kanunlar Genel Müdür Daire Bşk.)
Av. Refik MORAL (Samsun Barosu)

KAPANIŞ

İÇİNDEKİLER

Konukların Konuşmaları	5
I. Tebliğ : Yorum ve Tartışmalar	23
Bilirkişilik Kavramı / <i>Çetin Aşçıoğlu</i>	25
Çetin Aşçıoğlu'nun Bildirisinin Ekleri (Ek-1)	108
Ek 2 : Kusur Nedir? Nasıl Belirlenir?	121
Ek 3: Eleştiri	135
Ek 4: Devlet İstatistik Enstitüsünün Türk Yaşam Tablosu	149
Ek 5: İsviçre Federal Mahkemesinin Ayrım Gücünün Belirtilmesine İlişkin Kararı	151
Yorumcular	160
Tartışmalar	167
2. Tebliğ: Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik	173
Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik / <i>Doç. Dr. Cumhuri Şahin</i>	190
Bilirkişinin Seçimi ile İlgili Başımıza Gelen Bazı Konular / <i>Av. Yaşar Öztürk</i>	237
Tartışma (Soru-Cevap)	249
3. Tebliğ: Bilirkişi Raporu ve Raporun Bağlayıcılığı	261
Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı / <i>Prof. Dr. Doğan Soyaslan</i>	263
Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri / <i>Doç. Dr. Ömer Ulukapı</i>	291
<i>Dr. Sadullah Güzel</i>	316

Tartışmalar	334
Bilirkişi Ücreti / <i>Dr. Sema Taşpınar</i>	347
Tartışmalar	395
Bilirkişinin Etik Hukuki ve Cezai Açılardan Sorumluluğu / <i>Doç. Dr. Süha TANRIVER</i>	406
<i>Av. Sami Kahraman</i>	450
Bilirkişinin Cezai, Hukuki ve Etik Açılardan Sorumluluğu / <i>Av. Ahmet Gürel</i>	456
Tartışmalar	472
<i>Dr. Bilal Kartal</i>	477
<i>Prof. Dr. Yaşar Karayalçın</i>	481
<i>Doç. Dr. Süha Tanriver</i>	484
<i>Av. Sami Kahraman</i>	487
Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik / <i>Doç. Dr. Halûk Konuralp</i>	489
Tartışmalar	511
Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı / <i>Prof. Dr Ejder Yılmaz</i>	538
Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Tasarısı.....	551
Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı.....	591
Tartışmalar	626

KONU KLARIN KONU ŐMALAR I

Av. KERAMI GÜRBÜZ- Samsun Barosunun katkılarıyla düzenlemiş bulunduğu Bilirkişilik Sempozyumuna hoş geldiniz, onur verdiniz.

Şimdi, sempozyumun 2 günlük genel program akışını sizlere arz etmek istiyorum:

Az sonra yapacağımız saygı duruşu ve okunacak İstiklal Marşının ardından, Samsun Barosu Başkanı Sayın Avukat Arif Yılmaz Üney ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Avukat Özdemir Özok Beyler açılış konuşmalarını yapacaklardır. Ardından sempozyumu onurlandıran konuklarımızdan Samsun Valisi Sayın Muammer Güler, Samsun Büyükşehir Belediye Başkanı Sayın Yusuf Ziya Yılmaz ve Samsun Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Kemal Karacan birer konuşma yapacaklardır.

Açılış konuşmalarının ve konukların konuşmalarının bitiminden itibaren, sempozyumun tebliğler bölümü başlayacak ve öğleden önceki bölümde sempozyumun Birinci Tebliği olan “Bilirkişilik Kavramı ve Görevinin Sınırları” konulu tebliğ tartışılacaktır. Bugün öğleden sonraki bölümde ikinci tebliğ olarak “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik”, üçüncü tebliğ olarak

ise; “Bilirkişi Raporu ve Raporun Bağlayıcılığı” konuları tartışılacaktır.

Sempozyumun ikinci günü olan 10 Kasım 2001 günü, “Bilirkişi Ücreti” konulu dördüncü tebliğ, “Bilirkişinin Sorumluluğu ve Etik” konulu beşinci tebliğ öğleden önceki bölümde; öğleden sonraki bölümde ise, “Bilirkişilik Konusunda Alternatif Çözüm Yolları” ve “Bilirkişiliğin Kurumsallaşması Hakkında Bir Taslak” konulu yedinci tebliğ tartışılacak ve sempozyum bu şekilde kapanacaktır.

Saygıdeğer konuklarımız; şimdi sizleri başta Mustafa Kemal Atatürk ve silah arkadaşları olmak üzere, vatan uğruna canlarını feda eden tüm şehitlerimizle, ebediyete intikal eden tüm hâkim, savcı ve avukatlarımız için, özellikle de 5 Eylül 2001 günü menfur bir saldırı sonucu görevi başında hayatını kaybeden görev şehidimiz merhum Avukat Yusuf Altaylı'nın aziz hatıraları önünde saygı duruşuna davet ediyorum. Ardından İstiklâl Marşı okunacaktır.

(Saygı duruşu yapıldı ve İstiklâl Marşı okundu)

Saygıdeğer konuklarımız; şimdi açılış konuşmalarını yapmak üzere Samsun Barosu Başkanı Sayın Avukat Arif Yılmaz Üney'i kürsüye davet ediyorum.

Av. ARİF YILMAZ ÜNEY- Sayın Muammer Güler; Samsun Valisi, Sayın Valim, Sayın Özdemir Özok; Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Sayın Başkanım, Sayın Yusuf Ziya Yılmaz; Samsun Büyükşehir Belediye Başkanım, Sayın Başkanım, Sayın Kemal Karacan; Samsun Cumhuriyet Başsavcısı, Sayın Başsavcım, Sayın Kemal Bilecen; Samsun Bölge İdare Mahkemesi Başkanı, Sayın Başkanım, Sayın Rektör Vekilim, Adalet Komisyonumuzun Sayın Başkanı Ahmet Akyüz, Başkanım, Türkiye Barolar Birliği'nin Yönetim Kurulu'nun çok değerli üyeleri; bugün Başkan Vekili Sayın Hüseyin Erkenci'nin mazereti sebebiyle burada

bulunamadığını bildiriyorum, kendisine Samsun Barosu'nun saygılarını sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri, çok değerli Şahin Mengü yurtdışı görevinde. Bu etkinlikte üstün gayretleri, Samsun Barosu tarafından hiçbir zaman unutulamayacaktır. Buradan, Samsun'dan kendisine saygılarımızı ve sevgilerimizi gönderiyoruz.

Çok değerli Bilirkişilik Sempozyumu'nun çok değerli hocaları, profesör doktorlar, doçent doktorlar, doktorlar, uzmanlar, hâkimler, savcılar ve tüm konuşmacılar, hoş geldiniz, Samsun'a onur verdiniz.

Bu bölümde özellikle bu sempozyumun hazırlanmasında büyük emeği geçen, bizi yönlendiren, tüm eksiklerimizi karşılayan, Samsun'umuzun çok değerli Valisi Sayın Muammer Güler'e, Samsun'umuzun Büyükşehir Belediye Başkanı Sayın Yusuf Ziya Yılmaz'a, Samsun'umuzun çok değerli Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Kemal Karacan'a, tüm emeği geçenlere, tüm çalışanlara huzurlarınızda teşekkür ediyorum.

Ayrıca, sempozyumda görev alarak, bilirkişilik gibi hassas bir konuda değişim yasalarının çıkartılmaya uğraşıldığı bir dönemde, hâkimin kürsüsüne yavaş yavaş tırmanmaya başlayan bilirkişilik meselesinin ve konusunun burada iki gün içinde bütün detaylarıyla tartışılacağına inanıyorum ve biliyorum. Sadece yargıya değil, topluma da ışık veren, yol gösteren konuşmacılara şükranlarımı sunuyorum. Türkiye'nin değişik şehirlerinden zahmet edip buraya geldiler. Bu, sadece yargıya değil, içinden çıktıkları topluma da bir şaygıdır, onları tekrar kutluyorum.

Bugün çok anlamlı bir gün. On gün önce Büyük Atatürk'ün "doğum yerim" dediği Samsun'da, Cumhuriyetimizin 78 inci yıldönümünü kutladık, her yıl olduğu gibi coşkuyla kutladık. Bugün Bilirkişilik Sempozyumu var. Atatürk Türkiyesi bunları

artık rahat bir ortamda tartışıyor. Avrupa Birliği'ne aday ülke Türkiye, bunları öğrenmek ve bundan sonra uygulamada rahat hareket etmek istiyor. Yarın, Büyük Atamızın, Ulu Önderimizin, Kurtarıcımızın ölümünün 63 üncü yıldönümü. Geçmiş yıllarda olduğu gibi, asla dövünerek, asla ağlayarak anmayacağız; ona lâyık olduğumuzu göstereceğiz. Sahip olduğumuz cumhuriyeti kim, ne şekilde, kimler derecelendirilip, numaralandırsa da, asla ciddiye almayacağız. O cumhuriyetin temel nitelikleri olan demokratik, laik, sosyal hukuk devletine, dün olduğu gibi bugün de, yarın da sahip çıkacağız, bundan kimsenin kuşkusu olmasın.

Devam edecek sempozyum içerisinde elbette ki aksaklıklar olabilecektir. Bu aksaklıkları görmemenizi, hoş görünemenizi istemekteyim.

Çok değerli hâkimlerim, savcılarım, avukatlarım; bugün buraya gelerek, bu toplantıya katılarak, konuya gösterdiğiniz özeni de ispat etmiş oldunuz, sizlere Samsun Barosu adına saygılar sunuyorum, hepinize teşekkür ediyorum. Bu sempozyumun yargıya ve ulusumuza hayırlı olmasını diliyorum.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklar; şimdi de konuşmasını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Avukat Özdemir Özok Beyi kürsüye davet ediyorum.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK- Sayın Valim, Sayın Belediye Başkanım, Sayın Cumhuriyet Başsavcım, Adalet Komisyonu Başkanım, Sayın Rektör Yardımcım, değerli Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşlarım, saygıdeğer konuklar, Samsun Barosu'nun duyarlı basın temsilcileri; hepinizi şahsım ve kurumum adına saygılarımla selamlıyorum.

Değerli konuklar, biraz önce Sayın Samsun Barosu Değerli Başkanımızın belirttiği gibi gerçekten Samsun'da iki gün Türkiye'de artık kronikleşen bilirkişilik kurumunu çok değerli uzmanlar, bilim adamları, uygulamacılar tartışacaklar. Dün, saat

13:30'da geldik ve gerçekten kendi kişiliğinden ve Samsun'un o konukseverliğinden gelen güzelliğiyle, Samsun Barosu Başkanımız ve değerli Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşımız, bizi çok sıcak bir biçimde karşıladı. Değerli konuklar şunu söylemeden geçemeyeceğim: Samsun'da Vali-Belediye Başkanı- Adliye arasındaki uyum, eşgüdüm, anlayış gerçekten üst düzeyde, birbirlerine olan duyarlılık, saygı, birliktelik, dileğimiz bütün illerimizde kamu görevi yapan, tüm sorumluluk taşıyan kişilerin aynı anlayışı sergilemesi.

Şu tespiti yaptık gerçekten; Samsun, 19 Mayıs Üniversitesiyle artık tarihteki o seçkin yeri yanında, bir bilim ve kültür kenti de olmaya aday olmuş ve artık Samsun'u bilimiyle ve kültürüyle de en az tarihsel gelişimi kadar değerlendirmek lazım geldiği inancındayız. Çünkü, dün bizi 19 Mayıs Üniversitesinde mimari olarak yüzümüze gülen bir mimari, içindeki genç, çağdaş, Atatürk'ün bıraktığı mirası sıkı sıkıya izleyen bir rektörle karşılaştık ve bu coşkuyu, bu güzelliği, bu mutluluğu siz değerli konuklarımla, siz değerli konuklarla paylaşmak istedim.

Saygıdeğer konuklar; Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, 5-7 Ekim 2001 Günleri, Çanakkale'de gerçekleştirdiği toplantıdan sonra, Ankara dışında ikinci Yönetim Kurulu Toplantısını ve de etkinliğini Samsun'da gerçekleştiriyoruz. Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu başta olmak üzere Samsun'da çok zarif ve ince bir konukseverlikle karşılaştık, demin de söylediğim gibi kendilerine tekrar teşekkür ediyor ve şahsım ve kurumum adına saygılarımı sunuyorum.

Değerli konuklar; Avukatlık Yasasının değişik 110 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında "baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlayıp, mesleğin gelişmesini sağlamak", 4 üncü fıkrasında "Türkiye barolarını ve mensuplarını birbirlerine tanıtarak, aralarındaki meslek bağına kuvvetlendirmek", 9 uncu

fıkrasında “avukatların meslekte gelişmelerini teşvik edecek ve sağlayacak her türlü tedbirleri almak” ve yine yasanın 121 inci maddesinin 18 inci fıkrasında “Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun mesleki dayanışmanın sağlanması ve devamlılığı için her türlü çalışmalarda bulunmak” gibi bir görevi vermiştir. Bu yasal görevler doğrultusunda yönetimimiz, zaman zaman toplantılarını değişik barolarda yapmayı ve orada meslek etkinlikleri düzenlemeyi kararlaştırmıştır. Bu karar gereği ikinci toplantımızı -biraz önce de söylediğimiz gibi- burada yapıyor ve kanayan bir yara olan bilirkişilik kurumunu tartışmaya açıyoruz.

Değerli konuklar; Hukuk Muhakemeleri Usul Yasasının 275 ve 286 ncı maddelerinde, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 65 ve 75 inci maddelerinde düzenlenen, eski deyimiyle “Ehli Vukuf” yeni deyimiyle “Bilirkişilik Kurumu” maalesef yasanın öngördüğü işlevine aykırı bir yapılanma içine girmiş ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Yasasının 275 inci maddesinde “mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez”. Yasa böyle diyor, ama böyle diyor da, uygulama böyle mi? Kesinlikle değil demek suretiyle bilirkişilik kurumunun çerçevesinin çizmiştir, ancak uygulamada bu kurum iyice yıpranmış, her konuda bilirkişiye başvurmak suretiyle adeta bilirkişilik hüküm veren yargıçların yerine geçmiştir; böylece bilirkişi yargıcın yetki alanında bulunan çalışmalarda yargısal nitelikte görev ve yetkileriyle donatılmış bir kişi görünümüne getirilmiştir. Bu olgu, bilirkişilik kurumuna ilgiyi artırmış, elinde çanta, kapı kapı yargıç kollayan, uzmanlıktan ve bilimsellikten çok uzak, başka becerilerle dosya avına çıkan tiplerin türemesine neden olmuştur. İlkesiz, bilgisiz, yeteneksiz bilirkişinin raporları hükme dayanak yapılmakta, böylece hakkın özü zedelenmekte ve adil yargılanma yara almaktadır.

İki gün süreyle değerli katılımcılar bilirkişilik kurumunu bütün boyutlarıyla tartışacak, yararlı öneri ve görüşlerini sunacaklardır. Birlik olarak yapılan tüm tartışma ve söyleşiler tarafımızdan banda kaydedilmekte ve çözümlendikten sonra kitapçık haline getirip bütün delegelerimize ve ilgililere yollanacaktır.

Değerli konuklar; sempozyumun mesleğimiz ve meslektaşlarımız için yararlı olmasını diliyor, tekrar hepinize saygılarımızı sunuyor, teşekkür ediyorum. Sağ olun efendim.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Şimdi de sempozyumu onurlandıran saygıdeğer konuklarımızdan Sayın Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Karacan Beyefendiyi konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

KEMAL KARACAN (Cumhuriyet Başsavcısı)- Sayın Valim, Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanım, Sayın Büyükşehir Belediye Başkanım, sempozyuma konuşmacı olarak katılacak saygıdeğer üstatlarım, saygıdeğer hocalarım, değerli meslektaşlarım, kıymetli dinleyiciler, basının kıymetli temsilcileri; ben, öncelikle Türkiye Barolar Birliği ile birlikte Samsun Barosu'nun "Bilirkişilik" konulu sempozyumu Samsun'da düzenledikleri için kendilerine teşekkür ediyor, bu sempozyuma hoş geldiniz diyorum.

Değerli konuklar; Anayasamızın başlangıcında açıkça belirtilmiş, kuvvetler ayrımında kuvvetlerin sayılması, sıralanması, birbirlerine üstünlük anlamına gelmeyip, medeni bir işbölümü, devlet yetkilerinin belli şekilde kullanılmasında medeni bir işbölümü olduğunu açıkça belirtmiş. Yine Anayasamızın üçüncü kısmında "devletin temel organları Yasama, Yürütme, Yargı" olarak belirlenmiş. Bu üç organdan Yargıyı, iddia, savunma, yargılama makamları oluşturmakta. Yargılama, hukuk devletinde hukukun, temel hak ve özgürlüklerin, adaletin

güvencesidir. Hukukun, yargının, adaletin güvencesi olabilmesi için birtakım özellikleri taşıması gerekir. Bu özelliklerden biri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde belirtilen adil yargılama, uygun bir sürede adil, tarafların dinlenmesi suretiyle en uygun kararın verilmesidir. Yargının adil yargılayabilmesi, süratli yargılayabilmesi için müracaat ettiği birtakım kurumlar, kuruluşlar vardır. Bunların başında da bilirkişilik müessesesi gelmektedir. Bilirkişilik; düzenli, yasalara uygun, adil çalıştığı sürece yargıya hizmet edecek, yargının tarafsız, adil, adalete uygun sonuca ulaşmasında katkıda bulunacaktır.

Az önce Türkiye Barolar Birliği Başkanımızın belirttiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 inci maddesiyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 66 ncı maddesinde bilirkişilik kısaca belirtilmiş. Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişinin rey ve mütalaasına başvurulur. Bilirkişiler başvuruldukları rey ve mütalaalarında yasalara uygun, adaletli, güvenli çalıştıkları sürece öncelikle yargılanması yapılan olayda, dolayısıyla yaşanan toplumda ve en son olarak da adalete büyük bir hizmet etmiş olma durumuna gelirler. Ancak, yine bu müessesede görev alan, bu müessesenin içinde bulunan kişiler bu görevlerini gerektiği gibi yapmazlarsa, kişilere, topluma, dolayısıyla yargıya, adalete zarar da verebilirler. Böyle önemli bir görevde bize bilgilerini, birikimlerini sunacakları için hocalarımıza, değerli üstatlarımıza teşekkür ediyorum.

Bu toplantının burada gerçekleşmesinde başta emeği olan Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanımız ve onun yönetimine, Samsun Barosu Başkanı ve onun yönetimine yine her konuda olduğu gibi, yargıya hep destek olan, hep yargının yanında olan Samsun Valisi Sayın Muammer Güler Beye, yine aynı şekilde desteklerini hiçbir zaman bizlerden esirgemeyen Büyükşehir

Belediye Başkanımıza ve emeği geçen tüm katılımcılara, tüm meslektaşlarıma teşekkür ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Şimdi de konuşmalarını yapmak üzere Samsun Büyükşehir Belediye Başkanı Sayın Yusuf Ziya Yılmaz'ı kürsüye davet ediyorum.

SAMSUN BÜYÜKŞEHİR BELEDİYE BAŞKANI YUSUF ZİYA YILMAZ- Sayın Valim, Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Sayın Cumhuriyet Başsavcımız, Sayın Bölge İdare Mahkemesi Başkanımız, Sayın Adalet Komisyonu Başkanımız, Sayın Rektör Vekilimiz Samsun'a dışarıdan gelen, bugünkü sempozyuma konuşmacı olarak gelen saygıdeğer bilim adamlarımız, saygıdeğer yargıçlarımız, hukuk adamlarımız, Samsun ve Barolar Birliği'nin değerli mensupları, Samsun Adliyesi'nin değerli mensupları, Silahlı Kuvvetlerimizin değerli mensupları; hepinizi en içten duygularıyla saygıyla selamlıyorum.

Biraz önce Barolar Birliği Başkanımız, kendilerine dünden bu yana çok yakın ilgi gösterdiğimiz için, çok güzel konukseverlik örnekleri gösterdiğimiz için bize teşekkür ettiler. Aslında inanır teşekkür edilmesi gereken birisi varsa, onlar. Çünkü, biz Samsun'da böylesine güzel bir bilimsel toplantıya sahne olmaktan mutluluk duyuyoruz ve onlara biz müteşekkirimiz. Samsun'da bu tür organizasyonların olması, Samsun'un bu tür platformlara dönüşmesi, Samsun'un gelişmesi, Samsun'un tanıtımı, Samsun'un sorunlarının bazı platformlara ulaştırılması konusundaki katkısı için de sevinç ve mutluluk duymaktayız. O bakımdan burada organize edilecek olan her türlü organizasyon bizleri bu organizasyonu yapanlara müteşekkirmaktadır, onu özellikle ifade etmek istiyorum. Samsun halkı adına bu toplantıyı burada organize eden Samsun Barosu Başkanı Sayın Arif Yılmaz Üney'e ve Türkiye Barolar Birliği'ne tekrar tekrar müteşekkirim olduğumuzu ifade etmek istiyorum.

Samsun, gelişmekte olan bir ilimiz, Türkiye'nin 16 büyük şehriden bir tanesi. Biz, şehrin önüne bir dizi programlar koyduk. Bu programlar hep bir büyük şehir konseptinin, bir büyük şehir yorumunun, bir büyük şehir tuvalinde, tablosunda olması gereken donatılar olarak düşünüyoruz, hem de Atatürk'ün şehrinde olması gereken şeyler olarak düşünüyoruz. Atatürk'ün şehri olarak düşündüğümüz 19 Mayıs Şehri'nde modern bir kentte olması gereken bütün donatılar derken; ulaşımından, sağlığına, eğitiminden, güvenliğine ve çevresine kadar olması gereken bütün tesisleri tesis etmeye çalışıyoruz. Bununla ilgili bir program koyduk önümüze, bu programın üstüne üstüne bütün enerjimizi kullanarak bunların üzerine gidiyoruz, ama güçlüklerimiz var. Ekonomik açıdan Türkiye'nin içinde bulunduğu durumun bize yansıttığı güçlükler var. Bu güçlüklerle birlikte bu sorunları çözmeye çalışıyoruz. Zaman zaman şöyle düşünüyoruz, diyoruz ki: "Bu güçlükler olmasaydı, biz belki de bu hedefi daha da büyütecektik, daha da büyütülmüş hedefe göre de bu defa yine güçlükler olacaktı." O bakımdan önemli olan şu anda içinde yaşadığımız güçlükler ölçeğinde bu projeleri, bu programları gerçekleştirmek önemlidir. Hiç de hayıflanmayalım, hiç de kendi kendimize söylenmeyelim. Sonuçta kim yaparsa yapsın, yapılan her iş için belli bir enerji, belli bir efor harcanır. Demek ki bizim de kaderimiz, görevimiz, bu sezonda, bu dönemde bu güçlükleri yenmektir diye uğraşyoruz. Bunu şunun için söylüyorum; Samsun'a dışarıdan gelen konuklarımıza vermek istediğim bir mesaj olarak vermek istiyorum, inşallah Atatürk'ün şehri çok yakın bir zamanda, 5-10 sene içerisinde Türkiye'nin en önde gelen -bütün bu biraz önce söylediğim- bir metropol, bir modern, çağdaş kent ölçeğinde olması gereken donatılar itibarıyla eksiksiz bir şehir olarak tanımlanan, eksiksiz bir şehir statüsüne girmiş bir Samsun olarak göreceksiniz, ben buna inanıyorum.

Kamuda bulunduğum dönemlerde ve belediye başkanlığı yaptığım bu dönem içerisinde, ben de her kamu görevlisi gibi bilirkişilik müessesesiyle ilgili çeşitli sıkıntılar çekmiş bir kamu görevlisiyim. Ama, inanın belki de o kurumun da, bilirkişilik müessesesinin de üzerine yüklenmiş olan sorumluluklar ve yükümlülükler zaman içerisinde oluşturulmuş olan yanlış anlama ve yanlış değerlendirmeler bu kurumu -biraz önce Barolar Birliği Başkanımızın da ifade ettiği gibi- çok fazla yıpratmış, çok fazla zedelemiş, bilirkişilik müessesesi adeta artık hukuk davalarında sorun olmaya başlamış bir kurumsal yapıya dönüştürülmüştür. İnşallah bu toplantı ve bunu takip edecek diğer toplantılar bu kurumu, içinde bulunduğu bu sıkıntılı ortamdan çıkaracaktır, çıkaracağına da inanıyorum. O bakımdan bu toplantıyı, bu sempozyumu çok yararlı görüyorum, bu sempozyumdan gurur duyuyorum. Bu sempozyum sürdüğü sürece, yarına kadar, Samsun'a dışarıdan gelen konuklarımıza ev sahipliği yapmaktan gurur duyduğumu ifade etmek istiyorum ve Samsun halkı adına hepinizi tekrar tekrar en içten duygularıyla saygıyla selamlıyorum, hoş geldiniz efendim.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız; şimdi de konuşmasını yapmak üzere Samsun Valisi Sayın Muammer Güler'i kürsüye davet ediyorum.

SAMSUN VALİSİ MUAMMER GÜLER- Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı, değerli Yönetim Kurulu üyeleri, Samsun protokolünün değerli mensupları, değerli bilim adamları, değerli konuklarımız, değerli katılımcılar, değerli basın mensupları; Türkiye Barolar Birliği'nin, Samsun Barosunun katkılarıyla düzenlediği Bilirkişilik Sempozyumda sizlerle beraber olmaktan, sizleri Samsun'da ağırlamaktan çok büyük bir mutluluk duyuyorum. Ben de sizlere ayrı ayrı hoş geldiniz diyorum. Sempozyumun verimli sonuçlar getirmesini, başarıyla sonuçlanmasını da yürekten diliyorum.

Evet, gerçekten de Sayın Başkanımız Özdemir Özok Beyefendiye ve değerli Yönetim Kurulu üyelerine ve Samsun Barosu Başkanı Sayın Üney'e ben de özellikle teşekkür etmek istiyorum, Samsun'da böylesine güzel bir sempozyumu düzenledikleri için Biz, Samsun'u aynı zamanda bir kültür merkezi ve sanat merkezi olması yanında, sanayi ve ticaret merkezi olması yanında, bilimsel çalışmaların da bu tür sivil toplum kuruluşlarının, meslek teşekküllerinin bu tür faaliyetlerinin ağırlıklı yapılması gereken bir yer olduğuna da inanıyoruz. Bu nedenle de bu sempozyumun burada yapılmasından duyduğumuz memnuniyeti ayrıca belirtmek istiyorum.

Müsaade ederseniz, bu kadar seçkin topluluğu bir arada görmüşken, bazı konulardaki düşüncelerimizi, fikirlerimizi belirtmek istiyorum. Bulduğumuz yer milli kurtuluş mücadelesinin ilk adımının atıldığı ve Anadolu'ya bu kurtuluş dalgasının hale hale yayıldığı çok önemli bir kent. Gazi Mustafa Kemal'in, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna giden yoldaki ilk adımının bugün bizi getirdiği noktaya baktığımızda, çok farklı bir düşünce içine girmemiz doğaldır. Yarın 63 üncü ölüm yıldönümünde anacağımız Atatürk'ün "iyi ki Cumhuriyeti kurmuş, iyi ki böyle bir tercihte bulunmuş" diyebileceğimiz bir noktaya geldik. Özellikle bugünlerde 11 Eylül'den sonra yaşanan dönemde bölgesel ve ulusal bazda baktığımızda ve bugün ellinin üzerindeki İslam Ülkesi içerisindeki yerimize, konumumuza baktığımızda, dünyadaki saygınlığımıza baktığımızda gerçekten Atatürk'ün Cumhuriyeti kurmaktaki isabetini, o mücadelenin ne anlama geldiğini çok daha iyi fark edebiliyoruz. Evet, çok enteresandır, eğer cumhuriyet olmasaydı, hedef çağdaş uygarlık olmasaydı, hedef akıl ve bilim olmasaydı, biz ne durumda olabilecektik? Bunun bile fark edilmesi yeter.

O yıllar, küreselleşmenin henüz hissedilmediği, dünyanın küçücük bir köy olduğu bir dönemdi, ama bugün baktığınızda bu küreselleşmenin etkisiyle globalleşmede o gün yapılanların ne kadar önemli olduğunu bir kez daha anlıyoruz ve Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ü, onun silah arkadaşlarını, Cumhuriyeti kuranları, yaşatanları, rahmetle, minnetle, şükranla tabii ki anıyoruz, yad ediyoruz ve en önemlisi hedefin çağdaş uygarlık olması ve zamanla da Cumhuriyetin demokrasiyle de güçlendirilerek ve modern demokrasilerin sahip olduğu kuralların da hayata geçirilmesiyle daha da güçlenecek ve hedefin tek çağdaş uygarlık olduğunu gösterecek bir yaklaşım içerisinde biz de bunu geleceğe taşımanın şeref borcu olduğunu biliyoruz. Samsun bunun önemini çok iyi biliyor.

Tabii ki, demokrasinin başlangıçtan itibaren belki önemli eksiklikleri yaşanabilirdi. Bugün, demokrasiyi çeşitli kurum ve kuruluşların toplum hayatında kendi alanlarında ağırlık koyarak, demokratik kurallar çerçevesinde, politikalar üzerinde etki kazanmasıyla zenginleşen bir kurum olarak biliyoruz. İşte Barolar Birliği de bu anlamda çok önemli bir kurum, bir meslek teşekkülü, bir sivil toplum kuruluşu, bir baskı grubu, bir menfaat grubu. Bu bağlamda alabileceğimiz gibi, toplumdaki buna benzer bütün kuruluşların artık politika üretmesi, ona katkı sağlaması ve demokrasinin de bu suretle pürrealist yapıya, çoğulcu yapıya ulaşabileceğini düşünüyoruz. Türkiye tabii son zamanlarda önemli değişimler de yaşıyor. Bugün artık devletin yeniden yapılanmasının gündemde ve yoğunlukta olduğu, yeniden yapılanmasının da devleti küçültmek veya daha etkin kılmak anlamındaki tartışmaları da yoğun şekilde getirdiğini görüyoruz. Önemli olan şudur; Türkiye Cumhuriyeti büyük bir devlettir, ama Türkiye Cumhuriyeti etkin, verimli çalışan bir devlet değildir, hantal bir yapıya sahiptir. Bu kadar merkezîyetçi bir yapı elbette ki çağın gereklerine uymamaktadır. Bu konuda hepimiz hem

fikiriz ve Türkiye hedefini Avrupa Birliği'ne doğru yönlendirmiştir. Uluslar arası hukuka olan bağlılığını çeşitli hukuk reformlarıyla zenginleştirmenin yolunu artık çizmiştir. Burada yapılacak olan artık 2000'li yılların yükselen değerlerine, çağdaş uygarlık, demokrasi, hukuk devleti, o da yetmez, hukukun mutlak üstünlüğü gibi, kültür gibi, sanat gibi, çevre gibi birtakım değerleri benimseyeceğiz.

Şimdi bu anlamda Türkiye tabii birtakım yapısal çalışmaların içinde. Son anayasa değişikliklerini büyük ölçüde önemsiyoruz, ama hemen akabinde bu anayasal değişikliklerin Uyum Yasalarıyla zenginleştirilmesi lazım. Özellikle bugün görüşeceğimiz bilirkişilik konusunun kamuyu en çok ilgilendiren konusu da hemen Kamulaştırma Yasasıyla ilgili Anayasamızdaki düzenlemelerin hukuk hayatına Uyum Yasalarıyla süratle taşınması lazım. Tabii Türkiye'de yapımızın kurumsal eksikliğini ifade etmek lazım. Ben bunu kuralların kurumsal olmaması diye kendimce ifade etmeye çalıştım, yani demin söylediğimiz pürrealist bir yapı içerisinde kurallar oluşmadığı için bütün toplum kesimlerinin görüşleri alınarak, yani ihtiyaçları tam yansıtmayan bir kural düzenliyorsunuz. O kuralın adil, eşit, objektif, tarafsız olmadığı konusunda toplumda genel bir yargı var. O zaman kuralların uygulanması değil, uygulanmaması yolunda bir çaba var ve bu kurallara uymayanları caydıracak herhangi bir şey yok veya etkili değil. Caymayanlara verilen ceza süratli değil, tesiri çok az. Nihayet cezalandırabildiklerinize de bunun hiç ıslah ediciliği yok. O zaman şimdi beş önemli kalenin beşi de giderse o zaman ne olacak? İşte onun için Türkiye'nin kurumsal eksikliğinden burada bahsetmek lazım. Toplumun da bu konularda artık yeni bir karara varması lazım. Türkiye çağdaş bir ülke olacaksa, artık kurumsal bir yapıyı kendi içinde özümsemeli, buna da inanmalıdır. İnanmazsanız, uluslar arası hukuk sizi inandıracak öyle güzel yollar buluyor ki. Tıkır tıkır, çok

duygusal bir şekilde sizden bunun bedelini alıyor, yani ya çağdaş hukuka uyacaksınız, bunun kurallarını kabul edeceksiniz ya da yolunuzu başka türlü tercih edeceksiniz. Türkiye, başka türlü bir yol tercih edemez, çağdaşlık anlamında, uluslar arası hukuka uyum anlamında elbette ki yönünü çevirecektir. Tabii son dönemlerdeki çalışmaları hesap etmeyin, yani bugün Medeni Yasadaki o büyük çalışma, 78'den günümüze kadar en az 3 tane büyük tasarı, yılların çalışması, eksikliklerine rağmen çok önemli bir çalışma. Türk Ceza Kanunundaki çalışmaları da bu konuda çok büyük ölçüde önemsemek lazım ve hemen akabinde Yerel Yönetimler Yasası, o merkezi yapıyı daha da etkin kılacak. Bakın bugün kamu hizmetlerinin çok büyük çoğunluğunu merkezi idare yönetiyor, yerel yönetimlere çok az bir kısmı kalıyor. Merkezi idareye kalanların da yüzde 99'unu Ankara yürütüyor, yani böyle bir hantal yapı içerisinde hukuk reformu da bunların ayrılmaz bir parçasıdır, hepsi devletin bir kurumudur, yani Sayın Başsavcım isabetle ifade ettiler, yani hepsi devlete katkı sağlayan kuvvetler. Tabii kuvvetlerin de Türkiye'de görevlerini yeterince yerine getirip, getirmediikleri, konumlarına uygun davranıp davranmadıklarını da ayrıca tartışmak icap ediyor.

Şimdi bu anlamda elbette Türkiye Barolar Birliği'nin de çok önemli katkıları olacak, toplumun bütün kesimlerinin sivil inisiyatif kullanarak önemli katkıları olacak. Burada Büyükşehir Belediyesi'yle beraber yürüttüğümüz Yerel Gündem çalışmalarında çok önemli sonuçlar bekliyoruz. Türkiye artık bu anlamda sivil inisiyatifleri, yerel dinamikleri harekete geçirdiği zaman, o zaman gerçekten Avrupalılaşacağız, çağdaşlaşacağız ve ancak o zaman hedeflerimize ulaşabileceğiz.

Bilirkişilik konusunda da çok kısaca değinmek istediğim hususlar vardır. Elbette bilirkişinin görüşüne başvuru hususunda özel ve teknik bilgisine dayanarak inceleme yapan veya vardığı sonuçları hâkime bildiren kişi olarak belirtiyoruz. Tabii

burada önemli olan yargıcın seçimidir, bilirkişinin seçimi yargıcın görevidir ve son söz de hâkimindir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda özellikle bizim kamu alanında resmi bilirkişileri düzenleyen hükümler var, özel bilirkişiler yanında ve 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasını değiştiren 4650 sayılı Yasada da önemli değişiklikler getirildi. Bu değişiklikleri gerçekten önemsiyoruz, anayasada da buna benzer düzenlemeler yapıldı. Geçmişten farklı olarak bu idare açısından bazı sıkıntıların giderildiği söylenebilir. Burada tabii önemli olan tarafsızlık, dürüstlük ilkelerine, adil ölçülere de uymaktır. Türkiye’de maalesef hukuk alanında da ifratlarla tefritler hep bir arada yaşanmıştır. Yani, geçmişte Emlak Vergisi değerini esas alan bir tefrit veya çok ekstrem bir husus veya alabildiğine idare aleyhine bir durum. Yani, bunların arasında bir orta yolun bulunması gerekmektedir; bu orta yol da ancak bilirkişilik müesseselerinin, yargıcın iyi çalışmasıyla mümkün olacaktır diye düşünüyoruz.

Şimdi, yeni Kamulaştırma Yasasında bilirkişi sayısının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 276 ncı maddesinde öngörülenden biraz farklılığı var, yani birinde “üçten fazla olamaz” şeklinde düzenleme, birinde beşle sınırlandırılması, bence biraz da israfa yol açabilen bir düzenlemedir. Bunun değiştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerektiğine inanıyoruz. Elbette Sayın Büyükşehir Belediye Başkanımız da ifade ettiler, Sayın Barolar Birliği Başkanımız da ifade ettiler, günümüzde maalesef ticari kaygıları ön planı çıkaracak bir müessese haline gelmiş. Tabii yıpranmış bir kurumdur, ama bunun yine yeniden düzenlenmesinde ve işlevine uygun bir şekilde çalıştırılmasında büyük bir fayda vardır. Değerli uzmanlarımız bu konuda her şeyi söyleyecekler. Bize düşen ancak buradaki konuşmaları dinlemek olacaktır, tabii yargılanmak sürecinin de çok etkin bir parçası

olduğunu unutmamak gerekiyor. Hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve kazanılmış haklara saygıyı sağlayacak en önemli kurumlardan bir tanesidir.

Şimdi değerli bilim adamlarımız bu konuda bize çok önemli bilgiler verecekler. Ben, sempozyumun düzenlenmesi nedeniyle başta Sayın Barolar Birliği Başkanımıza, değerli Baro Başkanımız Sayın Üney'e, değerli Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşlarımıza, bu arada Sayın Sungurtekin Beyefendiye, değerli Baro Başkanımız Sayın Arif Yılmaz Üney Beyefendiye ve katkısı olan değerli arkadaşlara da teşekkür ediyorum. Değerli bilim adamlarımıza, değerli konuklarımıza ve baro başkanlarımıza, değerli katılımcılara tekrar ayrı ayrı hoş geldiniz diliyorum. Başarılı geçmesini diliyor, hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Teşekkür ederim.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız; sempozyumumuza katılma nezaket ve hassasiyetini gösteren ve bu nezih ve veciz konuşmaları lütfeden değerli konuklarımıza bir kez daha teşekkür ediyoruz.

Saygıdeğer konuklar; şimdi sempozyumun tartışılacak olan birinci tebliği başlayacaktır. Tebliğin konusu "Bilirkişilik Kavramı ve Görevinin Sınırları". Tebliğin sunuşunu Yargıtay Onursal Üyesi Sayın Çetin Aşcıoğlu yapacaklardır. Tartışmacılar: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Ejder Yılmaz ve Ankara Barosu avukatlarından Sayın Şükrü Salkaya. Değerli konuklarımızı, sayın konuşmacıları sahneye davet ediyorum. Buyurun efendim.

Tartışmanın sonunda süremiz elverdiği müddet içinde sayın konuklarımız da sayın tartışmacılara soru yöneltebileceklerdir.

I. TEBLİĞ

YORUM

VE

TARTIŞMALAR

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ' NİN SAMSUN' DA
DÜZENLEDİĞİ BİLİRKİŞİLİK KONULU "BİLGİ
ŞÖLENİ" NDE YARGITAY ONURSAL ÜYESİ ÇETİN
AŞÇIOĞLU' NUN SUNDUĞU BİLDİRİ**

9 Kasım 2001 Cuma Saat 10

**BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI
VE
GÖREV SINIRLARI**

I-GİRİŞ:

*Yaşamda yapılacak o kadar çok
yanlış var ki, o yüzden aynı yanlış
sürdürmenin anlamı yoktur."*

J. Paul Sartre

1- ÖN AÇIKLAMA:

Sayın okuyucu, ülkemizdeki yozlaşmış bilirkişi uygulamasını bireyin doğru güvenli (adil) yargılanma hakkı karşısında bir sorun olarak kabul ediyorsanız, bilgi dağarcığınızın varsıllaşmasını (zenginleşmesini) ve katkılarda bulunmayı istiyorsanız sizden bir dileğim var; hukuk adına yargı adına: Bildirimim tamamını sorgulayarak okur musunuz?

Bilim adamı, yargıç, avukat hatta bir yurttaş olarak görüşlerinizi, eleştirilerinizi ve sorularınızı iletirseniz sevinirim. Katkılarınız doğrunun bulunmasında ve uygulanmasında azımsanmıyacak yararlar sağlayacaktır.

Bekliyorum efendim...¹

2- ÖNCE DİL VE ULU ÖNDER:

Hukuk öğrenimine başladığım yıllarda Arapça'dan alıntı *ehl-i vukuf*, *ehl-i hibre* sözcüklerini öğrendik; yargıçlığımın ilk yıllarında (altmışlı yılların başlarında) bu sözcükleri kullandıksa da giderek **b i l i r k i ş i** sözcüğü hiç bir zorlama olmaksızın

¹ Yazara Ulaşma: *e-ulak(mail)*: cetina@mail.koc.net

Telefon: 440 99 37

Belgegeçer(faks):428 82 67

Konut :Platin Sokak 20/8 Çankaya/Ankara

hukuk diline yerleşti. Öz de, kök de, ses de benim olunca; Dağlarca' nın seslenişiyile "Türkçem, benim ses bayrağım " demenin sevincini, mutluluğunu duyduğum için "önce dil" demek geldi içimden. İşte ehl-i vukuf yerine bilirkişi işte Fransızca (aslı Yunanca'dan) sempozyum yerine bilgi şöleni, rapor yerine yaznak; yerlisi, benim olanı varken yabana ne gerek...

Bir de:Ulusal bilinçle kurtuluşumuzun ve kuruluşumuzun ilk adımının atıldığı Samsun' da yapılan bu bilgi şölenin de" *Ulusal duygu ile dil arasındaki bağ çok güçlüdür. Dilin ulusal ve zengin(varsıl) olması ulusal duygunun gelişmesinde başlıca etkidir.Türk dili dillerin en zenginlerindedir; yeter ki bu dil bilinçle işlensin.Ülkesini, yüksek bağımsızlığını korumasını bilen Türk ulusu, dilini de yabancı dillerin, boyunduruğundan kurtarmalıdır*" diyen ve başta dil ve hukuk devrimleriyle bizlere can suyu veren Mustafa Kemal Atatürk' e olan gönül borcumuzu (şükran)yürekten dile getirmek.

İşte bu gün, bu bilgi şöleninde: O' nun, çağdaş uygarlığa ulaşmanın tek yolu olarak gösterdiği "bilmin aydınlık yolunda" bilirkişi kurumunu , kavramını değerlendirip tartışarak gönül borcumuzu yalnız söylemlerle değil eylemli olarak da ödeyeceğiz.

3-ÇALIŞMA YÖNTEMİ

Bilirkişi kavramı, uygulamada; bilimin ve yasaların buyruklarının sınırlarını öylesine aşmış durumdadır ki: Uygulayıcıların büyük bölümünün hatta çok azınlıkta da olsa bazı bilim adamları bilimin boş inançla(abes) uğraştığını, "yasaların buyruklarının doğru olmadığını²", çoğun dilleriyle söylemeseler bile belleklerine yerleştirmiş durumdadır.

Oysa bilim, söylerse doğruyu söyler; kuşkusuz bilim bilimliğini yaparsa. Bilirkişi konusunda "yasaların hukukla,

² Prof,Dr. Y.Karayalçın, Yargıtay Dergisi(YD), 1989 Özel sayı,,sh.188.

hukukun da bilimle çelişmemesine ve de bilimin matematiksel bir işlem kadar doğru olanı ortaya koymasına karşın ; uygulamanın buna taban tabana zıt kemikleşmiş, betonlaşmış inançların etkisiyle"alıp başını gittiği de bir olgu.

İşte böylesine çelişkili bir ortamda, bilirkişi görevinin sınırlarını işin özüne girmeden bilimsel inançlarla ve yasa buyruklarıyla açıklamanın yeterli olmayacağını düşündüm.

Bu nedenle öncelikle, kemikleşmiş bilirkişi uygulamasının görünümünü, bu görünüm yarattığı olumsuzlukların yargıya ve hukuka etkilerini ve nedenlerini güncelleştirip; yargılamanın içeriği, amacı ve yargılama içinde yanların ve yargıcın görev ve yetkilerini belirleyerek bilirkişinin görevinin sınırlarını ortaya koymaya çalıştım. Ayrıca uygulamadan aldığım, bir bölümü oldukça karmaşık, örneklerle bilirkişi kavramının sınırlarını somut olarak belirlemeye çalıştım.

Bu bilgi şöleninde: Yargıç ve avukat arkadaşlarımızın bilim adamlarımızın katkılarıyla; uygulamanın, bilirkişi kurumunu en azından sorgulamaya başlayacağını; ancak hukukun ve yasanın buyruklarının öngördüğü düzeye ulaşmanın daha uzunca bir süre alacağı inancındayım.

Bu çalışmamda; bilirkişi kavramını, özel hukuk yargılaması açısından ele alacağım. Bununla birlikte, bilirkişinin görev sınırının belirlenmesinde açıklayacağımız temel bilgi ve yargılar; çoğun, ceza yargılaması ve idare hukuku açısından da geçerli olacağı göz ardı edilmemelidir.

II-BİLİRKİŞİ KAVRAMI

1-GİRİŞ

İnsanoğlu, en ilkel dönemlerden başlayarak binlerce yıl süren deneyimler ve sorgulayan denetleyen usunun (akıl)

aydınlatıldığı ortamda; yargılama işlevinin gereksinimlerini karşılayacak kural, kavram ve kurumlar oluşturarak yargılamaya bir düzen vermeye çalışmıştır.

Önüne gelen uyuşmazlıkları çözerek sonuçlandırmakla yükümlü olan yargıç (hakim), ne denli hukuk ve genel bilgiyle, kültürle (özekin) donatılmış olursa olsun; yargılamada güncellenen olaylar (vak'a) içinde ortaya çıkan olgu (vakia) sorunlarını çözmeye özel, teknik ve bilimsel bilgilere ve bu bilgilerin ışığında yorumlara gereksinim duyacaktır. Doğal bilgi eksikliğini doğurduğu bu gereksinim (özellikle çağımızda); bilim ve teknolojinin gelişmesiyle daha da artmıştır.

İşte bilirkişi; yargıcın, yargılamada ortaya çıkan *o l g u* sorunlarını çözmeye doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla oluşturulmuş yargılama hukukunun bir kavramı ve kurumudur.

İnsanı ve değerlerini öne çıkararak korumayı amaç edinmiş çağdaş hukuk: Gerek hukuk gerekse ceza yargılamasına ilişkin yazılı olan (yasa) ve olmayan (doğal hukuk) buyurucu, düzenleyici ilke, kural ve kurumlarıyla bireyin *adil* (doğru ve güvenli) *yargılanma hakkını* güvenceye almayı amaçlamıştır.

İşte bu nedenle, tüm usul (yöntem) kural ve kurumları gibi bilirkişi kavramı da; kişinin doğru ve güvenli yargılanma hakkının güncelleşmesi ve korunması için olmazsa olmaz niteliktedir:Yargılamayla ilgili yasalarda, bilirkişi kurumu yer almasaydı; yargıçlar, ortaya çıkan bazı olgu sorunlarını kendi başlarına buyruk öznal ya da kulaktan dolma bilgilerine göre yol ve yöntemine aykırı olarak (keyfi) çözmek zorunda kalacaklardı. Bu durumda da bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkı sürekli bir gizil (potansiyel) tehlike altında olacaktı.

Ne var ki; yargılama yöntemiyle ilgili kuralların, kavramların bireye yargılama güvencesi sağlaması;"*yerinde ve doğru olarak, biçimciliğe kaçmadan*" uygulanmasına bağlıdır.

Amacına uygun olarak kullanılmayan bir kural ya da kavram yargılananlar için tehlike oluşturur. Bilirkişinin seçimi, görevlendirilişi, denetimi ve ücretinin belirlenmesi gibi kurallar yüksek özen içinde uygulanmadıkça; doğru ve güvenli yargılama hakkının güvencede olduğu söylenemez.

2- TANIM

Genel görmüş tanıma göre; bilirkişi, bir yargılamada dayanılan olay ve olguların değerlendirilip onlardan sonuçlar çıkarılmasından özel ve teknik bilgiye gereksinim duyulan durumlarda; bilgisine ve görüşüne başvurulmuş ve verdiği bilgi ve düşünce açıklamalarıyla yargıca *yardımcı olan* kişidir³. Bu nedenle bilirkişi, yargılamada, *yargıca yardım eden kişi* konumundadır

Uyuşmazlık konusu olay ve olgularla ilgili kesin saptamalar yapsa da yargıca yardım eden kişidir. Uzmanlık alanının bilgi özel bilgilerini ve gerektiğinde olgularla ilgili yaptığı saptamalar, yargıç buyruğunun oluşmasına yardım niteliğinde sunumlardır.

Bilirkişiyi, *yargıca yardım eden kişi* yerine *yargıcın yardımcısı* ya da *yargıç yardımcısı* gibi sözcüklerle açıklamak yanlış yargıların kaynağı olabilir⁴. Sonuçta bilirkişinin verdiği bilgiler, yaptığı saptamalar yargı buyruğuna (karara) olduğu gibi yansımış olsa bile; yargılamada ulus adına son sözü açıklayan bağımsız yargıçlardır. Yargılama yetkisi yalnız yargıçlara verilmiştir; bu yetkinin başkalarıyla paylaşılması ya da devri hukuka, Anayasa'ya (m.9) da aykırıdır. Bu nedenle bilirkişiyi,

³ Prof.Dr.Ramazan Arslan, YD,1989 Özel Sayı sh. 158. ve dip not 2 de anılan Yargıtay kararı.

Prof.Dr.Saim Üstündağ,Medeni Yargılama Hukuku (age1) 4.bası sh.608-609.

⁴ Saim Üstündağ, age.sh.610.

Prof.Dr. Tahir Çağa. YD,1989 Özel Sayı.sh.194-195

olgu sorunlarında yargıca yardım eden üçüncü kişi (yargıç ve yanların dışında)⁵ olarak tanımlamayı yeğliyoruz⁶.

Bu bağlamda; bilirkişinin, verdiği özel bilgi ve saptamaların sonuçta bir olayı ya da olguya saptama açısından yargı buyruğunun oluşmasında bir anlamda kanıt işlevi gördüğü de göz ardı edilmemelidir. Yargılanan yanların, sav ya da savunmasını olağan kanıtlarla kanıtlamadığı durumlarda, bilirkişiye başvurulmasını istemesinin amacı kanıtlamayı sağlamaktır.

Almanya'da baskın görüş,bilirkişiyi bir kanıtlama aracı saymakla birlikte; yargıç yardımcısı (yargıcın çözemediği olgu sorunlarıyla sınırlı) olarak da nitelendirilmektedir⁷.

İtalya Medeni Usul Yasası, (CPC m.61) bilirkişiyi *yargıcın teknik danışmanı* olarak tanımlamıştır.

İsviçre'de 1947 Federal Yargılama Yasası' nın 57. maddesi" *nesnel(maddi) olguların aydınlatılması için özel bilgi gerektiren durumlarda yargıç kendisine bir ya da daha fazla bilirkişiyi yardımcı seçer*" buyruğu ile bilirkişinin, yargıca yardım eden kişi olduğunu açıkça vurgulamaktadır.

Avusturya'da da bilirkişi, yargıcın yardımcısı olarak nitelendirilmektedir; bilirkişi yargıcın çözümleneceği olgu sorunlarında yargıcın görevini üstlenir. Ayrıca Avusturya hukukçuları, görevleri açısından, *durum belirlemesi*(zararın ve

⁵ Prof.Dr. Ejder Yılmaz, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman,İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik, TÜRMOB Bilirkişi Eğitim Semineri Yayın 125,sh:6

⁶ ". Hakim özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde bilirkişiden kendisine yardımcı olmasını ister..." Y.4.HD. 8.12.1982-10559/11360(Yasa D. 1983/1. 99-100.;aynı doğrultu da YCGK'nün 28.4.1998 gün-68/143 sayılı kararı(Sedat Çakıcı,Yargıtay Üyesi, Ceza Adaletinde Bilirkişi, TÜRMOB II Bilirkişi Eğitim Semineri:82

⁷ Prof Dr.Saim Üstündağ, Doç,Dr. Mücahit Üstündağ, Alman Usul Hukukunda Bilirkişilik,Yargıtay 125 yıl yayını sh:8..

kan gurubunun belirlenme gibi) *yapan bilirkişilerle görüş, düşünce açıklamasını* (uzmanlık alanındaki bilgi ve deneyimleri "tecrübe kuralları"; örf adet ve yabancı hukuk) bildiren bilirkişileri ayırmaktadırlar⁸.

III- BİR SORUN OLARAK BİLİRKİŞİ UYGULAMASI

1- GÖRÜNÜM

Bir kavram ya da kurumla ilgili sağlıklı değer yargısında bulunmanın yolu; uygulamadaki görünümünün ortaya konulmasına (tanı) ve tartışılmasına bağlıdır. Bu nedenle öncelikle bilirkişi kurumunun uygulamadaki görünümü ortaya konmalıdır:

-Y a s a l a r ı n açık buyruğu ve yargılama sanatının temel ilkeleri, değerleri çığnenenerek hemen her konuda bilirkişiye başvurulmaktadır. Oysa HUMK' nun 275. maddesinin buyruğu açıktır:*Hukuki ya da genel bilgiyle çözümlenebilecek konularda bilirkişiye başvurulamaz.*

-B i l i r k i ş i n i n seçiminde, gerek özel ve teknik bilgi gerekse kişilik açısından gerekli yüksek özen gösterilmemektir. Küçük il ve ilçe yargı yerlerinden, büyük kentlere gönderilen *yargı istemlerinde* (talimat) yazı işleri müdürlerince seçilip, görevlendirildiğine bile rastlanmaktadır⁹.

- H U M K' n u n 276. maddesinin açık buyruğuna karşın; bilirkişi seçimi, yanların hak ve yetkileri gözetilmeden, bu hak kullandırılmadan doğrudan yargıçlarca yapılması gelenekleşmiştir.

⁸ Prof.Dr.Yavuz Alangoya,İşviçre Hukukunda Bilirkişilik,Yargıtay 125 yıl yayını. sh:32.

⁹ Ejder Yılmaz age.sh18

-Z o r u n l u olmamasına karşın (HUMK.m.276/III),çoğun, üç kişilik bilirkişi kurulu oluşturmaktadır. Bilirkişi görüşünün (raporu-yaznak) bir kişinin çalışmasıyla ortaya konduğu , diğerlerinin imzalamaktan (isimlendirmekten) başka bir işlem yapmadıkları da yaygın bir kanıdır.

-Y a r g ı l a m a y a egemen olması gereken yargıç ve yargıca görevleri gereği yardımcı olacak olan hak savunucuları avukatlar dışlanarak bilirkişiler yanında bir hukukçu da atanmaktadır¹⁰.

-B i l i r k i ş i y e görev, yasanın buyurucu kuralına (HUMK.m. 279) karşın"yanların görüşü alınmadan" ve "bilirkişinin görevinin kapsamı, kendisinden hangi bilgilerin istendiği açıklanmadan" her türlü yoruma açık genel ve yuvarlak sözcüklerle oluşturulan ara kararlarıyla verilmektedir.

Başka bir anlatımla; yargıçlar uyumsuzlukla ilgili hukuk ve olgu sorunlarını belirlemeden, yanlar (avukatlar) da sav ve savunmaları açısından gerekli bilgi, araç ve gereçleri (her türle kanıt) tüketerek yargıca yardımcı olmadan bu sorunlar tartışılmadan bilirkişiye başvurulmaktadır.

- B i l i r k i ş i l e r, yanların sav ve savunmalarını kendi değer yargılarına göre özetleyerek, uyumsuzluğun tüm olgu ve hukuk sorunları inceleyerek, kanıtları değerlendirerek en önemlisi hukuki değerlendirmeler yaparak yargıç özentisiyle ya da bir raportör gibi yaznak (rapor) düzenlemektedirler¹¹.

Oysa, HUMK' nun 281/III de, bilirkişinin düzenlediği görüş açıklamasında (rapor-yaznak) nelerin yazılacağı sınırlandırarak açıklanmıştır: Yanların ad ve soy adları; bilirkişinin

¹⁰ Yrd.Doç. Dr. Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri Ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi (ABD) sayı: 2001/3 sh.18-19 ve dip notlarda anılan karar ve görüşler.

¹¹ Bkz. Ekte sunulan bilirkişi raporuna

görevlendirildiği konu ve sorunlar; inceleme konusu yapılan nesnel (maddi) olguları (vakıa), bunlarla ilgili gerekçe ve sonuç.

-Y a r g ı ç, bilirkişi açıklamalarını tartışmadan doğru verilerden ve kanıtlardan yola çıkıp çıkmadığını araştırmadan ve mantıksal doğruları içerip içermediğini incelemeden *„çoğu kez,“ bilirkişi öyle dediği için* "buyruğunu (hükmünü) oluşturmaktadır.

Yargıçların bilirkişi yaznaklarını incelemeden buyruklarına temel almaları uluslararası bir yargı sorunu niteliğindedir; bir çok ülkede bilirkişi konusunda eleştiriler bu noktada yoğunlaşmaktadır¹². Ancak oralarda ne uygulamada ne de öğretilerde, bizdeki uygulamanın tersine, bilirkişinin görevinin sınırlarında bir sorun bulunmamaktadır. Uygulama yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarının buyruğuna göre yapılmaktadır.

Yargıçların, bilirkişi açıklamalarını incelemeleri, yargılamanın amacına uygun bir işlem olduğu gibi *bilinçsizce ikinci hatta üçüncü kez bilirkişiye başvurmayı önler.*

-Y a s a (HUMK.m.281), bilirkişinin görüşünü öncelikle sözlü olarak açıklayacağı; oy ve görüşünün hemen tutanağa geçirileceği, ancak işin niteliği gerektirdiği durumlarda yazılı bilgi isteneceği öngörülmesine karşın ;bilirkişiler yargıç ve yanların önüne çıkmadan oy ve görüşlerini yazılı olarak vermektedirler. Bilirkişi raporları, yargılamada sorgulanmadan yanların katılımı sağlanmadan biçimciliğin egemen olduğu işlemlerle değerlendirilmektedir. En önemlisi yargılamanın yanlar açısından açıklık(aleniyet) ilkesi çiğnenmektedir.

Yasanın uygulanmayan buyruğu, hem yanların yargılamaya katılımını, etkinliğini sağlayan hem de bilirkişilerin bilerek ya da

¹² Aslında bu sorun, bir çok ülkede tartışılmaktadır(bkz R.Arslan agd.sh:158.dip not 4;Üstündağ -Tanverdi age.sh:9 dip not 22;

bilmeyerek yol ve yöntemine aykırı(keyfi) açıklamalarda bulunmasını önleyen bir kuraldır.

Yargılamanın gereksiz yere uzamasını önleyici etkisi de gözardı edilemez.

-Bilirkişi yaznağına karşı çıkılması (itiraz edilmesi) ya da yargıcın duraksaması durumunda; nedenleri tam olarak açıklanmadan ikinci, ortaya çıkan çelişki nedeniyle üçüncü, yargıtay' ın bozması üzerine dördüncü, beşinci ve...kez bilirkişi incelemesine gidilmektedir.

-- Sa v u n m a mesleğinin üyeleri avukatların (İtalyanca avvocato; neden Türkçe köklerden bir sözcük üretmedik 70 yılda?), bilerek ya da bilmeyerek bilime, hukuka, yasalara aykırı uygulamaya onay vermelerini de(acaba kolaylarına mı geliyor?) göz ardı edemeyiz,

Oysa Almanya'da bilirkişi kurumunu inceleyen yapıttaki¹³ "*...hukuki açıklamalar yapan veya kanuni takdire başvuran bilirkişi çalışmasının değerini düşürür; buna karşın zaman zaman bu şekilde sınırları asan yaznaklar hazırlanır; Avukatlar buna karşı çıkıp bilirkişinin ehliyetinden şüphe ederler...*" açıklananlar umarım kulaklara küpe olur. Olur mu dersiniz?

-Y a n l a r d a n güçlü olanın, koşulları oluştuğunda, bire bir ilişki kurarak bilirkişiyi etkilediği yolunda yaygın kanı da göz ardı edilmemeli.

Ortaya koyduğumuz bu olumsuzluklar bir olgudur. Ancak tüm yargıç, avukat ve bilirkişilerin; bu olguların, bilerek ya da bilmeyerek içinde olduklarını söylemek olanaksız. Kuşkusuz, ayırık (istisna) olanları da göz ardı etmiyoruz. Ancak bunlar azınlıktadır, giderek soyları da tükenmektedir. Bu olumsuz uygulamada; bilirkişiler, en son eleştirilmesi gereken kişiler

¹³ Carl Wellman, Der Sachverstaendige in der praxis 1988 52-53

olduğunu da açıklamak isterim. Onlar yargıcıyla ,avukatıyla bizlerin oluşturduğu bozuk düzenin uygulayıcılarıdır.

Uygulamada ortaya çıkan bu görünüm değerlendirildiğinde şöyle bir yargıya varabiliriz: *Bilirkişi uygulaması bilimin, hukukun ve yasaların açık buyruğuna karşın amacı dışında işletilerek yozlaştırılmıştır; bir sorun olarak bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkı için gizil (potansiyel) tehlike altındadır.*

2-SORUNUN NEDENLERİ

A-Bilgi Eksikliği ve Özensizlik

Yargılama düzenimizde; yargıcıyla, avukatıyla yüksek boyutlara ulaşan bir bilgi eksikliği içinde görev yapıldığı bir olgu. Hukuk fakültelerinden başlayarak yargıç ve avukat yetiştirme alanlarında çağ dışı bir eğitim düzeni egemendir. Hukuk fakültelerinde, çoğun, ezbere dayanan bir eğitim düzeni egemen olduğu için sınav ve not kaygusuyla belleklere doldurulan bilgiler sınavlardan kısa bir süre sonra unutulmaktadır. Geriye dönüş zor olduğu için; *hukuk, yargı yerlerinde, avukat yazıhanelerinde usta çırak ilişkisi içinde elde edilen doğruları olduğu kadar yanlışları daha çok olan kulaktan dolma saçak (yalın) bilgilerle öğrenilmektedir.* Yargıç ve avukat eğitim merkezleri de sağlıklı çalışmamaktadır. Kendini yenileme yolunda eğitime önem verilmemektedir.

Her kesimde etkin (aktif) bir eğitim ve öğretim düzenine geçilmedikçe, kazanılmış bilgi düzeyi nesnel olarak denetlenip değerlendirilmedikçe; yargı ve bilirkişi sorunlarının kolay kolay çözümlenmesi beklenmemelidir.

Okuma, araştırma, bilgiyi işleme ve sorgulama yeteneğinden yoksun çoğu hukukçunun hemen hemen tek dayanağı, bilgi kaynağı yüksek mahkeme inançları (içtihat) olmaktadır. Oysa bir

nehirde bir kere yıkanılır; olaylar, bilgiler ve koşullar sürekli değişmektedir. Kaldı ki, yüksek mahkemelerde bu ülkenin yargı düzeninin bir parçasıdır; orada çalışan yüksek yargıçlar da ülkenin olumsuz koşullarında yetişerek buralara gelmişlerdir. Hukukçu, yüksek mahkeme inançlarından (içtihat) kuşkusuz yararlanacaktır; ancak sorgulayarak. Doğru olsalar bile, yüksek yargı inançları sorgulanmadan bir anlamda körü körüne ya da "mal bulmuş mağribi gibi" onlara yapışmak çağımızın yargıcına ve avukatına yakışmaz.

Yargılarımızın doğruluğunu yeri geldikçe çarpıcı somut örneklerle ortaya koyup tartışacağım; ancak yalnız bir kaç örneği satır başlarıyla dile getirip sizlere şimdiden düşünme sorgulama olanağı vermeyi yeğliyorum:

K i ş i n i n işlem ve eylemlerinde, hukuki yetenek (ehliyet) açısından, ussal (akli) durumu nedeniyle sezgin (ayırım- temyiz gücü) olup olmadığını kim belirler? Biliyorum; çoğunuz, doktor (hekim) diyeceksiniz. Yüksek Mahkeme Yargıtay da böyle diyor. Ancak "akıl hastalığı ayırım gücüne göre daha geniş bir kavramdır; ayırım gücü, hukuki bir kavramdır ve yargıç belirler" diyen bilimsel yapıtlar ve İsviçre Federal Mahkemesi mi yanılıyor¹⁴.

Y a k u s u r ve derecelendirilmesi ? Özgürlük sizin, isterseniz bu soruya sorularınızla dolaylı yanıt da verebilirsiniz: "Tereciye tere satmak mı istiyorsun"; yüksek mahkemeler, "kusuru ve derecesini bilirkişiler belirlemelidir" demiyor mu? Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp gibi kurumlar başta olmak üzere teknik alanların uzmanları, bilim adamları duraksamadan bu görevi yerine getirmiyor mu? Evet doğru; ancak bilimsel kafanın "araştır, tartış, sorgula," buyruğunu gözardı ederek. Siz siz olun

¹⁴ Prof. Dr. Aydın Zevkliler. Türk Şahsın Hukuku sh: ..

Egger, İsviçre Medeni Kanun Şerhi Adalet Bakanlığı Yayını sh:

Ek 3 de İsviçre Federal Mahkeme kararı

ek 2 de sunduğum kusur konulu incelememi okumadan, sorgulamadan karar vermeyin.

B i r b e l g e d e k i yazı, imzanın (isimlendirmenin) ilişkinliğini (aidiyeti) belirlenmek ilk önce kimin görevi? "*Bunda hiç kuşku olur mu; böyle teknik işi de mi yargıç yapacak?*" diye yanıt verebilirsiniz. *Önerim*, eleştirisel yargınızı açıklamadan HUMK'nun 308 ve 309 maddelerini okuyun.

Bir kaç örnekle sınırlı olmayan bir çok konu, hukuk öğretisinde az çok incelenmiş ve işlenmiştir. Ancak kafalara işlenmeden doldurulan bilgiler ya unutulmuş ya da uygulamanın kolaylıkla oluşturduğu saçak bilgiler karşısında işlevini yitirmiştir. Bilimden kopmuş, okumayan, araştırmayan, sorgulamayan kafaları düzeltmek zor; *deveye hendek atlamak* gibi.

Çalışmalarına yardımcı olacak kitap ismi önermemi isteyen bir avukata bir bilim adamının yapıtını (eserini) önerdiğim de "*efendim bu çeşit kitaplardan bir şey anlamıyoruz; bize içtihatlı yapıtlar gerekli*" biçiminde aldığım yanıt bir gerçeği dile getiriyordu. Yine bazı yargıçların, avukatların sav ya da savunmalarında direnmeleri durumunda "*Yargıtay kararı getirin*" dedikleri yaygın bir söylem. Bilimi dışlayan bir çalışma alanı nasıl başarılı olur ki? *Bilim adamlarımız da yetersiz, üretmiyorlar, hukukçu yetiştirmiyorlar*; bu yargı doğru olmasına doğru da, olaniyla bile düzlüğü, doğruyu görebileceğimizi niye göz ardı ederiz?

B- Güvensizlik

Yargısal işlem ve eylemlerde; bireysel ve toplumsal ilişkilerde olduğundan çok güven unsuruna gereksinim söz konusu. Güvenin yitirildiği yerde ne dirlik(huzur) kalır ne de bilimin ve usun(akıl) egemenliği.

Bilirkişi uygulamasının böylesine yozlaşmasının bir nedeni de, Yüksek mahkeme Yargıtay'ın alt dereceli yargıçlara ve de

yanların avukatlarına güven duymamasıdır. Yargıtay, güven duymadığı içindir ki; bilirkişi kurumu etki alanı yasalara ve çağdaş yargı düzenlerinin buyruklarına ve gereklerine karşın genişleyerek yozlaşmıştır.

Bu bağlamda çok çarpıcı bir örnekle güvensizlik olgusunu kanıtlamayabiliriz: Bir çok Yargıtay kararında ,bilirkişi kurulunda bir hukukçunun da bulunması istenmektedir¹⁵. Yargıç hukukçu değil midir? Bilirkişileri hukuki konularda aydınlatacak, yönlendirecek yargıçlar değil midir? Ya avukatlar onlar da mı hukukçu değil? Bu sorulara hayır yanıtı vermek, olanaksız olmasına olanaksızdır da ; Yargıtay,yine de, alt dereceli mahkemelere güven duymayarak uygulamasını sürdürür. Diyelim ki, yargıca ve avukata güven duymamakta haklısınız; bilirkişi olarak atanmış çoğu avukat hukukçular gökten zebbille (torba) mi indi?

Yerel mahkeme yargıçlarına güven duymuyorsanız, araya bilirkişi adı altında birilerini koymak usun (akıl) ve bilimin kabul edemeyeceği bir yöntem. Yargıçları böylesine çağ dışı yöntemlerle, güvensizliklerle edilgen (pasif) duruma düşürmenin sonucu; yargının ve bilirkişi kurumunun yozlaşması kaçınılmazdır.

Yargıçların, görev ve yetkilerini yasaların ve yargılama sanatının öngördüğü sınırlarda tam olarak kullandıklarından yanlış karar vermelerinden korkmamalıdır. Denetimi yapacak yüksek mahkeme; yanlışlıkları ortaya çıkarma, düzeltme, bir anlamda eğitme görevini sağlıklı olarak yaptığı sürece bir çok sorun doğal akışı içinde çözümlenecektir.

¹⁵ bkz dip not 5 e; oysa Yargıtay 4.Hukuk Dairesinde görev yaptığım yıllarda bilirkişileri hukuki konularda yargıçların aydınlatacağını yönlendireceği ilkesi kararlara yansiyordu(Y.4.HD. 18.6.1984-5231/5784; YKD.1985/1,sh:29); Alman Usul Yasası'nın 404 maddesinde "mahkemenin yargıcın faaliyetini yöndereceği...." buyruğuna yer verilmiştir.

Kişinin kendisine güvensizliği de çalışma yaşamına etki eden bir durumdur. Bilgisizlik, korkaklık, çekingenlik güvensizliğin en önemli göstergeleridir. Kişi kendine güvenmiyorsa sorumluluklarını başkalarıyla paylaşma gereksinimini duyacaktır. Hemen tüm konularda bilirkişiye başvurmanın bir nedeni de budur. Paylaşır mısınız? Oysa yargıç kimliği için kendine güven bir olmazsa olmaz koşuludur; kuşkusuz avukatların da.

Türk Yargısı' nda bilirkişi kurumunun yozlaşarak bilirkişilerin görev ve yetkilerinin genişlemesinin olumsuz görünümü, yargılanan kişilerin yargıya güvenlerini yitirmelerine de yol açmaktadır. Bilirkişi öyle dediği için uyuşmazlığı çözen , buyruğunu açıklayan yargıca bireylerin güven duymaması doğal değil midir?

C- İş Yoğunluğu

Yargı'da, başta bilirkişi sorunu olmak üzere tüm olumsuzluklarda yoğun iş yükünün ağır payı olduğu söylenmektedir. Özellikle büyük kentlerde yargıçların yoğun bir iş yüküyle karşı karşıya buldukları bir olgu. Ancak bir çok yargı yerinde iş yoğunluğu olağan düzeydedir. Yargı ve bilirkişi sorunları orada da geçerlidir. Diğer yandan üç hatta dört yargıçla çalışan asliye ticaret ve ağır ceza mahkemelerinde de aynı yerleşik uygulama sürmektedir.

Kaldı ki; kayıtlarda ve duruşma çizelgelerinde sayısal olarak görülen yoğunluğu gerçeği ortaya koymamaktadır. Çünkü görünen iş yoğunluğu yargıçların yargılama yönteminin kurallarını uymamalarından ve gereklerini yerine getirmemelerinden , avukatların da yeterince yardımcı olmamalarından kaynaklanmaktadır.

Bir de senelerin deneyimiyle büyük kentlere gelmiş yargıçların önlerine gelen işlerin azımsanmıyacak bölümünün;

çok emeği ve zamanı gerektirmediği de unutulmamalıdır. Bu bağlamda bu bildiriyle ilgili çalışmayı yaparken Ankara yargı yerlerinden aldığımız bilgilerin bir bölümüne bir göz atmakta yarar görmekteyim:

	<u>Gelen İş 2000</u>	<u>2001 Ekim sonu</u>
Ankara Asliye 8 Hukuk:	835	783
" " 1 "	846	819
Ankara Asliye 5 Ticaret:	990	700
" " 6 "	1010	708

Kuşkusuz sayısal olarak ortaya çıkan görünüm nicelik olarak iş yoğunluğunu gösterir. Ancak; nitelik ve yargı yerlerinin yapısı, yıllanmış deneyimli yargıçların görevli olmaları açısından da değerlendirilme gerekir.

Asliye hukuk mahkemelerinde işin %50 den çoğu, Ankara gibi büyük kentte çalışan yıllanmış, deneyimli yargıçlar için, sıradan ya da zorlaştırmayan benzer işlerdir:Yaş, tapu ve nüfus kayıtları düzeltmeleri, kamulaştırma, boşanma davalarının önemli bir bölümü gibi.

Asliye ticaret mahkemelerinde az çok aynı yargı geçerlidir; üstelik bu mahkemeler üç yargıçtan oluşmaktadır. Yalın bir değerlendirmeye senelik bin dosyayı üçe bölerseniz ortalama yargıç başına 330 dosya düşer: Sonuçta üç yargıcın birlikte karar vereceği bir olgu ise de, dosyaların hazırlanması, işlemlerin yapılması açısından tek yargıçla çalışan mahkemelere göre iş bölümünün kolaylıklar sağladığı da göz ardı edilemez. Büyük kentlerde; kapsamlı, karışık uyuşmazlıkları, yetkin deneyimli avukatların açıp sürdürdüğü de unutulmamalıdır.

Tüm bu gerçekler değerlendirildiğinde bilirkişi kurumunun bu denli yozlaşmasında iş yoğunluğunun etkisinin en alt düzeyde olduğu inancındayız. Ancak bu iş yoğunluğunu savunmak da

olanaksız. Ülkenin koşulları da gözetilerek asliye mahkemelerinde iş yoğunluğunun belirli bir oranda indirilmesi yararlı olacaktır; kanımızca 650-750 sayısı ülke koşullarına göre olağan sayılmalıdır

Yineleyerek vurgulamak isterim ki, yargıçların iş yükü azaltılmalıdır; araştırma; okuma , bilimsel ve kültürel toplantılara katılma için zaman gereklidir. Kanada' da yargıçların günlük çalışma süresinin dört saat olmasının nedeni budur. Kuşkusuz okuyan, araştıran, sorgulayan yargıçlar için. Ne var ki, sorunların ağırlıklı olarak iş yükünün yoğunluğundan kaynaklandığı abartılıdır. Bu, bir sorun ise; ki bize göre de sorundur, hak aramanın son kapısında iş yoğunluğunun arkasına sığınıp "karanlıkta göz kırparcasına" yargılama yapmayı savunma yerine; yargıçlar, çalışma koşulları başta olmak üzere yargı da yeniden yapılanma için seslerini duyurmalı ve avukatlar da desteklemelidir.

Bu bağlamda, *"yargıçların inceleme, araştırma için zamanları olmadığı ve bu nedenle bilirkişi kurumunun bu denli yazlaşmasının kaçınılmaz olduğunu tersi durumda davaların daha uzayacağı"* da savunulmaktadır. Hız uğruna yargılamayı yargılama olmaktan çıkaran görüşe katılmak olanaksız. Artık başta yargıç ve avukatlar olarak bilmek zorundayız ki; asıl olan *hızlı yargılama* değil uygun (makul) sürede doğru (hakkaniyetli) yargılamadır. Uygun süresinin sınırı, doğru olana hakkaniyete ulaşmadır. Başka bir anlatımla hızlı iş çıkaracağız diye yargılamayı güvenceye alan kurulların dışlanması yargılamayı sanat olmaktan çıkarır.

İş yoğunluğu nedeniyle yargılama uzuyorsa bunun çaresi; yargılamayı güvenceye alan kurulları dışlamak değil gerekli olan önlemleri almaktır. Biliyorum bir çok yargıç dost ve arkadaş hemen *"siyasal organ önlemleri almıyor"* olgusunu gündeme getirecektir. Bu yolda önlemleri almak onların; bireyi doğru ve güvenli yargılamak da yargıçların sorunudur. Kaldı ki, bu sorunu

çözmekle görevli politik güçler, "yargının hızlı iş çıkarma konusundaki dıştan görülen biçimini tanık oldukça işin özünü de bilmediklerinden bin dosya ile de yargılama yapılabiliyormuş ya da işler böyle de yürüyor" inancıyla edilgen(pasif) kalmaktadır.

Son olarak: savunulunun tersine, şimdiki bilirkişi uygulamasının yargılamayı uzattığı ve uygulamanın yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarının buyruğuna uygun olarak yapılması durumunda yargılamanın dana da hızlanacağı kanısında olduğumuzu da açıklamak isterim.

D- Yasalar mı?

Bilirkişi kurumunun yozlaşmasında ve olumsuz görünümde; yasalarda, önemli ne kusur ne de eksiklik bulunmaktadır. Sorun, *yasalardan değil, tersine yasa buyruklarının uygulanmamasından ya da göz ardı edilmesinden* kaynaklanmaktadır. Oysa politikacılar, senelerdir, yasalarda çözüm aradılar ve arıyorlar; özdeki gerçek sorunlara eğilmedikleri için de sürekli başarısız oluyorlar.

Bu bağlamda daha iyiye daha güzele ve daha doğruya ulaşmak için yeni düzenlemeler gündeme gelebilir. Ne var ki; ilk önce var olan ve uygulanmayan kural ve ilkeleri uygulayalım; yargı olarak tüm olanaklarımızı tüketelim, yasalara sonra sıra gelsin. "*İyi yasalar kötü yargıçlar ve yöneticiler elinde kötü ; kötü yasalar bilge yargıç ve yöneticiler elinde iyi yasa durumuna gelir*(Montesquieu)". Gelin yasalarla gerekmediği sürece oynamayalım.

3-SORUNUN OLUMSUZ ETKİLERİ

A-Yansızlığa Gölge Düşmektedir.

Yargı bağımsızlığının, bir araç olarak, başta gelen ve olmazsa olmaz nitelikteki amacı yansızlıktır. Ülkemiz açısından da bir iç

hukuk kuralı durumunda olan İHAS' nin 6. maddesi "*bireyin yansız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı*" olduğunu kabul ederek, var olan bir doğal hakkın uygulanmasını güçlendirmiştir.

Ne var ki, yargı düzenimizde yansızlık kavramının içeriği ya bilinmemekte ya da göz ardı edilmektedir. Yansızlık yalnız "*yargıcın birey olarak kişisel yansızlığı yani davanın çözümünü etkileyecek önyargı yokluğu*" (öznel - subjektif yansızlık) olarak anlaşılmalıdır.

Nesnel (objektif) yansızlık, en az, öznel yansızlık kadar önemlidir; demokratik bir toplumda önemli olan mahkemelerin bireye, yurttaşa verdiği güven duygusudur. Genel kabul görmüş yargıya göre "adeletin yerine getirilmesi yeterli değildir, aynı zamanda yerine getirildiğinin yargılanan bireylerce ve toplumca da görülmesi gerekir." Bu nedenle yargının, yargıcın ortaya koyduğu görünüm nesnel (objektif) yansızlığın temelini oluşturur.

Yargıç kimliğinin özünü, üzerine gölge düşmemiş yansızlık oluşturur. Yargının çalışma alanındaki kural ve kurumlar amacına uygun olarak sağlıklı çalıştırılmadığında; yargıç kimliği ve yansızlık üzerine gölge düşmesi kaçınılmazdır.

Yargıç, yargılamanın her aşamalarında kendisine verilen görev ve yetkileri doğrudan doğruya ve amacına uygun olarak kullanarak davanın yanlarına güven vermek zorundadır. Yargılama çalışmasının bir bölümünün; yasalara ve doğal olarak var olan temel kurallara karşın, bilirkişilere bırakılması güvensizlik olgusunu oluşturur. Güvensizlik ise, yargıcın yansızlığına gölge düşürür ve onu tartışılır duruma getirir.

Gerçek olaylara dayansın ya da dayanmasın; ülkemizdeki bilirkişi uygulamasının özensizlik içinde yapıldığı; hatta çıkar karşılığı ya da beklentileri içinde görevin kötüye kullanıldığı, savsaklandığı yolundaki geniş tabanlı söylentiler bir olgudur. Bunda yargıçların görevlerinin bir bölümünü bilirkişilere

birakmalarının ve denetimdeki özensizliğin büyük etkisi olmaktadır.

Yargıcın, gerek hukuk sorunların çözümünde gerekse yargıç kimliğini oluşturan genel bilgi ve özekinle (kültürle) çözülebilecek olgu sorunlarında bilirkişiye başvurması ve o öyle dediği için buyruğunu vermesi yargıya duyulması gereken güveni sarsar. Bunun sonucu da, yargıç kimliğinin olmazsa olmaz koşulu olan, yansızlık kavramına gölge düşer ve düşmektedir de. Bu nedenle toplumda giderek "*bilirkişiler yargıçlaşıyor*"¹⁶, yargıçlar da memurlaşıyor söylemleri ve yargıları yaygınlaşmaktadır.¹⁷ Bilirkişiler yargıç olmadıklarından, yargıçta olması gereken niteliklere sahip olmaları da gerekmediğinden genişletilmiş kapsamdaki görevlerini özenle ve doğru olarak yapmaları beklenmemelidir. Bu özensizliklerin, savsamaların bedelini ise nesnel yansızlığını yitirerek yargı ödemektedir.

B- Adalet ve Hakkaniyet Değerleri Tartışmalı Kalmaktadır

Hak aramanın son kapısı olan yargıda; yargılama sanatının ustaları olan ya da olması gereken yargıçlar, yansızlık ilkesinin buyruğu içinde adaleti somutlaştırmak ve hakkaniyete ulaşmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük onların, namusudur, onurudur. Onlar, yargılamadaki egemenliklerini, görevlerini gereksiz yere bilirkişiye bıraktıkları, devrettikleri ölçüde adaletin somutlaşması ve hakkaniyete ulaşma rastlantıya kalır.

Bu günkü yaygın görünümüyle, *kanıtların değerlendirilmesi; yargıcın genel bilgi ve kültürü ile üstesinden gelebileceği olguların*

¹⁶ İ.Doğanay, YD 1989 Özel Sayı sh:185

Ahmet Kılıçoğlu, Cumhuriyet, 1.6.1988

Prof. Ramazan.Arslan,agd. sh158

¹⁷ Prof Tahir Çağa, Ticaret Hukuku ve Yargıtay kararları Sempozyumu V. sh,123 ve Yargıtay Dergisi, Özel Sayı 1989, sh: 194-195. Şevket Evliyagil, Türk Yargı Sisteminde Bilirkişi Uygulamasının Olumsuz Yönleri Ankara1992

belirlenmesi ve de hukuki değerlendirme ve nitelendirme bilirkişiye bırakıldığı sürece; yargılamanın doğru ve güvenli yapılmadığı hakkaniyete ulaşamadığı inanç ve kuşkusu gündemden düşmez. Kişi ve toplum yargısal işlem ve buyruğun eksiksizliği, kusursuzluğu ve sosyal doğruluğu konusunda bilirkişilere değil yargıçlara güvenir ya da güvenmek zorundadır.

C-Saygınlık Azalmakta, Onur Çiğnenmektedir.

"Bir davanın kazanılmasında ya da kaybedilmesinde en büyük pay bilirkişilerindir; ne yargıçların ne de avukatların". Yargıçlık ve avukatlık mesleğinin saygınlığını ve onurunu yaralayan bu sözler, mahkemelerde bilirkişilik yapan emekli bir bankacınıdır. Bilirkişiliği ikinci bir meslek durumuna getiren kişiye bu sözleri söyleten yozlaşmış uygulama değil midir?

Durmadan, duraksamadan söylüyorum ve soluğumun bittiği güne kadar da söyleyeceğim: "yargılamanın bir sanat olduğunu".Unutmayalım; yargılama sanatının ustası olması gereken yargıçlara duyulması gereken güven, yapacakları yargısal işlemlerin, buyruklarının sosyal doğruluğunun yanlarca toplumca paylaşılmasına bağlıdır. Yargıç,yansızlığıyla; adalet ve hakkaniyet inançlarıyla; sorunlara yüreğiyle bakarak, sorumluluk bilinci içinde buyruğunu oluşturduğu an bir sanat yapıtı (eseri)ortaya çıkar. Sanat yapıtları eleştirilse bile kendisini yaratanın saygınlığı ve onuru sürekli yücelerde kalır.

Bir kaya parçası olan mermerin işlemeye hazırlanmasını, kabaca yontulmasını taş ustaları yapar; onu akıl, duygu ve yaratıcı gücüyle biçimlendiren başka bir anlatımla taşta hayat veren ise yontucudur (heykeltraş). Taştan yontuya dönen yapıtın sahibi onu yaratan kişidir. İşte yargıç ile yontucu arasındaki benzerlik.

Kuşkusuz taş ustasının ortaya koyduğu emek de saygıya değer.Ancak bir üstün değer, güzelliğin ortaya çıkmasının başarısının saygınlığı ve onuru yalnız yalnız yontucunundur.

Yargıç da kendi bilgi ve kültürün zenginleştirdiği usu(aklı), duygusu (vicdanı) ve yaratıcı gücüyle (irade) buyruğunu açıklayabiliyorsa işin saygınlığı da onuru da onun olacaktır. Yoksa bu günkü düzende olduğu gibi; yargıç, bilirkişi adı altında da olsa başkaları öyle dediği için karar veribiliyorsa toplum içinde saygınlığını ve onurunu yitirir. Ondan sonra birileri çıkar" *bir davanın kazanılmasında ya da kaybedilmesinde en büyük pay bilirkişininindir*" der.

Yozlaştırdığımız bilirkişi uygulamasının, avukatların da saygınlığını ve onurunu çiğnediği gerçeğini göz ardı edemeyiz. Çünkü hak savunucusu avukatlar, *kutsal mesleklerinin gereğini yeterince yerine getirmedikleri ve yozlaşmış bilirkişi uygulamasına karşı direnme göstermedikleri sürece mesleki saygınlıkları ve onurlarının tartışılır duruma geldiğini* bilmek zorundadırlar.

Bu günkü bilirkişi uygulaması, *"yargıçları memurlaştırırken"*, *"avukatları iş takipçisi durumuna"* getirmektedir; kuşkusuz, azınlıkta da olsalar ayrık (istisna) tutulması gerekenleri göz ardı etmeden.

D- Pahalı Yargı Olgusu Güncelleşmektedir

"Davaların en az giderlerle olabildiğince hızla (uygun- makul süre de) sonuçlandırılması" bir Anayasa buyruğudur (m.141). Biz hukukçuların el birliğiyle yozlaştırdığımız bilirkişi kurumunun, Anayasa buyruğunun gerçekleşmesine olumsuz etkisi kaınılmazdır.

Bir biri ardına bilirkişi incelemesine gidilmesi bir yandan yargılama giderlerini artırdığı gibi yargılamanın uzamasıyla ortaya çıkan kayıplar ve giderler nedeniyle de *pahalı yargı olgusu* güncelleşmektedir.

Bilirkişiye başvuru durumunda, çoğun, bilirkişinin yazılı açıklamasına itiraz üzerine ikinci; çelişki nedeniyle üçüncü;

yargıtay bozması üzerine dördüncü...kez bilirkişiye başvurulması bu yargımızın en güçlü kanıtıdır.

Kuşkusuz gereksiz yere bilirkişiye gidilmesi, bilirkişi seçiminin özenle yapılmaması, bilirkişinin incelediği konularda yargıç ve avukatların dışlanması da bu olguyu azımsanmayacak ölçüde etkilemektedir.

E- Yargıç Ve Avukatlar Bilgi ve Yeteneklerini Geliştirememektedir.

Yargıç ve avukat; bir yargılamada hukuk ve olgu sorunlarını tüm ayrıntılarıyla araştırarak, tartışarak, ortaya atılan görüşleri sorgulayarak, kanıtları ortaya koyarak, değerlendirerek yargılama çalışmasına katıldığı ölçüde bilgi ve yeteneklerini geliştirecektir. Hemen her yargılama onlara bir eğitim olanağı sağlar.

Yerleşik duruma gelen bilirkişi uygulaması; yargıç ve avukatları edilgen(pasif) duruma getirerek *tembelleştirmektedir*. Bilirkişi kurumunun bu denli olumsuz düzeye gelmesinin nedenlerinden biri de budur.

Yargıçlar, avukatlardan daha bilgilidir; ayrıkları (istisna) göz ardı etmeden açıkladığımız bu görüşe katılırsınız ya da katılmazsınız, özgürlük sizin. Ancak bu yargımızın nedeni yargıçların daha iyi öğrenim ve eğitim gördüklerinden değil; avukatlara göre *daha çok sayıda yargılamaya katılmaları* (bir yargıç senede 500-1000 arasında işe bakarken bir avukatın iş sayısı ancak onda biri civarındadır) ve *karar vermek* zorunda olmalarıdır; kuşkusuz almasını bilen yargıçlar için. Yargıç ve avukatların yargılamaya tüm bilgi ve yeteneklerini katarak etkin (aktif) duruma geldikleri yani yargılamayı ve savunmayı bir sanat (özekin) durumuna getirdikleri an; her geçen gün bilgili, yetenekli yargıç ve avukatların sayısı artacaktır.

F- Hukukta Gelişme Engellenmektedir

Ülkemizde, yargıçların görevi olmasına karşın bir çok olgu hatta hukuk sorunlarını bilirkişiler çözdükleri için; gerek uygulamada gerekse öğretilerde gelişmeler istenilen düzeyde

olmamaktadır. *Kusur, temyiz kudretinin belirlenmesi, illiyet bağı*(neyseki uzun uğraşlardan sonra ürün vermeye başlayan konu),*destek tazminatı, kanıtların değerlendirilmesi...* Hukukun gelişmesine yardımcı olacak bir olgu ve hukuk sorunu, bilirkişi raporlarında değerlendirildiği için hukuksal alanda güncelleşmemektedir. Kuşkusuz bu durum, hukuk öğretisinin üretkenliğini de etkilemektedir.

Bu konuda bir çarpıcı örnek vermek istiyorum.Destek tazminatlarında, bilirkişiler Fransa da 1932 yılında belirlenmiş bir yaşam tablosundan yararlanılmaktadırlar; yargı bu sorunu bilirkişilere bıraktığı için Türk toplumuna özgü bir yaşam tablosu uygulamaya konulamamıştır. Kişisel çabalarım ile ortaya çıkardığım Devlet İstatistik Enstitüsü' nün yaşam tablosunu, soruna bilirkişiler egemen olduğu için uygulamaya sokturamadım¹⁸. Sorun bununla sınırlı değildir: Trafikte güven kuralı, ilk görünüş kanıtı, tehlikeyi yaratandan beklenen özen, zarar görenin kusurunun nötrale edilmesi, kusurla ilgili hukuk biliminin geliştirdiği tanımlar, destek tazminatlarında tazminatı belirleyecek unsurlar....

Uygulamadaki yanlış örneklerin; bilimsel eserlerde, zaman zaman, sorgulanmadan doğruymuş izlemine verecek biçimde yer alması ya da yanlışlıklar üzerine yeni yorumlar yapılması göz ardı edilemeyecek örneklerdir¹⁹.

¹⁸ Bkz. Ek 4 de.

¹⁹ Tekinay Borçlar hukuku, 1985,C:I sh:777-778" ..yargıtay kararının yanlış olan görüşünü benimseyerek trafik kazalarında kusurun derecesinin belirlenmesinin teknik bir sorun olduğu kabul edilmektedir" Oysa kusurun derecelendirilmesi tamamen bir değer yarsıdır ve değer bilimi ağır ve hafif kusur tanımlarını yaparak bu değer yargısının belli bir ölçüde disipline alınmasını sağlamıştır; bilim adamı Yargıtay kararını sorgulamadan ve kusurla ilgili bilgilerini gözden geçirmeden bu durumu benimsememeliydi.

Yahya Deryal, Türk Hukukunda Avukatların Bilirkişilik Yapması ABD.,2001/3

IV- BİLİRKİŞİNİN GÖREVİNİN SAPTANMASI

1- GİRİŞ

HUMK'nun maddelerinde öngörülen kurallar, bilirkişi görevinin sınırlarını azımsanmıyacak bir açıklıkta belirlemiştir. Bu kuralların uygulanması durumunda bilirkişi konusunda önemli bir sorun olmaması gerekir. Ancak özellikle uygulamada yargılamaya ilişkin kuralların özensizlikten ya da bilgi eksikliğinden uygulanmaması; bilirkişi kurumunu "*bireylerin doğru ve güvenli (adil) yargılanma açısından gizil (potansiyel) bir tehlike*" durumuna getirmiştir.

Daha açık bir anlatımla yargılamanın sağlıklı olarak yapılması yolunda görev üstlenmiş yargıç ve avukatların çoğunluğu yargılamanın nasıl yapılacağını bilmemektedir. Bu nedenle bilirkişinin görevini ve sınırlarını belirlemeden önce yargılama kavramı ile yargılamanın öğeleri olan yargıç ve yanların(avukatların) görev ve yetkilerinin iyi bilinmesi gerekir. Bu bilgiler, uygulamadaki yanlışlığın boyutlarını daha açık biçimde ortaya koyacak ve bilirkişinin görevinin sınırları için doğal akışında daha sağlıklı belirlenecektir.

2- YARGILAMA ÇALIŞMASI

Yargılama (Muhakeme- hangisi bizden?); hak ve çıkarların karşılaştığı ve çatıştığı son derece duyarlı bir ortamda gerçekleştirilen bir işlemdir. Çünkü hak kavramı bilinci, toplu yaşamının doğal sonucu olarak, insanın genetik yapısına işlenmiş bir değerdir. Bu nedenle; insanoğlu, gerektiğinde, savunduğu bir hakkı yaşamının, sağlığının önüne bile koymaktan çekinmemektedir: Eflatun, binlerce yıl önce hak kavramı ile insan arasındaki bağı bütünlüğü "*İnsan, bir haksızlığa uğradığını görürse, o zaman kızar, karşı koyar, hak bildiği şey için savaşıyor; yılmadan türlü sıkıntı, üzüntü ve zorluklara katlanır; aç, susuz kalır*

ya kazanır ya da ölür" sözleriyle açıklamıştır.²⁰ Söyleyen ne güzel söylemiş: *Hak değince akar sular bile durur.*

Diğer yandan, bir uyuşmazlıkta gerek hak kavramını savunmak (yargıya inandırmak) gerekse çatışan haklardan doğru yargılara ulaşmak dünyadaki zor işlerin başında gelir. Bu nedenle de; bir yargılama ve savunma sanatından söz edilir. Ancak soyut olarak yargılama sanatından söz etmek yeterli değildir. Somut olarak "*duygu, tasarım ve güzelliği oluşturan bir değere ulaşılmadıkça*" yargılamanın bir sanat olduğundan söz etmek boş bir inançtır. Başka bir deyişle yargılamanın ve sonuçta yargıç buyruğunun, adalet denilen değere ulaştığını somut olarak ortaya konmadıkça yargılama sanatından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir.

Çağdaş kafa ve hukuk; en ilkel toplumlardan günümüze gelinceyle kadar insanın göz yaşı ve kanla dolu deneyimleriyle; yargılamanın bir sanat olduğu değerlendirmesini yapmakla kalmamış, herkesin "*doğru ve güvenli (adil) yargılanma hakkı*" olduğunu da en üst düzeyde saptayarak belirlemiştir. Bu hak, yalnız ulusal (iç) hukuk alanında değil İnsan Hakleri Avrupa Sözleşmesi' nin (İHAS) 6. maddesi ile uluslar arası alanda ve yargı düzeyinde (İHAM) de güvenceye alınmıştır.

Yargılama işlevinin özünü ve temelini oluşturan *doğru ve güvenli (adil) yargılama hakkı*, bir insanlık hakkıdır. Bu hak kişinin *onuru, saygınlığı, giz alanı, özgürlükleri* gibi öznel (manevi) değerleri arasında yer alır. Doğru ve güvenli yargılanma hakkı ile kişinin maddi değerlerinden olan yaşamı, sağlığı ve diğer öznel değerlerinin tümü arasında özde ve bir değer olarak ayırım (fark)

²⁰ "Hakka kulak ver artık. zoru unut büsbütün; şu geleneği koydu zira zeus insanlar için: balıklar, karadaki hayvanlar, uçan kuşlar yiyecek bir birini, hak yoktur aralarında çünkü, insanlara ise hak yolladı, odur nimetlerin en güzeli(Hesiodos) Prof Dr.Vecdi Aral, Toplum Ve Adaletli Yaşam1988.sh:19

söz konusu değildir. Tüm hak ve özgürlükler gibi insanın kişiliğinin gelişip korunmasında görevler üstlenmiştir.

Yargılamanın bir sanat olarak güncelleşmesi; bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkının güvencesidir. Bu nedenle yargılama hukukunun öngördüğü tüm kural ve kurumların biçimciliğe kaçmaksızın özenle ve doğru olarak uygulanması gerekir. İşte yargılama hukukunun bir kavramı ve kurumu olan bilirkişi ile ilgili kurallar; yeterince, amacına uygun yasal sınırlar içinde kullanılmadığı sürece yargılamanın bir sanat olduğundan söz edilemez. Sonuçta "doğru ve güvenli yargılanma hakkı" gizil (potansiyel) bir tehlike altında olur.

A- Yargılama Çalışmasında Doğrudanlık Ve Açıklık(aleniyet) İlkesi

Yargıcın, yargılamada olguların kanıtlanması amacıyla getirilen kanıtlara doğrudan, aracısız ulaşması yargılamanın temel ilkelerindedir. Bu ilke özellikle kanıtların değerlendirilmesinde önemlidir; onun can damarıdır.²¹ Bilirkişi uygulaması, bir ölçüde, bu ayrıklısıdır (istisna). Bilirkişi görevinin, uygulamada olduğu gibi, sınırlarının aşılması doğrudanlık ilkesinin çiğnenmesi olgusunu ortaya çıkarabilir.

Yargılamada *açıklık ilkesi* hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Ancak açıklıktan amaç, yalnız yargı yerlerinin kapılarının yargılama sırasında herkese açık olmasıyla sınırlı değildir. Özellikle yargılamada ortaya çıkan hukuk ve olgu sorunları yanların gözü önünde ve katılımıyla aydınlatılmadıkça yargılama işleminde açıklıktan söz edilemez:Yargılanan yanlara tanınan bu açıklık ilkesi bilirkişi uygulamasında önem kazanır; bilirkişinin atanmasında, görevin belirlenmesinde, çalışmasında, açıkladığı

²¹ Prof.Dr.Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi1990 sh:90

görüşlerin tartışılmasında yanları dışlayıcı uygulamalar açıklık ilkesinin gerçekleşmesini engeller.

Diğer yandan yargıcın, yanların bilmediği bir konuyu onları bilgilendirmeden, bilgilerini almadan kendi bilgisini kullanarak buyruğuna alması da açıklık ilkesiyle bağdaşmayacağı da bilinmelidir.²²

B- Yargılama Çalışmasının Kapsamı

Yargılama çalışmasında, yargı buyruğu (hükmü) açıklanıncaya kadar üç aşamalı bir durum söz konusudur:

-K a n ı t l a r ı n değerlendirilmesiyle uyuşmazlık konusu olay (vak'a) ve olguların (vakia) belirlenmesi .

-U y g u l a n a c a k hukuk kuralların belirlenmesi.

- U y u ş m a z l ı ğ ı n ve yargı buyruğunun (hükmü) konusunu oluşturan olay ve olguların; belirlenen hukuk kuralların soyut unsurlarını karşılayıp karşılamadığını belirleme.

C-Yargılama Çalışmasında Yanların(Avukatların) görevi

Özel hukukla ilgili bir uyuşmazlıkta yargılamanın temel ögesi (unsur) ,öznesi (süje) yanlardır; burada en büyük görev savunma sanatının ustaları ya da ustası olması gereken avukatlara düşmektedir. Yargıcın en güçlü ve ilk yardımcısı yanlar/avukatlardır²³; bu nedenle yargı buyruğu yargıç ve yanların/avukatların birlikte çalışmasının ürünü olduğu kabul edilir.

Yargılama çalışmasının her üç aşamasında yanların/avukatların, uyuşmazlıkla ilgili tüm hukuk ve olgu sorunlarına etkin biçimde katılarak tüketmeleri gerekir. Uyuşmazlık konusu olan bir hakkın (davanın) kazanılması ya da

²² Mehmet K. Yıldırım, age., sh: 98 vd.

²³ Mehmet Yıldırım age.sh:99, 140 vd. R. Arslan agd., sh: 156.

kaybedilmesinde, avukatların (yanların) yargılamada göstereceği etkinliğin azımsanmıyacak ölçüde payı vardır ; etkinlik artıkça, sonuçta istenilene ulaşılmasa bile, "doğru ve güvenli yargılama hakkı"nın güncelleşmesi sağlanacaktır.

Bir yargılamada, ortaya çıkan hukuk ve nesnel (maddi olay ve olgu) sorunların yanların (avukatların) gözü önünde, onların katılımıyla tartışılarak aydınlatılmalıdır; ancak böyle bir yargılama sonunda yapılan işlemlerin ve yargıç buyruğunun eksizliği, kusursuzluğu (mükemmel) ve sosyal doğruluğu konusunda yargılamayı kaybeden yanda bile bir onayın(kabulün) oluşmasını kolaylaştırır²⁴. Yargılama hukukuna temel olan bu inanç , düşüncenin yargıç ve avukatların belleklerinde her an güncelleşecek biçimde yer alması gerekir.

Bu inanç ve düşünce; HUMK' nun çeşitli maddelerinde kurallaşarak etkisini göstermiştir; konumuzla ilgili olanlardan örnekler:

-Y a n l a r uyuşamadıklarında; bilirkişiyi yargıç belirler (m.276). Bilirkişi uygulamasına yanların etkin olarak katılımının tipik örneği. Avukatların(yanların) yargılamada etkinliklerini göstermesi gereken çok çok önemli bir kural. Bilirkişi seçiminde yargıçlara, doğru ya da yanlış yöneltilen eleştirileri de önler.

Bu buyurucu kuralın işlerlik kazandırılması için; yargıçlar, öncelikle bu hakkın kullanılmasında yanlara uygun bir ortam yaratmalıdırlar. Yanların savunucusu olan Avukatlar ise, kendilerine yasanın tanıdığı bu hakkı kullanma konusunda yüksek özen ve özveri göstererek uzlaşarak, anlaşarak bilirkişilerini seçmelidirler.

-Y a r g ı ç, yanların açıklamalarını gözeterek değerlendirdikten sonra; bilirkişiye sorulacak soruları belirler

²⁴ M. Yıldırım, age., sh: 34.

(m.279). Kuşkusuz avukatlar bu konuda açıklama yaparken bilirkişiye nelerin sorulması gerektiğini açıklayacaklar ve istemde bulunacaklardır. Bu yasa buyruğunun uygulanmasının yararlarını uzun uzadıya anlatmaya gerek yok; usun ve bilmin aydınlık yolu.

Şimdi yargıç ve avukatalara soruyorum:bu yasa buyruğu ne ölçüde uygulanıyor?

-Y a n l a r bilirkişinin yazılı açıklamasında (yaznak -rapor) eksik, açık seçik olmayan, belirsizlik ve çelişki yaratan durumlar hakkında bilirkişiden açıklama alınmasını kendilerine bildirim gününden başlayarak bir hafta içinde yargıçtan yazılı olarak isteyebilirler(m.283). Sanırım çok az işletilen bir yasa buyruğu.Ancak önemi yararı göz ardı edilmemeli.

Avukat, bilirkişinin görüşünü sağlıklı olarak inceleyip, değerlendirmesi için bu konuda önceden bilgisi olması gerekir. Önceden uzman kişilere başvurarak, uyuşmazlık konusu olgu sorunları konusunda bilgilenmesi yargılamaya etkin olarak katılımını sağlayacaktır. Alman Büyükelçiliği'nde bir uzman hukukçunun doktor(hekim) eşyle; doktorluk ve avukatlık mesleği üzerine konuşurduk; fakülteyi yeni bitirdiğinde iş ararken, bir avukatın yanında çalışmak üzere doktor aramasını ilginç bulur; telefonda aldığı yanıt: *"Ben doktorların sorumluluğuyla ilgili davalarla ilgileniyorum; bu bağlamda tıp alanında bilgilere gereksinim oluyor; bu nedenle danışmanım olacak bir doktor ile çalışmak istiyorum.* Bana ilginç ve ussal (akılcı) geldi ya size?

-H e s a p görülmesine veya tek tek incelemeyi gerektiren uyuşmazlıklarda; kanıtların sunulmasından önce özel oturum açar; yanlar uyuşmazlık konusu hesap ve kalemler hakkında sözlü açıklamalarda bulunurlar; yargıç yanları bu konularda anlaşmalarına çalışır ...(m.226);...anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktalar tutunağa geçirilir...(m.228).

Yasada öngörülmesine karşın hiç uygulanmayan bir buyruk. Temelinde yanların yargılamaya etkin katılımının ve uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştıran bir düzenleme

a- Yanların (avukat) Yargılamada Etkinliği

Ceza yargılamasının tersine, özel hukuk yargılamasında vakıaları (olgu-olay) ve uyuşmazlıkla ilgili tüm araçları (malzemeleri) sunu ve getirme yetkisi yanlarıdır. Bu konuda etkinlik yanlardadır; yargıç edilgen durumdadır(ender uygulanan HUMK'nun 75/III. maddesi ayrık).

Yanların yargılamadaki bu etkinliği özel hukukla ilgili yargılamanın özünde vardır. Nitekim Yurttaşlar Yasası' nın (Medeni Kanun) 6. maddesi "*yasa tersini buyurmadıkça yanlar sav ve savunmalarını kanılamakla yükümlüdür*" kuralını öngörmüştür.

Yanlar-avukatlar-uyuşmazlık konusu hukuk sorunu olmayan nesnel (maddi) sav ve savunmalarını; tanık, her türlü yazılı belge ve kayıt, elektronik ve mekanik aygıtlardan edilmiş ses ve görüntülerle kanıtlama konusunda etkinliklerini sonuna kadar tüketmekle yükümlüdürler.

Bu, açıklamalardan "*bir olgu sorunun çözümünde ilk ve en kapsamlı görev yanlarıdır*" yargısını çıkarabiliriz.

aa-"Bilirkişi-Tanık" Dinletme İstemi Ya da Özel Yaznak (rapor) Sunumu

Bu, bilgi şöleninde tartışılması gereken önemli konulardan biri: Yanların yargılama sırasında ortaya çıkan olgu sorunlarıyla sınırlı olarak bilirkişi -tanık adı altında uzman kişileri dinletebilirler mi ya da bu bağlamda uzman bir kişiden aldıkları bir görüşü mahkemeye sunabilirler mi? Yasalarda açık bir kural bulunmadığı bir olgu; uygulamada da özellikle tanık bilirkişi dinletme konusunda bir girişim olduğunu da tanık olmadım.

Şağlıklı yargılara ulaşmak için böyle bir uygulamanın ne getirip ne götüceğı tartışılmalı ve karşılaştırmalı hukuk incelenmelidir.

Yararları satır başlarıyla:

-Yargılamaya, yanların tam etkin katılımını sağlayacaktır.

-Yargıca daha geniş bir alanda düşünme ve değerlendirme olanağı verecektir.

-Bilirkişi uygulamasında ortaya çıkan bir çok sorunu ve eleştirileri ortadan kaldıracaktır.

- Yargılamada her iki yanın tanık bilirkişilerinin dinlenmesi, sorunun aydınlatılmasına, değerlendirilmesine ve gerçeğe ulaşılmasına katkısı olacaktır.

Eleştirileri ise şöyle dile getirebiliriz:

- Yanların tanık bilirkişi dinletmesi, uyuşmazlık konusu olgu sorunun çözümünü güçleştirir; yargıca zora sokar. Çünkü değişik görüşler ortaya çıkabilir; yanların ön yargılı kişileri dinletmeleri olasılığı vardır.

-Yargılama sürecini uzatır ve yargılama giderini arttırır.

-Yasa koyucu isteseydi bu konuda düzenleme getirirdi.

Ülkemizde yerleşmiş ve yozlaşmış bilirkişi uygulaması gözetirdiğinde böyle bir uygulamanın duraksama yaratması doğaldır. Ancak getirdikleri, olumsuzluklarından çok olacaktır. Değişik hatta ön yargılı görüş ve düşüncelerden de korkmamalıdır. Böyle bir tartışma ortamında gerçekler daha kolay aydınlanacaktır. Değişik görüşler ortaya atılmadan, tartışmaya alınmadan gerçeğe ulaşmak her zaman kolay olmaz ya da riskli olur.

Kaldı ki; yargıca, yanların gösterdiği bilirkişi tanığın düşünce ve açıklamalarını aldıktan sonra: Sorunu, tüm ayrıntılarıyla daha iyi kavrayacak ve gerekirse ayrıca bilirkişi görüşüne

başvurabilecektir. Bir önemli nokta da yargıcın atadığı bilirkişi, önceden yanların tanık bilirkişilerin açıklamaları karşısında, ön yargılı açıklamalardan ister istemez ve olabildiğince sakınacaktır. Böyle bir uygulama yaygınlaştıkça bilirkişi etiği de gelişecektir.

Yargılama sürecinin ve giderlerinin artması ise biraz abartılı olur kanısındayım. Kaldı ki; yerleşik uygulama bu sakıncaları çoğun ortaya çıkarmaktadır.

Yasa koyucunun bu konuda düzenleme yapmaması, kanımca ağırlığı olan bir eleştiri. Ancak, bunu da geniş yorumla aşmak olanaklı; yasa koyucunun yasaklamadığı da bir olgu. Az da olsa bazı hukukçular tarafından savunulan ancak eleştirilen, yanların mahkemelere, bilim adamı ve yüksek yargıçlardan aldıkları "hukuki mütelaa" adı altında yazılı düşünce açıklamaları vermelerinin yasal dayanağı var mı?

Yanlar ve onları temsilen avukatları *"uyuşmazlık konusu olan olayla ilgili bir olguyu doğal olarak bilgimiz yetmediği için kanıtlayamıyor ve yeterince açıklamıyoruz bu bağlamda bilirkişi tanık dinletmek istiyoruz"* gerekçesiyle mahkemeden istekte bulunmaları sav ve savunma hakkının doğal uzantısı niteliğinde kabul edilmelidirler. Ancak böyle bir istekte bulunurken *"bilirkişi tanık olarak dinletmek istedikleri kişinin uzmanlık alanını ve onun yapacağı düşünce açıklamalarının konusu somut olarak belirtmeleri"* gerekir; örneğin:

- Bir trafik kazasında olayı karışan ve zarar gören sürücünün, karşıdan gelen aracın açıkca kural çiğneyerek şeridini değiştirmesi durumunda, kazayı önleme konusunda arabileceği bir önlemin olup olmadığı.

- Maden çıkarma çalışmasının yapıldığı bir alanda meydana gelen göçükte; işverenin alması gereken önlemlerin neler olduğu ve olaya çalışma alanının doğal etkilerinin olup olmadığı.

Böyle bir istek karşısında yargıç, somut olarak gösterilen durumların olgu, olay sorunu olup olmadığını, olağan kanıtlarla kanıtlanıp kanıtlanmadığı, özellikle yargılama sürecini uzatma gibi bir amaçla da yapılıp yapılmadığını değerlendirerek karar vermelidir; yargıcın değer biçme hak ve yetkisi (takdir hakkı) kuşkusuz göz ardı edilmemeli ancak istemi redderken gerekçesini de göstermelidir.

Amerikan yargılama yönteminde yasalarda öngörölmüş "bilirkişi tanık" uygulaması vardır ve kendine özgüdür. Bazı yönlerden eleştirilse de yararlı olduğu kabul edilmektedir²⁵. Ancak ABD' ndeki uygulama kendine özgüdür.

Tandoğan,²⁶ İsviçre'de yanların yapı sözleşmelerinde (inşaat- eser) bilirkişi tanık dinleterek olgu sorunlarını kanıtladıklarını aktarırken, açıkça olmasa bile Türk Hukuku açısından da uygulanabilirliğini dolaylı olarak önerdiği izlenimini vermektedir.

Almanya Usul Yasası'nda (m.414) bilirkişi -tanık özel olarak düzenlenmiştir.

Avukatların, yargulamalarda koşullarını yerine getirerek, direnerek, yılmadan güncelleştirmeleri bir süre sonra böyle bir önerinin uygulanıp uygulanmama olasılığını aydınlığa çıkaracaktır. Bu bağlamda HUMK'nda yasal bir düzenleme yapılması yolundaki önerinin sorunu tam olarak çözeceği inancını da paylaşıyoruz. Ancak, yasal bir düzenleme olmadan da, geniş bir yorumla,yanlı bilirkişi- tanık kavramının uygulamada güncelleşeceği inancında olduğunu belirtmek isterim.

Yineleyerek ve üzerine basarak söylemeliyim ki, bilirkişi tanık uygulaması; hukuk sorunları dışında olay ve olgu sorunlarıyla sınırlı olmalıdır. Ayrıca yargıcın bilirkişiye

²⁵ Prof.Dr.Ergun Özsunay,Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık, Yargıtay 125 yıl yayını sh:96vd.

²⁶ Prof.Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri ,sh:171

başvurmadan genel kültür(özekin) ve bilgisiyle çözebileceği olgu sorunlarında da; yanların, bilirkişi tanık dinletmek yoluyla düşünce açıklamasına olanak sağlanmalıdır. Bu durum, yanların yargılamaya etkin katılmalarını sağlayacaktır. Bilirkişi tanık dinletme, bu gün olduğu gibi olgu sorunları dışına taşarak hukuki konuları da kapsar biçimde gerçekleşirse işin çığıından çıkarak yozlaşacağı da göz ardı edilmemelidir.

Yanların, yargıya uyumsuzluk konusu olgularla ilgili uzman kişilerden aldıkları özel düşünce açıklamalarını sunmalarını kanımca hiç bir engeli olmaması gerekir. Yanların uzmanlardan alacağı yaznakların (rapor) "*yanların savunması niteliğinde*" olduğu kabul edilmektedir²⁷.

bb- Yargıçtan Bilirkişi incelemesi istemi

Yanlar sav ve savunmalarını kanıtlamak konusunda tüm kanıtlarını sunmakla birlikte; kanıtlayamadıkları olgularla ilgili olarak yargıçtan bilirkişi görüşünün alınmasını isteyebilirler; bu durum, bilirkişinin kanıt görevini de üslendiğini gösterir. Yargıç bu isteği, kural olarak, yerine getirmekle yükümlüdür.

Örneğin:

-B i r zararın varlığı ve kapsamını olağan kanıtlarla kanıtlamayan davacı(tersini davalı), bir nesnel(maddi) sorun olan zararın varlığı ve kapsamı konusunda bilirkişi incelemesi isteyebilir.

-K u r a l olarak; kusuru kanıtlamak yükü davacıya aittir; davacı kusurun belirlenmesine ve derecelendirilmesine yardımcı olacak tüm kanıtları tükettikten sonra kanıtlayamadığı olgu sorunlarıyla ilgili bilirkişi oy ve görüşünün alınması isteyebilir:Hangi aracın kırmızı ışıkta geçtiğinin tanıkla kanıtlamayan yanlar, olayın gerçekleştiği yolun, kavşağın

²⁷ E. Yılmaz age sh:12

konumu, trafik yoğunluğu, araçlar olay anındaki konumu hasarlarına göre kırmızı ışıkta geçtiğinin belirlenmesi için bilirkişi incelemesi...

- B e d e n gücü kaybıyla ilgili bir tazminat davasında; davacı tazminatın hesabına ilişkin olarak gelirin tutarını kanıtlamakla yükümlü, bu bağlamda tanık, sözleşme ve diğer yazılı belgelerle savını kanıtlayabilir; kanıtlayamıyorsa bilirkişi incelemesi isteyecektir.

Yineleyerek açıklamalıyım ki; yanlar/ avukatlar, bu yola tüm kanıtlarını tükettikten sonra başvurmalıdır. Uygulamada sık sık görüldüğü gibi yargılamada etkin bir çalışma yapmadan bilirkişi incelemesi istemek doğru ve güvenli yargılamayı tehlikeye sokar;özellikle doğrudanlık ve açıklık ilkesi açısından.

Ç- Yargıcın Yetki Ve Görevinin Sınırları

Kural olarak, IV/2-B de açıkladığımız tüm yargılama çalışmalarında görev ve yetki yargıcıdır. Yargıç. yargılamada ortaya çıkan tüm olgu ve hukuk sorunlarına ilişkin bilgi, düşünce ve gerçekleri bilmek ve öğrenmek zorundadır. Bunun en sağlıklı yolu, yargılamaya tam olarak egemen olmadır.

Yargılama da kanıtları değerlendirmek olayı belirlemek yargılama çalışmasının en önemli işlevlerinden biridir

a- Yargıç ve Yargılama Çalışması

Yargıç, yargılamada, kendine verilen yetki ve olanakların en önemlisi yaptığı işin amacının ve yargıladıkları kişilerin *doğru ve güvenli yargılanma hakkının* kutsallığının bilincinde olarak, ortaya çıkan tüm hukuk ve olgu sorunlarına yüreğiyle bakmak yükümlülüğündedir; başka bir anlatımla yargılamaya egemen olmak, çünkü yargıç, Tanrı'dan sonra türdeşini (hemicinsini) yargılayandır; Fransız Yargıtay Başkanı bu gerçeği "*insanı yargılama Tanrısal bir iştir*" diye açıklamıştır.

Bu nedenle yargılama hukuku; kurallaşmış buyruklarıyla ya da genel felsefesiyle yukarıda IV/2-B de açıkladığımız tüm yargılama çalışmalarını, kural olarak, yargıçların gerçekleştirmesini öngörmektedir. Zorunlu nedenlerle, doğal olarak araya bilirkişi adı altında hukuk dışındaki çalışma alanının uzmanlarının katılması bu yükümlüğü ve işlevi değiştirmez; bu yolla alacağı bilgi ve düşünce açıklamalarını değerlendirecek, denetleyecek ve sonunda uyumsuzlukla ilgili buyruğu (hükmü) oluşturacak yargıçtır.

Bu bağlamda, özellikle açıklamak gerekir ki; yargıç, *yargılama yaparken kendi başına buyruk kişi değildir; insana, bilme, hukuka ve kurumlarına saygılı olarak düşünce yoluyla mantık, estetik ve etik doğrular, güzellikler ve iyilikler oluşturan insanoğludur.* Ancak, günümüzde giderek yaygınlaşan memurlaşan yargıç tipi (avukatları da gözardı etmeden) ise öncelikle tüm hukukçuları ve politikacıları düşündürmelidir.

aa-Yargıcın Yargılama İşlevindeki Temel Aracı (Mantık-Düşünce)

Yargılama, yalın olarak bir usa vurma (akıl süzgeci) işlevidir. Uyumsuzlukla ilgili ortaya konulan, sunulan, elde edilen tüm bilgi, görüş ve düşünceleri us (akıl) yoluyla düşünerek, işleyerek bir yargıya varma; buyruk oluşturmaktır. Kuşkusuz yargıçlık mesleğinin gerektirdiği engin bilgi ve kültür de gözardı edilmeden.

Doğru düşünme sanatı ve bilimi olarak tanımlanan mantık (Dil Kurumu Sözlüğünde, halk arasında kullanılan karşılığı *esemeli*; ne dersiniz?), günlük yaşantımızda da kullandığımız düşünme aracıdır. Yargıç, uyumsuzlukla ilgili hukuk ve olgu sorunlarını mantık(esemeli) kuralları ve ilkelerini kullanarak çözmektedir. Kısaca doğru düşünmenin yoludur mantık yargıç için. Yargıcın yargılama çalışması, çoğun, mantıksal bir işlevidir.

aaa-Bir Mantık İşlemi Olarak Nitelendirme

Nitelendirme (vasıf- nite-nitekim-nitelik); *nesne, olay, durum, düşünce ile ilgili yargılara (niteliline) ulaşma* işlemidir. Ya da nesne, olay, durum ve düşünceler arasındaki ayrımları ortaya koyarak değer yargılarına ulaşma.

İşte yargıç gerek olguları belirleme gerekse hukuk sonuçlara ulaşmada bir mantık işlemi olan nitelendirmeyi kullanmaktadır. Ancak nitelendirme yalnız yargıçlara değil insana özgü bir işlemdir.

Yargılama çalışmasında nitelendirme işlevinin (yargısal işlem) niteliği tartışmalıdır;ancak çoğun paylaştığı görüşe göre nitelendirme bir hukuk sorundur²⁸. Ancak bu konuda bir ayırım yapılması gerektiği inancındayım:

Yargılamada *nitelendirme* hukuk kuralının çözümlenmesi (analizi) ve belirlenen olgu ve olayın uygulanacak hukuk kuralının soyut unsurlarını karşılaştırılması biçimde ise bu *bir hukuk sorudur*. Bu konuda işlemi (hukuki neticelendirmeyi) tartışmasız yargıç yapmalıdır.

Nitelendirme işlemi olgu ve olay için yapıyorsa bu hukukla olgu arasında bir sorun olarak kabul edilmelidir. Yargıcın hukuk ve genel bilgisi, yeteneği ve kültürü bu nitelendirmeyi yapmaya yetmiyorsa ancak bu durumda zaman bilirkişiye başvurması gerekir.

bbb-Nitelendirme Yöntem ve Araçları

Yargıç nitelendirme işlemi yaparken *Altma* denilen bir mantık yöntemini kullanır. *Altma*(tasım), "*özel olarak kabul edilen bir öneriye(şeye) genel kavramın altında yer vermektir*". *Altma*, işlemi yargısal çalışmada hem olguların nitelendirilmesi (değerlendirilmesi) hem de belirlenen olguların bütünü (olay)

²⁸ Alangoya, age, sh42; Üstündağ-Tanrıverdi sh:24 dipnot 79

hukuk kurallarının unsurlarını karşılayıp karşılamadığının(içine girip girmediğini) belirlenmesinde kullanılır. Atlama , kural olarak yargıcın görev ve yetki alanı içindedir.

A t l a m a , doğru olarak kabul edilen iki (büyük ve küçük önermeler) yargı ile üçüncü bir yargıdan(sonuç) oluşur. Yargısal bir karara varırken, yargıyla ilgili olarak *yasalarda açıkça tanımlanmış bir kural varsa* büyük-üst önerme olarak kullanılır; hukuk kuralını koşullarını taşıyan gerçek olan olgular ise küçük-alt önermedir. İşte yasalarda açıkça tanımlanmış bir kavramın söz konusu olduğu durumlarda atlama işlemi; yargıç için (herkes için de) çok yalın bir uygulamadır:

E v l e n m e kişiyi reşit kılar (MK.m11): "*Evlenme kişiyi reşit (ergin)kılar*"(büyük önerme) - 17 yaşındaki A evlidir (küçük önerme): A reşittir(nitelendirme).

M u a c c e l (istenebilir) bir borcun borçlusu alacaklının uyarısıyla (ihtar) *mütemerrit* (direngen) olur (BK.m. 101)- alacaklı A borçlu B yi uyarmıştır göndermiştir: B direngen(mütemerrit)dir.

S o r u n daha çok, olguların *yasalarda* (sözleşmelerde de) açıkça belirlenmemiş hukuk kavramlarına atlanarak sonuçlar çıkarılmasında *ortaya çıkar*. Bu durumda yardımcı araçlara gereksinim duyulur. Bunlar hukuk kural ve kavramının yorumunda kullanılacak bilimsel görüş ve yargısal inançlar ile *tecrübe kuralı* olarak anılan araçlardır(ne hukuk ne de olgu sorunu).

Tecrübe kuralları²⁹, yargıcın yargılama çalışmasında çeşitli sorunları çözüme bağlarken başvuracağı çeşitli hukuk dışı kurallar olup; bunlar beş ana başlık altında toplanmaktadır³⁰:

²⁹ Dr. Ömer Sivrihisarlı , Yargıtay Denetiminin Kapsamı,sh68-69

-*Dil bilgisi kuralları*, yasa koyucunun kullandığı sözcüklerin anlaşılması ve uygulanmasına yaradığı gibi özellikle sözleşmelerdeki irade açıklamalarının anlamını ortaya koymaya yardımcı olurlar. Yargıç, yasalarda kullanılan sözcüklerin anlamını çeşitli sözcükleri kullanarak bilmek zorundadır; bu konuda da bilirkişiye başvurulmayacaktır. Sözleşmelerde (özellikle satış -yapı gibi) kullanılan teknik ve özel terimlerin, genel ya da özel sözlüklerden yararlanarak bulunamıyorsa, işlevinin kapsamını o çalışma alanının uzmanlarının bilirkişi olarak görüşüne başvurulabilir. Örneğin bir oto yol yapımı sözleşmesinde geçen "*plentle karıştırılmış alt temel*", "*agre*", "*granüler temel*" gibi kavramların anlamı için bilirkişi görüşü alınabilir³¹.

Dil devriminin başlattığı dilde arılaşma ve özleştirmenin başlaması ve yaygınlaşmasından önce çıkarılan yasalarda yer alan sözcüklerin sorun olabilir ; yargıç, yine sözlüklerden , bilimsel yapıtlardan yararlanmalıdır :Örneğin bir sözleşme dışı sorumlulukla ilgili yargılamada, ölümle biten kavgaya karışan kişinin sorumluluğu BK'nın 50. maddesinde "*fer-ar methali*" sözcüğüyle açıklanmıştır;bunun dil açısından anlamı (kolaylaştıran ikinci derecede katılan...) bu araçlarla belirleyecektir.

Bir yapıtın yazarının başkalarının yapıtlarından kullanılabilir sınırları ve kuralları dışlayarak "*aşırma*" yaptığı yolunda düşünce açıklamasında; Yargıç, kişilik hakkı açısından hukuka aykırılığın belirlenmesinde "*aşırma*" sözcüğünün anlamını sözcüklerden yararlanılarak yorumlayabilmelidir. Kuşkusuz

³⁰ Tecrübe kuralları, Almanya' da ortaya atılan ve 19. yüzyıl sonlarında bir çok hukukçunun ele alarak incelediği hukuk dışı kavramlardır; olgu sorunu da değildir; bkz. Üstündağ age sh:608-609 ve Ö Sivrihisarlı sh: 85-86

³¹ Belçikalı hukukçu Rigaux geliştirmiş ve yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ö.Sivrihisarlı,age,sh:87-88

"aşırma" eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda o alanın uzmanı olan kişilerden bilirkişi seçilerek bilgi alınması ayrı bir sorundur.

-Yaşam deneyimleri (hayat tecrübeleri), yargılamada en çok başvurulanan bilgilerdir. Bu bilgiler günlük yaşamda çoklukla uygulanarak denenmiş ve toplum yaşamına yerleşmiş kurallardır. Yargıç, yaşam deneyimi ve kültürü (özekin) ile oluşmuş genel bilgi yeteneğiyle çözebileceği konularda bilirkişi başvurmamalıdır

Yargıç:

-B o ş a n m a davalarında kanıtlanmış olguların şiddetli geçimsizlik(boşanma nedeni) oluşturup oluşturmayacağı;

-K a b a k l a s t i k l e karayoluna çıkmasının olumsuzluklarını;

-P a r l a y ı c ı nesnelerin bulunduğu yerlere ateşle(sigara) yaklaşmanın sonuçlarını;

-K ı r ı l a c a k nesnenin yakınında sakalaşmanın sonucunu önceden görebilme durumu;³².

- S u y u n O derecenin altında donacağını;

- T a c i r i n faturasının altına damga pulu yapıştırıldıktan sonra imzalamasının sonuçlarını³³;

- A v u k a t ı n çalışma yeri gereksinimi için açtığı boşaltma(tahliye) davasında,dava konusu yerin bu gereksinim için uygun olup olmadığını;

-Ö z e l psiko ve teknik sorunlar önemsiz ise, iki marka arasındaki ayırımın(farkın) belirlenmesini;

³² İlginç bir örnek için bkz. ABD 1972/2.sh.284 de YHGK 3.11.1971/1969/2-713/631; Y.4.HD.15.9.1983,6364/7388, YKD. 1984,sh:49-50

³³ Yargıtay Üyesi Erdal Sanlı, Ticari Defterlerin Delil Niteliği Ve Defterlerde Bilirkişi incelemesi sh:74-75)

- A m e l i y a t sonrası karın boşluğunda nesnelere bırakılmasının ve unutkanlığın değerlendirilmesini³⁴;

-Ö n d e g i d e n a r a c a a r k a d a n ç a r p a n a r a c ı n , i k i a r a ç a r a s ı n d a k i u z a k l ı ğ ı u y g u n t u t m a d ı ğ ı n ı n b e l i r l e n m e s i n i ³⁵;

-Y o l k e n a r ı n d a k i a ğ a c a ç a r p a n a r a c ı n ı n s ũ r ũ c ũ n ũ n e y l e m i n i d e ğ e r l e n d i r i l m e s i n i ; g e n e l y a ũ a m d e n e y i m l e r i v e k ũ l t ũ r ũ n (ũ z e k i n) ũ r ũ n ũ o l a n h e r k e s i n , b u a r a d a y a r g ı c ı n b i l e b i l e b e ğ e b i l g i l e r i ç i n b i l i r k i ũ ũ y e b a ũ v u r m a y a c a k t ı r . A n c a k , ç o k e n d e r d u r u m l a r d a , y ũ r e s e l y a d a ũ z e l b i r ç a l ı ũ m a a l a n ı n d a o l u ũ m u ũ b u n i t e l i k t e k u r a l l a r ı o y ũ r e n i n y a d a o ç a l ı ũ m a l a n ı n ı n i n s a n ı n d a n s e ç e e ğ i b i l i r k i ũ ũ l e r d e n ũ ğ r e n e b i l m e d e d o ğ a l k a r ũ ũ l a n m a l ı d ı r .

Bu bağlamda en azından orta ũ ğ r e t i m d ũ z e y i n d e ũ ğ r e n i m g ũ r m ũ ũ k i m s e l e r i n b i l d i ğ i d ũ r t i ũ l e m i (ç a r p m a - b ũ l m e - ç ı k a r m a - t o p l a m a) k u l l a n a r a k y a l ı n h e s a p l a m a l a r ı y a r g ı ç y a p a b i l m e l i d i r . Ő z e l l i k l e b u g ũ n k ũ t e k n i ğ i n s a ğ l a d ı ğ ı b i l g i s a y a r v e h e s a p m a k i n a l a r ı n d a n y a r a r l a n m a o l a n a ğ ı d ũ ũ ũ n ũ l ũ r s e . K u ũ ũ s u z y a r g ı ç b ũ y l e h e s a p l a m a y ı k a r a r y e r i n d e n a s ı l g e r ç e k l e ũ t i ğ i n i a ç ı k ç a b e l i r t m e k v e g e r e k i y o r s a b u k o n u d a y a n l a r a g ũ r ũ ũ a ç ı k l a m a s ı o l a n a ğ ı d a v e r m e k k o ũ u l u y l a .

-Belirli bir ũ ğ r e n i m g ũ r m ũ ũ k i m s e l e r c e b i l e n e b i l e c e k t e k n i k k u r a l l a r v e b i l i m s e l y a s a l a r "dan da tecr ũ b e k u r a l l a r ı o l a r a k y a r a r l a n m a o l a n a ğ ı v a r d ı r . Y a r g ı ç b u k u r a l l a r d a n y a r a r l a n m a k i ç i n k u r a l o l a r a k b i l i r k i ũ ũ y e b a ũ v u r a c a k t ı r .

Ő r n e ğ i n :

- E k i l i p a m u ğ u n k o m ũ ũ t a ũ ũ n m a z l a r ı n b i r i n d e b u ğ d a y ı n i l a ç l a n m a s ı n d a n z a r a r g ũ r ũ p g ũ r m e d i ğ i .

³⁴ Ç . A ũ ũ o ğ l u , T i b b i E l A t m a l a r d a n D o ğ a n S o r u m l u l u k l a r s h : 8 4 v e 1 4 3 d e k i Y a r g ı t a y K a r a r l a r ı .

³⁵ R . A r s l a n , a g d . s h : 1 6 1

-İ k i k a t l ı bir yapıdaki çatlakların, kaymaların bitişik taşınmazda yeni yapılan çok katlı yapıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı.

- K a r a y o l u n d a motorlu aracın meydana getirdiği fren izi ve çarpışma sonucu oluşan hasarlardan hızı belirlenmesi.

-H a k s ı z eylem sonucu oluşan zararın belirlenmesine.

-Ticari defterlerin usulüne uygun olarak tutulup tutulmadığı(uzmanlık mahkemesi olan ticaret mahkemeleri yargıçları dışında).

Ancak; yargıç, bilgiye ulaşma ve bunu işlemenin özel bir beceriyi gerektirmediği teknik bilgi ya da yasalardan doğrudan doğruya yararlanabilmelidir: Bilimsel yöntemlerle elde edilmiş yaşam tablolarındaki sayımlama (istatistik) bilgilerden; bir ticari işletmede tutulması gereken defterlerin neler olduğu ve geçerliliği (yasalarda belirlenmiş olduğu için)

- Biyolojik ve psikolojik alanların bilgileri de yargıcın atlamada yararlanacağı bilgilerdir. Özellikle insan davranışlarının, irade ve düşünce açıklamalarının değerlendirilmesinde amaç, önceden tasarlama, akıl bozukluğu, temyiz gücünün varlığı ya da yokluğu gibi durumları belirlemek için yargıç biyoloji ve psikoloji alanlarının bilgisinden yararlanacaktır. Yargıç, ilgili kişinin dış dünyaya yansıyan devinim (hareket) ve davranışlarından çıkarım (istidlâl) yoluyla yani kanıtlara dayanarak sonuç çıkarma, bir kaniye varabiliyorsa bilirkişi görüşüne başvurmamalıdır. Hukuk dışındaki bilimsel ve teknik alanların uzmanlığı gerektiğinde ise; yargıç, bilgilerinin yetersizliği nedeniyle bilirkişiye başvuracaktır; örneğin akıl hastalığının belirlenmesi gibi(MK. 111). Ancak ayırtım (temyiz gücünün) belirlenmesini kişinin us durumunu belirleyen doktor yaznağı dahil tüm kanıtları değerlendirerek yargıç yapmalıdır.

-Mantık ve Düşünme Kuralları da, yargıca gerek olgu ve gerekse hukuki değerlendirmelerinde yardımcı olur. Mantık yasaları (çoğun onları bilmeden kullanırız.) düşünme, yorum, değerlendirme yanlışlıkları yapmamanızı önler: Ö z d e ş l i k, değişik kavramlar aynı adla anılamaz; ü ç ü n c ü s e ç e n e ğ i n o l a n a k s ı z l ı ğ ı, biri ya da öbürüne uymama durumunda bir kavram yok demektir; y e t e r l i g e r e k ç e, var olan her şeyin neden olduğuna ilişkin gerekçesi olmalıdır.

Yargıç; olgu ve hukuk sorunlarının nitelendirilmesinde altlama yöntemini kullanırken bilmediği tecrübe kurallarını öğrenmek için bilirkişi dahil her türlü kaynağa (yayın vs.) başvurmak zorundadır. Yargıç, çalışma alanının ve toplumun bir üyesi olarak elde ettiği, dağarcığında bulunan yaşam deneyimleriyle kazandığı bilgi ve kuralları doğrudan doğruya kullanabilir. Ancak bu bağlamda iki durumu göz ardı etmemelidir:

Somut olayda uygulanacak yaşam deneyimi konusundan yanların az da olsa bir kuşkusunun sezinlemesi durumunda onlara bu konuda açıklama olanağı tanınmalıdır. Diğer yandan buyruğunda; kullanacağı yaşam deneyimiyle ilgili kuralın nedenlerini açıklayarak gerekçelendirmelidir³⁶.

bb- Yargıcın Değer Biçme Yetkisi (Takdir Hakkı)

Olgu sorunlarının belirlenmesinde yargıcın olgulara ve olaylara değer biçme yetkisi (takdir hakkı) yargılama çalışmasının özünde ve doğasında vardır. Yargıçlara verilen bir özgürlük gibi görülse de; "yeri geldiğinde yargıç buyruğunun oluşmasının önünün tıkanmasını önleyen bir işlev", "yargıya karşı duyulması gereken güven açısından gerekli" ve " yargılama hakkının doğal sonucu olarak" değerlendirilmelidir. MK'nun 4. ve HUMK'nun 240. maddesi genel olarak yargıcın değer biçme yetkisini kurallaştırarak tanımıştır.

³⁶ M. Yıldırım. age. sh: 98 vd.

aaa- Somut Olay Adaleti ya da Hakkaniyet Değerlendirmesi

Yargılama çalışmasında, atılma yöntemiyle elde edilen sonuçlar, işlemde ortaya konulan değerlerde bir yanlışlık yoksa, kural olarak doğru sayılır. Ancak atılma işlemi, kalıplaşmış önermelerin buyruğunda yapılan değerlendirmelerdir; başka bir deyişle usun (akıl) mekanik bir çalışmasıdır. Ne var ki; yargılamanın sonuçta eksiksiz, kusursuz bir sonuca yanı hakkaniyete ulaşması için bu yolla elde edilen sonuçlar her zaman yeterli olamaz. Çünkü; hak ,adalet kavramları kalıplaşmış önermelere sığmayacak kadar üstün değerlerdir.

İşte yargıç, atılma - mantık yoluyla ulaştığı doğruları; somut olayın gerçekleri içinde işleyerek değerlendirmek zorundadır. Mantıksal sonuçlardan ayrılmak; yargıç buyruğuna doğru ve güzelliğin hamurlaşmasından, işlenmesinden oluşan eksiksiz, kusursuz bir ruh (tin) ve görünüm kazandırır: İşte o zaman yargılamanın ürünü olan yargıç buyruğu bir sanat görünümü kazanır ve sosyal doğruluğu konusunda güven yargıları oluşur.

Bilindiği gibi hukuk bilimi; ağır ve hafif kusur tanımlarını belirlemiştir. Yargıç kusurun derecesini belirlerken; somut olayda yanların eylemlerini bu tanımların altına alarak mantıksal bir işlemle davacı ve davalının olaydaki kusurlarının derecesini (ağır ve ya da hafif) olup olmadığını belirleyecektir. Ne var ki, böyle bir mantıksal işlem her zaman eksiksiz kusursuz (mükemmel) sonuçlar ortaya koymaz. İşte böyle bir durumda İsviçre Federal Mahkemesi, mantıksal değerlendirmeyle özde ağır kusur olarak ortaya çıkan bir durumun, hafif kusur olarak değerlendirileceğine karar vermiştir³⁷.

Bir kaza sonucu sürekli işgörmezlik durumunda meslekte çalışma gücünün ne oranda azalacağı tıbbi verilere göre düzenlenmiş sayımlamalı (istatistik-fr) çizelgelere (cetvellere)

³⁷ Bkz. Kusurun Belirlenmesiyle ilgili Ek2deki örneklere

göre(SSK Sağlık İşleri Tüzüğü) belirlenir. Bu verilerden yararlanılarak atlama yoluyla mantıksal olarak ulaşılan sonuçların, somut olayın ortaya koyduğu verilerin ışığında ayrıca hakkaniyet ölçülerinde gözden geçirilmesi gerekir: Sakat kalan bir kolun, gözün. kulağın... çalışma gücünde bedene getireceği eksilme oranı belirlenirken; yargıç, tıp biliminin belirlediği genel, teorik esasların sınırlarıyla bağlanmaktan kaçınılmalıdır³⁸. Yargıç, bilirkişiden aldığı tıp biliminin ortaya koyduğu oranları gerekirse "aynı çalışma alanından bir kişinin bilirkişi olarak görüşüne başvurarak" değerlendirmelidir. Bu bağlamda uygulamada SSK Sağlık İşleri Tüzüğü' ne göre alınan doktor bilirkişi yaznağı (rapor) tartışmasız kabul edilerek işlem yapıldığını ve bunun okamama, sorgulamama alışkanlığının sonucu olduğunu da biline.

bbb- Nesnel (maddi) Hukuka Değer Biçme

Yargıç, olgu sorunlarının çözümünde (kuşkusuz gerektiğinde hukuk sorunlarında da) hem "sunulan kanıtların değerlendirilmesinde" hem de "bilirkişi yardımıyla çözemediği " ya da "bilirkişinin değerlendirmesine uygun olmayan" nesnel (maddi) hukuku ilgilendiren durumlarda doğrudan değer biçme(takdir) yetkisini kullanmalıdır. Başka bir anlatımla "atlama yapmakla yükümlü olmadığı" ve "seçeneklerden birinin yeğlenmesinin söz konusu olmadığı" ya da "olgunun kapsam açısından tam olarak belirlenemediği durumlarda" söz konusudur. Bu hak yargıçlara, yerine göre yasaların açık buyruğunun (BK.m.42) yerine göre de yargılama işlevinin temel felsefesi gereği verilmiştir; başka bir deyişle yargıcın değer biçme yetkisi, yargılama çalışmasının bir olmazsa olmaz kuralıdır.

Yargıç, bir konuyu değer biçerek (takdir) belirlerken başına buyruk değildir. Öncelikle ortaya koyacağı değer yargısının orta

³⁸ Stauffer-Schaehle Barwerttafelen,sh: 36-37,BGE 72 II 206; Tekinay,Borçlar, CI sh 820 de anılan İşviçre Federal Mahkeme kararları

düzeyde yargıç, avukat ve aydın (entellektüel) kişilerin düşüncelerine (mantiğine) değerlendirmelerine ters düşmemelidir; değer biçerken özellikle yaşam deneyimi kuralları ile mantık, düşünme yasalarında yararlanmalıdır. Diğer yandan; değer yargıları, elverdiği ölçüde mutlak gerekçelendirilmelidir. Ters durumda, değer biçme yetkisinin özensizce ve amacı dışında (keyfi) kullanılması gündeme gelebilir. Sonuçta biçtiği değer hukuk ve hakkaniyete (hak ve nisfete doğru ve ölçülü) (MK.4) verildiği somut olarak kendini göstermelidir.

N e s n e l (maddi) hukuka ilişkin değer biçme yetkisi yargıcıdır. Hukuk ve yasa kurallarının ile bir buyruk olarak yetki verdiği ya da yasal kanıtlarla nesnel hukuka ilişkin bir olgunun tam anlamıyla kanıtlanamamasının söz konusu olduğu durumlarda; boşlukları doldurma ve karar vermeyi kolaylaştırma amacından kaynaklanmıştır. *Nesnel hukuk ilişkin değer biçme ve tam olarak yargıcın takdirinde olduğu için bu konuda bilirkişiye başvurulamaz: Nafakanın, manevi tazminatın, Ceza koşulunun (BK. m.161 / son), tazminatın (Bk.m. 43 -44) belirlenmesi gibi. Zararın tutarının belirlenmesi, kural olarak bilirkişilik iştir; ancak bunun kesin olarak belirlenememesi durumunda yargıç değer biçme yetkisini kullanarak buyruğunu açıklayacaktır. Borçlar Yasası'nın 42. maddesinin bu buyruğu yalnız sözleşme dışı hukuka aykırı eylemlerde değil sözleşme ilişkilerinde de uygulanır(BK.m.98/2).*

ccc-Yöntem Hukukunda Değer Biçme

Y ö n t e m (usul) hukukuna ilişkin değer biçme yetkisi de, kural olarak, yargıcıdır (HUMK.240). Değer biçme yetkisi, çoğun, kanıtların değerlendirilmesiyle bir olgunun belirlenmesinin söz konusu olduğu durumlarda güncelleşir. Yargıç yanların sunduğu kanıtlarla bir olguyu belirleyecektir: Bir boşanma davasında yanların dinlettiği tanıkların hangisinin buyruğa kanıt

oluşturacağı (şiddetli geçimsizlik olgusu açısından); iş sözleşmesinin bozulması (feshi) nedeniyle açılan tazminat davasında haksız ve kötü niyet savının kanıtlara değer biçerek belirlenmesi. Bu gibi durumlarda kanıtları değerlendirmek kural olarak yargıç yetkisindedir.

Ancak; özellikle bir olgunun belirlenmesi, teknik bilgi ve kanıtlarla belirlenme zorunluluğu ortaya çıkmış ise o zaman bilirkişiye başvurulacaktır. Örneğin bir trafik kazasında, kırmızı ıskta kimin geçtiği tanıklarla kanıtlanamıyorsa; yargılamada sunulan olay yerini, çarpışan araçların hasar ve konumları gösteren belge ve resimler oluşan kanıtlarları bilirkişi değerlendirerek olguyu belirleyecektir.

cc- Yargıcın Özel Bilgisini Kullanması

Yargıcın, olgu sorunlarında insan ve yargıç olarak bilmesi gereken genel bilgileri (bilmesi gereken yaşam deneyim kuralları) dışında *özel bilgilerini* de kullanabilir mi ? Yargıtay' ın yargıçlara karşı güvensizliği ya da kendi bilgi eksikliği nedeniyle bilinen tutumu karşısında, kural olarak, olumlu yanıt vermek olanaksız. Hukuk öğretisinde ise, tartışılan bir konu³⁹.

Kanımızca; yargıç, gerekçelendirme ve bilgi kaynağını gösterme koşuluyla özel bilgisini kullanabilmelidir; kuşkusuz bu konuda yanlara açıklama olanağı da vermek koşuluyla.

Dava değerinin düşük ve uyuşmazlığın çok yalın olduğu durumlarda yargıç kendi özel bilgisini kullanarak buyruğunu oluşturabilmelidir⁴⁰: Örneğin, kamulaştırmada taşınmazın ederinin uyuşmazlık konusu olduğu bir yargılamada; taşınmazın

³⁹ İşviçre Kanton Usul Yasalarında bu konuda yargıca yetki verilmiştir (M.Yılmaz age.sh: 251)

⁴⁰ M.Yılmaz. age, sh: 246 vd.

tartışılan ederinin yapılacak incelemede bilirkişi, ve keşif giderleri düzeyinde olduğu durumlarda⁴¹.

Üç yargıçlı bir uzmanlık mahkemesi olarak kurulmuş ticaret mahkemelerinde ticari (tecimsel) işlerle ilgili yalın sayılabilecek olgular için yargıçların (ya da bir yargıcın) özel bilgisi kullanılabilirdir. Örneğin:Ticari defterlerin usulüne uygun tutulup tutulmadığı, tutulması gereken defterlerin neler olduğu ve geçerliliği; açık ya da kapalı fatura sorunlarının belirlenmesinde.

Yargıca sınırlı bir alanda özel bilgisini kullanma yetkisini tanıırken, iki durum göz ardı edilmemelidir: Yargıç, "özel bilgisiyle ilgili değerlendirme yaparken bunu gerekçelendirme " ve " bu konuda yanlara görüş açıklaması olanağı verme" yükümlülüğündedir.

dd-Yargıcın Etik(töre-ahlâk) Kurullarla Bağlılığı

Yargıç etiği, ülkemizde, somut olaylarda, özel incelemelerde ele alınmış olsa bile bir bütün olarak incelenmemiştir. İzmir Barosu'nun düzenlediği Yargı Reformu Sempozyumu'nda (bilgi şöleni) verdiğim "yargıç etiği" konulu bildirinin⁴² bir başlangıç olarak yeni çalışmalarını getirmesini dilerim. Gerçekten en az bilirkişi sorunu kadar yargıç etiği de ele alınması gereken bir sorundur.

Bilirkişinin görevinin sınırlarının belirlenmesiyle "yargıç etiğinin ne ilgisi var " diye düşünebilirsiniz. Yargıç; yanların ve kendisinin hak ve yetkilerini göz ardı ederek, dışlayarak bilirkişi görüşüne göre buyruğunu açıklıyorsa; koruması gereken yargıç etiğini çiğnemiş duruma düşer. Yargılamayla ilgili yazılı ve yazılı

⁴¹ Boyabat İlçesinde Hukuk yargıçlığım sırasında yapılacak keşif ve bilirkişi gideri civarında açılan kamulaştırma bedelinin indirilmesi davalarını takdir edilen bedel özel bilgime göre yerinde gerekçesiyle reddetmişim; kısa bir süre sonra naklim çıktığından sonucunu bilemiyorum.

⁴² Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, 2000, sh: 235vd.

olmayan tüm kurallarını biçimciliğe kaçmadan uygulamak zorundadır. Yargıda etik kavramının gelişmesi bilirkişi kurumunun sağlıklı çalışmasına önemli katkıda bulunacak ve uygulamaya iyilikler getirecektir.

b - Hukuk Ve Olgu Sorunları Karşısında Yargıç

Yargılamada yargıç önüne gelen uyuşmazlıklarda iki temel sorun bulunmaktadır; olgu ve hukuk. Bilirkişi uygulamasının sınırlarının aşarak yozlaştırılmasının nedenlerinde biri; hukuk ve olgu sorunlarının karıştırılmasıdır. Bunda; *hukuk ve olgu sorunlarının iç içe girmesinin* payı önemlidir. Örneğin kusur hukuki bir kavramdır; belirlenmesi olguların ve olayın saptanmasına bağlıdır. Kanımca uygulamada sorun, bu iki kavramın karıştırılmasından öte yargılamayla ilgili temel kavramların işlerlik kazanmaması, bilinmemesi ya da büyük ölçüde özensizlikten kaylanmaktadır. Kuşkusuz olgu ve hukuk sorunlarının ayırımında bıçağın sırtında diye adlandırılan ya da çok işlenmemiş duruksama yaratan kaçınılmaz durumların ortaya çıkardığı yanlışlıklara hoşgörü göstermek de gerekli.

aa- Hukuk Sorunları

Bir uyuşmazlıkta ortaya çıkan hukuk sorunlarının belirlenmesi, değerlendirilmesi ve çözümü yargıcın görev ve yetkisi içindedir: Uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi (HUMK.m.76); yargılamada kanıtlanmış olguların belirlenen hukuk kurallarının soyut unsurlarını karşılayıp karşılamadığının belirlenmesi (hukuki netilendirme) bilirkişi adı altında da olsa üçüncü bir kişiye devredilemez. Bu, ulus adına yargıçlara verilen yargılama yetkisinin amaç dışı kullanılmasını ortaya çıkararak ki, başta Anayasa(m.9) olmak üzere hukuk düzenine aykırıdır. Bir adım daha atarak somutlaştırırsak; açıkça hukuki nitelikte olan bir hukuksal sorunun çözümü ve yorumu için bilirkişiye başvurulması en azından görevi savsama suçunu da oluşturabilir:

Bir düşünce açıklamasında hukuka aykırılığın unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ya da bir zimmet suçunda eylemin nitelikli ya da niteliksiz zimmeti oluşturduğu... konusunda bilirkişiye gidilmesinde.

HUMK'nun 275 maddesinin buyruğu açıktır "*hukuki bilgi ile çözümlenmesi konularda bilirkişiye dinlenemez*". Bu buyurucu kural, yasaya 18.8.1881 gününde yapılan değişikle getirilmiştir. Ancak böyle bir düzenleme yapılmamış olsaydı bile açıkladığımız temel ilke ve görüşler değişmeyecekti. Çünkü bunlar yargılama işlevinin özünde doğasında var olan ilkelerdir.

Ancak uygulamada, yasanın açık buyruğunu oluşturan bu temel ilke çiğnenmektedir. Yargıçlar ya doğrudan doğruya hukuki konular hakkında bilirkişiye başvurmakta ya da dosyalar açıklanması istenilen konular belirtilmeden bilirkişiye verilmekte, bilirkişilerde hukuki sorunları incelemek gereğini duymaktadırlar.

Bu bağlamda yargıçların, hukuki konularda da bilirkişilere başvurmalarını savunan bilim adamları ve yargıçlar bulunmaktadır⁴³. Yasaların buyruğuna hukuk düzenine aykırı olan bu görüşü savunular temelde şu gerekçelere dayanmaktadırlar:

-Toplumda ekonomik ve sosyal alanda gelişmeler sorunları karmaşık duruma getirmekte yeni kavramlar ortaya çıkmaktadır.

-Yargıçlar yeterli düzeyde yetiştirilmemektedir.

-İş yoğunluğu.

- Amaç yargılamanın sağlıklı yapılması için bir yardımcı olmak ; yargıç bunlarla da bağlı da değildir;

İlk bakışta, ussal (akılcı) gibi görünse ve yargının içinde bulunduğu olumsuz düzene uygun düşse de işin doğasına da

⁴³ YD, 1989 Özel Sayı sh185-187

yasalara da aykırıdır. Bu görüşlerin sağlıklı yorumu için karşı görüş ve eleştirilerle birlikte değerlendirilmesi gerekir:

- H u k u k i k o n u l a r d a, kim bilirkişi olacak? Uygulamada avukatlara, öğretim üyelerine, emekli yüksek yargıçlara hatta kusur konusunda mühendis, temyiz kudretinin belirlenmesi konusunda doktora dahi görev verilmektedir.

Bu bağlamda hukuk alanında çalışan bilim adamlarından, öğretim üyelerinden yararlanılması savunulmaktadır⁴⁴. Yargıç yapamıyor diye bir avukatı, emekli bir yüksek yargıç görevlendirmenin anlamsızlığı karşısında; ilk bakışta bir bilim adamının hukuki konuda bilirkişilik yapması eleştiri konusu yapılmayabilir. Bir çok bilim adamından *".. efendim, hukuki konuda bilirkişiye gidilmez doğru; ancak biz yapmasak yeteneksiz, bilgisiz ellere gidecek bundan da adalet zarar görecek!"* biçiminde aldığım yanıtlar iyi niyetin ürünü olduğu tartışmasız. Ancak şu özdeğiş de unutmayalım *"cehenneme giden yollar iyi niyet taşlarıyla örülmüştür"*.

Unutulmamalıdır ki; bir bilim adamının öncelikle görevi kendi alanında güncellenen konu ve sorunlarla ilgili olarak bilimsel araştırma yaparak, bunları yayınlayıp bilimsel alanda tartışmaya açmaktır. Bilim adamı somut bir olayda kişilere, avukatlara bilgi vermesi, üretmesi eleştirilemez ve engelenemez; kişi ya da avukat bu görüşleri sav savunmalarında kullanabilirler. Ne var ki, Hakların çatıştığı, duyarlılığın dorukta olduğu yargılamada; hukuki konularda bilirkişi olarak görev üstelenerek açıklamalarda bulunması ya da mahkemelere sunulmak özel olarak düzenlenen düşünce açıklamalarını içeren yaznaklar sunmaları bilimsel kimliğini onurunu tartışılır duruma getirir. Zaman zaman, yanların yargılamada sundukları (bilimsel

⁴⁴ Y. Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatların Bilirkişilik Yapmaları, Ankara Baro Dergisi, sayı: 2001/3.

mütelaa) yaznakların ortaya koyduğu kuşkular hatta gülünç durumlar bir olgudur. Bunu çok çarpıcı iki örnekle kanıtlayabilirim:

Bir gazete Köln' den "Cemalettin Karases'in dini amaçlarla oluşturmuş yurdunun boşaltılmasıyla ilgili haberi verirken" bunun yanında "sakallının yediğini naneye bak" başlığıyla; bir vakıfça haremlik selamlık biçiminde düzenlenen toplantıda davacının "...la ilahe illallah diyenleri memleket içinde, demeyenler ve inanmayanları sınırlarımız dışında görmek istiyoruz..." dediğini açıklamıştır.

Mahkeme, manevi tazminatın unsurlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi için hukuk fakültesi öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulunun görüşünü doğrultusunda davalı gazeteyi sorumlu tutmuştur. Yargıtay *"davacının konuşmasının Anayasal düzene aykırı ulusal bütünlüğü bozacak nitelikte olduğunu, basının aydınlatma görevi bulunduğunu bu nedenle "sakallının yediği naneye bak" sözlerinin kişilik hakkına saldırı oluşturmayacağı ,ayrıca böyle bir konuda bilirkişi görüşü de alınmayacağı" gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur (Y.4HD. 4.3.1991-2445/1727)⁴⁵*

Bilim adamının en önemli görevlerinde biri bilim yuvaları olan ya da olması gereken hukuk fakültelerinde iyi hukukçular yetiştirmektir. Bir ülkede yargıçlar, yeterli bilgi ile donatılmamış , iyi yetiştirilmemiş iseler bunun ilk sorumlusu kimdir?

Öğrencisini iyi yetiştirmeyen gerekli özeni göstermeyen öğretim üyesi yargıda bilirkişi olarak atandığında bilimsel ve nesnel(objektif) olarak görev yapabilecek midir?

⁴⁵ Bu konuda diğer örnek kararlar için bkz. Çetin Aşçıoğlu ,Doğru ve güvenli Yargılanma hakkımız var .Sh183,vd.

Yargıtay'da yapılan bilgi şöleninde (sempozyumda)⁴⁶ ağır eleştiri konusu yapılan çelişkili olay ilginçtir: "... hukuk alanında bilirkişilik yapan bir öğretim üyesi kitabının önsözünde kendisine yakın, kendisini bilirkişi seçen mahkeme yargıçlarının ve Yargıtay üyelerinin isimlerini sempatisine göre sıralayarak açıklamak suretiyle kendisine göre zemin hazırlıyor!.." Yargıtay onursal (emekli) daire başkanlarından olan konuşmacı daha sonra, kendisinin hukuki konularda yaptığı bilirkişiliği ise "... dosyayı inceliyoruz,, elbette mahkemeye yardımcı oluyoruz, bizim görevimiz, fevkaledede araştırma yapıyoruz ...parası önemli değil...bizim gibi hafızasını kaybetmemek, melakati akliyemizi devam ettirmek isteyenler için bir fikir jimnastiği..." açıklamasıyla savunuyordu. Bilirkişilik, bilinen hukuksal amacın ve uygulamada ortaya çıkan yozlaşmış biçiminin yanı sıra böyle bir amaçla da kullanılmaya başlaması ilginç değil mi? İğdiş zevki gibi bir şey...

Ankara Barosu'nun düzenlediği Hukuk Kurultayı 2000 bilgi şöleninde⁴⁷: Bir öğretim üyesinin yapıtlarında senelerce savunduğu bir görüşü bir hakem kararında bir şirket yararına verdiği düşünce açıklamasında değiştirirken"ben bu konuyu daha önce derinlemesine incelememişim" gerekçesine dayandığı açıklanıyordu. Kuşkusuz bilim adamı şu ya da bu nedenle görüşünü değiştirebilir; hatta bu bilgisini para ile de satabilir. Ancak ben bu konuyu sağlıklı ya da yeterince incelememişim demesi hoşgörülemez; bilimsel etiğe aykırı bir durum. Hani eskiler "şecaat arz ederken merdi kipti şirketin söyler(kahramanlık söz konusu iken çingenenin yiğiti hırsızlığını söyler)" demişler ve güzel demişler; çelişkili insan davranışlarını yermek için. Ancak yanlış olan, böyle davranışları bizler gibi insan olan romanlar üzerine (çingelere) genelleştirmek değil mi?

⁴⁶ Yargıtay Dergisi, Özel Sayı 1989.

⁴⁷ Ankara Barosu Yayını C:3 sh:101

- Yargıçlarda bilgi eksikliği bir olgu ancak bunun akılcı yolu yargıçları yetismeleri için tüm olumsuzlukların kaldırılmasıdır:Yargıçlara araştırma, inceleme ve bilgiye ulaşma olanakları sağlanmalıdır: Hukuk yapıtları, zaman ayırma, bilimsel toplantılara katılma ve düzenleme gibi .Ayrıca kararların gerekçeli olacağı yolundaki hukuk ve yasa buyruklarına işlerlik kazandırma.

Özellikle Ankara dışında görev yapan yargıçlara, görevi aksatmayacak biçimde senede on ya da onbeş gün Ankara' da araştırma yapma olanaklarının sağlanması bilgi eksikliğini giderme konusunda önemli bir adım olur.

Hukuki konularda görüş alınması yargıçları tembelleğe yöneltmektedir. Bu gün ortaya çıkan bilirkişi uygulaması bunun ürünüdür. Araştırmayan, sorgulamayan hazır reçetelerle yargı değil olsa olsa orta düzeyde memur olunur. Yargıçlar hukuki konularda inceleme yapa yapa "hatta kafa kol kıra kıra"da olsa bilgilerini ve yeteneklerini artıracakları hiç mi hiç gözardı edilmemelidir.

Aslında Medeni Yasa'nın 1. maddesi bu sorunu çözmüştür: *Yargıç,bilgisinin yetmediği durumlarda, bilimsel inançlardan ve yargı kararlardan yararlanır. Yasa koyucu tersini düşünse idi "bilim adamların görüşünü alır derdi". MK. 1.maddesinde yargıcın bilimsel inançlardan yararlanması (içtihat),bilimsel ortamda ortaya konmuş, tartışmış ya da tartışmaya açık görüşlerdir.*

-Y ü k s e k M a h k e m e l e r i n g ö r e v i de göz ardı ediliyor. Yerel yargı yerlerinin uyuşmazlıkları çözen buyruklarının denetimini yapacak, hukuk uygulamasına ülke düzeyinde yön verecek yüksek yargı yerleri Yargıtay ve Danıştay' dır. Yargıç bir hukuki sorunu yanlış yorumlayabilir, çözebilir. Üst denetim yerleri olan yüksek mahkemeler, yanlışları düzelterek aynı zamanda eğitici görevi de üstlenmişlerdir

Efendim, "bunlar da yetersiz" diyebilirsiniz; haksız da sayılmazsınız. Ancak onlar da mı somut bir olayın çözümünde bilirkişi başvursunlar ve "... bilirkişi görüşünü aldık mahkeme kararı yanlış bozuyoruz yada tersini diye karar versinler; kuşkusuz olacak şey değil...

Bilimsel alanda çalışan bilim adamlarımızın uygulamayla iletişim açısında sorunları varsa (ki var); gelin, bilirkişi sevdasından vazgeçelim; onlara, Yargıtay' da inceleme yargıçlığından başlayarak yargı yerlerinde yargıç hatta yüksek mahkemelerde üye olarak çalışma olanakları sağlayalım. İşte o zaman yargının bilgi eksikliğinin giderilmesi kadar bilim adamı da aktarmacı (nakilci) olmaktan kurtulacak ve bilimsel alan üretken durumu da olacaktır; kuşkusuz hukuk da gelişecektir.

-A v u k a t l a r ı n g ö r e v i de göz ardı ediliyor: Avukat, hukuk bilgisi ve savunma sanatı açısından uzmanlaşmış; yargıç, savcı ile birlikte yargının temel unsurudur. Yargıçlara, her bakımdan yardımcı olacak ya da olması gerekenler avukatlardır. Avukat, bir hukuki sorunu savunurken, tartışırken öncelikle bilimsel eserlerden yararlanarak elde ettiği bilgileri yargıçlara sunmak yükümlüğü altındadır. Yargıç, karşılıklı olarak getirecek, tartışılacak; bilgilerin, yorumların ışığında buyruğunu açıklayacaktır.

Avukatlar da yeterli değil bu kurum da çalışmıyor ki diyebilirsiniz; doğru yanıt olsa da yanlışlığa gerekçe olamaz. Tüm bu açıklamalara karşı direnilirse şu bir önerim tartışılmalı: Hukuk fakülteleri kapatınız ; yargıç ve avukat yetiştirmeyi iki yıllık Adalet yüksek okullarına bırakınız; o zaman hukuk bilim adamları mahkemede bilirkişiler yaparak yargılamadaki sorunları çözmede yargıçlara yardımcı olsunlar!.. Ne dersiniz?

-S o s y a l , e k o n o m i k a l a n d a k i gelişmeler yeni hukuki kavramlar ortaya çıkardığı ya da yerleşmiş hukuksal

kavramların özünde değişiklikler olduğu bir olgu ise de; hukuki bilirkişi görüşünü savunmak için abartıldığı inancındayım

Çünkü bu yeni gelişmeler hukuk biliminde incelenmemiş ise (bu hemen hemen olanaksız), bilim adamı bilimsel alanda incelenmemiş tartışılmamış, bilimsel ortamda gelişmemiş bir görüşü nasıl bilimsel görüş diye savunacak?

Yargı önüne gelen uyumsuzlukta ortaya çıkan bu nitelikteki bir hukuki sorun, bilimsel ortam ve yapıtlarda incelenmiş ise; yargıya ve yargıca yapılacak en büyük yardım ve iyilik bu bilgilere ulaşmayı kolaylaştırmak ve özendirmeektir.

-Yargıç bilimsel görüşleri de yorumlayamıyor. Bu da doğrudur diyelim. O zaman yorumu da bilirkişilere yaptıralım, kararları yazı işlerine hatta bir ileri adımda atarak onu da bilirkişileri yazdıralım: Bilirkişilik yapan bir avukat hanım bir meslek çalışanlarına bilirkişilik konulu çalıştayda (seminer) bilgi sunarken " *davada sav ve savunmaları çok iyi özetleyip yazın çünkü yazdıklarınız kararlara olduğu gibi geçecektir*" uyarı ve önerisi bir gerçeği ortaya koyuyordu; yine bazı yargıçların kararlarının yazı işlerinde görevlilerce yazıldığı da bir olgu değil mi?

-S o n iki soru: Dünyanın hangi ülkesinde hukuksal sorunlar da bilirkişilere başvuruluyor ya da bizdeki gibi uygulama söz konusu?

Gerek ülkemizde (*R.Arslan, Ejder Yılmaz, S.Üstündağ, M. Tanverdi, Y.Alangoya, S. Öztekin, T.Çağa. M.Yıldırım ...*) gerekse diğer ülkelerde yargılama hukuk üzerine bilimsel çalışma yapan bilim adamları ayrıksız (istisnasız) niçin hukuki konularda yasalarda açık bir buyruk olmasa bile bilirkişi kesin olarak başvurulamaz inancındadır?

Yineleyerek ve üstüne basa basa diyorum ki " *hukuki konularda kesin olarak bilirkişiye başvurulamaz*" hukuk düzenine

de Anayasa ya da aykırıdır; yargıyı tartışılır duruma getirdiği gibi yargıcı da memurlaştırır. Yargıçların ve avukatların bir onur sorunudur da.

Bilim adamlarımızın;" uygulamadaki yanlışlıkları düzeltmek yerine uygulamayı bilme gerekçe yaparak çözüm arayışlarının bilimsel kimlikle bağdaşmadığını da" anımsamaları gerekir inancındayım...

aaa- Yöntem Ve Tanım.

Hangi sorunlar hukuksal niteliktedir? Uygulamaya tam bir kargaşa içinde: . Örneğin *kusur ve derecelendirilmesi; temyiz kudretinin belirlenmesi; umulmadık durum; tazminatın belirlenmesi; zararın denkleştirilmesi, geçit hakkı, mütemerrüt (direngen) ve uygulanacak faiz oranı, haklı fesih, yapının ayıplı olup olmadığı ,geçit hakkı* gibi tartışmasız nitelikteki hukuki kavramlar bile hukuk dışı kavram olarak nitelendirmekte ve bilirkişilere bırakılmaktadır. Kuşkusuz bazı olumlu kararlar da var⁴⁸; az da olsa.

Kanımızca her sorunu kolayca çözmese de, uygulamada kolaylık sağlayacak bir tanım kullanılabilir: *Hukuk biliminin incelediği, tanımladığı hukuki sonuçları ve yaptırımları olan yasada tersi açıklanmamış ya da belirlenmemiş(MK.m.111.) kavram hukuk kavramıdır.*

Bu tanımın kullanılmasında ortaya çıkacak sorun, uyumsuzluk içinde olgu ve hukuk kavramlarının, iç içe olduğu durumlarda çıkabilir. Örneğin:

- B i r i r a d e açıklamasında ya da sözleşme ilişkisinde; kişinin ayırtım gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi bir hukuki sorundur. Ancak burada ortaya çıkan sorunlardan biri olan "*akıl hastalığı ise bir olgudur*"; bilirkişinin görüşünün alınması

⁴⁸ Mirasta saklı payın belirlenmesi (2.HD.18.2.1986 11256/1700)...

gerekir; ancak ayırtım gücünün belirlenmesi hukuki sorun olduğu için bu bağlamda son söz yargıcıdır⁴⁹.

-B i r y a p ı sözleşmesinde, yapının sözleşmeye göre uygun ya da ayıplı(BK.m.358/II) olup olmadığını belirlemek hukuk sorunudur; ancak eserin durumunu (çatlaklar var), bu durumun nedenini(temeldeki çökme), gerekte düzeltme önlemleri) belirlemek için bilirkişiye başvurulabilir⁵⁰.

- B i r h a k s ı z eylem sorumluluğunda zararın kapsamının belirlenmesi bir olgu sorunudur ve bilirkişiden görüş alınmalıdır (BK.m 42/2 gözardı edilmeden); ancak zarar ve denkleştirilmesi (eylemden çıkan yarar) ve tazminatın belirlenmesi (BK.m43-44) bir hukuk sorunudur. Çünkü zararın denkleştirilmesi ve tazminatın belirlenmesi kavramlarını hukuk bilimi incelemiştir.

S ö z l e ş m e l e r i n yorumu da, çoğun, bilirkişilere bırakılmaktadır. Oysa sözleşme yanların iradelerini ortaya koyan bir hukuki işlemdir. Ağırlıklı bir görüşe göre de yanların yasası durumundadır. Bu nedenle bir sözleşmenin yorumu yargıçların görevidir⁵¹:

Bahçevancılık amacıyla kullanılmak için kiralanan bir tesis de ısıtma tesisatının sözleşmenin içinde olup olmadığını; yargıç, yanların iradelerine, kulanma biçimi ile ısıtma tesisatı arasındaki ilişkiye göre yorumlayarak belirleyecektir⁵². Ancak burada olgu sorunu ile hukuk sorunu iç içe bulunmaktadır: Yanların sözleşmedeki iradeleri hukuk alanını ilgilendirir. Ancak kulanma biçimi ile ısıtma tesisatının arasındaki ilişki bir olgu sorunudur. Yargıç bu ilişkiyi mantık, atlama yoluyla ya da yaşam

⁴⁹ Ek 5 İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; Egger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi Sh..

⁵⁰ H.Tandoğan Borçlar Hukuku; Özel Borç İlişkileri, sh:171.

⁵¹ Sivrihisarlı sh 130-143 ;Y.15.HD. 19. 10.1977, 1722/1914 (YKD 1978/6 sh:991)

⁵² Sivrihisarlı age. sh: 142.

deneyimleriyle çözecektir; çözemiyorsa,(ki olayımızda böyle bir sorun olmamalı yargıç ısıtma tesisatı ile seralar arasındaki ilişkiyi bilebilecek durumdadır) bilirkişiye başvurup bilgi alacaktır.

bb-Olgu Sorunları

Yargılamanın son amacı, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ve yokluğunun belirlemektir. Yargı önüne gelen bir uyuşmazlık olgu(vakıa) ya da olgulardan oluşan bir olayla(vak'a) ilgilidir. Bir olayın belirlenmesi, yargılamada yeniden yaşanması, dış dünyanın ögesi olan olgular aracılığıyla yapılacaktır. Bu nedenle olgu belirlenmesi yargılama çalışmasının temelini oluşturur.

Olgu, bir hukuk normunun unsurlarını karşılayacak süre ve yer ortamında (zamanmekan alanında) bir yere sahip;dış dünyaya veya insanın iç dünyasına ilişkin gerçekleşmiş veya süre gelen var olan durumlardır⁵³.

Olgu (vakıa), olayın (vak'a) bir parçasıdır; olay birden çok olgulardan meydana gelebilir. Örneğin; sözleşme gereği yapılan ve teslim edilen binanın duvarında çatlakların bulunması bir olaydır; yapıda gerekli nitelikte malzemelerin kullanılmaması; kötü işçilik, temelinin oynak yerde olması ise bu olayı oluşturan olgulardır.

Bir uyuşmazlıkta olayın ortaya çıkarılması; olgu ya da olguların sonuçta olayın doğru belirlenmesine bağlıdır; büyük ölçüde yargıç buyruğunun doğruluğu da. Olguların kanıtlanması yanların getireceği uyuşmazlıkla ilgili araçlara (dava malzemelerine) bağlıdır; yargıcın, bu açıdan edilgen (pasif) durumda olmasına karşın, gerek yanlardan açıklama ve yeni kanıtlar istemesi (HUMK.m. 75-76) gerekse bilirkişiye başvurması açısından önemli görev ve yetkileri de göz ardı edilemez.

Yargıç hukuk dışı bir durum olan olguların belirlenmesinde sırasıyla şöyle bir yöntem izlemelidir:

⁵³ Gürdoğan, Vakıa ve hukuk, SBD, Eylül, 1966, Say: 3; M.Yıldırım.age.sh:195.

- İ l k ö n c e yanların getirdiği kanıtlarla (dava malzemeleri/ araç ve gereçleriyle) olguları saptamaya, belirlemeye çalışacaktır. Yani kanıtların değerlendirilmesi yoluyla.

- O l g u n u n yanların getirdiği kanıtlarla kesin olarak belirlenememesi durumunda; özellikle yaşam deneyimi kurallarından, mantık yasalarından yararlanarak sonuca ulaşmalıdır.

- U y u ş m a z l ı k konusu olguyu kendisi de belirleyemiyorsa; ya yanların isteği ya da kendiliğinden bilirkişinin görüşüne başvuracaktır. Bu durumda, aşağıdaki seçeneklere göre bilirkişinin görüşünü alabilir:

Ya olguyla ilgili tecrübe kuralları (özel ve teknik bilgi) hakkında bilgi isteme; bilgiye ulaşınca kendisi kullanarak olguyu belirleyecektir. Örneğin ticari defterlerin "usulüne uygun tutulmasının muhasebe tekniği açısından koşulları"; "yağışlı ve kaygan bir yolda sürücünün kaymayı önleyecek alması gereken önlemler"; "bir bilimsel yapıtta yararlanılacak alıntılarının kapsam ve biçimi" gibi.

Ya tecrübe kuralları (özel ve teknik bilgi) aracılığıyla nesnel (maddi) olguların belirlenmesi: "Ticari defterlerin usulüne uygun tutulup tutulmadığı"; "bir eylem sonucu nesnede(şey) meydana gelen hasarın kapsam ve tutarının"; "fren izine göre aracın hızının"; "binadaki çatlaklarının nedenlerinin"; "yazı ya da imzanın davalının elinden çıkıp çıkmadığının" belirlenmesi gibi.

Ya da tecrübe kuralları yardımıyla belirlenen olguların değerlendirilmesi: "Cesetten alınan parçaların çözümlenmesi (aniliz) yapılarak belirlenecek olgulardan ölüm nedeninin belirlenmesi"; "bir otunun motorunda ya da parçalarında meydana gelen bozulmanın, mekanik parçalar ve kullanılan yakıt üzerinde yapılacak inceleme ve çözümlenme sonucu belirlenecek olgulardan bozulma (arıza) nedeninin belirlenmesi", "karşıdan gelen aracın

kendi şeridine geçtiğini gören sürücünün çarpışmayı önleyip önlemeyeceği" gibi.

Yargıç, birinci durumda yani olayla ilgili tecrübe kurallardan olan özel teknik bilgi konusunda bilirkişiye başvurma(kural olarak) zorundadır; diğer iki seçenekte ise elde ettiği özel ve teknik bilgilerle olguyu belirleyebiliyorsa ya da olguları değerlendirebiliyorsa bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Kuşkusuz gerekçelendirme yanlara açıklama olanağı tanıma koşuluyla

D- Bilirkişi Çalışması

a- Kapsamı

Gerek yanların gerekse yargıcın yargılama çalışmasındaki hak, görev ve yetkileri konusunda yaptığım açıklama sonunda bilirkişinin görevinin sınırları tüm açıklığıyla kavuştuğunu umarım. Ne yargıç ne de bilirkişi bu sınırların dışına çıkamaz. Buna göre:

-Y i n e l e y e r e k s ö y l e m e l i y i m k i; *bilirkişinin*, hukuki konularda ne bilgi vermeye ne de yorum yapmaya yetkisi yoktur; görev olgu sorunuyla sınırlıdır. Kendisinden bu yolda bilgi istenen kişi bilirkişilik görevini geri çevirmelidir. Yargıçla birlikte sorumluluğu gündeme gelebilir.

-K e n d i s i n e v e r i l e n g ö r e v i n k a p s a m ı açıklanmamış; başka bir anlatımla uygulamada yapıldığı gibi genel ve yuvarlak sözcüklerle kendisinden çalışma yapması istenmişse; istem ve görevin açık ve kesin olarak sınırlarının belirtilmesi istenmeli bu yapılmadığında görev geri çevrilmelidir.

-B i l i r k i ş i , y a n l a r ı n u y u ş d u k l a r ı y a d a k a n ı t l a d ı k l a r ı olgularla ilgili saptama ve değerlendirmelerin dışına çıkarak saptamalar yapmaktan sakınmalıdır.

- Bilirkişiden yalnız kendi uzmanlık alanındaki bilgiler ve görüşler istenmiş ise, bu konudaki bilgileri kapsamlı ve nesnel olarak vermekle yükümlüdür

- Kendisinden olgu belirlenmesi istenmiş ise; olgunun belirlenmesinde kullanılacak tecrübe kuralları (özel ve teknik) bilgilerin neler olduğu açıklanarak olguyu belirlemelidir. Ticari defterlerin yöntemine göre tutulmuş olup olmadığı saptanırken ; ilgili kural ve ilkelerin neler olduğu açıklanmalıdır.

- Bilirkişiden olay değerlendirilmesi istenmiş ise; çalışmasında belirlediği olguları ve bunları nasıl ve hangi tecrübe kurallarına (teknik-bilimsel vs) göre belirlendiğini açıklanarak değerlendirme yapılmalıdır.

- Bilirkişi, olgularla ilgili saptama ve değerlendirme yaparken ; kendi çalışma alanı dışına çıkarak başka uzmanlık alanının bilgileriyle görüş açıklamamalıdır. Böyle bir duruma gereksinimin ortaya çıkması durumunda; yargıcı bilgilendirmeli ve onun buyruğuna göre işlem yapmalıdır.

- Bilirkişinin yetkisi, kural olarak, kendisine verilen görevle sınırlıdır; bunun dışına çıkamaz. Ancak *işin doğal içeriği ve uzantısı içinde* bulunan bir durum inceleme sırasında ortaya çıkarsa, bunu da inceleyip bilgi ve düşünce açıklamasında bulunabilmelidir.

- Bilirkişi, kesinsaptanamayan ya da birden çok seçeneğin bulunduğu durumlarda; bunları açıklayıp değerlendirmesini yargıca bırakmalıdır. Örneğin: *Bir motorlu araçta, kaza sonrası oluşacak hasarların, satış anında ona biçilecek değerde bir azalma yaratacağını ancak bunun belirlenmesinin çeşitli koşullara göre değişebileceğini ya da bir patlamanın el yapımı bir patlayıcıdan mı yoksa bir tüpgazdan mı olduğunun*

kimyasal ve diğer bilimsel ve teknik bilgilerle belirlenmesi olanağının bulunmadığı gibi durumlarda.

- Bilirkişi, açıkladığı görüşün ya da yaptığı bir olgu saptamasının gerekçesini açıklamak yükümlülüğündedir. Gerekçenin bir ahlâk ve mantık kuralı olarak önemi, yol yöntemine aykırı açıklamalarda bulunmayı önlemesine büyük ölçüde yardımcı olmasıdır.

b- Başvuru Aşaması

Bilirkişi, yargılama çalışmasının doğal bir gereksinimini karşılayan bir kurum ve kavramdır; amacına uygun kullanıldığı sürece yararı tartışılmaz. Yeter ki, yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarının doğal sınırları ve kuralları içinde kullanılmış olsun. Bu nedenle yalnız kendisinden beklenen görevin; nicelik ve nitelik açısından yasal sınırları içinde yapılması yeterli değerlidir. Bilirkişiye hangi aşamada , evrede başvurulacağı da önemlidir. Bunun sınırlarının aşılması; yargılamanın temel ögesi (unsuru) olan yanların ve yargıcın görev yetkilerini olumsuz etkiler ve sınırlar.

Bilirkişinin görevi, olgular ile sınırlı olduğuna göre; bir yargılama çalışmasında:

- *Yanların "uyuştukları ya da uyuşamadıkları olgularla ilgili olarak açıklama yapmalarına olanak tanınmadan;*

- *Uyuşamadıkları olgularda; yanlara, kanıtlama (tanık- belge) olanakları kullandırılmadan;*

- *Yanların kanıtlayamadığı olgularda; yargıcın genel bilgi ve kültürüyle (yaşam deneyimi- tecrübe kuralları) saptama ve değerlendirme yapma olanağını kullanmadan;*

- *Yargıç " bilirkişiye sorulacak sorular, istenilen bilgiler ve görevle ilgili olarak yanların açıklamalarını, görüşlerini almadan; bilirkişiye başvurmamalıdır*

Bilirkişiye başvurma aşaması, *yanların ve yargıcın yargılamada ortaya çıkan olgu sorunlarıyla ilgili tüm görev ve yetkilerini tüketmelerinden sonra başlar*; kuşkusuz ortada çözümlenememiş bir olgu sorunu kalmış ise.

3- GENEL DEĞERLENDİRME

Yaptığımız açıklamalardan şu yargıya varabiliriz:

-Bilirkişi, yanların ve yargıcın görevlerini, yetkilerini tükettikten sonra ve gerekiyorsa e n s o n b a ş v u r u l a c a k bir yargılama kavram ve kurumdur.

-Bilirkişi kurumunun çalışma alanı; yalnız ve yalnız o l g u sorunlarıyla sınırlıdır.

-Bilirkişinin görevi, kural olarak, yargıcın kendisine somut olarak verdiği görevle sınırlıdır.

- Bilirkişi, ancak kendi uzmanlık ve çalışma alanındaki bilgileri açıklamak ya da bu bilgilere dayanarak saptamalar yapmakla yükümlüdür.

-Bilirkişi, yaznağında, düşünce açıklaması ve olgu saptamalarını gerekçelendirmek zorundadır.

4- ÖRNEKLERLE SOMUTLAŞTIRARAK DEĞERLENDİRME

Ülkemizdeki yerleşik bilirkişi uygulamasının; yasalara, bilimsel kurallara aykırı olarak yapıldığı tartışmasız bir olgu. Bilme ve onun oluşturduğu evrensel hukuka değer veren ve sorgulamasını bilen her hukukçu bu görüşü paylaşacaktır. Çünkü gerçeğe ulaşmanın yolu bilimdir, sorgulayan usun aydınlık yoludur.

Şimdi uygulamadaki yanlışlığı, biraz daha somutlaştırılmış örneklerle daha yakından görme ve irdeleme olanağını birlikte kullanarak değerlendirelim:

A- SUSURLUK OLAYINDA BİLİRKİŞİ UYGULAMASI VE YARGI HATASI

Kusur tartışmasız bir hukuk kavramıdır ve yargıç belirler. Ancak yerleşmiş uygulamayı düşünüp hemen yargınızı vermeyin ekte sunduğum kusurla ilgili açıklamalarımı, örnekleri sorgulayarak gözden geçiriniz ve bununla da yetinmiyorsanız bilimsel kaynakları inceleyeniz⁵⁴. Bilim, söylerse doğru söyler ve bilim yanlışlıkları bağışlamaz; gelin birlikte kamuoyunun yakından izlediği "*Susurluk olayının kahramanlarından ya da mağduru kamyon sürücüsünün kusurunu*" birlikte inceleyelim:

O l a y (basından elde edilen bilgilere göre): B yönetimindeki kamyon benzin istasyonundan ana yola çıkmaktadır; sağ seride gireceği sırada; A yönetimindeki Mercedes oto, kamyonun sağ arka köşesine çarpmasıyla olay gerçekleşir.

Karayolları trafik yasası ve tüzüğünde, "*otolarda hız sınırı 90 km olarak sınırlanmıştır*"; diğer yandan "*bir özel mülkten (benzin istasyonu) karayoluna çıkacak araçların, karayolunda seyretmekte olan araçlara öncelik vermesi*" de öngörülmüştür.

Kamyon sürücüsü, "*çok uzaklarda bir nokta durumunda bir aracın ışıklarını gördüğünü ancak geçebileceğini düşünerek*" karayoluna giriş yaptığını savunmuş; mercedes oto da bulunan tanık da o sırada "*otonun göstergesinde 260 km hızı gördüğünü*" açıklamıştır.

C e z a yargılamasında: Kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi için bilirkişiye başvurulmuştur.

⁵⁴ Üstündağ-Tanverdi age.sh:189; Arslan agd.173Prof.Dr S.Öztekin, Yargıtay 125 Yıl yayını ,sh:51,Carl Welmann, Der Sachverstaendige in der Fraxis sh:56-59;Sivrihisarlı age sh:61; Doç.Dr.Cengiz Koçhisarlıoğlu,Haksız Eylemde Kusur, Yayınlanmamış Doçentlik tezi(bildiğimiz kadarı ile kusur konusunda ilk kapsamlı inceleme); ekte sunduğumuz FM Kararı.

Bilirkişiler, Her iki sürücüyü de kusurlu (B kamyon sürücüsünün kusur oranını % 75 A oto sürücüsünün kusur oranını %25 olduğunu da saptayarak(oranları yanlış aktarmış olabiliriz) olduğu yolunda düşünce açıklamasında bulunmuştur.

Mahkeme de bilirkişiler ögle dediğini için kamyon sürücü B yi %75 kusurlu bularak cezalandırmıştır; yargı buyruğunu (kararını) Yüksek Mahkeme Yargıtay da onamıştır.

Yorum: Öncelikle açıklamalıyım ki, kusur hukuki nitelikte olduğundan mahkemenin kusurun olup olmadığı varsa derecesi konusunda bilirkişi görüşüne başvurması yanlıştır. Diğer yandan somut olayda kusuru belirleyecek olan Trafik kuralları, yasada buyurucu nitelikte açıkça belirlenmiştir; bunların yorumu hukuk sorunudur; yargıcın görevidir. Başka bir anlatımla bu kurallara aykırı davranma kusuru oluşturacaktır.

Olayımızda, ilk bakışta, Mercedes sürücüsü (A) 90 km hız sınırını aştığı ; kamyon sürücü (B) de benzin istasyonundan çıkarken ana yoldan geçmekte olan araca yol verdiği için kusurludur. Çünkü karayolunda düzeni kuran yasaların buyruklarını çiğnemişlerdir. Her iki sürücünün eylemler tartışmasız olduğuna ve böylesine açık hukuk kuralını yine böylesine yalın bir biçimde yorumlamak bilirkişilik yapan mühendisler özgü değildir. Böyle bir yorumu trafik kuralları konusunda bilgisi olan herkes yapabilir; kuşkusuz yargıçlar haydi haydi, çünkü eylemleri yasalar karşısında yorumlamak yargıçların görevidir. *"Trafik kazalarında kusuru belirlemek teknik konudur" diyerek hukuksal yorumları yapmayı mühendis bilirkişilere bırakan görüşleri üretenler ya da yargı kararlarının altına imzalarını atanlar kendilerini sorgularlar mı? Ah bir sorgulasalar...*

Olayımızda bilirkişinin görüşünün alınması gereken ancak yapılmadığı sandığımız bir durum söz konusu:

Bilirkişiler (mühendis) kusuru, dolayısıyla(emare) kanıtla kanıtlamanın bir özel türü olan ve uygulamada incelemeyen, yargı inançlarıyla geliştirilmemiş *ilk görünüş* kanıtını (60) el yordamıyla ve bu kanıtın uygulama kurallarını bilmeden (bilmemesi de doğal çünkü hukuk alanını ilgilendirir ve hukukçunun işidir) kullanarak belirlemişlerdir.

Ancak ilk görünüş kanıtının kusuru kanıtladığı kabul edilebilmesi : *"Olayın tipik akışına göre değerlendirebileceğimiz olguların, başka hiç araştırmaya gerek duyulmadan ve tipik karakteri nedeni ile; olayın somut durumları, eylemi değerlendirme için her şeyden önce artık önemsiz bulunmasına"* bağlıdır⁵⁵.

Olayımızın tipik akışına göre değerlendireceğimiz olgu; kamyon sürücü B nin ana yola çıkarken A yönetimindeki mercedes araca yol vermemiştir. Bu durumda kamyon sürücüsü B nin birinci derecede ağır kusurlu olduğu nitelendirilmesi, kural olarak, doğru bir yargıdır. Ancak bu *ilk görünümünün* (sürücü B' nin eyleminin) kusurlu olarak nitelendirilmede yeterli bir kanıt olması için, öncelikle *"başka bir incelemeye gerek kalmamasına"* ya da *"yapılacak incelemenin bu ilk görünüşü kanıtını yetersiz kılmamasına"* bağlıdır.

Olayımızda ise bu ilk görünüş kanıtını yanında bunu etkileyecek ve değersiz, geçersiz kılabilcek bir olgunun, kanıtın tartışılması gerekir:

Sürücüsü A olan *"mercedes otonun karayolunda 260 km hızla gitmekte olduğu yolunda tanık açıklaması"* ile sanık kamyon sürücüsünün B' nin *"uzaktan ışıkları bir nokta durumunda görünen aracın geldiğini gördüm ona engel olmayacağım inancıyla yola çıktım"* savunması birlikte değerlendirilmesi ilk görünüşü

⁵⁵ S.Üstündağ. age.sh.513-514;M Yıldırım, age.sh:124 vd; Sema Taşpınar, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Huuk Fakültesi Dergisi 1996, Sayı: 1-4 sh: 533 vd.

(kamyonun ana yola kurallara aykırı olarak çıkması) değerlendirmede önemli olabilir.

Bu bağlamda yargıcın hukuk ve genel bilgisi dışında bir bilgiye yani teknik gereksinimi vardır. İşte olayımızda gerçek anlamda bilirkişinin görüşünün alınması gereken durum:

260km hızla giden sürücü A'nın aracı, hız sınırına (90 km) uyararak gitseydi bulunacağı noktada; kamyon sürücü B de karayoluna çıksaydı aynı olay gerçekleşebilecek miydi? İşte yalnız bu konuda bir olgu saptaması ve olay değerlendirmesi için bilirkişiye başvurulabilir. Bilirkişilerin yanıtı tehlike yaratmaz olursa (bu yanlış da olmaz) kamyon sürücüsü B' nin kusursuzluğu gündeme gelebilir.

Diğer yandan kusurun genel kabul görmüş tanımından yola çıkarak da aynı sonuca varmak da olanaklı. Kusur " *başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken somut olayda davranış olma*" biçimde tanımlanmaktadır; hukuk biliminin de temelde kabul ettiği tanım Yargıtay kararlarında benimsenmiştir (uygulamada yargıçların kullanılmadığı da(!) göz ardı edilmeden). Somut olayın altlanacağı soyut davranış tipinin belirlenmesinde " *başka türlü davranma olanağı varken ve z o r u n l u i k e n ...*" ölçüsü kullanıldığında olayımızda öngörülen zorunluluk ögesi kusurun belirlenmesinde önemli ölçü olacaktır:

Kamyon sürücü B' nin, Sürücü A olan otonun 260 km hızla geldiğini bilmesi olanaksızdır; çünkü olay hem geceleyin gerçekleşmiş hem de hız sınırı kuralı 90 km dir. Önceden öngörülmesi olanağı bulunmayan durumlarda kusurdan söz edilmemesi genel bir ilkedir. Uzaktan bir nokta olarak ışıklarını gördüğü araca yol verme zorunlu bir trafik kuralı değildir. Ana yola çıkan araç sürücülerinin ana yolda giden araçlara yol vermeleri kuralı " *tehlikeyi önlemek*" amacıyla öngörülmüştür.

Tehlikenin bulunmadığı ya da önceden görülmediği durumlarda kurala uyma zorunluluğu yoktur.

Bu iki yöntemle de kamyon sürücüsü (B) nin kusurlu olmadığı sonucuna varılması, yani kusurluluğu kabul edilse bile hakkaniyet açısından bir değerlendirme yapılarak kusurunun hafif olarak değerlendirilmesi de gündeme gelebilirdi. Kusurun derecesinin belirlenmesinin bir değer yargısı olduğu, hukuk dışı bilimsel ve teknik bilgilerle çözümlenmesinin söz konusu olmadığı da bilinmelidir.

İşte bir hukuki konu olan kusurun belirlenmesinin bilirkişilere bırakılmasının ortaya koyduğu açık bir *yargı* (adli) *hatası*. İlk görünüm kanıtının ya da kusur tanımının somut olayda değerlendirilmesi bir değer yargısı olarak tartışılabilir. Ancak bunların yargılamada bir hukuk sorunu olarak yanların/avukatların katılımıyla yargıçlarca tartışılması gerekirdi; kuşkusuz olgu ve teknik sorun söz konusu ise yalnız bu konuda bilirkişi görüşü de alınarak. Hukuk biliminin geliştirdiği, işlediği kavramları ilkeleri bilirkişilerin bilmemesi de doğaldır.

Tartışmasız bir yargı hatası karşısında kaldığımızı kanıtlamakla kalmadık; "*bilirkişi uygulaması hukuki gelişmesini engelliyor*" savımızı (iddia) da kanıtlamış olduk. Hukuk biliminin kabul ettiği ilk görünüş kanıtı ya da kusur tanımı olayda bilinçli olarak tartışılıp işlenseydi, sonuç ne olursa olsun, hukuk bilimi, yargı ve sonuçta yargı yerlerinde hak arayanlar kazançlı çıkacaktı.

Bu bağlamda, örnek aldığımız ceza yargılamasıyla ilgili olayı özel hukuk alanındaki ilke ve bilgilere göre değerlendirdiğimizi de açıklamak isterim. Ancak aynı olay hukuk yargılamasını da konu olmuştur; ayrıca burada kullandığımız bilgi ve tanımların ceza ceza yargılamasının felsefesine ters düşmedikçe orada da kullanabileceği inancındayım.

B- MİSİR ÇARŞISI'NDAKİ PATLAMADA BİLİRKİŞİ UYGULAMASI

O l a y (basından): Bir aşevinde (lokanta) patlamada birden çok kişi yaralanmış ve ölmüştür. Bunun üzerine terörist oldukları savıyla bazı kişiler hakkında ceza davası açılmıştır.

C e z a M a h k e m e s i n d e sürdürülen yargılamada: Sanıklardan P S iki buçuk yıl tutuklu kaldıktan sonra 7. kez alınan bilirkişi raporunda "*patlayan bomba değil tüpgaz*" değerlendirilmesiyle salıverilmiştir (tahliye). Mahkeme bu raporu da yetersiz görerek 8. kez bilirkişi incelemesine gitmiştir.

Y o r u m : Öncelikle açıklamalıyım ki, sekiz kez bilirkişi incelemesinin yapıldığı bir yargılamaya hoşgörüle bakmak usun (aklın) işi değildir; bunun bir bölümü savcılık koğuşturması sırasında yapılmış olsa bile. Bir kişinin iki buçuk yıl tutuklu kaldıktan sonra 7. bilirkişi raporunun "*patlayan bomba değil tüpgaz*"dır açıklaması üzerine salıverilmesi, bilirkişi uygulamasının bireyin doğru ve güvenli (adil) yargılama hakkına olumsuz etkisinin açık kanıtıdır. Bu olaydaki bilirkişi uygulamasının yanlışlığını, olması gereken uygulama açısından ele alarak kanıtlayabiliriz:

Yargılamada ortaya çıkan sorun, "*patlayanın bomba mı yoksa tüpgaz mı*" olduğunda yoğunlaşmaktadır. Bu sorunun çözümü için üç aşamalı bir çalışma gerekir:

B i r i n c i s i: Yargılamada, toplanan kanıtlarların tümünü değerlendirilerek olayı yapay ortamda yeniden yaşatarak belirleme. Bunun için tanık açıklamaları, patlama sırasında elde edilen nesnelere (şey) ilgili görünüm, patlamanın nesnelere ve insanlar üzerinde bıraktığı fiziksel izler ve kimyasal kalıntılar olayın yeniden yaşanmasında yargıçlara yardımcı olacaktır. Bunların çoğu hazırlık soruşturmasında elde edilen kanıtlarla yargıcın önüne hazır olarak gelmesi gerekir(!). Kuşkusuz yargı ve

yargıçlar, bu kanıtlara doğrudan doğruya ulaşarak (doğrudanlık ilkesi) değerlendirecek; gerekirse ve olanaklıysa özellikle kimyasal ve fiziksel sonuçları ortaya koyan açıklamalar için yeniden bilirkişiye başvurarak somut olayı olguları değerlendirerek saptayacaktır.

Bunları simgelersek tanık açıklamaları (a), genel görünüm(b), nesnelere ve insanlar üzerindeki fiziksel izler (c) , kimyasal kalıntılar (d) olsun; bunların tüm toplamı ise olayı oluşturur. Yani $a+b+c+d$: Olay

İ k i n c i aşama: Patlamanın nesnelere ve insanlar üzerindeki fiziksel ve kimyasal etkileri ve sonuçlarına ilişkin bilgilere ulaşma olacaktır. Yargıçların bu konuda doğal olarak bilgi eksikliği bilirkişi görüşünün alınmasını gerektirecektir. Bu aşamada bilirkişiden aşağıdaki bilgileri istenebilir:

-*Bir tüpgaz patlamasının nesnelere, insanlar üzerinde ve çevrede bırakacağı fiziksel etkilerin izleri, kapsamı ve görünümü ile kimyasal kalıntıların neler olacağı yolunda bilimsel ve teknik bilgiler.*

-*Olayda kullanıldığı ileri sürülen bombanın patlamasının, nesnelere ve insanlar üzerinde bırakacağı fiziksel etkilerin izleri, kapsamı ve görünümü ile kimyasal kalıntıların neler olacağı bilimsel ve teknik bilgiler.*

Bu konuda bilirkişiden alınan bilgilerde duraksama ya da savcı ve sanığın inandırıcı istemleri olursa; bilirkişilerden bilimsel ve teknik açıklamaların dayanaklarıyla ve kaynakları da gösterilerek yeniden tamamlayıcı açıklama yapması istenir.

Olgu sorununun (patlayan bomba mı tüpgaz mı?) çözümünde araştırılan, kullanılacak olan bilimsel ve teknik bilgiler, kural olarak ve çok özel bir durum yoksa, tek doğrultudadır; başka bir anlatımla bilim ve teknik özellikle fizik ve kimyasal bilgiler ve saptamalar açısından iki ayrı seçenek ortaya

koymaz. Bilim söylerse doğru söyler. Bilirkişilerin verdikleri bilgilerin en azından mantıksal denetimi ve değerlendirilmesi yargıçlarca yapılabilirse ki yapılmalıdır(!) ikinci bilirkişi incelemesine gerek kalmayabilir.

Yargının ikinci bir bilirkişi incelemesine gidip gitmemesi bir yeğleme işidir. Kuşku ve duraksamaları devam ediyorsa ikinci bir bilirkişi incelemesine gidilebilir. Ne var ki aynı yöntemle bilirkişi incelemesine başvurmak büyük olasılıkla hem sorunu karmaşık duruma ve olayımızda olduğu gibi bir biri ardına bilirkişi incelemeleri gönderme getirecektir.

Bu nedenle güvenli bir alanda bomba ve tüpgaz ayrı ayrı patlatılarak yaptırılacak deneysel bir bilirkişi incelemesinde elde edilecek sonuçlarla iki patlamanın fiziksel ve kimyasal sonuçları ayrı ayrı uygulamalı olarak belirlenir. Ve bu suretle birinci bilirkişi raporunda açıklanan bilimsel ve teknik bilgilerin doğruluğu ve yanlışlığı denetlenmiş olur.

İster ikinci bilirkişi incelemesine gidilmeden birinci yaznak (rapor) isterse ikinci kez alınan bilirkişi yaznağı kabul edilsin bilimsel ve teknik olarak iki durumdan biri güncelleşecektir.

Bombanın patlamasının fiziksel ve kimyasal sonuçları A; tüpgaz patlamasının ise B niteliktedir.

Ya da :

Bomba ve tümgazın patlamasının fiziksel ve kimyasal sonuçları aynıdır; yani AB.

Ü ç ü n ç ü aşama: Atılma ve mantık işlemidir. Bu da aşağıdaki biçimde yapılır:

(1) Büyük önerme:Bir bomba patlamasının bilimsel ve teknik sonuçları yani A

Küçük önerme:Somut olayda ortaya çıkan görünüm:
a+b+c+d:Olay

Nitelendirme: Patlayan bombadır ya da değildir.

-(2) *Büyük önerme:* Bir tüpgazın patlamasının bilimsel ve teknik sonuçları yani B

Küçük önerme: Somut olayda ortaya çıkana görünüm:
a+b+c+d:Olay

Nitelendirme: Patlayan tüpgazdır ya da değildir

Bu bağlamda yargıçların böyle bir değerlendirmeyi yapıp yapamayacağı gündeme gelebilir. Somut olayın tüm ayrıntıları bilinmeden bir yargıya varmak olanaksız. Ancak yargıcın yapamayacağı bir durum söz konusu ise bu bağlamda da bilirkişi görüşüne başvurması ve bunu tecrübe kurallarının (teknik bilgi) belirlenmesi için başvurduğu bilirkişilere yaptırması da söz konusu olabilir .

Yargı, bu nitelendirmeyi kendisi yapabilirse (büyük önermelerin özellikle bilimsel verilere dayanan bilgileri çok açık ise yapabilmelidir) gerekçeli olması da gerekir.

Böyle bir değerlendirmede elde edilen bilgiler (AB) yani hem tüpgazın hem de bombanın patlamasının bilimsel ve teknik sonuçların aynı nitelikte olabileceğini ya da tam ayırımın olanaklı olmadığı ortaya koyması durumunda burada çözüm, yargıcın kendisinin yapacağı değer biçmesindedir (takdir). Bu durumda atlatma işlemin yerine; yargıç, yaşam deneyimleri ve mantık yasalarının egemen olacağı değer biçme yetkisini kullanacaktır. Çünkü bilim ve tekniğin olanaklar tüp gaz ile kullanıldığı ileri sürülen patlayıcıların özelliklerinin benzer olduğunu ya da ayırımının yapılmasının olanaksız olduğunu açıklamıştır.

Bu durum da; yargıç, tüm kanıtları değerlendirerek patlamanın bombadan ya da tümgazdan olduğunu kabul edebilir; kuşkusuz bu sonuca nasıl vardığını gerekçelendirmek zorundadır.

Kesin bir sonuca varamıyorsa bir hukuk kuralı niteliğinde olan "kuşku (şüphe) sanığın yararına yorumlanır" özdeğişini kullanarak buyruğunu açıklama olanağı da vardır.

Yargının, bu olayda, bizim önerdiğimiz biçimde bir yöntem izlediğinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü aradan üç sene geçmesine karşın henüz bir sonuç alınmaması ve 8. kez bilirkişiye gidilmesi bu yargımızı doğrulamaktadır. Büyük bir olasılıkla yargının bu bağlamda tümüyle bilirkişiye teslim olarak egemenliğini yetirmesine yol açacak yerleşmiş yanlış yöntem uygulanmıştır:

Ancak; önerdiğimiz ve olması gereken bilirkişi uygulamasının daha yargılama başlamadan, dava açılmadan savcılık kovuşturmasında yapılması gerekirdi; savcılık işlemlerinin bilinen niteliksizliği engelliyor da denilebilir. Orada yapılışaydı belki de sanıklar hakkında bu dava açılmaz ve çok uzun süre özgürlüklerinden yoksun (mahrum) kalmış olmazlardı.

Bizim önerdiğimiz uygulamanın en önemli sonucu; gerçeğe ulaşmada, yargıya karşı güven inançların oluşmasında sağlıklı yol olmasıdır. Özellikle iyi yetişmiş yargıçlardan(asıl temel sorunumuz bu, ah bir de yetkililer bilse) oluşan bir yargı yerinde yargılamanın uygun (makul) sürede biteceği de göz ardı edilmemeli; oysa uygulamadaki yerleşmiş yöntemde makul süre sınırları dolmak üzeridir şu an karar verilse bile temyiz süresi ve de bozulması olasılığı düşünülürse ileri de zamanaşımı olgusu da güncelleşecek bir duruma gelir.

İki yöntem arasındaki belirgin bir ayrıcalık: Önerimizde (bu, bilim ve yazılı olan olmayan hukuk kuralların buyuruğudur) yargıçlar, özellikle doğrudanlık ve açıklık ilkesine büyük ölçüde uyarak yargılamaya egemen olurken; yerleşmiş yozlaşmış uygulamada, avukatlar izleyici yargıçlar da memurlaşırken bilirkişilerin yargılamaya egemen olmasıdır.

C- TİCARİ NİTELİKTEKİ BİR ALACAK YARGILAMA- SINDA BİLİRKİŞİ UYGULAMASI

O l a y (bkz. Bildirinin ekl'ine): Uyuşmazlık bir banka ile yapılan kredi kartı sözleşmesinden doğan alacak davasıyla ilgilidir.

Davacı, ödenmeyen kredi borcu için davalı asıl borçlu ile davalı garanti verene karşı 837.343.092 liranın işleyecek %153 direnme (temerrüt) faiziyle alınması istemiyle icra kovuşturmasına (takibine) girişmiştir.

Davalılar, kovuşturulan borcun 437.343.092 lirası ile direnme (temerrüt) faiz oranına karşı koyduklarından (itiraz) icra kovuşturması durmuş; bunun üzerine davacı, davalıların karşı çıkmasının (itirazının) kaldırılmasına %40 yadsıma (inkar) ödencesinin (tazminatın) davalılardan alınmasını istemiştir.

M a h k e m e (yargı), "*dosya kapsamındaki belgeler ve davacı kayıtları üzerinde inceleme yapılarak takip tarihi itibariyle borç miktarının (tutarının) belirlenmesini*" gerekçesiyle bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermiştir.

B i l i r k i ş i , uyuşmazlıkla ilgili tüm h u k u k v e o l g u sorunlarını inceleyerek yorumlayarak ve de azımsanmıyacak emek vererek altı sayfalık yaznağı (rapor) mahkemeye sunmuştur.

Y o r u m : *Bilirkişi*, yasalara aykırı olarak hukuk sorunlarını incelemiştir; satır başlarıyla:

- İstenilen %153 direnme faizinin doğruluk ve dürüstlük kurallarına (MKm.2) aykırı olup olmadığı.

- Direnme(temerrüt) gününün, BK 101. maddesi yorumlanarak belirlenmesi.

-Asıl borçlu davalının ödeme eylemini bankaya karşı üstlenen (taahhüt eden-garanti eden) davalının borcunun

(BK.m.110- 44/1) ve sorumluluğun kapsamının (BK.m 18/1 ve 141) belirlenmesi.

-Kredi sözleşmesinin 9. maddesindeki kanıt (delil sözleşmesinin HUMK m.287/2) yorumu.

-Diğer yandan,hukuki yorumları da tartışılır ve sorgulanır niteliktedir; özellikle BK.m 101 -110 ve 141 açısından.

Kaldı ki bilirkişiye yalnız olgu sorunuyla ilgili (takip günündeki borç tutarı) görev verilmiştir; yukarıdaki açıklanan hukuki konularda ise açık bir görev verilmesi söz konusu değildir. Ancak bilirkişinin, mahkemelerce onaylanan yerleşik bir uygulamayı sürdürdüğü böyle bir uygulamaya ne yargıçların ne de avukatların karşı koymadıklarını kesinle söyleyebilirim. Bu nedenle bu olumsuz durumda öncelikle sorgulanması gerekenler yargıçlar ve avukatlardır.

Bilirkişiye somut olayda verilen görev " *icra takibi günündeki borcun tutarının belirlenmesi*"yle sınırlıdır; yasalara göre bunun dışında bir görev verilmesi de olanaksızdır. İşte burada bilirkişinin yapması gereken incelemeler satır başlarıyla:

-*Borcu doğuran işlemlerin dayanaklarının olup olmadığı;*

-*Hesap özetini oluşturan kalemlerin belirlenmesinde ve toplamında hesap hatası olup olmadığı* ile sınırlıdır

İşte bilirkişi, o da gerekiyorsa, yalnız ve yalnız bunları inceleyerek yaznağını (rapor) sunacaktır. Kuşkusuz bu örnekte olduğu gibi yaznak altı sayfa değil en çok bir sayfa olacaktır. Emeğin de ,somut olayda olduğu gibi, boş yere harcanması söz konusu olmayacaktır.

Mahkemenin, somut olayda, olgu konusunda bile bilirkişiye başvurması tartışılabilir. Dosya üzerinde, içeriğinde bir inceleme yapmadığımız için kesin bir yargı açıklamak durumunda olmamakla birlikte: Özellikle kredi kartı üyelik sözleşmesinin 9.

maddesi (raporda açıklandığı üzere) ve davalıların icra kovuşturmasındaki karşı koymalarının (itiraz) kanıtlarını mahkemeye sunmamaları karşısında niçin bilirkişiye başvurulduğu üzerinde durulması gereken bir sorundur: Mahkeme, bu konuda araştırma yapmadan, sorgulamadan bilirkişiye gitmiş ise düşündürücüdür; özellikle bilirkişi kurumunun nasıl yozlaştırıldığı açısından.

Oysa kredi kartıyla ilgili tip sözleşmede "ödenmesi gereken borçla ilgili ekstrenin gönderilmesinden sonra belli süre karşı çıkılmaması (itiraz) durumunda banka kayıtlarının esas alınacağı , bunun kesin kanıt niteliğinde olacağı" öngörülmüştür. Olayımızda bankanın gönderdiği belgelerdeki borç dökümüne karşı çıkmadığına göre; bu belge yani borç dökümü ve tutarı kesin kanıt durumundadır. Bundan sonra yapılması gereken iş, bu borcun sözleşme ve direnme faiziyle hesaplanmasıyla sınırlıdır. Hesaplama işini de yargıç, buyruğunda nasıl yapıldığını denetime açık bir biçimde göstererek yapabilmeliydi; bunun için yargıcın daha ilk öğretimde öğrendiği dört işlemle ilgili matematik bilgileri yeterli olduğu tartışmasızdır.

Her nedense yargıçlar, hep, yüksek mahkeme Yargıtay böyle istiyor diye işin kolayına mı kaçıyorlar yoksa yüksek mahkeme mi yargıçları yanlış yönlendiriyor? Görülüyor ki, bu nitelikteki bir uyuşmazlığın bilirkişiye gidilmeden bile çözümlenmesi olanaklıdır. Yeter ki; araştırsak, düşünelim, usumuzu kullanarak sorgulasak nerede yanlış yaptığımızı bir saptasak... "Yargıçlar dört işlemle çözümlenecek bir hesaplamayı yapamaz demek" onur kırıcı olmaz mı?

III- SORUNA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bilirkişinin görevinin sınırlarının ve yargılamadaki yerinin bilimsel olarak saptanabildiğine; ancak uygulamanın bir sorun olarak güncelliğini sürdürdüğüne göre: Sorun nasıl çözülecektir?

Öneriler:

-H u k u k f a k ü l t e l e r i (son yıllarda yerden biter gibi açılanları yok sayarak):Temel sorun bilgi eksikliği, bilgiyi işleme ve bilgiye ulaşma olduğuna göre öncelikle hukukçu gibi düşünen, araştıran, sorgulayan ve bilgileri işleyebilen hukukçular (avukat-Yargıç) yetiştirme için hukuk öğretiminde bilimin ve usun aydınlık ışığında yeniden yapılanmaya gidilmelidir.Bu yapılmadan daha sonra meslek içi eğitimle ya da adalet akademisi gibi kurumlarla, çalışmalarla sorunu çözmek son derece zor ve riskli olur.

Bilim adamlarımızın sorunlarını, sıkıntılarını biliyoruz; "siz bilseniz ne olur ki, Devlet' i yönetenler çözüm ortaya koymadıkça" dersiniz yanlıştır da diyemem. Ancak bilim adamı, hoca (koca sözcüğünden türemiş) olmakta kolay değil; onlara sorumluluklarınızı anlatmak tereciye tere satmak gibi bir şey olsa da. Yine de iyi hukukçu yetiştirmek için kendilerini ve düzeni sorgulayıp gerekirse "savaş verin" derim. Yarın 10 kasımı anacağız; Atamıza saygı; usun ve bilimin aydınlık ışığında yürümekle başlar; bu da sizde var(!)...

-B i l i r k i ş i u y g u l a m a s ı n ı n bu duruma gelmesinin baş sorumlusu, Yüksek Mahkeme Y a r g ı t a y' dır (Danıştay' da başkaları sorgulasın);kimse iş yoğunluğunun arkasına sığınmasın⁵⁶. Yargıtay' da yapılan "Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik" konulu bilgi şöleninde bilim adamlarının verdiği bildiriler kitaplaştırıldı yüz sahifelik küçük bir yapıt ancak bilgi küpü. Bu küçük kitabı iş yoğunluğu nedeniyle okuyamadık denilebilir mi? Okuma alışkanlığı olmayınca... hepsi boşa. Bu yapıtın Yargıtay Kütüphanesi' nde bile olmadığını söylersem ne dersiniz?

⁵⁶ bkz. Ramazan Arslan agd,sh:180 vd.; Ejder Yılmaz age sh:26; Alangoya age.sh:35 de Tanverdi ye yollaması

Yine Prof. Ramazan Arslan Yargıtay'da yapılan bir bilgi şölenin de işin özünü anlatan kısa ancak özlü bildiri sundu⁵⁷. Hiç kuşku yok ki; bu iki yapıtta ortaya atılan görüşler okunsaydı hemen olmasa bile zaman içinde işlenerek uygulamaya katılsaydı bilirkişi kurumu sorun olmaktan çoktan çıkacaktı.

Yargıtay başkanları, yargı yılı açış konuşmalarında bir çok kereler soruna değindiler. Ancak hiç kendilerini sorgulamadılar. *Uzaydan gelen yaratıkları mı yoksa derviş gibi bir kurtarıcı mı bekliyorlar?* Konuşmalarıyla kamuoyunda tartışılan , ceza hukuku açısından değerli bir yargıç ve bilim adamı olan dostum Yargıtay Başkanı Sayın Sami Selçuk' a ne demeli? Üç yıla yakın kamu ve devlet yönetimi sorunlarıyla uğraşırken bir sorun olduğunu dile getirdiği bilirkişilik uygulamasına(ve de diğerlerine) yüksek mahkemede bir çözüm aramadı?

Benim gibi emekli olmayı mı bekliyor acaba?

Bu bağlamda , özellikle kendi bilgi noksanlığını giderdikten sonra Yargıtay şu yolu izlemesi yararlı olabilir:

- Öncelikle yargıçlara güven duymalı. Yasa (HUMKm.286), yargıçlara güven duyarak *"bilirkişi raporu ile bile bağlı değilsin"* buyruğuyla seslenirken; güvenerek olgu konusu da bile ilk önce ona görevler verirken(HUMK 308..) Yargıtay'ın yanlışlık yaparlar inançlarıyla güven duymaması bir çelişki değil mi? Kuşkusuz yüksek yargıçlar önce kendilerine güven duymalıdır! Hataların yüksek mahkemede düzeltilebileceği ve bu yolla yargıçların da hukukunda gelişme olanağına kavuşacağı göz ardı edilmeden

- Kurumu yozlaştıran, yargı hakkının devri niteliğinde uygulamaları sürekli bilgilendirme yoluyla eleştiriye alma, kararları bozma, yargıcın yetersizliğini yargıçlar kuruluna bildirme gibi öneriler(56) üzerinde durmalıdır.

⁵⁷ R.Arslan agd,sh:180vd.

A d a l e t B a k a n l ı ğ ı, yargıçların eğitimini üzerine aldığına göre bu konuda üstüne düşeni yapmalıdır. Yargıç Eğitim Merkezi var diye kolaycılığa kaçılmamalıdır. Geçen sene Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Enstitüsü' nde "Savunma Yargılama Sanatı "konulu çalıştay (seminer) çalışmasına katılan 15 yargıç adayına bilirkişilik ve yargıç etiği konulu açıklamalarımın sonra yönelttiğim soruya aldığım yanıt ilginçti "... yargıç eğitim merkezinde bunları ne öğretiyorlar ne de anlatıyorlar...": doğruluğuna inanıyorum. Bir toplantıda buna Adalet Bakanı Sayın Türk' e anlattım! Bilmiyorum bu konuyu bir uygulamacı olarak benden başka derinlemesine inceleyen sorgulayan var mı? Varsa onlar neden göreve çağrılmazlar. Ancak bana ham bir öneri bile gelmedi...

Kuşkusuz, bu konuda bilgiye yalnız yargıç adaylarının değil yıllanmış yargıçların da gereksinimi var. Barolarla iş birliği yaparak uygulamalı çalıştaylar (seminer çalışmaları) yapılmalıdır.

Bakanlık özellikle büyük kentlerde iş yoğunluğunu azaltacak yönetsel önlemler almazdır. Senelerdir dilimizde tüy bitti de anlatamadık: Yurt düzeyinde yargı yerlerinin kuruluşu; yargıç ,savcı kadroları gözden geçirilmelidir;büyük ölçüde katkısı , yararı olacaktır...

Kanımca Adalet Bakanlığı, öncelikle var olan olanakları tüketerek, kullanarak sorunları çözebilmeli; yasa değişiklikleri gerekiyorsa sonra gündeme gelmeli...

B a r o l a r ve Barolar Birliği de yozlaşan bilirkişi uygulaması üzerine hem eleştirini yoğunlaştırmalı hem de avukatların bilgi düzeyinin yükseltilmesi için çalıştaylar (uygulamalı seminer çalışmaları) düzenlemelidir. Kuşkusuz Barolar Birliği'nin yaptığı bilirkişilik konulu bu bilgi şöleni soruna olumlu yaklaşımdır. Ne var ki, benzer toplantılar zaman zaman barolarda ve Yargıtay' da yapıldığı halde sorun gündemde. Burada

açıklanan düşünceler, okunmadıkça, tartışılmadıkça, sorgulanmadıkça amaca ulaşmak zor. Barolar yoğun uygulamalı örneklerle toplantılar yapması yararlı olacaktır. Kuşkusuz bilgi eksikliğinin bilincinde ve almaya yatkın olanlar için.

Türkiye Barolar Birliği, bir başka durumu da tartışmalıdır: Avukatların bilirkişilik yapmalarını yasaklama; ne dersiniz? Sakın ha ekmek kapısı yanıtı gerekçe olmasın. Bilirkişilik uygulaması böyle gittikçe savunma mesleğinden de çok şeyleri alıp götürüyor.

Bu bağlamda bir örnek vermek istiyorum. Maliye ve muhasebecilerin oluşturduğu meslek kuruluşu TÜRMOB var; meslek içi eğitime öylesine önem veriyor ki; onların toplantılarına katıldıkça bir hukukçu olarak kıskanmıyorum desem inanın abartmıyorum. Barolar Birliği böyle bir uygulamaya ön ayak olmalıdır; meslek açısından bağları da güçlenmesini sağlayacağı da göz ardı edilmeden.

Y a r g ı ç l a r a gelince, sanırım ölü toprağını üzerlerinden atmaları gerekir. Yargıç kimliğini onurunu küçük düşüren, inciten böylesine bir uygulamaya onların direnmesi gerekir; doğruları arama, düzeni sorgulama, bilgilere ulaşma yollarını zorlayarak, tüketerek. Bu konuda uğraşlar vermedikleri sürece yargıçlık kimliklerine, yargıya saygı ve güven tartışılır durumda kalacağı unutulmamalıdır. Yargılamayı sanat düzeyine getirip yapmadıkça; bireyleri ve toplumu doğru ve güvenli yargıladıklarına inandırmadıkça kimseye üzerine aldığı giysisinden, oturduğu orundan (makam) dolayı ne saygı gösterilir ne de onur değeri verilir. Bilirkişiliği meslek haline getirmiş kişilerin yargısı kulaklarına küpe olmalıdır: *"Bir davanın kazanılması ve kaybedilmesi yargıçlara ve avukatlara değil bilirkişilere bağlı..."*. Olursa tabii...

A v u k a t l a r; yargıçlar için açıkladığım görüşler sizler için de geçerlidir. İtici güç olmalısınız. Yozlaşmış bilirkişi

uygulamasına direnerek karşı çıkan, çalışma alanının sorunlarının bilincinde olan avukatlar: Kuşkunuz olmasın; yargının ve yargıcın sağlıklı çalışarak kendine gelmesine katkılarınız olacaktır. Önce bilgiye ulaşmak bilgilenmek olduğunun bilinciyle tabi.

İ z i n v e r i r s e n i z s o n o l a r a k k e n d i m i sorgulayayım: Yargıtay'da inceleme yargıcı (raportör) görevine başlayınca kadar ben de şimdi sık sık eleştirdiğim yargıçlardan biri idim; çalıştığım yörelerde insana gösterdiğim saygı; geciktirmeden yargılama yapmam, yansızlığımı açık seçik olarak ortaya koymam benim açımdan güzellikler ve artılar olsa da bilgi düzeyimi başkaları sorguladı mı bilemem ancak ben sorguladım. Ben de bu düzenin yetiştirdiği bir kişiyim diye kolaycılığa kaçmadan kendini sorgulamanın da güzellik olduğunun bilinciyle.

Yargıtay'da çalışmaya başlamam bana bilgiye, bilme ve bilimsel yöntemlere ulaşma açısından büyük olanaklar sağladı. Bu bağlamda beni bilme yönlendiren 4.Hukuk Dairesi Başkanı rahmetli *Feridun Müderrisoğlu*'na ve inceleme yargıcı olarak birlikte çalıştığım bilgi dağarcığıyla,yeteneğiyle bana el veren ender yargıçlardan biri olan dostum 9 Hukuk Dairesi Başkanlığı'ndan emekli Onursal Yargıtay Başkanlarından *Seyfettin Çetinelli*'ye gönül borcumu da dile getirmek isterim. Kuşkusuz kendilerinden bilimin aydınlatıcı gücünü, ışığını aldığım rahmetli *Prof.Haluk Tandoğan* başta olmak üzere değerli bilim adamlarına da.

Yargıtay' da üye olarak görev yaptığım 12 yıl, bilirkişilik konusunda çok uğraş verdim;sonucu mu?

Başarısızlık...

Yine de yılmadım...

Saygılarımla

ÇETİN AŞÇIOĞLU'NUN BİLDİSİNİN EKLERİ

(EK 1)

Bilirkişi yaznağı örneğı¹

ANKARA ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

DOSYA NO:

DAVACI:

VEKİLİ:

DAVALI:

DAVA KONUSU: İTİRAZIN İPTALİ

VERİLEN GÖREV

Sayın Mahkemenizin vermiş olduğı, 23/01/2001 tarihli ara kararı gereğı, dosya kapsamındaki belgeler ve Davacı Banka kayıtları üzerinde incelemeler yapılarak, "Takip Tarihi İtibariyle Borç Miktarının Tespiti"

BÖLÜM 1- DAVACI TARAFIN İDDİA VE TALEPLERİ²

Sayın Davacı Vekili, Mahkemenize sunmuş olduğı 04/07/2000 harç kayıt tarihli dava dilekçesinde,

* Müvekkili ile Davalı arasında Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi olduğunu, bu sözleşme uyarınca Davalıya kredi kartı

¹ Bu bilirkişi incelemesinin eleştirisi bildirimizin 4/c bölümüne bakınız.

² B konuda bilirkişiye görev verilmediğı gibi olgu belirlemesine etkili olmadıkça gerekli de değildir.

verilerek, kredi kullandırıldığını, Diğer Davalı İbrahim Hakkı KOÇ'un garanti eden sıfatını taşıdığını,

* Davalıların sözleşme hükümlerini yerine getirmediğini, bunun üzerine Ankara 6. Noterliği nezdinde 13/03/2000 tarihli, 05920 yevmiye no'lu ihtarname keşide edildiğini,

* İlgili borç ödenmeyince, Davalılar aleyhine, Ankara 26. İcra Müdürlüğü 2000/6436 sayılı dosyası ile icra takibine geçildiğini,

* Davalıların yasal süresi içinde bu takibe kısmi itiraz etmiş olduğunu,

* Takibe yönelik itirazın iptalini ve Davalı aleyhine %40 oranında inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

BÖLÜM II- DAVALI TARAFIN SAVUNMALARI

Dava dilekçesi 22/11/2000 tarihinde Davalılar tebligat kanunu-nun 35. maddesine uygun şekilde tebliğ edilmiş olmasına rağmen, davalılarca herhangi bir savunmada bulunulmamıştır.

BÖLÜM III- KANITLAR

- Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi - İhtarname - Hesap ekstreleri - Ankara 26. İcra Müdürlüğü'nün 2000/6436 sayılı dosyası, -Banka kayıtları, -Davacı Bankanın temerrüt faizlerini gösterir genelgeler -Bilirkişi incelemesi

BÖLÜM IV- KANITLAR ÜZERİNDEKİ İNCELEMELER

1/A (SÖZLEŞMESEL İLİŞKİ) 08/03/1999 TARİHLİ KREDİ KARTI ÜYELİK SÖZLEŞMESİ³

* a) Bu sözleşmenin 08/03/1999 tarihinde Davalı Kürşat KOÇ tarafından Asil Borçlu, Diğer Davalı İbrahim Hakkı KOÇ tarafından ise Garantör sıfatıyla imzalanmış olduğu, sözleşmedeki imzaya Davalılar tarafından herhangi bir itirazda bulunulmadığı,

³ Sözleşmenin yorumu hukuk sorunudur. Bilirkişi yorum ve inceleme yapamaz.

* b) Sözleşmenin 21 maddeden oluştuğu; uyuşmazlıkla ilgili maddeler incelendiğinde;

AMAÇ

Madde 2: Bu sözleşmenin amacı BANKA'nın ve Kredi Kartı kabul eden tüm üye işyerlerinde, alışveriş yapmada veya hizmet sağlamada ödeme aracı olarak ÜYE'ye ve/veya EK KART HAMİLİ'ne verdiği Türkiye'de ve yurtdışında geçerli KARTLAR'ın kullanılması ile, (ATM) ve BANKA Şube ve/veya ofislerinden ve nakit ödeme yetkisi verilmiş üye işyerlerinden veya Mali Kuruluşlarından nakit ödemelere ilişkin koşulları ve ÜYE ile BANKA arasındaki ilişkileri düzenler.

EKSTRELER

Madde 9: Ekstreler, Hesap kesim tarihinden itibaren son ödeme gününe kadar ÜYE'nin eline geçmese dahi ÜYE o döneme ait Ekstrenin eline geçmediğini ispat etmedikçe Ekstreği almış ve muhtevasını kabul etmiş sayılır.

Bu halde Ekstre, İİK m. 68/1 maddesi gereği kesin belgelerden sayılır ve ödemede yapılmamışsa BANKA, ÜYE'ye hiçbir bildirimde bulunmaksızın diğer talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla sözleşmeyi derhal feshederek, kredi kartı hesabını kapatır.

FAİZ, ÜCRET, VERGİ VE MASRAFLAR

Madde 10: Nakit Çekme Faizi; çekilme gününden itibaren günlük olarak işlemeye başlar. Ekstrede gösterilen faiz oranı o ekstrede yer alan nakit çekimleri için geçerli faiz oranıdır.

* Alışveriş Faiz; harcamalar için hesap kesim tarihinden günlük bakiye üzerinden hesaplanır. Ekstrede gösterilen faiz oranı o ekstrede yer alan harcamalar için geçerli faiz oranıdır.

Temerrüt Faizi; Hesabın kat'ı halinde, borcun tamamına, ihtarnamenin tanzim edildiği tarih olan temerrüt tarihindeki,

BANKACA tespit edilmiş bulunan en yüksek kredi faizi oranına 50 (elli) puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı uygulanır.

ÜYE, Bu sözleşmede belirtilen faizleri; KKDF ve Banka ve Sigorta Muameleleri vb. gibi sorumlulukları ödeyeceğini be-yan eder. ÜYE ihtara gerek kalmaksızın değişiklik tarihinden itibaren yeni ücret ve faiz oranlarının uygulanmasını hiçbir kayıt ileri sürmeksizin kabul eder.

BANKA'NIN DEFTER ve KAYITLARININ KESİN DELİL OLMA NİTELİĞİ

Madde 18. ÜYE/KART HAMİLİ, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda BANKA defter ve kayıtlarını kesin kanıt olarak kabul eder.

Şeklinde olduğu görülmüştür.

2- (HESABIN KATI İHBARNAMESİ) ANKARA 6. NOTERLİĞİ NEZDİNDE KEŞİDE EDİLMİŞ, 13/03/2000 TARİHLİ VE 05920 YEVMİYE NO'LU İHTARNAME

a) İhtarnamenin içeriğinde Davacı Bankanın, bu ihtarnamede, Davalılara;

*** 13/03/2000 tarihi itibariyle, 771. 895. 963. - TL borçlu olduğunu.**

*** Ödeme için 3 GÜNLÜK süre verildiğini,**

*** Hesaplanacak faizi, K. K. D. F. ve B. S. M. V ile oluşan miktarın fazlaya ilişkin hakların saklı kalmasıyla birlikte ödenmesini ihtar ettiği,**

b) Bu ihtarnamenin 14/03/2000 tarihinde Davalıların her iki-sine de tebliğ edilmiş olduğu,

c) İhtarnameye ve ekindeki Hesap Özetine Davalı tarafından itiraz edilmemiş olduğu görülmüştür.

3- ANKARA 27. İCRA MÜDÜRLÜĞÜ'NÜN 2000/6436 SAYILI İCRA DOSYASI

a) Davacı-Alacaklı Vekili tarafından 4/04/2000 tarihinde takip talebinde bulunulduğu, Takip Talebinde; Fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmakla birlikte,

837. 343. 092. -TL Toplam alacağın 31/03/2000 tarihinden itibaren, işleyecek %153 temerrüt faizi, faizin %5'i oranında BSMV, icra harç, masraf ve vekalet ücretiyle birlikte, B. K'nun 84. madde-sine uygun olarak tahsili talebi olduğu,

b) Ödeme emrinin 08/04/2000 tarihinde Dâvalıların her ikisine de tebliğ edilmiş olduğu,

c) Davalı Borçluların, 11/04/2000 tarihinde yasal süresi içinde vekilleri aracılığıyla, TAKİP MİKTARININ 437. 343. 092. - TL lik kısmına ve FAİZ ORANINA itirazda bulunduğu,

d) 12/05/2000 tarihinde Ankara 26. İcra Müdürlüğü tarafından takibin itiraz edilen kısmı açısından durdurulmasına karar verdiği, görülmüştür.

4- BANKA KAYITLARI VE HESAP TABLOLARI⁴

Mahkemenizce verilmiş görev gereği, Davacı Bankanın Şube-sine gidilmiş, kayıtlar üzerinde Davacı Banka Şubesinde incele-meler yapılmış, gerekli görülen belgelerin birer örnekleri alınmış-tir. Davacı Banka kayıtları incelendiğinde;

* Davacı Bankanın ticari defterlerinin tasdik durumlarının uygun olduğu görülmüştür.

* Ticari Defterlerin Açılış ve Kapanış tasdikleri usulüne uygun olarak yapılmıştır.

⁴ Sözleşmeye göre bu belgeler olayda kesin kanıt durumunda olduğundan inceleme gereksiz.

İhtarnamenin keşide edilmiş olduğu dönemi kapsayan hesap dökümlerinin sonucunda aşağıdaki Hesap Özeti oluştuğu görülmüştür.

KREDİ LİMİTİ	250. 000. 000. -TL
EKSKTRE BAKİYESİ	662. 966. 926. -TL
İŞLEMİŞ FAİZ	67. 622. 626. -TL
KKDF	2. 028. 679. -TL
BSMV	3. 381. 131. -TL
GECİKME ÜCRETLERİ	35. 896. 600. -TL
TOPLAM	771. 895. 963. -TL

Hesabın kat'ı tarihi itibariyle Davacı Banka alacağının toplam **771. 895. 963. -TL** olduğu, geçmiş aylara ait hesap ekstrelerinin incelenmesi sonucunda oluşan hesap özetinde herhangi bir yanlışlığın olmadığı, Nitekim ilgili bu hesap özetine Davalı Borçlu tarafından herhangi bir itirazda bulunulmadığı görülmüştür.

BÖLÜM V- SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

1- UYGULANAN FAİZ MİKTARININ FAHİŞ OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ⁵

Taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin 10. maddesinde "Temerrüt Faizi; Hesabın kat'ı halinde, borcun tamamına, ihtarnamenin tanzim edildiği tarih olan temerrüt tarihindeki, BANKACA tespit edilmiş bulunan en yüksek kredi faizi oranına 50 (elli) puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı uygulanır." Hükmünün olduğu görülmüş ve bu sözleşme hükmün

⁵ Çok açık bir hukuki sorun olup bilirkişinin görevi değildir.

uygulanması, Bankaların uygulayacakları faiz oranlarını serbestçe belirleyebileceğine ilişkin 87/11921 sayılı Bankalar Kurulu Kararının ve bu yöndeki Yargıtay Kararlarının zorunluluğu olarak görülmüştür.

Yine, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, kural olarak Banka Muameleleri vergilerinin mükellefi bankalar ve sigorta şirketleridir. Ancak sözleşme ile bu verginin müşteri tarafından ödeneceği kararlaştırılabilir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 10. 6 maddesi gereği Davalının BSMV'den sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Banka kredi sözleşmelerinde bankaya tek taraflı olarak faiz oranlarını değiştirme yetkisi veren hükmü BK'nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında M. K. m² kapsamındaki doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür. Davacı Bankanın uygulamış olduğu faiz oranı diğer bankaların faiz oranlarıyla karşılaştırıldığında, faizin uygulandığı dönemde ekonomik ve sosyal koşullar, paranın bankaya maliyeti ve bankanın kazanç kaybı gibi hususlar değerlendirildiğinde Davacı Bankanın uygulamış olduğu faiz oranının iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmediği kabul edilmiştir.

2- HESAPLAMALAR VE SONUÇ

I- DAVALI (ASIL BORÇLU)AÇISINDAN

A) TEMERRÜT TARİHİNE KADAR OLUŞAN BORÇ MİKTARINI TESPİTİ

(TABLO I)

AÇIKLAMALAR

* Hesabın kat edildiği 14/03/2000 tarihi itibariyle, asıl alacak miktarı, 771. 895. 963. -TL'dir.

* Borçlunun temerrüdü⁶ tarihi ihtarda verilen sürenin sona erdiği tarihtir. **İhtarname**de 3 günlük süre verilmiştir. Bu durumda Davalı tebliğ aldığı tarihten sonra verilmiş olan sürenin sonunda 18/03/2000 tarihinde temerrüde düşmüştür. Sözleşmedeki kat tarihinden itibaren alacağın muaccel olacağı ve borçlunun de mütemerrit sayılacağı yönündeki hüküm BK.'nun 101/1. madde-sine aykırıdır. Çünkü, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğruluşunda ve BK.'nun 101. maddesine göre temerrüt olgusunu oluşması için, borcun muaccel olması yeterli olmayıp, ayrıca borçluya ihtarın ya-pılmış olması ve yine ihtarname

de bir süre verilmiş ise bu sürenin geçmiş olması gerekir. Yapılmış olan sözleşmedeki ihtarın yapılmasına gerek olmaksızın hesabın kat'ı tarihinde temerrüde düşölmüş sayılacağı hükmü BK.'nun 101. maddesinin emredici nitelikte olması karşısında bir hüküm ifade etmeyecektir.⁷

Hesabın kat edildiğı tarih ile borçlunun temerrüde düştüğü tarih arasında geçen sürede akdi faiz oranı (Aylık %7-Yıllık %84) değerlendirmeye alınmıştır.

HESABIM KAT'I TARİHİ	13. 03. 2000
KAT TARİHİ İTİBARIYLA ALACAK MİKTARI	771. 895. 963
İHTARNAMENİN TEBLİĞ TARİHİ	14. 03. 2000
İHTARNAMEDE VERİLEN SÜRE (GÜN) 3	
TEMERRÜT TARİHİ	18. 03. 2000
GEÇEN GÜN SAYISI (TEMERRÜT TARİHİ-KAT TARİHİ)	5

⁶ Borçlunun direngen (temerrüt) duruma düşüp düşmediğı ve düşmüşse gününü belirlemek hukuksal sorun; yargıç, bilirkişiyeye görev verirken diengenlik (temerrüt) faizinin başlangıç gününü belirlemeli.

⁷ Bu hukuki sorunun tartışması bilirkişinin görevi olamaz.

UYGULANAN AKTİ FAİZ ORANI %	84
AKTİ FAİZİ	9. 005. 453 TL
AKTİF FAİZİN B. S. M. V. %5	450. 273 TL
K. K. D. F %6	540. 327 TL.
ASIL ALACAK	781. 892. 016 TL.

B) TAKİP TARİHİNE KADAR OLUŞAN BORÇ MİKTARINI TESPİTİ

(TABLO II)

* Hesabın kat edildiği tarih itibariyle alacağın aslı, işlemiş akdi faiz ve feri'leri asıl alacağı oluşturacaktır. Bu itibarla hesabın kat edildiği tarih ile temerrüt tarihine kadar geçen sürede işlemiş olan akdi faiz ve B. S. M. V'nin toplamı, Davacı Bankanın Asıl (Ana) alacağın oluşturacaktır. Oluşan bu asıl alacağa Temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanması BK. m. 104/son'a aykırılık teşkil etmez.⁸

* Borçlunun temerrüde düştüğü tarih ile Takip tarihi arasında geçen sürede temerrüt faiz oranı, Davacı bankanın faiz yönerge-sinden anlaşılacağı üzere Yıllık % 126 olarak kabul edilmiş ve değerlendirmeye alınmıştır.

* İşlemiş temerrüt faizinin %5 oranında B. S. M. V. Hesaplanmıştır.

ASIL ALACAK MİKTARI	781. 892. 016 TL
TEMERRÜT TARİHİ	18. 03. 2000

⁸ Bu hukuki yorumlar da bilirkişinin görevi değil.

TAKİP TARİHİ	04.04.2000
GEÇEN GÜN SAYISI	17
TEMERRÜT FAİZİ ORAN %	126
TEMERRÜT FAİZİ B. S. M. V	2.326.129 TL
TOPLAM ALACAK	830.740.720 TL

II- DAVALI (GARANTİ EDEN) İBRAHİM HAKKI KOÇ AÇISINDAN

Davalı konusu Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinde, Davalının imzasının üst bölümünde yer alan “**Garanti Şerhi**” içeriğinden tarafların kefaleti değil, garanti sözleşmesini amaçladıkları anlaşılmaktadır.

Sözleşmede yer alan “**müşterek ve müteselsil borçlu**” ibareleri sözleşmenin amaçlanan niteliğini değiştirmez. Başka bir deyişle, BK’nun 18/1 maddesi gereğince değerlendirildiğinde olayımızda aynı yasanın 141. maddesinde hükme bağlanmış olan müteselsil borçluluk esaslarının uygulanamayacağı ortadadır.

Bu itibarla Davalı ilgili uyuşmazlık garanti sözleşmesi hükümlerine göre ele alınıp çözümlenmelidir.

Ancak, para borçlarında da uygulanabileceği kabul edilen BK’nun 110. maddesinde yer alan “**üçüncü kişinin filini taahhüt**” niteliğindeki garanti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, **garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir. Belirsizliğin garantisi olamaz.** Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden “**doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği**”nden söz etmek **garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.**

Bu durumda, garanti sözleşmesinin düzenlendiği anda garanti edilen edimin belirlenmemiş olması ya da edimi belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmelerde yer

almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.

Garanti sözleşmesi, asil borç ilişkisinden bağımsız bir nitelik taşımakta ise de, asil borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, sözleşmeyi imzalarken garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve riski gerçekleştiğinde sorumlu olacağı borç miktarını (tazminle yükümlü olduğu zararı) tahmin edebilmektedir. Bu yüzden başlangıçta gerçek iradeyi yansıtan bir sözleşme mevcut olup kredi borcu miktarının ve fer'ilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. *Ancak, süreli olmayan garanti sözleşmelerinde (ki bu tür bir sözleşme mevcuttur.) asil borçlunun kredi limitinin yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki kredi borcuna yönelik iradesinin sonradan yükseltile limit de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez.*

Garanti verenin, sonradan yapılan limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki bu değişikliklerin garanti verene bildirilmesi (ki Davacı Banka tarafından garanti eden Davalıya bu tür bildirim yapılmamıştır.) ve garanti verenin de bu duruma karşı bir beyanda bulunmamış olması gerekir. Garanti verenin muvafakati olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır. Zira, BK'nun 44/1 maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında, garanti alan (Davacı-Banka), kendi kusurlu davranışlarıyla borcun artmasına ve rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermiş olduğundan (Hiç kimse kendi yarattığı haksızlıktan kısmen de olsa çıkar sağlayamaz Nollus commodum capere ex sus unuria prpria ilkesi) böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması

düşünülemez.⁹ Nitekim, Yargıtay'ın son dönem kararları da bu yöndedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda ilgili sözleşmede garanti eden sıfatını taşıyan Davalı sözleşmenin yapıldığı anda belirlenmiş olan kredi limiti miktarı olan 250. 000. 000. -TL üzerinden ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olacağı kanaatine varılmış ve yapılan hesaplamada bu husus uygulanmıştır.

ASIL ALACAK MİKTARI	250. 000. 000 TL
TEMERRÜT TARİHİ	18. 03. 2000
TAKİP TARİHİ	04. 04. 2000
GEÇEN GÜN SAYISI	17
TEMERRÜT FAİZİ ORAN %	126
TEMERRÜT FAİZİ	14. 875. 000 TL.
TEMERRÜT FAİZİ B. S. M. V	743. 750 TL.
TOPLAM ALACAK	265. 618. 750 TL

Yukarıda belirtilen hesaplamalar ve değerlendirmeler göre;

I- DAVALI (ASIL BORÇLU) KÜRŞAT KOÇ AÇISINDAN

- 1- Takip tarihi 4/4/2000 tarihi itibariyle, Davacı-Alacaklının Davalı-Borçludan 781. 892. 016 TL Asıl alacak, 46. 522. 575 TL Faizi,**
- 2. 326. 129 TL B. S. M. V. olmak üzere; toplam 830. 740. 720 TL alacaklı bulunduğunun kabulüyle,**

⁹ Kredi kartı sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu hukuki niteliktedir; burada da bilirkişi görevi dışına çıkmıştır.

2- Davalının, 830. 740. 720 TL miktarı oranındaki alacağın 437. 343. 092 TL lik kısmına yapmış olduğu İTİRAZININ İPTALİNE,

3- Davacının (837. 343. 092 TL- 830. 740. 720 TL = 6. 602. 372 TL miktarındaki fazla talebinin REDDİNE,

4- Asıl alacak miktarı olan 781. 892. 016 TL alacak miktarına, takip tarihinden, tahsil gününe kadar yıllık %126 oranında temerrüt faizi ve bunun %5'i oranında B. S. M. V. hesaplanması, şekilde TAHSİLDE TEKERRÜR OLMAMAK KAYDIYLA, tahsiline

II- DAVALI (GARANTİ EDEN) İBRAHİM HAKKI KOÇ AÇISINDAN

1- Takip tarihi 4/4/2000 tarihi itibariyle, Davacı-Alacaklının Davalı-Borçludan 250. 000. 000. -TL Asıl alacak,

14. 875. 000. -TL Faizi,

743. 750. -TL B. S. M. V. olmak üzere; Toplam 265. 618. 750. -TL alacaklı bulunduğu kabulüyle,

2- (Davalı Garanti Edenin 400. 000. 000 TL miktarındaki ala-cağı kabulü olduğundan) Davacının Davalı İbrahim Hakkı KOÇ açısından itirazın iptali talebinin REDDİNE, karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.¹⁰

Sayın Mahkemenizin takdirlerine saygılarımla arz ederim. 19/04/2001

¹⁰ Bilirkişi sonuç bölümünde yargıya hükmünü (buyruğunu) nasıl kuracağını göstermektedir: İtirazın iptaline; fazla talebin reddine; tahsilde tekerrür almamak kaydıyla; alacaklı bulunduğu kabulüyle; itirazın iptali talebinin reddine; karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

(EK 2)

KUSUR NEDİR? NASIL BELİRLENİR?

İnsan, çeşitli nedenlerle (biyolojik, psikolojik, maddi ve manevi) toplum içinde hemcinsleriyle birlikte yaşamak zorundadır. Toplum ve toplumsal yaşam insanı bir ilişkiler yumağı durumuna getirir. Bu ilişkilerin bir düzen içinde sağlıklı olarak sürdürülebilmesi, geliştirilmesi ve kolaylaştırılması için davranış kurallarına gereksinim duyulmuştur:

Din,ahlâk, örf ve hukuk alanında var olan bu soyut kuralların ortak çağrısı: "*Topluma, insana zarar verme*" buyruğudur. İşte bu buyruğa aykırı davranışlarda *kusur* olgusunun güncelleştigiine tanık oluruz.

O halde kusur, insana özgü toplumsal bir olgudur, değişik alanlarda her zaman ve değişik nitelendirilmelerle, isimlerle (ahlâki- hukuki) karşımıza çıkabilir. İster genel isterse hukuki bir kavram olarak ele alalım *kusur bir değer yargısıdır*. Her isteyen onu kendi algılamalarına göre değerlendirebilir; değerlendirmektedir de

Ne var ki, cezai ve hukuki (zararı giderme) sorumluluğun, yaptırımların söz konusu olduğu durumlarda; kusur değerlendirmesi hukuk biliminin ve hukukçunun işidir; çünkü kusur hukuki ve cezai sorumluluğun kurucu unsurudur; başka bir deyişle *hukuki bir kavram*. Hukuk bilimi, öğretisi; özünü, yapısını inceleyerek, hukukun amaçlarını (adalet, düzen, toplumsal gereksinim) göz ardı etmeden; kusurla ilgili yorum ve değerlendirmeleri olabildiğince disipline alma çabası içindedir. Bu çalışmaların ürünü olarak ortaya konulan görüşler, tanımlar; yasaların buyurucu ve zorlayıcı kurallarının uygulanmasında

yargıçlara ve hak savunucusu avukatlara kolaylıklar sağlamaktadır.

Yasalarda tanımlanmadığına göre; şimdi "*k u s u r n e d i r*" sorusuna hukuk bilimi ve öğretisinde yanıt arayabiliriz:

Kusur, insan davranışlarıyla (psikolojik) ilgili bir olumsuzluğu içerdiğine göre: Onu, hukuk düzeninin buyruklarına uymada "*irade eksikliği*" ya da bir adım daha atarak "*hukuk düzeninin kınadığı davranış*" olarak tanımlamak yanlış olmaz. Nitekim kısa yoldan sonuca giden bir çok yargı kararında ve bilimsel yapıtlarda bu ve benzeri tanımlar kullanılmıştır. Yanlış olmamakla birlikte yeterli de değildir. Özellikle iyi yetişmemiş, bilgi yoksunu yargıç ve avukatların elinde; kusur, hukuk dışı bir kavram olarak algılanarak yargılama ve savunma sanatının egemenliği ve etkinliği bilirkişi adı altında yetkisiz ve sorumsuz (iyi niyetli olursa da) kişilere bırakılabilir. Sonuçta "*hukukun üstünlüğü*" ve "*yargıya karşı duyulması gereken güven*" tartışılır duruma gelir; ülkemizde olduğu gibi.

Çağdaş hukuk; kusuru, nesnel (objektif) verilere ve ölçülere göre, tanımlamayı yeğlemiştir. Hukuk biliminin genel kabul görmüş tanımına göre; *k u s u r*, "*başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken somut olaydaki gibi davranmış olma*"dır. Bu tanım, "*olması gereken soyut -nesnel- davranış tipi (başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken)*" ile "*somut olaydaki davranışın*" karşılaştırılmasını öngörmektedir; yani mantıksal bir işlemi. Somut olaydaki davranış, eylem; olması gereken soyut tipin altında ve aykırı ise "*kusur*" gündeme gelecektir; tersi durumda ise kusursuzluk.

Yargıç, kusuru belirlerken, ilk önce, somut olayı tüm ayrıntılarıyla saptayacaktır. Bu da olayın yargı önünde kanıtların yardımıyla yeniden yaşanmasına bağlıdır. Somut olayın kanıtlanması, her türlü kanıtla (tanık; ses ve görüntüleme

aygıtları; kamusal tutanaklar) öncelikle yanlara (avukatlara ve ceza davalarında savcılara) düşmektedir. Ancak somut olayın ya da bir bölümünün kanıtlanamaması durumunda; yargıç, istek üzerine ya da kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşüne başvurabilir: *Ölüm olayının nedeninin; trafik olayında hız sınırının aşılıp aşılmadığının; yapıda depreme dayanıklı malzeme kullanılıp kullanılmadığının saptanması gibi.*

Somut olay belirlendikten sonra ikinci iş, *ölçü alınacak soyut tipin belirlenmesidir*. Hukuk biliminin kusur tanımında, açıklanan olması gereken soyut tipin (başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken) belirlenmesi "*kusurun objektifleştirilmesi*" denilen yöntemle yapılmaktadır. Burada orta düzeydeki kişinin (iyi bir aile babası) davranışı temel alınmaktadır. Çünkü bir toplumda orta düzeydeki kişiler *olağan* tipi ve çoğunluğu oluşturur; alt ve yüksek düzeydekiler *olağan dışı* ve azınlıktadır.

Ölçü alınacak soyut tip, zarar veren kişi ile "*aynı durum ve koşullar içerisinde*" yerleştirilerek belirlenir. Bu durum ve koşullar toplumsal nitelikte olmalıdır; başka bir deyişle zarar veren sorumlu kişinin kendisine özgü öznel (subjektif) kişisel nitelikler gözetilmez. Örneğin "*amatör bir sürücünün*" ya da "*bir pratisyen hekimin*"ya da "*bir avukatın*" kusuru belirlenirken; orta düzeyde pratisyen hekimin, amatör sürücünün, avukatın *aynı durum koşullarda* olması gereken zorunlu davranışı soyut tip için ölçü alınır; zarar verenin içinde buldukları kişisel durum ve nitelikler değerlendirmeye alınmaz: "*Hekimin, mühendisin, avukatın iyi bir eğitim veremeyen fakülte çıkışlı olması*"; "*sürücünün işine geç kalma kaygusu*"; "*avukatın ya da hekimin unutkanlığı*" gibi...

Soyut tip belirlenirken üzerinde durulması gereken bir durum da; zarar veren kişinin çalışma alanında var olan ya da yaratılan tehlike olasılığıdır; *tehlike ve risk olasılığı* artıkça

kişilerden yüksek özen beklenir. Hukukun bu beklentisi toplumsal ilişkileri zorlaştırma değil, kişilerin can ve mal güvenliğini koruma amacına yöneliktir. Motorlu araçların karayoluna katılması tehlike olasılığını ve riskini artırdığı bir olgudur; bu nedenle motorlu araç işletini ve sürücüsünün kusuru belirlenirken beklenen yüksek özene uygun bir soyut tip ölçü alınmalıdır. Bir cerrah (hekim) için de aynı yorum geçerlidir; çünkü insan bedenine tıbbi el atma doğal olarak yüksek tehlike olasılığını da taşır.

Zarar veren davranışın oluştuğu alanda; *yasa, tüzük ve uyulması gerekli bilimsel, etik nitelikte buyurucu davranış kuralları söz konusu ise* (belli bir davranış buyruğu içeren trafik kuralları, örneğin kırmızı ışıkta geçilmez ; hastaya penisilin uygulanmasında test yapılması yolundaki bilimsel buyruk vd.); *yukarıda açıklandığı gibi bir nesnelleştirme* (objektileştirme) *işlemine gerek kalmaz.* Çünkü bu kuralların kendisi "nesneldir", doğrudan soyut tipe ölçü alınmalıdır.

Soyut tipi (ya da kusuru) kanıtlama yükü de yanlara (avukatlara ve ceza davasında savcıya) aittir. Olağan kanıtlarla kanıtlamadığı ya da yargıcın genel bilgi, kültür ve beceriyle doğrudan belirlenemediği durumlarda bilirkişinin oy görüşü alınabilir. Bilirkişinin görevi *yalnız ve yalnız teknik saptamalar yapmak ya da bu nitelikte görüş açıklamakla* sınırlıdır. Bu saptamalar yargıcı aydınlatma amacı taşır; ancak tam anlamıyla yargıcı bağlamaz, yargıç gerekçelendirmek koşuluyla değişik görüşü varabilir: Zor olmakla birlikte; özellikle bilirkişinin mantık hataları yaptığı durumlarda ikinci bir bilirkişi incelemesine gidilmesini önlemesi bakımından yararlıdır.

Sonuçta yargıç; tüm kanıtları, bilirkişiden alınan özel ve teknik nitelikteki açıklamaları, saptamaları değerlendirerek belirlediği somut olayla soyut tipi karşılaştırarak; davranışının eylemin kusurlu olup olmadığını belirleyecektir. Somut olay, soyut

tipin (ya da kural) altında ve aykırı ise kusur vardır tersi durumda kusur söz konusu değildir. Burada, mantıksal bir işlemin olduğu doğrudur; ancak yargıç, koşulları varsa, kusuru belirlerken hakkaniyet değerlendirmesi de yapabilmelidir. Örneğin, *çocuklar için oyun alanları olmayan bir kentte; oyun oynarken yola fırlayan çocuğun neden olduğu trafik kazasında hakkaniyet gereği kusursuzluk güncelleştirilebilir.*

Hukuk bilmi, kusuru genel olarak ağır ve hafif olarak derecelendirmektedir: *Ağır kusur, en basit özen kurallarının çiğnenmesi, aynı durum ve koşullarda her akli başında insanın zorunlu sayacağı önlemlerin savsaklanması (ihmal); hafif kusur ise, aynı durum ve koşullarda ancak dikkatli, uyanık kişinin göstereceği özenin gösterilmemesi* olarak tanımlamaktadır. Bazı ülkelerin uygulamasında; orta kusur, daha hafif kusur, daha ağır kusur gibi ayrımlara gidilse de bunların tanımları yapılamamıştır.

Görülüyor ki, derecelendirme sanıldığı gibi hukuk dışı bilgilerin ürünü olmadığı gibi özellikle matematiksel, sayısal bir içeriği de söz konusu değildir. Uygulamada, bilirkişilerin sayısal derecelendirmelerin (%60-%40 ya da 8/2-8/6 gibi) *hiç bir bilimsel ve yasal dayanağı yoktur.* Ceza Yasası'nın 459. maddesindeki "ceza kusurun derecesine göre sekizde bire kadar indirilir" buyruğu, derecelendirmenin sayısal niteliğini değil yargıca belli oranda indirim yetkisinin sınırını gösterir.

Böylesine yozlaşmış bir yöntemin denetleme olanağı da hemen hemen yoktur. Bu nedenle uygulamada aynı olay nedeniyle alınan bilirkişi raporlarında; değişik oranlamaların ortaya çıkardığı çelişkiler, üçüncü hatta dördüncü kez bilirkişi incelemesine neden olmaktadır.

Yargıç, hukuk bilminin kabul ettiği tanımlardan yola çıkarak, mantıksal bir işlemle (atılama) derecelendirmeyi ağır ya da hafif kusur olarak belirledikten sonra tazminattan (BK.m

44'egöre zarar görenin kusuru) ya da cezadan (TCK.m 459'a göre sekizde bire kadar) bir indirim yapacaktır. Yargıç, hem derecelendirme hem de tazminat ve cezadan indirim yaparken hakkaniyeti güncelleştirmekle görevlidir. Örneğin, koşulları varsa, davranış ve eylem "*ağır kusur tanımına uysa bile*" bunun hafif kusur olarak değerlendirme olanağı bile söz konusu olabilir.

Görülüyor ki, gerek *kusurun belirlenmesinde* gerekse *derecelendirilmesinde* tam yetkili yargılamayı yapan yargıçtır. Yukarıda açıkladığımız ölçütlere uymak koşuluyla yargıç bu konuda tam bir özgürlüğe sahiptir. Bu hem kusurun ve derecelendirilmesinin *hukuki bir kavram* hem de sonuçta bu işlemlerin kişiden kişiye değişebilecek değer yargısı olmasından kaynaklanmaktadır. Yargıçların bu ölçüt ve tanımları kullanarak değerlendirme yapması yetki ve özgürlüğün kötüye kullanılmasını önleyeceği de bilinmelidir.

Son olarak usul yasalarındaki "*yargıçlık mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı olan konularda bilirkişi dinlenemez*" buyruğunun yargı yetkisinin kullanılmasının sorumsuz ellere geçmesini önlemek olduğu da unutulmamalıdır. Kusurun belirlenmesi için gereksinim duyulacak bilirkişinin yapacağı *özel ve teknik saptamalarla, kusur kavramının hukuki niteliğinin* karıştırılmaması da.

Kusur ve derecelendirilmesine ilişkin açıklamalarımız, genelde, hukuki (tazminat-ödençe) sorumluluğa ilişkin bilgilerin ışığında yapılmıştır. Cezai sorumluluğun söz konusu olduğu bir yargılamada, işin özü ve yöntemi değişmemekle birlikte, ceza hukukunun özelliği nedeniyle değişik yorumlar ve görüşler olabileceğini de hatırlatmak isterim.

Ülkemizde kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi konusunda uygulamayı bilen ya da tanık olmuş bir kişi iseniz, şu

soruyu haklı olarak yanıt isteyebilirsiniz: Açıklamalarınızla yerleşmiş uygulama arasında çelişki açık, hangisi doğru?

Uygulamada, kusurla ilgili tüm belirlemeleri ve işlemleri bilirkişilerin yaptığı bir olgu: Bilirkişi (mühendis- doktor- polis- mimar vd.) yargılanan olayla ilgili tüm kanıtları *bir yargıç gibi değerlendirerek* kusurla ilgili değer yargısını açıklamaktadır. Mahkemelerde, bilirkişi öyle dediği için davalı ya da sanığı kusurlu (ya da kusursuz) kabul ederek yine onun takdir ettiği kusur oranlarına göre tazminatı ve cezayı belirlemektedir. Avukatlar ise böyle bir yargılamayı , hemen hemen, izlemekle yetinmektedirler. Yargıcın ve avukatın görevi bu mudur? Bu ise, yargılama ve savunma sanatından söz edilebilir mi?

Kusurla ilgili, özet olarak, yaptığım açıklamalar, *hukuk biliminin ve çağdaş yargılama düzeni kurmuş ülkelerdeki uygulamanın benim de paylaştığım ürünüdür*. Karşılaştırmalı hukuk öğretisi ve uygulamasında da araştırma ve inceleme yaparak uygulamanın yanlış olduğunu; yargıçları memurlaştırdığını, avukatları iş takipçisi konumuna getirdiğini, bireyin doğru ve güvenli (adil) yargılanma hakkını çiğnediğini yüksek mahkemedeki yargısal çalışmalarında ve bilimsel toplantılarda ilk olarak gündeme getiren ben oldum. Dünyanın hiç bir ülkesinde *bilgisizliğin, tembelliğin, keyfiliğin ürünü olan bizdeki gibi uygulamaya rastlamak olanaksızdır*.

Şimdi bu uygulamayı bilerek ya da bilmeyerek savunan, destekleyen yüksek yargıçlara, yerel mahkeme yargıçlarına, avukatlara, bilim adamlarına, bu alanda bilirkişilik yapan özel ve resmi (Adli Tıp- Yüksek Sağlık Şurası) kişi ve kuruluşlara sesleniyorum:

Uygulamanın doğruluğuna, açıklamalarımın yanlışlığına inanıyorsanız dayanaklarınızı açıklayınız; ancak araştırarak, sorgulayarak, tartışarak ve de karşılaştırmayı hukuk öğretisi ve

uygulamasını inceleyerek. Yoksa "kırk yıldır uygulama böyledir"; " bunca yıllık yargıcım bu yetmez mi?", "Yüksek mahkeme Yargıtay, hatta Danıştay yanlış mı düşünüyor?" gibi sorgulamalar ve yanıtlarla değil. Unutmayalım bilim bağışlamaz; doğru olan bilimin ve usun aydınlık yoludur, yeter ki onu bulalım.

İsterseniz uygulamadan ilginç örnekleri hukuk biliminin ışığı altında yorumlayarak soyut bilgi ve açıklamaları güncelleştireceğimiz ikinci yazımızı da bekleyebilirsiniz. Hani sizleri kazanmadan kemikleşmiş yanlış yargıların düzeleceğine de inanmıyorum.

Öykü ve örneklerle Kusur:

Kusur, hukuki kavramdır; belirlemek ve derecelendirmek yargılama sanatının ustaları yargıçların görevidir: Bilim, us (akıl) ve yasalar böyle demesine der de; uygulama da yaygın yanlışlık(galatı meşhur) sürüp gider. Yüksek mahkemeler bile, "kusur bilirkişinin işidir" diye buyruk verirse; doğru olana yönelme olanaksız olmasa da deveye hendek atlatmak kadar güç bir uğraş:

Yargıtay'da, uygulamanın yanlışlığını dile getirmeye başladığım yıllarda; alaylı olmasa bile, dudak bükülerek hafife alınmam, zaman zaman karşılaştığım tepkiler belleğimde. Yaş sınırını beklemeden emekli olmaya karar vermiştim; bir Hukuk Genel Kurulu toplantısında : " Kusur konusundaki görüşlerimi yineleyerek zamanınızı almak istemem, ancak görüşlerimin doğruluğunun bir gün kabul edileceğine inanıyorum ..." diye kısa bir konuşma yaptım.

İki arkadaşım; "görüşlerimin düş konusu olduğunu, gerçeklerle bağdaşmadığını, tutarlı olmadığını..." açıklayarak eleştirdiler.

İkinci kez söz alarak "görüşlerimin, araştırmalarımın bilimsel kanıtlara dayandığını, kaynaklarımı açıkladığımı; arkadaşlarımdan

da görüşlerinin hangi bilimsel kaynaklara dayandığını açıklamaları gerektiğini" dile getirdim. Yanıt ilginçti: "Otuz yıllık yargıcım yetmez mi!". Sorun; sorgulamayan, araştırmayan kafalarda.

Trafik Daire Başkanlığı'ndan emekli Kemal Özüm bir gün Yargıtay' da çalışma odama geldi; ve:

- Mahkemelerde bilirkişilik yapıyorum... "Kusur ve derecesini belirlemek yargıcın görevidir " görüşünü savunuyorsunuz.

-Evet savunuyorum.

- Doğru söylüyorsunuz. ABD' de eğitim görmüş ilk trafik uzmanıyım. Orada kusuru ve derecesini yargıçlar belirler. Ancak Yargıtay, "bilirkişinin işidir" dediği için görev bize düşüyor...

Benzer bilgiyi bir Alman hukukçudan almıştım" bizde trafik kazalarında kusuru yargıçlar belirler ve derecelendirirler; sizdeki gibi bilirkişiler değil".

Oysa Yargıtay' da, benim görüşlerime tepki olarak, kararlara "trafik olaylarında kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi teknik bir konu olduğu için bilirkişinin görevidir" diye gerekçe ekleniyor; hatta özel ilke kararları alınıyordu.

Düşüncelerimin doğruluğunu sorgulamak için, çeşitli ülkelerin yüksek mahkemelerinden bilgi istedim. Verilen yanıtlar, beni doğruluyordu. İşte, Belçika Yargıtay' ından Yargıç C. Godmay' ın açıklamasından kısa bir bölüm:"Kusuru belirlemede ve derecesini değerlendirmede yetkili davaya bakan yargıçtır; açıkladığımız ölçütlere uymak koşulu ile yargıç bu konuda tam bir takdir yetkisine sahiptir; davacı, kusuru kanıtlamayazsa, yargıçtan yalnız teknik saptamalarla sınırlı görüş alması için bilirkişi görevlendirilmesini ister..."

Alman hukukçu Carl Wellman' ın yapıtından (Der Sachveshen in Praix 1988.s:52-53): Bilirkişi raporunda hukuki açıklamaların yeri yoktur; buna özellikle kusur de dahildir. Hukuki

açıklamalar yapan ya da yargıcın yasal takdirine giren raporlara avukatlar tepki göstererek, bilirkişinin uzmanlığından kuskuduyarlar. Avukatlarımızın kulağına küpe ola.

Yargıtay'da düzenlenen bilgi şöleninde (sempozyum):Bilim adamları "bilirkişinin görevinin yalnız teknik saptamalar yapmakla sınırlı olduğunu, hukuki konularda (kuskusuz kusur da) yetkisi bulunmadığını" açıklayan bildirimler sunmuşlardı (Mukayeseli hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları Yargıtay' ın Kuruluşunun 125. Yıl Yayını).Okuma alışkanlıkları olmayanlara bilim ne gerek!

Yargıtay 'da, üye olarak katıldığım kurullarda; biraz bastırmam, biraz da uygulamanın yanlışlığının dorukta olduğu olaylarda kusurla ilgili görüşlerim doğrultusunda, zaman zaman, ilginç kararlar çıktığı bir olgu ; ancak katılmadığım kurullarda, bu yolda karar çıktığına tanık olmadım.

İşte kusurun kısa bir öyküsü; "dram mı komedi mi?" yorum sizin.

Şimdi; bilim ve sorgulayan us egemen olunca, sonucunu örneklerle görelim.

1- Olay: Top oyununda, davalının ayağından fırlayan ayakkabı davacının yaralanmasına neden olmuştur.

M a h k e m e, bilirkişi "yanların yaşları ve içinde buldukları sosyo ekonomik koşullar nedeniyle davalı kusurlu değildir" dediği için davayı reddetmiştir.

Y a r g ı t a y (4.HD.1993-12124/12533),"davalının ayakkabısının ayağından fırlamaması için gerekli özeni göstermediği " gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.

Y o r u m: Sorun, kusurun belirlenmesinde ölçü alınacak soyut tipin saptanmasında: Ayak topu oyununun, az çok, tehlike olasılığı taşıdığı bir olgu; bunu hemen her top oynayan kişi, küçük yaşından itibaren deneyimlerle bilebilecek durumdadır. O halde;

çocukluk çağını aşmış her genç erkekten top oynarken, "ayakkasının ayağından fırlatarak başkalarına zarar vermeyecek" önlemleri alması beklenir. Davalı, bu soyut tipe aykırı davrandığı için kusurludur.

Bir olayda " yaşı ve içinde buldukları sosyo ekonomik koşulları" gözeterek öznel değerlendirmeleri yalnız bilirkişiler değil herkes yapabilir; yargıçlar haydi haydi. Yargılamanın bir sanat olduğunu göz ardı etmeden.

Kaldı ki, bilirkişinin açıkladığı *yanların yaşı* (kusur ehliyeti için ayrıca incelenebilir) *ve içinde buldukları sosyo ekonomik koşullar* öznel (subjektif) nedenlerdir. Bu ve benzer nedenler, kusurun belirlenmesinde değil ; olsa olsa, kusurun derecesi ve tazminatın(ya da cezanın) kapsamı belirlenirken gündeme gelebilir. Çünkü kusur, öznel değil nesnel veri ve ölçülerle belirlenir (kusurun objektifleştirilmesi).

Örnek olayda; bilirkişiye başvurmanın, o öyle dediği için karar vermenin sakıncası açıkça ortaya çıkmaktadır. Bilirkişi, kusurun belirlenmesinde hukuk biliminin öngördüğü koşulları kendi çalışma alanı olmadığı için bilmek zorunda değildirler. Böyle olduğu için de öznel durumlardan yola çıkarak yanlış yargılara ulaşılmıştır.

2- Olay: Davacı kadın, geceleyin kaldırımın ortasından yürürken, yolun kenarına park etmiş kamyonun düşen çuvallarının altında kalarak yaralanmıştır.

M a h k e m e, bilirkişilerin (polis ve İTÜ den) "davacı kadın da(yüklü kamyonu görüp de gerekli önlemleri almadığından) %50 kusurludur" görüşünü kabul ederek hüküm kurmuştur.

Y a r g ı t a y (4.HD.1993-4823/11357), *bir kadının kamyonun çuvallarının şu ya da bu nedenle düşebileceğini bilmesi ve gidişini ona göre düzenlemesi beklenemez ve davacı kadına kusur yükletilemez gerekçesiyle* mahkeme kararını bozmuştur.

Y o r u m : Sorun, davacı kadının olması gereken davranışının yani ölçü alınacak soyut tipin saptanmasında yoğunlaşmaktadır. Bilirkişiler, kendi uzmanlık alanlarının bilgileriyle değil herkesin yapabileceği genel değerlendirmeye kusuru belirlemişlerdir. Bilirkişilerden, adalet adına hukuk adına yargıç gibi değerlendirme yapması beklenmemelidir. Onlar, uzmanlık alanıyla ilgili teknik konularda bilgi vermek ve doğru saptamalar yapmakla yükümlüdür.

Kusuru ya da gerektiğinde kusursuzluğu kanıtlama yükü, öncelikle davacı ve davalıdır. Nitekim davacı tanığı, "*kamyon işinden anlarım; az önce aynı kaldırımında karımla birlikte yürürken, açıktan geçelim çuvallar devrilebilir ...*" açıklamasıyla ölçü alınacak soyut tipin belirlenmiştir: Orta düzeyde bir kadın, kaldırımında yürürken gidişini kamyonla göre düzenlemek zorunda değildir. Çünkü davacının davranışı kanıtlanan soyut tipe uygundur.

Yargıç, yanların gösterdiği kanıtlarla yorum yapmakta zorlanıyorsa, teknik konuda tamamlayıcı bilgi almak için; kamyon yükleme, boşaltma işlerinden anlayan bir kişinin (*her halde polis ya da mühendis değil*) bilgisine başvurabilir: *Çuval yüklü kamyonun tehlike yaratma olasılığını; tehlike varsa, geceleyin kaldırımında yürüyenlerce özellikle orta düzeyde bir kadın tarafından bilinip bilinemeyeceği* gibi saptamalar için. Sonuçta; yargıç, tüm kanıtları değerlendirerek kusur konusunda buyruğunu özgürce açıklayacaktır.

3- Olay: Davalı, davacıya ait aktarma kulesinin somunlarını sökerek kulenin devrilmesine ve zararın oluşmasına neden olmuştur.

İ s v i ç r e F e d e r a l M a h k e m e s i (*Kaneti; İsviçre Federal mahkemesi Kararları C:I, sh:103*): Davalı çocuk özel bir mekanik eğitim almaksızın bile, somun ile civatanın ne olduğunu ve somunun iki ayrı parçayı bir birine bağladığını bilir; çocuk oyunlarından özellikle bisiklet kullanmaktan bunu öğrenmiş

olmalıdır. Somunun büyüklüğü de kendisini uyarmıştır. *Davalının eylemine uyan kusuru öz niteliği açısından ağırdır.*

Ancak bir çocuk tarafından işlendiğinden *hafif olarak nitelendirilmelidir*: Tehlike başka olaylardaki kadar açık değildi; yetişkin bir insan da somunların çıkarıldığını görmüş şaşmamıştır; öğretmenine de iletildiğinde tepki göstermemiştir. Kulenin kütlesi de tehlikenin önemi konusunda yanılmış olabilir.

Y o r u m : Burada ilginç olan: *Davalının kusuru, öz niteliği (ağır kusur tanımına göre) açısından ağır olmasına karşın; Federal Mahkeme' nin, davalı küçüğün yaşını, olayın koşullarını, gelişimini gözetererek kusurun derecesini hafif olarak kabul etmesidir*: Kurallarla, mantıksal işlemlerle, her zaman, doğruya (adalet-hakkaniyete) ulaşamayacağının, yargılamanın bir sanat olduğunun güzel bir örneği...

Bir önemli nokta da; kusurun, bizdeki gibi sayısal (8/2-8-6 ; %80 - %20) olarak değil; hukuk bilminin önerdiği (bilirkişi araya sokulmadan) ağır ve hafif kusur biçiminde derecelendirilmesidir.

Yargıç, nitelikli olmaktan çok nicelikli olan derecelendirmeyi; ağır ya da hafif kusur olarak nitelendirdikten sonra: Ne oranda indirim yapacağını özgürce saptayıp; tazminatı ve cezayı belirleyecektir. Olayda, hafif kusur nedeniyle, zarar 1/6 ya kadar indirilmiştir.

4- **Olay:** Davacı, trafik kazasından zarar gören üçüncü kişiye ödediği tazminatı sürücüsü davalıdan (dönme-rücu) istemektedir.

Mahkeme, Bilirkişiler (İTÜ) "olaya teknik arıza neden olmuştur; davalı sürücünün kusur yoktur" dediği için davayı reddetmiştir.

Yargıtay, (4.HD. 1991-6051-5951) davacı ve davalıya açılan ilk davada; bilirkişiler (İTÜ), davalıyı kusurlu bulmuştur. Kaldı ki, davalı teknik olumsuzluğu önleyecek durumda iken gerekli önlemleri almadığından kusur da açıktır. O halde,uzman bilirkişiler eliyle kusur derecesi belirlenerek (*derecelendirmeyi*

bilirkişi değil yargıç yapmalıdır... karşı oyumla) hüküm kurulması gerekçesiyle kararı oyçokluğu ile bozmuştur.

Mahkeme, bilirkişilere başvurmuş; ancak bilirkişilerin "*davalının kusuru yoktur; bu nedenle derecelendirme yapamayız*" raporu üzerine davayı ikinci kez reddetmiştir.

Yargıtay, (4.HD..1992-12164/16175) " ...mahkeme, bilirkişiye başvurmadan, *davalının kusurlu eylemi ağır ve hafif kusur tanımlarına göre belirlemeli ve zarardan hakkaniye uygun düşücek bir oranda indirim yapmalı ...*" gerekçesiyle kararı, ikinci kez, bozmuştur.

Yorum: Hukuki bir kavram olan kusurun bilirkişilere bırakırsanız olumsuz sonuç doğal olarak kaçınılmaz: Aynı konuda iki değişik rapor, ikisi de İTÜ öğretim üyelerinden! Onlardan çok yöntem eleştirilmeli. Yargıcı dışlayarak; kusurun belirlenmesini ve derecelendirilmesini bilirkişilere bırakırsanız işte sonuç: Uzayan yargılama, gereksiz yargılama giderleri ve yitirilen güven.

Bir çelişki de Yargıtay'dan: Kusurun derecelendirilmesi bilirkişilik işidir demesine karşın; ikinci kararında bizim görüşümüzü kabul etmesi; kuşkusuz ikincisi doğru.

Ancak Yargıtay' ın (4.HD.2000-6752/8606), çok yeni şu kararına "*aynı olay nedeniyle ceza davasında davalıların kusuruna ilişkin oranlar, bu davada alınan bilirkişi raporuyla değiştirilmiştir; çelişkinin giderilmesi için yeniden bilirkişiden rapor alınması...*" ne demeli?

Yılmasına yılmıyorum da; bilgisizliğimize, duyarsızlığımıza, sorgulamayan kafalara kahroluyorum.

* Kusurla ilgili b u düşünce açıklamalarım 2001 yılında Cumhuriyet Bilim Teknik (CBT) ekinde de yayınlanmıştır

(EK3)

**YARGITAY 4 HUKUK DAİRESİ' NİN DESTEK
TAZMİNATLARININ BELİRLENMESİNDE YARGIÇ VE
BİLİRKİŞİNİN GÖREVİNİN SINIRLARINI BELİRLEYEN
16.2.1992, 12641/1813 SAYILI İLKE KARARI VE KARŞI OY
(ELEŞTİRİ)**

Taraflar arasındaki trafik kazasından doğan tazminat davası üzerine yapılan yargılama sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı toplam -20.580.898,21 lira destek tazminatının 31.7.1987 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılara ödenmesine fazla istemin reddine ilişkin hükmün süresi içinde davacı avukatları ile davalı PTT Genel Müdürlüğü avukatı ve davalı X taraflarından temyiz edilmesi üzerine tetkik hâkimi tarafından düzenlenen rapor okunduktan sonra dosya incelendi gereği konuşuldu:

Davaya konu trafik olayında ölenin X eşi ve çocukları olan davacılar, destekten yoksun kalma tazminatı talep ve dâva etmişler; mahkemece, üçüncü hesap bilirkişisi raporu benimsenerek hüküm kurulmuştur.

1 — Bilirkişi raporlarında; destek sürelerinin, ölenin gelirinin davacılara dağılışı oranlarının, desteğin aylık net gelirinin hesaplama devrelerindeki miktarının farklı olarak hesap ve tespit edilmiş olması yüzünden destekten yoksun kalma tazminatları miktarlarında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin davacı eşin % 30 evlenme şansı olduğu belirtilen ilk bilirkişi raporunda eşin destekten yoksun kalma tazminatı 6.315.707 lira olarak tespit edilmiş iken, davacı eşin evlenme şansı olamayacağı kabul edilen sonraki iki bilirkişi raporunda ise bu tazminat 24.047.087 lira ve 13.082.534 lira olarak hesaplanmıştır.

Oysa, “*bilirkişi raporlarında hesaplamada esas alınan olgulardan çoğunun tesbiti kural olarak mahkemeye aittir.*” Mahkeme, tazminatın hesaplanmasında gözetilecek (Destekten yoksun kalanların desteğe muhtaç olacakları süreleri, ölenin gelirinin davacılara yansımaları oranlarının hangi esasa göre belirleneceğini, davacı eşin evlenme şansı olup olmayacağını ve evlenme şansı varsa bunun nisbetini, desteğin Ölümü tarihindeki aylık net gelirini ve bu gelirin ileri tarihlerdeki artışlarının hangi esaslara göre tespit edileceğini, hesaplama yöntemini ve irad şeklindeki zararın peşin ödeme değerinin hesaplanmasında uygulanacak iskonto oranını) önceden tayin ettikten sonra tazminat miktarlarını bilirkişiye hesap ettirmelidir. Çünkü, bilirkişiler tarafından yapılacak matematiksel incelemeler belli bir hukuki disiplin altına alınmadıkça benzer olaylarda daima farklı sonuçlara varılması kaçınılmaz olacaktır.

Ölenin destekte bulunabileceği, süre ile özellikle davacı eşin «destek olabileceği sürenin belirlenmesinde bugün genellikle P.M.F. yaşama tablosundan yararlanılmaktadır». Ölenin çocuklarının (öğrenim durumları ve yüksek öğrenim yapımı yapamayacakları, kız çocuklarının bulduktan ortam itibarıyla muhtemel evlenme- yaşlan, çocukların sağlık durumları, «erkek çocuklarının askerlik yapacakları» gözönünde tutularak) destekten yoksun kaldıkları yaş sınırları, tazminat raporu alınmadan önce mahkemeye tespit edilmelidir: Kural olarak yüksek Öğrenim yapabilecek çocuklar için bu yaş sınırı 25, öğrenim yapmayan «kız çocuklarının evlenme yaşı 20 ve yüksek öğrenim yapmayan erkek çocuklar bakımından da desteğe muhtaç oldukları yaş sınırı 18 ila 20» olarak kabul edilmektedir. Ölen desteğin gelirinin destekten yoksun kalanlara dağılışı oranlarının tesbitinde de 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 23. maddesi ile T.C. Emekli Sandığı mevzuatı kıyasen uygulanmaktadır. Eşin evlenme şansı olup olmayacağı ve ev-

lenme şansı varsa bunun nisbeti (yaşı, çocuk adedi, yaşadığı ortam, sosyal ve iktisadi durumu, aile bağları gibi özel hal ve şartlara göre) hâkim tarafından takdir edilmelidir; bunun takdiri bilirkişiye bırakılamaz.

Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin ölümü tarihinden itibaren muhtemel desteği tarihine kadar destekten yoksun kalanlara muayyen aralıklarla yapacağı irad şeklindeki yardımlar paketinden ibarettir. Başka bir anlatımla, destekten yoksun kalma tazminatı davacıları belirli zaman dilimleri (1 aylık, 3 aylık veya yıllık gibi) içinde maruz kalacakları zarar miktarlarının tazminini istemektedirler. Bu niteliği itibariyle destekten yoksun kalma tazminatının; desteğin ölümü tarihi ile hüküm tarihi (ki bu tarih hükme en yakın bilirkişi raporu tarihi de olabilir) arasındaki dönem için işlemiş tazminat, hüküm «hesap» tarihinden sonraki dönem için de işleyecek tazminat olmak üzere iki dönem halinde hesap edilmesi gereklidir. Bu şekildeki hesap tarzı, esasen irad şeklinde hesap edilen tazminatın peşin ödeme değerinin bulunacak bölümünün bilinmesi bakımından da zorunlu bulunmaktadır.

Desteğin ölümü târihi ile muhtemel hüküm tarihi arasındaki dönem için hesaplanacak işlemiş tazminatta esas alınacak ücret, desteğin ölümü tarihindeki net gelirdir. Bu net gelirin hesaplama tarihine kadar ki artışları (çalıştığı, kurumdan emsallerine göre) sorulup tesbit edilebilir; mümkün olmadığı takdirde delillere ve mevzuat hükümlerine göre bilirkişiye tesbit ettirilir. Çünkü, bilinen veya bilinebilecek gerçek varken (başlangıç net gelirin muayyen nisbette arttırılması suretiyle) varsayım yoluyla tesbit edilecek gelir üzerinden işlemiş tazminat hesabı yapılamaz, öte yandan, işlemiş tazminat hüküm tarihinde hemen ödenmesi gerekli bir tazminat türü olduğundan, onun peşin ödeme değerinin bulunmasına (başka bir deyişle Iskontoya tabi tutulmasına) ayrıca gerek yoktur.

işleyecek tazminatın hesaplanmasındaki başlangıç net gelir, hüküm «hesap» tarihi için belirlenen gelirdir. Bu gün için Yargıtay'ın istikrarla uygulaması, işleyecek tazminat hesaplanırken, yıllık ücret artışı değerinin % 10 ve bu suretle irad şeklinde hesaplanan tazminatlar toplamının peşin ödeme değerinin bulunmasında da uygulanacak iskonto oranının % 10 olacağı yolundadır.

Açıklanan olgular önceden mahkemece tesbit edilmeden tazminatın hesaplatılması, yukarıda yazılı esaslara uygun hesaplamayı içermeyen ve denetime de açık olmayan yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olmakla hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda 1 nolu bendde yazılı nedenlerle taraflar yararına olmak üzere **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre öteki itirazların şimdiden incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harçların istek halinde geri verilmesine 18.2.1992 gününde bozmada oybirliği ve gerekçesiyle oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY: Dava destek tazminatı isteğine ilişkindir. Mahkeme destek tazminatının belirlenmesine esas alınacak olguların belirlenmesi ve hesabını tamamen bilirkişilere bırakmış ve özellikle hesaba alınacak olguların (evlenme şansı gibi) değişik değerlendirilmesi nedeniyle, üç bilirkişi raporunda çelişik zarar ve tazminat miktarları ortaya çıkmıştır.

Yargıtay denetimi sırasında, destek tazminatı gibi ileriye dönük ve geniş ölçüde varsayımlara dayanan belirleme ve hesaplamaların kim tarafından yapılacağı sorun olarak ele alınmıştır.

Yargıtay'ın da benimsediği, bu güne kadar ki uygulamaya göre: Tazminatın belirlenmesinde esas alınacak olguların (gelir-yardım oranları-evlenme şansı-destek süresi gibi).ve hesaplamaya

ilişkin matematik işlemler bilirkişiler tarafından yapılmakta idi. Nedeni ise «konunun tamamen teknik nitelikte olduğu» gerekçesi açıklanmıştı (Yargıtay 4 HD. 29.4.1988-419-448 sayılı kararı ve karşı-oyumuz).

Ancak son senelerde özellikle evlenme şansının belirlenmesinin bir takdir ve delillerin değerlendirilmesi olduğu kabul edilerek bu konuda hakimlerin belirleme yapması yolunda yargıtay kararlarıyla (Y. 4. HD. 4.4.1988 10810/331; 9.4.1991-4299/3549) başlayan gelişmelerle bu güne gelinmiştir. Şimdi Yargıtay 4.. Hukuk Dairesi, bu kararıyla, ilk defa tazminatın hesabına alınacak olguların tümünün kural olarak hakim tarafından belirlenmesini kabul etmiştir. Senelerdir savunduğumuz (Y. 4. HD. 28.4.1988-419/448 ve 22.10.1991-9020/9131 sayılı kararlara yazdığımız karşı oylara bakınız) ve çağdaş hukuk düzeninde benimsediği sonuca ulaşılması sevindiricidir.

Böyle bir sonuca ulaşılmasının dayanağı «tüm yargılama çalışmalarının hâkimin görev ve yetkisi içinde olduğu gerçeğidir. Yargılama çalışmasında, kural olarak delillerin değerlendirilmesi, olguların belirlenmesi ve takdir hakkının kullanılması hâkime ait bir görevdir. Hakim ancak bir tecrübe kurallarının belirlenmesi (teknik bilgi ve kural-bilimsel kanunlar gibi) veya çok sınırlı hallerde teknik kurallarından olguların belirlenmesinde bilirkişi görüşü alabilecektir. Bu yöntem Kara Avrupası Hukuku'nda olduğu gibi Anglo-Sakson Hukukunda da (tanık bilirkişi) genel hatlarıyla böyledir.

Bilindiği gibi yargılama bir sanattır; eski yöntem de olduğu gibi hakim yetki ve görevlerini bilirkişi adı altında da olsa üçüncü kişilere devredilmesi yargılamayı bir sanat olmaktan çıkarır ve hakimlik bir meslek memurluğu haline dönüşür; bunun

sonucu olarak da yargının güvenilirliği ve saygınlığı tartışılır hale gelmesi kaçınılmazdır (şimdiki gibi).

Yukarıda da açıkladığımız gibi, dairemizin sayın çoğunluğunun benimsediği çağdaş ve işinin özünün gereği olan yönteme biz de katılmaktayız. Ancak konunun açıklanmasında seçilen yöntem ve kararda olguların belirlenmesinde kullanılmak üzere gösterilen veriler hakkında karşı düşüncelerimiz bulunmaktadır. Diğer taraftan hesaplama işleminde tamamen bilirkişilere bırakılması görüşüne katılmamaktayız.

I — KARARIN YAZILMASINDA YÖNTEM SORUNU :

Bu kararla, Türk Hukukunda destek tazminatı gibi geleceğe yönelik tazminat hesaplanmasındaki yerleşmiş uygulama değişmektedir; şimdiye kadar bilirkişiler tarafından el yordamı ve dayanaksız kural ve yöntemlerle yapılan denetim dışı kalan işlemleri hakimler yapacaklardır. Ancak hakimler, şimdiye kadar süregelmiş hatalı uygulama nedeniyle, konuya oldukça yabancıdırlar:

Uygulamada, tazminat belirlenmesine esas alınacak olgular için taraflar hemen hemen hiç bir kanıt göstermemekte ve bu yolda tartışmalara katılmamakta; hakimler ise hiç bir olgu belirlemeden dosyayı olduğu gibi bilirkişilere vermektedir; sonuçta ise bilirkişilerin aslında hakime ait görevi üstlenerek yaptığı işlemler ve değerlendirmelere göre ortaya çıkarı raporları aynen yargı kararına aktarılmaktadır. O kadar ki, bazı mahkeme kararlarında (Ankara Asliye 6. Hukuk Mahkemesi 7.6.1990 gün ve 1989/928 E. 1990/429 K.), «maddi tazminatı uzman bilirkişi saptadığından bu konuda hakimin hiç bir takdir hakkı yoktur» diye gerekçelerle yazabilmektedir.

Bu yöntem tamamen bilirkişilerin tekelinde ve tarafların dışında geliştiğinden bilirkişi raporunda belirlenen olgulara ve hesap yöntemlerine ilişkin yapılması gereken itirazlar dahi yüksek mahkeme Önüne getirilmemekte ve sonuçta çoğunlukla bilirkişi raporları üzerinde Yargıtay denetimi dahi yapılmamaktadır. Bu durum hukukun gelişmesini de engellemiştir, işte bilgi birikimi olmayan böyle bir konuda hakimden görev beklenirken, kendisine «Yüksek Mahkeme tarafından ne kapsamda yardımcı olacağı» sorusu gündeme gelmiştir: Bu konuda iki yöntem benimsenebilir:

Birincisi: Konunun detaylarına girmeden ve ancak genel bir açıklamayla yeni yöntemi ortaya koymak ve örnek teşkil edecek verileri göstermekten olabildiğince kaçınmak suretiyle mahkemeye genel nitelikte yol göstermektir.

Bu yöntemde konunun tam açıklığa kavuşmayacağı hâkimlerin bir takım duraksamalarla karşılaşacakları doğrudur. Ancak hakim bir değerlendirme yapmadığı için Yargıtay'ın önüne gelen sorun, «tazminat belirlenirken hâkimin ve bilirkişinin yetki ve görevini belirlemekle» sınırlıdır. Varılan sonuç ise tazminatın belirlenmesine ilişkin olgular -kural olarak- hakim belirleyecek ve ancak hesap için bilirkişiye başvuracaktır. Bunun dışında bir sorun gündeme gelmemiştir.

Böyle bir bozmayla, konu hakim tarafından değerlendirilir ve bu değerlendirmeye ilgili olarak oluşan sorunlar Yargıtay denetimine gelirse o zaman ortaya çıkan sorunlara kapsamlı araştırma ve tartışmalarla çözüm yolları gösterilir.

Ancak bizim önerdiğimiz böyle bir dar kapsamlı bozma önerisi kurulumuz çoğunluğunca benimsenmemiştir.

İkincisi: Konunun aydınlatılmasıyla ilgili olabildiğince geniş kapsamlı bir bilgiyi uygulamaya aktarmak suretiyle hakimlere yol göstermektedir. Ancak ilk bakışta yararlı olacağı kabul

edilebilecek böyle bir yöntemin bir takım sakıncaları da beraberinde getireceği de gözardı edilmemelidir:

Özellikle geleceğe yönelik tazminatın belirlenmesinde esas alınacak veri ve yöntemlerde bilgi eksikliği yalnız ilk derece mahkemeleri için söz konusu değildir; yukarıda açıklandığı gibi Yargıtay'da da, eski çağ dışı yöntem, bilgi birikimi oluşmasını önlemiştir. Diğer taraftan öncelikle varsayıma dayanan bir alanda olabildiğince istatistiki bilgilerin aranması ve bu yolda gerekli istatistiki bilgilerin elde edilmesi için ilgili kurumlardan yardım sağlanması da gerekir. Ancak aşağıda açıklanacağı gibi bu konuda mevcut olan bilgiler dahi araştırılmamıştır. Diğer taraftan bu konuda karşılaştırmalı hukukta çok kapsamlı çalışmalar, ve yüksek mahkeme kararları vardır; bunlardan yararlanılması konuya canlılık ve olgunluk getirecektir.

Böyle bir bilgi birikimi sağlanmadan ve Yargıtay denetiminin kapsamı da aşılarak konuya kapsamlı girmek şimdiki olduğu gibi hataları da beraberinde getirir. Bizim önerdiğimiz gibi konuya, bilinçli bir incelemeyle, sırası geldiğinde girmek sorunların daha gerçekçi ve bilimsel ortaya konmasına yardımcı olacaktır.

2 — KARARDA ORTAYA KONULAN VERİ VE YÖNTEMLERİN ELEŞTİRİSİ:

a — Geleceğe yönelik bir durumun belirlenmesi büyük ölçüde varsayımlara dayanır: Kişinin yaşam süresi-destek süresi gibi. Bu nedenle istatistiki bilgilerden yararlanma yargıyı keyfilikten kurtarır. Daire bozmasında yaşam ve sürelerinin belirlenmesinde bu konuda Ülkemizdeki istatistiki bilgiler araştırılmadan sonuçlara gidilmiştir :

aa — Kararda 1932 yılında Fransa'mda kabul edilen P.M.F tablosundan yararlanılarak yaşam ve destek süresinin belirlenmesi Önerilmiştir.

Çağdaş uygarlığa erişme amacıyla olan ülkemizde, 1932 yılında bir yabancı ülkenin istatistik tablolarına dayanılmasının başlanacak yönü olmamalıdır. Bu konuda çalışmalar yapılmamış ise ilgili ve yetkili kurumlar çalışma yapmaya teşvik edilebilirdi. Ancak bir süre önce yaptığımız araştırma, Devlet İstatistik Enstitüsünün 1966-1967 verilerine göre yaşam tablosu yaparak yayınladığını ortaya koymuştur (Devlet İstatistik Enstitüsü Türkiye Hayat Tabloları 1966-1967, sh: 8-9 da yaş guruplarına göre yaşama ümidi). Enstitü'nün çalışmaları bununla da kalmamış, 1992 yılında yayınlanan ve nüfus araştırmalarını içeren kitapta 1989 verilerine göre kısaltılmış yaşam tabloları düzenlenmiştir. (1989 Türkiye Nüfus Araştırmaları - Turkish Demographic Survey-TC. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü yayını sh: 101 de tablo 39).

Ancak İstatistik Enstitüsü'nün bu yayınlanan tabloları yaş guruplarına (5 ve 10 yıllık) ve kısaltılmış olarak hazırlanmış olduğundan uygulamada yararlanma olanağı kısıtlıdır. Ancak özel girişimimizle Enstitü Başkanlığı uygulanabilecek nitelikte tek yaşlara göre yaşam tablosunu da hazırlamış ve bize göndermiştir (Devlet İstatistik Enstitü Başkanlığı'nın 18.3.1992 gün ve SL. DMK 906-71 sayılı yazılarıyla). Bu kullanılabilir nitelikteki tablolar en kısa zamanda Yargıtay Dergisinde ve Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün IX Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları sempozyumunda sunulan Prof Tahir Çağa'nın tebliğinin eki olarak yayınlanacaktır.¹¹

Yargıtay'ın, bu yolda araştırma yapmadan ve kurula açıkladığımız ön bilgileri tartışmaya almadan 1932 yılında yapılan

¹¹ Bkz. Ek 4.

Fransız tablolarım kaynak olarak göstermesi her halde eleştirilere hak verecek ortamı yaratmıştır.

bb — Destekten yoksun kalan çocukların destek süresinin belirlenmesi için de istatistiki bilgilerden yararlanma olanağı araştırılmadan sonuca gidilerek, kararda «kız çocuklarının evlenme yaşının 20 olduğunun kabul edildiği» açıklanmıştır. Dayanağı gösterilmediği için bunun bilimsel olarak kabul edilebilirliği düşünülemez. Bu konudaki var olan istatistiki bilgiler, bu yargının doğruluğunu daha belirgin ortaya çıkaracaktır: Devlet İstatistik Enstitüsü son yayınında kızlarda ortalama evlenme yaşının 21.81 olduğunu belirlemiştir (1989 Türkiye Nüfus Araştırmaları sh: 25).

b — Kararda yüksek öğrenim yapabilecek çocuklar için yaş sınırı 25 olarak kabul edilirken yine hiç bir dayanak da gösterilmemiştir. Oysa bu gün 17 yaşında lise öğrenimi bitmekte sırasıyla iki yıllık bir yüksek öğrenim 19-dört yıllık yüksek öğrenim 21 ve altı yıllık yüksek öğrenim 23 yaşında tamamlanmaktadır. Bunların ortalaması ise $(19 + 21 + 23 : 3)$ ise 21 yaştır, işte öğrenim yaş sınırı belirlenirken böyle gerçek olgulara dayalı tartışma yapıp sonuca gidilseydi her halde 25 yaş sınırı kabul edilmeyecekti.

b — Diğer taraftan kararda, ölenin çocuklarının destekten yoksun kaldıkları yaş sınırlarının belirlenmesinde göz önünde alınması gereken verilen sayılırken «erkek çocuklarının askerlik yapacaklarının da gözönünde tutulması» önerilmiştir. Oysa askerlik döneminde erkek çocukların bakımını devlet üstlenmiştir. Devlet, yedeksubaylara devlet memurları gibi maaş vererek, erlerinde yiyecek, giyip ve barınmalarım bizzat karşılayarak babanın desteğini ortadan kaldırmaktadır. Askerlik olgusu babanın değil çocuğun destekliğinin sözkonusu olduğu hallerde gözetilir.

c — Destek tazminatıyla ilgili belirlemelerin bilirkişiler tarafından yapılması ve bunların sonuçlarının kararlara aynen alınması ve Yargıtay, denetiminin çeşitli nedenlerle yapılmaması nedeniyle, desteğin ölümü ile geride kalan eş ve çocuklara ne oranda yardım yapılacağı yolunda ne belirli bir yöntem geliştirilmiş ve ne de bu konuda uygulamada örnek teşkil edecek Yargıtay kararları oluşturulabilmiştir.

Bu sorun bir yargıtay denetimi sırasında gündeme gelmiş ve daire «bu konuda tarafların kanıt göstermemesi halinde ve istatistiki bilgiler oluşuncaya kadar uygulamada birliği temin amacıyla yalnız Sosyal Sigortalar Kanununun 23. maddesinde kabul edilen oranların kıyas yoluyla esas alınmasına karar vermiştir (Y. 4. HD. 6.6.1991 gün ve 6058/5955 sayılı). Gerek Örnek" kararda belirlendiği gibi ve gerekse şimdi karşı oy yazdığımız bu kararın ilk ön görüşmelerinde sosyal sigortalarla ilgili özel kanundaki düzenlemenin kıyasen uygulanması görüşüne biz de katılmıştık. Ancak bir taraftan yaptığımız inceleme ve araştırmalar diğer taraftan da TC. Emekli Sandığı mevzuatının da kıyasen uygulanacak duruma getirilmesi nedeniyle görüşümüzü değiştirmek zorunda kaldık.

Bu nedenle sayın çoğunluğun oluşturduğu kararda «destek oranlarının belirlenmesinde» Sosyal Sigortalar ve Emekli Sandığı mevzuatında yer alan kuralların kıyasen uygulanması görüşüne katılmıyoruz:

Bu konuda öncelikle şu kabul edilmelidir. Yargı kararlarına konu olan olayların birbiriyle benzerliği, aynılığı söz konusu olamaz; olaylar daima kendine özgü olarak daima tekdir, bir nehirde ancak bir kerre ykanabilirsiniz özdeğişimi gibi. Yargının baş amacı olan adaletin gerçekleştirilmesi için; her olay kendi içinde değerlendirilerek yani somutlaştırılarak ak hakkaniyete ulaşma olanağı vardır. Değişik olaylarda bir şablon gibi özel

düzenlemelerde sosyal amaçlar ve ekonomik olanaklarla kabul edilen kuralların uygulanması yargıyı sanat olmaktan çıkarır.

Karşılaştırmalı hukukta yaptığımız incelemede ~ (Staffur / Schaetzle Barwerttafen; P.Marco, Zenruffinen, la Peztede Soutien) destek oranlarının belirlenmesi her olayın özelliği içinde hakim tarafından değerlendirilmekte ve ilk derece mahkemelerinin yaptığı değerlendirmelerin denetimi sırasında oluşan yüksek mahkeme kararları uygulayıcılara örnek olmaktadır. Ancak özellikle İsviçre'deki bu uygulama eleştirilmekte ve kafadan atma el yardımı ile yapılan bu belirlemelerden vazgeçilmesi önerilmektedir (P. Marco age sh: 75). Yine İsviçre hukuk öğretisinde «destek tazminat miktarım tayin etmek için kıyas yoluyla dahi olsa hakimın hususi kanunlardaki hükümleri - (örneğin dul kadın için % 30 gelir ayıran LAMA Kanunu) tatbik etmemesi» önerilmektedir (Georges Borosset, Muinden (destekten) Mahrumiyet Ferit H. Saymen Çevrisi İÜHFM sh: 331). Özellikle özel kanunlardaki düzenlemelerin emekli maaşını esas aldığı da unutulmamalıdır.

Daire kararında önerilen bu son yöntemle (6.6.1991 günlü karardan farklı olarak) Emekli Sandığı Kanunundaki düzenlemelerin de kıyas suretiyle uygulanmasını kabul edildiğinden, yöntemin, temelinde var olan adaletsizliği daha da arttırmıştır: Sigortalı eşe 23. maddeye göre yapılacak yardım oranı % 35-50 iken bu oran Emekli Sandığı Kanununda % 50-75 olarak kabul edilmiştir. Özellikle Emekli Sandığı kanunu ile kabul edilen yüksek oranların sorumlu kişileri yargı önünde hak etmedikleri ağır sonuçlarla, karşı karşıya bırakacağı da gözardı edilmemelidir.

Bu konuda özellikle karşılaştırmalı hukuk incelenerek tartışmalar yapılırdı daha sağlıklı sonuçlara ulaşılabirdi:

Orada eleştirilmekle beraber İsviçre'deki gibi konu tamamen hakimlerin takdirine bırakılabilir ve bu yoldaki kararların

Yargıtay denetiminde oluşacak Yüksek Mahkeme kararları hakimlerin yararlanacağı kaynağı oluştururdu.

Veya desteğin sağlığında katlandığı giderler: Değişebilen giderler ile değişmeyen giderler ayrımı ve Devlet İstatistik Enstitüsünün Hane Halkı Gelir ve Tüketim Anketi Sonuçları adlı yayındaki tablolarından (ham veri) yararlanılarak her olay ve yöreye göre adil sonuç alacak yöntem geliştir ve olanağı da vardır.

Son olarak bu konuda orta veya düşük düzeydeki gelire sahip olanlarla yüksek düzeyde gelire sahip olanlar arasında aynı destek oranının kabul edilmesinin hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmayacağı, yüksek gelirlerde destek oranının daha düşük tutulmasının yaran olup olmayacağı daire kararında tartışılması gerekirdi.

d — Tazminatların belirlenmesinde % 10 gelir artışı ve % 10 iskonto uygulaması Yargıtay uygulamasında giderek yerleşmiş olduğu gözardı edilemez. Konunun özüne inilemediği ve ekonomik veriler ve gelişmeler incelenmeden araştırılmadan karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler gözönüne alınmadan konulan bu kuralın ülke çapında birliği sağladığı gerekçesiyle savunulması mümkün değildir. Bu sorun da bir çok konuda olduğu gibi değişmez doğru gibi kemikleşmeden tekrar bilimsel veri, gerçekler ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerle birlikte ele alınması gerekmektedir.

e — Çoğunluk görüşünün, hesap işlerini bilirkişiye bırakılması yolundaki değerlendirmesi ülke gerçekleri açısından doğru olabilir. Ancak bunu kesin olarak kurallaştırma görüşüne katılmak mümkün değildir. Bilindiği gibi bu hesap işlemleri çoğunlukla avukatlar tarafından yapılmaktadır. Bir avukatın yapabileceği bir işlemi hakim yapamayacağı baştan kabul etmek hatalıdır. Bu günkü teknik ve bilimsel araç ve gereçlerin varlığı da düşünülmelidir. Bu nedenle hakim, diğer

değerlendirmelerle birlikte hesap işlemini yapabiliyor ve bunu kararın gerekçesinde açıklayabiliyorsa bu konuda bilirkişi zorunluluğu gündeme getirilmemelidir.

Diğer taraftan Yargıtay kararlarında hesap işlemlerinde kullanılan yöntemler zaman içinde doğru olarak belirlenip hakimlere yol gösterildiğinde «yargılama çalışmalarının hakime ait olduğu kuralı» daha kapsamlı olarak uygulanacak ve uygulamada belirli ölçüde birlik de sağlanacaktır.

Bu nedenlerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Üye

Çetin Aşçıoğlu

(EK 4)

Devlet İstatistik Enstitüsü' nün Türk Yaşam Tablosu ¹²

TEK YAŞLARA GÖRE BEKLENEN ÖMÜR (YIL) (*) (**) f*

(1989)

ERKEK				KADIN			
Yaş	Beklenen ömür	Yaş	Beklenen ömür	Yaş	Beklenen ömür	Yaş	Beklenen ömür
	e.o		e.o		e.o		e.o
0	63.26	37	34.30	0	66.01	37	36.44
1	67.19	38	33.42	1	69.41	38	35.52
2	66.46	39	32.53	2	68.70	39	34.61
3	65.73	40	31.64	3	68.00	40	33.69
4	65.00	41	30.82	4	67.29	41	32.83
5	64.27	42	30.00	5	66.58	42	31.98
6	63.29	43	29.18	6	65.60	43	31.12
7	62.31	44	28.36	7	64.63	44	30.27
8	61.32	45	27.54	8	63.65	45	29.41
9	60.34	46	26.72	9	62.68	46	28.55
10	59.36	47	25.90	10	61.70	47	27.70
11	58.41	48	25.08	11	60.74	48	26.84
12	57.45	49	24.26	12	59.78	49	25.99
13	56.50	50	23.44	13	58.83	50	25.13
14	55.54	51	22.71	14	57.87	51	24.38
15	54.59	52	21.99	15	56.91	52	23.62
16	53.63	53	21.26	16	55.95	53	22.87
17	52.68	54	20.53	17	54.99	54	22.11
18	51.72	55	19.81	18	54.04	55	21.36
19	50.77	56	19.08	19	53.08	56	20.61

¹² DİE 1999 yılında yeni yaşam tablosu yapmıştır; uygulamada yargıç DİE'nden bu yeni tabloyu istemelidir.

20	49.81	57	18.35	20	52.12	57	19.85
21	48.88	58	17.62	21	51.19	58	19.10
22	47.95	59	16.90	22	50.27	59	18.34-
23	47.02	60	16.17	23	49.34	60	17.59
24	46.09	61	15.56	24	48.42	01	16.96
25	45.17	62	14.96	25	47.49	62	16.33
26	44.24	63	14.35	26	46.56	63	15.70
27	43.31	64	13.75	27	45.64	64	15.07
28	42.38	65	13.14	28	44.71	65	14.45
29	41.45	66	12.53	29	43.79	66	13.82
30	40.52	67	11.93	30	42.86	67	13.19
31	39.63	68	11.32	31	41.94	68	12.56
32	38.74	69	10.72	32	41.03	69	11.93
33	37.86	70	10.11	33	40.11	70	11.30
34	36.97			34	39.19		
35	36.08			35	38.28		
36	35.19			36	37.36		

(*) Uygulamada kullanılabilir nitelikte Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bilimsel verilere göre hazırlanmış ilk yaşam tablosudur.

(**) Sayın Çetin Aşçıoğlu tarafından gönderilmiştir.

(***) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ölüm ve Cismani Zararı Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu sh. 213.

(EK 5)

**İsviçre Federal Mahkemesi' nin Ayırtım Gücünün
Belirlenmesine ilişkin Kararı**

Federal Mahkeme'nin ikinci Dairesi'nin Bayan (M.) ve dava arkadaşlarına karşı (B.)'nin açtığı davada (karar 'düzeltmesi) suretiyle 23 Mayıs 1991 tarihinde verdiği hükmün özeti:

, Medeni Kanun 8, 16, 467, 519/1. bent 1. Akıl hastalığından rahatsız bir şahıs tarafından el yazısı ile yazılmış bir vasiyetnamenin geçerliliği.

1. Ölümüne bağlı geçerli tasarruf ehliyeti: Uygulanabilir ilkeleri hatırlatma, (gerekçe 2).

2. Bu davada, belirleyici an için, temyiz kudretini haiz vasiyet ehliyetsizliği yeterli belirginlikle ispatlanmış değildir (gerekçe 3b).

Gerekçelerin Özeti

2. Geçerli olarak bir vasiyet suretiyle tasarrufta bulunabilmek için temyiz kudretini haiz olmak gerekir (MK. m.467); akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle (MK.m.16) mantıklı olarak hareket edemeyen kişi tasarruf ehliyetinden mahrumdur; muamelenin yapıldığı esnada tasarruf ehliyeti bulunmayan bir kimse tarafından yapılan ölümüne bağlı bir tasarruf iptal edilebilir (MK. m.519/1,bent1).

a) isviçre Medeni Kanunu anlamında mantıklı olarak hareket edebilme yeteneğine sahip olan kimse temyiz kudretini haizdir (MK. m. 16). Bu şekilde belirlenen temyiz kudreti iki unsuru içerir: Fikri unsur, belli bir muamelenin anlamını, sebep ve sonuçlarını değerlendirme yeteneği ve iradi veya karaktere has bir unsurdur. Bu da kişinin serbest iradesine göre, mantıklı bir anlayış içinde hareket etme yeteneğidir (ATF 111 V 61 consid. 3a,

901111/12 consid. 3, 77 II 99/100 consid. 2; cf. GROSSEN, *Les personnes physiques, traite de droit civil suisse*, U/2, p.36; DESCHENAUX/STEINAUER *Personnes physiques et tuelle*, 2e ed. p.22, n.79-81; WERRO, *La capcite de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabiite*, Fribourg, 2e ed., 1986, p.28 ss. n. 144-174). Bundan fazla, İsviçre hukukunda temyiz kudreti nispidir: Soyut olarak değil, somut olarak belli bir muameleye, onun niteliğine ve önemine göre değerlendirilmelidir (ATF 10 II 276 consid 3 102 II 367/368 cönsıd 4), muamelenin yapılışı esnasında istenilen yetenek mevcut olmalıdır (ATF 111 V61 consid. 3a, 108 V 128 consid. 4b, 90 II 12, consid. 3; SJ 1988 p.286; cf. GROSSEN, öp. çit., p.38; DESCHENAUX/STEINAUER, öp. çit., p. 22/23, n. 82/82a; VVERRO, öp. çit., (3. 38/39, n. .194/195).

Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti söz konusu muamelede,veya yapıldığı esnada mevcut olmalıdır. Söz konusu muameleye göre veya muamelenin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. (ATF 44, 2, 118; ss; TUOR n. 2 art. 467 cc). Bu belirleyici andan önce veya sonra ehliyetsizlik var ise bu durum miras bırakanın tasarruflarını yazdığı andaki akli durumundan anlaşılabilir. Bu durumda, çözüme kavuşturulacak sorun Bayan (R)'nin genel bir tarzda mantıklı hareket etme yeteneğinden mahrum olup olmadığını bilmek değil, ihtilafli vasiyetin yapıldığı anı dikkate almaktır (Arescz S karşı Z 14 Mart 1945 ve J sp 19 Aralık 1957); böyle bir muamele mali duruma ve vasiyet edenin arzularına göre basit tasarrufları ve anlaşılması kolay muhtevayı veya Krummenacher c. Eiholzer kararlarında olduğu gibi yazımı güç tasarrufları ihtiva edebilir (ATF 39 II 196 ss), Bruggisser-Zehnder et isler c. Seiler et consorts davalarında olduğu gibi (ATF 44 II 114 ss). Varsayımların birinde ve diğerinde tasarruf edenin mantıklı olarak ve haklı, dengeli, hakkaniyete dayalı hareket etmesi istenmez; temyizden mahrumiyet için tuhaf herhangi bir tasarruf, kıstas olarak dikkate alınabilir f ATF 39 II 198 gerekçe 3' Thor n. 3 art 467 cc). Buna

karşın, iptal edilebilirlik sadece kişinin ne yaptığını mantıklı olarak kavrayamadığı zaman değil, gördüğü ve anladığı halde tâbi olduğu bir etkiye dayanma gücü bulunmadığı zaman da mevcuttur (ATF 39 II 200, 55 II 229 consid. 4, 77 II 99/100 consid. 2, 90 II 11/12 consid. 3 et leş arrets cites).

O halde, söz konusu muamele mantık dışı ise, temyiz kudretinin yokluğunu kabul etmek gerekir. Fakat kanun anlamında bir kişinin temyiz kudretinden mahrum olması ancak en azından kısmi olarak, Medeni Kanununun 16 ncı maddesinde sayılan sebeplerden biriyle yani akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle, söz konusu faaliyet sektöründe ve özel durumlarda yeterince ciddi anormal durumların mantıklı hareket yeteneğini gerçekten bozduğunun bilinmesi ile olur (ATF 88 IV 114). Akıl hastalığı ile devamlı olan psikolojik bunalımları anlamak gerekir. Bu bozukluklar, buna yakalanan şahsın dışa yansıyan tavırlarında belirgin biçimde, nitelik ve derinlik itibariyle bilgisiz bir kimsenin dahi fark edebileceği düzensiz sonuçlar gösterir. (ATF 85 II - 460 consid. 3;62 II264; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 24 n. 88, qui citent SCHNYDER/MAURER, n. 26 ad art. 369 CC). Hastalığın altüst ettiği gerekçe olmayıp hayali olan sabit fikirler ekseriyetle böyledir (Zvvangsvorstellungen, VVahrtideen), (9 Mart 1972, gerekçe 3a kararı).

b) Temyiz kudreti kural olarak vardır. Onun var olduğu kabul edilir. Onun bulunmadığının İsbatı onun yokluğunu iddia edene düşer (ATF 108 V 126 consid. 4, 98 la. 325, 90 II 12 consid. 3 et le references). Fakat bu ispat hiçbir özel kayda tabi değildir (ATF 98 la, 325 91 II 338 consid. 8, 90 II 12 consid. 3 et leş arrets cites); ciddi her kuşkuyu içeren büyük benzerlik yeterlidir - özellikle Ölmüş bir şahsın aklı durumu söz kopuşu olduğu zaman, - zira eşyanın tabiatı onun mutlak olarak isbatını imkânsız kılmaktadır (ATF 91 II 338 consid. 8, 90 II 12 consid. 3, 78 11,199, 74 II 205 consid. 1 et leş arrets cites; SJ 1988 p. 286).

Reşit bir kimse söz konusu olduğunda, onda genellikle temyiz kudreti vardır, o halde temyiz kudretinin yok olduğunu gösteren olayları ortaya çıkarmak mirasta hakkı olana ve vasiyetnameye karşı çıkana düşer (ATF 56 II, 161 consid. II). Gerçekten, Medeni Kanun'un 8 inci maddesi bu davada olduğu gibi kanunun özel bir kanıt kuralını öngörmediği bütün hallerde uygulanır. Buradan kendiliğinden, kıstaslar arasında, sorumluluklarının bilincinde olan kişiler hakkında tecrübesi bulunan ve vasiyet edeni tanıyan kişilerin bulunduğu hükümler doktorların fikirleri kadar ağırlık kazanır.

Vasiyeti yaşatmanın düşüncesiyle, temyiz kudretinin yokluğunun ispatı ciddiyetle değerlendirilmelidir (Arret c. çite). Bununla birlikte, bu ispat özel ispatı gerektirmez (yukarıda c'de anılan karar). Böylece örneğin, hâkim Medeni Kanun madde 501 ve 502 hükümlerine uygun olarak, vasiyet edenin tasarrufa ehliyetli görüldüğü şeklindeki şahit ifadeleriyle bağlı değildir. Bu anlamda, Federal Mahkeme (ATF 39 II 199-200 consid. V.) 22 Haziran 1881 medeni ehliyetine dair. Federal Mahkeme yasasının yürürlüğü zamanında Kanton makamlarının yaptığı gibi resmi memurun beyanlarına değer verip ona bağlı kalmayı kabul etmiyordu. Aynı şekilde vasiyet edenin ehliyetli olup olmadığına karar vermek için bir vasiyetnamenin şahit ifadelerine bağlı kalmayı da kabul etmiyordu. Özel bir hüküm yokluğunda Medeni Kanun'un 8 inci maddesi gereğince sağlık raporu zorunlu olabilir. (ATF 108, V, 126, cc. 4, 98, 1a, 325). Durum, hâkimin bizzat kendi bilgileri ışığında sorunun çözümlenemediği hallerde zorunludur (ATF 47,126). Fakat bilirkişinin doğru bir fikirden hareket edip etmediğini ve nispi karakterini hesaba katıp katmadığını, ayrıca hangi kanıtların uygun olduğunu tetkik etmek hâkime düşer (ATF 98,1a, 325). Nadiren ikinci bir bilirkişi incelemesi gerekebilir. Buna mukabil diğer isbat vasıtaları yeterli görülebilir; eğer Ölen şahsın akli durumunu tayin etmek o muamelenin

yapıldığı esnada mümkün ise kesinlikle yeterlidir (dans ce sens: ESCHER, n. ad art. 467 CC; dans un sens different; TUOR, n. 9b ad art 467 CC).

Akil hastalığı durumunda, bulanıklık sebebine rağmen mantıklı hareket etme yeteneği mevcut olabilir: Bir ara berraklık gösterdiği anda hareket eden bir akıl hastasının muhtemel durumu böyledir {ATF 108 V 126 consid. 4; DESCHENAUX/STEINAUER., öp. çit., p. 26 n. 94a; BUCHER, n.137 et 131 ad art. 16 CC; GROSSEN, öp. çit., p. 38). Fakat bilirkişi raporuna göre, akıl hastalığı mutlaka temyiz kudretinin yokluğu anlamını taşımaz. Zira tıbbın anlayışı hukuk anlayışından daha geniştir. Üstelik rahatsızlık bütün faaliyet sahalarına İnhisar etmeyebilir. Öyle ki tamamen saf bir tıbbi müşahade görülen çok açık ciddi durumlar hariç mutlaka ispat yükünü ters'çevirmez. (BUCHER, n.73 â 75 et 130 ss ad art.;16 CC et les arrêts cites, dont ATF 88 IV 114 et 44 II 449; SCHNYDER/MAURER, n. 65 â 67 ad art. 369 CC; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss deş Personenrechts, 3e ed., p. 73, n. 3.2.3.4.2.).

c) Fiili hâkim, ihtilafı muameleyi yaptığı zaman bir şahsın bulunduğu durumu, tabiatını ve muhtemel düzensizliklerin sonuçlarını serbestçe tayin eder (ATF 91 II 338). Karar, Federal tashih yargısının temyiz ehliyeti fikrine dayandığı ölçüde veya hayatın genel tecrübelerine ve yüksek derecede benzerliklere istinaden bundan çıkardığı sonuçları yeniden gözden geçirebilir: - Başka bir deyimle, hukuka uygun bir tarzda problemin ortaya konup konmadığını inceler (ATF 91 II 338, 90 II 12 consid. 3 et leş arrêts cites). Buna mukabil, temyiz eden kişi tarafından ilk derece hâkimin delillerin sonucunu keyfi olarak değerlendirdiği şeklinde bir iddiası olursa buna karşı, kamu müracaatı açıktır. Bu inceleme, Anayasanın 4 üncü maddesinin ihlâl edilip edilmediği hususunda vardır. Tabii hâkimin delillerin takdirinde keyfi davrandığı sonucuna varılırsa kamu müracaatı açıktır.

3-b) Kanton Mahkemesi, vasiyet edenin devamlı bir akıl hastalığına maruz kaldığını VG mantıklı olarak durumu değerlendirme yeteneğinin bulunmadığını, belli bir fiilin kapsamını ve sebebini anlamadığını müşahade etmiştir; işte bu yeterli ciddi çöküntü sebebiyle, vasiyet edenin akli dengesinin berrak olduğu bir zamanda 4 ve 22 Mart 1935 tarihinde vasiyetnameyi yazdığının müracaat eden tarafından ispat edilmesini zorunlu görmüştür.

Bu hukuki gerekçe, Kanton Mahkemesinin ölen kişinin hastalığının herhangi bir işlemde olduğu gibi vasiyet içinde temyiz kudretini ortadan kaldırdığına kanaat getirdiğini düşünmeye sevkeder. Genelde karar okunduğu zaman durum böyle görünmüyor. Bu konuda dayanılan olayların açıklanması derinlemesine araştırılmıştır; müteveffanın hayatı uzun uzadıya anlatılmış ve bilirkişi raporu onu ayrıntılı olarak analiz etmiştir; sonra tespit edilen müşahadeler açıklıkla sayılmıştır.' Oysa, bu özet bayan (R)' nin sağlıktan yoksun durumunun ciddiyetini "Mart 1985 ayından itibaren" kuşkusuz ifade etmektedir ve onun etki altında kalabilir olduğu anlaşılmaktadır; fakat kanton yargısı "asla bu muamelede mantıklı hareket etme yeteneğine dair hastalığın sonucunu muamelenin yapılması anı itibariyle müşahade etmemiştir" (ATF 108, V. 129 in fine).

Genelde, olayların açıklanması kısmı okunduğunda durum fazla ikna edici değildir. Bilirkişilerin bizzat kabul ettiklerine göre Mart 1985'de vasiyet etme ehliyetini kesinlikle belirleme imkânsızlığı mevcuttur. Bayan (R)'yi vesayet altına alma sözü konusu olmamıştır. Tasarruflarını hayatının son 8 ayında kendisi yapmaya devam etmiştir. Yabancı bir ülkede olduğu esnada işlerinin yönetimini başkasına bizzat kendisi tevdi etmiştir. Sonra, 1984 yılında bir apartman satın almış, bunun geçerliliği itiraza uğramamıştır. (M) lehine muhtemel bir vasiyete itiraz etme tamamen anlaşılabilir bir durumdu. Neuchâtel hukukunu seçme

ve bu seçimin gerekçesi, vasiyet edenin ne yaptığını bildiğini gösteriyordu. Mart 1985'deki diğer tasarruflarının muhtevasına gelince, onun yorumu hukuktan çıkmış olup, kuşkusuz bu münakaşa edilmiştir. Özellikle, mirasçının veya vasiyet lehtarının kim olduğu tartışılmıştır (bir avukat tarafından ve hukuki 3 düşünce üzerinde); fakat bu bilinçsizce kullanılmış deyimler meselesi olup, durumdan çıkarılan bir kıstas değildi. Bu defa, hukuki kapsam tayin edilmiş, alınan kararlar mantıklı olarak düzenlenmiştir ve tamamen haklıdır; vasiyet edenin fobilerini ve bozukluklarını göstermemektedir. Çok kıymetli bir dostunun oğlu lehinde hareket etme durumu da yoktu. Özellikle müteveffa kendi ailesinden uzakta görünüyor ve durumunu da bilmemektedir. O noktada, muhtemel bir ehliyetsizliğini düşünmedi. Bu durumda, aile fertleri de unutulmadılar: Vasiyet eden, lehlerine tasarrufta bulundu ve onlar müteveffanın mirasçıları oluyordu. Üstelik Bayan (R)'ye noter tarafından da kendisine tavsiyede bulunulmuştu. Bu da ikinci bir gerekçedir: Kanuni olarak ve ciddi surette bazı şeyleri yapmanın bilincindeydi; ayrıca müşavirinin fikirlerini aldı ve onların ne söylediğini anlamıştı.

Böylece, bilirkişilerin belirsizliği ve normal bir tutumun işaretleri mevcuttu. Bu durumda geriye İbrahim edilen delillerden hükümden çıkarılan sonuç olarak ne anlaşılması gerektiğini incelemek kalıyordu.

aa) Lozan psikososyal merkezinin yaptığı İnceleme gerçekten gerek doktrin, gerekse içtihat hukukunun gerekleri bakımından özetinde verildiği gibi belirleyici değildir. 108.V-126 ss kararında görüldüğü gibi Bayan (R), uzun zamandan beri bunahımlı olduğuna inanıyordu. Fakat eğer kronik paranoit şizofreniden rahatsız olsaydı tedavi görmüş olurdu. Psikiyatri servisinde verilen rapora göre, onun sağlık durumunda ciddi bozukluk Mart 1985'den itibaren olmuştur. "Fikri ve kavrama fonksiyonlarında bozukluk yoktu". "Zeki ve hassas" o asgari sosyal

bir uyurnu sadece "gerçeğin idrakında hassas" olarak ortaya koyuyordu. "Üçüncü şahıslarla ilişkilerinde etki altında kalabilirdi".-Kararı değişikliğe uğrayabilirdi. Vasiyetin redaksiyonu esnasında "ailesiyle olan ilişkilerin idrakındadır". Böylece bir kişi tarafından etki altında bulundurulabilir hatta iyi niyetle buna tanık olunabilirdi. (Fakat davada hiçbir baskının varlığı iddia edilmiş değildir ATF II 100; temyizde davalılar tesbit edilmemiş olan bir fiili öne sürerek bir şüpheyi ortaya koymakla yetinmişlerdir).

Bazen bilirkişiler kanaat belirtirken daha az tereddüt ederler; bir vasiyetnamenin kapsamını takdir ve Mart 1985'de bu anlayışın işlevinde .en azından tereddüt etmişlerdir. Davada, sorun olan kısma geldiklerinde şarta bağlı iade kullanmışlardır. Bu durumda, akıl hastalığının varlığı vasiyet etme ehliyetinin ispat yükünün ters çevrilmesini gerektirmez.

bb) Dinlenen tanıklar söz konusu olunca, kanton mahkemesi bir kıstasa dayanarak bir tercih yapıyor: Vefat edeni tanıyan kişiler olmasına rağmen 6 tanık dikkate alınmamıştır. Deniyor ki bu tanıklar ona tesadüfen rastlayan kişiler olup, yüzeysel asgari sosyal uyum görünümünü muhafaza edebilirlerdi,

En azından, bu şahıslardan biri olan noter için böyle bir değerlendirme hayatın. genel tecrübelerine uymaz (cf. Poudret, Sandoz Monot, Comm'anlaire de la loi Federale d'Organisation Judicaire II, P. 537 ss. no. 4.2,4.). Noter müteveffa ile iki iş yaptı: 1984 yılında (V)'nin apartmanını satın aldı, sonra Mart 1985'de vasiyetnameyi yaptı; her defasında, gördü ki müşterisinin belli bir seviyede giyimi düzgündü ve onda mükemmel bir intiba bırakmıştı. Her halükârda, noter ona vasiyetnamesinin yazılmasında resmi işleme dair İzahatta bulundu. Noterin hatırladığına göre Bayan (R), en azından bu tasarrufu, ölüme bağlı tasarruf olarak yaptığını söylemişti: Noter'in beyanı ise "onunla

müzakere ettik; bana çeşitli sorular sordu; bu vasiyetnameyi yazdık" şeklinde idi. Bu belgenin metni gösteriyor ki hukuk "mesleği icabı" noter ona bilgiler vermişti.

Noter 1984-1985 yıllarında vasiyetnamenin kesinlikle yazılışı anında müdahale ettiğinden hayatın genel tecrübesi ve müşterilerini değerlendirmede alışık olan bu kanun adamının tanıklığını yok farzetmeye izin vermez. Noterin şahsına münhasır özel şartlara istinat ettirerek beyanları karara etkili olamaz. Kanton makamı değerlendirme yapsaydı bunu belirtirdi; durum böyle değildir.

c) Buradan anlaşıldığına göre, gerek tanıklar, gerekse bilirkişilerle belirleyici anda, yeterli kesinlikle temyiz kudretiyle, vasiyet ehliyetsizliği isbat edilmiş değildir. Akıl hastalığı ve müşahade edilen fikri zayıflık, isbat yükünün ters çevrilmesini gerektirmez. Bu durumda, berraklık anını araştırmaya gerek yoktur. Ölüme bağlı olarak tam ehliyetli olup olmadığını ve sağlık durumunda belli bir süre kesiklik bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur. Temyiz kudretini haiz olma karinesine karşı dâvâlılara düşen ispat etme yükü yerine getirilmemiştir.

Karşılaştırma için

<u>İsviçre MK</u>	<u>Türk MK.</u>
8	6
16	15
467	449
519/1 bent 1	499/1 bent 1

YORUMCULAR

EJDER YILMAZ (AÜ Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)-
Değerli meslektaşlarım, değerli konuklar, hepimizi tek tek, ayrı ayrı saygılarımla selamlıyorum.

Ben de izin verirseniz konuyla ilgili bazı satırbaşlarını sizlere arz etmek istiyorum. Çetin Aşçıoğlu'nu dinledik, gerçekten bütün hukukçular gibi, kendisi de bilirkişi konusunda dolu, yani dolunun altını çizerek söylüyorum, ülkemizde bilirkişilik gerçekten çok büyük bir sorun haline gelmiş durumda. Çetin Aşçıoğlu "yozlaşma" tabirini kullandı, ben de kendisine katılıyorum. İşte Türkiye Barolar Birliği'nin bu önemli konuyu ele alması kutlanacak bir durum. Hem Türkiye Barolar Birliği yönetimine, hem de Samsun Barosu'na bu konuda bir hukukçu olarak bir teşekkür borçluyum diye düşünüyorum kendi adıma.

Efendim, bugün başlayan bu ilk tebliğ önemli bir köşe taşı olarak karşımıza çıktı. Çetin Aşçıoğlu üstadımız, bu konuda çok büyük emekleri, hizmetleri olan bir kişi. Çok güzel de bir tebliğ hazırlamış, inşallah kitap halinde çıkınca daha çok yararlanacağız. Bilirkişi, dünya literatüründe, özellikle Kara Avrupası literatüründe hâkimin yardımcısı olarak nitelendiriliyor. Aslolan hâkimdir, kararı verecek olan hâkimdir, ancak hâkimin bilgisi de bazı tekli kutuplarda yetemeyebileceğinden elbette ki bilirkişiye gitmek durumunda. İşte kanunlarda bu nedenle bilirkişi deliline ihtiyaç var. Ben, daha evvel bir çalışmamda Alman, Avusturya ve İsviçre usul kanunlarını -hukuk muhakemeleri anlamında

söylüyorum- taramıştım, yan yana koyduğumuz zaman, bizim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunuyla o kanunlar arasında hemen hemen hiç fark yok, kanun maddeleri birbirine fevkalade paralel. Ancak enteresan olan şudur, bizdeki sorunların belki yüzde 1'iyile Alman, Avusturya, İsviçreli hukukçular uğraşmıyor. Neden? Çünkü, önemli olan yasal düzenlemeler değil, yasal düzenlemelerin uygulanmasıdır. Bize fakültenin ilk sıralarında öğretmişlerdi, en mükemmel kanunlar kötü uygulayıcının elinde en kötü kanunlardır, en kötü kanunlar iyi uygulayıcının elinde iyi kanunlardır diye. İşte bilirkişilik meselesi bunun küçük bir örneğidir diye düşünüyorum.

Şu satırbaşlarını söylemek belki mümkün: Hâkim, bilirkişiye gitme ihtiyacında, bunda hiç şüphe yok, ama hangi hallerde gidecek? Bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 275'te ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 66'da gösterilen ışık var, "hâkimin kendi bilgisinin yetmediği hususlarda teknik ve özel bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye gider" diyor, ölçü bu. Bizdeki sorun, en önemli sorun, hâkim maalesef her hususu bilirkişiye gönderir hale geldi, yani neredeyse daha tensip kararını verirken dosyanın bilirkişiye havalesine diyecek hale geldi, bir defa birinci sorun bu. Her hususta bilirkişiye gitmeye gerek yok. Ayrıntılara girmeyeceğim, çünkü nasıl olsa iki gün bir sürü tebliğ var, onlarda tek tek somut konularda tartışma imkânımız var.

Demek ki birinci sorun; hâkim her konuda bilirkişiye gidiyor, bu uygulamaya son vermek lazım geliyor. İkinci sorun şu; hâkim ihtiyaç gördü, ama hâkim uygulamada şu hataya düşüyor, "dosyanın bilirkişiye havalesine" diyor, hatta bazen de yönlendirirken " tarafların haklılık durumu, kusur durumu vesaire" diye havale ediyor. Dolayısıyla bilirkişiyi yönlendirmiyor. Belki bizim kanunumuzda biraz daha üzerinde vurgulanabilir. Almanlar 1990 yılında kendi usul kanunlarını tekrar gözden geçirdiler, ona da açık hükümler koydular, "hâkim bilirkişiyi

yönlendirir” aslında kanuni hüküm koymaya da gerek yok. Hâkim ne istiyorsa, hangi konuda istiyorsa, -biraz evvel Aşçıoğlu üstadımız örnekler verdi- “şu konuda bilgi eksikliği vardır” demesi lazım geliyor. Maalesef bizde önemli bir sorun, yönlendirmiyoruz.

Bir de havale edildi, bilirkişiye gitti, bilirkişinin görevini tam yapması gerekiyor. Ancak, önemli sorunlardan bir tanesi şu; maalesef uzman bilirkişiler şu veya bu nedenlerle seçilemiyor. Yani, bilirkişinin görevini ifasında da önemli sorunlarımız var. Bir de şu raporu verdi, hâkim raporu değerlendirmede. Evrensel kural şu; hâkim bilirkişi raporuna kural olarak bağlı değil, serbestçe değerlendirmeli. Nasıl değerlendirir? Hâkim elbette ki teknik bilgisi yetmediği için bilirkişiye gitmiştir, ancak dosyayı inceler, dosyanın mantığından, sıralamasından teknik husus olmasına rağmen, “ben bundan tatmin olmadım” derse, kendisi eğer bir sonuca varmışsa, yeniden bilirkişiye gitmeye gerek kalmaksızın, ikinci bir bilirkişiye gitmeye gerek kalmaksızın hâkim karar verebilmelidir. Ama, bizim ülkemizde burada da sorun var, Yargıtay uygulaması -doğru veya yanlış- hâkime” yok, sen bunun tersine bir şey diyemezsin, bilirkişi ne diyorsa onu de, bir anlamda onu kararına geçir” diye sorun var. Bence sorunlar, global anlamda bunlar, eğer biz bu sorunları çözebilirsek ki, uygulamayla bunun çözülebileceğine inanıyorum, bu bilirkişi bir sorun olmaktan çıkacaktır. Ben, Alman hukukunda, İsviçre hukukunda ve Avusturya hukukunda araştırma yaptığımı söylemişim, Çetin Aşçıoğlu üstadımızın da söylediği gibi, o konuda, yani bizde olmadığı, bilirkişi tanık örneğinde olduğu gibi, oralarda var. Belki bizim yasal eksikliklerimizi oralardan alıp buralara getirebilir diye düşünüyorum.

Özetle, ki yarın kendi görüşlerimi ve bunun somut olarak çıkış yolunu son tebliğ bendenize ait bir tebliğ olacak, yarın akşam üstü, “orada nasıl çözebiliriz?”e ait daha somut şeyler

söyleyeceğim, onun için ben müsaade ederseniz, zamanın da kısılması nedeniyle, çünkü 10-12 dk sonra bu bölümün bitmiş olması gerekiyor, ben sözü değerli üstadımız Şükrü Salkaya'ya bırakıyorum. Arz ediyorum.

Av. ŞÜKRÜ SALKAYA (Ankara Barosu)- Değerli konuklar, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bendenize bu konuda görev verdiği için de Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkanı ve Yönetim Kurulu arkadaşlarımıza ayrıca şükranlarımı arz ediyorum.

Sayın Çetin Aşçıoğlu'nun tebliğini dikkatle hem okudum, hem de dinledim. Biz daha önce de kendisiyle böyle sempozyumlarda beraber olmuşuk. O zamanlar kısmen katılıyordum, şimdi okuduktan sonra hemen hemen yüzde yüz kendisinin tespitlerine katılıyorum ve kendisini kutluyorum.

Cidden bilirkişi kurumunun yozlaşmasından bahsedildi. Ben bunu kurum olarak düşünmüyorum, bunu yasal bir düzenleme olarak düşünüyorum ve diyorum ki; -yine Sayın Çetin Aşçıoğlu'nun da ifade ettiği gibi- yargılama sanatının vazgeçilmez bir unsurudur bilirkişi olayı. Şimdi hukuk fakültesine başladığımız gün zannediyorum ilk haftasında bir derste rahmetli hocamız bize şöyle ifade etmişti: "Kanun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği her hadisede mer'idir." Eğer bugün bir yozlaşmadan, bir sıkıntıdan, bir üzüntüden, bir rahatsızlığımız var ise ki, açık söyleyeyim, bilirkişi olayında avukat olarak en çok şikâyet eden insanlardan bir tanesi de bendenizim, ama bana da bilirkişilik görevi veriliyor ve hukukçu bilirkişi sıfatı kullanılarak veriliyor.

Müsaade ederseniz -çok ciddi şeylerden konuştu değerli iki üstadım- burada biraz havayı da yumuşatmak istiyorum. Biraz önce arkadaşlarımdan bir tanesine bir fıkra anlattım, "ben nasıl bilirkişi oldum?" Evvela bunu bir anlatmak istiyorum. Bebek

sahillerinde balık tutarken bir adam denize düşüyor. Herkes “kurtarın, aman boğuluyor” falan derken, birisi atlıyor, büyük bir çabayla hem kendisini, hem adamı kurtarıyor. Kenara çıktığı zaman herkes alkışlarken, kurtaran adam etrafına bakıyor “kim itti beni denize?” diye. Ben de nasıl bilirkişi olduğumu bilmiyorum, ben nasıl bilirkişilik yapmaya başladım, bir mahkeme tarafından görev olarak verildi bana. Herhalde orada iyi bir rapor yazdım, beğenildim, ondan sonra da 25 senedir bilirkişilik yapıyorum.

Ben şunu söylüyorum; eğer bir yozlaşma var ise, kanunun uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. 275 inci maddeden başlayarak, 286 ncı maddeye kadar gittiğiniz zaman kanun, o kadar güzel ki, bilirkişinin ne yapacağını, hâkimin hangi hallerde bilirkişiye müracaat edeceğini çok iyi anlatmış. Ama, şunu da hatırlıyorum, hem ben meslekte bu sene 34 üncü senem bitti, 35 inci seneye giriyorum. 15 sene önce böyle bir şikâyet yoktu, bu şikâyetler son yıllarda olan şikâyetler. Acaba buradaki yanlış evvela hukuk fakültelerindeki tedrisattan mı başlıyor diye düşünüyorum. Üniversitelere test usulüyle öğrenci kabul edip, üniversitelerden test usulüyle hukukçu çıkarttığımız sürece acaba biz bu sorunların üstesinden nasıl geleceğiz; bu bir -benim düşüncem-. İki; başka bir şeyi daha düşünüyorum. Herhalde yargı konusunda en önemli ve nihai merci diye düşündüğümüz makam Yargıtay olması lazım. İnanın benim elimde Yargıtay kararlarıyla ilgili ciddi bir arşivim var, özellikle bir dairenin kararlarının bozma sebepleri arasında hukukçu bilirkişi tetkikatının noksanlığından bahsedilerek, bozma yapıldığı ve iki mühendis bir bilirkişinin tayin edilmesi lazım geldiği hususu da Yargıtay kararlarında yer alıyor. Şimdi düşünüyorum, hukuki konularda hukukçuyu seçmeyeceksiniz, ama ilk önce galiba kanuna muhalefet eden veyahut kanunun bu maddesini hafife alan veyahut da yok sayan, eğer bu bir yozlaşmaysa, bu yozlaşmanın

sebebini evvela yargıçta falan değil, daha yukarılarda aramak lazım gelir gibi düşünüyorum.

Kaldı ki, sayın üstadım tebliğini çok öz bir biçimde anlattı, ben daha iyi inceleme fırsatını buldum, çok güzel benzetmeleri var, yargılama ciddi bir sanattır ve sonunda aslında şahane bir ürünün ortaya çıkması lazım gelir. Muhteşem bir tablo gibi, Monalisa gibi bir şeyin olması lazım gelir. Her kararın böyle olması lazım gelir. Böyle olacak ki, buralarda hepimiz rahat rahat oturalım, işte böyle olacak ki adil yargılandığımızdan bahsedelim, böyle olacak ki adaletten bahsedelim, böyle olacak ki namustan bahsedelim. Hâkim, bu güzel tabloyu ortaya çıkartabilmek için birtakım enstrümanlar kullanacaktır. Ressamın yağlıboya kullanması gibi, fırça kullanması gibi. İşte hâkim de, bilirkişiyi kullanacaktır, “kullanma” lafını bilerek ve düşünerek söylüyorum, bilirkişiyi kullanacaktır. Nasıl kullanacağını da hâkim kendisi kendi görüşüne göre değil, burada 11 sayfalık yazıda, 11 maddelik yazıda o kadar güzel, o kadar veciz anlatılmış ki, evvela kanun taraflara ciddi ödevler yüklüyor, davacısına da, davalısına da. Davacısına “kanıtlarını getir” diyor, davalısına da “savunmanı getir” diyor. Ondan sonra hâkime bir görev veriyor, diyor ki: “Ben, şu konuda sana gideceğim”, tarafları isticvab ediyor, soracağı soruları tespit etmesi lazım. Ama, takdir edersiniz ki bir dava dosyasında, bilirkişiye verilmiş bir dava dosyasında iddia, savunma, toplanan kanıtlara göre rapor tanzimi diye bir görev verilir ise, bilirkişi ister hukukçu olsun, ister teknik olsun ister istemez bu iddiayı, savunmayı kendi anlayışı içerisinde yorumlayacak, belki kendi hakkaniyet ölçüleri içerisinde -bakınız hukuk kuralları içerisinde demiyorum- bir sonuca varacaktır. Bu doğru mudur? Bana göre kesinlikle yanlıştır, çünkü hakkaniyeti temin etmek bilirkişinin falan görevi değildir. Hakkaniyet, hâkimin kendi adalet duygusunun ölçüsüdür. Hakkaniyet hâkime mevdu bir şeydir.

Ben, netice itibariyle şunu ifade etmek istiyorum; bugünkü sıkıntılarımız yeterli eğitimin verilmemesinden, başlıca sebebi budur. İkincisi; iş yoğunluğu mazeretine de sığınmak istemiyorum, iş yoğunluğu o kadar önemli değildir. Eğer pratik kazanmış, konusunu ciddiye almış bir hâkim dosyasına vakıf olarak işe başladığı zaman, bilirkişi enstrümanını kullanmaya karar verdiği zaman, çok güzel bir şekilde bilirkişiye çalışma alanını, çalışma çerçevesini verdiği takdirde bilirkişi, ne kendi anlayışına göre hakkaniyeti gerçekleştirebilecektir, ne de -sayın üstadımın ifade ettiği gibi- yargılaşacaktır, sorulana cevap verecek.

Vaktin epey ilerlemiş olduğunu düşünüyorum, benim bu konudaki düşüncelerim budur. Eğer bizim Usul Yasamız harfiyen tatbik edilirse, ben bunun bir sorun olmaktan çıkacağını düşünüyorum ve istenildiği şekilde insanların adil yargılanacağına ve ulaşılan sonuçlardan da tatmin olacağına inanıyorum. Hepinize saygılar sunuyorum efendim.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sayın konuklar, şimdi bu konuda soru sormak isteyen arkadaşlarımız varsa, lütfen açıklasınlar, bunları yanıtlamaya çalışalım efendim. Soru sormak isteyen var mı efendim?..

TARTIŞMALAR

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sayın konuklar, şimdi bu konuda soru sormak isteyen arkadaşlarımız varsa açıklasınlar; yanıtlamaya çalışalım . Soru sormak isteyen var mı efendim?.

Buyrun Bilal Kartal

BİLAL KARTAL- Efendim, ben Çetin Beyle, tetik hâkimliğinde, (kendisi inceleme yargıcı diyor, tabii ki çok doğru ama, bazıları “inceleme yargıcı nedir, neyi inceliyor?” diye bir kuşkuya kapılmamaları için biz tetkik hâkim, yasanın da tabiri budur) ve ondan sonra da aynı dairede dirsek dirseğe çalışmış, tuttuğuna erişmiş bir kişi. Gerçekten hukuk heyecanını bu yaşıma rağmen, bizden ve çok kişiden, genç arkadaşlardan daha heyecanla sürdüren değerli bir arkadaşım.

Sayın Aşçıoğlu dairedeyken bu bilirkişilik konusuna o zamandan bu yana şiddetle karşıdır, fakat tabii ki bu karşı olmayı kendisi için olanaklı görüyorum; ama, yasada da bir hüküm var, yani yasada da bilirkişiye gidilmesi gerekiyor. Onları kendisi de kabul ediyor. Örneğin Çetin Bey, trafik kazalarında kusurun belirlenmesinin mutlaka yargıcın yapmasını öneriyor, doğru olabilir. Şimdi, bundan vazgeçtik, bu da belki bilirkişiye gitsin, fakat bizim yargıçlarımız bugün ki, 275'deki o açık hükme rağmen, yüzde 80, yüzde 90 basın davalarında bilirkişiye gitmektedirler. Şimdi yargıçlarımızın bu şekilde gitmesini iki nedene bağlıyoruz, daha doğrusu bu olayda ve diğer pek çok konuda iki nedene bağlıyorum, bilirkişilik konuları daha çok büyük şehirlerden

geliyor, İstanbul, İzmir, Samsun, neden gidiliyor? Birinci konu; yargıç haklısınız, çok doğru, belki işin çok ağır olması nedeniyle, işte “ben bilirkişiye bunu vereyim. Bilirkişi iddia, savunma, kanıtlar ve bir de sonuca varsın” ki, bilirkişi de Allah razı olsun, kendisi de kendisine göre kanaatini de belirtiyor, hatta hatta hukuki nitelendirme yapıyor, maddeleri yorumluyor ve bir sonuca varıyor. Yargıçta bunu veriyor, belki bilmiyorum ve bunu kararına geçiriyor, önümüze geliyor.

Şimdi birincisi işin çokluğu; ikincisi yargıç bana göre sorumluluktan kaçıyor gibi geliyor bana, yani bir yerde sorumluluğu paylaşmak istiyor. Bilirkişi tabii ki birtakim bilgi birikimi ve sorumluluk altına giremeyince, bu olayı göze alamayacağını anlayınca, bilirkişiye pay biçiyor, “ben ne yapayım, bilirkişi böyle söyledi” diyor.

Şimdi bir iki olay geliyor, Çetin Bey der ki: ”Efendim, Yargıtay bu bilirkişi raporlarını irdelesin” irdelesin ama, doğrudur, ama siz günde 120 tane dosyanın tavrını aldığınız zaman bu bilirkişi raporlarını nasıl irdeleyebilirsiniz acaba, bu ağır yükün altında nasıl yaparsınız? Halbuki yargılama hani bayanlar bir dantel örer ya, onun gibi bir iş, bu danteli öremiyorsunuz, o zaman iri iri hani çok büyük şişlerle öre öre bu şekilde gidiyorsunuz. Şimdi bütün bunların içerisinde ancak böyle bir sonucu elde edebilirsiniz, başka? Bütün sorunun kaynağında bana göre şu vardır; işin çok olması, ama bilirkişilik kurumundan - yasada da olduğu için- vazgeçmek mümkün değil.

Ben şimdi bu genel açıklama ki, bu iki-üç gün devam edecektir, şöyle bir şey söyledi Çetin Bey, ben onları birazcık somutlaştırmak istiyorum. Şimdi “destek tazminatının hesaplanması bilirkişi yapmayabilir, bu özel bir bilgiyi gerektirmiyor” diyor. Tabii doğru olabilir, hakikaten bilirkişi genellikle destek tazminatını bugün Türkiye’de zannediyorum

yüzdeyüz herhalde hukukçular yapıyor, ama yargıç bunu nasıl yapacaktır, o kadar işin yoğunluğu içerisinde, bu kişinin işte ücretini alacaktır, bu ücreti yıllara göre geçmişteki olayın olduğu tarihten, rapor tarihine kadar olanı alacaktır, ondan sonra yıl yıl artıracaktır, indirecektir, bütün bunları yapacaktır ve bunları bilirkişiye vermek hukuksal olarak zorunda değildir, yargıç bunu yapabilir bana göre. Ben de yapabilirim belki ama, bunu nasıl yapacağız biz? Biz, o raporları denetlemek dahi zamanını bulamıyoruz. İşte şöylece bir iki dakikada bir göz atıp, ondan sonra “ha olmuş”, bazı kriterler arıyor, çok kendimiz içinde bulur, yahut da çok bazı çarpıcı kriterler, onlar var mı, diğer tarafa. Fazla ilgilenmiyoruz.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sayın Kartal, isterseniz hemen dağılmadan bunu şöyle bir yanıtlayayım ben, bitiriyor musunuz?

BİLAL KARTAL- Bir tane daha var.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Buyurun.

BİLAL KARTAL- Şimdi bir de işgücü kaybını dediler, daimi işgücü kaybını bilirkişi belirttiği zaman hâkim bununla bağlı olmasın, ama bu tıp bilgisini gerektiren bir olgu. Biliyorsunuz bu, Sağlık İşlemleri Tüzüğüne göre belirlenen ve bir tıp kurulu tarafından verilen bir rapor, acaba yargıç bu raporu kabul etmediği zaman nasıl bir gerekçe gösterecektir? Öyle bir gerekçe göstermesi lazım ki, bilirkişinin vardığı sonuçtan çok daha güçlü olması lazım. Başka bir şey var; zararı bilirkişi belirler, tazminatı hâkim. Zaten öyle yapıyoruz, yani zararı bilirkişi belirliyor, ama efendim işte buradaki zararın tazminata hükmederken 43 üncü maddeye göre, gerekirse 42 nci maddeye göre yine yargıç kendi takdirini yapıyor, yani biz, bilirkişi tarafından belirlenen zararı değil, gerektiğinde evet, bu zararı belirledin, ama burada sen kendine göre şöyle bir takdir hakkını da kullanabilirsin. Örneğin, söylüyorum, “efendim, işte falan kişiye ben bunu evlenme şansını

yüzde 20 aldım veyahut da ben hatır taşımamasını yüzde 40 olarak indirdim. Hayır diyoruz, somut olaya uygun değildir, şöyle yapman lazım, diyoruz ancak oranını belirtmiyoruz, çünkü yargıcın bir yerde kendi takdir hakkına da müdahale etmemek için onu bu şekilde söyleyebiliriz. Bunları siz tabii biliyorsunuz.

Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

ÇETİN AŞCIOĞLU- Bir yanlış anlamaya meydan vermemek için öncelikle şunu açıklamalıyım. Ben bilirkişi kurumuna karşı değilim; olgu sorunlarının gündeme geldiği durumlarda yargıcın bilgisinin yetmediği an bilirkişiye başvurulacaktır. Benim karşı olduğum eleştirdiğim bilirkişinin sınırlarının hukuk ve yasa buyruklarına karşın aşılması ve bilirkişilerin yargıçların görevini üstlenmesidir.

Sayın kardeşim Bilal Kartal, şimdi bir konuyu daha açıklamakta yarar görmekteyim: Çalışmalarımın, açıklama ve görüşlerimin hepsinin dayanağı vardır. Dayanağı olmayan, kökü olmayan, bilme inmemiş bir düşünce açıklamasında bulunmam. Bunu Yargıtay' daki çalışmalarımın siz çok iyi bilirsiniz, beraber çalıştık. Şimdi bunu kanıtlayacağım:

Bilal Bey arkadaşımız dediler ki : Beden gücü kayıplarından, örneğin bir kişinin kolunun kesilmesi, gözünün kör olması durumunda, örneğin doktor "yüzde 50" demişse, bu kesindir, artık bunu yargıç belirleyemez. Uzatmayayım, ben size kaynak göstereyim, lütfen inceleyin, "*bildirimde de var*" Tekinay'ın "Borçlar Hukuku" kitabında açın, orada İsviçre Federal Mahkemesi nin kararlarını uygulamasını göreceksiniz; tartışmasız son değerlendirmeyi yargıç yapacak. Yargıç, bir soruna gerektiğinde değer biçmedikçe (takdir hakkını kullanmadıkça) hakkaniyete ulaşamaz, doktorların açıklamaları bizdeki uygulamalara göre istatistiki bilgilerdir. Doktorlarda bu oranları

istatistiki soyut bilgilerden oluşmuş SSK tüzüğüne göre belirliyorlar. Ancak bu belirleme kişiye göre somutlaştırılmalıdır; işte yargıca burada görev düşüyor. Bu konuda bildirimde açıklamalar var.

Destek ve beden gücü kayıplarıyla ilgili soruna gelince: Banka Ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nde biliyorsunuz bir bilgi şöleni (sempozyum) yapıldı ve kitap olarak yayınlandı. Burada çok değerleri görüşler ve tartışmalar var, ayrıca kitabın sonunda ek olarak sunduğum Yargıtay 4. Hukuk Dairesi' nin bir ilke kararı ve benim bir karşı oyum; hepsi güzel. Tartışmalar, görüşler gerekse, karşı oylar 4. Hukuk Dairesi' nin o ilke kararı okunsa, sorgulansa yeter. Bilirkişi konusuyla ilgili bir çok sorun çözülür. Hatta yalnız destek tazminatına ilişkin 4. Hukuk Dairesi' nin ekte de sunduğum ilke kararı uygulanırsa o bile başarı. Bunları uygulamamak için iş yoğunluğu olgusu bile engel değil, biraz özen biraz bilgi yeter.

Ödencelerin (tazminatların) matamatiksel hesabına gelince yargıç yapamıyorsa bilgisi yoksa, olabilir: O zaman o konuda bilirkişiye görev verilebilir. Ancak kendisi yapmış ise bu engelenmeleri, asıl sorun burada değil; okumuyoruz, sorgulamıyoruz ve her şeyi bilirkişiye bırakıyoruz; sonra da iş yoğunluğunun arkasına sığınıyoruz. Ve karanlıkta göz kırpar gibi kararlar ve işlemler oluşturuyoruz. Unutmayalım iş yoğunluğu yargıcın çözebileceği bir sorun değil; bu yasama organının ve politikacının işi. Ancak yargıçlar, avukatlar bu düzen böyle de işliyor görünümü verdikleri sürece çözümler üretilemez. Politikacı da işler şöyle yürüdüğüne göre sorun yok deyip yatıyor ve ilgi göstermiyor.

Kusurun belirlenmesine gelince, bu konuda bildirimde ekinde geniş açıklamaları içeren bir çalışmam var. Bilirkişilik iş değildir: Tersini savunan varsa kanıtlasın. Yoksa tüm dünyadaki

uygulamayı kabul etsinler. Trafik kazalarında kusurun belirlenmesinde de bir özellik yok. Susurluk olayını inceledim ve açıkladım bilmem paylaşır mısınız? Ancak bakınız işi tamamen bilirkişiye bırakırsanız nasıl yargı hataları oluşuyor? Kuskusuz yargıç bilirkişilerden yararlanacak onlarında görüşlerine alacaktır; kuşkusuz yargıcın çözemeyeceği olgu sorunları gündeme geldiğinde ;sınırlarını aştınız mı tehlike kapıda bekliyor.

Son olarak avukat ve yargıç arkadaşlarımdan bir dileğim var. Benim bildirimim tamamını okusunlar. İnanıyorum ki bir konuda dile getirdiğimiz bilimsel kaynaklı görüşleri onlarda paylaşacaklar. İşin abartıldığı gibi zor olmadığını da görecekler :Bakınız arkadaşımız Şükrü Salkaya konuşmasında "... önceleriÇetin beyin görüşlerine katılmıyordum;bilirdirisini iki kez okudum ve dinledim; şimdi yüzde doksan dokuz katılıyorum" diye açıklamada bulundular. Lütfen okuyun,. sorgulayın ve eleştirin ve bana yazın.Unutmayın bu ne benim nede sizlerin kişisel sorunudur. Hukukun, yargıcıyla avukatıyla hukuncunun onur sorunudur, saygınlık sorunudur, toplumda giderek tükenen güven sorunudur.

İçtenlikle sevgi ve saygılar sunuyorum efendim.

2. TEBLİĞ.

BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ VE ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK

KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız; sempozyumumuzun bu bölümünde “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik” konulu ikinci tebliğ tartışılacaktır. Tebliğin sunuşlarını Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Oğuz Atalay, Gazi Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Cumhur Şahin ve Samsun Barosu avukatlarından Avukat Sayın Yaşar Öztürk yapacaklardır. Sayın tartışmacıları sahneye davet ediyorum. Buyurun efendim.

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY (Yeditepe Üniversitesi)- Değerli Samsunlular, sayın hocalarım, değerli meslektaşlarım, sevgili genç stajyer arkadaşlar; bugün gerçekten bizden önceki sabah oturumunda dile getirildiği gibi, bilirkişilik gibi Türk yargısının, hukuk hayatının kanayan yarası olarak nitelendirilen bu konunun derinlemesine değişik boyutlarıyla ele alınması, irdelenmesi, tekrar gözden geçirilmesi ve daha sonra yapılacak çalışmalara, belki yeni düzenlemelere esas teşkil edecek bazı fikirlerin ortaya çıkması bakımından bu imkânı sağlayan Türkiye Barolar Birliği'nin değerli yöneticileri ve Samsun Barosu'na tekrar teşekkürü bir borç biliyoruz.

Benim konum, daha doğrusu benim inceleyeceğim bölümü “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik” konusunda medeni yargılama hukuku alanında bilirkişilerin seçimi ve zorunlu bilirkişilik. Bilindiği üzere hâkimin bir davada, önüne gelen bir uyuşmazlıkta karar vermemesi, “ben bu vakayı yeteri kadar anlayamadım; bir karar veremeyeceğim” demesi mümkün değil. Bu ihkakı haktan istinkaf olur, yani hakkı yerine getirmekten kaçınma olur, yasaktır. Dolayısıyla hâkim, önüne gelen uyuşmazlığı nihai bir kararla çözüme kavuşturmakla yükümlüdür, görevi gereği böyledir. Kuşkusuz bu faaliyette, yargılama faaliyetinde, hüküm verme faaliyetinde iki temel mesele var: Bir;

madde mesele ki, davanın temelini oluşturan vakalar veya karşı tarafta savunmanın temelini oluşturan vakaların aydınlanması, tespit edilmesi. İkincisi; bu vakalara uygulanacak hukuk normunun hâkim tarafından bulunarak, daha sonra o olaya uygulanarak bir hüküm verilmesi. Yani, bir tarafta maddi mesele, diğer tarafta hukuki mesele yer alır. Maddi mesele bilindiği gibi taraflarca açıklanır, ortaya konur, tespit edilir. Hukuki mesele hâkimce tespit edilir, bulunur, daha sonra hâkim -Sayın Çetin Aşçıoğlu üstadımızın çok vecizane belirttiği gibi bir atılma faaliyeti ile hüküm keser, yani soyut hukuk kuralını, somut yaşam olayına uygular ve uyuşmazlığı çözer. İşte bunun için taraflar hâkimde iddialarının dayanağını teşkil eden somut vakaların kendileri bakımından gerçekleşmiş olduğunu ispat etmekle yükümlü kılınmışlardır. Buna “ispat yükü” diyoruz. Hukukumuzda kural olarak kabul edilen taraflarca hazırlama ilkesi, bu yükü taraflara yüklüyor, çünkü tarafların kendi lehlerine, özel hukuktan kaynaklanan bir menfaatleri için hüküm tahsil etme çabaları var. Doğrudan kamuyu ilk elde ilgilendiren bir husus değil. Tabii ki yargılamaya intikal etmiş bir işin, bir uyuşmazlığın adaletli bir biçimde karara bağlanmasındaki kamu yararı da inkâr edilemez, ama kanun koyucu bizim içinde bulunduğumuz kara Avrupa sisteminde özellikle bu yükü taraflara yüklemiş ve hâkimi iddia ettikleri vakaların gerçekten öyle olduğu konusunda ikna etmeye davet etmiştir. İşte bu yük yanında, yani tarafların iddialarını ispat etme yükleri yanında, aynı zamanda yargılama işindeki kamu yararı gereği, bunun sonucu olarak, kanun koyucu hâkime de davayı aydınlatma ödevi yüklemiştir. Eğer hâkim, tarafların ispat faaliyetlerinden, delil ikame faaliyetlerinden yeteri kadar -ki, bu yeterin ölçüsü kanunda aranan kanaat derecesine ulaşmadır- kanaat elde edilememişse, taraflardan ek delil sunmalarını ister, tarafları isticvab edebilir, taraf sorgusu yapar, yani taraflardan açıklama ister, işte bunu

tamamlayıcı bir husus olarak da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 inci maddesi “hâkim çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin de görüşünü alabilir” diye hâkimin davayı aydınlatma ödevinde kendisine yardımcı ek bir enstrüman daha vermiştir, bir imkân daha tanımıştır. Hâkimin hukukumuzda resen bilirkişiye müracaat edebilmesi kabul edilmektedir, yani hâkimin özel teknik bir bilgi gerektiği durumlarda mutlaka tarafların talebini beklemesine gerek yok, kendisi de bu eksikliği hissettiğinde bilirkişilerin görüşünün alınmasına karar verebilir ve bu kural, taraflarca hazırlama ilkesine tabi davalarda ve resen araştırma ilkesine tabi davaları bir fark göstermez, her iki tür davada da hâkim resen bilirkişiye başvurabilir.

Bilirkişinin seçimi konusunun açıklanabilmesi için öncelikle hangi hallerde, yani ne zaman seçilir bu bilirkişi? Bundan önceki oturumda bu konu ayrıntısıyla incelendi, o yüzden çok ayrıntıya girmeyeceğim, “hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez” diyor kanun, yani hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaz tartışmasına şu anda girmek istemiyorum konum gereği. Fakat Yargıtay uygulamamızda buna çok dikkat edilmediği bir vakadır. Hâkimin bir meselenin çözümü için özel ve teknik bir bilgiye ihtiyaç duyması kriteri esastır. Hâkim, önüne gelen maddi meselenin aydınlanabilmesi, yani atlama faaliyetine imkân verecek bir düzeyde aydınlanabilmesi için. Eğer kendisinde özel ve teknik bir bilgi eksikliği görüyorsa, bu durumda bilirkişiye başvuracaktır. Bilirkişiye başvuru konusunda hukukumuzdaki temel kriter budur. Bunun yanında bazı durumlarda tabii ki zorunlu bilirkişilik dediğimiz, resmi bilirkişilik dediğimiz kurumda kanun koyucu değişik hükümlerde hâkimin mutlaka bilirkişini görüşünü alması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Yargıtay uygulamasında hâkimin ne zaman bir meselenin çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğu konusunda karar verme yetkisi de çok değişik kararlar ile kısıtlanmaktadır. Yani, hâkimin takdir yetkisi söz konusu olan bu durumlarda Yargıtay birçok kararı ile “bu durumda bilirkişiye başvurmak gerekirken” diyerek, eksik incelemeden bozmaktadır, bu kararları hepimiz biliyoruz. Bu da doktrinde değişik yazarlar tarafından bildiğiniz gibi eleştirilen bir husustur, hâkimin bu konudaki takdir yetkisine Yargıtay çok fazla müdahale etmemelidir deniliyor. Bilirkişilerin seçimi konusunda, hâkimin ilk önce bilirkişiye müracaata karar vermesi lazım. “Evet, bu konu özel ve teknik bir bilgiyi gerektiriyor” kararını vermesi gerekir veya kanunda zorunlu bilirkişilikle ilgili bir halin olduğunu tespit etmesi gerekir. Buna bilirkişiye müracaata ilişkin ara kararı diyebiliriz.

İşte bundan sonra, bu karar verildikten sonra gerek zorunlu hallerde, gerek taraf talebi veya hâkimin resen gerek görmesi durumunda bilirkişilerin seçimi meselesi gündeme gelir. Bilirkişinin seçimi konusunda ikili bir ayırım yapılabilir. Resmi olmayan bilirkişilerin seçimi, resmi bilirkişilerin seçimi. Resmi olmayan bilirkişilerin seçimi konusunda kanun ilk söz hakkını davanın taraflarına vermiştir. Yani davanın tarafları bilirkişi üzerinde anlaşamazlarsa, bilirkişi hâkim tarafından seçilebilir. Demek ki taraflar, bilirkişilerin kimler olacağı yahut kim olacağı konusunda bir usuli anlaşma yetkisiyle donatılmıştır, Usul Hukukuna özgü bir anlaşma diyebiliriz buna. Bu anlaşmanın kapsamında neler var, hangi konularda bilirkişinin seçimi konusunda anlaşabilirler? Bilirkişilerin şahısları konusunda bu usuli anlaşma geçerli olur, yani bir Ahmet, Mehmet şeklinde ismen bilirkişilerin belirlenmesi olabilir.

Bir diğer husus bilirkişilerin kaç kişi olacağının tayininde de olabilir, yani tarafların kanaatimce, bu tartışmalı gerçi ama, taraflar bir bilirkişiyle yetinmek istiyorlarsa hâkim mutlaka “üç

tane bilirkişi atayalım” şeklinde müdahale etmemesi gerekir. Çünkü, ilk söz hakkını kanun koyucu burada taraflara bırakmıştır. Taraflar, bilirkişi seçimi hususunda anlaşamadığı takdirde söz sırası hâkime gelecektir. O yüzden tarafların yapacağı anlaşmanın iki unsuru vardır. Bir; kaç bilirkişi seçilecek, iki; seçilen bilirkişiler kimler olacaktır? Tabii burada hukukumuzda böyle bir zorunluluk, hâkimi bağlayıcı bir hüküm var mı? Yani, bilirkişiler kimi seçerse seçsin, hâkim o bilirkişilerin görüşüyle yetinmek zorunda mıdır? Böyle bir bağlayıcı hüküm, hukukumuzda mevcut değildir, Alman hukukundakinin aksine, orada böyle bir düzenleme var.

Hâkim, hangi konuda kendisinde özel ve teknik bilgi eksikliğini görüyorsa, karar veriyorsa, o konuda uzmanlara başvurulmasını isteyecektir. Dolayısıyla seçim konusunda, taraflar usulü bir anlaşma yaparken, öncelikle hâkimden bunun ön verilerini almaları gerekir, yani hâkim “şu konuda, uzmanlık alanı şu olan, nitelikleri şu olan kişiler arasından bilirkişi seçin” diye taraflara söz hakkı tanınmalıdır, imkân tanınmalıdır. İşte bu konuda anlaşma yapılamadıktan sonra, ancak hâkim kendisi resen seçecektir.

Tarafların ittifakıyla bilirkişi seçimi konusunda anlaşma tamam olur, taraflarda birden fazla kişi varsa, yani dava arkadaşlığı durumunda ne olacak? Mecburi dava arkadaşlığında mutlaka tarafların ittifakı gerektiğinden, bir taraftaki arkadaşların da ittifakla bilirkişi seçimine katılmaları gerekir. İhtiyari dava arkadaşlığında böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen, bir görüşe göre farklı farklı bilirkişiler, yani ihtiyari dava arkadaşlarından bir tanesi anlaşır, diğerini hâkim tayin ederse, aynı konuda farklı bilirkişi heyetleri teşekkül ettirmiş olacaktır, bu da uygulama bakımından sakıncalıdır. O yüzden ihtiyari dava arkadaşlığında da bu ittifak aransın görüşü pratik kaygılarla savunulmaktadır.

Tarafların seçtiği bilirkişiler görevi kabul etmezlerse ya da istifa ederlerse, bunun üzerine resen seçme görevi derhal hâkime geçmeyecektir, hâkim tekrar taraflara heyetteki eksik olan üyenin tamamlanması için bir imkân tanımalıdır. Bu olmadığında, bu konuda mutabakat sağlanamadığında kendisi seçim cihetine gidebilir.

Daha önce tanık olarak ifadesine başvurulmuş kişiler bilirkişi olarak seçilebilir mi? Bu ayrı bir sorun. Burada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla bunun kabul edildiğini görüyoruz. Bu durumda bizim kanunda düzenlenmiş bir mesele değil, tanığa ilişkin hükümler mi, bilirkişiye ilişkin hükümler mi uygulanacaktır? Böyle bir boşluk var. Tanık aynı zamanda bilirkişi olursa, Alman Hukukunda “tanığa ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde bir düzenleme var.

Evet, bilirkişi sayısı, ancak tabii bu tarafların seçiminde bir sınır var, Kanun “Bir kişi bilirkişi olabilir, üçten fazla olamaz” diyor. Demek ki taraflar da bu sınırlamaya tabidirler, yani tamamen de onların iradesine bırakılmış değildir. Sayı bakımından kanun koyucu bilirkişilerin en fazla üç kişi olabileceğini öngörmüştür. Üçten fazla bilirkişi seçilmemelidir. Uygulamada bazen bu seçim yapılmakta, dört-beş bilirkişinin seçildiği görülmektedir. İşte mutlak temyiz sebeplerden olmadığı için, yani hükmün esasına etkili olmadığı için sırf bu sebeple Yargıtayın bozmadığını da görüyoruz. Tabii netice itibariyle hükme etkili bir hata olmaması sebebiyle doğrudur.

Bilirkişi seçimi için taraflar kişi üzerinde anlayamadıkları takdirde artık bu durumda, bilirkişilerin kimler olacağı konusunda seçim hakkı hâkime geçer. Hâkim bu seçimi yaparken, mümkün mertebe usul ekonomisi ilkesini göz önünde bulundurmalı ve örneğin düşük değerdeki davalarda bir tek bilirkişiyle yetinmelidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki,

meblağ düşük de olsa, birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiren konularda bir tek bilirkişi seçimiyle yetinmek herhalde doğru olmaz, yani burada adalet ucuzluğa feda edilmemesi gerekir.

Bilirkişilerin seçiminde dikkat edilecek diğer bir husus; bilirkişilerin uzman olma zorunluluğu. Uygulamada çok şikâyet edilen konulardan bir tanesi de bu. İşte mahkeme başkatibinin bilirkişi atanması gibi ve sair. Yani, gerçekten kanunun sistemi bunlara yeteri kadar engeldir, çünkü diyor ki: “Hâkimlik bilgisiyle, hâkimin genel ve mesleki bilgisiyle çözümü mümkün olan hallerde bilirkişiye başvurulamaz”. Hukuki konularda veya başvuru teknik bir konuda hâkimden daha az bilgili olduğu kabul edilen, varsayılan, genel tecrübe kuralları gereği varsayılan kişilere bilirkişi olarak başvurulmaması gerekir. Başvuru kişinin mutlaka uzman olması gerekir. Nedir uzmanlık? Özel tecrübe kurallarına hâkimiyettir, yani belli bir alanda özel olarak bilgi edinilmesini, eğitim alınmasını, bir sanat sahibi olunmasını zorunlu kılan ve o meslekle sanatın, o bilim dalının ürettiği bilgilere hâkim, o bilim alanında üretilmiş olan özel tecrübe kurallarına sahip kişilerin bilirkişi olarak atanması gerekir. Aksi takdirde bilirkişiden beklenen yarar sağlanamayacağı gibi, usul ekonomisi ilkesine de aykırı olacaktır bu. Çünkü, vaka yeterince aydınlanmayacaktır, tekrar bir bilirkişi seçimi cihetine gidilmek zorunda kalınacaktır.

Burada daha önceki oturumda da belirtildiği gibi, bilirkişilerin seçiminde uzman olup olmama konusunda belirleyici ya da problem doğuran hususlardan bir tanesi hukuki konularda bilirkişiye başvurmadır. Şimdi “hukuki konularda kim uzmandır?” sorusunun cevabı çok net değil. Evet bu konuda akademik çalışma yapan kişiler, o hukuki konuların uzmanıdır diyebiliriz. Özel olarak belirli alanlarda ihtisaslaşmış hâkimler, yüksek yargı mensupları, çünkü hep aynı konulardaki davaların temyiziyle uğraşıyorlar, uzmanlaşmıştır diyebiliriz veya pratikte

bazı avukatların belli tür davalarda uzmanlaştığını görüyoruz, ama bunun çok objektif kriterleri yok. Problem şuradan doğuyor; hukuki konularda zaten bilirkişiye başvurulması yasak, başvururken de uzman olup olmadığına dikkat edilmeksizin başvuruluyor. İki problem iç içe aslında.

Şimdi, Sayın Çetin Aşçıoğlunun gayet isabetle belirttiği gibi, hukuki konularda bilirkişiye başvurmak mümkün değildir. Bu yasa karşısında tabii mümkün değil. Avrupa’da böyle bir düzenleme var mı? Bu şekilde net başvurulur şeklinde bir düzenleme de yok, bizim dahil olduğumuz sistemde de yok. Ancak bir ihtiyaç, pratikteki bir ihtiyaç dile getirildi, hâkimlerin iş yükü fazlalığı, karmaşıklaşan ekonomik ilişkileri düzenleyen yeni hukuk kurallarının devreye girmesi karşısında bir lisans eğitimi almış olan hâkimin artık bu kadar karmaşık hukuki problemleri teşhiste zor durumda kalacağı, hatta Sayın Hocam Yaşar Karayalçın bir toplantıdaki ifadesini duydum, Anadolu’da bir kasabadan gelen hukuki bir problemi Sayın Kartal Kalpsüz Hocayla uzun süre tartıştıktan sonra ancak bir sonuca varabildiklerini söylemişti. Bunu yeni mezun olmuş, Anadolu’ya gitmiş bir hâkim nasıl yapabilirsin? Bu bir vakadır. Evet burada sorgulanması gereken şeyler belki hukuk eğitimine kadar gidebilir, ama böyle bir vaka var. Burada müsaade ederseniz “hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaz” kuralının nasıl aşıldığı konusunda ve neden aşıldığı konusunda bir iki kelam etmek istiyorum. Aslında hâkimlerce yapılan şey, kanaatimce hukuki konuda bilirkişiye başvurmak değildir. Şu anda yapılan bilirkişiye başvuru kalıbında hukuki mütalaa, ilmi içtihat istemektir, çünkü Medeni Kanunda biliyorsunuz hüküm var! "Hâkim karar verirken ilmi ve kazai içtihatlardan istifade eder. İşte hâkim, hukuki bir konuda hukuk fakültesindeki öğretim üyelerine, tamamı hukukçulardan oluşan bir heyete başvuruyorsa, aslında onun talep ettiği “bana teknik konuda, fen konusunda, makine, motor, elektrik konusunda

bilirkişilik yapın” değil, onun bilincinde zaten o hâkim. Benim hukuki bilgim, karmaşık uluslar arası bir hukuki problemi, yabancı dil bilgisini de belki gerektiren, özel tecrübeyi gerektiren bu problemi çözmekte yetersiz kaldı. Medeni Kanunda diyor ki: “Hâkim karar verirken ilmi içtihatlardan istifade eder”. Şimdi ben sizden talep ediyorum, bana ilmi görüşünüzü içtihadınızı bildirin. Kanımca, hâkimlerce yapılan budur. Bunun, bilirkişi mütalaası, bilirkişiye başvuru kalıbı içinde yapılması şu anda bir zorunluluktur, çünkü parasını kim ödeyecek? Gerçekten mütalaa istese, nasıl, hangi kalıp içerisinde isteyebilecek? Bu çözüme kavuşturulmuş bir husus değil. O yüzden bu bir hoş görme midir? Belki bu şekilde ilmi içtihat sağlayabilmelerine imkân tanıyacak bir düzenleme yapılmasının ihtiyacını ortaya koyan bir ifade olarak algılanmasını rica ediyorum.

Resmi bilirkişilerin seçimine gelince, bazı konularda kanun tarafından belirlenmiş resmi bilirkişiler varsa, hâkim o uyumsuzluğun çözümü için o bilirkişilere de gidebilir. Şimdi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndakinin aksine bizde resmi bilirkişiler mevcut, ama mutlaka o resmi bilirkişilere başvuru zorunluluğu olmadığı kabul ediliyor. Hâkim, o resmi bilirkişilik kurumları dışında da, örneğin adli tıp dışında da tabiplerden rapor alabilir. Bizde resmi bilirkişilik deyince iki şey akla geliyor; resmi kurum ve kuruluşlara bilirkişi olarak başvurulması, ikincisi; Usul Kanunu ve diğer kanunlardaki özel düzenlemeler uyarınca seçimi zorunlu olan bilirkişiler var. Şimdi bu resmi kurum ve kuruluşlara tipik örnek Adli Tıp Kurumu. Adli Tıp Kurumu, mahkemeler, hâkimler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel, teknik görüş bildirir deniliyor. Malum, Umumi Hıfzısıhha Kanununun 10 uncu maddesine göre Yüksek Sağlık Şurası da yine bilirkişilik kurumu olarak görev yapıyor. Ancak tıp ile ilgili özel teknik bilgi gerektiren konularda mahkemeler mutlaka ve öncelikle buraya başvurmak zorunda

değiller. Burada resmi bilirkişi seçimine karar vermişlerse, buradan istemek zorundalar ve bu durumda eğer hâkim resmi bilirkişiye başvuruya karar vermişse, artık tarafların bilirkişi seçimi konusundaki anlaşmaları ve hâkimin de o konudaki takdir hakkı biraz sınırlanıyor demektir. Yani, taraflar artık orada istedikleri kişiler üzerinde anlaşamayacaklardır, kuruma başvurmaktadır çünkü. Sayısı konusunda anlaşamayacaklardır, çünkü kurum, raporu hazırlamaktadır.

Yine, özel kanunlarda da belirtildiği üzere, resmi bilirkişi kurumlarına başvurmuş olan hâkim, bu resmi bilirkişi kurumlarının verdiği raporla da bağlı değildir, yani resmi bir kuruma başvurmuş olmak, resmi kurumdan gelecek rapora göre karar verme zorunluluğunu da birlikte getirmez. Bu, kurallar “hâkim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder” ilkesinin özel bir görünümüdür.

Bunun dışında ikinci olarak bazı özel düzenlemeler uyarınca belli yerlerden, belli kurumlardan bilirkişi seçmek gerekebilir. Örneğin Kamulaştırma Kanununda olduğu gibi. Son değişiklikle - bilindiği üzere- Kamulaştırma Kanununda yine kamulaştırma bedelleriyle ilgili uyumsuzluklarda daha önceden hazırlanmış olan listelerden seçilecek olan bilirkişiler bilirkişilik yapmak zorundadır. Bunun dışında liste dışında bir kişiyi hâkim seçemez veya taraflar seçemez. Bu listelerden seçim hakkı yine önce taraflara aittir, ama sayısı kanunda beş olarak belirtilmiş. Hâkim, kendisi seçeceği zaman da, yine bu listelerden seçilmesi gerekir.

Burada müsaadenizle kamulaştırma davaları konusundaki bilirkişilik problemine biraz daha yakından değinmek istiyorum. Gerçekten ülkemizde kamulaştırma bedeli, daha önceki deyimle kamulaştırma bedeline itiraz davaları, şimdi kamulaştırma tescil davaları açılacak, oradaki bilirkişiler ile ilgili olarak bunlar yine devam edecektir kanaatindeyim, çok ciddi problemler

duyulmaktaydı. Neydi bunlar? Benim şahsen de şahit olduğum bazı olaylarda, duyduğumuz, kulağımıza gelen bazı olaylarda -ki, tabii bunların ispatı, delil elde edilmesi mümkün değil, açıkça dile getirilmiyor bunlar, ama hukukçular arasında sürekli konuşuluyor.- Bilirkişiler maalesef burada kamunun zarara uğratılmasında ve haksız kazanç sağlanmasında çok çirkin bir biçimde kötü bir fonksiyonu ifade etmişlerdir. Zannediyorum hukuk camiasında bu tecrübeyle sabittir.

Bazı vakalar biliyorum ki kamulaştırma bedeline itiraz davası açacak yere, önceden bilirkişileri alıp götürerek, "buraya kaç para verirsiniz?" şeklinde mütalaalarını aldıktan sonra, o bedel üzerinden dava açılıyor ve daha sonra o heyete itiraz edildiğinde ikinci heyet devreye giriyor, daha sonra meşhur 67 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları var, üçüncü heyet devreye giriyor ve 5 milyon liralık yere 25-30 milyon lira kıymet biçildiği herkesçe bilinmektedir, kamunun zarara uğratıldığı herkesçe bilinmektedir. Bu nasıl yapılmakta? Bilirkişi seçimi, sonuç itibariyle taraflar anlaşsa bile -biraz önce belirttiğimiz gibi- hâkimlerin kararıyla olur. Hâkim, seçilen bilirkişilerin kişiliğine itiraz edebilir, yani "uzman değillerdir" diye itiraz edebilir ki, uygulamada gayet iyi bilindiği üzere hâkim, usulen bilirkişiye başvuruya karar verdiğinde, "taraflara soruldu, bilirkişi hususunda anlaşamadıkları belirlendi, re'sen bilirkişi tayinine karar verildi," diyerek bilirkişi atamaktadır. Hatta, ismen kararında belirtmemekte, kalemde bilirkişilerin isimleri tespit edilerek, daha sonra imza edilmektedir, bu gerçeği hepimiz biliyoruz. İşte kalemde ne oluyorsa oluyor. Yani orada hangi bilirkişilerin seçilmesi gerektiği, kimlerin atanması gerektiği bir türlü hallediliyor, kararlaştırılıyor. Bu, gerçekten kamuyu ciddi biçimde zarara uğratmaktadır ve buna yargı alet edilerek yapılan artık bir tezgah, düzen diyebileceğim. Buna maalesef gereken özeni gösteremediğimiz kanaatindeyim. Değerli yargılarımız,

bilirkişinin tayininde bizzat inisiyatifi ele alarak, kaleme bunu bırakamamaları, avukat arkadaşlarımızın da bu tür meslektaşlarımıza fırsat vermemeleri, baroların bu konuda daha titiz davranmaları gerektiği zannediyorum her türlü izahattan varestedir. Bunun karşılığında yaptırım olarak ne oluyor? Karayolları vesair kamulaştırma bedellerini 10 yıl sonra ödüyor. Karayolları'ndan bir yetkilinin ifadesidir bu. "Biz, o kamulaştırma bedellerinin nasıl o meblağa yükseldiğini çok iyi biliyoruz, o yüzden bekliyoruz ki enflasyon ile düşsün, gerçek değerine gelsin, öyle ödeyelim." Tabii bir yanlış, bir yanlışlıkla giderilmez, ama Türkiye'de yaşanan acı bir yara bu. Kamulaştırma işlerinde bilirkişinin seçimi, Kanunun yeni hükmüne göre, 15 maddeye göre de yine daha önce hazırlanacak listelerden yapılacaktır. Bu listelerden seçimi mutlaka taraflar anlaşamadığı takdirde ki, genellikle usulen anlaşamazlar hâkim yapar. Hâkimin bu konudaki seçim hakkını kaleme bırakmaması zannediyorum bazı yanlışlıkların önüne geçecektir.

Zorunlu bilirkişilik dediğimizde ilk akla gelen Medeni Kanunda, Ticaret Kanununda, Borçlar Kanununda bazı hallerde hâkimin hüküm verebilmesi için öncelikle bilirkişinin görüşünü alması zorunluluğu getirilen hallerdir. Bunlara örnek olarak sayacak olursak, akıl hastalığı sebebine dayanan boşanma davasında akıl hastalığının ispatı için mutlaka bilirkişinin görüşü alınmalı. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle hacir kararı verilebilmesi için. Daha önce bu sebeple verilmiş kararın kaldırılması, yani artık hacir sebebin ortadan kalktığı iddiasıyla açılan davada keza bilirkişiye gitme zorunludur. Hayvan alım satımlarında hayvanın ayıplı olduğu iddiasının ispatı için yine bilirkişiye gidilmesi zorunlu, Medeni Kanunda getirilmiş. Eser sözleşmesinde, yayın sözleşmesinde eser sahibinin ücretinin takdiri konusunda mutlaka bilirkişi talep edilmiş Borçlar Kanununda. Yine anonim şirketlerde aynı sermayenin kıymetinin

takdiri veya devir alınacak işletmenin kıymetinin takdirinde zorunlu olarak bilirkişiye gidilmesi nihayet Kamulaştırma Kanununda o kanuna göre oluşturulan listelerden seçilecek 5 kişilik bilirkişi heyetinin görüşü alınarak karar verilme zorunluluğu getirilmiştir.

Ancak, değişik kanunlarda sayılan bu haller dışında Yargıtay uygulamamızda bir kanun maddesine dayanmadığı halde, içtihat hukuku yoluyla adeta ek zorunluluklar da ihdas edilmiştir. Bunlara örnek olarak başlıklarıyla sayacak olursak, kira bedelinin tespiti, ihtiyaç sebebiyle tahliye davasında yerin ihtiyaca yeterli olup olmadığının tespiti, insan vücudu muayenesi, tıbbi konular, mimarlık mühendislikle ilgili konular, eski eserlerle ilgili konular, orman vasfının tespiti, kıymet takdiri, trafik kazalarında kusur, tapu uygulaması gibi konularda Yargıtay sürekli, istikrarlı bir biçimde bilirkişiye gitmeden karar verildiği takdirde bu kararları bozmaktadır. Dolayısıyla bilirkişiye başvuru konusunda kanuni zorunluluk yanında, içtihadi bir zorunluluk da saydığımız hallerde ortaya çıkmış durumdadır ve tabii Yargıtay'ca aynı zamanda "bu şekilde bilirkişiye başvuru zorunludur" dediği hallerde, başvurulmuş bilirkişiden alınan raporun da adeta bağlayıcı bir nitelik kazandığı şeklinde kararlar verilmektedir, yani hâkim kendisinde eksik bilgi olduğu için bilirkişiye gitti, bilseydi zaten gitmezdi. Bilirkişi dediği kişiden aldığı bilgiyi nasıl takdir edecek? Dolayısıyla, "eğer tatmin olmamışsa yeni bilirkişi istesin, o ikisinin arasında fark varsa, üçüncü bilirkişi heyeti istesin" şeklinde içtihatlar bunlara eklenmiştir.

Burada zorunlu bilirkişilik konusunda bir de bilirkişilik yapma zorunluluğundan söz etmek lazım. HUMK'un 278 inci maddesinde bilindiği üzere bilirkişilik aslında zorunlu değildir, tanıklık zorunludur, aradaki önemli farklardan biri de budur. Bilirkişilik yapmak zorunlu değildir, ancak kanun diyor ki: "Kendisine, yani görüşüne başvurulmuş konuyu bilmeksizin, bir

sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve alenen icrayı sanat eden kişiler bilirkişilikten kaçınmazlar". Bu da işte zorunlu bir bilirkişilik hali. Burada belki üzerinde durulması gereken kavram "alenen icrayı sanat etmek" yani, zaten bilirkişi sanatını icra ediyorsa aleni yapıyordur bunu, gizli icrayı sanat olmaz, kavramsal olarak biraz ters geliyor. Ne anlatıyor acaba bu? Anladığım kadarıyla kanun koyucuların buradaki iradesi şu yönde, şunu düzenlemek istemiş: Bir konuda kişi hobi olarak özel merak sonucu uzmanlaşmış olabilir, elektronik, transformatörler konusunda veyahut bir otomobil konusunda hobi gereği, uzmanlaşmış olabilir. Otomobil arızasından anlayan, modellerinden anlayan bir kişiye rastlamak mümkün, ama bunun bir oto tamirhanesi yok, bir motor tamirhanesi açmamış. İşte, bir yerde motordan anladığı herkesçe bilinen bir kişiye, bilirkişi olarak motor konusunda başvurulduğunda, eğer o kişi motor tamirhanesinde alenen bir iş icra etmiyorsa, "ben bu konuda bilirkişilik yapmak istemiyorum" diyebilir, ama bir tamirhanesi varsa, "ben motordan anlamam" diyemez, çünkü "motordan anlamazsan bu sanatı icra etmem mümkün değil" diyor kanun koyucu. Burada şahitlikten kaçınma hakkındaki kurallara uyularak, bilirkişilerin de tarafsızlığının sağlanması bakımından, bilirkişilik görevinden kaçınmaları yine kanun koyucu tarafından öngörülmüş. Zorla bilirkişilik yaptırılır mı? Bu tartışmalıdır, yani bir kişiyi kanunen bilirkişilik yapmaya zorladığınızda, isteksiz olarak yaptığı bu bilirkişilik faaliyetinden yargı nasıl bir yarar görebilir? Hiç bir meslek erbabı bir konuda zorla bilirkişilik yapmaya zorlanmamalıdır görüşleri dile getirilmiştir. Gerçekten de pratikte beklenen faydanın elde edilmesi mümkün değildir, yani bir kişiye siz hapse atma zoruyla, ceza verme zoruyla "bana rapor düzenleyeceksiniz" diyorsunuz, o da belki gereken özeni göstermeksizin tabiri caizse kerhen, bir rapor düzenleyip veriyor,

bundan bir fayda elde etmek pratikte gerçekten çok zordur. Gerçekçi bir hüküm değil gibi geliyor.

Efendim, bilirkişilerin seçimi ve zorunlu bilirkişilik konusunda son söz olarak Bakanlık tarafından hazırlanan Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Tasarısında -ki, ben de çok yeni, vakıf oldum, elime geçti- bazı hükümler var, onlara da kısaca değinmek istiyorum. Gerçi bu konuyu Sayın Hocam Ejder Yılmaz tebliğinde mutlaka uzun uzadıya ele alacaktır, orada tartışılacaktır, ama tasarıda şöyle bir hüküm var: Aslında birbirinden farklı kurumlar olan hakemlik ve bilirkişilik bir birlik çatısı altında. Odalar, daha sonra birlik çatısı altında toplanıyor ve mahkemede bilirkişilik yapan kişiler en geç bir ay içinde buldukları yerdeki Hakem Bilirkişilik Odası'na kendilerini kayıt ettirmek zorundalar. Burada bilirkişilerin seçimi ve zorunlu bilirkişilik konusundaki maddeler şöyle: Tasarının 6.ncı maddesinde bilirkişi Odasına üye olma zorunluluğu getirilmiş. 13 üncü maddesi 8 inci bendinde Odanın kayıtlı üyelerinin uzmanlık alanlarını göz önüne alınarak, listeler hazırlayacağı hükmü getirilmiş. Daha sonra Birlik, Odalar tarafından hazırlanan bu listeleri Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'na, Yargıtaya, Danıştaya ve kanunda sayılan diğer ilgili yerlere gönderiyor. İşte bu listeler nerede önemli? Tasarının 23 üncü maddesine göre "adli merciler tarafından zorunlu görülen haller dışında bilirkişi seçimi Odaya kayıtlı üyeler arasından yapılır" hükmü var. Yani Odaya kayıtlı olmayan bir kişi var ve o işi bir tek o biliyorsa, böyle bir zorunluluk varsa o atanabilir, ama onun dışında böyle bir zorunluluk yoksa, mutlaka Bilirkişi Odasına kayıtlı kişiler arasından mahkeme ve taraflar seçim yapmak zorundadırlar.

Görüldüğü gibi burada hem zorunlu bilirkişilik getirilmekte, hem de aynı zamanda bu Tasarı ile Odaya kayıtlı kişilerin bilirkişilik görevinden kaçınamayacakları hükmü de getirilmektedir. Yani hem bilirkişiyi kabul zorunluluğu getirilmiş,

hem de seçim bakımından da resmi bilirkişilik konusunda bir düzenleme getirilmiş. Bu tasarı hükümleri dediğim gibi yarın belki daha uzun tartışılacak, kısaca benim naçizane belirtmek istediğim aslında bir meslek olmayan bilirkişiliği Oda içinde toplamak ve listeleri bunlara hazırlamak yerine, belki acaba mevcut meslek odaları her uzmanlık alanına göre listeler hazırlasa, bunlar Adalet Teşkilatına dağıtılsa, hâkimler seçimlerini oradan yapabilseler, belki aynı fonksiyon ifa edilebilir hale gelecektir.

Evet, zaman bakımından sınırlı olduğumuz için bu kadarla kesmek istiyorum, sorular olursa tekrar tartışmaya açalım.

Teşekkür ederim.

CEZA MUHAKEMESİNDE BİLİRKİŞİ ATANMASI VE ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK

Doç. Dr. CUMHUR ŞAHİN
(Gazi Üniversitesi)

I. GİRİŞ

Yargılama makamı, önüne getirilen uyuşmazlığı çözmek zorundadır. Ceza muhakemesinde uyuşmazlığın önemli kısmı ise maddi olaya ilişkindir¹. Bilim ve teknolojinin gelişmesine paralel olarak, sonsuz derecede çeşitlilik arzeden ve karmaşıklaşan uyuşmazlık konusu olayları ve bu olaylara ilişkin delil içeriklerini algılayıp değerlendirebilmek için, hukukçuların mesleki ve genel bilgileri giderek yetersiz kalmaktadır. Bunun sonucu olarak, hakimler, mesleki ve genel bilgilerinin yeterli olmadığı durumlarda, özel ve teknik bilgi gerektiren hususlarda uzman kişilere başvurmak zorundadırlar. Gittikçe karmaşıklaşan uyuşmazlıkların maddi boyutuna ilişkin konuların hepsini bir hukukçunun kavramasına imkan olmadığından, işbölümü ve uzmanlaşmanın geçerli olduğu günümüzde, bilirkişisiz dava hemen hemen yoktur².

Ayrıca, gerek dünyada gerekse Türkiye'de, bilirkişilik kurumu, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hakim olduğu, adeta

¹ Güreli, Nevzat, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, 3

² Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1998, 287

bağımsız bir bilim dalı kimliğini kazanmış durumdadır. Bu nedenle, artık bilirkişilikten değil, bağımsız bir bilim dalı olarak "Adli Bilimler"den söz edilmeye başlanmıştır³.

II. BİLİRKİŞİ ATAMAYA YETKİLİ MAKAM

Kanun, özel ve teknik bilgiye sahip bulunan bilirkişiye başvurma yetkisini kural olarak yargılama makamına vermiştir. Kanunun kısaca "hakim" diye ifade ettiği bu makamlar mahkeme ve hakimlik makamlarıdır. Bunlar hazırlık soruşturmasında sulh ceza hakimliği, duruşma hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma devresinde mahkemedir⁴.

İstisna olarak, gecikmede sakınca varsa, savcılığa da bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisi verilmiştir (CMUK m. 66/2)⁵. Ancak hazırlık soruşturmasında asıl olarak delil olabilecek şeyler ve delil kaynakları araştırıldığına, henüz ortada teknik anlamda delil

³ Başkan, Anıl, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000,12-16 Ocak 2000, C. 2,465

⁴ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000, 558. CMUK m. 66 bilirkişi seçimini ve sayısını belirleme yetkisini hakime vermektedir. Bilirkişinin hakim tarafından seçilip belirlenmesi isabetlidir; zira HUMK'da olduğu gibi bilirkişinin taraflarca seçilmesi usulü ceza muhakemesinin kamusal niteliğine uygun düşmez (Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1. C, Ankara 1998, 358).

⁵ Bazı yazarlar kolluğun da bilirkişiye başvurabileceğini kabul etmek gerektiğini belirtmektedirler. Örneğin Soyaslan'a göre; "Gerçekten yakaladığı maddenin uyuşturucu madde niteliğinde olup olmadığını tespit için maddeyi bir kimya laboratuvarına inceleyen polis bilirkişiye başvurmuş olmaktadır." (Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara 2000, 329). "Kanaatimizce, 1986 yılında Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde kurulmuş bulunan Kriminal Polis Laboratuvarları da, polisin başvurabileceği ve suç izlerine ilişkin teknik konularda bilgi edinebileceği, bir nevi resmi bilirkişilik kurumlarıdır." ifâdesine yer veren Cihan/Yenisey'in de aynı görüşte oldukları söylenebilir (Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genişletilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 1997, 196).

bulunmadığına, dolayısıyla delil içeriğinin bulunması veya tecrübe kuralının öğrenilmesi sözkonusu olmadığına göre, savcının böyle bir yetkiye sahip kılınması, ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerine uygun düşmemektedir⁶. Savcı bir bakıma taraftır ve bu sıfatla bilirkişi incelemesi yaptırması, hatta o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür (CMUK m. 215/2). Nitekim kanundaki bazı hükümlerin (CMUK m. 212, 213, 232) kıyasen uygulanması yoluyla, sanığın da hazırlık soruşturmasında bilirkişi yardımından istifade edebileceği veya bilirkişiden aldığı hukukî mütalaayı sunabileceği kabul edilmektedir⁷. Ancak buralarda kastedilen teknik anlamda bilirkişilik değil, taraf bilirkişiliği, teknik müşavirlik⁸, danışmanlık⁹ ya da iddia veya savunma bilirkişiliğidir¹⁰. Görev ve yetkileri farklı olmayacağı için bu kişilere de bilirkişi denmesi mümkün¹¹, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemli¹² ve dava sayısını azaltan bir süzgeç olduğu¹³ için yerinde ise de, uygun olmayan, yargılama makamına ait bir yetkinin, hazırlık soruşturmasında savcıya da tanınması ve iddia ve savunma makamları arasındaki dengeyi iddia makamı lehine değiştirerek, savcılığı yargılama makamına yaklaştırmasıdır. Savcı, bilirkişi tayinini sulh ceza hakiminden

⁶ Keyman, Selahattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970, 267; Gürelli, 45; Kunter/Yenisey, 441.

⁷ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2000, 453

⁸ Kunter/Yenisey, 559, 564

⁹ Yurtcan, 292

¹⁰ Öztürk/Erdem/Özbek, 453

¹¹ Gürelli, 21

¹² Öztürk/Erdem/Özbek, 453

¹³ Kunter/Yenisey, 559, dn. 39

isteyebilir ve böylece, bağımsız-tarafsız hakimce tayin edilen bir bilirkişi tarafından yapılan inceleme sözkonusu olur¹⁴.

III. BİLİRKİŞİ ATANMASI

1. Genel Olarak

Kanun bilirkişi tayin yetkisini kural olarak hakime bırakmış bulunmaktadır. Böylece hakim hem sorunun özel veya teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediğini takdir edecek, hem de bilirkişi görevlendirilmesini gerçekleştirecektir. Ancak bu konudaki takdir yetkisi mutlak olmayıp, nisbi bir nitelik arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, taraflar da, bilirkişiye başvurmak gerekip gerekmediği hususunda söz sahibidirler. Tarafların doğrudan doğruya bilirkişi davet ettirebilecek olmaları (CMUK m. 213, 215), bu sınırı tayin noktasında yetkili olduklarını göstermektedir.

İstinabe yoluyla bilirkişi tayini halinde, istinabe olunan mahkeme, talimatta gösterilen nitelikte ve sayıda bilirkişi seçmek zorundadır. Ancak burada, özellikle seçilecek bilirkişiler için nokta adres göstermekten kaçınılmalı, istinabe olunan mahkemeye sınırlı bir hareket alanı tanınmalıdır¹⁵. Bu konuda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin 8. Ceza Dairesine göre; "Bilirkişinin seçimi ve adedinin saptanması, işi hükme bağlayacak mahkemeye aittir. Aksine bir karar olmadıkça mahkeme talimatında belirlenen müessese dışından seçilen bilirkişilerin raporunun hükme dayanak yapılması, yasaya

¹⁴ Kunter/Yenisey, 559, dn. 39. Bununla birlikte Kunter/Yenisey, yemin sözkonusu olmadığı ve incelemenin resmi bilirkişilerce yapıldığında bir sakınca olmayacağını, zira hakim de inceleme yaptıracak olsa aynı resmi bilirkişiye başvuracağını ve savcının böyle bir yetkiye sahip olmasının hakimin yetkisine tesir etmeyeceği görüşündedir (558 vd.).

¹⁵ Benzer şekilde Tekelioğlu, Memduh, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. 2, 478

aykırıdır"¹⁶. Buna karşılık, daha yerinde bulduğumuz 9. Ceza Dairesinin kararına göre; "Mahkeme'ce İstanbul'a yazılan talimatta, Teknik Üniversitesinden seçilecek bilirkişilere incelettirilmesi istenmiş, talimat mahkemesince Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisi yol ve trafik kürsüsünden seçilen bilirkişilere dosya incelettirilerek rapor alınmış ise de gelen rapor; müdahil, sanıklar ve vekillerinin hazır bulunduğu oturumda okunmuş, her biri ayrı ayrı rapora hiçbir itirazları olmadığını söylemişler, bu suretle raporun taraflarca yeterli görüldüğü tespit edilmiş, mahkeme, tarafların bu görüşüne uyarak, aslında olaya da uygun düşen raporu benimseyerek hükme esas almış olmasına göre, tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir"¹⁷.

Hakimin bilirkişiye başvurma hususundaki takdir yetkisi Yargıtay'ın denetimine tabidir. Bilirkişiye müracaat zorunluluğunun yanlış takdir edilmesi uygulamada bozma sebebi sayılmaktadır¹⁸. Bu hususun hakimleri çekingen davranmaya ve hemen her konuda bilirkişiye başvurmaya sevkettiği söylenebilir.

2. Bilirkişi Sayısı

Tayin edilecek bilirkişi sayısı en çok üçtür (CMUK m. 66/1). Üçü geçmemek üzere, bilirkişi sayısının tespiti hakime aittir. Değişik hükümlerde bilirkişilerden değil de bilirkişiden söz edilmesi, tek bilirkişi tayininin esas olduğunu ortaya koymaktadır¹⁹. Örneğin CMUK m. 66/4'de "adli tabip yoksa mütehassıs bir hekim", CMUK m. 232'de tanıklardan çoğul olarak

¹⁶ 8. CD, T. 25.06.1975, E. 1975/3048, K. 1975/4488 (Ersoy, Yüksel, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000,12-16 Ocak 2000, C. 2, 452)

¹⁷ 9. CD, T. 23.03.1978, E. 1978/1198, K. 1978/1301 (Ersoy, 452 vd.)

¹⁸ Bkz. Gürelli, 27

¹⁹ Öztürk/Erdem/Özbek, 453; Kunter/Yenisey, 557, dn.33

söz ederken hemen ardından "bilirkişi"nin dinlenmesi sözkonusudur. Ancak uygulamada üçten az bilirkişi tarafından inceleme yapılması arzu edilmemekte, üç kişilik heyet aranmaktadır. Bu tutum bilirkişilik kurumunu yozlaştırmaktadır, zira sırf üç kişilik bilirkişi heyetinin oluşturulabilmesi için uzman olmayan kişiler de kurula alınabilmektedir²⁰.

Bununla birlikte, örneğin otopsinin iki hekim tarafından yapılması gibi (CMUK m. 79/2), bilirkişinin sayısını istisna olarak kanun da tayin edebilmektedir. Yine, bilirkişilik görevi Adli Tıp Genel Kurulu, Yüksek Sağlık Şurası gibi heyetler tarafından yerine getirildiğinde, bu heyetlerin kanuni nisap dahilinde toplanmış olmaları gerekir. Dolayısıyla bu gibi hallerde de sayı bakımından hakimın takdir yetkisi sınırlanmış olur²¹.

3. Bilirkişi Atamasının Zamanı

Bilirkişiye başvurmanın zamanı da önemlidir. Delillerin toplanması tamamlanmadan bilirkişiye gidilmemelidir. Erken bir zamanda bilirkişiye gidilmesinin sakıncası, bilirkişiden yeterince yararlanılamaması yanında, çelişik raporların bağdaştırılmasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, soruşturmanın farklı aşamalarında kendisine başvuru her bilirkişinin önüne farklı içerikte bir dosya konulduğundan, farklı görüş ve sonuçların bildirilmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle, zorunluluk olmadıkça, soruşturma tamamlanmadan veya deliller toplanmadan bilirkişiye gidilmemelidir. Ayrıca, birden fazla bilirkişiye başvurmak sözkonusu olduğunda da, son bilirkişiden, önceki rapor bulgularının da değerlendirilmesi istenmelidir. Aksi takdirde, birbirini nazara olmayan raporların hangisine itibar edileceği kolayca bulunamaz²².

²⁰ Öztürk/Erdem/Özbek, 453

²¹ Gürelli, 53

²² Malkoç/Güler, 404

4. Bilirkişi Atamasında CMUK'nun Kabul Ettiği Sistem

Kural, bilirkişiye başvurunun zorunlu olmasıdır²³. Bilirkişinin tanımından da bu sonuca varılabilir. Bilirkişi; bir ispat sorununun çözümünde uzmanlığından yararlanan ve hakime ve mahkemeye yardımcı olan kişidir. Bilirkişi olabilmenin en başta gelen şartı, özel bilgi sahibi olmaktır; özel bilgi sahibi olmayan ya da uzman olmayan kişinin bilirkişi olması mümkün değildir²⁴.

O halde, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren her halde bilirkişiye başvurulması zorunludur. Bunu CMUK m. 66'daki "... bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına KARAR VERİLİR" ifadesinden de anlamaktayız.

Ayrıca kanunda, mecburiliğin açıkça belirtildiği haller sayılmaktadır²⁵. Kanunda mecburiliğin açıkça belirtildiği hallerin dışında, hakim, özel veya teknik bilgiye ihtiyacı olup olmadığı kendisi takdir edecektir. Hakimin özel bilgisi uyumsuzluğun çözümlenmesinde ve hüküm vermesinde yetersiz ise, bilirkişiye başvurması zorunlu olmaktadır. Buna karşılık, başka isbat araçlarına veya keşif gibi yollara başvurarak, bir sorunun

²³ Aksi görüşte Yurtcan, 288

²⁴ Yurtcan, 284

²⁵ 1985 yılına kadar kanunda genel bir kural bulunmaması ve bazı konularda bilirkişiye başvurma zorunluluğunun sayılması nedeniyle, kural olarak ihtiyarilik sisteminin geçerli olduğu, buna karşılık kanunda açıkça zorunluluğun belirtildiği hallerin bu bunun istisnaları olduğu kabul edilmekteydi (Kunter/Yenisey, 556, dn. 29). 1985 değişikliğiyle getirilen CMUK m. 66/1 hükmüyle birlikte, bilirkişiye başvurmada artık mecburilik sistemi tercih edilmiş, kanunda var olan bazı zorunlu bilirkişilik halleri ise, bu mecburiliğin açıkça belirtildiği haller olarak kabul edilmek gerekmiştir. Bununla birlikte bazı yazarlar, özel ve teknik konularda bilirkişi tayininin mecburi olduğunu açıklayan CMUK m. 66/1'in varlığına rağmen, kanunda bir de bilirkişi tayininin mecburi olduğu hallerden bazılarının ayrıca gösterilmiş olmasının makul bir izahının yapılamayacağını ve böyle bir düzenlemenin kanun yapma tekniğine açıkça aykırı olduğunu belirtmektedirler (Öztürk/Erdem/Özbek, 454).

aydınlatılması mümkünse, bilirkişi yardımına gerek kalmayacaktır²⁶.

Delil içeriklerinin öğrenilmesi veya tecrübe kuralının bulunması zorunluluğu, çoğu kere bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Hakimlerin ise teknik alanlarda uzman olmalarına imkan yoktur. Her ne kadar, örneğin askeri mahkemelerde, çocuk mahkemelerinde olduğu gibi, uzman hakimler hukukçu hakimlerle birlikte yargılama makamını işgal etmekte iseler de, bu bilirkişiye başvurma gereğini ortadan kaldıracı bir öneme sahip olamaz.

Hakimler teknik konularda uzman olsalar bile, bu bilgiyi hüküm verirken kullanamazlar. Çünkü böyle bir bilgi tartışılmamaktadır. Oysa bilirkişiden sadece hakim değil, kolektif hükme katılan her suje yararlanmalıdır²⁷. Delillerin müşterekliği esası, hakim teknik konudaki şahsi bilgisini kullanamaması prensibi²⁸ bunu gerektirir. Zira aksi takdirde hakim bu özel bilgisi taraflarca tartışılmayacak ve tarafların bu konudaki görüşlerinden hakim yararlanamayacaktır. Bu nedenlerle, hakimlerin ihtiyaç duydukları teknik ve bilimsel bilgileri uzmanlarından sorup öğrenmeleri gerekmektedir.

IV. BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASINDA GENEL KURAL

Bilirkişi incelemesine hangi hallerde başvurulacağı hususu CMUK m. 66/1'de şu şekilde ifade edilmektedir: "Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına karar verilir. Hakimlik mesleğinin

²⁶ Arslan, Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, YD, Özel Sayı, Ocak-Ekim 1989/1-4, C. 15, 161

²⁷ Kunter/Yenisey, 554

²⁸ Kunter/Yenisey, 555

gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez...".

Görüldüğü üzere, 1985 yılında kanuna eklenen bu fıkra ile, hangi hallerde bilirkişiye başvurulacağıın genel sınırı belirlenmiş olmaktadır. Aynı zamanda, hangi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı da bu hükümde ifade edilmektedir. O halde burada sorun; hangi konuların hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebileceğinin, hangi hallerin çözümünün özel veya teknik bilgiyi gerektirdiğinin belirlenmesidir. Başka bir ifadeyle, ne zaman hukuki sorun, ne zaman teknik sorun bulunduğu sorusunu cevaplandırmak gerekmektedir.

Bu ayırımın önemi, bir yandan, bilirkişi incelemesinin zorunlu olduğu halleri, diğer yandan da hakimın genel ve meslek bilgisiyle çözebileceği hususları belirleyebilmektir. Zira eğer çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir durum varsa, hakim bu konuda bilgi sahibi olsa bile, kendisi çözemeyecek, mutlaka bilirkişiye başvuracaktır. Çünkü kanun bu hususta bir takdir yetkisi tanımamakta, aksine, bilirkişiye başvurma zorunluluğu getirmektedir. Takdir yetkisi ancak, sorunun çözümünün hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenemeyeceğini tayin noktasında olacaktır. Şayet bilirkişiye gitmemesi gereken bir husus bilirkişiye havale edilmişse, bu durumda hakimın görevini yapmaması ve başkasına yaptırması söz konusu olur²⁹. Buna karşılık, çözümü uzmanlık gerektiren bir

²⁹ 9. CD, 16.01.1975, YKD 1975/5, 163 (Ersoy, 434): "Yargıç, ancak ve yalnız özel ve uzmanlık bilgisi gerektiren durumlarda soruşturma görevini kolaylaştırmak üzere bilirkişiye başvurabilir. Bunun dışında bilirkişiye başvurma, yargıcın resmi görevini yapmama veya başkasına yaptırma niteliği taşıyabileceğinden kabul edilemez. Aksi halde hüküm yargıca değil, bilirkişiye bırakılmış olur" (1. CD, 18.03.1972, 613/1284, Malkoç/Güler, 358)

konuda bilirkişiye gidilmemesi, kararın bozulması sonucunu doğuracaktır³⁰.

Çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde ancak bilirkişiye başvurulması gerektiğine göre, kanunun "bilirkişi dinlenemez" dediği haller iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: Genel bilgilerle (genel kültürle) kavranması mümkün olan konular ve hukuki konular. Başka bir deyişle, ancak, belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren hallerde ve sadece maddi mesele bakımından bilirkişiye başvurulabilecektir³¹.

Hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda da bilirkişi incelemesine başvurulamaz (CMUK m. 66/1, cümle 2). Yargıtay'a göre de; "hakim veya Cumhuriyet savcısı kendi bilgisi, kültürü ve müktesebatı ile önüne gelen bir konuyu çözümlemek niteliğine sahiptir, ihtisasla ilgili bulunmayan hallerde, bilirkişi mütalaasına başvurmaya gerek yoktur"³².

Birçok durumda, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir durumla karşı karşıya olunup olunmadığını belirlemede bir sorun yoktur. Hatta CMUK, bilirkişiye başvurmanın zorunlu okluğu bazı özel halleri saymak suretiyle, teknik konulara ilişkin olarak belli ölçüde yol göstermektedir. Ancak hukuki sorun-teknik sorun ayırımı bazen güçleşebilmektedir. Hukuki sorun; bütün nitelikleriyle sabit olduğu kabul edilen olaylara hukuk normlarının uygulanması sırasında ortaya çıkan ve özellikle normların anlamına ve aralarındaki ilişkilere yönelik sorunların tümüdür. Maddi olayın sübutuna ve niteliğinin tayinine ilişkin

³⁰ 5. CD, T. 27.02.1997, E. 1997/214, K. 1997/655; 6. CD, T. 02.05.1979, E. 1979/2979, K. 1979/3172; 6. CD, T. 03.05.1979, E. 1979/3255, K. 1979/3222; 8. CD, T. 13.05.1996, E. 1996/5153, K. 1996/6857; 11. CD, T. 08.10.1996, E. 1996/1850, K. 1996/1722 (Ersoy, 434)

³¹ Kunter/Yenisey, 556

³² 8. CD, T. 13.10.1975, E. 1975/6525, K. 1975/5960 (Ersoy, 434 vd.)

sorunlar ise maddi sorunlardır³³. Bazen bir hukuk kuralının mevcut olup olmadığı dahi bir maddi sorun olarak karşımıza çıkabilir.

Yargıtay'a göre; insan vücudundaki bir parçanın uzuv (organ) sayılıp sayılmaması tıbbi bir sorundur ve bilirkişi tarafından çözülecek bilimsel uzmanlık meselesidir. Keza uzuv zaafı salt tıbbi bir sorun, uzuv kaybı ise sırf hukuki bir sorundur³⁴. Yine, bir budama işleminde ızzar kastı olup olmadığının tespiti³⁵, sanığa yükletilen eylemin hukuka uygunluğunun (bilirkişi aracılığıyla) saptanması³⁶ gibi hususlar uygulamada teknik sorun olarak nitelendirilmektedir.

Doktrinde de şu görüşlere rastlanılmaktadır: "Suç unsurlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin sübutu, maddi mesele olduğundan, bilirkişi incelemesine konu teşkil edebilir. Bu sebeple, mesela bir yazının hakaretimiz veya müstehcen mahiyette olup olmadığını bilirkişiye tetkik ettirmekte kanuna aykırılık yoktur"³⁷. Bir eserin halkın ar ve haya duygularını incitip incitmemesi bakımından niteliğinin tespiti maddi bir sorun teşkil eder³⁸. Bir yazının sanık tarafından yazılıp yazılmadığı, şikayetçiye yönelik olup olmadığı ve onu küçük düşürüp düşürmediği hukuki değil maddi sorunlardır³⁹.

Basın yoluyla işlenen suçlarda suç unsurunu teşkil eden maddi olayın tespit ve tavsifi, genel bilgilerin uygulanması ile

³³ Gürelli, 22

³⁴ 4. CD, T. 20.04.1992, E. 1992/2772, K. 1992/2857; 4. CD, T. 30.12.1992, E. 1992/7425, K. 1992/8255 (Ersoy, 435)

³⁵ Bkz. Ersoy, 434

³⁶ 4. CD'nin karan için bkz. Ersoy, 435

³⁷ Kunter/Yenisey, 556, dn. 27; Gürelli, 29

³⁸ Gürelli, 23

³⁹ Gürelli, 23

mümkün olmadığı takdirde; bu husus bir hukuki sorun sayılmayacağından, bilirkişiye müracaat etmek gerekir⁴⁰.

Basın yolu ile işlenen suçlarda, suç unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun tayini bir çok halde özel bilgiyi gerektirebilir. Bir eserin müstehcen nitelikte olup olmadığı, bir yazının eleştiri sınırlarını aşıp hakaretimiz boyuta ulaşmış olup olmadığı veya suç teşkil eden propaganda niteliğinde bulunup bulunmadığı her zaman genel bilgilerle ve soyut hukuki uzmanlıkla tayin ve tespit edilmeyebilir.

Bir yazının hakaretimiz veya müstehcen olup olmadığı ya da propaganda sayılıp sayılmayacağı, aynı zamanda, o yazının suç teşkil edip etmediği anlamını taşır. Bu ise maddi değil hukuki bir sorundur ve hukuki sorunun çözümü için bilirkişiye başvurulamaz.

Ancak burada bilirkişiye sorulması gereken husus, eserin suç teşkil edip etmediği değildir. Başka bir deyişle, bilirkişiye, genel ve hukuki bilgilerin dışında kalan, suç unsurunu teşkil eden maddi olayın hukuki değil, sosyolojik veya sosyo-psikolojik nitelendirmesi sorulmaktadır. Bir eserin müstehcen nitelikte olup olmadığı, halkın ar ve haya duygularını incitip incitemeyeceği hususu, bazen, hukuki bir sorun teşkil etmeyeceği için hukuk bilgileriyle halledilemez. Genel bilgilerle de çözümlenemediği takdirde, özel bilgiye ihtiyaç vardır ve bilirkişi mütalaası alınması gerekir⁴¹.

Nitekim 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun 2. maddesi gereğince, Başbakanlık bünyesinde oluşturulacak yetkili kurula, TCK'nun 426, 427 ve 428. maddelerinde tanımlanan müstehcenlik suçlarıyla ilgili olarak resmi bilirkişilik yapma görevi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi,

⁴⁰ Gürelli, 29

⁴¹ Gürelli, 28 vd.

bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığını kabul etmiştir. Yüksek mahkemenin kararında; a) Daha önce de kanunlarla kurumlara resmi bilirkişilik görevinin verildiği, b) CMUK (m. 66) ve HUMK'nda (m. 276) resmi bilirkişiliğe ilişkin hükümlerin yer aldığı, bu bakımdan resmi bilirkişilik görevinin verilmesinin usul hukukuna uygun düştüğü, c) Görevin verilmesindeki amacın müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirerek mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı karar vermelerine katkıda bulunmak olduğu, d) Usul yasalarında verilen raporun yeterli bulunmaması halinde, hakimlerin başka kişilere müracaat etme yetkisinin saklı tutulduğu, gerekçeleriyle, Anayasanın 2. maddesindeki "hukuk devleti ilkesine", 138. maddesindeki "mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine" ve 140. maddesindeki "hakimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkelere" aykırı bulmamıştır⁴².

Keza, yağma suçunun unsurlarından olan cebir-şiddet adli tıp açısından tespit edilebilir bir yöne sahiptir. Gerçekten, mağdurun vücudunda tespit edilecek olan ve cebir şiddet unsurunu ortaya koyacak olan ekimoz, erozyon, hematom, kemik kırığı... gibi lezyonlar ancak uzmanları tarafından belirlenebilir⁴³.

Görüldüğü üzere, ortaya konan bu görüş ve açıklamalar neyin hukuki neyin uzmanlık gerektiren bir maddi sorun olduğu konusunda fazla yardımcı olmamaktadırlar. Dolayısıyla, hukuki sorunla esas sorunun ayrılmasındaki zorluktan yararlanarak, hakimlerin, hukuki sorunlarda dahi bilirkişiye sıkça başvurdukları görülmektedir. Bilirkişi olarak hukuk fakülteleri öğretim üyelerinin, emekli hakimlerin veya avukatların seçilmeleri halinde, bu kişiler mahkemeye hukuki görüşlerini

⁴² AyMK, T. 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, AMKD 1989, sayı: 23, 47

⁴³ Buna karşılık, yapılan araştırmaları, mahkemelerin çok büyük ölçüde (% 74 oranında) bu konuda adli tıbbi yardım almaktan kaçındıklarını göstermektedir (Başkan, 469)

bildirmektedirler⁴⁴. Bu durumda ise bilirkişiye başvuru konunun özel veya teknik bilgi ile ilgisi bulunmamaktadır.

Eylemin suç oluşturup oluşturmadığı, hangi suçun olduğu, olduğu kabul edilen suçun herhangi bir unsurunun var olup olmadığı, suçun niteliği gibi hususlar hukuki sorun olup, bilirkişiye sorulamaz⁴⁵. Oysa uygulamada, özellikle zimmet suçlarında Sayıştay denetçilerinin bilirkişi olarak tayin edildiği durumlarda; tamamen hakimin çözmesi gereken, örneğin hangi suçun olduğu, hangi tür zimmet olduğu, kastın var olup olmadığı gibi sorular sorulduğu ve bilirkişi olarak görevlendirilen kişilerin de bu soruları, sözelimi suçun zimmet değil görevi ihmal veya görevi kötüye kullanma şeklinde cevaplandırdığı belirtilmektedir⁴⁶.

Doktrinde, hakimin bilirkişinin görüşü ile bağlı olmadığı⁴⁷ noktasından hareketle, bu tür bir uygulamanın fazlaca bir sakınca

⁴⁴ Arslan, 167, 169

⁴⁵ Malkoç/Güler, 355

⁴⁶ Malkoç/Güler, 356

⁴⁷ Kanunda, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurmayı zorunlu kılan hükümlerin varlığı, hakimin bilirkişi raporu ile bağlı tutulup tutulamayacağı sorununu açıklığa kavuşturmayı gerekli kılmaktadır. Bilirkişi raporunun istisnai nitelikte olması dolayısıyla, hakimler bilirkişi mütalaaları ile bağlı tutulamazlar. Bilirkişinin yanıldığı şüphesine düşen hakim, bir başka bilirkişiye inceleme yaptırmalıdır. Hakim, bilirkişinin mütalaasını kabule mecbur olmamakla beraber, niçin kabul etmediğini bilimsel olarak açıklamak zorundadır. Ancak bilirkişinin görüşlerine itibar edilmemesi için inandırıcı, gerçekçi ve akla uygun gerekçeye dayanmalıdır (CGK, 10.11.1980, 262/351, Malkoç/Güler, 403). Bununla birlikte, bilirkişi raporunun niçin kabul edilmediğinin açıklaması kolay olmayacaktır (Kunter/Yenisey, 555 vd.). Bu nedenle hakimin bilirkişi raporunu şu üç nokta dışında denetleyebilmesi çok güçtür: Bilirkişi raporunu davada dayanılmayan (yanlış) olgulara dayandırmışsa; bilirkişi açıklamalarının gerekçesini göstermemişse; Bilirkişi sorulan sorulardan başka sorulara cevap vermişse veya gösterilen usule uymamışsa (bkz. Arslan, 172, dn. 31). Bununla birlikte,

teşkil etmeyeceği de ileri sürülmektedir⁴⁸. Ayrıca Yargıtay da bazen, hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir: "... İçlerinde basın kökenli bir gazeteci ve Ticaret Hukuku Kürsüsünden Öğretim Üyesi bulunmayan... bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..." 11. HD, 14.10.1986, 4035/5264; "... Gerektiğinde icra ve iflas, ticaret hukuku ve muhasebeden anlayan bilirkişilere inceleme yaptırılması, sanıkların eylemlerinin İcra ve iflas Yasasınının 310 ve 311. maddelerinde öngörülen taksirli ya da hileli iflasa girip girmediğinin saptanması... gerekirken..." 6. CD, 28.1.1987, 10118/671; "... Bir muhasebeci, bir bankacı ve icra iflas işlerinden ihtisası olan bir hukukçu gibi çeşitli ve ilgili meslek mensuplarından oluşacak bilirkişi kurulundan alınacak rapor yerine..." 6. CD, 25.3.1987, 11000/3026⁴⁹. Ancak kararlarda dikkati çeken husus, uzman kişiler yanında yine uzman bir hukukçuya yer verilmesidir ki, kanımca bu bir sakınca doğurmaz, hatta yararlı olabilir. Zira bilirkişi raporundan veya görüşünden yeterince yararlanabilmek için; ya bu kişilere gerekli hukuki açıklamaları yapmak ya da heyet içerisinde, hukuki bilgisi de bulunan bir uzmanın yer almasını sağlamak gerekir⁵⁰.

Adli Tıp Genel Kurulunun teknik ihtisas alanındaki kararları hakimi bağlamaktadır. Gerçekten Adli Tıp Kurumu Kanununa göre (m. 15); Adli Tıp İhtisas Kurulları ve Dairelerinin kararları çelişik görülürse veya kanaat verici delil bulunamazsa Adli Tıp Genel Kurulu İnceler ve kesin karara bağlar. Ancak tekrar vurgulamak gerekirse, bu bağlayıcılık, teknik uzmanlık alanındaki kararlara ilişkindir. Bu nedenle, Genel Kurulun, hangi kanunun hangi maddesine ilişkin olduğuna dair hukuki nitelikteki kararları, teknik olmadığı için mahkemeleri bağlamaz (CGK, 19.3.1984, YKD 1985/5, 923, Kunter/Yenisey, 556, dn. 23).

⁴⁸ Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, Genel Kısım, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1984, 791

⁴⁹ Kararlar İçin bkz. Arslan, 170

⁵⁰ "Trafik kazalarında 'kusurun belirlenmesi' şeklinde yerleşmiş bulunan hatalı uygulama karşısında, bilirkişi incelemesi yapan teknik heyette teknik

Hukuki konularda, örneğin hukuk fakültesi öğretim üyelerinin bilirkişi olarak tayin edilmesi yasak olmakla birlikte, bu yasak Türk hukuku açısından geçerli olup, yabancı bir hukukun içeriği ve uygulanması konusunda bilirkişi tayinine engel bulunmamaktadır⁵¹.

Uyuşmazlığın maddi boyutuna ilişkin olsa da, *genel bilgilerle* kavranması mümkün olan konularda bilirkişi incelemesine başvurulamaz⁵². Hukuki olması şart olmayan genel bilgi; herhangi bir alanda eğitim görmemiş, lise seviyesinde öğrenim yapmış⁵³ veya hakim kendi öğrenim seviyesinde olan kişilerin⁵⁴ sahip oldukları bilgi olarak ifade edilmektedir. Bu tür bir bilgi, ne hukukta ne de başka bir alanda uzman olmayı gerektirmeyen, o hususu bilen herkesin her zaman kolayca elde edebileceği, ulaşılabilir güvenilir kaynaklara başvurarak kanaat edinebileceği bilgidir⁵⁵. Örneğin doğal olaylar, tarihi veya politik olaylar, coğrafi

elemanların yanı sıra hukukçu elemanların da yer alması gereklidir. Bu açıdan bakıldığında teknik elemanların maddi olaya ilişkin teknik yönleri aydınlatmaları ve hukukçu elemanların ise, hukuki bir kavram olan taksir konusuna açıklık getirmeleri hakkaniyete uygun bir rapor verilmesini sağlar. Bu nedenle, sadece teknik elemanlara kusur tespit ettirilmesi uygun değildir. Adli Tıp Kurumu Kanunu tarafından ihdas edilmiş bulunan Trafik İhtisas Dairesinde bu tür karma bir yapı mevcut olduğundan, trafik kazalarında Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesinin resmi bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesi yerinde olacaktır" (Cihan/Yenisey, 199); aynı yönde bkz. Arslan, 170 vd.

⁵¹ Öztürk/Erdem/Özbek, 453 ve dn. 173 deki kararlar ve yazarlar

⁵² Ersoy, 435

⁵³ Güreli, 23

⁵⁴ Tosun, 786

⁵⁵ Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi), Ankara 2001, 175

bilgiler, biyografik bilgiler, yerleşim birimleri arasındaki uzaklık gibi⁵⁶.

Çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulacak olmakla birlikte, uyumsuzluğun çözümü için gerekli olan özel bilgi, genel yaşam deneyimi ile elde edilebilen bir bilgi ise, bu bilgiye herkes gibi hakim de sahip olduğundan, bu tür bilgi hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgi sayılacağından, bu amaçla bilirkişiye başvurulamayacaktır. "Örneğin kabak lastiğın fren güvenliğinin olup olmadığı konusunda, yol kenarında yıkılan bir binanın çevresinde önlem alınmadan yıkılması halinde tehlike yaratıp yaratmayacağı konusunda bilirkişi görüşü alınmaması gerekir"⁵⁷. Keza, belli bir yükseklikten düşen kimsenin ölüp ölmeyeceğı hususunu bilirkişiye incelettirmeye gerek olmayabilir.

Buna karşılık, hakimin, genel bilgiler dışında, özel bilgi-uzmanlık gerektiren konularda şahsen sahip olduğu özel bilgi, genel yaşam deneyimi ile elde edilemeyen, herkesin sahip olmayacağı bir bilgi ise, hakim bu özel bilgisi ile yetinerek bilirkişiye başvurmadan kaçınmaz. Bu gibi durumlarda ortak tecrübe kuralını (doğa kuralını) bulmak uzmanlığı gerektirir. Örneğin bir duvarın yıkılmasında onu yapanların kusuru bulunup bulunmadığı söz konusu ise, kullanılan demir çubukların kalınlığının duvarın kusurlu yapıp yapılmadığındaki rolü bir uzmanlık gerektirir⁵⁸. İddia ve savunma makamlarının tartışıp bu konuda değerlendirmede bulunabilmeleri için, kavranması özel bilgi gerektiren hususlarda hakim şahsen sahip olduğu özel bilgisini kullanamayacak, bilirkişiye başvuracaktır. Zira bilirkişi

⁵⁶ Gbi bkz. Alsberg, Max/Nüse, Karl-Heinz/Meyer, Karl-Heinz, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5., völig neubearbeitete und erweitere Auflage, Köln ua. 1983, 538 vd.

⁵⁷ Arslan, 167, dn. 23.

⁵⁸ Tosun, 786

mütalaası bazen bir delil niteliğinde olabilir⁵⁹ ve bu durumda hakimin bu delil yerine kendi kişisel bilgisini kullanmasını kabul etmek, delillerin müşterekliği prensibi ile bağdaşmaz.

Her ne kadar hakim de görmüş olduğu öğrenim, edinmiş olduğu bilgi ve deneyimleri sonucu, hukuki konularda uzman kabul edilmişse de, hakimin her konuda sadece hukuki bilgi ve deneyim ile karar vermesi mümkün olmamaktadır. Bilim ve tekniğin gelişmesine paralel olarak çoğalan ve karmaşıklaşan insan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü ile görevli hakimler, çok çeşitli alanlara ilişkin uyuşmazlıklarda bu gelişmelerin sonuçlarından, dolayısıyla uzmanlardan yararlanacaklardır. Önüne gelen uyuşmazlığı çözmekten kaçınamayacak olan hakim, hukuki konuların uzmanı olmakla birlikte, hukuki olmayan pek çok unsuru da taşıyan uyuşmazlıkta, bu sorunların çözümü için işin uzmanının yardımını istemek zorundadır.

Bilirkişiye başvurmayı gerektiren *özel veya teknik bilgiden* ne anlaşılması gerekir? Teknik bilgi; fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgi olarak anlaşılabilir. Belli bir işletme boyutlarını aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum veya kurullarca belirlenmiş tekniğin kuralları (standartları) da teknik bilgi kavramına dahil

⁵⁹ Doktrinde çoğunluğun ve Yargıtayın görüşü bilirkişi raporunun delil değil, delilleri değerlendirme aracı olduğu yönünde ise de, "Delillerin ikamesi, davet edilen bütün tanıkların ve bilirkişinin dinlenmesi vesair sübut vasıtalarının iradedilmesi demektir" hükmünü öngören CMUK m. 238/1 ve tanık hakkındaki bazı hükümlerin bilirkişi hakkında da uygulanacağına dair CMUK m. 65 hükmü, kanunun bilirkişi raporunu delil kabul ettiği sonucuna götürmektedir. Aynı görüşte Gürelli, 21. Ayrıca doktrinde, kural olarak delilleri değerlendirme vasıtası olarak kabul edilen bilirkişinin, deli aracı olabileceği de belirtilmektedir. Buna göre, örneğin, "... otopsi yapan veya vücutta alkol veya uyuşturucu bulunup bulunmadığını araştıran bilirkişi delil aracı durumundadır" (Öztürk/Erdem/Özbek, 459)

sayılmaktadır⁶⁰. Özel bilgi ise; hukuk bilimi dışındaki belli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir⁶¹.

Özel bilgi, bilimsel araştırmaların ve deneylerin sonuçlarına veya özel bir meslek ya da sanat icrası veya ticari faaliyet sonucunda benimsenen genel anlayışa ilişkinse, hakim, bu bilgilerin sağlanması için bilirkişiye başvuracaktır. Buna karşılık, uyuşmazlığın çözümünde ihtiyaç duyulan özel bilgi, toplumsal yaşamın gözlemlenmesi sonucunda ortaya çıkarılabilen, genel, herkesin bildiği yaşam deneyimi sonuçlarına ilişkin ise, hakim bu konularda sahip olduğu özel bilgisini kullanabilecek, bilirkişiye başvurmayacaktır. Zira bu bilgiler, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgilerden sayılırlar⁶².

Sonuç olarak, bilirkişinin özel veya teknik bilgisinden uyuşmazlığın çözümünde gereği gibi yararlanabilmek için, bilirkişiden ne istendiğinin tam olarak belirlenmesi gerekir. Bunun içinse hakimın uyuşmazlığın o andaki durumu hakkında tam bir bilgi sahibi olması gerekir. Böylece maddi sorunla hukuki sorun ayrılabilir, hukuki konuda bilirkişiye gidilmeyecek, maddi sorunla ilgili olarak da bilirkişiden ne istendiği tam olarak belirlenebilecektir. Bu inceleme yapılmayıp, genel ifadelerle dosyanın bilirkişiye tevdi halinde, hem bilirkişi görevini tam olarak bilemediği için hakime gereği gibi yardımcı olamamakta, hem de hukuki konularda da görevlendirmeyi kapsar biçimde genel ifadelerle bilirkişiye başvurulduğu için, bilirkişi, hükmü veren makam konumuna geçebilmektedir.

⁶⁰ Arslan, 162 vd.

⁶¹ Bkz. Arslan, 163

⁶² Bkz. Arslan, 164vd.

V. BİLİRKİŞİYE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNUN SAYILDIĞI HALLER:

Kanundaki genel zorunluluk hali dışında, bazı özel hallerde açıkça bilirkişiyeye başvurulması zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk CMUK'dan kaynaklandığı gibi, diğer bazı kanunlardan ve içtihatlardan da kaynaklanabilmektedir.

1. Sanığın Şuurunun Tetkiki (İsnat Yeteneğinin-Cezai Ehliyetin Tespiti, CMUK m. 66/4,74)

Kusur sorumluluğu esasına dayanan bir ceza hukukunda, failin isnat yeteneği suçun kurucu unsurlarından biri durumundadır. İsteme ve anlama yeteneği şeklinde tarif edilebilecek olan isnat yeteneğini etkileyen akıl hastalığı (TCK m. 46, 47) ve arızı sebeplerin (TCK m. 48) varlığını tespit hususunda bilirkişiyeye başvurmak zorunludur⁶³.

⁶³ Bilirkişilik kurumu ile ilgili birçok hususa ve bu arada zorunlu bilirkişilik konusuna yer vermesi itibarıyla Yargıtayın aşağıdaki kararına yer vermeyi uygun bulmaktayız: "Hakim, hukuk bilgilerinin dışında kalan ve fakat kendi öğrenim seviyesinde olan bilgileri kullanmakla beraber, uzmanlığı gerektirecek kadar derin bilgilerle olayı çözümlenmek durumunda bu işi kendisi yapamaz. Bu gibi hallerde bilirkişiyeye başvurmak durumu ortaya çıkar. // Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir. Hakim bilirkişi düşüncesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi teknik ve bilimsel alanda hakimi aydınlatmaktır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemez. // Hakim, bir uyumsuzluğu çözerken, hangi hususlarda bir uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder, kural olarak bu konuda hakimi serbest bırakmakla beraber, istisna olarak sanığın bilincinin (şuurunun, CYUY md. 74) incelenmesi gibi belli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren özel bir bilgiyi gerektiren incelemeler halinde hakimi bilirkişi tayininde zorunlu tutmaktadır. // Belli hususlarda bilirkişilik yapacakları yasa ile belirlenen kişiler ve kurumlar resmi bilirkişilerdir. Bir yerde resmi bilirkişi varsa incelemenin onun marifetiyle yapılmasında zorunluluk vardır (CYUY 66/3 md.). // Resmi bilirkişiler çekinmeye ilişkin sebepler yoksa bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar (CYUY m. 68). Adli Tıp Kurumu, 2569 sayılı Yasanın 1.

Tedavi ve muhafazaya hükmolunabilmesi veya TCK m. 47 uyarınca akıl hastası olan kimseye verilecek cezada indirim yapılabilmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur. İncelemeyi yaptıracak olan hakimdir, incelemeyi yapacak olan bilirkişinin adli tabip, yoksa uzman bir hekim olması şarttır. Ancak uygulamada, isnat yeteneğinin incelenmesi konusunda gerekli titizliğin gösterilmediği, kanunun amir hükmüne rağmen bu incelemenin, örneğin ihtisas yapmakta olan pratisyen hekimlere yaptırılabilirdiği ifade edilmektedir⁶⁴.

Sanık, bulunduğu yerdeki adli tabibe, adli tabip yoksa uzman hekime muayene ettirilerek önerisi alınmalı, gerekirse tam teşekküllü bir hastaneye gönderilerek sağlık kurulu raporu alınmalıdır. Bu durumda sağlık kurulu raporu bilirkişi önerisi olarak kabul edilmelidir⁶⁵.

Sanığın şuurunu tetkik için, gerekiyorsa, yani muayene ile bir sonuca varılamıyor ve gözlem altına alınmasına ihtiyaç duyuluyorsa, bilirkişinin teklifi üzerine yargılama makamları sanığın resmi bir kurumda gözlem altına alınmasına karar verebilirler. Sanığın gözlem altına alınabilmesi için bilirkişinin teklifinin yanısıra, savcının ve müdafinin görüşlerinin de alınması gerekir. Tarafların sanığın gözlem altına alınmasını önerme yetkileri olmadığı gibi, yargılama makamı da, bilirkişinin önerisi

maddesinde belirlediği gibi, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuş bir resmi kurumdur. Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdürler (2569 sayılı Yasanın 2. maddesi). Her türlü delille karşı karşıya olan hakime muhtevanın tayininde yardımcı olmak ve onu inandırmak durumundadır. Çünkü vicdanı ile karşı karşıya kalarak son hükmü verecek O'dur..." (1. CD, 01.03.1991, 391/559, Malkoç/Güler, 397).

⁶⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, 455

⁶⁵ Malkoç/Güler, 396

olmadan re'sen sanığın gözlem altına alınmasına karar veremez⁶⁶. Gözlem üç haftayı geçmemekle birlikte, ek sürelerle üç aya kadar çıkartabilmektedir.

Sanığın şuurunun incelenmesi sözkonusu olduğunda, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektirebilecek bir bilirkişi incelemesi ile karşı karşıya kalınır⁶⁷. Bu nedenledir ki, resmi kurumda gözlem altına alınma süresi, ileride verilecek cezadan veya muhafaza ve tedavi tedbirinin asgari süresinden indirilmektedir (CMUK m. 74/5). Ancak şuur tetkiki işlemi her zaman bir özgürlük kısıtlamasını, yani gözlem altına almayı zorunlu kılmayabilir. Hakim sanığı gözlem altına aldırılmadan da, bulunduğu yerde, örneğin evinde, adli tabiplikte veya adliye binasında ya da zaten tutuklu ise tutukevinde şuur tetkiki için bilirkişiyi muayene ettirebilir⁶⁸.

Sanığın hem Ceza Hukuku hem de Muhakeme Hukuku bakımından ehliyetini tayin maksadıyla bilincinin incelenmesi mümkündür⁶⁹.

Tedavi ve muhafazaya hükmolunması halleri TCK'da belirtilmiştir. Bunların hepsi sadece şuur tetkikini gerektirmemektedir. Örneğin tam akıl hastalığı denen hallerde hastalık şuru kaldırmasa da, hareket serbestisini kaldırmışsa yine ceza verilmeyecektir (TCK m. 46, 48). Şuur tetkiki tabirini; hareket serbestisine etki eden akıl hastalığı olup olmadığının belirlenmesi yanında, tedavi ve muhafazaya hükmolunması sözkonusu olduğundan; uyuşturucu madde alışkanlığının iptila

⁶⁶ Sanığın, gözlem altına alınma kararına acele itiraz yoluna başvurması mümkündür ve bu itiraz kararın yerine getirilmesini durdurur (CMUK m. 74/3). Bu nedenle gözlem altına alma kararının infazına başlayabilmek için kararın kesinleşmesini beklemek gerekir (Malkoç/Güler, 396).

⁶⁷ Ersoy, 436

⁶⁸ Gürelli, 81

⁶⁹ Gürelli, 81

derecesine varıp varmadığını (TCK m. 404), sarhoşlukta itiyat (TCK m. 572) ve iptila (TCK m. 573) bulunup bulunmadığını tespit için yapılan incelemeleri de içine alacak şekilde geniş anlamda kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰.

Küçük sanıklar bakımından da, işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine (temyiz kudretine) sahip olup olmadıklarını tespit etmek amacı ile araştırma yapılır, gerekiyorsa gözlem altına alınır (ÇMK m. 20). ÇMK m. 20'ye göre, bu kanunda gösterilen ceza ve tedbirlerin uygulanmasından önce, küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumu mütehasıs hekimlere tespit ettirilir. Ceza ve tedbirin uygulanmasından önce, gerekirse, küçüğün hayat hikayesi, çocuk mahkemeleri nezdinde görevlendirilmiş olan sosyal hizmet uzmanları veya yardımcıları veya pedagoğ veya psikoloğ veya psikiyatır gibi uzmanlar marifetiyle araştırılır. Çocuk mahkemelerinde görevlendirilmiş olan bu personelin iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasına engel bulunması ya da atama yapılmamış olması hallerinde çocuk mahkemeleri araştırmanın yapılması için resmi veya özel kurum ve kuruluşlarda çalışan bu uzmanları, bunların da bulunmaması halinde, bu araştırmayı yapabilecek nitelikte olan kimseleri görevlendirir.

Akıl hastalığı sanık dışında, mağdur veya tanık bakımından da sözkonusu olabilir. Gerçekten, bir fiilin suç teşkil edip etmediği veya cezanın miktarı mağdurun akıl hastası olup olmadığına da bağlı bulunabilir (TCK m. 414, 415, 416, 560, 561, 562) ya da tanığın açıklamalarının güvenilirliği hakkında fikir sahibi olabilmek için onun akıl hastası olup olmadığı tespit ihtiyacı doğabilir. Oysa

⁷⁰ Kunter/Yenisey, 666; Gürelli, 80; Malkoç/Güler, 396

kanun şuur tetkikini sanığa hasretmiş olup, bu amaçla mağdurun veya tanığın gözlem altına alınması öngörülmüş değildir⁷¹.

2. Ölünün Muayenesi ve Otopsi (CMUK m. 79)

CMUK m. 79 vd. ölünün adli muayenesi ve otopsiyi düzenlemektedir. M. 79/1: "Bir ölünün adli muayenesi tabip huzuru ile yapılır. Adli muayenede ölünün tıbbi kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tayin için harici bulgular tespit edilir".

Ölü muayenesi hakim tarafından yapılan bir keşiftir. Hakim, dış muayene de denen adli muayeneyi yaptıktan sonra otopsi için cesedi hekime tevdi eder. Hekim, hakim tarafından yapılan dış muayene ile ilgili tespitlere katılıp katılmadığını belirtmelidir⁷².

M. 79/2-3: "Otopsi, hakim ve tehirinde zarar umulan hallerde Cumhuriyet savcısı huzurunda biri adli tabip veya patalog olmak şartı ile iki hekim tarafından yapılır. Zaruret halinde bu işlem bir hekim tarafından da yapılabilir. Ancak zaruret halinin otopsi raporuna açıkça yazılması gerekir". Burada kanunun bilirkişi sayısını ve niteliğini kendisinin belirlediğini görmekteyiz.

M. 79/4'de; otopsi işleminin, ölüyü son hastalığında tedavi eden hekime yaptırılmayacağı kuralı yer almaktadır. Bu, bilirkişilik yapılamayacak hallere bir örnektir⁷³.

Otopside tam anlamı ile bir iç muayene yapılmaktadır. Kanun (CMUK m. 81), ölünün hali müsait oldukça, otopside baş, göğüs ve karnın açılmasını istemektedir. Böylece ölüm sebebi hususunda soruşturmanın ilerleyen aşamalarında ortaya çıkabilecek pek çok kuşku önceden giderilmiş olur⁷⁴.

⁷¹ Güreli, 81

⁷² Malkoç/Güler, 415

⁷³ Ersoy, 437

⁷⁴ "...Ölüyü muayene eden hükümet tabibi maktulün kafadan aldığı darbeler, bilhassa sağ frontal bölgedeki darbe sonucu beyin sarsıntısı ve kanaması ile ölümün husule geldiğini, ayrıca ağızdan da kan geldiğinden, tüm bulgular

Otopsi hakim huzurunda yapılmakla birlikte, onun yapılanları ve bulguları değerlendirebilecek adli tıp bilgisine sahip olmadığı muhakkaktır. Bu nedenle; otopsinin nasıl yapılacağı, saptanan bulguların anlamı ve nitelikleri uzman bilirkişi durumunda olan hekimin yetki ve sorumluluğundadır⁷⁵.

3. Zehirlenmeler (CMUK m. 83)

CMUK m. 83 zehirlenme şüphesi olan hallerde bilirkişi incelemesini zorunlu kılmıştır. 1985 değişikliği ile, eski düzenlemeden farklı olarak, konu sadece ölü üzerinde yapılacak inceleme ile sınırlı tutulmamış, maddeye eklenen ilk cümle ile, canlı üzerinde de zehirlenmeye ilişkin bir inceleme yapılması imkanı getirilmiştir⁷⁶.

4. Kalpazanlık ve Sahtekarlık İncelemeleri (CMUK m. 84, 85)

CMUK m. 84'de düzenlenen kalpazanlık ve evrakı nakdiye sahtekarlığında yapılacak incelemelerin Darphane veya Merkez Bankası tarafından yapılması zorunluluğu getirilmiştir. M. 85'de ise evrakta sahtecilikte bilirkişi incelemesi zorunlu kılınmaktadır.

beyin kanamasının belirtisi olmakla ayrıca otopsiye gerek olmadığı açıklanmıştır. // Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uyuşmazlık maktulün başındaki taş darbeleriyle meydana gelen bulguların hayati tehlike doğurduğuna ilişkin ve otopsiye lüzum görmeden hükümet tabibi tarafından verilen mütalaanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. // Maktulün başındaki yaraların vasıfları tıbbi bakımdan tam olarak saptanamamıştır. Zira, maktulün başında klasik otopsi yapılmamış ve sanığın yaptığı taş darbelerinin şiddet ve kuvvetini belirlemede lüzumlu olan baştaki kırık ve çatlak saptanamamıştır. Sanığın taş darbelerinin maktulün hayatını tehlikeye koymuş olması, başlı başına öldürmeye teşebbüs eyleminin niteliğini tayinde yeterli değildir. Taş darbesinin şiddet ve kuvvetinin saptanması için doğurduğu sonucun da açıkça anlaşılması gerekir..." CGK, 15.04.1985,341/216 (Malkoç/Güler, 420)

⁷⁵ Malkoç/Güler, 419

⁷⁶ Ersoy, 437

Kanunda kullanılan "lüzum görülürse" (m. 84/1) ve "tetkikatı yapılabilir" (m. 85) ifadelerinin, bilirkişi incelemesi zorunluluğunun kesin olmadığını ortaya koyduğu söylenebilirse de, uygulamada, bu konularda uzmanlaşmış hakim bulmanın kolay olmadığı düşünülecek olursa, kural olarak bu konularda da bilirkişi tayininin zorunlu olduğu söylenmelidir⁷⁷. Nitekim Yargıtay kararlarında da, buradaki hallerde bilirkişi incelemesi zorunluluğu dile getirilmektedir⁷⁸.

CMUK m. 84'ün hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu yolundaki itirazı Anayasa Mahkemesi yerinde bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi 1997 yılında verdiği kararda; mahkemenin, CMUK m. 84'ün sanık veya müdahil tarafı teknik güvenceden yoksun bilirkişi raporu ile yetinmek zorunda bıraktığı, bu durumun kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğu yolundaki itirazını reddetmiştir. Yüksek Mahkeme ret kararında; "Türk parasını tedavüle çıkarmaya yetkili makamların, yabancı paralar konusundaki uzmanlıkları da gözetildiğinde, bu paralardaki sahteciliklerin incelenmesinde yetkili kılınmalarında Anayasanın 36. maddesine aykırılık yoktur, itirazın reddi gerekir... Dava konusu kural; düzenlediği konuda uzmanlık gözeterek, bilirkişiliği kurumlaştırmış ve yargı işlevinin daha iyi yapılmasını sağlamıştır... İtiraza konu kuralla getirilen resmi bilirkişilik kurumunun, adil bir yargılamayı engelleyecek, adalete ve yargıya olan güven duygusunu sarsacak... herhangi bir durumu

⁷⁷ Öztürk/Erdem/Özbek, 456 vd.; aksi görüşte Kunter/Yenisey, 557 ve dn. 29

⁷⁸ "Suça konu paraların aldatma yeteneğinin varlığı ve yapılışındaki özen ve ustalık derecesine göre sahteliğin kolaylıkla anlaşılabilir durumda olup olmadığı konusunda CYY. nın 84. maddesi uyarınca Ankara Merkez Bankası Kambiyo Müdürlüğünden rapor alınıp TCY. nın 321. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaması..." 4. CD, 16.05.1997, 3757/4015 (Malkoç/Güler, 423); ayrıca bkz. 1. CD, T. 08.04.1986, E. 1986/475, K. 1986/1214 (Ersoy, 438)

bulunmadığından, itiraz edilen kural Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir" görüşünü ortaya koymuştur.⁷⁹

5. Hekimlik Mesleğinin İcrası Dolayısıyla İşlenen Suçlar (1219 s.k. m. 75)

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun, meleklerinin icrası bu kanun ile düzenlenen kişilerin sanatlarının icrasında işledikleri suçlarda Yüksek Sağlık Şurasına başvurmayı zorunlu kılmaktadır (m. 75).

6. Taksirle Adam Öldürme ve Müessir Fiil (TCK m. 455, 459)

1964 yılında yapılan değişikliklerle, taksirle adam öldürme ve müessir fiil suçlarını düzenleyen TCK m. 455 ve 459'a birer son fıkra eklenmiş ve bu suretle cezanın kusurun derecesine göre indirilmesi öngörülmüştür. Böylece, kusurun derecesini tespit bakımından bilirkişiye başvurma zorunluluğu getirilmiş olmaktadır.

Aslında burada "kusurun derecesine göre" değil, 'taksirin hafifliğine göre" denmeliydi. Taksirden söz edilmeyerek kusur denmesi, bu eylemleri haksız fiil gibi nitелеmek anlamına gelmektedir. Ayrıca, kusurun derecesinden söz edilince, derecenin tespiti için bilirkişiye başvurma zorunluluğu da getirilmiş olmaktadır ki, değişiklik bu yönden de isabetsiz olmuştur⁸⁰.

Ayrıca kanun yanlış anlaşılmiş ve örneğin her trafik kazasında ilgililerin taksirleri toplamı 8 olacak biçimde derecelendirilmeye, bölüşülmeye başlanmıştır. Oysa kanunun amacı, suç tipi karşılığındaki cezayı normal ve ağır taksir hallerine

⁷⁹ AyMK, T, 17.06.1997, E. 1996/62, K. 1997/57, 12.11.1997 tarih ve 23168 sayılı RG (Ersoy, 438)

⁸⁰ Kunter/Yenisey, 557, dn. 31

hasretmek, taksir hafif ise cezadan ayrıca indirim yapabilmektir. Gerek taksiri gerekse onun hafifliğini veya ağırlığını, hakim, bilirkişi raporu ile bağlı olmadan tayin edebilir ve cezayı suçlunun kişiliğine ve suçuna uydurabilir⁸¹.

Taksir yerine kusurdan söz edilerek, cezanın kusur oranlarına göre bölünecek olması, ceza hukuku açısından doğru olmayıp, özel hukuk mantığıdır. Zira ceza hukukunda nedensellik bağı bir bütündür, parçalanamaz. Kusurlu hareketin ağırlığına göre cezayı hakim belirler⁸². Nitekim Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi 13.03.1985 tarihli bir içtihat kararında⁸³; kusur oranlarının ceza davalarında 8, hukuk davalarında 100 üzerinden gösterilmesi gerektiği, oranlar toplamının hukukta 100'ü aşamayacağı, fakat cezada 8'den aşağı veya yukarı olabileceği sonucuna varmıştır. Bu karar isabetlidir. Zira taksir cezada kişi başına hesaplanacağına göre, toplama bakmaya gerek yoktur. Oysa hukukta toplam 100'den aşağı düşmemelidir. Böylece, Trafik Kanununa göre verilecek raporlarda hukuk ve ceza sorumluluk dereceleri ayrı ayrı belirlenmeli, TCK 455 ve 459'daki kusurlar ise taksir olarak kabul olunmalıdır⁸⁴.

7. İçtihatlardan Kaynaklanan Zorunluluk Halleri

Yargıtay içtihatları ile de zorunlu bilirkişi incelemesi öngörülmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 06.05.1968, E. 1966/15, K. 1968/9 sayılı kararıyla; "152 sayılı Kanunla, idareye

⁸¹ CGK, 5.4.1982, YKD 1982/10, 1463; CGK, 3.5.1982, YKD 1982/10, 1457 (Kunter/Yenisey, 557, dn. 31)

⁸² Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, 102

⁸³ Adli Tıpla ilgili Bakanlık Tamimleri, Kurum Yayını, tarihsiz, 110 (Kunter/Yenisey, 557, dn. 31)

⁸⁴ Kunter/Yenisey, 557, dn. 31

tanınan sif değer tespit ve takdir yetkisi kaldırılmış olduğuna göre, iddia ve savunma ile bağlı kalmaksızın bütün delilleri toplamak ve bunları serbestçe takdir etmekle ödevli bulunan mahkemenin, bir itiraz olsun veya olmasın,... hakiki sif değer tespitinde, re'sen tarafsız mercilere veya uzman bilirkişilere başvurması, ceza hukuku ilkelerine uygun düşer" hükmünü vermiştir⁸⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre; "Bu konuda iddia ve ikrar yalnız başına bir delil olamayacağına göre, tecavüzün vaki olup olmadığı, vaki ise nitelik ve derecesinin tespiti için iddia ve ikrara karşı olan bu çelişik raporlar muvacehesinde, dosyanın Adli Tıp Meclisi'ne (yeni adıyla Adli Tıp Genel Kurulu'na) gönderilerek bir sonuca varmak mecburiyeti bulunmaktadır"⁸⁶. Yargıtay başka kararlarında da, ihtisas daireleri ve kurullarının çelişik raporlar sunmaları durumunda, Adli Tıp Genel Kuruluna başvurulması gerektiğini belirtmektedir⁸⁷.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, kararlarında; fark ve temyiz kudretinin Sağlık Kurulunca, hatta sadece Adli Tıp Müşahede Müdürlüğüne tespiti zorunluluğunu öngörmektedir⁸⁸.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 20.04.1992, E. 1992/2772, K. 1992/2857 sayılı kararında; «İnsan vücudundaki bir parçanın uzuv (organ) sayılıp sayılmaması tıbbi bir sorundur ve bilirkişi tarafından çözülecek bilimsel uzmanlık meselesidir. Uzuv kaybı sırf hukuki, zaafa uğraması ise salt tıbbi bir sorundur" görüşünü dile getirmiştir⁸⁹.

⁸⁵ Karar için bkz. Ersoy, 438

⁸⁶ CGK, T. 21.01.1974, E. 1973/490, K. 1974/26 (Ersay, 452)

⁸⁷ I.CD, T. 04.12.1985, E. 1985/3785, K. 1985/4219 (Ersay, 452, dn. 93)

⁸⁸ Bkz. Ersoy, 438

⁸⁹ Adı geçen karar ve aynı Dairenin aynı yönde başka bir kararı için bkz. Ersoy, 438

Yargıtayın konuya ilişkin diğer kararlarına, kısmen, yukarıda özel ve teknik bilgi gerektiren durumlar incelenirken yer verilmiştir.

VI. BİLİRKİŞİLİĞİ KABULE MECBUR OLANLAR

Kural olarak bilirkişiliği kabul zorunluluğu yoktur. Bunun nedeni, bilirkişinin yerine bir başkasının ikame edilebilmesidir⁹⁰.

Bununla birlikte, kanun (CMUK m. 68), üç grup bilirkişinin bilirkişiliği kabule mecbur olduğunu belirtmektedir. Bunlar. a) Resmi bilirkişiler, b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeye resmen mezun olanlar, c) Önceden adliyeye müracaatla, bilirkişilik görevini ifaya hazır olduklarını bildirmiş olanlardır.

1. Resmi Bilirkişiler

Belli hususlarda görüş açıklamakla kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara resmi bilirkişi denir (CMUK m. 68). Resmi bilirkişiler kural olarak gerçek kişilerdir, fakat bazen tüzel kişi de olabilirler⁹¹. Nitekim CMUK m. 76/3, resmi dairelerin de bilirkişi olarak görüşlerinin alınabileceğini ifade etmektedir.

Resmi bilirkişinin bir kurum (tüzel kişi) olması halinde, suçun bu kuruma karşı işlenmiş olması, Yargıtay tarafından, onun aynı konuda bilirkişilik yapmasına engel kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, bilirkişinin tarafsızlığı ve gerektiğinde,

⁹⁰ Ersoy, 443.

⁹¹ CMUK gereği bilirkişilerin yemin etmeleri ve gerektiğinde cezalandırılmaları sözkonusudur. Bu nedenle, yemin etmeleri ve cezalandırılmaları mümkün olmayan tüzel kişilerin bilirkişilik yapmaları kural olarak kabul edilmemektedir. Örneğin kasten veya taksirli olarak gerçeğe aykırı görüş bildirmeleri halinde tüzel kişilere ceza uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte bazı kuruluşlar kanun uyarınca resmi bilirkişi olarak görevlendirilmişlerdir (Malkoç/Güler, 423).

hakimin reddini gerektiren sebeplerden dolayı reddolunabileceği hükmü (CMUK m. 67) tüzel kişiler bakımından bir değer taşımamaktadır⁹². Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır⁹³.

Bilirkişiye resmîlik sıfatının kanunla verilmesi gerekir. İdari tasarrufla bu sıfatın verilmesi halinde, böyle bir tasarrufun, mahkemelerin bağımsızlığına dair olan Anayasanın 138, maddesi karşısında mahkemeleri bağlamayacağı belirtilmektedir⁹⁴.

Resmî bilirkişi olduğu sürece, özel sebepler olmadıkça, onun yerine başkası tayin edilemez (CMUK m. 66/3). Buradaki "varsa" ifadesi hukuken değil, o yerde fiilen mevcut olma şeklinde anlaşılmakta, dolayısıyla, resmî bilirkişinin bir engelinin özel sebep sayılıp, yerine başka bir kişinin tayin edilebileceği kabul edilmektedir⁹⁵. Yargıtay ise, eski tarihli bazı kararlarında, bu hükmü emredici bir hüküm olarak nitelendirmekte ve hükme uyulmamasının temyiz sebebi olabileceğini belirtmektedir⁹⁶.

Aynı şekilde, resmî bilirkişiler, bilirkişilikten çekinmeye ilişkin sebepler (CMUK m. 69) ve yasaklık durumu (CMUK m. 67) yoksa, bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar⁹⁷.

⁹² "Kalpazanlık fiilinin, paraları tedavüle çıkarılan Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına karşı işlenmiş sayılacağına ve bu itibarla, kalpazanlığı inceleyecek bilirkişinin Merkez Bankası dışında olanlar arasından seçilmesi gerekeceğine dair 1. Ceza Dairesinin kararına karşı yapılan C. Başsavcılığının itirazının kabulüyle bu hususa ilişkin bozma sebebinin kaldırılmasına karar verilmiştir." CGK, 23.06.1970, 1/351-313 (Malkoç/Güler, 424)

⁹³ "Kaçak malın değerinin tarafsız bir bilirkişiye tespit ettirilmesi zorunludur. Bu nedenle Gümrük ve Tekel Bakanlığına bağlı tekel idaresinde memur olan kimseye değer tespit ettirilmesi yolsuzdur." (CGK, 17.11.1969, Yurtcan, 286)

⁹⁴ Gürelli, 52

⁹⁵ Gürelli, 52

⁹⁶ 1937 tarihli CGK kararı ve 1949 tarihli 1. CD kararı için bkz. Gürelli, 53, dn. 21

⁹⁷ 1. CD, T. 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 (Ersoy, 443, dn. 55); "Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu,

Resmi bilirkişiye müracaat zorunluluğu sadece hakim ve CMUK m. 66/2 uyarınca istisnaen yetkili olduğu durumlarda savcı için geçerlidir. Buna karşılık, tarafların doğrudan doğruya davet ettirecekleri bilirkişiler bakımından (CMUK m. 213, 215) bu şartı, zorunluluğu aramamak gerekir⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, bir kurulun "münhasır" resmi bilirkişi olarak belirlenmesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, 3182 sayılı Bankalar Kanununun 87. maddesinin "... kovuşturma ve duruşmalarda bilirkişi incelemesinin gerekli görülmesi durumunda, Cumhuriyet savcıları ve mahkemelerin, bilirkişileri, münhasıran Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlığın saptayacağı resmi bilirkişi listesinden seçeceklerine dair 5. bendindeki "münhasıran" ifadesini; a) Mahkemelerin, bu kişilerin görüşü ile ilgili, doğabilecek teknik duraksamaları giderici bir başka bilirkişi olanağından mahrum kıldığı⁹⁹, b) Kanundaki düzenleme gereğince, müdahil sıfatıyla davanın tarafı bulunan Bakanlığın belirlemiş olduğu bilirkişilerin dışında, başka bir bilirkişiye gidilmesinin engellendiği ve bu durumun sanığın hak arama özgürlüğünü ve yargının takdir yetkisini sınırladığı, gerekçeleriyle, Anayasanın "hukuk devleti ilkesini" içeren 2.

Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü bir bilirkişidir. Resmi bilirkişiler çekinme ve yasaklık gibi durumlar yoksa bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar..." (1. CD, 30.10.1985, 3266/3702, Malkoç/Güler, 384)

⁹⁸ Güreli, 53

⁹⁹ Benzer bir karar Amerika Birleşik Devletleri'nde verilmiştir. Söz konusu Frey kararına göre; bilirkişi incelemesinin tanınan belli metodlara göre yapılması gerekir. Ayrıca, aynı metodu uygulayan, test yapılabilecek başka bir kurum olmadıkça, bilirkişinin verdiği rapor geçersizdir. (Yenisey, Feridun, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. 2, 480)

maddesine ve "hak arama hürriyetini" düzenleyen 36. maddesine aykırı bulmuştur¹⁰⁰,

Kanunlarda, görüş bildirmek üzere görevlendirilmiş resmi bilirkişilerden bazıları şunlardır¹⁰¹:

-*Adli Tabipler* (CMUK m. 79), *Hükümet veya Belediye Tabipleri*, *Diğer Resmi Hekimler (Sağlık Ocağı Tabipleri)*, *Diplomalı Serbest Hekimler*: adli tabiplerin olmadıkları yerlerde hükümet veya belediye tabipleri, bunların da olmadıkları yerlerde sair resmi hekimler, bunların da olmadıkları yerlerde diplomalı serbest hekimler onların yapmakla yükümlü oldukları işleri yerine getirmekle yükümlüdürler (38 sayılı Tababeti Adliye Kanunu m. 4; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 22/son; 3017 sayılı Sıhhat ve İçtimai Mu. V. Teşk. ve Me. Kanunu m. 31)

-*Adli Tıp Kurumu*: Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik ve özellikle resmi bilirkişilik dendiğinde ilk akla gelen, Adli Tıp Kurumudur. Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere, Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 2. maddesi gereğince; Adli Tıp Kurumu, mahkemeler ile hakimler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdür. Adli Tıp Kurumunun birimleri içerisinde, teknik nitelikteki kararları kesin olan, mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahip olan kurul, Adli Tıp Genel Kuruludur¹⁰².

¹⁰⁰ AyMK, T. 07.12.1995, E. 1995/41, K. 1995/61, 09.05.1996 tarih ve 22631 sayılı RG (Ersoy, 449)

¹⁰¹ Ersoy, 450 vd; Malkoç/Güler, 359 vd.

¹⁰² Adli Tıp Kurumu Kanununun 15. maddesinde Adli Tıp Genel Kurulunun görevleri şu şekilde belirlenmiştir: a) İhtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler ve savcılıklarca; mahiyeti itibarıyla kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de bildirilmek suretiyle bildirilen işleri, b) İhtisas kurullarınca oy birliği ile karara bağlanmamış olan işleri, c) İhtisas

-*Yüksek Sağlık Şurası*: Hekimlik mesleğinin icrasından kaynaklanan adli meselelerde yetkilidir (1539 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 10; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, m. 75).

-*Darphane ve Merkez Bankası*: Madeni paralarda kalpazanlık suçlarında darphane, kağıt paralarda sahtecilik (TCK m. 316-321) suçlarında Merkez Bankası (CMUK m. 84).

-*Sağlık Bakanlığı*: İlaç fiyatlarındaki "ihtikarı tetkikle" ilgili olarak (6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler hakkındaki Kanun).

-1117 sayılı *Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu* m. 3 gereğince, Başbakanlık bünyesinde kurulan yetkili kurul (Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu), 1. maddede gösterilen eserleri kendiliğinden inceleyebileceği gibi, başvuru halinde inceleme yaparak görüş bildirmek zorundadır.

-1567 sayılı *Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununun* 4. maddesi uyarınca, bu kanuna aykırılıklarda, mahkeme veya savcılık, bilirkişileri Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğinin görüşü alınmak suretiyle Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı (?) tarafından dokuz kişiden az olmamak üzere saptanan listedeki kişiler arasından seçmeye mecburdurlar. Burada, resmi bilirkişinin kanunla belirlenmesi yerine, resmi bilirkişinin yer alacağı listeyi belirleyecek makamın kanunla belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

-Emniyet Genel Müdürlüğü *Kriminal Polis Laboratuvarları*, *Jandarma Genel Komutanlığı Narkotik Analiz Laboratuvarı*, *Belediye Laboratuvarları*, *Devlet Hastaneleri ve Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulları*, *Tıp Fakülteleri Adli Tıp*

kurullarının verdiği rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri, d) İhtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri incelemek ve KESİN karara bağlamak.

Anabilim Dalları, Teknik Üniversitelerin Fakülteleri, MTA Enstitüsü vs¹⁰³.

2. İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla işigali meslek edinenler veya meslek edinmeye resmen mezun olanlar

Belirli bir mesleği icra edenler yanında, fiilen icra etmeseler bile, bir mesleği icra etmeye yetkili olanlar da alanlarıyla ilgili bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar. Buna göre, örneğin tıp fakültesinden mezun olup da fiilen doktorluk yapmayan bir kimse dahi, tıbbi bir konudaki bilirkişiliği kabule mecburdur¹⁰⁴.

3. Önceden adliyye müracaat ederek bilirkişiliği kabule hazır olduklarını bildirenler önceden çalliyeye müracat ederek bilrikişiliği kabule hazır olduklarını bildirmiş bulunanların, görevlendirildikleri takdirde, bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar.

4. Diğerleri

Bu üç kategori şahıs dışında kalanlar ise, bilirkişi olarak seçildikleri zaman, ancak bilirkişiliği açıkça veya zımnen kabul ettiklerini beyan ettikten sonra bilirkişiliği yapmak zorundadırlar. Bu durumda olan kişiler, hiçbir neden göstermeksizin bilirkişilik görevini başlangıçta kabul edip etmemekte serbesttirler¹⁰⁵.

Ancak, bilirkişilik yapabilecek hemen herkesi ilk üç kategori içerisine sokmak mümkündür. Başka bir ifadeyle, hem uzmanlık gerektiren bir bilgiye sahip olup hem de m. 68'de sayılanlar dışında kalabilecek birini düşünmek zordur. Zira bunlar resmi bilirkişi veya önceden adliyye müracaatla bilirkişilik görevini

¹⁰³ Yaşar, Osman, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza Yargılama Yasası), C. I, Ankara 1998, 342 vd.; Soyaslan, (Usul), 330; Cihan/Yenisey, 196

¹⁰⁴ Gürelli, 62

¹⁰⁵ Gürelli, 62; Malkoç/Güler, 387.

ifaya hazır olduklarını bildirmiş değillerse, uzmanlık gerektiren bir meslek veya sanatı icra edenler veya buna yetkili olanlardır. Uzmanlık gerektiren bir bilgiye sahip olmayanlar veya hukuki ya da genel bilgiye sahip bulunanlar bilirkişi olarak atanamayacağına, bilirkişiliği kabul zorunluluğunun herkes için bulunduğunu söylemek yanıltıcı olmamalıdır.

Kaldı ki, bilirkişilikten çekinme sebeplerinin sayılmış olmasından ve bu sebepler bulunmadıkça çekinmenin kabul edilemeyeceği noktalarından hareketle de, kanunda sayılan üç kategori dışında kalanlar için de bilirkişilik görevinin zorunlu olduğu sonucuna varılabileceği söylenebilir¹⁰⁶. Bazı kişiler için, hem bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmadığını söylemek, hem de bunların ancak bilirkişilikten çekinme sebebi ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınabileceklerini kabul etmek bir çelişki olur.

Bu nedenle, ya uzmanlık gerektiren bir bilgiye sahip olan herkesin, kanunda sayılanlar dışında olsa bile, bilirkişiliği kabul zorunda oldukları sonucuna varmak ya da kanunda sayılanların dışındakilerin bilirkişiliği kabulde serbest olduklarını kabul etmek ve çekinme sebeplerini sadece bilirkişiliği kabul zorunluluğu olanlar için¹⁰⁷ söz konusu etmek gerekir. Nitekim, tanıklıktan çekinme sebebine dayanarak bilirkişilikten çekinmede hakim takdir yetkisi bulunmadığı ve bunların bir kısmı hak olmaktan öteye, birer çekinme ödevi olduğu halde; "makbul diğer sebeplerde", ileri sürülen sebebin makbul olup olmadığına hakim karar verecektir. İleri sürülen sebebin makbul olmadığına karar verildiği takdirde, seçilen kimsenin bilirkişilik görevini yerine getirmesi bir ödev halini alacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Aynı yönde Tosun, 795, dn. 1

¹⁰⁷ Bkz. Tosun, 795, dn. 1

¹⁰⁸ Gürelli, 63

Ayrıca bilirkişilikten çekinme sebebinin de bulunmaması gerekir. Çekinme sebepleri zorunluluk (CMUK m. 48, 49, 69/2) veya hak (CMUK m. 47, 50) olabileceği gibi, diğer makbul sebepler de (CMUK m. 69/1) olabilir. CMUK m. 69'un yaptığı yollama gereği, meslek sırrı gerektirdikçe CMUK m. 48'de zikredilen kimseler, devlet sırları sözkonusu olduğunda CMUK m. 49 uyarınca devlet memurları bilirkişilikten çekinmek zorundadırlar¹⁰⁹. Yine, CMUK m. 69/2; bilirkişi sıfatıyla dinlenmeleri mensup oldukları dairece memuriyet menfaat ve icaplarına zarar vereceği beyan olunan devlet memurlarının da bilirkişi olarak dinlenemeyeceğini öngörmektedir¹¹⁰. Bilirkişilikten çekinme zorunluluğu dışındaki çekinme sebeplerinin veya diğer makbul sebeplerin varlığı halinde de (CMUK m. 69/1, 47, 50) bilirkişiliğe zorlanamazlar.

Bunlar dışında, kanun, bazen açıkça bilirkişilik yapmayı yasaklayabilmektedir. Örneğin hastayı son hastalığında tedavi etmiş olan hekim otopsi yapamaz, yani bu konuda bilirkişi olamaz (CMUK m. 79/3)¹¹¹.

Reddolunan bilirkişi de bilirkişilik yapamaz. Bilirkişi raporunu verdikten sonra reddi talep olunup da bu talep kabul edilmişse, bu durumda rapor geçersiz sayılıp, yeni bir rapor vermek üzere başka bilirkişi tayin edilebilir (CMUK m. 76/2).

¹⁰⁹ Kunter/Yenisey, 560; Gürelli, 63

¹¹⁰ Devlet sırrı nedeniyle bilirkişilikten çekinme yükümlülüğü getiren iki hükümden CMUK m.49'da, m. 69/2'ye göre daha özel bir halin sözkonusu edildiği belirtilmektedir (Gürelli, 64). Daha açık ifade etmek gerekirse, 49. maddede, bilirkişi seçilen memurlar, "saklamakla yükümlü oldukları sırların açığa vurulmasını gerektirecek surette bilirkişilik yapmaktan" yasaklanmışlardır. Buna karşılık 69. maddede, daha genel bir ifadeyle, memuriyetin menfaat ve icaplarına halel verecek şekilde memurların bilirkişilik yapmaları engellenmektedir.

¹¹¹ Soyaslan, (Usul), 332

VII. CMUK TASARISI

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 2000 Tasarısı bilirkişilik konusunu, mevcut kanuna göre daha ayrıntılı düzenlemiş, yeni bazı hükümler öngörmüştür. Tasarının 65-87 maddeleri bu konuya ilişkindir. Konumuzu ilgilendirdiği ve mümkün olduğu ölçüde mevcut kanunla karşılaştırarak Tasarıdaki düzenlemeler hakkında kısa bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Bilirkişinin atanması konusunda savcı, taraflar ve avukatlar da talepte bulunabilmektedirler (Tasarı m. 66). Yani CMUK'da sadece re'sen bilirkişi tayininden söz edilmişken, Tasarıda tarafların talebi üzerine de bilirkişi atanabilecektir.

Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına... "karar verilebilir" denmesi, bu konularda bilirkişi atanmayabileceği de izlenimi vermesi bakımından isabetli olmamıştır.

Bilirkişi atama yetkisi koğuşturma evresinde yargılama makamına, soruşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısına aittir. Böylece, ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde hazırlık soruşturmasında savcıya bilirkişi atama yetkisi veren CMUK hükmü (m. 66/2), Tasarıda istisna olmaktan çıkarılarak genişletilmiş, hazırlık soruşturmasında (Tasarının ifadesiyle "soruşturma evresinde") bilirkişi atamaya tek yetkili makam olarak savcılık gösterilmiştir.

Bilirkişi sayısını belirleme yetkisi de bu makamlara ait olmakla birlikte, CMUK'da olduğu gibi açıkça bir sayı sınırlamasından söz edilmemiştir. Sayının birden fazla olarak belirlenmesi halinde, bunun gerekçesinin atama kararında gösterilmesi gerekmektedir.

Bilirkişi olarak atanabileceklerle ilgili Tasarıda ayrı bir hüküm yer almaktadır (Tasarı m. 67). Buna göre; bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede

yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcısı veya hakimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Ayrıca, gerekçesi atama kararında gösterilmek suretiyle, istisnai olarak, anılan listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir. Kanunların belirli hususlarda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanırlar. Bilirkişi olarak atanan bir tüzel kişi ise, kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunmak durumundadır.

Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararda, bilirkişiden hangi hususları inceleyip değerlendireceğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir (Tasarı m. 68). Buna göre, inceleme konusu, teknik nitelikte ve yanıtı özel bilgiyi gerektiren soruların incelenmesine ilişkin olacak şekilde atama kararında gösterilmelidir. Ayrıca, atama kararında, görevin yerine getirileceği süre de belirtilmelidir. Özel nedenlerin zorunlu kılması durumunda bu süre, bilirkişinin talebi üzerine ve atayan merciin gerekçeli kararıyla uzatılabilir. Belirlenen sürede raporunu vermeyen bilirkişi değiştirilebileceği gibi, gecikme dolayısıyla uğranılan zararları ödemesi hususunda da karar verilebilir ve ayrıca bilirkişi listesinden çıkarılabilir.

Duruşmada sözlülük, yüzekarşılık ve vasıtasızlık ilkelerine uygun olarak, bilirkişinin duruşmada açıklama yapmak üzere çağrılması esası Tasarıda (m. 70) kabul edilmiştir. Buna göre, raporunu verdikten sonra, bilirkişinin duruşmada hazır bulunması kural olarak zorunlu değildir. Bununla birlikte mahkeme re'sen veya tarafların talebi üzerine, açıklamalarda bulunmak üzere bilirkişiyi duruşmaya çağırabilir.

Bilirkişiliği kabul yükümlülüğü hemen hemen CMUK'daki (m. 68) gibi düzenlenmiştir (Tasarı m. 72). Buna göre; 1. Resmen

bilirkişilikle görevlendirilmiş olan ve 67. maddede belirtilen listelerde yer almış bulunan, 2. İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinen, 3. incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olan kişi veya kurumlar bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler.

Sanığın şuurunun tetkiki ile ilgili CMUK m. 74, Tasarıda kısmen farklı düzenlenmiştir (Tasarı m. 78). Öncelikle maddenin başlığı "gözlem altına alınma" olarak öngörülmüştür. Ayrıca CMUK m. 74/1'deki "tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya Ceza Kanununun 47. maddesinin uygulanması bakımından yapılan incelemede..." ifadesi yerine "şüpheli veya sanığın fiili işlediği zaman şuurunu veya hareket serbestliğini tamamen kaldıracak veya önemli derecede azaltacak surette akli maluliyet halinde bulunup bulunmadığını saptamak için..." demek suretiyle hüküm daha anlaşılır kılınmıştır. Keza, bir yenilik olarak, suçun sanık tarafından işlendiği yolunda kuvvetli şüphe bulunması, gözlem altına alınmanın şartı olarak öngörülmüştür. Buna karşılık, sanık resmi sağlık kurumuna gönderilirken soruşturma dosyasının veya dosyadaki bazı belgelerin de gönderileceğine dair hüküm (CMUK m. 74/4) ile, gözlem altında geçen sürenin ileride verilecek olan ceza veya emniyet tedbiri süresinden indirileceğine dair hüküm (CMUK m. 74/5) Tasarıda yer almamaktadır.

CMUK'da yer almayan vücudun muayenesi Tasarıda iki madde halinde düzenlenmiştir (Tasarı m. 79, 80). Sadece sanığın değil, suç şüphesi altında olmayan kişilerin de vücudunun muayenesini öngören ve kişi dokunulmazlığı hakkı (Anayasa m. 17) ile hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı (Anayasa m. 38/5) ilkesi ile bağdaştırılması güçlük arzeden Tasarının ilgili hükümleri şu şekildedir;

"Şüpheli veya Sanığın Vücudunun Muayenesi

Madde 79: Suçun delil, iz, eser ve emarelerinin saptanması amacıyla, şüpheli veya sanığın beden muayenesine, sağlığını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, kendisinden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı ve benzeri örneklerin alınmasına, çok zorunlu veya başka suretle delil elde etme olasılığı bulunmayan durumlarda, Cumhuriyet savcısının veya mağdurun istemiyle ve re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar verilmeden önce şüpheli veya sanığın avukatı dinlenir. Gerekli işlemler hakim veya mahkemenin görevlendirdiği hekim veya diğer bir görevli tarafından yapılır. Ayrıca teknik işlerin yapılmasına, elde edilen örneklerin incelenmesine ve genetik analizlere tabi kılınmasına da girilebilir. // Alınan örnekler, örnek alınmasını gerekli kılan olayın yargılanması ile bununla bağlantılı olarak yapılan diğer yargılamalar dışında kullanılamaz. Gereksinim duyulmayan örnekler hemen yok edilir. // Bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebilir.

Diğer Kişilerin Vücudunun Muayenesi

Madde 80: İşlenen suç dolayısıyla vücutlarında delil, iz, eser veya emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak veya ırsiyeti belirleyebilmek amacıyla ve sağlığı tehlikeye düşürmemek koşuluyla, şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de vücudunun muayenesine ve 79 uncu maddenin birinci fıkrasına göre gerektiğinde örnek alınmasına karar verilebilir ve bunlar teknik yönden incelemelere ve genetik analizlere tabi tutulabilir. // Alınan örnekler, örnek alınmasını gerekli kılan olayın yargılanması ile bununla bağlantılı olarak yapılan diğer yargılamalar dışında kullanılamaz. Gereksinim duyulmayan örnekler hemen yok edilir. // Bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebilir".

Hukukumuzda yer almayan bu tür bilimsel delil elde etme yoluna uygulamada başvurulmaktadır. Yargılama aşamasında olmak koşuluyla, sanığın rızasının olmaması halinde dahi bu testler yapılabilmektedir¹¹². Bu amaçla, yargılama makamı, Cumhuriyet savcılığına sanığın vücut bütünlüğüne ilişkin incelemelerin, testlerin yapılması için, bu incelemeleri gerektiren sebepleri de gösteren bir tezkere yazmakta, söz konusu incelemeler cumhuriyet savcılığı marifetiyle, sanığın rıza göstermemesi, direnmesi halinde de zabıta kuvvetlerine başvurmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Yargılama söz konusu olmadan; idari bir karar ya da işlemle ya da sadece Cumhuriyet savcısının insiyatifi ile bu tür incelemeler yapılamaz¹¹³.

Ölünün adli muayenesi (Tasarı m. 84), savcının talebi üzerine hakim tarafından ve bir hekim görevlendirilerek yapılır. Muayene, gecikmede sakınca bulunan hallerde savcı tarafından da yapılabilecektir. Ayrıca, ölü muayenesinde elde edilebilecek bilgiler için bir hekimin görevlendirilmesine gerek duyulmayacağı açıksa, hekim olmadan da bu muayene yapılabilecektir.

Otopsi işlemi, zorunluluk dışında yine iki hekimin yapması aranmaktadır (Tasarı m. 84). Ancak CUMK'da (m. 79) bunlardan birisinin adli tabip veya patalog olması arandığı halde, Tasarıda, hekimlerden birinin adli tabip olması aranmakta, ancak ikinci hekimin patoloji uzmanı veya diğer dallardan birinin mensubu ya da bir pratisyen hekim olabileceği belirtilmektedir.

Otopsi, CMUK'da olduğu gibi hakim huzurunda yapılacaktır. Farklılık, bunun savcının talebi üzerine olacağıdır. Ayrıca, savcı da isterse, ceset açılırken hazır bulunabilir.

¹¹² Ancak uygulamacılar, bunun için bir hakim kararını mutlaka aradıklarını, karara rağmen sanığın rızası yoksa böyle bir uygulamayı kesinlikle yapmadıklarını ifade etmektedirler (Başkan, 481).

¹¹³ Ersoy, 438 vd.

Fethi kabir kararını CMUK m. 79/5 uyarınca hazırlık soruşturmasında savcı, son soruşturmada mahkeme verirken, Tasarıda bu işlem için kural olarak hakim kararı gerektiği, ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde savcının da buna yetkili olduğu belirtilmektedir. (Tasarı m. 84/5). Ayrıca bu konuda bir yenilik olarak, mezardan çıkarma kararının, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmediği ve ulaşılması zor olmadığı takdirde, ölünün bir yakınına derhal bildirilecek olmasıdır (Tasarı m. 84/5).

Keza, ölünün adli muayenesi ve otopsi işlemleri yapılırken, imkan ölçüsünde fotoğrafının alınması da (Tasarı m. 84/6) bir diğer yenilik olarak belirtilebilir.

Kalpazanlık ve sahtecilik suçlarında bilirkişiliği düzenleyen iki hükümden CMUK m. 85 Tasarıda yer almamakta, sadece CMUK m. 84 benzer şekilde düzenlenmektedir. (Tasarı m. 77).

Duruşmada okunabilecek belgeler arasında CUMK'da (m. 244) bilirkişi raporuna Tasarıda (m. 211) yer verilmemiş, buna karşılık, CMUK m. 249'a karşılık gelen Tasarı m. 215'e aktarılmıştır. Buna göre; bir açıklama veya görüşü içeren resmi belge ve diğer yazılar ve fenni muayene ve doktor raporlarının okunmasından sonra, gerekli görülürse, belge ve diğer yazılar ve raporda imzası bulunanlar, açıklamada bulunmak üzere oturuma çağrılabilirler. Açıklama ve görüş veya rapor bir kurul tarafından verilmişse, mahkeme, kurulun görüşünü açıklamak üzere görevi, üyelerinden birine vermeyi kurula önerebilir. Bilimsel görüşlere ilişkin açıklama m. 70 (duruşmada bilirkişinin açıklaması) ve 73 (tamk bilirkişi) hükümlerine göre yapılır.

VIII. SONUÇ

Bilirkişilik, ceza muhakemesi hukukunun ciddi sorunları bulunan kurumlarından biridir. Ancak bu sorunlar yasal olmaktan çok uygulama ile ilgilidir. Bilirkişililiğe ilişkin hükümlerin titiz bir

şekilde veya bazen hiç uygulanmaması ya da yanlış uygulanması yüzünden bu kurum yozlaştırılmıştır.

Uygulamadaki aksaklıklar, sık sık kanun değişikliği yoluyla giderilmek istenmiş, ancak başarılı olunamamıştır. Tasarı ile bu konuda başarılı olunacağını umarız.

Uyuşmazlıkları bilirkişilere ihale etme gibi bir görüntü verilmekte olmasının gerisinde, genellikle, bilirkişiden yararlanma konusunda yargılama makamlarında tam bir bilinçsizliğin hakim olduğu söylenebilir¹¹⁴. Başka bir ifadeyle, son derece hassas ve gerekli olan hususlarda çoğunlukla bilirkişi görüşü almaksızın karar veren yargı organları, görüş aldıkları dosyalarda ise genellikle bu görüşlere aynen itibar etmektedirler¹¹⁵.

Hukuk fakültelerinin eğitim yapısı modernize edilerek, kriminalistik ve benzeri derslerin okutulması, stajda buna devam edilmesi ve mesleğin icrası sırasında da hizmet içi eğitimlerle bu alandaki teknolojik ve bilimsel imkanların hakim ve savcılara düzenli olarak iletilmesi gerekir.

Bilirkişiliğe müracaat noktasında hakim ve savcı eğitimine önem verilmesi gerekir. Özel veya teknik bilgi ile donatılmış bir uzman olan bilirkişinin, bilimin hızla geliştiği çağımızda, bir hukuk uzmanı olan ve hukuk devleti ilkesinin

¹¹⁴ Çözümü özel veya teknik bilgi gerektirmeyen, hatta tespiti tamamiyle yargılama makamına ait olan kast unsurunun belirlenmesi ve buna göre gerçekleştirilecek vasıflandırmanın bilirkişiye havale edildiği görülmektedir. Bu konuda, bilirkişi görüşü istenmiş olan şu iki örnek oldukça düşündürücüdür: "... Sanığın evinde ele geçen... kilogram uyuşturucu maddenin ticari yahut kullanım maksatlı olup olmadığının ilmen tespiti ile düzenlenecek raporun..."; "... Ekli dosya ve otopsi raporu değerlendirilerek olayın Türk Ceza Yasasının 448, 450, 451, 452 yahut 455. maddelerinden hangisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin raporla tespiti..." (Başkan, 476)

¹¹⁵ Başkan, 473

gerçekleştirilmesinin, insan haklarının teminatı durumunda bulunan savcı ve hakimi giderek güçsüzleştirdiği; onları, kendisi tarafından ortaya konan sonuçları tasdik eden bir merci durumuna düşürdüğü doğrudur. Ancak bu gelişmede sadece hakim ve savcıların iş yüklerinin ağırlığı rol oynamamakta, ayrıca, hakim ve savcılarının rahata düşkünlüğünün ve boşvermişliğin de önemli bir payı bulunmaktadır. Söz gelimi isnad yeteneği konusunda yaptırılacak bir incelemede insiyatifi tamamen psikiyatra bırakan, bilirkişinin yapacağı incelemenin çerçevesini dahi çizmeyerek, kusurun hangi türü bakımından isnad yeteneğinin araştırılacağını dahi belirtmeyen; bilirkişiyi sevk ve idare yetkisi veren CMUK m. 71 hükmünü hiçbir şekilde kullanmayan; hukukçuları, özellikle de hukuk fakültesi öğretim üyelerini bilirkişi tayin eden; bilirkişiden, dosya içeriğine dayanarak, örneğin kastın tayin edilmesini isteyen hakim ve savcılarının, bilirkişileri taşeron olarak kullandıkları, bu suretle üzerlerindeki iş yükünü hafifletme ve sorumluluğu onlarla paylaşma yoluna gittikleri bilinen bir gerçektir¹¹⁶. Bilirkişinin olayla ilgili olarak aydınlatılmasına uygulamada gereken önemin verilmemesi, bilirkişi raporlarının istenmeyen şekilde ortaya çıkmasına yol açmakta, bunun üzerine yeniden bilirkişiye başvurulmakta, bu ise bilirkişilik kurumunu muhakemeyi uzatıcı bir faktör haline dönüştürmektedir¹¹⁷. Bilirkişinin yazılı rapor vermesi yerine bizzat dinlenmesi suretiyle bu sakıncalı sonucun da önüne geçilebileceği inancındayız.

Bilirkişi duruşmada mutlaka dinlenmelidir. Maddi gerçeğe ulaşma, vasıtasızlık ilkesinin uygulanması ve savunma

¹¹⁶ "... Bundan çok daha kötüsü uygulamada, örneğin kepenk kırılarak işlenen bir hırsızlık suçunda, kepengin kırık olup olmadığının, şoförden 'bilirkişi sıfatı ile' sorutabiliyor olmasıdır" (Öztürk/Erdem/Özbek, 454).

¹¹⁷ Öztürk/Erdem/Özbek, 459; Kunter/Yenisey, 556, dn. 27; 562, dn. 54.

bakımından bu yöntem son derece önemlidir¹¹⁸. CMUK m. 232 buna imkan vermektedir. Kaldı ki, bilirkişinin kural olarak yazılı rapor vermesini öngören CMUK m. 75, bu raporların okunmasını öngören m. 244 ve resmi bilirkişi raporlarının okunmasını öngören m. 249 ile, bilirkişinin dinlenmesini öngören m. 232 uyumlu hale getirilmelidir.

Kimlerin bilirkişi olabileceği yahut hangi konularda bilirkişilik yapabilecekleri hususundaki başıboşluğun giderilmesi ve bilirkişileri belirleyen bir birimin oluşturulması gerekir¹¹⁹. Böylece, ayrıca, yargıda çalışanlarla ilgili bazı söylentilerin de önüne geçilebilir¹²⁰.

Tayin edilecek bilirkişi sayısını kanun en çok üç olarak belirlemesine rağmen, uygulamada üç kişilik heyet aranmakta, bu ise bazen uzman olmayan kişilerin heyette yer alması sonucunu doğurmaktadır. Oysa esas olan tek bilirkişi tayini olup, gerçekten ihtiyaç olduğunda ancak sayı üçe kadar çıkarılabilmelidir. Aksi halde bilirkişilik kurumunun bu yönden de yozlaştırılması kaçınılmazdır¹²¹.

¹¹⁸ Şahin, 168; Kunter/Yenisey, 563; Öztürk/Erdem/Özbek, 458

¹¹⁹ Başkan, 474

¹²⁰ "Mahkemelerde, sıkıntılardan bir tanesi; yazı işleri müdürü ile bilirkişilerin irtibatı. Bunu bir şekilde kesmek lazım. Tabii işlerin çokluğu nedeniyle bu çok kolay olmuyor. Hele talimat aylarında, Ankara'da, değişik bilirkişiler; mahkemelere gelip kartlarını veriyorlar ve bunlara inceleme aşamasında hakim tarafından bakılamıyor ki; bakılamaz, çünkü; çok yoğun bir iş temposu içerisinde. Bu arada talimat sözkonusu olduğu için bu bilirkişiler doğal olarak; yazı işleri müdürüne gidiyor. Yazı işleri müdürüyle ilgili de dedikodu mahiyetinde birtakım hususlar ortaya çıkıyor... Bunun yanında, hakimler,... kendileri seçmeseler bile hiç olmazsa isim bildirmelerinde şöyle bir yarar oluyor,... bir isim bildirildiği zaman, en azından oraya bir bildirim sözkonusu oluyor. Bizdeki bildirimler de telefonla yapılıyor. Bir süre sonra, kötü niyetli biri varsa, o kişiyi bulamadık diye, başka bir bilirkişiye verebiliyor" (Tekelioğlu, 478)

¹²¹ Öztürk/Erdem/Özbek, 453

Bilirkişilerin denetlenmesi, liyakat esasına geçilmesi, sınıflandırılması; bilirkişilik hizmetlerinin standardizasyonu; bilirkişilik yapan kurumların bağımsız bir yapıya kavuşturulması alanlarında gerekli çalışmalar başlatılmalı ve geliştirilmelidir¹²². Şimdiki haliyle, ceza muhakemesinin hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmasındaki katkısı şüpheli olan bu yozlaşmış kurumun ıslah edilmesi gerekmektedir¹²³.

¹²² Yenisey, 480; Başkan, 476; Tekelioğlu, 479

¹²³ Öztürk/Erdem/Özbek, 460

BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ İLE İLGİLİ BAŞIMIZA GELEN BAZI KONULAR

Av. YAŞAR ÖZTÜRK

(Samsun Barosu)

Benim konuşma konuma gelince, benden önce konuşan saygıdeğer konuşmacılar, üniversite öğretim görevlisi hocalarımız, sistematik bir şekilde konuşmamızın konusunu sundukları için, aslında bana yapacak fazla bir şey kalmadı. Ben de günlük yaşam tecrübemizden bilirkişinin seçimi ile ilgili başımıza gelen bazı konuları gayri sistematik bir şekilde arz etmeye çalışacağım.

Gerçekten Sayın Aşçıoğlu'nun dediği gibi, güzel bir bilgi şöleninde öğleden önce ve biraz önce de arkadaşlarımızdan çok şeyler öğrendik, teçhiz edildik daha doğrusu. Onun için bugün burada, Samsun'da böyle bir olayda bulunmaktan gerçekten büyük mutluluk duyuyorum. Sayın Aşçıoğlu'nun yazılarını daha önce okuyorduk, bugün daha teferruatlı olarak dinlemek fırsatını elde ettik, kişisel görüşüm; ben, Sayın Aşçıoğlu'na aynen katılıyorum. Maalesef bu sorun özellikle avukatların sürekli iç içe yaşadığı ve bir türlü aşamadığımız, bazen de tesadüfen de olsa aşabildiğimiz, uğraşarak, icabında Yargıtaydan geri dönünce Yargıtay bozması sınırları içinde tekrar bilirkişi raporu alınmak zorunda kalınca aşabildiğimiz sorunlar oluyor.

Ben, konuşmama başlamadan önce daha önceki konuşmacıların da söylediği üzere, bizim mevzuatımızda ve Kara Avrupa'sı mevzuatında hukuk usulündeki bilirkişi düzenlemesinin hemen hemen aynı paralelde olduğunu söylemeliyim. Fakat, ben sadece kısa bir bilgi olması için arz etmek istiyorum. Kara

Avrupası'nın dışında, özellikle Anglosakson hukukunda ve Amerika Birleşik Devletleri Federal Kodunda bilirkişi incelemesi farklı değil, bizimkiyle paralel, fakat daha detaylandırılmış ve sanıyorum sorunları biraz daha gidermişler orada. Onun için o konuda çok kısa bir bilgi sunmak istiyorum.

Amerika Birleşik Devletlerinde de bizde olduğu gibi mahkemede, yargılamada bilirkişilere başvuruluyor, ancak orada bilirkişilere ilk başvuru duruşma öncesi başlıyor. Fakat duruşma öncesi bilirkişiye başvurulduğu takdirde tatbikatçılar, duruşma öncesi danışma mahiyetinde rapor alınan, mütalaa alınan bilirkişilerin duruşmaya getirilmemesini tavsiye ediyorlar. Çok büyük bir tepkiyle karşılaşıyor, “jüriyi olumsuz yönde etkileyebilirsiniz” diyorlar. Bunun ötesinde federal kurallar şeklinde çevireyim ben müsaadenizle, bunun 702 nci maddesinde bilirkişilerin kullanılması ile ilgili bölümde şöyle diyor: “Eğer bilimsel, teknik veya diğer uzmanlaşmış bilgi -bunu hâkimceye çevirebiliriz- “trial of fact” yani jürinin içerisinde özellikle delilleri toplama, değerlendirmeye görevli olan jüri üyeleri veya duruşmalarda hâkim, özellikle idare mahkemelerindeki, tahkikat hâkimi, ona, özellikle delilleri anlamasına ve de dava konusu olan olayı tam olarak belirlemek ve o konuda bir hüküm kurmasına yardımcı olabilecek ise, bu takdirde uzman olarak hareket edebilecek yeterli yeteneklere sahip, özellikle bilgisi, mahareti, tecrübesi, eğitimi ve öğrenimi ile bunlara sahip olan kişi tanık bilirkişi sıfatıyla mahkemede dinlenebilir” diyor. Uygulamada da zaten genellikle davacı kendi bilirkişisini hazırladıktan sonra onu delil olarak sunuyor orada, öğleden önce hocalarımız söylediler, sayın konuşmacılar, bir nevi delil olarak geliyor, tanık bilirkişi olarak ve onu, tanık bilirkişiyi bu uygulamada, duruşmada çapraz sorgulamaya alıyorlar, herkes istediği soruyu soruyor, bilirkişi olayına vakıf mı, bunu çok güzel bir şekilde kontrol ediyorlar, itirazlar varsa ediliyor. Eğer davalı taraf da onu güvenilir, uzman

bir bilirkişi olarak vasıflandırırrsa, o zaman o bilirkişinin mütalaasına daha fazla itiraz etmiyor. Ama yok, güvenilir bulmuyorsa, kendisinin bulduğu bir tanık bilirkişiyi getirip, o da onu dinletiyor. Bunun yanında yine hemen eklemek istiyorum, bu bilirkişilerin duruşmalara, daha doğrusu yargılamaya geldiği zaman yanında, gelmeden önce bu mütalaasını yazılı olarak hazırlayıp getirmesini ve mahkemeye sunmasını, gerektiği anda da jüriye açıklanmak üzere ekinde gerekli ne kadar belge varsa, bu belgelerin de bulunması şartıyla getirilmesi emrediliyor.

Şimdi, bu uygulamada bilirkişiden şunu da istiyor; hukuk usullerinde çok açık hüküm var, “bilirkişi hazırladığı raporda kendisinin bu sonuca, bu açıklamaya, bu yoruma, bu karara varmasına neden olan bilimsel sebepleri, metotları, olayları, hepsini çok açık bir şekilde açıklayacak, izah edecek, bununla ilgili varsa şemalar, çizimler, tüm resimler, fotoğraflar, hepsini raporuna ekleyecek. Ayrıca, kendisinin de akademik geçmiş nedir, sıfatı, uzmanlığı nedir, bu uzmanlığı nasıl elde etmiş? O duruşmaya geldiği tarihten geriye doğru 10 yıl içerisindeki yayınlamış olduğu eserleri, makaleleri, neleri varsa, hepsini bir liste halinde sunacak. Ayrıca o duruşma gününden yine geriye doğru da 4 yıl içinde kaç tane mahkemede, hangi mahkemelerde bilirkişilik yapmış, bunları tam bir liste halinde verecek, yani her yönüyle tam bir şekilde tahkikata hazır gelecek, araştırarak, bu uzman mı, değil mi?

Şimdi hemen oradan bize atlayalım, bizde ne oluyor? Ben, özellikle kendi meslek hayatıma başladığım yıllarda çok yakinen müşahede ediyordum, sayın hâkimlerimiz sağ olsun, özellikle genç meslektaşlarımıza mesleğin başında bir ek kazançları olsun diye kira tespit davalarına daha çok genç avukat arkadaşlarımızı götürürler, onlara bilirkişilik yaptırırlardı. İş mahkemelerinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi fazla uzmanlık gerektirmeyen olaylarda arkadaşlarımız bilirkişi tayin

edilirlerken, bu kontrolden çıkıyor tabii, zaman zaman bir de bakıyorsunuz ki, çok büyük davalarda bile uzman olmayan kişilerin bilgisine, tecrübesine başvuruluyor. Artık onlar da nasıl, hangi raporu hazırlayarak veriyorlardı, bunu bilemiyorum.

Yine kişisel görüşüm olarak arz edeyim, birçok konularda hâkimin bilirkişiye gitmesine gerek olmadığı inancındayım, özellikle bu hesaplamalar konusunda. Şimdi düşünün, 1 yıl çalışmış veya 2 yıl çalışmış, ayrılmış, bunun fazla çalışması, kıdem tazminatı hesaplanacak, gayet basit bir şey. Bordrosu eğer oradaysa çarpıyorsunuz, görüyorsunuz. Eğer hak etmişse hesaplıyorsunuz ücretinden veriyorsunuz veyahut da kira saptama davalarında. Zaten, Sayın Baki Kuru'nun da kitabında belirttiği gibi, kira saptama davalarında bir yargıç, ona bilirkişi olarak götürülen bizim genç arkadaşlarımızdan ve bizden, ben şahsen kendimi söyleyeyim, benden çok daha bilgili, deneyimli, bu konuya hâkim, gayet rahat bir şekilde gittiği yerde, emsal taşınmazların kira kontratlarını alıp veya tapu kayıtlarını alıp, keşif sırasında da çağırıp sorarak, “sen kaçta oturuyorsun, burası ne kadar?” demek suretiyle, bunu çözümleyecek durumdadır. Yani, yeniden taraflara ek bir mali külfet getirmek, işi uzatmak bence gereksiz. Çok daha pratik bir şekilde çözülebilir diye düşünüyorum. Tabii takdir uygulamacıların ve yüksek Yargıtaydaki sayın büyüklerimizin.

Şimdi değinmek istediğim konulardan birisi de -gerçi değindik bile- “bilirkişinin uzman olması gerekir” dedik. Bazı bilirkişi raporlarında dikkatimi çekiyor, özellikle deniz davalarında veya daha başka teknik bilgilerin gerektirdiği davalarda. Bakıyorsunuz, bir hukukçu bilirkişi arkadaşımız, meslektaşımız, büyüğümüz imzalamış raporu, altında tekne uzmanı diyor. “Avukat bilmem kim tekne uzmanı” diğere bakıyorsunuz “sigorta uzmanı”, bir başkasına bakıyorsunuz, o da gene gemiyle, denizle ilgili bir şey. Benim naçizane görüşüm, Amerikan

Hukukundaki uygulamayı hâkim bizzat Türkiye’de başlatabilir diye düşünüyorum. “Şu uzmanlık belgeni getir bakayım, sen hangi fakültede, nerede tekne uzmanlığı yaptın?” Tekne uzmanlığı, çünkü kolay bir iş değil. Mesela otomobil uzmanı diyebilirsiniz, her gün kullanıyoruz, üstündeyiz, yıllardır kullandığımız bir şey, ama tekne çok daha karışık ve çok fazla bilgi gerektiren bir olay veyahut da zaman zaman bazı yayın organlarında çıkıyor -ismi lazım değil- falan gazetenin genel yayın müdürü sivil havacılık uzmanı. Nereden sivil havacılık uzmanısınız siz? Sivil havacılık uzmanlığı sadece sivil havacılıkla ilgili yayınladığı haberlerden geliyor. Sivil havacılık uzmanlığı kolay bir iş değil, çok büyük bir tahsil gerektiriyor. Tahsilin dışında deneyim gerektiriyor. Şimdi “sivil havacılık uzmanı” diyor kişi, bir tahsili, bir deneyimi veya onun içerisinde yağ yalamışlığı, uçağın altına yatmışlığı yok, yani nasıl uçuyor bilmiyoruz, sadece bizim gibi gazeteye, televizyona bakıyor o kadar. Dolayısıyla, bizim davalarımızda da uzman olarak rapor veren arkadaşlarımızın veya sayın bilirkişilerin uzmanlık belgelerinin hiç değilse bir suretinin bilirkişi raporuna eklenmesi gerekir. Örneğin makine mühendisiyse, makine mühendisi olduğuna dair diplomasının bir suretini eklersiniz. Şimdi trafik kazalarıyla ilgili raporlarda bakıyoruz, “trafik mühendisi” diyor. Vallahi bilmiyorum, trafik mühendisliği teknik üniversitelerde okutuluyor mu, var mı? Ama, onun da eğer varsa bir belgesini, getirip teslim etmesi lazım mahkemeye. Uzman olmayan kişiye verilmemesi gerekir diye düşünüyorum.

Bilirkişinin tarafsız olması lazım. Özellikle küçük yerlerde bilirkişinin tarafsızını bulmak bir hayli zor oluyor. Biraz önce sayın hocamın söylediği istimlak davalarında gidiyorsunuz, mülk sahibi genellikle o civardan çıkıyor, veya ilerisi için bir yatırımı var veya bir yakını var, akrabası var, hepimiz burada küçük yerlerde birbirimizi tanıyoruz. Dolayısıyla bunun dışında tabii daha başka

ilişkiler oluyor, politik ilişkiler oluyor veyahut da aynı sosyal kulübün üyesi olma olayı oluyor gibi. Bu tarafsızlığı da sağlamakta yine yargıcın azami dikkati sarf etmesi gerekiyor. Bizim tatbikatta rastladığımız zorluklardan bir tanesi, sabahleyin Sayın Aşçıoğlu bilirkişiliğin yozlaştırılmasından bahsetti, maalesef çok fazla. Hem de öyle ki, böyle bir bilinçsiz yozlaşma yok yani, korkunç bilinçli olanı da var. Özellikle hukukun bazı sahalarında var bu, teknik sahalarda.

Şu anda isim vermek istemiyorum ama, öyle bir dava genellikle gideceği bilirkişiler Türkiye’de belli, ya İstanbul’a ya da Ankara’ya göndereceksiniz. Oysa, bir başka gün başka davadaki de ona geliyor. Bunu aslında engellemek lazım. Şimdi biz burada kendimize taşra avukatı diyelim, yani İstanbul’a göre, İstanbul dışındaki avukatlar olarak, İstanbul’a dosyaları bilirkişiye gönderiyoruz. İstinabe yoluyla İstanbul’da bilirkişi seçiliyor, bilirkişiye dosya tevdi ediliyor ve o bilirkişi o dosya hakkında rapor veriyor ve genellikle biz belki tembelliğimizden diyelim, belki işimizin yoğunluğundan, zahmet edip İstanbul’a kadar gidip de tetkikat gününde bulunup, hangi bilirkişiyi benim dosyama verdiler diye bakmıyoruz. Ben şahsen kendi meslek hayatımda birkaç defa gittim bu tetkikat gününü kaçırmamaya çalışıyorum, çünkü eğer bilirkişinin şahsına, kişiliğine bir itirazın olacak ise, o davanın yanlarıyla ilgili bilebildiğim veya dışarıdan duyduğum veya yayın organlarından okuduğum kadarıyla bildiğim bir yakınlık varsa, onun reddini gerektirecek herhangi bir sebep varsa, bu tetkikatta ancak onu görebiliyoruz. Eğer gitmemişsek, tetkikat sırasında rahatlıkla sizin davanızda, gelen davalı avukatıyla, aynı hukuk bürosundan bir başka üstada dosya veriliyor. Akşamleyin bakıyorsunuz ki, karşı taraf meslektaşınız raporu yazıyor ve onun yanında yazdırılıyor, ertesi gün dosya geri geliyor, bunu çok yaşadım.

Yıllar önce Trabzon'da bir dava yaşadım, Trabzonlu meslektaşlarım burada, belki onlar da duymuştur, hem böylece siz de rehaveti atmış oldunuz. Bir davada, bir deniz davasında, ben davalı vekiliyim, karşı taraf davacı vekili arkadaşım dedi ki "Geçenlerde İstanbul'dan -tabii onlar biz armatör vekiliyiz-, bize P&I Club'den geldiler, illa falan avukata vekâlet verin. Neden? Vermedim, direndim" dedi. Demişler ki: "İstanbul'da bu iş -yine öğleden önce Sayın Aşçıoğlu'nun dediği gibi, o da bir başka bankacı bilirkişiye atfen söylediler -davayı ne davanın tarafı olan avukatlar, ne de hâkim kazanır, kazandırır veya kaybeder veya kaybettirir. Davayı bilirkişi kazandırır, kazanır veya kaybeder, kaybettirir. Aynı şey, meslektaşımıza ilgili arkadaşımıza gelen talimat, "bu işi İstanbul'da bilirkişiler halledecektir. Bu bilirkişileri de İstanbul'daki bir avukat arkadaş iyi tanıyor, siz ona vekâleti verin, gerisini merak etmeyin, bu dava orada biter." Neyse, şükürler olsun ki aktif husumetten gitti, bilirkişilik durum kalmadı.

Benim ilaveten söylemek istediğim şeyler; bir de sayın konuşmacı arkadaşlarım belki dikkat etmediler veya önemli görmediler, tahkim olayında. Çünkü, biz daha çok hep mahkemelerden bahsettik. Acaba tahkimde olay hakemler vasıtasıyla çözülüyorsa, tahkime gitmişse, tahkimde hakemler de bilirkişi dinleyebilir mi, dinleyemezler mi olayı var. Hukuk usulümüzde 526 ncı maddedeki hükme göre aynen mahkemelerdeki deliller vesair şeyler için hüküm geçerli olduğu için onlar da bilirkişi dinleyebiliyorlar. Fakat, kişisel olarak bana çok ters geliyor, çünkü hakem nedir? Yani, bir dava hakeme veriliyorsa, o konuda uzman olan kişilere veriliyor, teknik olarak uzman, hukukçu olarak uzman, ondan sonra oturuyor, biz ona uzman diye davamızı onlara gönderiyoruz, tahkim ücreti ödüyüz, "6 ayda bitecek" diye de bir beklentimiz var, adam gidiyor, orada bilirkişi dinliyor. Eğer sen tekne uzmanı değilsen

veya bu işleri hesaplayamıyorsan o zaman ben neden tahkimdeyim? Olmaması gerekir diye düşünüyorum. İngiliz Tahkim Kanununda aynı hüküm var, onlar da dinliyorlar. Bizim yeni çıkan Milletlerarası Tahkim Kanunumuzda da aynı hükümler var, bilirkişiler evet, “hakemler bilirkişi dinleyebilirler” hükmü getirilmiş. 4686 nolu Yasanın 12 nci maddesinde hakem ve Hakem Kurul belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi atanmasına tarafların bilirkişiye gerekli açıklamalar yapmalarına vesaire karar verebilir” diyor. Dolayısıyla tahkimde de bilirkişiye gidilebileceği konusunu sunmuş bulunuyorum.

Bir de sigorta poliçelerinde kararlaştırılan hakem-bilirkişi olayı var. Hakem bilirkişi de bildiğiniz gibi Hukuk Usulü Kanununda düzenlenen bilirkişiden ayrı, adı hakem bilirkişi, fakat bilirkişi değil, sigorta poliçesindeki anlaşmaya göre taraflar kendi hakem bilirkişilerini tayin ediyor, iki hakem bilirkişi de üçüncüyü tayin edip, sadece meydana gelmiş olan hasarın miktarını saptıyorlar. Fakat uygulamada çok ilginç şeylerle karşılaşılıyor, nasıl? Şöyle ki: Hakem bilirkişinizi tayin ediyorsunuz, karşı tarafa gönderiyorsunuz ihtarnamenizi, “siz de tayin edin” diyorsunuz, süresini veriyorsunuz, adam vermiyor. Gidiyoruz mahkemeye, hâkim “ben böyle şey anlamam” diyor, çünkü poliçenin ilgili maddesinde diyor ki: “Eğer anlaşamazlarsa ve taraflardan bir tanesi bunu süresi içerisinde tespit etmezse, tayin etmezse, taraflardan bir tanesinin kazanın olduğu yer veya bu poliçe sahibi yetkili, daha doğrusu yetkili ticaret mahkemesi hâkimine başvurarak üçüncü bilirkişinin tayinini ister” diyor. Fakat şimdi İstanbul’da ticaret mahkemesi var, Ankara’da var, Kayseri, İzmir’de var. Düşünün küçük bir yer, diyelim ki Suluova, Amasya vesaire, Asliye Hukuk Mahkemesi’ne gittik - başıma geldiği için söylüyorum- “ben anlamam öyle şeyden, benim öyle bir yetkim var mı, yok mu bilmem” dedi hâkim, ikna

edemedik. Yargıtay üstatları, kararlar, kitaplar, yok. Sonuç ne oldu? Fakat daha sonra birçok mahkemede aynen tekerrür etti ve Yargıtay içtihatlarında gördük ki, bu olay bir nevi kabul edildi. Bunu normal davanızı açıyorsunuz, normal davada hâkimin tayin ettiği bilirkişiye, hâkim “hakem bilirkişi” diyor kararında ve bu şekilde onun yaptığı hesaplamayla davaları sonuçlandırıyorlar.

Bunun dışında sayın konuşmacı, bilirkişilerin sayısına değindiler. Sanıyorum 276 ncı maddeye göre en az 1, en çok 3 kişi olacak, fakat tatbikatta bizim başımıza geliyor “iki kişi olmaz mı?” Yargıtay kararlarında iki kişilik bilirkişilik kurulunun olabileceğini görüyoruz. Hiçbir sakıncası yok, ama biz tatbikatta bazı hâkimlerimizin “hayır olmaz, ya bir olacak, ya 3 olacak, ya da 5 olacak” diye ısrar ettiklerine şahsen çok rastladım. Şimdi bu hükümden, yani 276 ncı maddenin hükmünden anladığımız 3 kişiden fazla bilirkişi tayin edilemiyor. Fakat teknoloji öyle bir geliyor ki, daha doğrusu küreselleşen dünyada artık bunlar aşıyor ve bu hüküm sanıyorum ileride yine bu küreselleşen sistemde, küreselleşenlerin veya küreselleşmecilerin baskılarıyla geçecek diye düşünüyorum.

Ben en basit örneğini hemen sunayım, -kusura bakmayın çabuk konuşuyorum, çünkü vakit azaldı ve de sizleri fazla yormak ve tutmak istemiyorum- Sivil Havacılık Kanunumuz var bildiğiniz gibi, bir sivil hava aracı kazası olduğu takdirde, sivil hava aracı kazalarında yapılacak olan soruşturmayı Ulaştırma Bakanlığının tayin edeceği bir Soruşturma Kurulu yapar, SHY 13 yönergesine göre. Bu da tabii bizimkilerin kendi, yani bizim Ulaştırma Bakanlığımızın yaptığı bir şey değil, ICAD’dan geliyor, Uluslararası Sivil Havacılık Anlaşmasının şartlarından bir tanesi. Şimdi malumunuz JAR’a geçtik “Joint Aviation Rules” dedikleri, yani Avrupa Birliğine gireceğiz diye onların kurallarına göre, bu biraz daha da teferruatlandırılacak. Şimdi ona göre SHY sanıyorum 15 inci veya 17 nci madde olacak, SHY 13, eğer küçük

hava kazası varsa, yani küçük uçak düşmüş ise Soruşturma Kurulunda bulunması gerekenler; bir test pilotu, bir uçak mühendisi ve bir de makinist, yani teknisyen olacak ve duruma göre eğer gerekiyorsa DHMI'den, kuleden uzman alacaksınız. En fazla 4'le sınırlanıyor. Fakat eğer bir büyük uçak kazası söz konusuysa, heyette bulunacaklar; kurul başkanı, kontrol pilotu, uçuş emniyet ve kaza kırım uzmanı, uçak mühendisi veya uçak bakım uzmanı, hava trafik uzmanı, havaalanı tesis ve kolaylıkları uzmanı, haberleşme uzmanı, meteoroloji uzmanı, hareket ve yer işletme uzmanı ve gerek görülen diğer uzmanlardır, yani minimum 8 kişi bulunacak.

Bunu şunun için söylüyorum; şimdi bu Hukuk Usulü 276'daki sınırlayıcı sayıdan, hükümden hareket edersek biz sivil havacılık kazalarını nasıl çözeceğiz? Çünkü bir sivil havacılık kazasında, bir uçak kazasında bunu 1 bilirkişi veya 3 kişiyle çözmeniz mümkün değil, çünkü çok karışık kompleks yapıya sahip olan bir uçak. Sadece bir pilot bilirkişiyle veya bir makinist bilirkişiyle veya bir uçak mühendisi olan bilirkişiyle veya havaalanındaki kontrol kulesindeki haberleşme uzmanıyla, uçuş kontrolörüyle bunu çözemiyorsunuz. İster istemez şu sayıdaki uzmanları bulacaksınız, çünkü hepsinin gelip bir arada olayı mütalaa etmesi gerekiyor. Pilot da o hatayı yapmıştır, yapmıştır ama acaba radardan ona ne talimat geldi? O da mı buna etken? Hayır, o etken değil. Peki hangisi etken? Pilotun verdiği cevabı kule duymadı, acaba duydu mu, duymadı mı? Yani, kuledeki bantlar çözülecek, radar kayıtları alınacak, uçak enkazı gelip alınacak.

Bir de hemen ekleyeyim, bu yönergede yok, fakat özellikle Amerika'daki sivil havacılık kazalarında ayrıca kaza sonrası yeniden inşa uzmanı dedikleri, yani uçağın parçalarını topluyorlar, uçağı yeniden teker teker o parçalarla inşa ediyorlar, "nereden gitti?" diye bunu arıyorlar. Yani, avionik uzmanı ayrı

olacak, motor uzmanı ayrı olacak, gövde uzmanı ayrı olacak, dolayısıyla bu sayının ister istemez üstüne çıkıyoruz. Eğer bunu biz değiştiremezsek, herhalde bunu da yine Uyum Yasaları çerçevesinde değiştirecekler.

Hemen yine bahsetmek istediğim bir başka olay da, bilirkişi tayin edildiği zaman her ne kadar yasamıza göre, Hukuk Usulü Yasasına göre bilirkişiye yemin ettirme zorunluluğu yok ise de, hâkim isterse and içirebiliyor ve genellikle bazen birkaç davada ben de bilirkişilik yaptım, başıma gelen olaylar, her zaman gelmiyor ama, gidiyorsunuz örneğin, hâkim yok, kalem diyor ki: “Siz alın dosyayı” bir defteri size imzalatıyor, fakat yemin zaptını da imzalıyorsunuz. İstanbul’da ve Ankara’da bu daha çok oluyor. Efendim bir profesör, bir doçent ve bir asistanını bilirkişi tayin ediyorlar. Profesör çok meşgul, derslerde. Ne yapıyor? Asistanını gönderiyor. Asistan alıyor dosyayı geliyor. Acaba asistan vekâleten mi yemin ediyor profesöre, onu anlayamadım bugüne kadar. Ben diyorum ki, eğer yemin ettirme mecburiyeti olmadığına göre, yemin ettirmeden verin dosyayı. Yeminsiz bir bilirkişi dinleyelim o zaman ve o yeminsiz bilirkişinin yeminsiz beyanını yeminsiz olduğunu göz önüne alarak değerlendirebilelim ve sayın yargıç da o şekilde ona itibar etsin veya etmesin.

Biz avukatların bildiğiniz gibi Avukatlık Yasasına göre sır tutma mükellefiyeti var. Biz neyin sırrını tutuyoruz? Bir dava nedeniyle vakıf olduğumuz sırları tutuyoruz, dava dosyasındaki sırları hiçbir şekilde müvekkilimizin rıza ve muvafakati ve hatta talimatı olmadan ifşa edemeyiz, bir başka yerde konuşamayız, kimseye söyleyemeyiz. Peki bilirkişi için neden sır tutma mükellefiyeti yok? Alıyor dosyayı, benim tüm sırlarımı, iş sırrımı, özellikle defteri inceliyorlar, ne kadar kârım var, ne kadar giderim var, maliyetim nedir, zararım nedir, riskim nedir hepsini görüyor. Ondan sonra da ertesi gün gidecek bunu rakip kuruluşa bu sırları verecek. Dolayısıyla bilirkişinin de sır tutma mükellefiyetini

getirecek bir yasal düzenleme yapılması gerekir diye düşünüyorum.

Efendim, aslında söyleyecek çok şey var, ben daha fazla vaktinizi almamak için olayı kısa keseyim, çünkü sorulacak sorular vardır. Bunun dışında sayın meslektaşım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında Türkiye'deki bu insan hakları çiğnenmesi diyeyim, tecavüzleriyle ilgili davalarda bilirkişilerimizin raporlarında çok sitemkâr oldukları konusu geldi. Artık benim o konudaki görüşüm şu: Bilirkişilerimiz, adli tıbbımız en iyi raporu, en tarafsız raporu dahi verse, maalesef orada bir başka gözle Türkiye'ye bakıldığını, başka şeyler aradıklarını düşünüyorum, çünkü bir olayda -olayın hangi dava olduğunu bilmiyorum- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde sonuçlanan bir olayda -hepinizin malumlarıdır, gazetelerde okumuşsunuzdur- orada bir bayanın, bir kadın vatandaşımızın jandarma astsubayı tarafından tecavüze uğradığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine tazminat davası açıldı. Hiçbir delil olmamasına rağmen. Bu kadın eğer böyle bir tecavüze uğramasaydı, "ben tecavüze uğradım demezdi" deliliyle bizi mahkûm ettiler. Dolayısıyla, bilirkişilerimizin, yani adli tıbbımızın ve diğer kurumlarımızın raporları hakkındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tür sitemlerini ben şahsen bir Türk vatandaşı, bir Türk avukatı olarak hiç kal'e almıyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum, arz ettim efendim.

TARTIŞMA

SORU - CEVAP

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY- Evet sayın konuklar, soru sormak isteyen veya katkıda bulunmak isteyen var mı? Sayın Aşçıoğlu buyurun.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Efendim, ilk sorum Sayın Oğuz Bey'e, ama, çok özel konularda -öyle dediniz herhalde- hukuki konularda da bilirkişiliğe gidilebilir. O zaman bir örnek verebilir misiniz.

Bir de bir hukuki konu, bilimsel eserlerde, bilimsel yapıtlarda incelenmiş, bilimsel ortamda açıklanmış ise, bu konuda bilirkişiye gidilebilir mi? Ayrıca hukuki konularda çok özel durumda, -yanlış anlamadım değil mi efendim- “çok özel konuda gidilebilir” dediniz. Karşılaştırmalı hukukta gerek uygulama açısından ve gerekse yasala bir düzenleme var mı?

Özellikle bilirkişinin seçimi konusunda avukatlara büyük görev düşüyor. Avukatlar, yozlaşmış bilirkişi kurumunu düzeltereklerin başında geliyor; karşılıklı olarak, özveri göstererek, bilirkişi atamasında anlaşabilirlerse, birçok sorunu daha başında çözmüş olurlar. Bilirkişi atamaları için yargıçtan bir öneri geldiğinde; avukatlar hangi konuda bilirkişiye gideceksiniz bunu açıklayın, ondan sonra biz bilirkişimizi tayin edelim” İşte sorunu belli bir ölçüde zapturapta almış olacağız.

Diğer bir konuda Sayın Cumhur “her bilirkişilerin yanında bir de hukukçu bilirkişi alınmasında yarar olduğunu” savundular. Yargıçlar ve avukatlar da hukukçu olduğuna göre, bu bilirkişileri yönlendirme işini yargıçlar ve avukatlar, yanların avukatları yapmaları daha doğru olmaz mı? Özellikle yine karşılaştırmalı hukukta böyle bir uygulama var mı? Yani, Türkiye'deki gibi bilirkişinin yanına herhangi bir, diğer iki bilirkişinin yanına üçüncü bilirkişi olarak da bir hukukçu alınması yolunda diğer ülkelerde bir uygulama var mı? Örneğin Almanya'da -Ejder Bey de bunu dile getirdiler- bilirkişileri yargıçların yönlendireceği

yolunda özel düzenleme var. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi benim görev yaptığım sırada birçok kararında bunu “sen yargıç olarak bilirkişiyi yönlendirmen gerekir” diye kararları var, belki rastladınız. Ancak, özellikle 11 inci Hukuk Dairesi, “bilirkişi kurlunda bir de hukukçu bulunsun” uygulamasını yerleştirdi:

Hukuki “konularda çok özel durumlar bilirkişiye gidilebilir” görüşü uygulamanın yanlıştır. Bu nedenle, anlış uygulamaları bilimsel alanda gerekçe yapmayalım, sorgulayalım. Sorgulayalım ki bu gerçekler ortaya çıksın. Eğer uygulamanın yanlışlıklarını bilime gerekçe yaparsak, Türkiye’de bilim de ilerlemez.

Sayın Yaşar Beyin kira tespitiyle ve uçak kazalarıyla ilgili bir tespiti vardı. Onlara da çok kısa bilgi vermek istiyorum. Kira tespitlerinde büyük bir yozlaşma söz konusu. Çoğunlukla avukatlar bilirkişi atanıyor. Burada yapılması gereken şu; -siz de bir nebze buna değindiniz- yargıç, özellikle taraflardan bu konuda kanıtlarını isteyip, tanık olabilir, sözleşme olabilir, eylemli emsal durumlar olabilir; ondan sonra bu kanıtlarla kirayı belirleyemiyorsa, o zaman bilirkişiye gidilecek. Bilirkişi kim olacak? Düşünebiliyor musunuz, avukat olur mu, bir öğretmen olur mu, kim olur? Emlak yani kira işlerinden anlayan birisi olur, o da emlakçılardır. Emlakçılar sahtekâr diye bir şey de söyleyemeyiz, iyisi de vardır, kötüsü de vardır.

Uçak kazalarında gerekirse beş altı bilirkişi de tayin edilebilir dediler, doğrudur. Ben onu şöyle yorumluyorum; yasanın üç kişilik bilirkişi, bilirkişilerin uzmanlık alanıyla sınırlı: Bir uçak kazasında elektrik durumunu incelemek için üç tane bilirkişi tayin edebiliriz. Motor durumunu incelemek için, motor üzerinde uzman olan, 3 tane bilirkişi tayin edebiliriz.. Bunun yanında pilotaj için de ayrı tayin edebiliriz. Yani, bu 3 kişilik bilirkişi sınırı kanımca, teknik branşlarla sınırlıdır. Onun için o

sizin dediğiniz gibi “çeşitli dallarda 3’ten fazla bilirkişi atanması gerekirse ne olacak?” sorusuna bu şekilde yanıt vermiş oluyorum.

Teşekkür ederim.

OĞUZ ATALAY- Teşekkürler Sayın Aşçıoğlu.

Hemen tekrar edeyim, kanundaki açık hüküm karşısında, yani hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı kesin. Bu konuda bir tartışma yok, yasal düzenlememiz böyle. Benim arz etmeye çalıştığım uygulamadaki bu ihtiyacın nereden kaynaklandığıydı. Aslında onlar bilirkişiye başvuru kalıbı içinde hukuki mütalaa almak istiyorlar hâkimler, bu sebeple başvuruyorlar, bilirkişiyi bu sebeple kullanıyorlar demek istedim. Yoksa bilirkişiye başvuru tabii ki bunu açık hükme rağmen kimse savunamaz, bilirkişiye başvuru yasaktır, çok net bir yasak. Bilirkişinin gerektiği durumlar da hukuk bilgisinin dışında kalan özel tecrübe kuralları diyebileceğimiz, özel ve teknik bilginin gerektirdiği haller olduğu için zaten hâkim, hukukçuya bilirkişi yoluyla başvurma ihtiyacı duymayacaktır. Ama, şu anda hâkimin bilgi açığını kapatacak çeşitli fiili sebeplerden ötürü, -sebepler çok, sayabiliriz- imkânlar olmadığı için, elindeki bu bilirkişilik kurumunu kullanıyor. Zannediyorum bu sebeple hukuki bilirkişiye başvuruluyor da, Yargıtay da bunu caiz görüyor, hoş görüyor, çünkü fiili bazı altyapı yetersizlikleri, imkân yetersizlikleri sebebiyle hâkimlerin güncel hukuki konuları takip etmesi her zaman mümkün olmuyor. Örnek: Efendim, bir sözleşmenin Franchising mi, hâsılat kirası mı, yani isim kiralama mı, hasılat kirası mı, işletme kirası mı olduğu konusunda bir ihtilafta ciddi problemler var. Şimdi Franchising sözleşmesinin ne olduğunu bilmeyen belki hukukçu arkadaşlar var. Efendim fort faiting işlemi, Türkçe’ye de böyle geldi maalesef, SWAP işlemlerinin isimleri bile bilinmiyor bazılarınca.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Bu konuda eser varsa?

OĞUZ ATALAY- Şimdi ona gelelim, benim arz etmeye çalıştığım mesele de oydu. Şimdi bilirkişiye başvuru ne için yapılır? Somut maddi vakanın aydınlanması için yapılır. Bu tartışmanın başı belki “bilirkişi delil midir, değil midir”e kadar gider. Kanaatimce bilirkişi kanunda deliller arasında sayılmasına rağmen, nitelik itibariyle delile benzemiyor, delil değil gibi geliyor bana, çünkü delil tarihsel olarak daha önce gerçekleşmiş bir vakanın yargılama aşamasında hâkime, hâkim önünde tekrar canlandırılmasını, yani hâkime yansıtılmasını mümkün kılan aynadır. Şurada olay gerçekleşmiştir, hâkim kürsünün arkasındadır, iddiada bulunan, vakıa iddiasında bulunan kürsünün üzerine bir ayna koyar, der ki: “Hâkim Bey, bak bu aynaya vakıayı gör”, işte delil bu. Delil, yazılı delil olur, bu belgedir, diğer bir tür delil, yani canlı delil de tanıktır. Onun dışındakilerden hiçbiri delil değil, yemin delil değil, tarafın bir ifadesine, belli kalıpta verilen ifadesine kanunen atfedilmiş bir kesinliktir. Bilirkişi delil değildir, hâkimin yardımcısıdır belki. Keşif delil değildir, bilgi toplama yöntemidir. Delil, vakıayla hâkim arasına girip, direkt vakıayla teması olan, onu yansıtan unsurdur, araçtır.

Bilirkişide bu vasıf çok galip değil. O yüzden zaten yabancı hukuk çevrelerinde de bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğu savunulmakta. Hatta İtalyan hukukunda bilirkişi, “consultante tecnico” denilen, yani artık kadrolu idari bir görevli danışman olarak mahkemelerde görev alıyor. Şimdi bu da gösteriyor ki bilirkişinin niteliği konusunda çok netlik yok, yani delil bile değil. Şimdi delil olmayınca bilirkişi, öyle kabul edersek, farzımuhal, kanunumuza göre delil, mahiyet itibariyle öyle kabul edersek, o zaman bunu tarafların ileri sürmesi, tarafın getirmesi ve diğer deliller gibi aynı usule tabi olması gerekmez, hâkim kendiliğinden de başvurabilir. Çünkü, hâkim bilgi eksikliğini kapatacak. Bu da filhakika var kanunumuzda, ama maddi meselede buna

başvuracak diye düzenlenmiş. “Hukuki meselelerde başvurulamaz” hükmü de var, ama hukuki meselelerde sıkıntı var. Şimdi Sayın Yaşar Karayalçın hocam, daha önce belirttim, belki lütfederlerse o örneği kendileri bize anlatırlar. Sayın Kalpsüz hocayla birlikte tartıştıkları bir mesele var. Somut olarak bilmiyorum ben, sadece duydum ve çok ciddi meselelerde ki, Türkiye’nin en yetkin hukuk profesörlerinin bir hafta tartışarak sonuca vardıkları bir meselede, gerçekten yeni mezun bir hâkimin sonuca varmasını bekleyemeyiz. Bu konuda soyut bilimsel eserler yazılmışsa, bu durumda bunlardan istifade imkânı varsa, kuşkusuz hâkimin yapacağı iş hukuk bilgisindeki, eksikliğini oradan gidermektir. Mütalaa zaten, hukuki mütalaa dediğimiz şey soyut bilginin somut olayda koşulların oluşup oluşmadığını, gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlatılması mahiyetinde bir bilgidir. Orada da soyut hukuk bilgileri verilir mütalaa. Söz konusu olayda da “şu şu şu vardır” denir. Hâkim bunu değerlendirir, kabul eder veya başka bir görüş benimseyebilir, buna bir engel yok. Kanaatimce hâkimlerimizin hukuki konularda bilirkişiye başvurma niyetleri yok, bilirkişi olarak bakmıyorlar buna. Onlar hukuki mütalaa, bilimsel görüş istiyorlar ve ilmi içtihattan bu şekilde faydalanmak istiyorlar, bu da ilmi içtihattan faydalanmanın en kolay yolu, hukukçu bilirkişiye başvurmak.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sağlık görevlisini nasıl buluyorsunuz? Şimdi bakın, bilimsel ortamda belki hukuk tartışılmıştır, bir doçentlik tezi, bir doktora tezi, bunlar tartışılmış, ortaya konmuştur, ama haklısınız bir hukuk profesörü, bir doçent veyahut da belki bir Yargıtay üyesi bir hukuki konuda mütalaa veriyor ve bu hukuki mütalaa tartışılıyor. Yargıtayda da tartışıldı.

Bakın, Samsun’da geçmiş bir olay, İstanbul Üniversitesinden üç tane bilirkişi, “kişilik hakkına saldırı yoktur” diye hukuki görüş açıklamışlar ve mahkeme bu görüşe göre karar vermiş. Yargıtay ise “hayır, bu görüş yanlıştır, burada kişilik hakkına saldırı vardır

veya yoktur” şeklinde bilimsel görüşü benimsememiştir. Yargıçlar, bilimsel ortamda ortaya atılan tartışılarak güncellenen görüşlerden yararlanmalıdır. Bilim adamı mı olacak, bilim adamları da yozlaştırırız. Yargıçlar yozlaştığını göre, avukatlar yozlaştığına göre, bilirkişiler yozlaştığına göre, bilim adamlarının yozlaşmasını nasıl önleyeceğiz? Çok tehlikeli bir yol efendim, çok tehlikeli bir yol.

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY- Teşekkürler Sayın Aşçıoğlu.

Hocam buyurun, Sayın Karayalçın.

YAŞAR KARAYALÇIN- Hukuk alanında, hukuki alanda uzman öğretim üyesinin her avukatın ve her hâkimin her şeyi o düzeyde bildiğini ileri sürmenin ben şahsen bunun gerçekçi olmadığı kanaatindeyim. Hukuk bir ummandır, bu bakımdan bence hâkimin en büyük yardımcısı davayı takip eden, olayı takip eden avukatlardır. Geriye eğer bu meslektaşlar konuyu hukuki açıdan aydınlatmakta, bilgi bakımından yeterli olmazlarsa, o zaman hukuki mütalaa yoluna başvururlar. Hukuki mütalaa konusunda Yargıtayda da değişik görüşte olan meslektaşlarımız var. Hatta bu konuda rahmetli olan bir daire başkanının, muhalefet şerhini de biliyorum, ama bakın, bir konuda üç tane öğretim üyesi mütalaa veriyor, üçü de aynı konuda ayrı şeyler söylüyor.

ÇETİN AŞIOĞLU- Öyle bir şey demedim.

YAŞAR KARAYALÇIN- Hayır, diyenler var. Çok değerli bir meslektaşımız söylemiştir, ama bunu gayet tabii saymak lazım. Siz, Yargıtayda İctihadı Birleştirme Kurulu kararlarının, hele eskiden yayınlanan metinlerine bakın, aynı konuda kaç tane değerli meslektaş, kaç çeşit fikir ileri sürüyor, bunu tabii karşılamak lazım. İşte hukukun gelişmesinde bu değişik görüşlerin çok büyük önemi vardır. Bunlar olmazsa tek yönlü bakışlarla sonuca varmak belki çok haksızlık konusu olabilir.

Bütün mesele bu değişik görüşleri iyi değerlendirmek ve ondan sonra bu değişik görüşler içinde doğruyu ve haklıyı bulmaktır, işte hâkimlik sanatı da budur. Yoksa her şeyi bilen, yani bugün bizim Usul Kanunumuzun kabul ettiği prensipte varsayım şudur; hâkim her şeyi bilir. Mümkün değildir, gerçekçi değildir. Bankacılık, Banka Ticaret Hukuku Enstitümüzün sempozyumlarında bu konu çok tartışılmıştır. Biz, enstitüde yönetim olarak ta 45 seneden beri bir prensip uyguluyoruz. Yaptığımız her toplantı basılır, tartışmalar basılır ve böylece bir birikim ortaya çıkar.

Şimdi, bu konular orada da tartışılmıştır, bugün yine tartışılıyor, belki yarın yine tartışılacaktır. Yalnız, bazı noktalarda gerçekçi ve mütevazı olmak lazım. Hâkimi her şeyi bilir faraziyesinden hareket ederek, böyle diğer imkânlardan faydalanamaz bir hale getirmeye hakkı yoktur. Hele hele ülkemizde bunu istemeye hiçbir şekilde hakkımız yoktur. Bakın, ben eski bir öğretim üyesi olarak, yani ben 57'de yayınladığım "Ticari İşletme" kitabında ticari kazadan bahsederken, ilk defa Türkiye için bu alanda en önemli konu uzmanlaşmaktır dedim, ama bakın, o zaman 57, şimdi 2001'deyiz. Türkiye'de yargı sayesinde uzmanlaşma maalesefolmuştur. Böyle şartlar altında, üstelik çok güçlü bir kadro olsa dahi, gerçekçi olmayan bir varsayımdan hareket ederek, "hâkim her şeyi bilir" deyip, onu bilirkіşi ve uzmanın yardımcısından mahrum etmeye hakkımız yoktur, gerçekçi değildir. O zaman eğer bu varsayımdan hareket edersek, öyle kararlar çıkar ki, o zaman bu kararlara Yargıtay da şaşırır kalır, vatandaşlar da mustarip olur.

Teşekkür ederim.

OĞUZ ATALAY- Biz teşekkür ederiz sayın hocam.

Buyurun Sayın Aşçıoğlu.

Çetin AŞÇIOĞLU- Çok affederseniz, şimdi hocama yanıt vermezsem, sabaha kadar uyumam. Efendim ben, yargıcın her

şeyi bildiğini, yargıcın bilimsel kaynaklara başvurulmasının engellenmesini dile getirmedi, böyle bir şey söylemiyorum. Yargıç her şeyi bilmemesi doğal; ancak yargıç bilgi eksikliğini bilimsel ortamda yayınlanmış yapıtları inceleyerek, okuyarak bunu dolduracak. Tarafsız olan budur, yansız olan budur, bilimsel olan budur. Eğer devreye bilirkişi diye sokarsanız iş rayından çıkar.

Bakın, çarpıcı bir örnek, bilirkişilik yapan bir bilim adamı kitabının önsözüne bilirkişilik yaptığı yargıçları överek isimlerini yayınladı. Niye? Bilirkişi kurumunu pazar pazar haline getirdi. Bilimsel yapıtlara, bilime ulaşmaya, yargıçlara kolaylık tanıyacağız. Kütüphane, şimdi İnternet var, diğer yargıçların emrine vereceğiz. Sayın hocam sizin önerdiğiniz durumda bilim adamlarının onuru, saygınlığı tartışılır duruma gelir. Nitekim bu oluyor. Bunu kabul edin, lütfen kabul edin. Nitekim bir bilim adamı yine, şöyle bir bilirkişi raporu düzenledi, dedi ki: “Ben bu konuyu senelerce kitabımda inceledim, yazdım A diye, ama iyi incelememişim, -bilim adamı bunu söylüyor- şimdi doğrusunu söylüyorum” diyor, parayla verdiği bir rapora, altına imza atıyor, “şimdi görüşüm A değildir, B” diyor. Bir de bir şey soruyorum. Bunu yanıtlama mecburiyetindesiniz, bilim adamı olarak söylediğiniz zaman. Bu şekilde bir uygulama dünyanın neresinde var, bunu yanıtlayın lütfen. Yasalarda mı var, uygulamada mı var, Amerika’da mı var, nerede varsa bunu söyleyin.

YAŞAR KARAYALÇIN- Tabii, riayet edilmesi gereken etik kurallar vardır. Akademik hayatta da etik kurallar vardır. Bir meslektaş bir konuyu incelerken, şu fikre sahip olabilir, ama sonradan ortaya çıkan diğer sebepler ve diğer gerekçeler dolayısıyla kitabının başka bir yayınında onun o fikri terk ettiğini söyleyebilir. Ama, şimdi bu akademik etiğe, akademik ahlaka katiyen aykırı olmayan bir durum. Hâkimler, işte şu bu falan diyerek, yani bilirkişilik değil de, hukuki mütalaalar alanında bazı

taltifkâr sözler belirterek, yazarak görüşten vazgeçtiğini, değiştirdiğini söyleyecek olursa, bu akademik hayatla, akademik etikle bağdaşmaz.

Bakın, benim “Hukukta Metod” kitabımda bu konunun tartışılması da vardır. Şimdi bir mahkemede biliyorsunuz Yargıtayda normal olarak belki 5-7 kişi çalışıyor. Almanlar bunu incelemiştir, “Hâkim Hâkime Karşı” diye çok güzel bir kitap yazılmıştır Alman Hukukunda. Yani, bakın muhalefet şerhlerini verme mecburiyeti gerçekçi flat konduktan sonra Türk hukukunda çok büyük bir gelişme olmuştur. Anayasa Mahkemesinden tutun, içtihadı birleştirme kararları, daire kararlarına kadar muhalefet şerhleri veriliyor. Yani, bir meslektaş dairesinin çoğunluk görüşüne katılmadı diye, başka bir görüş ileri sürecektir olursa, bu tabiidir, tabii bir olay. Hukukun ilerlemesinin değişmesi de, gelişmesi de buna bağlıdır, bunu tabii karşılamak lazımdır.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Başka ülkelerde bilirkişilik yapan hukuki görüş açıklaması kurumu var mı?

YAŞAR KARAYALÇIN- Uzmanından görüşünü ister, “görüşünüz nedir?” diye sorar. O da diyor ki benim görüşüm, alan taraf, alan avukat bazen mahkemeye ibraz eder, bazen sadece kendi durumunu takdir etmek için alır, dosyasına koyar. Bu artık o avukatın bileceği işidir. Yani “efendim, filanca bu mütalaayı parayla almıştır, bu itibarla bunun meslek ahlakına” filan şeklinde bunu meslektaşlarımız da söylüyor.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Önerdiğiniz gibi, hâkim “ben bu hukuki konuyu bilemiyorum” diye; hukukçu bilirkişiye başvurma konusunda başka ülkelerde uygulama var mı?

YAŞAR KARAYALÇIN- Türkiye’den başka mı? Bakın sayın meslektaşım, “amirus curia” diye Amerika’da bir müessese vardır, yani mahkeme gerektiği takdirde mahkeme dostu olarak

bu işin uzmanıyla görüşür ve doğruyu aramaya çalışır, ona göre de kararını verir. Doğruya varmak için elbette tartışmak lazım.

YAŞAR ÖZTÜRK- Sayın hocam affınıza sığınıyorum, çünkü program sarkıyor, onun için bitirmek istiyoruz. Sanıyorum çay içerken daha güzel konuşma olanağımız olur. Lütfen hoşgörünüze sığınarak bitiriyoruz.

YAŞAR KARAYALÇIN- Bakın, bizim enstitü yayınlarında yer alan şu örnek vardır: -biz yaşadık bunu- Bir gün, bir kazadan Anonim Şirketler Hukukuyla ilgili bir dosya geliyor Ankara Mahkemesine ve bizim enstitüden de bir mütalaa istiyorlar. Enstitüde üç profesör arkadaştan mütalaa istediler, ben, Ali Bozer ve Turgut Kalpsüz. Türkiye’de bir kazada öyle bir anonim şirket hukuku meselesi ortaya çıkıyor ki, biz bu durumda oturup, ciddi çalışma yapmak mecburiyetinde kaldık.

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY- Sayın hocam, çok teşekkür ederiz değerli açıklamalarınız için. (Alkışlar)

KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız, şimdi bu bölümdeki tebliğin tartışmacılarına Samsun Barosunun armağanlarını sunmak üzere Samsun Baro Başkanı Sayın Avukat Arif Yılmaz Üney’i sahneye davet ediyorum. (Alkışlar)

3. TEBLİĞ

BİLİRKiŞİ RAPORU VE RAPORUN BAĞLAYICILIĞI

KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız, oturumumuzun son tebliğinin konusu “Bilirkişi raporu ve raporun bağlayıcılığı”. Tebliğin sunuşunu Başkent Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Sayın Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Selçuk Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Sayın Doç. Dr. Ömer Ulukap'ı ve Adli Tıp Kurumu Adli Tıp Uzmanı Sayın Doktor Sadullah Güzel yapacaklar. Tebliğin tartışmacıları emekli Sayıştay Uzman Denetçisi Sayın Atilla İnan ve Ankara Barosu avukatlarından Sayın Avukat Ender Dedeoğaç'tır.

Teşekkür ederim efendim.

CEZA HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK VE BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI

Prof.Dr.Doğan SOYASLAN*

I-GİRİŞ

Ceza hukukunda bilirkişilik, muhakeme makamlarının veya mahkemenin özel bilgi ve ihtisası gerektiren teknik bir hususta bir veya birkaç şahsın bilgisinden yararlanmasıdır.

Bir suç işlendiği zaman, kamu düzenini sağlamak veya mağduru tatmin etmek için failin mutlaka cezalandırılması gerekir.

İşlenen fiilin suç olup olmadığını belirlemek, yargılama makamlarına düşer. Yargı geçmişte olan bir olayın hukuk kuralları karşısındaki durumunu tespit eder. Başka bir ifade ile geçmişte yaşanmış bir olayı tekrar yaşatır ve bunun hukuk kuralları karşısındaki durumunu tespit eder.

Ancak yargı, bu karara tek başına ulaşamaz. İddia ve müdafaa makamlarının yardımından faydalanır. İddia ve müdafaa makamları, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunan

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

makamlardır. Bu üç makam, gerçeğin ortaya çıkarılması için işbirliği yaparlar.

İşte bilirkişilik kurumu da, verilen raporlar da yargılama makamlarının birbirlerine göre yetkilerinden etkilenmiş olan bir kurumdur.

Yargılama hukukunda iki gerçekten söz edilir. Birincisi şekli gerçek, ikincisi maddi gerçektir. Şekli gerçek, yargılamanın, kanunun öngörmüş olduğu delillere uygun olarak yapılması sonucu ulaşılan gerçektir. Gerçeğin bu türüne şekli gerçek adı verilir. Bu sistemin hakim olduğu delil sistemine kanuni delil sistemi adı verilir. Bu sistemde hükmü veren mahkeme yargıçlarının vicdani kanaatleri önemli değildir. Özel hukukta hakim olan sistem, şekli delil sistemidir.

Maddi gerçek ise yargılamanın hukuki prosedür içinde yapılarak ne olursa olsun işlenen fiile ulaşmasıdır. Burada esas olan önceden gerçekleşen olaya ulaşılmasıdır. Hükmü veren mahkeme, suç olan olaya ulaşıldığı ve bu olayın söz konusu olan kanunun herhangi bir maddesini ihlal ettiği kanaatinde ise sanığı mahkum etmek, aksi halde beraat ettirmek durumundadır. Gerek iddia ve gerekse müdafaa makamı maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında yargı makamlarıyla işbirliği etmekte, gerçeğin açığa çıkarılmasına katkıda bulunmaktadırlar.

Söz konusu katkının önemi, Ceza hukukunda muhakeme makamlarının birbirlerine karşı yetkilerine göre değişmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda yargılama makamlarının birbirlerine karşı yetkileri, yargılama hukukunun kabul etmiş olduğu sisteme göre değişmektedir.

II-TAHKİK VE İTHAM SİSTEMLERİ

Eğer yargılama kral adına yapılmış ve adalet kral adına dağıtılmış ve iktidarın kaynağı Tanrı veya Kral olmuş ise, yargılama makamı maddi hakikati araştıran ve vicdanına göre karar veren, kendiliğinden hakikati ortaya çıkarmak için delil aramak yetkisine sahip bir kurumdur. Elbette yargı makamı, iddia ve müdafaayı, tanıkları dinleyecek ve delilleri toplayacaktır. Bu sistemde yargı güçlüdür. Söz konusu sistemin adı tahkik sistemidir. Anavatanı Fransa'dır.

Eğer yargılama Kral ile beraber halk adına da yapılıyorsa, yani yetki paylaşılmış ise, yargı makamı o kadar güçlü değildir, çünkü baştan itibaren kraliyet yargıcına bir güvensizlik vardır. İktidar bölüşülmüştür. İddia ve müdafa taraflar olarak mahkeme önüne delillerini getirmekte, burada iddialarını kanıtlamak için tanık ve bilirkişilere birtakım sorular sormakta (çapraz sorgu), mahkeme kanaatine göre bir karara varmaktadır. Gerçeğin açığa çıkarılmasında tarafların rolü bu sistemde daha önemlidir. Sistemin ismi itham sistemidir. Anavatanı İngiltere olup 1215 yılından beri uygulanmış ve daha sonra Amerika Birleşik Devletleri'ne geçmiştir.

Tahkik sistemi 1789 yılına kadar Fransa'da hakim olmuş, ihtilal yıllarında Fransa'da itham sistemi benimsenmiş, ancak Fransa tek başına itham sistemini yürütememiş, daha sonra 1808 tarihli Ceza Usul Kanunuyla son soruşturma aşaması için itham sistemi kabul edilmiştir. Bunun anlamı Fransa'nın karma bir sistemi uygulamasıdır.

1970'li yıllara kadar itham sisteminin egemen olduğu İngiltere ve Amerika'da tahkik sistemine doğru yaklaşımlar olmuş,

savcılığa benzer bir kurum kabul edilmesi, yargıcın yetkisinin artırılması bunun örneklerini oluşturmuştur.

III-TÜRK CEZA USULÜ

Bilindiği gibi 1412 sayı ve 1929 tarihli Ceza Usul Kanunu, 1877 tarihli Alman Usul Kanunu'nun Fransızca tercümesi esas alınarak düzenlenmiştir.

19.yy Almanyasında Köln'de 1808 tarihli Fransız Usul Kanunu, başka Alman Devletlerinde tahkik sistemi, daha başkasında İngiliz sistemi egemendi¹. Alman İmparatorluğu'nun Usul Kanunu 1877 yılında Fransız sisteminden etkilenmişti. Bu sistem ihtilal yıllarından beri yürürlükte olan karma sistem olup ön soruşturma tahkik sistemine, son soruşturma itham sistemi ilkelerine bağlıydı.

1929 yılında Alman Ceza Usul Kanununu iktibas eden Türkiye, böylelikle karma sistemi kabul etmişti. Aslında karma sistem, Türkiye'ye 1879 yılında Fransız Ceza Usulünün kabulüyle, daha Osmanlı döneminde hukukumuzda girmişti.

Esasen İslam-Osmanlı hukukunda kişi haklarına (Hukuk-u İbad) ilişkin suçlarda itham sistemi, Allah'ın haklarına ilişkin suçlarda (Hukuk-u Allah) tahkik sistemi geçerliydi.

O halde Türk Ceza Usulünde karma sistem varolunca bilirkişilik kurumu ve verilen raporlar da bu sistem doğrultusunda oluşmuştur. Tahkik sistemine göre bilirkişilik, yargıç yardımcılığıdır. Bilirkişi, hakimın veya mahkemenin bilgisi dışında olan bir konuda yargıcı veya mahkemeyi aydınlatan bir

¹ Taşkın, R. Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara, 1939, sh.6 vd.

kimse, dolayısıyla mahkeme veya yargıca yardımcı olan biridir. Bilirkişi, yargıç tarafından re'sen atanır. Raporunu mahkemeye sunar.

İtham sistemine göre bilirkişi, tanıklık yaparak gerçeğin açığa çıkmasına yardım eden kimsedir. Bu nedenle itham sisteminde bilirkişiye bilirkişi-tanık adı verilir. Bilirkişi, sanık, müdafî veya itham makamı tarafından getirilir. İtham makamı, iddiayı kanıtlamak için bilirkişi raporunu itham dosyasında da bulundurabilir².

IV-MUKAYESELİ HUKUKTA BİLİRKİŞİLİK

Mukayeseli hukukta bilirkişilik kurumuna dört şekilde başvurulduğu görülmektedir. Birinci sistemde yargıç, özgür bir şekilde bir veya birden fazla bilirkişi tayin etmektedir. Bilirkişinin raporuna karşı ikinci bir rapor ile itiraz etmek mümkün değildir. Bu sistem ithamdan yana olmak, savunmayı ihmal etmek ile eleştirilmiştir. Sistemin halen uygulandığı ülke Fransa'dır³.

İkinci sistemde bilirkişilik çekişmelidir. Biri yargıç tarafından, diğeri sanık tarafından olmak üzere, resmi listeden iki kişi seçilmektedir. İki kişi müşterek bir rapor vermekte, uyuşmazlık halinde yargıç veya bu iki bilirkişi yeni bir bilirkişi seçmektedir. Bu sistem, İngiltere, Hollanda, gıda maddelerine hile karıştırma suçlarına uygulanmak üzere Fransa'da uygulanmaktadır. 1930

² Lagneau, C. De L'expertise a Base Scientifique Comme moyen de Preuve en matieré Criminelle, Paris, 1934, sh.126 vd.

³ Merle, R.-Vitu, A., Traite de Droit Criminelle, Paris, 1967, sh.767; Stephanie, G.-Levasseur, G.-Bouloc, B., Procedure Penale 15 Eme. Edition, Paris, 1993, sh.579 vd.

yılından önce İtalya'da bu sistem uygulanmıştır. Taraf bilirkişisi olunca raporun menfaat doğrultusunda verilme ihtimali fazladır⁴.

Üçüncü sistemde bilirkişiliğin denetlendiği görülmektedir. 1930 tarihli İtalyan Usul Kanunu'na göre, yargıç veya mahkeme bilirkişiyi tayin etmektedir, ancak sanık tarafından tayin edilen teknik danışman bilirkişi raporu hakkında kanaatini söylemekte, birtakım araştırmalar yapmasını isteyebilmekte, itirazlar ileri sürebilmektedir. Teknik danışmanın sanık tarafından tayini, sistemin gerçeği objektif olarak çıkarmasını engelleyebilmektedir⁵.

Dördüncü sistem Almanya'da uygulanmaktadır. Bilirkişiyi, yargılamanın her aşamasında hakim veya mahkeme ya da gecikmesinde tehlike varsa savcı tayin etmektedir, ancak duruşmada sanık veya müdafî tarafından bir bilirkişinin mahkemeye getirilmesi yolu açıktır⁶. Alman sistemi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun öngördüğü sistem olup kanun bazında hukuken benzemektedir. Gerçekten kural olarak yargıç veya mahkeme hüküm verilmeden önce bilirkişileri seçebilmekte, bunun yanında sanık da duruşma hazırlığı ve duruşma devresinde mahkeme istememiş bile olsa duruşmaya bilirkişi getirebilmektedir. Ancak hukuki durum bu olsa da sanık tarafı, duruşmaya uygulamada bilirkişi getirmemektedir.

Demek ki Türk hukuku bilirkişiyi bir yandan hakimin veya mahkemenin veya savcının yardımcısı, diğer taraftan sanığın yardımcısı olarak görmüştür. Kendisini savunan sanığın yardımcısı olması nedeniyle bilirkişilik görevini tanıklık saymıştır. Bu durumu bilirkişinin reddini hakimin reddine, tanıklıktan

⁴ Merle, R.-Vitu, A. A.g.e. sh.767 , Lagneau, C. A.g.e. sh.126.

⁵ Merle, R.-Vitu, A. A.g.e. sh.767.

⁶ Crerd Pfeifer,Alman CMUK Şerhi, 3.Baskı, Münih, 2001.

çekinme sebeplerinin bilirkişilere de uygulanması sebebiyle bir başka açıdan da teyit etmiştir.

O halde bilirkişilik, teknik bilgi ve ihtisası gerektiren durumlarda mahkeme makamlarının (iddia, müdafaa, yargı) gerçeğin açığa çıkarılması için yararlandıkları bir kurumdur. Herkesçe bilinen özel teknik bilgi gerektirmeyen veya hukuki konularda bilirkişiye gidilemeyecektir, ancak uygulamada bu hakkı iddia ve özellikle yargılama makamları kullanmaktadırlar. Hiç şüphesiz bilirkişi kim tarafından tayin edilmiş ise verilecek mütalaa ve mütalaa verme şekli de ona göre değişecektir.

V-BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN MAHİYETİ

Bilirkişi, uyuşmazlıkla ilgili bir sorunun çözümünde uzmanlık ve bilgisinden yararlanan kişidir. Bir hususun aydınlanması için yargıya yardımcı olur. Özel bilgi sahibi olmayan ya da uzman olmayan bir kişinin bilirkişi olması mümkün değildir.

Bilirkişi incelemesi konusunda tartışılan konulardan biri de bilirkişiliğin delil mi yoksa delillere ulaşmak için bir araç mı olduğu konusudur. Bilirkişilik, özel bilgiyi gerektiren konuda bilgi sahibi bir kişinin hakim tarafından inceleme yapmak ve bir rapor vermek amacıyla görevlendirilmesidir. Bu görevlendirmeye bilirkişi, suç aracı veya suç konusu hakkında yargıcı aydınlatmakta, delilin mahiyetini ortaya çıkarmaktadır. Mesela suçta kullanılan silahın atışa uygun olup olmadığını, sanığın üzerinde bulunan maddenin kına veya uyuşturucu olduğunu ortaya koymak gibi. Durum bu olunca bilirkişilik delil olmamakta, ancak delilin ortaya çıkmasına yarayan bir araç olmaktadır. Nitekim yeni İtalyan Ceza Usul Kanunu, bilirkişiliği delil araçları arasında düzenlemiştir (md.220 vd.).

VI-BİLİRKİŞİ TAYİNİ

Hukumumuzda bilirkişi, hakim veya savcı tarafından tayin edilir. Ancak bunların yanında sanık veya müdafî tarafından da tayin edilebilir. Gerçekten, sanık duruşmaya davet ettirmek istediği bilirkişiyi duruşma gününden en az beş gün önce olmak üzere mahkeme reisine bildirir. Reis bu talebi kabul ederse, karar sanığa ve savcılığa derhal bildirilir (CMUK md.212).

Reis istemi reddederse sanık, bilirkişiye ödenecek yol masrafları ve tazminatı mahkeme kalemine yatırarak beraberinde mahkemeye getirebilir (CMUK md.213). Sanığın getirdiği bilirkişi, savcının rızasıyla öncelikle müdafî tarafından sorgulanır. Savcının getirdiği bilirkişi, müdafîin rızasıyla öncelikle savcı tarafından sorgulanır. Daha sonra yargıç sorgulayabilir. Bu sorgunun adı çapraz sorgudur.

Hukuki durum bu olmakla beraber, uygulamada böyle bir bilirkişilik yok gibidir. Bunun nedeni yargılama makamının Devlet sayılması, avukatların hakimlerle ters düşmeme istemleridir. O halde sosyal yapı bir kuralı metruk hale getirmiştir.

Türkiye'de bazı sayın Usul Hukukçuları, sanığın bilirkişi getirmesini, bilirkişi olarak değil de teknik müşavir olarak vasıflandırmakta veya vasıflandırmanın doğru olacağını savunmaktadırlar⁷. Böyle bir yaklaşım doğru değildir. Teknik müşavirlik kavramı ilk defa 1930 tarihli İtalyan Ceza Usul Kanunu tarafından kullanılmıştır. Gerçekten, adı geçen kanun yapıldığı dönemin etkisiyle otoriter eğilimler kazanmış, önceki kanunda öngörülen mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi yanında sanığın da bilirkişi tayin etme hakkını ortadan kaldırmış, yargıcın

⁷ Kunter, N.-Yenisey, F., Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul, 1998, sh.572.; Yurtcan, E., Ceza Yargılaması Hukuku, 4.Bası, İstanbul, 1991, sh.267.

bilirkişisinin yanında sanığa teknik danışman getirme yetkisi tanımıştır⁸. Öyle görünüyor ki, Türk hukukçuları yeni İtalyan Ceza kanunundan etkilenmişlerdir, ancak kaynak kanunda da bilirkişi olarak geçen bir kurumun teknik danışmanlık olarak vasıflandırılması isabetli değildir, çünkü her iki hukuki kurumun hukuki durumu birbirinden farklıdır.

Muhakeme makamları dışında polisin veya jandarmanın da bilirkişiye başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Gerçekten, zehirleyerek adam öldürme şüphesi altında bir madde ile sanığın yakalanması halinde maddenin zehir olup olmadığını incelemek üzere özel bir kimya laboratuvarına başvuran polis, aslında bilirkişi incelemesi yaptırmaktadır. Kaldı ki polis, hukuken savcının yardımcısı olup işlemi savcı adına yapmaktadır.

Bilirkişi sayısı bir kişi olabileceği gibi üç kişi de olabilir. Genelde üç kişiden oluşmaktadır.

VII-BİLİRKİŞİLİĞİN TANIKLIKTAN FARKI

Bilirkişilik ile tanıklık özde birbirinden farklı kavramlardır, ancak benzer yanları da mevcuttur. Bilirkişilikte bilirkişi önceden bilmediği, görmediği suça ilişkin birşeyi (suç vasıtası veya konusu gibi) incelemekte ve o şey hakkında fikrini açıklamaktadır.

Tanıklıkta ise tanık, suça ilişkin olarak doğrudan doğruya veya dolaylı olarak gördüğü, bildiği, duyduğu bir şeyi mahkeme huzurunda açıklamaktadır. Başka bir ifade ile tanık, mesela konusu hakaret olan bir suçu doğrudan doğruya işittiğini söyleyebileceği gibi bir başkasından duyduğunu da söyleyebilir.

⁸ Manzini, V., Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano, Second e edizione, Volume III.,1924, p.299.; Lagneau, C. A.g.e., sh. 128 vd.

Tanıklıkta suç olan olay ile tanık arasında doğrudan bir ilişki vardır. Oysa bilirkişilikte böyle bir doğrudan ilişki yoktur. Bilirkişi incelediği konunun dışındadır. Bu açıdan bilirkişilik hakimlik ve savcılığa benzetilmektedir.

Belirtilen farka bağlı olarak, bilirkişilikle tanıklığın bir farkı olarak, bilirkişinin yerine her zaman bir başkasının bulunabileceği, buna karşılık tanığın yerinin doldurulamayacağıdır. O halde bir bilirkişiden vazgeçilebilir ama tanıktan vazgeçmek mümkün değildir.

İki kurumun müşterek tarafları, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına, muhakeme makamlarına yardımcı olmasıdır. Her ikisi de delillerin ortaya çıkmasında vasıta rolü oynamaktadırlar, her ikisi de delil vasıtasıdırlar.

VIII-BİLİRKİŞİLİK YAPMA MECBURİYETİ

Hakim bilirkişiye gitme konusunda kural olarak takdir yetkisine sahiptir.

Kural olarak ehil olmak kaydıyla herkes veya her kurum bilirkişi olarak seçilebilir, ancak kanun bazen belli hususta rapor vermek üzere bazı kurumların bilirkişi olarak atanması zorunluluğunu kabul etmiş olabilir. Buna resmi bilirkişilik adı verilir.

Kanunun bazen belli konularda rapor vermek üzere bilirkişilik yapmak mecburiyeti getirdiği görülmektedir. Bu durumda yargıç, bu kurumlara bilirkişilik yaptırmak zorundadır. Bu kurumlar Adli Tıp Kurumu, Adli tabipler, Devlet Hastaneleri Sağlık Kurulları, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis

Laboratuvarları, Jandarma Genel Komutanlığı Narkotik Analiz Laboratuvarı, T.C. Merkez Bankası, Darphane gibidirler.

Bu kurumlara resmi bilirkişiler adı da verilmektedir. Özel sebepler varsa hakim, resmi bilirkişiyi görevlendirmek zorunda değildir⁹. Başka bilirkişileri de (özel bilirkişiler) görevlendirebilir. Hakimin vicdanını hiçbir kurum bağlayamaz.

IX-BİLİRKİŞİLİĞİ KABULE MECBUR OLANLAR

Bilirkişilik yapmak zorunluluğu yoktur. Kişi ister bilirkişilik yapar isterse yapmaz, ancak bazı kimseler bilirkişilik yapmak zorundadır. Bunlar:

- a) Belli konularda fikir ve kanaatlerini bildirmekle resmen görevli olanlar,
- b) İncelenmesi gereken konuda bilinmesi gerekli fen ve sanatı meslek olarak icra etmeye resmen izinli olanlar,
- c) Önceden adliyeye müracaat ederek bilirkişilik görevini ifaya hazır olduklarını bildirmiş olanlardır.

Adı geçen şahıslar, geçerli bir mazeretleri yoksa bilirkişilikten kaçınamazlar. Eğer

gerçek olmayan bir neden ileri sürerek bilirkişilik görevinden kaçınırlarsa, TCK'nun 282 nci maddesinde öngörülen suçu işlemiş olurlar. Mazeretlerinin geçerlilik veya geçersizliğini incelemeyi yaptıracak olan mahkeme, hakim veya savcı değerlendirebilir.

⁹ Yaşar, O. Ceza Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Ankara, 1998, sh.371.

X-BİLİRKİŞİNİN YEMİNİ

Bilirkişinin, görüş veya raporu alınmadan önce kendisine yemin ettirilir. Yeminin amacı gerçeği ortaya çıkarmak için bilirkişinin vicdanıyla hesaplaşması, böylece tarafsız bir rapor hazırlayıp vermesini sağlamaktır. Bilirkişiye aynı konularda daha önce yemin verilmişse her görüş bildirmede yeniden yemin verilmesi gerekli değildir. Eski yeminin hatırlatılmasıyla yetinmek mümkündür, ancak yeniden yemin verilmesinde de bir sakınca yoktur.

Hakim ve bilirkişinin keyfiliğini önlemek, hukukta ve uygulamada birlik sağlamak amacıyla yemin metni kanun tarafından belirlenmiştir. Söz konusu metne göre, "Bitarafane ve tamamen ilim ve fenne muvafık olarak reyini beyan edeceğine vicdanı üzerine" yemin ettirilir (CMUK md.72). Ceza Genel Kurulu, yöntemince yemini yaptırılmayan ya da varsa önceden yapmış olduğu genel yemini anımsatılmayan bilirkişi raporuna dayanılmasını kesin bozma nedeni saymıştır¹⁰. Birinci Ceza Dairesi sayısız kararında yeminsiz bilirkişi raporu alınmasını bozma nedeni saymıştır.

Hazırlık soruşturmasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bilirkişi tayinine yetkili olduğundan savcı da bilirkişiye yemin ettirecektir (CMUK md.66/2). Yargıtay Ceza genel Kurulu, birçok kararında yemin yaptırılmadan veya eski yemini hatırlatılmadan bilirkişi görüşü alınmasını bozma nedeni saymıştır¹¹.

¹⁰ CGK.01.04.1985 - 432/176.

¹¹ CGK 05.12.1988,8475/520, 1985 210/333, 01.04.1985 432/176.

XI-BİLİRKİŞİ RAPORU

Bilirkişi davet edildikten sonra, hüviyeti tespit olunur. Kendisine yapacağı inceleme anlatılır. Bilirkişi incelemeyi kabul veya reddeder. İhtisas sahasına giriyorsa kabul etmesi gerekir. Bilirkişiye, kabulden sonra yemin ettirilir. Birden fazla bilirkişi mevcutsa herbirine ayrı ayrı yemin ettirilir, ancak bilirkişilik bir kuruma tevdi edilmişse yemin söz konusu olmaz¹².

Yapacağı işin mahiyeti kendisine anlatıldıktan sonra bilirkişi raporunu hazırlamak üzere bir mehil talep eder. Kanunumuz mehil süresini azami iki ay olarak belirlemiştir (md.75), ancak bu süre incelemenin yapılmasına yetmelidir. Yapılacak işin mahiyetine göre mahkemece belirlenir. Genelde ilk duruşma tarihine kadardır.

Belirtilen sürede uygulamada çoğu zaman rapor verilmemektedir. Bu nedenle bilirkişilik dava zamanaşımının dolmasına neden olan faktörlerden birini oluşturmaktadır, ancak belli bir süre vermek bazen zararlı da olabilir. Çünkü bilirkişi, raporunu yetiştirmek konusunda kendisini baskı altına da alabilir. Bu durum objektif bir şekilde rapor vermesini engelleyebilir.

Yeni İtalyan Ceza Usul Kanunu mehil süresinin takdirini yargıca bırakmıştır. Bu süre uzatılabilir (İCMUK md. 231).

Kendisine verilen süre içinde dosyayı inceler. Hakimin izin ve kararıyla duruşmaya iştirak edebilir. Tanığa, sanığa soru sorabilir. Tüm bunlar zapta geçer.

Eğer hakimin keşfiyle beraber bilirkişilik yapıyorsa, hakim bilirkişiye bir takım sorular soracaktır. Bilirkişi bu soruları

¹² Gürelli, N. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul, 1967, sh.71 vd.

cevaplandırmak için maddî bulguları inceleyecektir. Mesela, otopside hazır bulunan hakim veya savcı, bilirkişinin ölüm şekline veya sebebine ilişkin görüşünü, aşağı yukarı ölümün ne zaman gerçekleştiğine ilişkin düşüncesini alacaktır. Bilirkişi hükümet tabibi ölüyü inceleyecektir.

Bu incelemeyi yaparken bilirkişi başkalarının yardımından yararlanacaktır. Doktorun asistanından yararlanması gibi. Ancak asistan adına rapor yazılamayacak ve mütalaa verilemeyecektir. Bilirkişi raporunu hazırlamak için ihtisasına ilişkin kitaplardan yararlanacaktır. Mesela, ölü muayenesinde bir tıp kitabından yararlanılması gibi. Bilirkişi incelemesi, ön soruşturma safhasının başlangıç soruşturması devresinde ise ortada henüz sanık bulunmadığı için bilirkişi incelemesine sanık veya müdafî katılamayacaktır. Çünkü ortada henüz sanık yoktur. Mesela sokakta bulunan tabancanın atışa salih olup olmadığının incelenmesi gibi.

Eğer sanık belirlenmiş ise – kısa soruşturmasında belirlenir – savcının yaptığı keşifte bilirkişi bulunması halinde sanık veya müdafî hazır bulunabilir. Mesela bir kapının kırılarak eve girilip girilmediğinin bilirkişi tarafından incelenmesinde, sanık ve müdafî de hazır bulunabilirler ve bilirkişiye bir takım sorular yöneltebilirler. Tüm bunlar zapta geçer. (Md. 162) Yargılama esnasında, bilirkişi dinlenirken sanık müdafii de hazır bulunur.

Hakim keşif yaparken bilirkişiyle beraber sanık müdafii, müdahil de hazır bulunabilir. (Md. 162)

Son soruşturma safhasında bilirkişi kanaatini duruşmada sözlü olarak açıklarken sanık, sanık müdafii de hazır bulunacaklardır. Bilirkişinin dinleneceği günden sanık, savcı ve

müdafî önceden haberdar edilecektir. Eğer müdafî ve savcı bulunmamışsa, tutulan tutanak savcı ve müdafîye gösterilecektir.

Sanık tutuklu ise mahkeme binası içinde yapılacak bilirkişi incelemesine katılmayı isteyebilir. (Md. 217)

Aynı duruşmada, mahkemenin tayin ettiği bilirkişi ile şanın getirdiği bilirkişi bulunabilir. Bunların inceleme konusunda kanaatleri zapta geçirilir. Bilirkişi kendisine sorulan teknik konuda görüşünü bildirir. Olayın hukukî değerlendirmesine katılmaz.

XII-BİLİRKİŞİ RAPORUNUN ŞEKLİ

Bilirkişi incelemeini yaptıktan sonra kanaatini açıklayacaktır. Bu açıklama sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir. Duruşmada açıklanan kanaat çoğu zaman sözlü olarak yapılır ve zapta geçirilir. Yapılan itirazlar da zapta geçer.

Ancak uygulamada, kanaat çoğu zaman yazılı olarak verilmektedir. Raporunda, mahkemece verilen görevin mahiyeti, inceleme konusu maddî vakıalar, raporun gerekçesi ve sonuç yer alır.

Başlangıç, hazırlık ve kısa soruşturma devrelerinde mütalaa elbette yazılı olacaktır. Çünkü soruşturmanın mahiyeti bunu gerektirmektedir (md. 75). Ancak işin mahiyeti gereği, keşif esnasında olduğu gibi mütalaaı sözlü olarak vermek de mümkündür. Sözlü mütalaa hemen zapta geçirilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sözlü beyanda bulunan bilirkişinin, tutanağa imzasının alınmasını bozma nedeni saymaktadır¹³. Diğer

¹³ CGK. 19.06.1989 7173/235.

dairelerin vermiş olduğu kararlarla da aynı durum teyit edilmektedir¹⁴.

Eğer bilirkişi mesken uzaklığı veya sair bir sebeple daha sonra duruşmada bulunmazsa zapta geçen ilk mütalaası okunacak böylece taraflar mütalaayı tartışmış olacaklardır (md. 162/2).

Son soruşturmada kural olarak mütalaa sözlüdür. Çünkü soruşturmanın mahiyeti bunu gerektirmektedir. Ancak son soruşturmada mütalaanın ayrı bir rapor ile verilmesi mümkündür. Buna rağmen bilirkişi sözlü olarak dinlenebilir.

Bilirkişi istinabe veya naip hakim yoluyla da dinlenebilir (md. 216). Ceza Genel Kurulu, bilirkişi incelemesinin naip aracılığı ile yaptırılabilceğine karar vermiştir¹⁵.

Bilirkişi vefat etmiş, akıl hastalığına tutulmuş, meskeni bulunamamış ise önceki mütalaası okunur (md. 244/1). Nitekim Genel Kurul bu yönde karar vermiştir¹⁶.

Bilirkişi bir kurum ise yazılı raporun okunmasıyla yetinilir (md. 249/1).

Bilirkişi muayene raporu duruşmada okunur (Tabip raporu, md. 249/1).

Duruşmada verdiği raporu hatırlamayan bilirkişiye eski yazılı raporu okunarak hatırlatılır (md. 246).

XIII-BİLİRKİŞİ RAPORLARININ ÖZEL TÜRLERİ

Kanun kişi hayatına ve özgürlüğüne verdiği önem nedeniyle bazı bilirkişi raporları içeriğinin neleri ihtiva etmesi gerektiğini doğrudan doğruya kendisi düzenlemiştir. Bunlar

¹⁴ 1.CD. 12.03.1990 – 3617/558, 7.CD. 03.02.1997 – 3/498.

¹⁵ CGK. 21.03.1997 – 9 - 105/128.

¹⁶ CGK. 10.02.1969 – 4- 357/60.

sanığın şuurunun tetkiki ve ölümüne ilişkin raporlardır. Gerçekten şüpheli ölümlerde ölüm sebebinin belli olmayışı suçluların cezasız kalması nedeni olabileceği gibi, bir masumun cezalandırılma nedeni de olabilir.

Sanığın akıl hastası olması, kendisinin tedavisi ve toplumun korunması nedeni olacaktır. Hasta olmaması cezalandırma nedeni olacaktır. Konunun önemi nedeniyle sanığın akli durumunun incelenme şeklinin kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur.

A-Sanığın Şuurunun Tetkiki

Hakim, sanığın suçu işlerken bilinç ve akli dengesinin yerinde olup olmadığını, isnad kabiliyetinin bulunup bulunmadığını bilemez. Bunun açığa çıkarılması için teknik bir elemanın yardımına muhtaçtır. Bu eleman elbette bir doktor olacaktır. Bu doktor bir bilirkişidir, çünkü sanığın bilinci meselesi hakimin ihtisası dışındadır.

Sanık, bu inceleme sonucunda şuur ve hareket serbestisine hiç sahip değilse tam akıl hastası sayılacak, tedavi ve muhafaza altına alınacaktır. İsnad kabiliyetine şuur ve hareket serbestisine kısmen sahipse kısmi akıl hastası sayılacak ve kendisine indirimli ceza verilecektir. Akıl hastası değilse tam ceza verilecektir.

Mahkeme sanığa uygulanacak yaptırım hakkında bir karar vermeden önce sanığın bir kurumda gözlenmesine karar verecektir. Çünkü tedavi ve muhafaza tedbiri ayak üstü bir inceleme ile verilen, sadece hükümet tabibinin vereceği karara dayanamaz.

Hazırlık soruşturmasında sulh hakimi, son soruşturmada mahkeme, bilirkişinin teklifi üzerine (bu bilirkişi hükümet tabibi veya adli tabiptir, sağlık kurumudur) Cumhuriyet Savcısı ve sanık müdafini dinledikten sonra sanığın resmi bir müessesede gözlenmesine karar verecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, birçok kararında sanığın tavır ve hareketleri, şikayetçi ve savunmanın anlatımları karşısında sanığın akıl hastası olup olmadığının araştırılması gereğine karar vermiştir¹⁷.

Yerel mahkeme gözlem altına alma kararını bilirkişinin teklifi üzerine verir¹⁸.

Gözlem altına alınma istemi Cumhuriyet Savcısından gelebileceği gibi sanık müdafinden de gelebilir, hakim re'sen de karar verebilir. Gözlem yeri akıl hastaneleridir. Gözlem altına alınan sanık özgürlüğünden mahrum edilmiş bir kimsedir, bu nedenle gözlem altına alınma işlemi mahkemece yapılan bir işlemdir. Gözlem altına alınmadan sonra sanık ya tedavi için hastaneye yatırılacak ya da kısmi akıl hastası sayılarak kendisine bir miktar ceza verilecektir. Ama her iki halde de hükümlü özgürlüğünden mahrum olacaktır. Bu nedenlerle sanık, gözlem altına alınmadan önce eğer kendisinin bir müfafi yoksa kendisine bir müdafî tayin edilecek ve gözlem altına alınma kararı verilmeden önce müdafîin görüşü alınacaktır.

Gözlem altına alma kararı özgürlüğü sınırlayan bir karar olduğundan karar aleyhine acele itiraz yoluna gidilecektir. Bu itiraz gözlem altına alma kararının yerine getirilmesini durduracaktır.

¹⁷ CGK 26.12.1994 6356/369, 03.06.1991 1163/190.

¹⁸ CGK. 09.05.1988 - 1106/208.

Resmi bir kurumda gözlem altına alma süresi üç haftayı geçemez. Eğer sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmi kurumun talebi üzerine her defasında üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilir, ancak bu sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

Özel kurumlarda sanığı gözlem altına almak mümkün değildir.

Sanık gözlem için resmi kuruma gönderilirken soruşturma dosyası da birlikte gönderilir. Dosyanın bütünüyle yollanmasında sakınca gören hakim sadece bazı belgelerin suretlerini gönderebilir.

Dosya en geç onbeş gün içinde mahkemeye iade olunur. Gerektiği takdirde hakim dosyanın geri gönderilme süresini altı haftayı geçmemek üzere uzatabilir.

Gözlem altına alma süresi daha sonra verilmesi muhtemel olan cezadan veya muhafaza ve tedavi tedbirinin asgari süresinden indirilir. Gerçekten gözlem ve inceleme sonunda sanığın şuur ve hareket serbestisi tamamen veya kısmen yerindeyse, bu durumda sanık işlediği suçun cezasını tümüyle veya bir kısmıyla çekecektir. Gözlem süresi bu ceza süresinden indirilecektir.

Eğer tam akıl hastası olduğu anlaşılır ve işlediği suç ağır hapis cezasını gerektiren bir suç olursa tedavi süresi bir yıldan aşağı olamayacaktır (TCK md. 46/3). Gözlem altına alma süresi bu süreden indirilecektir (CMUK md. 74/son).

Keza sanığın uyuşturucu ve alkol müptelası olup olmadığının araştırması da aynı yolla yapılacaktır (TCK md. 404, 573).

B-Ölünün Muayenesi ve Otopsi

Keşifin özel bir türü için de düşünülebilecek olan otopsi raporu, aynı zamanda bilirkişi raporunun özel bir şeklidir. Kanun koyucu, kişiye verdiği önem dolayısıyla -ölüm sebebinin bilinmesine göre ya bir kişi ağır şekilde cezalandırılacak veyahutta bir insan öldürülecek ve faili cezasız kalacaktır- suç konusu olan mağdurun muayene edilmesi, iç ve dış organlarının derinliğine incelenmesini öngörmüştür. Yapılan inceleme sonucu, ölünün kimliği tespit edildikten sonra ölüm nedeni, ölüm şekli, hangi failer tarafından nasıl ve niçin öldürüldüğü araştırılacaktır.

Ölünün incelenmesi ve otopsi kural olarak hakim in idaresinde yapılır ancak gecikmesinde sakınca varsa Cumhuriyet Savcısı tarafında da yapılabilir. Uygulamada kural olarak savcı yönetiminde yapılmaktadır.

Otopsi yapılırken biri adli tabip, diğeri patalog olmak üzere iki doktor huzura alınır, ancak zaruret halinde bir hekimle de yetinilebilir. Hekimin hukuki durumu burada bilirkişiliktir. Zaruret halinin açıkça rapora yazılması gereklidir. Zabıt katibi, gerekiyorsa güvenlik elemanları hakim ve savcıya eşlik ederler. Ölüyü son hastalığında tedavi eden hekim ölü muayenesinde ve otopside bulunamaz. Ancak tedavi eden kimse hastalığın seyri hakkında bilgi vermek üzere otopside hazır bulunmaya davet edilebilir. Zabıt katibinin otopsi tutanağını imzalamaması bozma nedeni sayılmıştır¹⁹.

Muayene veya otopsi yapılması gereken kişi daha önce gömülmüş ise hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet Savcısı, son soruşturmada mahkeme kararıyla mezardan çıkarılır. Mezardan

¹⁹ 2.CD. 03.11.1993 – 10313/11887.

çıkarmaya karar veren suje, ölünün inceleme ve otopsisini de yapar.

1-Ölünün Dış Muayenesi

Ölünün muayenesine dış görünüşünden başlanır. Boyu, rengi, saçları, üzerindeki elbise, ayakkabıları incelenir, cinsiyeti tesbit olunur.

Kendisini tanıyanlar varsa kimliğini teşhis için onlara gösterilir. Kendisini tanıyan yakınlarından ölünün kimliği öğrenilir.

Ceset parçalanmış olduğu için kimliği tespit edilemeyebilir. Yüzü yaralanmış, tanınmayacak halde ise elbiselerinden, cebinden çıkan hüviyetinden kimliği tespit olunmaya çalışılır. Bunlarla da kimliği belirlenemiyor ise ölünün fotoğrafı çekilir, parmak izleri alınır. Kan grubunu belirlemek üzere kanı alınır. Ceset çürümüş ise kemiklerinden ölünün cinsiyeti, yaşı, boyu belirlenmeye çalışılır.

Kimlik tespiti ve üzerinde bulunan eşyaların belirlenmesinden sonra bedenin dış muayenesine geçilir. Erkekse sünnetli olup olmadığı, anüs yoluyla ırzına geçilip geçirmediği incelenir. Kadınsa kız olup olmadığı, ırzına geçilip geçirmediği incelenir.

Daha sonra vücutta mevcut yaralara bakılır. Kurşun veya barut, yanık izleri ve bunların istikametleri, nereden girip nereden çıktıkları, ölü morluğu ve ölü sertliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Bunlardan ölüm zamanı belirlenmeye çalışılır. Ölü sertliği ölümden 3-5 saat sonra başlar 48 saat sonra çözülür.

2-Ölünün İç Muayenesi

Ölünün dış muayenesi bittikten sonra iç organlarının muayenesine geçilir. Önce başı incelenir. Kafatası açılır, kafada ezikler olup olmadığına, beyinde kanama olup olmadığına bakılır.

Daha sonra boyun, göğüs ve karın incelenir. Asma, intihar ve boğarak öldürme de özellikle boyun bölgesinde kırık, kanama ve çatlaklıklar araştırılır. Ceza Genel Kurulu, ölüm sebebinin beyin kanaması olması halinde de kırık ve çatlaklar olup olmadığını araştırmak için başın açılarak suçun niteliğinin belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰.

Göğüs ve karının incelenmesinde ciğerler, iç kanama olup olmadığı, kaburga kemiklerinin durumu incelenir. Bu incelemeler sonucu ölüm sebebi araştırılır. Eğer ölüm sebebi beyin aldığı darbe veya kalbe vurulan bıçak darbesi ise bunlara işaret olunur.

Ölüm sebebi olmayan darpların, ki bunlar müessir fiil teşkil edeceklerdir, mağdur ölmemiş olsaydı kendisini kaç gün iş ve gücünden alıkoyacakları belirlenir.

3-Çocuk Muayenesi

Muayene ve otopsi yapılan kişi bir çocuk ise doğum anında yaşayıp yaşamadığı, ölü veya zamanından önce doğup doğmadığı, erken doğmuşsa yaşayabilecek halde olup olmadığı araştırılır (md. 82).

Kanunun çocuklar için bu hükümleri öngörmesinin nedeni yeni doğan çocukların şeref kurtarmak saikiyle anneleri veya sair yakınları tarafından öldürülmelerinin mümkün olmasıdır (TCK m.

²⁰ CGK. 15.04.1985 – 341/216.

453). Eğer çocuk doğumdan çok sonra öldürülmüşse fiil normal adam öldürme suçunu oluşturacaktır.

Zehirlenme şüphesiyle ölüm söz konusu ise ölünün organlarından parça alınacaktır. Parça alındığı zaman, parça alınan organın şekli ve üzerinde tahribat olup olmadığı belirlenecektir. Ölünün karnında bulunan veya kusarak çıkarttığı maddeler veya yanında bulunan şüpheli maddeler tahlil olunacaktır. Bunun için bir kimyagerin veya tahlil ile görevlendirilmiş bir kişinin yardımından faydalanılabilecektir. Hakim bu tahlile bir hekimin katılması veya idaresinde yapılmasını emredebilecektir (CMUK md. 83/2).

Tahlil edilecek maddeler veya cesetten alınan parçalar alkole yıkanılmış bir kavanoza konulacak ve bir başka bilirkişiye özellikle adli tıba gönderilecektir.

XIV- BİLİRKİŞİ RAPORU VEYA MÜTALAASININ BAĞLAYICILIĞI

Bilirkişi mütalaalarının değerlendirilme işi muhakeme makamları tarafından yapılacaktır. Ancak son değerlendirme elbette mahkeme veya hakim tarafından yapılacaktır. İddia ve müdafaa değerlendirmelerini yargı makamına ileteceklerdir. Bunların değerlendirmeleri mütalaa mahiyetindedirler.

İddia ve müdafaa raporu değerlendirirken bilirkişiye soru sorabileceklerdir. Muhakeme makamları değerlendirme yaparken bilirkişinin esas meseleyi inceleyip incelemediğine, inceleme konusunun genel mantık ve bilgi, görgü, deney, hayat tecrübeleri ve bilimin verileri ışığında değerlendirilip değerlendirilmediğine

bakacaklardır. Anlaşılmayan noktalar bilirkişiye tekrar sorulacaktır. Gerekliyse bilirkişiden ek bilgiler istenecektir²¹.

Bilirkişi dinlendikten sonra mahkeme başkanı sanık-müdafî ve savcıya bir diyeceği olup olmadığını soracak, bilirkişi başkanının izniyle yargı yerinden ayrılacaktır (md. 241, 250). Ceza daireleri, bilirkişi raporlarının duruşmada sanığa okunup görüşünün sorulmamasını bozma nedeni saymaktadırlar²².

Muhakeme önünde diğer delillerin değeri ne ise bilirkişi raporunun değeri de odur. Vicdani delil sisteminin kabul edildiği bir hukukta hakim raporu tatmin edici bulmayabilir. Ancak bunu gerekçelendirmek zorundadır. Herşeye rağmen hakim bilirkişilerin bilirkişisidir. "Peritus peritorium"dur. Genel Kurul, bilirkişi raporunun yargıcı bağlamayacağı kanaatindedir²³. Bilirkişi raporunu kabul etmeme gerekçeli olmalıdır²⁴.

Verilen rapor kâfi görülmezse hakim aynı kişiden ek rapor isteyebilir. Veya yeni bir veya birkaç kişiyi bilirkişi tayin edebilir. Yeni bilirkişi tayin veya ek rapor istemi iddia veya müdafaadan da gelebilir (CMUK m. 76/1). Raporun verilmesinden sonra bilirkişinin reddi talep olunur ve bu talep kabul edilirse yeniden bilirkişi tayin olunur (CMUK m. 76/2). Nitekim Genel Kurul, yargıcın yeterli görmemesi halinde aynı bilirkişi veya başka bilirkişiden yeni rapor alınabileceğine karar vermiştir²⁵.

²¹ Gürelli, A.g.e. sh. 93 vd.

²² 2.CD. 12.12.1990 – 12666/13106, 4.CD. 03.03.1997 – 944/1364.

²³ CGK. 14.01.1985 – 9- 213/1.

²⁴ CGK. 10.11.1980 – 262/351.

²⁵ CGK. 08.10.1984 – 9- 456/301.

Bazen birden fazla bilirkişi raporu olabilir. Bu raporlar arasında çelişkinin varlığında bir üçüncü bilirkişiye gitmek mümkündür.

Mevzuatımızda bazen bu çelişkinin nasıl giderileceğine ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak bu çelişkiyi giderme yöntemi mahkemeyi bağlayamaz. Gerçekten 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesi, ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilen ancak mahkemeler ve savcılıklarca mahiyeti itibariyle kanaat verici nitelikte bulunmayan işler, ihtisas kurullarının oy birliği ile karara bağlamadığı işler, ihtisas kurullarının veya ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin verdiği rapor ve görüşleri arasında çıkan çelişkileri inceleme ve karara bağlama görevi Adli Tıp Genel Kurulu'na verilmiştir. Nitekim Ceza Genel Kurulu, Adli Tıp İhtisas Dairesi ile Adli Tıp İhtisas Kurulu arasında çelişki bulunmasa da, verilen raporların kanaat verici bulunmaması halinde Adli Tıp Genel Kurulu'ndan görüş alınabileceğine karar vermiştir²⁶.

Adli Tıp Genel Kurulu kararı son karar durumundadır. Ancak bu kararın son karar olma niteliği kurumun kendi iç yapısına, kendi çalışmasına ilişkindir. Adli Tıp Kurumu kararları genel kurul kararı da olsa son karar olarak mahkemeleri bağlamaz. En azından teorik düzeyde bu böyledir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 87/5 maddesinde kovuşturma ve duruşmalarda bilirkişi incelemesinin gerekli görülmesi durumunda Cumhuriyet Savcıları ve mahkemelerin bilirkişileri "münhasıran" Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanlığın saptayacağı resmî

²⁶ CGK. 01.10.1990 – 201/206.

bilirkişi listesinden seçebileceklerine ilişkin hükmü Anayasa'nın hukuk devleti (md. 2) ve hak arama özgürlüğüne ilişkin hükmüne (md. 36) aykırı bularak iptal etmiştir²⁷.

Aslında mahkeme iptal gerekçesini hakimlerin vicdanî kanaatlerine göre karar verebileceklerinin ifade edildiği Anayasa'nın 138/1 maddesine dayandırmalıydı.

XV- BİLİRKİŞİLİK GÖREVİNİ YAPMAYANLAR HAKKINDA YAPILACAK İŞLEM

Bilirkişilik görevini yapmaktan kaçınanlar hakkında hukukumuz iki tür yaptırım öngörmüştür. Bunlardan birincisi TCK m. 282 ikincisi CMUK md. 70'dedir.

TCK md.282'ye göre Adliye makamları tarafından bilirkişiliğe davet olunup da asılsız bir sebep ileri sürerek bilirkişilikten çekinen kişi, altı aya kadar hapis ve para cezasına mahkum edilecektir. Bilirkişilik hukukumuzda herkes için zorunlu olmadığına göre bu hüküm bilirkişilik yapmaya mecbur olanlara uygulanacaktır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, rapor vermeme, mahkeme önüne gelmeme, raporun geç verilmesi, asılsız sebebin ileri sürülmemesi hallerinde söz konusu maddenin ihlal edilemeyeceği kanaatindedir²⁸.

CMUK md. 70'e göre bilirkişilik yapmaya mecbur olup da usulüne uygun olarak çağrıldığı halde bilirkişilik yapmak için gelmeyen, gelip de yemin etmekten ve kanaat açıklamaktan kaçınan kişiler, tanıklar gibi cezalandırılacaklardır. Gerçekten

²⁷ Şen, E.: 1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında, Beta İstanbul, 1998, sh. 555.

²⁸ 2.CD. 10792/11673, 6156/8303, 8812/288.

mecbur oldukları halde bilirkişilik görevini yapmayan kimse, yapılan işlemlerden doğan masraflara (CMUK md 63) ve para cezasına (CMUK md.46) mahkum olacaklardır. Yargıtay, Usul Kanunu'nun 72, 79 maddeleri uyarınca savcının da bilirkişi dinlemeye yetkili olduğuna, bilirkişinin yeminden kaçması halinde tanıklar gibi para cezasına ve yapılan masraflara mahkum edileceklerine karar vermiştir²⁹.

Maddede öngörülen para cezaları disiplin cezası niteliğindedirler. O halde bilirkişilik yapmaya mecbur olmayanlar işlem masrafları ve para cezası ödemeye maruz kalmayacaklardır.

Bilirkişilik yapmaktan kaçınma halinde iki kanunun öngördüğü yaptırım birbirinden farklıdır.

Ceza kanunu bilirkişiliği kabule mecbur olan olmayan ayrımı yapmaksızın asılsız sebep ileri sürerek bilirkişilik yapmaktan kaçınan herkesi normal ceza ile cezalandırmaktadır. Ceza Usul Kanunu ise bilirkişilik görevi yapmaya mecbur olanları sadece disiplin cezasıyla cezalandırmaktadır.

Madem ki hukukumuzda bilirkişilik yapmaya mecbur olan ve olmayan ayrımı vardır, o halde böyle bir mecburiyeti olmayanın asılsız bir sebep ileri sürerek görevden çekilmesini cezalandırmasını anlamak mümkün değildir. Bu farkın sebebi, kanaatimizce kaynak kanunların farklı ülkelerden alınmaları ve komisyonların bu hususu gözden kaçırmalarıdır.

Bilirkişi olarak atanan kişi, atandığı andan itibaren yaptığı görev nedeniyle TCK md.279 hükmü uyarınca memur sayılır. Kendisine karşı görevi dolayısıyla yapılacak hakaretler memura hakaret, mukavemetler de memura mukavemet sayılır.

²⁹ 2.CD. 18.03.1937 – 3234/4042.

Ancak kanaatimizce aldığı dosya hakkında aylarca kanaatini kasten yazmayan bilirkişi görevi ihmalden, raporu şu veya bu yönde yazması için menfaat temin eden rüşvet alma suçundan sorumlu olur.

BİLİRKİŞİ RAPORU
VE
BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL OLARAK DEĞERİ

Doç. Dr. Ömer ULUKAPI (*)

A- GİRİŞ

Gelişen teknoloji ve bunun günlük hayatta kullanımı sonucu, hukuki uyuşmazlıklara konu olan somut hayat ilişkileri çeşitlilik kazanmış ve bunların bir kısmının niteliğinin anlaşılabilmesi uzmanlık gerektirir hale gelmiştir. Bu durumlarda uyuşmazlıklara (davaya) bakmakla yükümlü bulunan hâkimin, kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgiye sahip kişilerden yararlanması gerekir. Bu ihtiyacı, kanun koyucu bilirkişi kurumu ile karşılamıştır.

Bilirkişilik, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, bir takdiri delildir. Bu çerçevede bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir⁽¹⁾. Örneğin; bir yöredeki gayrimenkul fiyatlarının, bir babalık davası ile ilgili olarak kan grubunun tesbiti gibi.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) **Pekcantez, H.**, Medenî Usul Hukuku, B. 2, Ankara 2001, s. 425.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275 nci maddesinin 1 nci cümlesi; "*Mahkeme, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir...*" şeklinde hükme yer vermiştir. Söz konusu bu düzenlemeye göre, ancak çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurulabilir. Davada bir maddi meselenin çözümünün özel ve teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğini o davaya bakan hâkim tarafından karar verilir. Ancak bazı durumlarda bilirkişiye başvurulması yasal düzenlemelerle zorunlu kılınmıştır. Bu düzenlemeler bir tarafa bırakıldığında, hâkim, davanın ve onun dayanağını oluşturan vakıaların aydınlanması ve tesbiti için özel ve teknik bilgiye ihtiyacı olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bu noktada hâkimin bilgisi, vakıaların aydınlanması için yetersiz ise, bilirkişiye başvuru zorunlu hale gelecektir⁽²⁾. Öte yandan, bir davanın çözümü için gerekli olan vakıaların aydınlanması başka delillerle sağlanabildiği durumlarda (örneğin, keşif delili gibi) bilirkişi deliline başvuru gerekmez. Neticede bir uyuşmazlıkta özel ve teknik bir meselenin (vakıanın) çözümü (aydınlanması) açısından bilirkişiye başvurulmasının gerekip gerekmediğini, o davaya bakmakla görevli hâkim belirleyecektir. Bu çerçevede gerçekleştirdiği işlevi nedeniyle bilirkişi hâkimin yardımcısı değil, ona yardım eden kişi olarak görülmüştür⁽³⁾. Bilirkişi kurumunu düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 nci maddesinin 2 nci cümlesinde, "*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez*" hükmüne yer verildiğini görmekteyiz. Getirilen bu hükümle hukuki konularda bilirkişilik yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bunun en önemli nedeni, hukuki

(2) **Atalay, O.**, "Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar", *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 14, S. 53-54, s. 133-142, s. 134.

(3) **Aşçıoğlu, Ç.**, "Bilirkişilik Sorunu", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000.

konularda uygulamada sıkça bilirkişiye başvurulması ve bunun önlenmeye çalışılması denebilir. Öğretide haklı olarak eleştirildiği şekilde, hukuki konularda gereksiz yere bilirkişiye başvurulması, Anayasa'nın 9 ncu maddesinde (yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı) ve 141 nci maddesinde (davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir) kuralı ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76 ncı maddesinde (Hâkim re'sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir) ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77 nci maddesinde (Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sür'at ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir) şeklinde ifade edilen usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Çünkü gereksiz yere bilirkişiye başvurulması gereksiz zaman, para ve emek kaybına yol açacağı gibi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin bu Anayasa kuralına açıkça aykırılık oluşturacaktır⁽⁴⁾.

Bilirkişilik hakkındaki bu genel girişten sonra sayın konuşmacıların iş bölümü çerçevesinde şahsıma tevdi edilmiş bulunan "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri" üzerinde durmak istiyorum. Bu çerçevede tebliğimin birinci kısmında "Bilirkişi Raporu" ve ikinci kısmında ise "Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri" üzerinde durulacaktır.

B. BİLİRKİŞİ RAPORU

Bilirkişi, kendisinden sorulan görüşünü sözlü olarak veya yazılı rapor biçiminde mahkemeye sunabilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 281 nci maddesinde, "*Bilirkişinin*

⁽⁴⁾ Bilirkişi deliline hukuki konularda başvurulmasının Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenmiş bulunan "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine aykırı bulunduğu, bunun etkin ve adil yargı amacına gölge düşürdüğü görüşü ile de ifade edilmektedir, bkz. Şişli, Z., "İş Hukukunda Bilirkişilik", Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 222-234), s. 223.

beyan ettiği oy ve görüş hemen tutanağa geçirilir.” hükmüne yer verilmiştir. Gerçi bu hükümden bilirkişi raporunun mutlaka yazılı olacağı sanısını uyandırır bile, gerçekte, anılan hüküm bilirkişinin görüşünün yazılı olarak verilmesi yolunda bir kural değildir, aksine bilirkişi sözlü de rapor verebilir⁽⁵⁾. Rapor hazırlanmasına gerek görülmezse, bilirkişi görüşünü duruşma veya keşif sırasında beyan eder ve bu beyanı tutanağa geçirilir. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 281 nci maddesinin III ncü fıkrasına göre, *“İşin niteliğine göre bilirkişilerin oy ve görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri gerekiyorsa, hâkim raporunun kaç nüsha olacağını ve verileceği süreyi belli eder”* hükmü çerçevesinde bilirkişinin sözlü görüş verebileceği kabul görmektedir. İstisnaen bir kanun hükmünün açıkça öngördüğü hallerde bilirkişi raporunun yazılı olması gerekmektedir. Örneğin, kamulaştırma davalarında bilirkişi raporunun yazılı olması şarttır (bkz. Kamulaştırma K.m.15/IX).

Öte yandan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na göre, *“Bilirkişi mütalâasını yazı ile bildirir. Ancak, hemen mütalâa verilmesi mümkün olan işlerde bilirkişilerin sözlü mütalâası ile yetinebilir ve bu mütalâa tutanağa geçirilerek imza ettirilir”* (CMUK.m.75). Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda kabul edilmiş bu hükmün, medeni yargılama açısından duraksamaları ortadan kaldırmak adına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da yer almasının uygun olacağı öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür⁽⁶⁾.

Bir davanın çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurulup başvurulmayacağına o uyuşmazlığa bakan mahkeme hâkimi karar verecektir. Hâkim

⁽⁵⁾ Yılmaz, E., “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”, Mali Hukuk, 1996/62, s. 12-31, s. 25.

⁽⁶⁾ Bkz. Yılmaz, Bilirkişi Raporları, s. 25.

bilirkişi deliline taraf veya tarafların istemi üzerine karar verebileceği gibi, re'sen (kendiliğinden) de karar verebilir.

Hâkimin davada bilirkişiye başvurmaya gerek duyduğu durumlarda, bunu vereceği ara kararında belirtmesi gerekir. Bu ara kararında bilirkişi (veya bilirkişiler) ile bilirkişiden istenilen hususlar belirtilmelidir. Ara kararında seçilen bilirkişi veya bilirkişilerin kimliğinin özellikle uzmanlık durumunun belirtilmesi gerekir. Davanın hâkimi bilirkişi seçiminde ihtiyaç duyduğu özel veya teknik bilgiye sahip kişiler arasından bilirkişi seçecektir. Bu seçimi öncelikle tarafların birlikte yapmalarını isteyecek, taraflar bu konuda anlayamadığı takdirde hâkim kendisi seçecektir. Bilirkişinin seçiminde kanun hükümleri ile resmî bilirkişiler belirlenmişse, hâkim seçimini bu kişiler arasından yapacaktır. Resmî bilirkişi olarak bir kurumun belirlendiği hallerde (Örneğin; Adli Tıp Kurumu, adli tıp ile ilgili konularda bilirkişilik yapmak üzere kanunla kurulmuştur, bkz. 14.4.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ve Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği), bilirkişi olarak bu kurumun görüşü istenecektir⁽⁷⁾. Resmî olmayan bilirkişi seçiminde ise hâkim, vakıaların aydınlatılması ve değerlendirilmesinde ihtiyaç duyduğu özel veya teknik bilgiyi yeterince verebilecek, konusunun uzmanı kişi ya da kişileri seçmede özen göstermek zorundadır. Taraflar bu özeni göstermese bile, hâkim bu konuda gerekli titizliği göstermeli, kendisine gerçekten yardımcı olacak, konunun uzmanının seçilmesini sağlamalıdır. Bu şekildeki bir seçimin yapılmaması her şeyden evvel konunun aydınlanmasını engeller. Gerçi hâkim, bilirkişi görüş ve raporları ile bağlı değildir. Ancak davada vakıaların aydınlanması açısından hâkimin yeniden bilirkişiye başvurmak zorunda olması karşısında yeniden gider yapılmasına ve boşa emek ve zaman harcanmasına neden olabilecektir. Bu da

⁽⁷⁾ Arslan, R., "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi", YD., 1989/1-4, s. 156-183, s. 171.

usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, bilirkişinin konunun uzmanı olması davada hâkimin vereceği karar açısından daha sağlıklı değerlendirebilmesine yol açacaktır. Neticede hâkim, bilirkişi seçiminde göstereceği titizlik sayesinde bilirkişi raporunun davada yararlanılabilir olmasını baştan sağlamış olacaktır⁽⁸⁾.

Seçilen bilirkişinin konunun uzmanı olması yanında, tarafsızlığını ve saygınlığını yitirmemiş olmasına da özen göstermek zorundadır.

Hâkim bilirkişiden ne istiyorsa, bunu tam olarak kendisine ara kararında tam ve doğru olarak bildirmeli ve gerekiyorsa sözlü olarak da açıklaması yerinde olur. Bu konuda Alman hukukunda “bilirkişi faaliyetinin yönetimi” başlığı altında ZPO § 404a’ da açıkça, bilirkişinin yapacağı faaliyeti mahkemenin yöneteceği ve ona çalışmanın kapsam ve tarzı hakkında talimat verebileceği, olayın gerektirmesi durumunda hakimin bilirkişiyi raporun yazılmasından önce dinlemesi, yapacağı işi belirtmesi ve ona talebin gereklerini açıklaması gerekir. İhtilâflı hususlarda mahkeme, bilirkişinin raporuna hangi olayları esas alması gerektiğini de belirler. Öte yandan, mahkemenin bilirkişiyi yükümlülükleri konusunda da bilgilendirmesi gerekir (ZPO § 407a, IV). Bunun gibi, gerekli olması durumunda mahkeme, bilirkişinin kendisine sorulan hususlarda hangi kapsamda bir açıklama yapmaya yetkili olduğunu, hangi şartlarla taraflarla buluşabileceğini ve ne zaman onları araştırmalarına dahil edebileceğini belirler. Bilirkişilere verilen talimatlar taraflara bildirilir (ZPO § 404a, IV, V). Görüldüğü üzere bilirkişiden istenen

(8) Arslan, Bilirkişilik Uygulaması, s. 172.

hususların tespiti bakımından başta mahkeme hakimi olmak üzere taraflara da yükümlülük getirilmiştir.⁽⁹⁾

Türk hukukunda bilirkişiye başvuruya ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 279 ncu maddesinde, hâkim iki tarafın dinlenmesinden sonra bilirkişiye sorulacak soruları belirler, hükmü yer almaktadır. Buna rağmen uygulamada, "dosyanın bilirkişiye tevdi ile dava hakkında görüşünün alınmasına", "dosya ve eklerinin bilirkişiye havalesine", " tarafların iddia ve savunmaları karşısında bilirkişi görüşünün alınmasına" şeklinde ifadelerle bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Oysa, uygulamadaki bu şekildeki tutum ve davranış, bilirkişinin hazırlayacağı rapora dayanak teşkil edecek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 279 ncu madde hükmünün hem lâfzına hem de amacına ters düşmektedir. Bu şekilde yapılacak bir görevlendirme neticesinde, bilirkişi görevinin ne olduğunu tam olarak anlayamamakta, dolayısıyla davanın çözümü konusunda ya hâkime yardımcı olmamakta ya da hâkim yerine hükmü veren duruma gelebilmektedir. Yargı yetkisini yalnızca hâkim kullanacağından, hâkim hükme ulaştırılmasında yardımcı olacak önemli soruları bilirkişiye sorar, bu yolla hükme etkili olacak vakıaların aydınlanmasını sağlamaya çalışırken bilirkişinin varacağı sonucun kendisinin kullanacağı yargı yetkisinin kısıtlanmasına ve bilhassa takdir yetkisinin daraltılmasına neden olmamasını sağlamaya çalışmalıdır⁽¹⁰⁾.

Somut uyuşmazlıkta, hâkim vakıaların aydınlatılması ve değerlendirilmesinde önemli olan soruları belirlerken, tarafların bu konudaki görüşlerini almak yanında, kendisi de davanın o

⁽⁹⁾ Bilirkişiye adli talimat yetkisinin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Soergel, C.**, "Die Grenzen gerichtlicher Weisungsbefugnis dem Sachverstaendigen gegenüber", Festschrift für Karlmann Geiss zum 65 Geburtstag, Köln 2000, s. 179-186.

⁽¹⁰⁾ **Arslan**, Bilirkişilik Uygulaması, s. 173.

andaki durumu hakkında tam bilgi sahibi olması gerekir. Özellikle bilirkişiye sorulacak sorular bağlamında, davada öncelikle hukuki sorun ile vakıalara ilişkin sorunları ayrı ayrı tespit edip, bilirkişinin görüşlerini vakıalara ilişkin sorunlara hasretmesi açısından çaba sarfetmelidir. Özellikle bilirkişiye sorulacak soruların tarafların huzurunda sorulması yararlı olabilecektir. Zira, tarafların bulunduğu oturumda soruların belirlenmesi, bilirkişiye başvurulmasına ihtiyaç olup olmadığının kontrolü bu yolla sağlanabilir⁽¹¹⁾.

Uygulamada Yargıtay'ın, seçilen bilirkişinin görevinin ve işinin nelerden ibaret bulunduğunun açıklanmasında hâkimin yüksek özen göstermek zorunda olduğunu belirten (Örneğin bkz. 4. HD., 21.3.1983, 1276/3007) kararları bulunduğu gibi, bu özenin gösterilmediği davalar bakımından herhangi bir eleştiri getirmeksizin onanan ilk derece mahkemesi kararlarının bulunduğu da bir gerçektir. Bu açıdan, bilirkişi raporlarına temel teşkil edecek sorunların mahkeme hâkimince özenle tespit edilerek, bu konularda bilgi ve görüşü istenmelidir.

Öte yandan, bilirkişi deliline başvurulduğu uyuşmazlıklarda, bilirkişi ya da bilirkişiler, mahkemenin vermiş olduğu ara kararını ve bu ara kararındaki soruları tam olarak anlamamışsa bunun açıklanmasını davanın hâkiminden (mahkemeden) istemesi gerekir⁽¹²⁾.

Bilirkişi mahkemenin verdiği ara kararı gereği olarak istenilen konu üzerinde araştırmasını yapar ve bunu bir rapor haline dönüştürerek mahkemeye belirlenen süre içinde sunar. Mahkemece birden fazla bilirkişi görevlendirilmişse (ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276 ncı maddesinin III ncü fıkrasına göre *"yalnız bir kişi bilirkişi seçilebilir. Üçten fazla*

(11) Arslan, Bilirkişilik Uygulaması, s. 174, dn. 35.

(12) Yılmaz, Bilirkişi Raporları, s. 25.

seçilemez”), bu bilirkişiler kendi aralarında müzakereler yaparak sonuca varırlar. Yoksa, her bir bilirkişinin ayrı ayrı rapor vermesi söz konusu değildir. Ancak, raporun oybirliği ile düzenlenmesi gerekli olmayıp, rapordaki çoğunluk görüşüne katılmayan bilirkişinin muhalefet (azınlık) şerhi vermesi mümkündür. Azınlıkta kalan bilirkişi ayrı bir rapor da verebilir (HUMK.m.281/III).

Bilirkişinin raporunu vereceği süre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 281 nci maddesinin III ncü fıkrasında, “...Bu süre işin niteliğine göre üç ayı geçemez.” hükmüyle bir kayıtlamaya tâbi tutulmuştur. Bu süre ceza yargılaması alanında iki ayı geçemez (bkz. CMUK.m.75/II). Medeni yargılama alanında kanun koyucu rapor verme süresini azami üç ayla sınırlandırmış olmasına karşın, uygulamada yakınılan en çok konulardan biri de, bu süreye hiçbir şekilde uyulmamasıdır. Nitekim, mahkemeler çoğu zaman bilirkişiye başvururken, Kanunda yer alan bu emredici hükmü bilirkişiye ya hatırlatmamakta ya da süreye uyulup uyulmadığını takip etmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, bazı bilirkişiler davaların karara bağlanmasını geciktirmektedir. Gerçi kanun koyucu bu süreye uyulmamasının yaptırımını olarak bilirkişinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 278 nci maddesinin III ncü fıkrası ve 271 nci maddeye göre para cezasına ve celse giderlerine mahkûm edileceğini belirtmiştir. Hatta, buna rağmen rapor verilmediği takdirde, bilirkişi, Türk Ceza Kanunu’nun 282 nci maddesine göre cezalandırılır. Bilirkişinin raporunu süresi içinde vermemesi halinde uygulanacak bu normatif düzenlemelere karşın, hâlâ günümüzde bu tür aksaklıklara yer verildiğini müşahade etmekteyiz. Bu gerçekler karşısında her türlü sakıncanın giderilebilmesi için, bilirkişi seçimine ilişkin kararda hem üç aylık azami süre gösterilmeli hem de buna uyulmaması halinde

yukarıda ifade ettiğimiz çerçevede bilirkişinin sorumluluğunun söz konusu olacağı bilirkişiye hatırlatılmalıdır.

Bilirkişi raporunda ne gibi kayıtların bulunması gerektiği hususu kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Buna göre raporun;

- (1) Tarafların ad ve soyadlarını,
 - (2) Bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususları⁽¹³⁾,
 - (3) İnceleme konusu yapılan maddi vakıaları (olayları),
 - (4) Gerekçeyi,
 - (5) Sonucu,
 - (6) Bilirkişiler arasında anlaşmazlık varsa bunun sebebini,
 - (7) Düzenlendiği günü,
 - (8) ve bilirkişilerin imzalarını,
- taşınması gerekir.

Bilirkişi raporunu, davada dayanılan vakıalara istinaden gerçekleştirmelidir. Bu bağlamda, bilirkişi yalnız özel ve teknik bilgiyi gerektiren vakıaları raporunda inceleme konusu yapmalı, hukuki mesele ile hâkimlik mesleğinin gerektirdiği davadaki inceleme konularını raporuna dayanak yapmamalıdır. Bilirkişi raporlarında hukuki değerlendirmeler yapılması hukuki hata yapılması olasılığını artırabileceği gibi, bu tür değerlendirmeleri içeren bilirkişi raporlarının inandırıcılığı ve tarafsızlığı tartışmaya açılmış olur.

Bilirkişi raporunda taraflarca ileri sürülen vakıalara dayanabileceği gibi, İsviçre hukukunda kabul edildiği şekilde, bilirkişi raporunda taraflarca ileri sürülmemiş vakıaların tespit edilmiş olması halinde, bunların usulüne uygun olarak dosyaya

⁽¹³⁾ Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, B. 6, İstanbul 1997, s. 749.

intikâl etmiş bulduklarından hükme dayanak yapılabileceği kabul edilmiştir⁽¹⁴⁾. Bu görüş, Türk hukukunda usul hukukunun amacına uygun olduğu gerekçesiyle destek görmüştür.

Bunun gibi bilirkişi raporlarının *gerekçeli* olması şarttır. Bu gerekçe sayesinde, bilirkişiye başvurulmuş olan o uzmanlık ve özel bilgiyi gerektiren hususlarda hâkim, ikna olabilmekte ve kuracağı hükmü bu gerekçeye dayanarak oluşturabilecektir. Bunun gibi, gerekçe sayesinde hâkim ve taraflar, bilirkişi raporundaki sonucun doğru olup olmadığını kontrol etme imkânına sahip olurlar⁽¹⁵⁾.

Yine, bilirkişi raporunda mahkemece kendisine tevdi edilmiş bulunan sorular hakkında yanıt vermeli, kendisine sorulmayan sorular hakkında görüş bildirmemelidir.

Ayrıca, bilirkişi raporunda kendisine hâkim tarafından gösterilen usule de uyması gerekir. Bu usule uyulmaması, bilirkişi raporunun anlaşılabilir veya çok zor anlaşılır hale getirebilir.

Belirtilen bu hususlarda davanın hâkiminin bilirkişi raporunu denetlemesi mümkündür. Bu noktalar dışında bilirkişi raporunun denetlenmesi oldukça güçtür⁽¹⁶⁾. Ancak hâkimin diğer hususlarda da gerekli özeni göstermesi gerekir.

Bilirkişi raporunun bilirkişi (veya bilirkişiler) tarafından imza edilmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Bilirkişi raporunda çakıntı, silinti ve kazıntı yolu ile düzeltme yapılmış ise,

⁽¹⁴⁾ **Guldener, M.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 321, dn. 72.

⁽¹⁵⁾ **Alangoya, Y.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, I, İstanbul 2000, s. 321; **Köroğlu, H.**, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001, s. 43.

⁽¹⁶⁾ **Sendler, H.**, "Richter und Sachverstaendiger", NJW, 1986/47, s. 2910; **Pieper, H.**, "Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozess", ZZP, 1971/84, s. 21.

bu çıkıntı, silinti veya kazıntının ayrıca imza edilmesi gerekir; aksi halde bunlar yok sayılır. Bu gibi (imzasız) çıkıntı, silinti veya kazıntı mahkemece bilirkişi raporunun geçerliğine veya anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, bilirkişi raporu kısmen veya tamamen geçersiz sayılabilir (HUMK.m.298 kıyasen)⁽¹⁷⁾.

Bilirkişi raporu, hâkimin havalesini müteakip mahkeme kalemine teslim eder ve kalem tarafından da taraflara gönderilir. Bilirkişi, raporunu mahkemeye verdikten sonra, artık raporunda değişiklik yapamaz, raporundaki görüşten dönemez veya bilirkişilikten çekinmek (yani, istinkâf etmek) suretiyle raporunu verilmemiş (geçersiz) saydıramaz⁽¹⁸⁾.

Bilirkişi raporu bir adli yazı olup, her adli yazıda bulunan öğeleri içermelidir. Buna göre bilirkişi raporu, tam olmalı, kısa, açık, doğru olmalı ve uygun bir dille kaleme alınmış bulunmalıdır. Raporun bu öğeleri içerir şekilde düzenlenmesi için, şu beş aşamadan geçmesi gerekir⁽¹⁹⁾:

- (1) Bilirkişiden istenilecek olan hususun tam ve doğru olarak anlaşılacak öğrenilmesi,
- (2) Araştırma,
- (3) Araştırma sonucunda elde edilen malzemenin düzenlenerek kaleme alınması (yazılması),
- (4) Yazılanın tashih edilmesi,
- (5) Yazılanın doğruluğunun kontrol edilmesi gerekir.

(17) **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 6, İstanbul 2001, s. 2742; ayrıca bkz. 5. HD., 5.2.1973, 1332/674: İBD., 1973/5-6, s. 712.

(18) Bkz. 1. HD., 21.6.1954, 1700/5433 (**Kuru**, Usul, C. III, s. 2743).

(19) **Yılmaz**, Bilirkişi Raporları, s. 26.

Raporun tamlığı, eksik olmaması demektir. Gerçi, bilirkişinin raporunun eksik olması veya çelişkili bulunması halinde, hâkimin aynı bilirkişilerden ek rapor alması mümkündür. Bu ek rapor da aynı esaslar dahilinde, asıl rapor gibi hazırlanmalıdır (HUMK.m.283-284). Aksi halde ek rapor alınması da, boş yere ek zamana ve hatta ilave gider yapılmasına neden olur (Anayasa m. 141/IV; HUMK.m.77).

Raporun öğelerine ilişkin öğretide **Yılmaz**'ın sürdüğü aşağıdaki görüşler tercihe şayandır. Önemine binaen bu hususlar aynen şu şekilde dile getirilmiştir⁽²⁰⁾: *“Kısalık, açıklık, doğruluk, raporun diğer önemli kuralını oluşturmaktadır. Raporda kullanılan gereksiz ayrıntı, işin ana temasının (özünün) gözden kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Bu açıdan, rapor işin ana temasını (özünü) engelleyecek tarzda ele alınmamalıdır.*

Raporda kullanılan ifade açık (vazih) olmalıdır. Yazının açıklığı, hem anlaşılabilirliğini sağlamakta hem de her türlü duraksamaları ortadan kaldırarak ilgililerin davranışını yönlendirmektedir. Rapordaki kesinliğin çoğu zaman iknayı beraberinde getirdiği söylenebilir.

Rapor konusunun uzun olması ve özellikle bilirkişinin birden çok sorun hakkında görüş bildirmesinin gerekmesi halinde rapor, mutlaka paragraflara ve hatta ayrı ayrı başlıklara bölünmelidir. Paragraf, uzun bir konunun belli bir kısmını veya bir tek konuyu ifade eden cümle grubudur. Yazının doğru bir şekilde paragraflara ayrılması, olayları, düşünceleri ve görüşleri planlamaya bunların gelişme sürecini anlamaya yardım ettiği için okuyanların raporda anlatılanların gelişmesini izleyerek kolaylıkla ve tam anlamlarını ve böylece raporun açıklığını sağlar. İyi bir paragrafın özellikleri şöyle belirtilebilir: İyi bir paragrafta, o paragrafın asıl konusunu açık veya gizli ifade eden bir asıl cümle (veya cümle parçası)

⁽²⁰⁾ **Yılmaz**, Bilirkişi Raporları, s. 27.

bulunur. İyi bir paragrafta fikir birliği vardır ve genellikle tek fikir üzerinde durularak, bunun dışındakilere yer verilmez. Paragraf tam bir (esas) fikrin ifadesi olduğu için bu (esas) fikir açılır ve malzeme, birbirine bağlı biçimde sıralanarak düzenlenir; konunun bütünü gözönüne alınıp, paragraftaki fikir üzerinde önemi oranında durulur. Paragraflar, yazını türüne ve fikrin önemine göre ayarlanacağından arka arkaya uzun veya kısa paragraflar yapılmaması uygun olur. Bir paragraftan diğerine geçerken, fikirler arasında bağlantı kurulur. Paragraf tüm konunun bir parçası olduğu için, paragraflar arasındaki bağın kurulmasında ve paragraf sıralamasında, tüm konunun özelliği hep gözönünde bulundurulmalıdır. Bunun için de, raporlarda genellikle başlangıç, geçiş (gelişme) ve sonuç paragrafları yer alır. Çoğunlukla, başlangıç ve sonuç kısımları birer paragraf, geçiş kısmı ise birden çok paragraftan oluşabilir”.

Ayrıca, raporda noktalama işaretleri ile imlâ kurallarına özen göstermeli, bilhassa imlâ kurallarının kullanılmasında cümlenin yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek tarzda ele alınması gerekir. Bunun gibi, rapordaki ifadeler yalın ve özlü olmalıdır. Çeşitli anlamlara gelebilecek kelimeler kullanılmamalıdır. Teknik kelimeler ve tanımlamalar, o konuda hiçbir bilgisi olmayan bir kimsenin anlayacağı tarzda ifade edilmelidir. Raporda ağıdalı bir dil ya da çoğu yabancı bir dille ifade edilmiş kelimelerin seçilmemesine dikkat edilmelidir.

Yine raporlarda, soyut kavramlar somuta indirgenmelidir; aksi takdirde, soyut kavramların kaypaklıklar ya da anlaşılmazlığı, raporun niteliğini engelleyebilir. Bu bağlamda bilirkişi, hâkimin özel ve teknik bilgisinin yetmediği o hususta somut açık bilgi vermelidir.

Öğretide **Yılmaz**'ın, bilirkişi raporunun tam olarak hazırlanıp hazırlanmadığını kontrol için aşağıda belirtilen

testten⁽²¹⁾ geçirilmesinin, sağlıklı bir yaklaşım tarzı olacağı fikrine katılmamak mümkün değildir. Buna göre, bilirkişi raporu:

- (1) Somut olaylara dayalı mı?
- (2) Gereksiz ayrıntıya boğulmuş mu?
- (3) İlk okumada anlaşılabilir mi?
- (4) Mantıklı mı?
- (5) Tartışmalara yol açacak nitelikli mi?
- (6) İkna edici mi?
- (7) Hâkimin istediği bütün sorulara cevap veriyor mu?

sorularına verilecek yanıt çerçevesinde değerlendirmeye tâbi tutulabilecektir.

Taraflar kendilerine tevdi edilen (gönderilen) bilirkişi raporuna itiraz edebilirler. Nitekim bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 283 ncü maddesinde; "*Hâkim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izah için ehliivukufa yeni sualler tertip edilebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehliivukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliğ tarihinden bir hafta zarfında hâkimden tahriren talep edebilirler.*

Hâkim mütemmim izahat vermeleri zımında ehliivukufa tâyin edeceği celseye dâvet ile şifahen istima edebilir.

Ehliivukufun şifahen verecekleri izahat hulâsa veçhile zapta kaydedilerek ziri kendilerine imza ettirilir." biçiminde dile getirilmiştir. Buna göre, davada iki taraf da noksan ve müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını, raporun kendilerine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde hâkimden isteyebilirler.

(21) Bkz. Yılmaz, Bilirkişi Raporları, s. 28.,

Bir görüşe göre bu talep, bilirkişi raporuna itirazdır. Ayrıca, taraflar, raporun gerçekleri yansıtmadığı, tarafsız olmadığı gibi nedenlere dayanarak rapora itiraz edebilirler. Bu çerçevede bilirkişi raporundaki bazı hususlar için izahat istemekle bilirkişi raporuna itiraz birbirinden ayrılmalıdır. Bunlardan raporun noksan ve müphem kısımlarının tamamlanması amacıyla başvurulması halinde bilirkişiden ek rapor istemek şeklinde belirtilebilir. Bilirkişi raporuna itiraz ise, bilirkişi raporunun tamamen kabul edilmediği hallerde söz konusudur.

Bilirkişi raporuna itiraz ile bilirkişi raporu hakkında izahat istenmesi arasındaki ayrımın pratik önemi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesinin bir süreye bağlanmamış olmasına karşın, izahat istemenin bir haftalık süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. Ayrıca itiraz bir şekle bağlı olmadığı halde, izahat isteme mutlaka yazılı yapılmalıdır (HUMK.m.283/I)⁽²²⁾.

Bilirkişi raporuna itirazın önemi, bir tür usulî müktesep (kazanılmış) hak doğrultusunda kendisini göstermektedir. Nitekim, Yargıtay kararlarına göre, bir tarafın, bilirkişi raporuna itiraz etmemesi ile, itiraz eden diğer taraf lehine bir tür usulî müktesep (kazanılmış) hak doğar. Yani, bir taraf rapora itiraz etmez ve diğer tarafın itirazı üzerine, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılır ve ikinci bilirkişi raporu, birinci rapora itiraz edenin daha da aleyhine olursa, ilk rapora itiraz etmeyen taraf bakımından ilk rapor kesinleştiğinden ve bununla, itiraz eden diğer taraf lehine bir müktesep (kazanılmış) hak doğduğundan, mahkemenin ilk bilirkişi raporuna göre karar vermesi gerekir⁽²³⁾.

C. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL OLARAK DEĞERİ

Bilindiği üzere deliller, davanın dayanağını oluşturan vakıaların ispatına yarayan vasıtalar (araçlar)'dır. Deliller; kesin

⁽²²⁾ Bkz. Üstündağ, Usul, s. 750; Atalay, Bilirkişilik, s. 142.

⁽²³⁾ Atalay, Bilirkişilik, s. 142.

ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Takdiri delillerden biri de bilirkişi delili olup, kanun koyucu bunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir.

Yukarıda izah ettiğimiz şekilde, bilirkişi deliline, teknik veya özel bir bilgiyi gerektiren hallerde başvurulabilmekte, mahkemece tayin edilen bilirkişi (veya bilirkişiler) görüşünü bir rapor halinde mahkemeye sunmaktadır. Bilirkişi raporlarının delil olarak değeri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286 ncı maddesinde, “*Ehlivukufun rey ve mütalâaları, hakimi takyit etmez*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Zira, bilirkişi raporu takdiri bir delildir ve hâkim bu takdiri delili serbestçe takdir eder. Bu hüküm, “*hâkim delilleri serbestçe takdir eder (HUMK.m.240)*” biçimindeki genel kuralın özel olarak vurgulanmasından başka bir şey değildir⁽²⁴⁾. Yoksa, bilirkişi raporunun hâkimi bağlaması, hâkimin bağımsızlığı ile bağdaşmaz. Kural bu olmakla birlikte, hâkim, kendi uzmanlık alanı dışında başvurduğu bilirkişi raporunu nasıl takdir edecektir?

Bu hususta öğreti ve uygulamada farklı yaklaşım tarzının sergilendiğini görmekteyiz. Öğretide bir görüşe göre, hâkim, bilirkişi raporunu tamamen serbest takdir eder, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği (HUMK.m.283) gibi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir (HUMK.m.284). Ancak, hâkim, bilirkişi raporunda yazılı olan özel ve teknik açıklamalardan, bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanısına varabiliyorsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir⁽²⁵⁾ (26).

(24) Kuru, Usul, C. III, s.2769.

(25) Kuru, Usul, C. III, s. 2770.

Başka bir görüşe göre, hâkim, bilirkişi raporlarını rasyonel esaslara göre takdir etmelidir⁽²⁷⁾. Diğer bir görüşe göre, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamaması ile ilgili kural, hâkimin mutlaka bilirkişi raporlarına göre ve bilirkişi raporları doğrultusunda karar vermemesi anlamına gelmelidir. Yine bilirkişi raporlarında mutlaka bir kesinlik bulunması ve bu takdirde hâkimin karar verebileceği de, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralına aykırıdır⁽²⁸⁾.

Uygulamada Yargıtay, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralını kabul etmekle beraber, bu kuralın anlamını öğretilen farklı yorumlamaktadır. Buna göre, hâkim, bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Şayet, bilirkişi raporu yeterli görülmezse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Nitekim, Yargıtay'ın çeşitli tarihlerde verdiği kararlarında; "...Bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli görülmediği takdirde mahkemece yapılacak iş, ya Usulün 283 ncü maddesi gereğince bilirkişiden ek düşünce almak ya da Usulün 284 ncü maddesi uyarınca başka bilirkişi eliyle yeni baştan inceleme yaptırmaktan ibarettir"⁽²⁹⁾, "...Gerçekten hâkim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir. Bu hükmün amacı, hâkimin uygun görmediği rapor karşısında yeniden bilirkişiden mütalâa alınmasına veya gerekirse başka bilirkişinin düşüncesine başvurmasına imkân sağlamaktır. Bu

⁽²⁶⁾ Öğretide, bu görüşün modern usul hukukunun gereklerine uygun düşmediği, ülkemiz bakımından sahip olmadığı bir özel bilgi için üçüncü kişilere başvuran hâkimin elde ettiği bilgileri nasıl takdir edebileceği sorulması ve cevaplandırılması gereken çok güç bir soru olduğu; bu nedenle, uygulamadaki gerçekler karşısında, bilirkişilik kurumu bu gerçeklere uygun düşecek yeni bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği ileri sürülmüştür, bkz. Üstündağ, Usul, s. 755-756.

⁽²⁷⁾ Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 655.

⁽²⁸⁾ Pekcanitez, Usul, s. 430-431.

⁽²⁹⁾ 2. HD., 10.12.1970, 5018/6437 (RKD., 1971/2, s. 52).

itibarla hâkimin bilirkişi yerine geçerek kişisel düşünce ve müşahadelerine dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir”⁽³⁰⁾, “Çözümü özel ya da teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Her ne kadar bilirkişinin oy ve mütalâası hâkimi bağlamaz ise de bu kural, hâkimin kendisini bilirkişi yerine koyarak karar vermesine imkân tanımak anlamına gelmez. Bu gibi hallerde yapılacak iş, yeterli görülmeyen rapor hakkında bilirkişiye çağırıp gerekli bilgi alınıp sonucuna göre karar verme ya da yeni bilirkişiye işi havale edip bilgisinin tespit etmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden bizzat yapılan şahsi görüşü esas alınarak hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır”⁽³¹⁾, “... hâkim, belirtilen bilirkişi görüşüyle bağlı olmamakla beraber, bu tür hallerde hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi de usule uygun düşmez...”⁽³²⁾, “Dava konusu taşınmazın çok yakınındaki taşınmaz satışı emsal alınmasına rağmen, düzenlenen raporlar arasındaki fahiş fark değerlendirmenin isabetsiz olduğunu gösterir. Alınan ek raporlara rağmen bu çelişki giderilmediği takdirde, mahkemece yeni bilirkişi kurullarından raporlar alınmalı, emsalle dava konusu taşınmazın benzer konumda oldukları olgusu da gözetilerek raporlar denetlenmeli ve sonuca göre karar verilmelidir.”⁽³³⁾, “Sağlık Şurası, hukuk davalarında HUMK’nun 276/2 ncı maddesinde öngörülen nitelikte resmi bilirkişi değildir. Hâkim, aynı Kanununun 286 ncı maddesi gereğince bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Raporlar arasında çelişki vardır. Denetime elverişli rapor alınarak, tarafların varsa kusurları ve bu kusurlu eylemler ile

(30) 2. HD., 11.9.1975, 6948/6497 (YKD., 1976/2, s. 144-145).

(31) 2. HD., 30.5.1989, 4901/5270 (YKD., 1990/1, s. 23).

(32) 19. HD., 16.6.1997, 9645/6213 (YKD., 1998/6, s. 890-891).

(33) 18. HD., 29.9.1999, 11867/11154 (YKD., 2000/2, s. 248-249).

doğan zararlı sonuç arasında, bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı hususlarının saptanması gerekir.”⁽³⁴⁾ bilirkişi hâkimi tatmin etmemesi karşısında ikinci, üçüncü, dördüncü ve hatta beşinci bilirkişilere başvurulabileceği⁽³⁵⁾ görüşünü benimsemiştir. Yine Yargıtay’a göre oy çokluğu ile verilmiş bilirkişi raporlarında, hâkimin, bilirkişi çoğunluğunun görüşünü benimseyerek karar verebileceği, aksi taktirde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği, yoksa azınlıkta kalan bilirkişinin görüşüne göre karar veremeyeceği kanaatini taşımaktadır. Örneğin; “Tenkis davasında, bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyuşmazlık çıkması halinde hâkim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez. Bu takdirde Usulün 286 ncı maddesi gereğince yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden azınlıkta kalan bilirkişinin beyanında gösterdiği değerın hükme esas alınmış olması usul ve kanuna aykırıdır”⁽³⁶⁾, “...Usulün 284 ncü maddesi gereğince bilirkişilerce düzenlenen raporlar hükme yeterli değildir. Mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve Usulün 286 ıncı maddesi mahkemeye kendisini bilirkişi yerine koyarak takdir yetkisi de vermiş değildir. Mahkemece böyle yapılmayarak kararda yazılı gerekçelere göre mecurun yıllık kira parasının 24.000 TL olduğu kanaatine varılarak ve hükme yeterli görmediği ikinci bilirkişi kurulu raporunda, muhalif kalan tek bilirkişi tarafından verilen azınlık raporu yerinde görülerek ve bu rapora müsteniden mecurun yıllık

(34) 13. HD., 9.5.2000, 1146/4438 (YKD., 2000/8, s. 1237-1239).

(35) Bkz. 12. HD., 4.7.2000, 10507/11310 (Kuru, Usul, C. III, s. 2777); 18. HD., 29.9.1999, 11867/11154 (YKD., 2000/2, s. 248-249); 9. HD., 29.4.1975, 13141/27782 (Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s. 1254).

(36) 2. HD., 19.2.1971, 658/1082 (Kuru, Usul, C. III, s. 2775-2776).

kira parasının 20.000 TL olarak tespitine karar verilmesi doğru değildir.”⁽³⁷⁾ biçiminde kararlara da yer vermiştir.

Alman hukukuna yönelik, Alman Usul Kanununun 412 nci maddesine göre verilen raporu yeterli görmeyen mahkeme aynı veya başka bilirkişiler tarafından yeni bir rapor verilmesini emredebilir. Alman Yargıtay'ının kararlarına göre, yeni seçilecek bilirkişilerden daha büyük dikkat ve tecrübe beklenecek olan hallerde ikinci bir bilirkişi incelemesini emredilebileceği gibi, önceki bilirkişiden daha geniş meslekî veya daha iyi bilgi kaynaklarına sahip olan bir bilirkişinin tayini halinde de bu yol izlenmelidir. Özellikle, başka bir bilirkişi önceki bilirkişinin araştırma vasıtalarına üstünlük gösteren vasıtalara sahipse bu takdirde yeni bir bilirkişi isteği reddedilemez⁽³⁸⁾. Öte yandan, bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde Alman hukukundaki genel prensip, hâkimin delilleri (bu arada bilirkişi raporunu) serbestçe takdir edecektir (ZPO § 286/I,1)⁽³⁹⁾. Ancak, Alman hukukundaki yasal düzenleme bu doğrultuda olmasına karşın, uygulamada, mahkemelerin bilirkişi raporları üzerinde takdir hakkı geniş ölçüde sınırlanmış veya bazı hallerde tamamen kaldırılmıştır. Bu çerçevede uygulama sayesinde ki, bilirkişi raporları üzerinde hâkimin serbest takdir hakkına çok dar alanda geçerlilik sağlanmış, hâkimin serbest takdirinin artık bir prensip değil, bir istisna olduğu açıkça vurgulanmaktadır ⁽⁴⁰⁾. Alman

⁽³⁷⁾ 3. HD., 8.9.1970, 4312/3209 (İBD., 1971/3-4, s. 245-246).

⁽³⁸⁾ ZZP, 1984/1, s. 26'da not 114, 115, 116'da zikredilen kararlar.

⁽³⁹⁾ **Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.**, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, s. 657; **Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartman, P.**, Zivilprozessordnung, 50. Aufl., München 1992, s. 872.

⁽⁴⁰⁾ ZZP., 1984/1, s. 25-30.

hukukunda bilirkişi kurumunun yeniden yasal bir çerçeveye oturtulması konusunda bir takım eğilimler mevcuttur.

Fransız Hukukunda ise, Usul Kanununun 179 ncu maddesine göre, hâkim bütün davalarda tarafların huzurunda uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında şahsi bilgi alabilir ve gerekli gördüğünde, bu vakıalar hakkında tespitler, değerlendirmeler, tahminler yapabilir. Bununla davada hâkimin ihtilâflı vakıalar üzerinde bilirkişiye başvurmasını engellememesine karşın, sınırlı bir çerçevede bilirkişi deliline başvurma veya bilirkişi üzerinde hâkimin denetiminin kuvvetlendirildiği kanısı yaygındır⁽⁴¹⁾.

Gerek öğretilerde ve gerekse uygulamadaki bu görüşler dikkate alındığında, bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde şu sonuçlara varmak mümkündür:

Kanaatimizce, davanın hâkimi bilirkişi görüşünden yararlanırken, bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamayacağına ilişkin olan ve hâkim delilleri serbestçe takdir eder biçiminde ifade edilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240 ncu maddesindeki hükmün, bilirkişi açısından tekrarını ifade eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286 ncu madde hükmünü de gözönüne alacaktır. Başka bir deyişle, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görürse kararını vermede (hükmü oluşturmada) bu rapordan takdiri delil olarak yararlanabilecektir. Şayet yeterli görmezse, ek raporla yeterli hale getirilmesini bilirkişiden talep edebilecek veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir⁽⁴²⁾. Hâkimin bilirkişi raporu karşısında yapacağı şey, genel mantık kuralları ve kendi hayat tecrübesi karşısında,

(41) ZZP., 1991/3, s. 297.

(42) Aynı doğrultuda bkz. Arslan, Bilirkişilik Uygulaması, s. 177; Bilge, N./ Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978, s. 550.

bilirkişinin vardığı sonuç ile gösterdiği gerekçeler arasındaki mantıki bağı aramak, yapılan bilirkişi değerlendirmesinin mantık ve genel bilgilere aykırılık teşkil edip etmediğini araştırmaktır. Neticede hâkim, ister bilirkişinin raporunu yeterli görsün, ister ek raporla verilen bilgileri kabul etsin, isterse yeni bir bilirkişi raporu almış olsun, kararını verirken mutlaka bilirkişi raporunu tartışmalı ve değerlendirmelidir. Bunu yaparken bilirkişi görüşünün aksine karar da verebilmelidir⁽⁴³⁾. Yine hâkim, birden fazla bilirkişi raporundan varacağı sonuca göre, fakat hiçbir bilirkişi raporuna tam olarak uymayan karar da verebilir^{(44) (45)}.

Buna karşılık Yargıtay, yukarıda belirttiğimiz kararlarında da görüldüğü üzere, hâkimin bilirkişi görüşü ile bağlı olmadığına işaret etmesine rağmen bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceğini, bilirkişi görüşüne katılmıyorsa yeni bilirkişi incelemesi yaptırması ve kararını, bu bilirkişi raporuna dayandırması gerektiğini kabul etmektedir. Gerçi Yargıtay istisnai de olsa, mahkemenin alınmış bulunan bilirkişi raporundaki görüşlerden yararlanmak suretiyle, bu raporlardaki görüşün aksine karar verebileceğini kabul etmektedir. Örneğin; “...Bilindiği üzere, teknik konularda bilgisine başvurulmuş uzman görüşü, hâkimi mutlak anlamda bağlamaz. Verilen teknik bilgilerin ışığı altında bunun takdirini yapmak hâkimin yetki ve görevi içerisindedir”⁽⁴⁶⁾, “... bilirkişinin; maddi olgulara ters düşen, raporun sonuç bölümündeki ... değerlendirmesi ile bağlı

(43) Bkz. **Kuru**, Usul, C. III, s. 2780; **Guldener**, M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 350-351; **Rosenberg**, L./**Schwab**, K. H./**Gottwald**, P., Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, § 123, IV.

(44) **Pekcanitez**, Usul, s. 431.

(45) Aksi görüşte, bkz. **Mavioğlu**, O., “Bilirkişiye Başvurma Zorunluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, (İHFM., 1970, XXXVI/1-4, s. 371-387), s. 385.

(46) 1. HD., 10.11.1994, 11683/14123 (YKD., 1995/5, s. 718-719).

olmayacağı"⁽⁴⁷⁾ şeklindeki kararlarına rastlanılmaktadır. Bu gibi isabetli istisnai kararlar bir tarafa bırakıldığında, bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağına ilişkin Yargıtay'ın görüşleri, bilirkişi delilinin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay'ın uygulaması, hâkimin takdir yetkisini ve bununla hâkimlik yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamakta, hâkimi adeta bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir vasıta ve aracı durumuna sokmaktadır⁽⁴⁸⁾. Alman hukukuna yönelik, Almanya'da yapılan istatistiklerde hâkimlerin bilirkişi raporlarıyla yüzde doksanbeş oranında bağlı bulduklarını göstermiştir⁽⁴⁹⁾.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286 ncı maddesi gereğince, hâkim, bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirecektir. Burada hâkim, bilirkişi raporlarını rastgele değerlendirmek yetkisi ve keyfilğine de sahip değildir. Bilirkişi raporunun aksine karar veren hâkim bunun gerekçesini de göstermek zorundadır. Şayet gerekçe gösteremeyeceği uzman olmadığı konularda bilirkişi raporuyla yetinmek istemiyorsa tekrar bilirkişi deliline başvurabilmelidir. Bu adli hakikatin ortaya çıkması açısından yadsınamaz bir gerçektir.

Şüphesiz bu hususta öğreti ve uygulayıcılar yanında Yargıtay'a büyük iş düşmektedir. Adli gerçeğin ortaya çıkması açısından, davada bilirkişi raporlarının takdirine bağlı olarak verilen kararların olağan kanun yolu denetiminde Yargıtay'ın bilirkişi uygulaması ile ilgili ve eleştiri konusu olacak hatalı hususlar üzerinde titizlikle durması, yanlış uygulamanın

(47) 20. HD., 7.9.1994, 93/12408, 1994/9892 (YKD., 1994/10); ayrıca bkz. 4. HD., 9.4.1984, 3007/3527 (İBD., 1971/3-4, s. 312-314).

(48) **Kuru**, Usul, C. III, s. 2781.

(49) Bkz. **Sendler**, Richter und Sachverstaendiger, Neue Juristische Wochenschrift, 1986, s. 47.

kararların sonucu üzerindeki etkisi ortadan kaldırılması hususunda etkin çaba sarfedilmelidir.

D. SONUÇ

Hâkimin özel veya teknik bilgisinin yetmediği durumlarda, bilirkişinin bilgisinden ve görüşünden yararlanılması kaçınılmazdır. Bu medeni yargılama alanında adli hakikatın (şekli ve maddî gerçeğin) ortaya çıkması açısından önem taşımaktadır.

Buna rağmen uygulamada gerek bilirkişiye başvurulması ve bilirkişi raporunun hazırlanması gerek bilirkişinin raporunun hâkimi bağlaması gerektiğine ilişkin Yargıtay'ın tutumu bu kurumdan beklenen amaca gölge düşürecek niteliktedir. Bu husus, uyuşmazlıklara yönelik bilirkişi kurumuna ilişkin haklı eleştirilere maruz bırakılmasına neden olmuştur. Bu durum karşısında bilirkişi kurumunun yeniden ele alınarak köklü bir reforma tâbi tutulması yerinde olacaktır. Söz konusu değişiklik yapıncaya kadar, bilirkişi kurumundan beklenen faydanın gerçekleşmesi için yukarıda belirttiğimiz esaslar dahilinde Yargıtay bu konuda hassasiyet göstermeli, kararların bu doğrultuda gerçekleşmesi konusunda yapacağı inceleme ve değerlendirmelerle konuya ışık tutmalıdır.

Bu bağlamda, konumuzla sınırlı olarak, mahkemelerin bilirkişi seçiminde ve bilirkişiye başvurulacak konularda Kanundaki düzenleme amacına sadık kalınarak gerekli titizlik gösterilmeli, bilirkişilerin hazırlayacakları bilirkişi raporlarının bilimsel esaslara uygun olması, anlaşılır, açık ve net olmalı, hâkime yön gösterici nitelikte bulunmalıdır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta adaletli karar verme adına bilirkişi delilini de objektif ve bilimsel esaslar çerçevesinde serbestçe değerlendirebilmelidir.

Dr. SADULLAH GÜZEL

(Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Adli Tıp Uzmanı İst)

Sayın Başkan, sayın konuklar; hep hukukçular konuştu, ben; hem bir resmi bilirkişi, hem adli tıp uzmanı olmam dolayısıyla konuşmamın yarısı tıbbi, yarısı da hukuki olacak.

Adli tıptan söz edeceğim. Adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere kurulmuş olan bir resmi bilirkişi kurumu Adli Tıp Kurumu. Gerçekte baktığınız zaman böyle bir kuruluş, böyle bir bilirkişi kurumu dünyanın başka bir yerinde var mı diye baktığınız zaman, yanlış hatırlamıyorsam Hindistan'da buna benzer bir kuruluş var, ama bunun dışında bu tür yapıya sahip bir kuruma başka bir yerde rastlamıyoruz ve konumuz raporun bağlayıcılığı olduğuna göre, demişiz ki: “En yüksek kurul Adli Tıp Genel Kurulu, Adli Tıp Genel Kurulunun raporu dahi hâkimi bağlamaz” demişiz, Adli Tıp Kurumu Kanununun 23 üncü maddesinde. Aslında bu maddeyi buraya yazmaya gerek var mıydı bilmiyorum. Hâkimi hiçbir bilirkişi raporunun bağlamayacağı zaten kesin, Anayasaya da girmiş. Onun için bu madde gereksizdi, ama Adli Tıp Kurumu Kanununa girmiş, ama gerçekten bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz mı, uygulamada öyle midir? Ben, biraz bunlara bakmak istiyorum.

Şimdi kusura bakmazsanız biraz potpuri şeklinde gideceğim. Adli tıpta, en çok da adli psikiyatri konusunda çalıştığım için bir kısmını oraya ayıracağım. En fazla çelişkinin yaşandığı yer, maalesef ki adli psikiyatri konusu, mahkemelerin de en fazla zorlandığı konu orası. Şimdi, karşınıza bir sanık geliyor, kişinin akıl hastası olup olmadığını bilirkişiye soruyorsunuz. Karşınıza iki tane rapor geliyor ve çok ilginçtir ki bunların ikisi de Adli Tıp

Kurumundan. Birisi Gözlem İhtisas Dairesinden, müşahede altında tutuyor, “akıl hastalığı olmadığını” söylüyor, örnek bu. Dördüncü İhtisas Kuruluna gidiyor, “akıl hastası olduğunu” söylüyor ve sonuçta mahkeme doğal olarak bu çelişkiyi gidermek için Adli Tıp Genel Kurulu’na gidiyor. Adli Tıp Genel Kurulu da diyelim ki, oyçokluğuyla bir karar veriyor ve bu sayı öyle kritik bir sayı ki, 14’e 12. Hâkim ne yapsın? Bir başka bilirkişiye mi gidecek? Tabii var, diğer akıl hastaneleri var, onlardan da alınmış raporlar var, ama zaten hep bu çelişkilerin yüzünden en sonunda Adli Tıp Genel Kuruluna gidiyor hâkim. Bunun sonucunda hâkim, kanaatini kullanmak zorunda. Karşısında bir kişi, akıl hastası mı, değil mi? Ama, bu teknik bir iş. O zaman hâkim, -genelde benim gördüğüm- oyçokluğunun vermiş olduğu karara uyuyor ki, Yargıtayın da, az önce arkadaşlar söylediler, Ömer Bey de söyledi, “Yargıtay kararlarında oyçokluğu kararlarına uyunuz ya da başka bilirkişi raporunu alınız” diyor.

Başka bir şey söyleyeyim, redayet var, ahlaki redayet ve fiile mukavemet konusu, çok sık karşılaştığımız konular. Karşımıza bir mağdure geliyor, yaşı 13, ırzına geçilmiş, hâkim 414 üncü maddeyi uygulayacak, ama bir de 414/2 nci madde var bir de. Diyor ki: “Fiile mukavemet edemeyecek konumda ise ceza ağırlaştır”. Peki bunu kim tayin edecek? Bilirkişi tespit edecek, Adli Tıp tespit edecek. Adli Tıba gönderiyor, Adli Tıp 4 üncü İhtisas Kurulunun bir kararı, bu söz konusu mağdure de diyor ki: “Şizofreni denilen bir akıl hastalığı vardır, onun için redayetini idrak edemez, fiile mukavemete muktedir değildir” diyor, ama tabii ki doğal olarak peşinden hemen bir soru daha geliyor. Kendisinde mevcut bu hastalık hekim olmayanlarca anlaşılabilir mi? Eğer anlaşılabilir ise bu maddeye uygulayamayacaksınız, sanık bunu bilmediği için. 4 üncü İhtisas Kurulu diyor ki: “Anlaşılmayacağı”, yani hekim olmayanlarca bu hastalığın anlaşılacağı şeklinde bir karar veriyor, ama hâkim diyor ki:

“Benim gözlediğim kadarıyla bu mağdurede akıl hastalığını ben fark edebiliyorum, ben görebiliyorum, ilk bakışta bu hissedilebiliyor, bu görülebiliyor” diyor ve cezayı ağırlaştırıcı yönde bir karara varıyor. Bunu sanıkların da bilebileceği kanaatine vararak, ağırlaştırıcı cezayı da uyguluyor. Konu doğal olarak Yargıtaya gidiyor ve Yargıtay Ceza Dairesi’nin kararı, diyor ki: “Ortada fenni bir rapor var iken, hâkimin kuşku duyulacak nitelikte olan, yani sanıkların bu akıl hastalığını bilip bilmediği konusunda kuşku duyulan bir durumda bu yönde bir ağırlaştırıcı karar vermesi doğru değildir” ve kararı bozuyor. Bunu şunun için söyledim; o zaman bilirkişi kararı bağlayıcı mıdır? Böyle bir yere gelmiş oluyor muyuz? Hâkim, bilirkişi kararı ile bağlı değil, bağlı kalmamış da, farklı karar vermiş, ama Yargıtay bu kaniya katılmamış, fenni bir rapor olduğu için katılmamış. Başka bilirkişiden rapor alınabilir, alınmayabilir, o ayrı bir konu.

Başka bir konuya geçmek istiyorum, çok karşılaştığımız çehrede sabit eser konusu. Cezayı çok ağırlaştırıcı bir neden. Şimdi, doğal olarak bildiğimiz gibi çehredeki her iz bir sabit eserdir, yani kalıcı eserdir. Hâkim bunu görüyor aslında, çehrede bir iz gördüğü için Adli Tıba soruyor: “Çehrede sabit eser midir?” diyor. Şimdi oradan başka bir yere geleceğim, tabii potpuri yapacağımı söylemişim, kusura bakmazsanız, diyor ki: “Bilirkişi, hukuki bir değerlendirme yapmamalı “diyoruz. Yapmayalım diyoruz bizde, farklı bir şey söylemiyoruz, biz hukuki bir değerlendirme yapmıyoruz, ama bakın, çehrede sabit eser, her iz sabit bir eserdir, ama Türk Ceza Kanununun 456/2 inci maddesi kapsamında çehrede sabit eser midir? Soru bu, bilirkişiye sorulan soru da bu. Tabii adli tıp yıllar içerisinde bir karara varmış, çehrede sabit eserin ne olabileceğini, “her iz çehrede sabit eser değildir” demiş adli tıp. Belirli normlarını koymuş, işte şu kadar mesafeden görülecek, ciltten daha kabarık olacak demiş, vesaire vesaire. Birtakım şeyler belirlemiş, bunlara göre de “çehrede sabit

eserdir” diyor, ama neye göre? Türk Ceza Kanununun 456/2 inci maddesi kapsamında çehrede sabit eserdir diyor. Bunun için hâkimin göndermesine gerek var mı acaba bilirkişiye? Hâkim eğer bunu görüyorsa, sabit eser diye düşünüyorsa, o zaman bize ya hiç göndermemeli ya da gönderirse, biz ancak bunun madde kapsamında çehrede sabit eser olduğu ya da bu madde kapsamında olmadığı şeklinde rapor düzenlemek zorundayız, başka çıkış yolumuz yok; çünkü, hâkim zaten bu izi görüyor.

Bir başka konu, tabii bu bilirkişi raporunun yargıyı bağlayıcı şeklinde oluşuyla ilgili ben hatırlıyorum 93 yılında bizim Ulusal Adli Tıp Günleri’imiz vardı, hatta bu sene de tekrar yapıldı, bir dönem bir ara verilmişti, 93 ve 95’de yapmıştık, sonra 6 sene kadar bir ara verildi, bu sene tekrar yapıldı. O zamanki bir konuşmada şimdiki Yargıtay Başkanımız Sayın Sami Selçuk’un bir sözü hiç aklımdan çıkmamıştı, -o zaman Ceza Dairesi Başkanıydı- uygulamada bilirkişiler hâkimleşiyor, -hâkimler noterleşiyor” demişti, aynen bu cümleyi kullanmıştı. Belki biraz abartılı mı bilmiyorum, ama uygulamaya baktığımız zaman belki hâkim zorunlu olarak mı acaba o hale geliyor? Sayın hocam açıkladı “bağlayıcılığı yoktur, yoktur, yoktur” diyoruz ama, nereye kadar yoktur? Sonuçta, karşımızda bir bilimsel, bir teknik bir görüş var, bunu tabii ki hâkim değerlendirir, ama bir şey bulursa tekrar gönderir, ama sonuçta bilirkişiler çelişirse ne olacak? Bir üçüncüye gidecek? O zaman sayısal üstünlük mü acaba galip gelecek, yani “iki bilirkişi böyle dedi, bir bilirkişi böyle dedi, o zaman ikinin tarafına uyalım” mı acaba sizce?

Bir başka konu, hep Adli Tıbbi konular, biraz tıptan söz ediyorum, biraz hukuktan. Çok rastladığımız davalar yaş dosyaları. Kişinin yaş tespiti, ya sanıktır, ya mağdurdur, ikisi de çok önemlidir. Tabii hukukta önemli yaşlar var biliyoruz, 11, 15, 18 gibi, hep hâkimin sorusu “15 yaşını bitirdi mi, bitirmede mi? Çünkü, ben cezâmı ona göre vereceğim” diyor, çok önemli, ceza

için yaş bir unsur. Ama, çok ilginçtir ki yaş tespiti de bu kadar kolay bir iş değil, maalesef değil. Kişi geliyor, radyolojik yaş tayini, yaptığımız yaş tayini, çekiyoruz grafilerini, bakıyoruz, “şu şu standartlara göre -çıkartılmış belli istatistiki şeyler var- şu yaştadır” diyoruz, ama bir de kişiyi muayeneye gönderiyorlar. Bakıyoruz ki radyolojik olarak 17 gibi görünen yaş, karşımızda 13-14 gibi bir yaş, fizyonomik görünüm. O zaman diyoruz ki, “bu normaldir, doğaldır, çünkü radyolojik yaşla, kemik yaşı bazen farklılıklar gösterebiliyor. Neyle farklılık gösteriyor? Bu kişinin beslenmesiyle, hormonal dengesiyle, hatta ekonomik durumuyla ilgili olarak değişiyor. Diyoruz ki: “Bu kişinin radyolojik yaşı şudur, ama fizyonomik görüntüsü de şu yaşa uymaktadır, bu farkın nedenleri de şunlar, şunlar şunlardır. Sonuçta bu yaşın takdiri mahkemeye aittir” diyoruz, mahkemeye gönderiyoruz raporumuzu. Hâkimden tekrar bir yazı, “gönderilen şu kurul raporu kanaat verici bulunmadığından, bu konunun tekrar Genel Kurulda görüşülerek, kesin yaşının tespiti”, ama Genel Kurulun gönderdiği rapor maalesef bir önceki rapordan farklı olmuyor. Sonuçta hâkim verecek kararı. Başka bilirkişiye gitmesi de bu işi değiştirmeyecek, çünkü maalesef bilirkişi raporu kesin değildir, bilirkişi raporu iki ucu açık rapordur, tartışılabilir, her zaman hâkimin kanaatine açıktır. Ama gerçekten hâkimin de kanaatini kullanmasının çok zor olduğu durumlar var. Bu, sonuçta bilimsel bir tespittir. Bunun dışında hâkimin bir de gördüğü bir şey var, o zaman gördüğüne karar verecek, işte vicdani kanaat bu herhalde diye düşünüyorum ben. Ben, resmi bilirkişi olduğum için hukuki yorum özellikle yapmamaya çalışıyorum.

Şimdi bir olay daha var, az önce sanıyorum Cumhurbaşkanlığı bahsetti, mahkemelerin gönderdiği müzakerelerden bir örnek okudu, bende çok var o örneklerden bize gelen. Diyor ki: Türk Ceza Kanununun 448-49-50-51-52 nci maddelerinden hangisine nümaş olduğu durumu şeklinde soru, epey örneklerimiz var.

Hâkim, bilirkişiye “olayı geniş düşünün, her açıdan düşünün, öyle bir rapor yazın” diyor. Yazıyoruz biz raporumuzu, ama ilginç bir şey ki, aslında bu müzekkerenin içinde bize sorulan bir şey daha var, bize, bilirkişiye kasıt soruluyor aslında. Bu maddeler arasındaki fark kasıt değil midir? Bu maddeleri birbirinden ayıran şey kasıttır ya da taammüttür ya da kasıt aşandır, ama sonuçta kasıt kavramıdır bize sorulan. Biz diyoruz ki, belirliyoruz ölüm nedenini, tespit edebiliyorsak ölüm sebebini söylüyoruz ya da ölümle olay arasında illiyet varsa, ondan söz ediyoruz ve sonra diyoruz ki “kasıt tayini tıbbi bir konu değildir” deyip, raporu bitiriyoruz. Tıbbi bir husus değildir çünkü, ama hâkim tekrar bazen gönderebiliyor, Genel Kuruldan tekrar tekrar istiyor, ama maalesef ki tekrar cevap vermiyoruz, kasıt tayini bize ait değildir, hâkimin tayinidir.

Bir başka konu illiyet kavramı, gene çok iyi hatırlıyorum, zamanında çok tartışıldı, 451, 452 nci maddeler için konuşuyorum- olayla ölüm arasında illiyeti kim kurar, hâkim mi kurar, bilirkişi mi kurar? Gene çok iyi hatırlıyorum 93 yılında Yargıtay üyeleriyle yaptığımız sempozyumda çok tartışıldı, inatla bilirkişinin illiyeti kurmayacağı söylendi, “illiyet size ait değildir, illiyeti hâkim kurar. Siz olayın ölüm nedenini söylersiniz, bitirirsiniz raporunuzu, illiyeti hâkim kurar” dendi, ama biz illiyeti kurmadığımız zaman maalesef o dosya tekrar tekrar geliyor, illiyeti kurmamız isteniyor bizden. İsteniyor, o zaman bizim raporun bağlayıcılığı olması isteniyor demektir bu. Yapmamaya çalışıyoruz, ama soru geliyor. Soru geldiği zaman da “cevaplandır mı, cevaplandırmayalım mı?” hususu ön plana çıkıyor. Birazdan o bu her soruyu cevaplandır mı, cevaplandırmayalım mı konusunu biraz daha açacağım

Bir husus daha var, bilirkişiye sorulmayan husus hakkında bilirkişi yanıt vermeli mi? Hiç konuşulmadı yanlış hatırlamıyorsam. Bir müzekkere, bir müessir fiil olayı, “kişinin

hayatını tehlikeye maruz kılıp kılmadığı, kaç gün mutlak istirahatine engel teşkil edeceği", müzekkere bu kadar, hâkim soruyor. Şimdi inceliyorsunuz, kişi karşınızda, raporlarına da bakıyorsunuz, iyi de bu kişinin bir de organı gitmiş, uzuv tatili var, ama hâkim sormamış, söyleyelim mi, söylemeyelim mi? Bize sorulmadı, bilirkişiye sorulmadı. Sorular iki tane, hayati tehlike, mutlak istirahat, söyleyelim mi, söylemeyelim mi? Bu konu da daha önce çok tartışıldı, ceza davalarında bunu mutlaka söylememiz gerektiği, ama hukuk davalarında ancak sorulara yanıt vermemizin doğru olacağı ifade edildi hukukçular tarafından. Biz, halen Adli Tıpta bu tartışmayı çok sık yapıyoruz, sadece sorulara mı cevap verelim, yoksa gördüğümüz bir olay var, sonuçta bu cezayı değiştirecek, yani hükmü etkileyecek bir şey bu, gözden kaçmış olabilir, belki taraflar da dikkat etmedi, bilemiyoruz, hâkim de gözden kaçırmış olabilir ama, sonuçta karşımızda gördüğümüz bir uzuv tatili var, yazalım mı yazmayalım mı? Ama, bazen yazdığımız için eleştiri aldığımız oldu, bunlarla da karşılaştık. Hâkim aynen bize "bu soruyu ben sormadım, neden cevap verdiniz"de dediler; bazen diyorum.

Çok sık karşılaştığımız bir konuya daha geçmek istiyorum: Grafoloji konusu, yani yazı, imza tetkiki çok sık karşılaştığımız bir husus. Şimdi orada bilirkişi çok tartışmalı, grafoloji konusunda kim bilirkişidir, kim değildir? Herkes grafoloji bilirkişisi olabiliyor, yani herkes grafolog olabiliyor, çünkü grafoloji uzmanı diye bir şey yok, grafolojiyi öğreten bir yer yok. Zaten grafoloji kelime anlamı olarak yanlış kullanılıyor, grafoloji yazıdan karakter tayinidir, yazının, imzanın kime ait olduğunu söylemek değildir. Ama maalesef grafolog, grafoloji uzmanı diye yazıyoruz. Bazen soruyorlar, bir soru, siz grafoloji uzmanı mısınız? Adli tıp uzmanıyım ben, grafoloji uzmanı mıyım? Yani, bu soruyu cevaplamak gerçekten çok zor. Kimdir grafoloji uzmanı, güzel sanatlardaki birisi midir, güzel sanatlardaki öğretim üyesi midir

acaba? Ama belki yarınki konuların içerisinde bilirkişiliğin kurumsallaştırılması konusunda belki bunlar daha çok açılacak, daha çok girmek istemiyorum, ama bu konu çok zor konulardan bir tanesi; grafoloji.

Bir konuya daha gireceğim. Şimdi, bazen ilerleyen teknolojiyle beraber bizim raporlarımız değişiyor. Onun için az önce de kullandım, “bilirkişi raporu iki ucu açık rapor” dedim, değişkenlik gösterebilir. Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesinde tespit edilmiş uyuşturucu maddeler var, “şu şu şu maddeler Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesinde değerlendirilir” diyor. Şimdi, teknoloji ilerledikçe hangi madde eroindir, hangi madde morfindir diye tespit edebiliyoruz, teknoloji ilerledi, şimdi “6 monoasetilmorfin” diye bir madde çıktı karşımıza bizim. Morfinden eroin elde edilmesi sırasında ortaya çıkan bir ara ürün, 6 monoasetilmorfin ya da kısa adıyla “6-MAM” diye yazıyoruz biz onu. Şimdi bu madde aslında eroinin asıl etkisini, yani uyuşturucu etkisini gösteren madde bu. Daha önce biz bunu bilmiyorduk, bulamıyorduk, neden? Teknolojimiz o kadar uygun değildi, sadece eroini tespit edebiliyorduk, ama şimdi teknoloji gelişti, o aletlerle o ara ürünü de tespit edebiliyoruz ve biz bunu yazıyoruz, diyoruz ki: “Şu kadar gramı 6-MAM’dır, şu kadarı bilmem nedir” diye yazıyoruz, mahkemeye gönderiyoruz, Yargıtaya gidiyor. Diyorlar ki: “Efendim, 6-MAM Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesi kapsamında mıdır, değil midir?” diye bize soru soruluyor. Biz de diyoruz ki: “Bu madde, eroinin asıl etkisini gösteren madde olduğu için Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesi içinde değerlendirilmelidir”, sorulduğu için söylüyoruz dikkat edin. Ama, diyorlar ki: “Kanun maddesinde bu maddeden söz edilmemiş, bunu alalım mı, almayalım mı?” Bunu da biz söyleyemiyoruz, biz sadece “öyle değerlendirmelidir” diyoruz ya da o zaman yasaların değişmesi lazım bugünkü teknolojiye göre diyoruz.

Az önce söyledim, gene değişkenlikten söz ettim, Adli Tıp Kurumu bazen birtakım kararlar alıyor, eskiden bir zamanlar içtihat kararı gibi bir laflar etmişti Adli Tıp Kurumu bu kararlara, ama sonradan hukukçular bize kızdılar, “ıçtihat kararı sadece ve sadece hukukçulara, Yargıtaya aittir, siz böyle bir laf etmeyin sakın”, bundan sonra bu laf değişti, biz “Adli Tıp Genel Kurul Kararı” demeye başladık.

şimdi ilginç bir örnek var tabii, Adli Tıp kabulüne göre bir dalak konusu, çok yıllarca tartışıldı, “dalak tatil miydi, zaaf mıydı?” diye. 1984 yılına kadar uzuv tatili demişler, sonra tekrar uzuv zaafına dönmüş Adli Tıp, 93 yılında tekrar tartışılmış, efendim dalağın yeni yeni fonksiyonları çünkü tıbben ispat edilmiş, birtakım fonksiyonları yeni yeni ortaya çıkmış ve tekrar bunun uzuv tatili olması gerektiği açıklanmış ve bunun üzerine bu konu yine tartışılmıştı o zaman, özellikle Yargıtay Başkanımızdan tekrar söz edeceğim, bize çok kızmıştı, “siz söylemeyeceksiniz uzuv tatili, uzuv zaafını, ama sizin suçunuz yok. Suç, hâkimlerde size “uzuv tatili mi, uzuv zaafı mı?” diye soruyorlar. Size sadece “organ mıdır?” diye soracaklar. “Organ” dersenez, zaten bakacaklar, organ ortada yoksa adı tatildir, organın bir kısmı duruyorsa fonksiyonu ne kadarsa ona göre zaaftır, fonksiyonunun ya da anatomik bütünlüğünün bir kısmını kaybetmişse o kadar zaaftır diyeceksiniz” demişti, ama biz “uzuv zaafı mıdır, uzuv tatili midir?” diye sorulunca ona cevap veriyoruz, ama dediğim gibi bizim bilgilerimizde de değişiklik olduğu için, bilirkişi raporu o yüzden kesin değildir diyorum, değişkenlik gösterebiliyor.

Bir başka konumuz, az önce yine bahsettim, ahlâki redayetle ilgili. şimdi Türk Ceza Kanununun 414 üncü maddesinde “her kim 15 yaşını bitirmemiş” diye başlıyor ve orada hukukçu hocalarıma bakarak söylüyorum, bir mefruz cebirin varlığı kabul edilir bildiğim kadarıyla ve kişi buna göre cezalandırılır. Ama, 414/2’de de ağırlaştırıcı kısım vardır. şimdi Yargıtay -tarihlerini

yanlış hatırlamıyorsam- 1937 yılına kadar sanıyorum 14 yaşında ırzına geçilmiş biriyle, 4 yaşında ırzına geçilmiş biri arasında bir fark kabul etmiyordu, ikisine de aynı şeyi uyguluyordu. 1945 yılında -kararların tarihlerini yanlış hatırlayabilirim- sanıyorum bunlar arasında bir fark olması gerektiği iddiasıyla, işte o zaman fiile mukavemet, ahlâki redayetle ilgili bir yaş, alt yaş sınırından bahsedilmeye başladı ve Adli Tıbbın o günkü kabulüyle bu yaş 7 yaş olarak kabul edildi. Yani, 7 yaşını doldurmamış bir çocuk fiile mukavemet edemez ruhsal yönden tabii bahsediyoruz ve ahlâki redayeti idrak edemez demişti. Daha sonra tabii tartışıldı, konuşuldu, adli psikiyatride birçok ilerlemeler oldu ve dendi ki: “7 yaş çok küçük bir yaştır, biz bunu yükseltmeliyiz” dedik ve 93 yılında da Adli Tıp Genel Kurulu bu yaşın 11 yaş olması gerektiği konusunda bir karar aldı, yani “11 yaş altındaki çocuklar redayeti idrak edemez, mukavemete muktedir olamaz” dendi, ama gene birçok eleştiri oldu, dendi ki o zaman: “Yaş unsuru, yaş hem cezai unsurdaki hem bir unsur, hem ağırlaştırıcı bir kavram olamaz, iki yerde kullanılmış olur yaş” denildi hukukçular tarafından. Çok doğru bir yorum, hukuki yoruma saygı gösteriyorum, ama biz de dedik ki: “Ama adli yönden çocuklar 11 yaşa kadar cinsel sapıklık devresi dediğimiz dönemleri yaşadıkları için, 11 yaşın bitimine kadar redayeti idrak etmeleri mümkün değildir” dedik, biz bunu söyleriz, ama yaşa karışmayız. Bize göre 11 yaşını doldurmamışların durumu 414/2’ye mümas olur, sonuçta maddeye çevirdiğinizde olayı. O zaman dediler ki, yani 414 üncü maddenin birinci fıkrası sadece 11 yaşın bitimiyle 15 yaş bitimi arasında uygulanabilir hale gelmiştir, yani yasa sanki ikinci bir elle böyle başka bir yasa konmuş bir hale getirilir diye bir yorum getirilmişti.

Efendim, ben bilirkişi raporunun bağlayıcılığı var mıdır, yok mudur diye sözümü bitirmek istemiyorum. Ben sadece olayları ortaya koyarak değerlendirmeyi size bırakıyorum, “sürçü lisan ettiysem affola” diyorum, teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

DOĞAN SOYASLAN- Teşekkür ederim Sayın Güzel. Süreye özellikle riayet ettiğiniz için ayrıca teşekkür ediyorum.

Sayın İnan söz sizde, buyurun.

Size 20 dakika verebilir miyim eski bir hocanız olarak. Sevgili Atilla benim yüksek lisanstan öğrencimdi.

ATILLA İNAN (Em. Sayıştay Uzman Denetçisi)- Bugün unutulmaz bir gün yaşamamın mutluluğunu tattım. Bana bu şansı verdiği için Barolar Birliği Başkanlığına ve Samsun Barosuna teşekkürlerimi sunuyorum.

Sayın dinleyiciler; yurdumuzda meslek birlikleri öncelikle sadece sorunları dile getirir, çözüm arayışları konusunda pek etkin olmazdı. Bugün, Barolar Birliğimizin ve Samsun Baromuzun, adaletimizin kanayan bir yarası sayılan bilirkişilik konusundaki bu etkinliği düzenlemesiyle, bir sorunu dile getirmekten öte, çözüm arayışı içinde olması dolayısıyla kutlamak isterim. Bu, sadece Barolar Birliğinin davranışı olarak görünmüyor yurdumuzda. Demokratikleşme süreci içinde başka meslek birliklerinin de benzer etkinlikler içerisinde olduğunu görüyoruz.

Benim Samsun'a ikinci gelişim, daha önce Belediyeler Birliği'nin düzenlediği bir etkinlik dolayısıyla Samsun'da bir eğitim çalışmasında katkıda bulunmuştum. TÜRMOB denilen meslek birliği de benzer şekilde bilirkişilik konusunda etkinlikler düzenlemektedir. Bugün bu toplantımıza katkıda bulunan Sayın Ejder Yılmaz hocamız, Doğan Soyaslan hocamız, Şükrü Salkaya üstadımız, Çetin Aşçıoğlu üstadımız, Şevket Apalak üstadımız çeşitli tarihlerde pek çok kez TÜRMOB'un düzenlediği bilirkişi eğitim seminerlerine katkıda bulunmuşlardır. Burada daha kaliteli bir çalışma düzenlendiğini görüyoruz, çünkü hukukla daha

yakından ilgili ve hedef kitlesi hukukçulara hitap eden bir konu olduğu için daha bilimsel bir çevrede mesele ele alınmış bulunmaktadır.

Konumuz, bilirkişi kararlarının bağlayıcılığı idi. Ben, bu konuda bir Temel fıkrasıyla konuya girmek istiyorum: Karadeniz’de balıkçılar bir balık tutmuşlar. Balığın dişi mi, erkek mi olduğu konusunda tartışıyorlarmış. Birisi “erkek”, diğeri “dişi” diyormuş, aralarında anlaşamıyorlarmış. Oradan birisi “Bunu niye Temel’e sormuyorsunuz?” demiş. “O bilir mi, balıktan anlar mı, balıkların cinsiyetinden falan” denilince, “anlamaz ama dediği dediktir” demiş.

Değerli arkadaşlarım, bilirkişi raporlarıyla hâkimin bağlı olmaması, Temel fıkrasında olduğu gibi karikatürize edebileceğimiz bir durum değildir. Hâkime verilen bu yetki, bilimsel doğruyu aramak için verilen bir yetkidir. Bilimsel doğruyu arama özgürlüğüdür ve bunun ilkeleri vardır, yöntemleri vardır. Kéyfi olarak hukuk devletinde kullanılması da mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay içtihatları bunu bilimsel doğruyu ve aklın gereği olarak bilimsel doğruyla bağlı olmak gereği konusunda hâkimi bağlayan içtihatlar geliştirmiştir. Ben bazı kararlar okumak istiyorum: Bilirkişinin oy ve düşüncesi hâkimi bağlamaz kuralı, hâkimin kendisini bilirkişi yerine koyarak karar vermesine olanak vermek anlamına gelmez. İkinci Hukuk Dairesinin 35/1989/4901 - 527, sayılı kararı. İki bilirkişi arasındaki çelişkinin aynı bilirkişiden ek rapor alınma yoluyla değil, üçüncü bir bilirkişi aracılığıyla giderilmesi gerekir. Dördüncü Hukuk Dairesinin bir başka kararı. Çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren uyuşmazlıkta, mahkemenin bilirkişi yerine geçerek kusur oranını tespit yoluna gitmesinde isabet yoktur. Bir başka karar: Hâkimin bilirkişinin düşüncelerine bağlı olmamasının amacı; yeterli görmediği rapor karşısında ya ek mütalaa almak veya yeni bir inceleme için bilirkişiye başvurmaktır. Onun için

hâkim kendisini bilirkişi yerine koyamaz. Bilirkişinin oy ve düşüncesi hâkimi bağlamaz kuralı, hâkimin kendisini bilirkişinin yerine koyarak, karar vermesine imkân vermek anlamına gelmez.

Değerli arkadaşlarım, sayın dinleyiciler; bilim çağında uzmanlığın gerektirdiği, bilimin gerektirdiği doğrularla bağlı olmayıp da, neyle bağlı olacağız? Hâkime verilen yetki keyfi kullanılacak bir yetki değildir, bilimsel doğrunun en iyi şekilde bulunması amacına yöneliktir.

Bilirkişilerin isminden de anlaşılabilceği gibi, bağımsız, tarafsız, uzman ve dürüst olması gerekir. Uzman olmak ve uzmanları seçmek konusunda hukukumuz büyük bir sorun yaşamaktadır. Uzmanları seçme konusunda hâkim kendi bilgi dağarcığıyla hareket etmek durumundadır. Kendi çevresi içerisinde tanıdığı kimseleri bilirkişi seçebilmektedir. Türkiye’de bir bilgi bankası kurulmamıştır, kimlerin hangi alanda uzman olduğunu belirleyen bir düzen oluşmamıştır. Kimlerin hangi alanda bilimsel çalışmalar yaptığı, ne kadar deneyimli olduğu raporlar halinde bir bilgi bankasında toplanıp, oradan hâkimin yararlanabilmesi olanağı sağlanmalıdır; bu zor bir iş değildir. Hiçbir ülkede bir hukuk genel kurulu gelip de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı vardır, mahkemelerin Adliye Yazı İşleri personelinden bilirkişi seçmemesi şeklinde bir karar versin. Maalesef bu tür olaylar yaşamaktayız. Ben, mübaşirle bilirkişilik yaptığım olayları tanıyorum. Tarafsızlık ve bağımsızlık konusu üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur. Bilirkişinin tarafsız olması nedeniyle aynı kurumda çalışan bir personelle ilgili sorunda, aynı kurumda çalışan bir başka bilirkişi seçilmemektedir. Bu, tarafsızlık açısından Yargıtayın koymuş olduğu bir başka sistemdir.

Bağımsızlık konusunda, bilirkişinin bağımsızlığı konusunda ben, hâkime karşı da bağımsız olması gerektiği kanısındayım.

Hâkim, bilirkişinin çalışma alanını, çerçevesini çizer, ama ona etki ve baskı yapamaz, yapmamalıdır. Dürüstlük konusunda bu kolayca olumlu yahut da olumsuz bir şekilde iddia edilebilecek bir konu değildir. Onun için, bilirkişi raporlarının denetlenebilir olması gerekir. Bilirkişi raporlarının denetlenebilir olması, gerekçelerinin gösterilmesi şartını yanında getirir. Maalesef bilirkişi raporlarımız fetva gibi hazırlanmaktadır. Gerekçe pek yaşanan, görülen bir olay değildir. Bilirkişi raporlarında uzmanların, uzmanlıklarının taraflarca denetimi yapılamamaktadır. Bir mübaşirin bilirkişi tayin edilmesine, tarafların avukatları dahi itiraz etmemektedirler. Ben bunu avukat arkadaşlarıma sorduğumda, “benim bu mahkemede başka davalarım olacak, hâkimle kötü olmayayım” diyorlar. Değerli arkadaşlarım, Türkiye’de mahkemelerde hâkimlerin çok büyük bir otoritesi vardır. Bu otorite demokratik boyutları aşmış durumdadır. Bu uzmanlık alanının denetlenememesi, bence bu sorunun örneklerinden biridir.

Çağdaş demokrasi katılımı gerektirir. Bu; yönetime katılma, yasamaya katılma, hatta yargılamaya katılma boyutlarında yaşanır. Aydınların yargılamaya katılması, bilirkişi olarak görev almaları, sorumluluk yüklenmeleriyle gerçekleşecektir ve yargılamanın kalitesini artıracaktır. Türkiye’de bilirkişilik çok eleştirilere, hatta bilirkişiler suçlanarak aydınlarımızın yargılamaya aktif katılımı engellenmektedir. Oysa, bunun özendirilmesi, teşvik edilmesi gerekir. Bu, batıda övülecek bir olaydır. En çok batıda jüri üyesi olmak ve mahkemelerde bilirkişi olmakla övünç duymaktadır İngiliz halkı. Fakat Türkiye’de bilirkişi olmak sanki bir suç gibi nitelendirilmektedir. Meydanı boş bırakmamak ve bilgili, dürüst, çalışkan, onurlu, sorumluluk duygusu taşıyan insanların bu demokratik katılımında özendirilmesi gerektiği kanısındayım. Ancak, bilirkişilerin denetimi konusunda bir boşluk vardır, bilirkişilerin sorumluluklarının belirlenmesi

konusunda bir boşluk vardır. Bu boşlukların doldurulması ve bilirkişilerin yetkileri yanında, sorumluluklarının da giderilecek bir şekilde düzenlenmesi gerektiği kanısındayım.

Akşamın bu geç vaktinde sizleri daha fazla yormamak için ben sözümü sınıf arkadaşım Ender kardeşime bırakıyorum.

DOĞAN SOYASLAN- Evet söz Ankara Barosu adına Sayın Ender Dedeoğaç'ın; buyurun.

Av.ENDER DEDEOĞAÇ (Ankara Barosu)- Hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

Öncelikle; özellikle okuldan gelen konuşmacıların bilirkişiyi tanımlarken doktrinden güç alarak hakime yardım eden yada hakimin yardımcısı diye tanımlamalarını, bir uygulamacı olarak kabul etmek istemiyorum. Çünkü, bilirkişi hakimin yardımcısı yada hakime yardım eden kişi değil, hakimin, somut olarak sorduğu soruya cevap veren kişidir. Bilirkişiyi hakimin yardımcısı yada yardım eden kişi diye tanımlamaya başladığımızda, bilirkişilerin hüküm fıkrası yazan raporlarını, evde ev işlerine yardım eden hanımın, evhanımının yerine geçmesi için yaptığı çabalarla eşdeğer görmemiz mümkündür. Bu sözlerimden hiçbir bilirkişi alınmasın, ben de bir bilirkişiyim, ben burada kendimi eleştirdim.

Şu ana kadar yapılan konuşmaları toplamaya kalkarsak, bilirkişi raporunun bağlayıcılığı özelliği açısından, her bir konuşmacının Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 286 ncı maddesinin emredici hüküm taşıdığını, bu nedenle bilirkişi raporunun hakimi bağlamadığını açık bir şekilde belirttiğini görürüz. Bu arada eski Adli Tıp Yasası için çıkartılmış 28.03.1972 günlü Anayasa Mahkemesi kararını hatırlamakta da yarar var. Bu kararda eski Adli Tıp Yasasında Adli Tıp Kurumu için, nihai bilirkişi olarak son rapor verecek merci denilmiş olması yüzünden, konu Anayasa Mahkemesi'ne gitmiş, Adli Tıp

Kurumunun son karar veren merci olması, raporunun tek başına bağlayıcı olmadığını gerektirmediğini Mahkemenin aydınlanıncaya kadar yeni rapor alabileceğini belirterek, Anayasa Mahkemesi de hakimin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığı yolunda hükmünü getirmiştir. Tüm konuşmacılar 286 ncı maddenin hem dünya hukuk normlarına hem de mevcut Anayasamıza uygun olduğunu söylediler. O halde biz bugün burada neyi tartışıyoruz? Bana göre biz burada yasamızda yada hukuk sistemimizde var olan bir hatayı değil, toplumsal yapımızda, uygulamalarımızda ve kararlarımızda oluşan bir hatayı tartışıyoruz. Üstelik bu hatanın tartışılmasında, zaman zaman da bilirkişiliğin bir kurum haline getirilmesini ve yasalarda bazı değişiklikler yapılarak çözüm aranmasını da telaffuz ediyoruz. Bunu söylerken 1981 tarihinde 275 nci maddeye yapılan ilaveyi hatırlamakta yarar var. Söz konusu ilave ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda hakimin hukuki konularda bilirkişiye gidemeyeceği hükmü getirilmiştir, ama bugün hala gidiliyor ve bu uygulama bugün hala tartışılıyor. O halde, bizim tartışmalarımızın temelinde yatan uygulama problemlerini çözebilmek için, bizim yasal değişikliklere ihtiyacımız olmadığını kabul edelim. Biz, yasal değişikliği bugüne kadar yaptığımız hataları toplumdan saklamak için “o hatalar bizim değildi, yasadan kaynaklanıyordu” diyebilmek için istiyoruz. Lütfen buna sığınmayalım, kendi problemlerimizi kendimiz çözmek zorunda olduğumuzu görelim.

İğneyi kendine batırıp, çuvaldızı başkasına batırmak bana daha uygun geliyor. Ben, avukat olarak bugüne kadar yazdığım ve okuduğum dilekçeleri irdelediğimde, baktığımda, dilekçelerin lisans eğitimi düzeyinde okutulan bilimsel araştırma yöntemleri diyebileceğimiz derslerin ana kurallarına bile uygun olmadığını görmekteyim. Maddi olaylarla, hukuksal bağlantıları açıkça yazmadığımı görmekteyim. Bir bilmece şeklinde dilekçe sunduğumu görmekteyim. Bilirkişi talep ederken de, sadece bir

cümleyle yetinmekteyim: “Bilirkişi incelemesi talep ediyorum.” Hangi konuda talep ediyorum, bilirkişiye hangi sorular soracak, bilirkişiden beklediğim soruların cevapları nelerdir? Bunu ben yazmıyorum, ben yazmıyorsam, hakim de soyut bir kararla bu dosyayı bilirkişiye havale ediyorsa, bilirkişi de soyut bir şekilde kendini evin hanımı yerine koyup, rapor yazıyorsa, kabahat kimin? Olayın karşı tarafı olarak davanın diğer tarafının böyle soyut bir bilirkişi isteminde kalkıp, bu delilin niteliğinin ne olduğunun belirtilmesini hakim aracılığıyla talep etmiyorsam, karşı taraf bunu somut bir şekilde nitelendirmediği takdirde, hakimden bu delilin değerlendirme dışında bırakmasını istemiyorsam yada bilirkişiyi oturuma davet edip, yazdığını oturumda tartışmıyorsam, bu yükü ben kendi üstümde görmüyorsam, benim bilirkişiyi yada yargıcı suçlamaya ne hakkım var diye kendi kendime sordum.

Peki, olayı bir başka cepheden de değerlendirmek lazım. Ben, bütün bunları yapmadığım gibi bu yanlış uygulamanın temelini oluşturan Yargıtay kararlarını da hiçbir şekilde eleştirip, onları sergilemedim. Onların hatalarını bilimsel düzeyde yüzlerine vurmadım. O zaman, ben nasıl kalkıp da Yargıtaya “sen hukuki konuda mütalaa almak için iki teknik bilirkişinin yanına hukuk bilirkişisi ilave ettiriyorsun, bu yasaya aykırıdır” diyebilirim. Bunu diyebilmek için onların kararlarını tek tek bilimsel platformda eleştirip, yanlışlarını kendilerine göstermem lazım, bu benim mesleki görevim, mesleki borcum. Peki Yargıtay bu konuda bana yardımcı mı? Hayır. Yargıtaydan herhangi bir karar almak kadıdan kız almaktan daha zor. Vermemek için direniyorlar, örnek karar toplamamız son derece güç. Onlar bu kapalılığı uyguladığı müddetçe, uygulamalarını eleştiremediğimiz müddetçe, bizim de bu hataları giderebilecek şansımız yok.

Konuşmacıların bir kısmı hakim arkadaşların kendi bilgileriyle çözebilecekleri şeyleri çözmeleri gerektiğini söyledi,

birtakım konuşmacı arkadaşlar da, hakim arkadaşların imkanlarının olmadığı belirttiler. Doğru, imkanları yok, bunu kabul etmek zorundayız. Patnos'taki bir hakimden bilimsel dergileri, kararları bulmasını beklememiz mümkün değil. Ona bu konuda bir başka çözümü, bir başka faydayı örnek kararlarla desteklenmiş, doktriner bilgilerle yüklü, usul kurallarına uygun dilekçelerle biz sağlayacağız.

Hakim, bu işi bilirkişiye havale ederken birtakım avantajlar da elde ediyor. Dosyanın kararını, kaleme yazdırma şansını elde ediyor. Bu dosyanın kendisine yükleyeceği vicdanı sorumluluğu bir başkasına yıkma şansını elde ediyor. Bunları da ortadan kaldırmak lazım, ama beraberce ve birbirimizi eleştirerek, doğru yola sevk ederek ortadan kaldırmamız lazım. Unutulmaması gereken bir olay da, burada Türk toplumunun kendi yapısıdır. Türk toplumu yargıyı peygamber minderine oturtmuştur. O yüzden bugüne kadar sesi çıkmıyor, ama gene Anadolu'nun bir lafıyla "güneş çarığı, çarık ayağı sıkar". Biz, yanlış uygulamamızda onların haklarını elinden alıyoruz, yargıya olan saygılarını ellerinden alıyoruz. Bu yüzden çarığı, çarık ayağı sıkacak ve bir gün toplum bizi bir köşeye sıkıştıracaktır, o zaman çözümsüz kalacağız. Bu yüzden bugünden çözüm aramayı öneriyorum.

Saygılarımla efendim.

DOĞAN SOYASLAN- Teşekkür ederim Sayın Dedeabağ.

Şimdi tartışmalar bölümüne geçiyoruz. Sorular teknik olsun lütfen, fazla uzun olmasın, görüyorum ki yorulduunuz. Buyurun Sayın Aşçıoğlu.

TARTIŞMALAR

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Doğan Bey'e iki sorum olacak. Mesela, bir tanesi; suçun unsurlarının oluşup, oluşmadığı, "rüşvet mi, yiyicilik mi, yoksa hırsızlık mı, gasp mı?" şeklinde bilirkişiye başvurulabilir mi?

Bir de ikincisi farik mümeyyiz, yani ayırtım ceza hukuku açısından, bunun belirlenmesi bilirkişi işi midir? Bilirkişiye gidilecekse hangi kapsamda gidilir?

DOĞAN SOYASLAN- Teşekkür ederim. Hemen yanıtlayayım. Suçun unsurları konusunda kesinlikle gidilmez. Hele zimmet mi, ihtilas mı, irtikap mı belli. Bunu, hukukçu, yargıç veya mahkeme bilmek zorundadır. Ancak, epeyce tartışıldı, ben fikrimi söyleyeyim, mesele şurada düğümleniyor, teknik ve ihtisası gerektiren husus nedir? Bazı hâkimler diyor ki: "Bu o kadar detay işi ki, ben bunu bilemem" diyor, özellikle siyasi davalarda. Geçmişte bir gün beni Ankara Savcılığı'ndan çağırdılar, Avrupa'dan iki kişi gelmiş, gözaltına alınmış vesaire, "hoca şunda propaganda var mı, ne var ideolojik suç" dediler. Belki savcı beyler de bilir. Yalnız 950'lerden bugüne hocalar siyasi konularda özellikle bilirkişilik yaptılar. Belki yargının da o konuda bilirkişiye ihtiyacı vardı diye düşünüyorum. Ben Avrupa'dan yeni gelmiştim, bir bilirkişilik -İzmir'deyim o zaman- "efendim, zengin fakiri sömürüyor" demiş, 141 veya 142'den dava açılmış propagandalık. Sırf bu yüzden, herhalde fail lehine yazdım, öyle gitti. Türkiye bugünleri yaşadı. Bu açıdan hocalar batı hukukunu biliyor, daha

açıklar, belki yargıçlar o kadar bilmiyor, bunu da kınamıyorum, bu bizim yapımızın gereği. Bu nedenle hukuki bilirkişiliği yadırgamıyorum. Bir anımı da söyleyeyim; bir dosya gelmiş, - bizim Ankara Hukuktaydım o zaman- dosyaya bir defa bakmışız, o kadar ince ki “suç var” demişiz, bir vesile ile o dosya tekrar gelmiş. Neredeyse “suç yok” diyorduk, o kadar ince, kıl payı bir durum. Yargıç da demek ki işin içinden çıkamamış, bizden yardım istemiş diye düşünüyorum.

Elimizde bir dosya var, olay şu: Trabzon’un köyünde oluyor, bir anne sobayı yakıyor, bahçeye iniyor, bu anne sağır, dilsiz, sobadan muhtemelen ateş düşüyor, ev ve üç çocuk yanıyor. Şimdi besbelli ki hukuki bir konu, keşke yargıç buna karar verse, ama bilirkişilere soruyor. Şimdi tasarıda bir hüküm kondu, mağdur olan, yani teknik anlamda mağduriyet değil bu, yanlış anlamayın, mağdur olan suçun faili ise, cezasızlık sebebi veya cezadan indirim nedeni, batı hukukundan esinlendik, birkaç ülkede var. Görüyorum ki yargıçlar bu konuda yardım istiyor. Teknik bir konu olduğu açık. Bunu da herhalde hiçbir zaman kapatamayız. Farik mümeyyiz meselesi bunda da haklısınız, aslında yargıç bunu çözebilir, madem ki bilirkişilerin bilirkişisi. Fakat, Türkiye’de ben bu işin -Sadullah Bey üzülmesin- biraz el yordamıyla yapıldığı kanaatindeyim. Size bu çocuklar geliyor mu Adli Tıbbı? Kaçta kaç geliyor? Efendim, ben 11 ay kadar Cumhuriyet savcılığı da yaptım, bir gün tabibe dedim ki: “Kardeşim, neye göre farik mümeyyizliği ölçüyorsunuz?” dedim. “Baban ne yapıyor vesaire sorular soruyoruz. Eğer çocuk, kendini kanıtlama saikiyle cevap veriyorsa, yani cin gibiyse, ona göre ölçüyoruz” dedi tabip bey bana yani bu çocuk farik mümeyyiz sayılıyor. Bence psikolojik teste falan ihtiyaç var, bu da yargıcın işi değil, dolayısıyla bilirkişiye gidebilir bu konuda. Kesinlikle derinliğine psikolojik teste, psikiyatrik teste ihtiyaç var bu konuda, bu konuda gidebilir,

ama birinci konuda gidemez. Fikrimi söyledim hukuki bilirkişilik konusunda da.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Teşekkür ederim Doğan Bey. Ben bunu özellikle sordum; sabahki bildirimde de söylemiştim ve bunu tekrar tekrar (bilirkişilik konusu) söylüyorum. Örneğin, medeni hukuk açısından özel borç ilişkilerinde kişinin bu işlemi, hukuksal işlemi yaparken ayırtım gücüne, temyiz gücüne sahip olup olmadığını belirlemek tamamen yargıcın işi. Bilimsel eserlerde böyle yazıyor, İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu yönde. Onun için sizden ayrıca ceza hukuku açısından da bilgi istedim. Aydınlatığımız için teşekkür ederim.

DOĞAN SOYASLAN- Benim kanaatim o efendim.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sağ olun efendim.

Şimdi Ömer Ulukapı Beyefendiye bir sorum var. Bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş ise, kazanılmış hak oluşur mu? Bu, biliyorsunuz tartışılan bir konu. Bir de acaba karşılaştırmalı hukuk açısından incelediler mi bilmiyorum, yalnız benim aklımda öyle bir şey kalmış, bazı ülkelerde ikinci bilirkişiden başka bilirkişiye gidilemez, yani üçüncü bilirkişiye gidilemez diye bir kural da olacak.

Teşekkür ederim.

ÖMER ULUKAPI- Teşekkür ederim. Vaktimizin sınırlı olması sebebiyle/ben, bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi, bu bir kazanılmış hak oluşturur mu, oluşturmaz mı konusunu tebliğimde işledim, ama vaktimiz olmayınca ben onu dile getirmediğim. Ama, şunu belirteyim, bu konuda Yargıtayın çeşitli kararları var. Kazanılmış hak oluşturacağına ilişkin kanı hâkim. Kanımca eğer süresinde itiraz edilmemişse ve hâkim de o objektif vakayı değerlendirebilmişse kazanılmış hak oluşturabilmeli. Fakat tabii bu, bilirkişi raporuna süresinde itiraz edilmemiş olması halinde, taraflar açısından. Yoksa, hâkim açısından bu bağlayıcı bir süre

değil. Her zaman için hâkim bilirkişi raporuna karşı tekrar bir bilirkişi incelemesi kararı verebilir.

Sorunuzun ikinci meselesine gelince, diğer yabancı hukuklarda böyle bir düzenleme, benim tespit edebildiğim kadarıyla Alman hukukunda, Fransız hukukunda ve İsviçre hukukunda ikiden fazla bilirkişiye başvurulamaz diye bir hüküm yok. Yani, gerekirse üçüncü, dördüncü kez bilirkişi raporu isteyebilir, ama son zamanlarda -demin tebliğimde de dile getirdim- Alman ve Fransız Hukukunda bilirkişinin hareket alanı sınırları tespitinde bir sınırlamaya gidildiği ve sınırlamaya gidilmesi yönünde eğilimler mevcut. Özellikle Alman Yüksek Yargıtayının bu konuda birtakım kararları var. Ben, yine vaktim sınırlı olduğu için onlara değinme fırsatı bulamadım. Bu çerçevede Kara Avrupa'sı Hukukunda da bir sınırlamaya gidiliyor.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Teşekkür ederim.

ÖMER ULUKAPI- Ben teşekkür ederim.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Şimdi doktor arkadaşımız Sayın Güzel Beyin konuşmalarından birtakım tamamlamalar yapmak istiyorum. Sorulmayan sorulara yanıt verilir mi? Bizde pek bu tartışılmıyor. İşte siz bilirkişiler zorda kaldığımız için bunları tartışıyorsunuz. Ben o görüşteyim ki "sorulmayan kendi uzmanlık alanınızla ilgili teknik bir sorunsa, özel bir bilgiyi gerektiriyorsa, yanıt vermede hukuk yargılaması açısından da hiçbir sakıncası yoktur."

İllyet bağına değindiniz, hakikaten doğru. Şimdi illiyet bağı Adli Tıpla 1. Ceza Dairesi arasında tartışıldı biliyorsunuz. Biz de o zaman bu konuyu hukuk açısından inceliyorduk. Efendim, illiyet bağı tamamen hukuki bir kavram. Bakın, hukuk bilimi, özel hukuk bilimi, medeni hukuk illiyet bağını tanımlamış. Çok yalın olarak aklımda kalanı nakledeceğim: "Bir olay, diğer bir olayın meydana gelmesini önemli ölçüde kolaylaştırmış ise, bir olay ile

diğer olay arasında illiyet bağı vardır". Ama, bu tanım tamamen özel hukuk açısından bir tanımdır. Ceza hukukuyla idare hukuku arasında tam bir tanıma, yani çok da araştırdım diyemem, herhalde rastlayamadım, ama en yakın Ceza hukukunda Doğan Bey herhalde onu anlatsın, ben fazla girmemeyim, ama özel hukuk açısından bu. Bu, sizin bilirkişilik iş değil bir defa, yargıç bunu tanımlayacak.

Şimdi şizofreni vakasına değinmek istiyorum. Konuyu temyiz kudreti açısından incelediğim. Bu konuda Federal Mahkemesi'nin bir kararı varBildirimim, basım sırasında, ekinde sunacağım. Tabii bu şizofreni olayı, akli melekelerin zaman zaman berraklaştığı, durulaştığı, karardığı böyle oluyor, yani her şizofreni olayında -özel hukuk açısından bilhassa- "bu şizofrenidir, öyleyse temyiz hukukiyetine sahip değildir" denilemiyor. O, kişinin o andaki davranışları çok önemli, ama Ceza hukuku açısından çok fazla bir şey söyleyecek değilim.

Bir de iki seçenekli raporlarda ne yapacak yargıç? Tabiatıyla eğer olguların değerlendirilmesini bilirkişi yapıyorsa -ki, yapabilir- her zaman kesin sonuçlar, kesin değer yargıları ortaya koymak mümkün değil. Yani, sabahtan bir örnek vermişim, tam tamamını anlatamadım. Bu İstanbul'daki Kapalıçarşı'daki patlama olayı, tüpgazdan mıdır, bombadan mı, olmuştur. İşte burada seçenekli bir durum olaya çıkabilir. Bilim, bir noktaya gelir, "biz bunu kesin olarak tespit edemedik" diyebilir, böyle olaylar olabilir. Bu durumda yargıcın değer biçme hakkını kullanarak sorunu çözmelidir; görev onundur. Yargıç özel hukukta iki seçenekten birini yeğleyecektir.

Bir de sabit eser konusunu dile getirdiniz, yanılmıyorsam "yargıç bunu görüyor, niye bilirkişiye gidiyor?" dediniz. Gerçekten çarpıcı ve ilginç bir soru, yani Adli Tıpta bilirkişilik yapan bir arkadaşın bu konuda tespiti çok önemli. Burada

yargıcın yapabileceği işlem, bilirkişiye sorabileceği olsa olsa “sabit eseri tıp bilimi nasıl tanımlamıştır? Sizden tecrübe kurallarıyla ilgili bilgi almak, belki bunu isteyebilir, bunun ötesine çıkmaması gerekir diyorum.

Teşekkür ederim efendim.

DOĞAN SOYASLAN- Sayın Aşçıoğlu'nun bana soruları var. İstenmeyen konu hakkında cevap meselesine değineyim: Adli tıbbı değineyim. Dedim ki: Bizim sistemin mantığı gereği, tahkik sistemi dedim, en azından ön soruşturma için, hâkimin yardımcısı fonksiyonunu görüyor bilirkişi dedim, o egemenlikli. Ayrıca, bilirkişinin verdiği raporun bağlamamasının mantığı da o. Madem ki bilirkişi hâkimin yardımcısı, niçin amirine demesin “yahu, bak bunda uzuv tatili de var, uzuv zaafı da var” niçin demesin. Ben burada şunu anladım; bir kurumun kaynağının konuş nedenini, felsefesini biliyorsanız, kapsayacağı alanı da biliyorsunuz, nereye kadar gider?

5 sene evvel İtalya'daydım, birisi bir laf etti, ya dedim ki: “Usulü teknik” dedim, o da itiraz etti bana, “yok usulde teknik değil sadece” falan dedi, bir ceza hukukçusuydu, haklıymış. Bu münasebetle bunu da anladım, bu tebliğ münasebetiyle, o ceza hukukçusunun dediği şeyin doğru olduğunu anladım. Gereğemi söyledim, ama özel hukukta bence diyemez. Niye? Özel hukuk, tarafların katkısıyla yürütülen hâkimin vicdanına aykırı karar verdiği bir hukuktur. İtirazı olan varsa söylesin, size izah edeyim. Geçen gün bana birisi geldi, dedi ki: “Adamı dost bildik, senedim vardı, senedin karşılığını ödedim, almadım senedi, şimdi icraya vermiş, yine veriyorum” dedi. Şimdi bu senetle mahkemeye gelse, özel hukukçular ne yapacaksınız? Adam diyelim bir öğretim üyesi karşınızda borçlu. Biliyorsunuz ki bu adam namuslu, hiçbir şey yapmamış, parası da var, ödemiş, ama o. Hiçbir şey yapamazsınız, yargıcı bağlar, ama ceza hukukunda basabilirsiniz beraati

inanmıyorsanız, demek istediğim o. Onun için bence özel hukukta cevap vermemeli sormuyor ise.

Şimdi illiyet meselesine geleyim. Ben, birisinin malını çaldım, adamın malı eksildi. Benim fiilimin sonucu bitti, burada yargıcın soracağı bir şey yok, ama üç kişi bir olduk. Ben darbeyi kafasına vurdum, öbürü sırtına vurdu, öbürü de kalbe vurdu. Tabibe soruyoruz: “Ölüm sebebi hangisi?” sırtına vuran müessir fiilden yargılanacak, kastın aşılması değilse tabii, ama “ölüm sebebi kalbe indirilen darbe” dersiniz, bunları hâkim nereden bilecek, bilemez. Keza zehirlenmelerde, karbondioksitle zehirlemelerde, bunu tabii ki bilirkişi bilecek, mecburuz, illiyet rabitasını da o tespit edecek. O kadar çok ihtiyacımız var ki size.

SADULLAH GÜZEL- Sayın Aşçıoğlu'na şizofreniyle ilgili yanlış anlaşılmasın diye söyleyeyim, şizofreni gerek hukuki, gerek cezai açıdan şizofreni hastalığının tespit edildiği her durumda kişinin cezai ve hukuki ehliyeti yoktur, yani şizofreni için konuşuyor isek tabii.

DOĞAN SOYLASLAN- Sayın Karayalçın hocam buyurunuz. Sayın Aşçıoğlu, daha sonra size söz vereyim.

YAŞAR KARAYALÇIN- Ben sual sormayacağım ve sadece sayın meslektaşlarımın bilgisine Türkiye’de devlet hayatını ve ceza hukukunu çok yakından ilgilendiren benzer bir tartışmanın başladığını belirtmek istiyorum. O da müfettiş raporları bağlayıcı mıdır, ilgili idareyi, ondan sonra savcılığı, ondan sonra mahkemeleri bağlayıcı mıdır? Belki takip etmek imkânı bulamamışlardır, Dünya Gazetesi’nde Ali İhsan Karacan Beyin üç tane makalesi yayınlandı. Özellikle bu hususu belirtmek istiyorum ve Türk bürokrasisi zannediyorum müfettişler raporu dolayısıyla çok ağır yaralar almıştır ve verilen kararlar dolayısıyla bunu belirtmekle yetinmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

DOĞAN SOYASLAN- Hocam, aslında o konu bir sempozyum konusu. Bence olmaz, yargılama birliği ilkesine aykırı, yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı. Müfettiş dediğiniz kim? Yanlış anlamayın, kimseyi küçümsemiyorum. Amirine bağlı bir idari kurum, çoğu zaman bunun hukuk bilgisi yok, hukuk formasyonu yok, olsa bile bir bürokratin emrinde. Sakatlık buradan çıkıyor sayın hocam, kesinlikle buradan çıkıyor. Benim de içim yaralı, bazen bilirkişilik geliyor bizlere. Bakınız, falanca bakanın döneminde verilen müfettişlik raporu öyle. Niye? O bakan, o bürokratin oradan gitmesini istedi de ondan. Bu bakanın döneminde böyle. Böyle adalet olmaz ki. Ben, Memurin Muhakematını tekrar değiştirir, savcılara, hâkimlere veririm yetkiyi. Niye dersenez, yüzde 90 bağımsızlığınız var da ondan, tam bağımsız değilsiniz de ondan. Rahatsız oldular, bir kurumun üstüne gidilince. Ne yapalım, gülü seven dikenine katlanır. O zaman adamlarınızı koruyorsunuz, kolluyorsunuz. Asıl sorumlu parlamentodur bence.

Neyse, burada bir soru soran vardı. Buyurun.

Av. HASAN ÇAVUŞOĞLU (Trabzon Barosu)- Hepinize iyi akşamlar diliyorum. Sayın hocam, bu sebep sonuç ilişkisi konusunda, illiyet bağı konusunda hani hukukçu mu, yargıç mı değerlendirecek, tıp mı değerlendirecek konusunda bir somut örnek vererek yanıt almak istiyorum. Yaşlı bir kişi kolon CA hastası, trafik kazası geçiriyor, bacakları kırılıyor ve uzun süre - yanılmıyorsam 3 aydan fazla yatıyor- ortopedi servisinden taburcu ediliyor, yani trafik kazası arazları bir nevi geçiyor, ondan sonra ölüyor ve ölüm sebebi damarlardaki kan sirkülasyonunun azalması. Raporda da şöyle deniliyor: "Sağlam bir adam bile uzun süre yatarsa bu sirkülasyon azalır". Şimdi buradaki sanığın durumu, yaralama mıdır, öldürme midir? Bunu kim saptayacak, doktor mu, hâkim mi?

Saygılar sunuyorum.

DOĞAN SOYASLAN- Tabii ki doktorlar saptayacak, ölüm sebebini doktorlardan hâkim soracak; tıp saptayacak, besbelli.

SADULLAH GÜZEL- Efendim, bu söylediğiniz olayda otopsi uygulanmış mı?

HASAN ÇAVUŞOĞLU- Hastaneden rapor gelmiş, otopsi yok, ölüm sebebi kan sirkülasyonunun durması.

SADULLAH GÜZEL- Efendim, bu ölüm sebebini kim tespit etmiş? Tabii ki bir hekim arkadaşımız tespit etmiş ama, böyle bir olguda ölüm sebebini otopsi yapmadan tespit etmek mümkün değildir. Bizim karşılaştığımız en büyük sorunlardan birisi de budur. Otopsi yapılmamış, bize gelen soru bu: “Madde 1: Kesin ölüm nedeni, Madde 2: Trafik kazasıyla ölüm arasında illiyet var mıdır?” Kesin ölüm nedenini tespit edemediğim bir olguda ben illiyeti nasıl kurabilirim?

HASAN ÇAVUŞOĞLU- Adli sonuç lazım, ölüm sebebi kolon CA.

SADULLAH GÜZEL- Yani, zorunluluktan verilmiş bir rapor ama, maalesef.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Sayın Güzel’in biraz evvel bu şizofreni hastalığıyla ilgili olarak açıkladığı duruma bir açıklama getirmek istiyorum. Ceza hukuku açısından hiçbir şey söyleyemem, araştırmış da değilim, zaten uzmanlık alanım da değil, ama özel hukuk açısından yargıcın değerlendireceği bir durum söz konusu. Çünkü, tıp açısından akıl hastalığıyla, hukuk açısından akıl hastalığı aynı değil. Tıp açısından akıl hastalığı çok daha geniş kavram, ama hukuk açısından, özel hukuk açısından daha dar kavram. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararı var, bütün hukukçulara okumalarını tavsiye ederim. Özellikle bu

benim bildirimim arkasına ek olarak da vereceğim, ondan yararlanabilirsiniz.

Trabzon Barosu avukatı arkadaşımız bu illiyet bağıyla ilgili, avukat arkadaşları ve varsa yargıç arkadaşları aydınlatmak için, özellikle doktor arkadaşımız da var, bir örnek vermek istiyorum. Şöyle ki: -bu olmuş bir olaydan aynen naklediyorum- “Bir çocuk, babasıyla giderken koşar, ağzı açık bir kuyuya düşer; baba da çocuğu kurtarmak için bu kuyuya atlar, fakat atlarken başını taşa vurur, adam ölür; çocuğu kurtarırlar. Şimdi kuyu sahibini ceza mahkemesinde tedbirsizlik, dikkatsizlikten yargılanır ve beraat kararı verilir. Bana göre de doğrudur, ceza hukukunun değerlendirmesi. özel hukukta -bize geldi sorun- biraz evvelki konuşmamda naklettiğim illiyet bağının tanımından yola çıkarak, yani bir olay diğer bir olayın meydana gelmesini önemli ölçüde kolaylaştırmışsa, işte illiyet bağı vardır diye o kuyu sahibini, babanın ölümünden dolayı tazminatla sorumlu tuttuk. Bu da özel hukuk ve Ceza hukuku açısından hukukta ayrı değerlendirmelerin illiyet bağında ve de kusurda olabileceğini gösteriyor.

Teşekkür ederim efendim.

DOĞAN SOYASLAN- Söz isteyen var mı? Peki, buyurun.

SALONDAN- Söylediğiniz bir konuyla ilgili olarak çeki belki aslında ödemiştir, hâkimin, hukuki bazı konularda bilirkişiye gidemeyeceği açık, ama konuyu da çok iyi biliyor olabilir. Bu konuda kendi teknik bilgisine başvurabilir mi?

DOĞAN SOYASLAN- Bence başvuramaz. Tamam, anlatayım, somut bir misal vereyim: Ben, Polis Akademesine uzun yıllar derse gittim. Komiser olan öğrenci, hukuku bitiriyor, hâkim oluyor, böyle var. Diyelim ki bu çocuk narkotikte çalıştı, uyuşturuculardan anlıyor. Yargıç önüne geldi, bence o bilgisine dayanarak orada hüküm veremez. Niye? Tartışılmaz o.

İkincisi, objektiflik diye bir olgu var, hükmü verenin dışında objektif bir vakanın gerçekleşmesi ki, bu vakayı da bilirkişi gerçekleştirir. Der ki bir üçüncü şahıs, hükmü verenden ayrı bir şahıs, bir teyittir bunun anlamı aynı zamanda. Objektif olarak der ki: “Bu uyuşturucu”. Hem tartışmayı açan, hem hükmü veren ile obje arasındaki subjektif ilişki yok olur. Tanıklığın kabul edilmeyiş nedenlerinden birisi buradadır, bence kullanamaz.

SALONDAN- Ben de zaten bunu biliyorum, yani hâkim kendi kişisel ve teknik bilgisine dayanamaz. Ancak siz, hani orada “beraati basar” dediniz ya, onu önceden tanıyordu, biliyordu. O zaman burada kendi kişisel bilgisine başvurmuş oluyor.

DOĞAN SOYASLAN- Önceden tanınması şart değil, intiba veriyor. Ben bir trafik kazası işledim, istinabe yoluyla beni sanık sıfatıyla dinlediler, kazayı yaptım. Hâkim beni hiç görmedi ama, gıyabıma tecil etti, para cezası verdi vesaire. Ama, ilk defa hayatında suç işlemiş, adli sicili temiz bir adam. Bu, bunun sübjektif inancı yargıcın, beni görmedi, ama inandı, bu adam öğretim üyesi, şudur şudur. Burada teknik bir bilgi falan kullanmış değil, takdirini kullanmıştır, vicdanı ona kanaat getirmiştir, bir daha bu adam suç işlemeyecektir diye, yani o da onun benzeri. Bu adam, bu senedi ödemiştir, parası var, geçmişinde bir şey olmadı, gelecekte de olacak gibi değil. Duruşmaya girdi terbiye kuralları içinde. Bilirsiniz, bazıları ukalalık yapar yargıcın karşısında, kabadayılık yapar falan. Şu adamın bırakacağı intiba ile öbürününki bir mi? Değil.

Buyurun bir de siz varsınız.

Av. AHMET DOĞAN (Samsun Barosu)- Sempozyumların amacının bilimsel düzeyde tatbikata ve tatbikatçıya yol göstermek olduğu inancındayım. Bu bağlamda bilirkişi raporunun hâkimi bağlayıcı olup olmaması bağlamında bir hususu dile getirmek istiyorum. Bilirkişi raporu, madem bilirkişiye hâkim gerek

duymuştur, bilirkişi raporu açık, net ve bilimsel verileri de ekinde barındıran bir rapor olmalıdır, hâkime kanaat verici olmalıdır, tarafları ikna edici olmalıdır. Bu bağlamda Türkiye’de -Sayın Atilla İnan’ın da belirttiği gibi- bir bilgi bankasından yoksunuz. Bilirkişi seçiminde ve bilirkişinin ihtisas konusunun saptanmasında ve bilirkişinin bilirkişilik yapacağı konudaki resmi, özel, bilimsel tüm verilerin saptanmasında böyle bir bilgi bankasından yoksunuz. Örneğin, Avrupa Birliğine geçiş sürecinde en çok tartışılan konulardan birisi Kamulaştırma Yasası. Kamulaştırma Yasasının değiştirilmesindeki amil, kamulaştırmada artırım davalarında verilen kararların, saptanan değerlerin, devlet nezdinde, vatandaş lehine, ama tümüyle devlet aleyhinde olduğundan bahisle ona bu düzenlemenin getirildiği, bunun Avrupa Birliği’ne geçiş sürecinde bir tepki sonucu yapılan bir yasa olduğu hepimizin malumu. Ziya Gökalp Mülayim hocamızın “Bilirkişilik” adını taşıyan kitabından başka, bir araziye kıymet takdirinde izlenecek yöntemin ne olduğu konusunda yazılmış bugüne kadar hiçbir eser yoktur.

Diğer taraftan bir arsanın değerinin ve kıymetinin saptanmasında da emsal mukayese, emsal tapu kayıtlarının mukayesesi suretiyle sonuca varılmasından başka hiçbir yöntem olmadığı da malumunuzdur. Ancak, Türkiye’de tapudaki alım satımlarda vergiden kaçınmak için düşük değer gösterildiği de bir vaka. Hiç kimse gerçek değerini göstermiyor ve tapudan emsal araştırması yapmak, emsal bulmak, ondan sonra iğneyle kuyu kazmak gibi bir şey. Eğer emsal bulursanız, arazinin gerçek değerini saptamak için tüm doneleri elde etmişsiniz demektir. O halde, Türkiye’de bilirkişilik kurumu tartışılırken ve bilirkişinin eline verilecek olan malzemelerin, yani resmi verilerin, bilgi bankalarının acilen kurulması gerektiği inancındayım. Bu yapılmadığı müddetçe, verilen bilirkişi raporları ne hâkime kanaat

verici düzeyde olacaktır, ne onun tarafları yeterince bilirkişi raporunun doğruluğu konusunda bir inanca sahip olacaktır.

Saygılar sunuyorum.

DOĞAN SOYASLAN- Teşekkür ederim. Ben de aynı dileği diliyorum. Bağlayıcılık meselesinde ben şunu söyleyeyim, ceza hukukçusu olarak söylüyorum, iktidar kim adına? Devlet adına. Bunu dağıtan kim? Yargıç, yani yargı iktidarını kullanıyor. Kullandığı zaman kendisiyle yüzleşiyorsa ki, yüzleşmesi lazım, en azından teoride, yatağında rahat yatması lazım. Eğer bir bilirkişinin verdiği karar, onun rahat uyumasına engel ise, yeni bir bilirkişiye gider, bu böyledir.

Oturum bitmiştir, teşekkür ederim. İyi akşamlar.

KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklar, biz de bu oturumun tartışmacılarına çok teşekkür ediyoruz. Bu saate kadar bu güzel konuyu bize lütfettikleri için.

Şimdi Samsun Barosunun sayın katılımcılara sunacağı armağanları sunmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Sayın Özdemir Özek Beyefendiye sahneye davet ediyorum. Buyurun Sayın Başkanım.

BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

Dr. Sema TAŞPINAR*

A. SORUNUN ORTAYA KONULUŞU

Bilirkişilik pek çok yönüyle ve ayrıntılı olarak tartışılmış bir konudur. Ülkemizde bilirkişiliğin “*kanayan bir yara*” olduğu, “*akut bir yara*” olduğu¹sürekli yinelenen, “*maruf ve meşhur*” bir olgu haline gelmiştir. Hatta sorun, zamanında ve doğru bir müdahale yapılmazsa “*süreğen*” ve yaşamımızın bir parçası olan, adeta içselleştirdiğimiz, çözülmesinden artık umudumuzu kestiğimiz bir olgu olacaktır. Nitekim, bilirkişiliğin çeşitli yönlerinin günlük yaşamımıza da girdiği görülmektedir. “*Bilirkişi saltanatı*”nın kurulduğu, artık hükümleri adeta bilirkişilerin verdiği, bilirkişilerin çeşitli çıkar çevreleri ile ilişkileri açıkça dile getirilmekte ve bilirkişiler de ismen hedef alınmaktadır².

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹ Arslan, Ramazan: Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 190-211 (190); Pekcanitez, Hakan: Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001’de Yapılan Toplantı, Ankara 2001, s. 7-8.

² Nitekim artık medyatik boyut kazanan Bergama’da siyanürle altın aramaya ilişkin farklı bilirkişi raporları veya siyasi nitelik taşıyan bir çok yolsuzluk operasyonu sonrası açılan davalarla kamuoyu bilirkişilik olgusunu daha yakından tanıır hale gelmiştir.

Bilirkişilikle ilgili sorununun tek yönlü olmaması, konunun pek çok açıdan ve kurumsal çerçevede tartışılmasını da gerektirmektedir. Bilirkişilik bir meslek midir? Meslek ise veya meslek değilse bilirkişilerin yaptıkları işin niteliği nedir? Bilirkişilerin adli yapılanma içerisindeki yerleri neresidir? Yaptıkları iş için aldıkları ücret, işin ve emeğin karşılığı mıdır, yoksa sembolik ve amatör ruhla yapılan bir işin karşılığı mıdır? Artık sadece hukuk camiasınca değil, kamuoyunca bilinir hale geldiği üzere, bir kısım kişiler (emekli hâkim, müşavir, muhasebeci, emniyet görevlileri) bilirkişilik yaparak geçimlerini mi sağlamaktadırlar³? Bu sonucun doğmasında bilirkişilerin aldıkları ücretlerin yüksekliği mi etkili olmaktadır; yoksa hâkimlerin adeta yetki devrine yol açacak ölçüde ve kapsamda bilirkişiye başvurması mı bu işi veya “mesleği” cazip hale getirmektedir? Tam tersi bir yaklaşımla da acaba bilirkişi ücretlerinin düşüklüğü, o işin gerçek anlamda uzmanlarının -

³ “Belli şahısların mahkeme kapılarında bekleyerek her işte bilirkişilik yapmaya talip olmaları, her mahkemenin adeta kendisine mahsus bir bilirkişi ekibine sahip olması vs. nin kanunla engellenmesi mümkün mü?”(Kalpsüz, Turgut: Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001’de Yapılan Toplantı, Ankara 2001, s. 13; “...burda belki telaffuz etmiyoruz ama bilirkişilik maalesef özellikle bazı hukukçu meslektaşlarımız için bir meslek haline gelmiştir. Yaşı ileri bazı meslektaşlarımız yahut emekli bazı yargıçlar hâkimle olan iyi ilişkileri içinde bilirkişiliği aylık düzenli bir gelir kaynağı olarak değerlendirmektedirler. Bu dereceye gelmiştir” (Yılmaz, Ejder: Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001’de Yapılan Toplantı, Ankara 2001, s. 16).

deyim yerindeyse- işe “burun kıvırmasına” mı neden olmaktadır⁴? Böylece gerçekten ehil ve nitelikli olmayan kişilerce üstlenilen, belki de cüzi ücretler karşılığında daha ucuza yapıldığı sanılan işin, olayın yeterince aydınlanmaması, hata, çelişki veya eksiklik nedenleriyle yeni bilirkişi incelemelerini gerektirmesi; hatta bugünkü Yargıtay uygulamasında hâkimlerin buna mecbur bırakılması⁵, ikinci, üçüncü veya dördüncü bilirkişi incelemeleriyle acaba adaleti ne kadar pahalılaştırmaktadır? Bu sonucun veya uygulamanın faturası veya bedeli kimin hanesine kaydedilmektedir?

Bilirkişilerin taraflarla özel bir kısım ilişkiler içinde olduğu ve mahkemece takdir edilen ücret haricinde menfaatler temin edildiği de uygulamanın yakınmaları arasında hiç de

⁴ Nitekim bir köşe yazarı, internet yoluyla işlenen bir suçla ilgili bilirkişiye başvurulması konusunda, “Vah Boğaziçi Üniversitesi vah! Meğer Türkiye en iyi bilgisayar mühendisliği bölümlerinden biri bu üniversite sanırken, onların çok basit bir soruya yanıt verecek öğretim üyesi yokmuş demek ki. Kim, ne öğretiyor acaba, Boğaziçi Üniversitesi bilgisayar mühendisliğindeki öğrencilere çok merak ettim. Ama içimden bilirkişiye ödenecek paraya burun kıvrıp ‘bilmezkişilik’ oynadıklarını da düşünmedim değil” demektedir (Kırıkkanat, Mine G.:27.10.2001 tarihli Radikal Gazetesi’ndeki köşe yazısı); “...Bilirkişi olarak mahkemece neden belli kişiler tayin ediliyor? Çünkü bilirkişiye 5-6 klasör dolusu evrak ve çuvallar dolusu delil teslim edilip 30 milyon TL. ücret takdir ediliyor. Bu şartlar altında bilirkişi bulmak mümkün değildir. Ben bölüm başkanlığı yaptığım zamanlar mahkemelerden gelen bilirkişilik taleplerini arkadaşlarıma intikal ettirdiğimde hiçbiri bilirkişiliği kabul etmiyordu.gerçek manada bilirkişilik yapabilecek kimseler zannedildiği kadar fazla değildir” (Kalpsüz-Toplantı s. 13);Gök Öz, Cengizhan: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar İle Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 212-221(220).

⁵ Bu konudaki Yargıtay uygulaması ve eleştirisi için bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. III, İstanbul 2001, s. 2770-2779.

küçümsenebilir veya münferit olduğu iddia edilebilir saptamalar değildir⁶.

O halde iş karşılığı alınan ücretle işin miktarı arasında doğru bir orantı var mıdır? Yani bilirkişi ücretleri cazip olduğu için mi pek çok kişi bu işi yapmaya gönüllü olmakta, adeta mahkeme ekipleri kurulmaktadır, yoksa ücretler yeterli olmadığı için gerçekten daha nitelikli ve donanımlı insanlar bu işten uzak mı durmaktadırlar? Bu soruların, sadece ücret bakışıyla yanıtlanması mümkün görünmemektedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi, sorun çok boyutlu, kurumsal ve hukuk politikası açılarından tartışmayı zorunlu kılmaktadır. Nitekim, bilirkişinin doğru, isabetli, kanuna uygun bir şekilde seçimi; bilirkişiye başvurulacak konunun kapsamı ve niteliği; bilirkişiye sorulan soruların, bilirkişiye verilen görevin açık ve net bir biçimde ifade edilmesi; bilirkişinin sorumluluğu ve bilirkişi raporunun değerlendirilmesi ve raporun, hükme etkisi; bilirkişinin mahkemeye, taraflarla ve medya ile (kamuoyu ve çıkar çevreleri ile) olan ilişkisi; bilirkişinin “adaletin sağlanmasındaki işlevi”; yargılama giderleri; usul ekonomisi gibi bir çok alt soru ve sorun da dikkate alınmalıdır. Bütün bu parametrelerin gözetilmesiyle ve kurumsal bir model ile⁷ ancak sağlıklı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir.

Bütün bu -asında bilinen- saptamaların, olgusal birer çekince olarak kabulü ile hukukumuzda bilirkişilik ücretleri konusunu tartışmak ve yasal düzenlemeden söz etmek istiyoruz. O

⁶ “Kulaklarımıza geliyor, İstanbul’da bilirkişiler raporlarını mahkemenin takdir ettiği ücret dışında, iş sahipleri veya onların avukatları ile haricen müddeabihin yüzdesi üzerinden anlaştıktan sonra ancak veriyorlarmış” (Doğanay, İsmail: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V (25-26 Mart 1988, s. 127); “...bunun ötesinde şu veya bu şekilde zaman zaman karşılaştığımız bilirkişilerin bazı menfaatler karşılığında rapor verdiği iddiasına rastlanmaktadır” (Yılmaz-Toplantı s. 16); Gök Öz s. 220.

⁷ Yılmaz-Toplantı s. 16.

halde sorun, herkesçe bilinen ve kabul edilen bilirkişi ücretlerinin tespiti ve miktarı sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır.

B. BİLİRKİŞİNİN FAALİYETİ VE YAPTIĞI İŞİN NİTELİĞİ

Bilirkişilik, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) "Deliller ve İkamesi" başlığını taşıyan sekizinci faslının üçüncü kısmında "Ehli-vukuf" adı altında 275-286. maddelerde düzenlenmiştir. Aynı şekilde Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK) bilirkişiliği keşif ile birlikte düzenlemiştir (CMUK m.65-85)⁸.

Ne CMUK ne de HUMK bilirkişiliği tanımlamıştır. Her iki usul kanunu da bilirkişiye başvurulabilecek durumları, bilirkişinin seçilmesini, reddini, rapor düzenlemesini, inceleme yapmasını ve ücrete ilişkin noktaları düzenlemiştir. Dolayısıyla kanundan ne bir tanım ne de bilirkişiliğin hukuki niteliği konusunda bir sonuç çıkarmak mümkündür.

Ceza hukuku doktrininde bilirkişinin, "muhakeme makamlarını işgal eden kimselerin sahip oldukları mefruz bulunan hayat tecrübeleri, maddi uyumsuzluğun çözülmesinde kavranması gereken konuları ihataya yetmediği zaman, hayat tecrübeleri bakımından duyulan noksanlığı tamamlamak maksadı ile yardımına müracaat edilen, belirli konuya müteallik yeterli

⁸ Bu incelemede esasen HUMK çerçevesinde bilirkişiliğe değinilecek, ceza yargılamasındaki bilirkişilik söz konusu ise yeri geldiğinde incelenecektir. Ancak sonuç olarak ücretle ilgili genel bir değerlendirme yapılırken her iki hukuk alanı birlikte değerlendirilecektir.

hayat tecrübesi yani bilgi ve ihtisası bulunan kimse” olarak tanımlandığı görülmektedir⁹.

Medeni yargılama hukukunda da bilirkişiliğin kanundaki ifadeden hareket edilerek tanımlandığı görülmektedir: Bir davada çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkemece oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişiye veya kişilere bilirkişi denir¹⁰. Daha geniş olmak üzere bir başka tanıma göre bilirkişi, “davaya ait vakıaların takdirinde hususi ve teknik bilgiye ihtiyaç gösteren hallerde hâkim tarafından bilgisine ve reyine müracaat olunan kişidir”¹¹. Diğer bir tanıma göre ise bilirkişi, “tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir”¹².

Alman Hukuku’nda da bilirkişinin görevinin tecrübe kurallarının açıklanması; tecrübe kurallarından veya mesleki bilgiden çıkarım yapılması ve olguların tespitinden oluştuğu kabul edilmektedir¹³.

⁹ **Gürelli**, Nevzat: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 16.

¹⁰ **Kuru** s. 2621-2622; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, genişletilmiş 13. Bası, Ankara 2001, s. 508

¹¹ **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 538; **Postacıoğlu** da maddi meselenin takdirinde başvurulmuş kişiyi bilirkişi olarak tanımlamaktadır (**Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 652.

¹² **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 425; **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, c.I-II, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 5. Bası İstanbul 1992, s. 722-723.

¹³ **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, fünfzehnte, neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 716.

Hâkimin gereksinim duyduğu, ancak bizzat sahip olmadığı teknik ve özel bilgileri bilirkişi sağlar. Zira hâkim, olguları tespit veya takdir ederken hukuki bilgiler dışında doğa yasalarına, tecrübe ve fizik kurallarına da gereksinim duyar¹⁴. Bilirkişinin görevi hâkime özel, mesleki ve teknik bilgisi vasıtasıyla tecrübe kurallarını, bunlardan elde edilen sonuçları veya yine bu bilgisi ile uyumsuzluk için önemli olguları tespit etmektir¹⁵.

Bu noktada bilirkişinin yeri ve faaliyeti tartışmalıdır:

Ceza yargılamasında bilirkişi mütalâasının bazen delil, bazen delilleri değerlendirme aracı bazen de her iki niteliği birden taşıyabileceği ifade edilmektedir¹⁶.

Yabancı hukuk sistemlerinde de mahkeme bilirkişiliğinin¹⁷ hukuki yapılanma içerisindeki yeri tartışmalıdır. Bir görüşe göre

¹⁴ **Blomeyer**, Arwed: Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, zweite, vollstaendig überarbeitete Auflage, Berlin 1985, s. 420; **Jauernig**, Othmar: Zivilprozessrecht, ein Studienbuch, 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 200; **Arens/Lüke**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, 5. Auflage, München 1992, s. 221; **Thomas/Putzo**, ZPO, mit GVG, den Einführungsgesetzen, EuGVÜ und AVAG, 21. neubearbeitete Auflage, München 1998, s. 729.

¹⁵ **Fasching**, Hans: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, zweite, überarbeitete und ergaenzte Auflage, Wien 1990, s. 516.

¹⁶ **Gürelli** s. 18; **Koroğlu**, Hasan: Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001. Aşında konu, doktrinde tartışmalıdır. **Kunter**'e göre bilirkişi mütalâası delil değil, delilleri değerlendirme aracıdır; yani kendisi doğrudan doğruya bir delil değildir. Bilirkişi hâkimin yardımcısıdır (**Kunter**, Nurullah / **Yenisey**, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbirinci bası, İstanbul 2000, s. 555, 559). Bilirkişi, yargılamanın süjesi değildir. Ancak öte yandan sadece hâkimin değil, tarafların da yardımcısıdır. Bilirkişiliğin hukuki niteliği hakkında kanunda bir hüküm bulunmadığını ifade eden **Gürelli**'ye göre, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi nedeniyle bilirkişinin delil niteliği olduğu; bir yandan da hâkimler gibi objektif ve tarafsız olmaları ve onlar gibi reddedilebilmeleri de karma niteliğini göstermektedir (**Gürelli** s. 20-21).

bilirkişi “*hâkim yardımcısı*” olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Bilirkişi, özel bir alandaki (bilim veya mesleki alan) bilgisini somut olgular hakkında kullanarak sonuçlar çıkaran ve mahkemeye bu şekilde yardım eden kişidir¹⁹.

Bilirkişi, kuramsal olarak hâkime ait olan delil takdiri konusunda, özellikle teknik ve psikolojik konularda mahkemeye yardım etmekle görevli olan kişidir. Faaliyetinin çerçevesi ve türü,

¹⁷ Hızla gelişen ve ilerleyen teknik ve bilim karşısında hâkimlerin bilgilerinin karar vermede yetersiz olması, her ülkede model arayışlarına neden olmuştur. Öncelikle mahkeme bilirkişiliği terimi, resmi bilirkişiliği özel bilirkişi ve eksperlerden ayırmak için kullanılmaktadır. Bu konuda da çeşitli eğilimler bulunmaktadır. Örneğin, uzmanlık gerektiren konularda mahkemelerin bilirkişiye başvurması yerine içerisinde uzman bulunan “ihtisas” mahkemeleri kurulması veya “teknik hâkim” oluşturulması bir yöntemdir. Nitekim Almanya ve İsviçre’de ticaret mahkemeleri, patent mahkemesi veya İtalya’daki gençlik mahkemeleri böyledir. Öte yandan bir başka tercih de bilirkişiliğin sırf delil olarak düzenlenmesidir. Burada da derecesel bir fark bulunmaktadır. Kimi düzenlemelerde hâkime daha yakın, onun yardımcısı gibi görülmekte, kimi hukuk sistemlerinde ise tanığa yakın olmakta; bir delil olarak kabul edilmektedir. Bilirkişinin hâkim gibi görüldüğü hallerde bilirkişinin raporu bağlayıcı değildir, ancak bilirkişi sadece bir delil de değildir. Bilirkişi, hâkimin teknik ve diğer bazı konularda “*danışman*”ı gibi çalışır. Bilirkişinin hâkimden önce bir çalışması söz konusudur; örneğin, İtalyan Hukuku’nda böyledir. Hatta teknik konularda bilirkişiler bu hukukta “*hakem*” gibi çalışmaktadırlar. Bu sistem dışında biraz önce söz edilen sistem, ortalama bir yol izler. Belçika, Almanya, Avusturya, Polonya, İsveç, İsviçre ve Türkiye’de bilirkişilik bir delil olarak düzenlenmiştir ve bu yönden hâkimlikten ayrılır. Ancak öte yandan, objektif, tarafsız olması ve reddedilebilirlik olanakları bakımından tanıklıktan ayrılır ve hâkimliğe yaklaşır. Ancak bu hukuklarda bilirkişi daha çok *hâkimin yardımcısı* görünümündedir [Nicklisch, Fritz: Der Technische Sachverstaendige im Prozess, Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmaessige Ordnung, Hrs. Walther J. Habscheid, Bielefeld 1983, s. 293-341 (306-310)].

¹⁸ Arens/Lüke s. 221; Fasching s. 522; Pieper, Helmut: Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozess, ZZP 1971/84, s. 4.

¹⁹ Jauernig s. 200.

mahkemenin talimatlarıyla belirlenir (ZPO § 404 a I). Ancak uygulamada bilirkişilik, hâkim yardımcılığından doğrudan karar verme aşamasına geçmiştir. Ne var ki, uyuşmazlık hakkında karar verici işlevine ya da en azından önemli ölçüde karar sürecine katılma şeklindeki statüsüne rağmen bilirkişi ne hâkim sayılır ne de yargı organının bir mensubudur. Hâkim tarafından belirlenebilir olması, hâkim gibi tarafsız olması gereği ve reddedilebilmesi onun hâkimin yardımcısı olduğunu göstermektedir. O halde, bilirkişi hâkimin *yardımcısı* ve *danışmanı*dır. Ancak bu sonuç, bilirkişinin bir *delil* olma özelliğine de engel olmaz. Zira bilirkişinin faaliyeti “*rapor*” adı altında somutlaşır²⁰.

Bir başka görüşe göre, kanunun sistematığına göre bilirkişinin faaliyeti tanık ifadesi, senet, keşif ve istievap gibi bir delildir. Bilirkişi, çoğunlukla “*hâkimin yardımcısı*” olarak nitelenmiştir. Hâkime olayı anlatan, açıklayan tanık veya kararın verilmesine ikna edici hukuki argümanlarla katkıda bulunan avukat da böyle bir yardım faaliyetini yapmaktadır. Hâkim ve bilirkişinin yetkileri arasında yapılacak bir değişiklik ancak olması gereken hukuk bakımından teşvik edilip, tartışılabilir²¹. Bilirkişinin mahkemenin bir parçası haline getirilmesi yolundaki istem, hüküm hakkında bilirkişinin gerçek anlamda sorumluluğunun da kabul edilmesi düşüncesine dayanır. Bilirkişinin mahkemenin bir organı haline getirilmesi, diğer hâkimler üzerinde kontrol edilemez, gizli bir etki yaratır. Mevcut düzenlemeye göre bilirkişi, raporunu tarafların hazır bulunduğu açık duruşma sırasında verir. Ayrıca böyle bir düzenleme yasal

²⁰ **Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann:** Zivilprozessordnung, 57. neubearbeitete Auflage, München 1999, s. 1289; **Rosenberg / Schwab / Gottwald** s. 716, 719.

²¹ **Blomeyer** s. 423-424.

hâkim ilkesiyle de bağdaşmaz. Birden fazla bilirkişiye ihtiyaç olması halinde hem hâkim hem bilirkişi olunması nasıl açıklanacaktır? Öte yandan bir bilim alanında farklı ekoller varsa ne olacaktır? Söz konusu endişeler, bilirkişinin kısmen yargısal yetkilerle donatılmış, özel, bağımsız bir dava süjesi olarak düzenlenmesi önerisinde de vardır²².

Türk medeni yargılama hukuku doktrininde bilirkişiliğin hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamakla beraber, bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğu biçimindeki görüş tartışmaya açılmış bulunmaktadır. Bilirkişi, özel bir alandaki (bilimsel veya mesleki alan) bilgisini somut olgular hakkında kullanarak sonuçlar çıkaran ve mahkemeye bu şekilde yardım eden kişidir²³. Bu görüşe gerekçe olarak bilirkişi atamanın hâkimin takdirine bırakılmış olduğu, bilirkişinin de hâkim gibi tarafsız olması gerektiği ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuka değil, kamu hukukuna tâbi olması gösterilmiştir²⁴.

Kanaatimizce de bilirkişilik takdiri deliller arasında düzenlenmiş olmasına rağmen, her ne kadar kendisi delil değilse de, düzenlediği rapor, yani “rey ve mütalaâ”sı delil niteliğinde olabilir. Nitekim bazı durumlarda bilirkişi raporu, geçmişte olan ve ispatı gereken olayı yeniden canlandıracak bir işlevi yerine getirebilir. Buna karşılık bazı durumlarda onun görevi, bir olayın, olgunun tespiti değil; bazı kuralların (fizik, doğa kuralları veya tecrübe kuralları) hâkime açıklanması, ona yardım edilmesidir²⁵.

²² Wolf, Manfred: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Auflage, München 1987, s. 292-293.

²³ Kuru s. 2622, 2797; Arslan s. 191, 203; Pekcantez/Atalay/Özekes s 426; Üstündağ s. 722 vd.

²⁴ Pekcantez/Atalay/Özekes s. 426.

²⁵ Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2000, s. 313.

Yani hâkimin kendi hukuki bilgisinin yetmediği, yabancı olduğu alanda bilirkişi, bilgisini hâkime sunarak onun karar vermesine yardımcı olacaktır. Medeni yargılama hukukunda kural olarak tarafların talep etmeleri, üzerinde uzlaşmaları ve giderlerini de ödemeleri gereğine rağmen, bilirkişi diğer delillerden farklı bir özellik ve yere sahiptir. Gerçekten bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin kamu hukuku nitelikli olması²⁶, bilirkişinin seçimi konusunda nihai kararı hâkimin veriyor olması, bilirkişinin tarafsız ve objektif olması gereği, bilirkişinin de hâkim gibi reddedilebilir olması, onun hâkimin bir anlamda yardımcısı olduğu görüşünü bizce de doğrulamaktadır (HUMK m. 276, 277, 278, 280; CMUK m. 66, 67, 68, 71, 72, 73).

C. BİLİRKİŞİNİN YAPTIĞI İŞİN KARŞILIĞI

Teknik ve mesleki bilgisini sunan bilirkişi, bunun için beyinsel ve bedeni bir çalışma yapacaktır. Dolayısıyla bunun karşılığında bir ücret alması söz konusu olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu konuda ortak bir terminoloji yoktur. Nitekim CMUK m. 77, bilirkişinin kaybettiği zaman için alacağı “tazminat”tan; inceleme ve yolculuk “masraflar”ından ve çalışmasıyla uygun “ücret”inden söz etmektedir. Buna karşılık HUMK m. 285, bilirkişinin “ücret”ini düzenlemektedir. Öte yandan yine HUMK m. 423/2, bilirkişinin “ücret ve masrafları”nı yargılama giderleri içerisinde düzenlenmektedir.

Doktrinde de bir ayırım yapılmadan bilirkişi alacağının ücret, tazminat veya yargılama gideri olarak birlikte değerlendirildiği görülmektedir.

Kanaatimizce öncelikle kavramsal bir tercih yapmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bu çalışmanın başlığı “bilirkişi ücreti” olmakla birlikte, bilirkişinin belge vs. üzerinde inceleme ve

²⁶ Jauernig s. 202; Thomas/Putzo s. 739-740.

keşif yaparken veya kendisine sorulan konuyu aydınlatmak için deney, test veya yolculuk yapması gerekirse yapacağı harcamaların gider olduğu ve bunun ücret içerisinde değerlendirilmemesi gerekeceği açıktır. Bilirkişi ücreti, bilirkişinin harcadığı zaman, emek ve çaba için alacağı karşılıktır. Vergi hukuku mevzuatı bakımından da bilirkişinin alacağının “ücret” olduğu kabul edilmektedir²⁷. Bu çerçevede hemen belirtmek gerekir ki, ücret, alacak ve tazminat kavramları da birbirinden farklıdır. Bilirkişinin yaptığı iş veya yasal ifadeyle “*rey ve mütalâa*”sı karşılığında alacağı paranın adı ürettir. Bu, her ne kadar bir hizmet sözleşmesinden kaynaklanmamakta ise de burada bir tazminattan söz etmek mümkün değildir²⁸. Zira

²⁷ Vergi hukukunda emek gelirlerinin vergilendirilmesi, ücret ve serbest meslek kazançları başlığı altında değerlendirilmektedir. Vergi hukuku bakımından ücret, serbest meslek kazancından farklıdır. Ücret bağımlı emeğin karşılığıdır. Ücret, ilke olarak hizmet ve işgörmeye sözleşmeleri karşılığında yapılan çalışmaların karşılığı elde edilen kazançtır. Ücret, zihinsel veya bedensel emek karşılığı hak edilebilir. Bu emek, vasıflı veya vasıfsız olabilir (Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami: Vergi Hukuku, 9. Bası, Ankara 2001, s. 290 vd.). Bilirkişilerin aldığı karşılık da Gelir Vergisi Kanunu (GVK) bakımından ücret sayılmaktadır. Nitekim GVK m. 61/5'e göre, “Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler bu kanunun uygulanmasında ücret sayılır”. Doktrinde bu hüküm eleştirilmektedir. Zira özellikle milletvekili ve bilirkişilerin bağımlı çalışmadıkları, aldıkları paranın “ücret” olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir (Öncel/Kumrulu/Çağan s. 293-294). Kuramsal tartışma bir yana bilirkişilerin aldıkları para, en çok ücrete yakın görüldüğü için bu kategoride düzenlenmiştir.

Bilirkişi ücretlerinin vergilendirilmesi hakkında bkz. Ögün, İsmail: Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik Müessesesi ve Bilirkişi Ücretlerinin Vergilendirilmesi, Vergi Dünyası D., Sa. 229, Eylül 2000, s. 80-84.

²⁸ CMUK, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan alındığı için kanununun 77. maddesinde geçen “tazminat” kavramının Almanca metindeki “Entschaedigung” sözcüğünün karşılığı olarak kullanıldığı ve böylece Türk Hukuku'na geçtiği anlaşılmaktadır. “Entschaedigung”, tazminat anlamına

tazminat, bir zarar karşılığında yapılacak ödemeyi ifade eder²⁹. Başka bir ifadeyle, tazminat “zarar ve ziyan borcunu meydana getiren muamelenin veya fiilin bütün zararlı neticelerini karşılamak üzere verilen bedeldir”³⁰. Ücret ise, “bir iş karşılığında ödenen bedel; emek karşılığı ödenen para; bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağ” olarak tanımlanmaktadır³¹.

Bilirkişi ücreti veya giderleri, “*dar anlamda yargılama giderleri*” içerisinde yer almaktadır (HUMK m. 423/2). Dar anlamda yargılama giderleri ise, davanın görülmesi ve sonuçlanması açısından tarafların doğrudan doğruya ödemek zorunda olduğu paralardır³². Geniş anlamda yargılama giderlerinden farklı olarak burada devletin bir sübvansiyonu söz konusu değildir; hizmetten yararlananların hizmetin tam karşılığını ödemeleri esastır.

Biz burada hem dar anlamda bilirkişi ücretini hem daha kapsayıcı ve geniş olan bilirkişi giderlerini konu edeceğiz.

geldiği gibi, bir kişinin zararını ziyanını ödeme anlamında da kullanılmaktadır (Önen, Yaşar/Şanbey, Cemil Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük, Baskıya hazırlayan Prof. Dr. Vural Ülkü, Ankara 1993, s. 281). O nedenle buradaki “tazminat” kavramından kast edilen hiçbir durumda teknik anlamda “tazminat”ı karşılamaz. Yalnızca burada bilirkişinin harcadığı zaman, emek ve çabanın karşılığının ödenmesi kast edilmektedir.

²⁹ Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996, s. 793.

³⁰ Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 326.

³¹ Yılmaz-Sözlük s. 848.

³² Yılmaz, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi 1984/2, s. 200-222 (200).

D. TÜRK HUKUKU'NDA BİLİRKİŞİ ÜCRETİNİN DÜZENLENME BİÇİMİ VE UYGULAMA

Türk Hukuku'nda bilirkişi ücretlerinin düzenleniş biçimlerini, farklı yargılama hukuku dalları çerçevesinde değerlendirmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Zira bilirkişiye başvurma zorunluluğu veya biçimi gibi noktalarda farklılıklar taşımakla beraber, esasen bilirkişinin her durumda yaptığı iş, nitelik olarak aynıdır. Dolayısıyla bilirkişinin yaptığı işin karşılığında bir ücret alması da son derece doğaldır. Bazı durumlarda gerek hukuk gerek ceza hâkiminin belli bilirkişilere başvurması zorunludur; yani resmi ve zorunlu bilirkişilik durumları mevcuttur³³. Bunun dışında kural olarak bilirkişiliğe başvurulması zorunlu değildir. Taraflar üzerinde anlaştıkları herhangi bir kişiyi bilirkişi olarak belirleyebilecekleri gibi, hâkim de bilirkişiyi seçebilecektir (HUMK m. 276, I). Ancak her iki durumda da bilirkişinin emeğinin ve harcadığı zamanın karşılığının ödenmesi gerekir. Yani bilirkişi bu işi yapmaya zorunlu da olsa (CMUK m. 68, HUMK m. 278) Anayasa hükmü gereği “angarya” yasak olduğuna göre (Any. m. 18, I³⁴) bilirkişi emeğinin karşılığı almalıdır. Bu noktada bilirkişi giderlerinden kimin sorumlu olacağı, ücretin nasıl, hangi ölçütlerle belirleneceği konuları önem kazanmaktadır.

³³ Kuru s. 2622, 2663 vd.

³⁴ “Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yükür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir eziyet teşkil eder. Bu nedendenir ki maddenin birinci fıkrası zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Bu fıkra ile aynı zamanda “Angarya yasağı” da getirilmiştir. “Angarya” kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır” (madde gerekçesinden).

I. CEZA YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

Yukarıda da değinildiği üzere CMUK m. 77'de "bilirkişiye tazminat, masraf ve ücret" başlığı altında bilirkişi ücret ve giderlerini düzenlemiştir. Aslında burada belirtilen "tazminat" sözcüğünün gerçek anlamda olmayıp, bilirkişinin emeğini, harcadığı zamanı ve çabayı ödüllendirmek, onu karşılamak olduğunu belirtmiştik³⁵. Maddeye göre, "Bilirkişi tarifeye göre kaybettiği vakit için alacağı tazminattan başka tetkikat ve seyahat masraflarını ve çalışmasıyla uygun ücretini alır". Maddenin lafzından bilirkişinin üç biçimde ücret alacağı çıkmaktadır ki, bu da daha üst kavram olarak "bilirkişi ve dar anlamda yargılama gideri" çerçevesindedir. Buna göre bilirkişi,

- Kaybettiği zaman için **tazminat**,
- inceleme ve yolculuk gibi (sınırlı olarak belirtilmemiş olan sair) **giderler**,
- çalışmasının karşılığı olan **ücret** alacağını hak etmektedir.

CMUK m. 77'de bu ücret veya tazminatın yahut da yapılan giderlerin ne ölçüde ve hangi ölçütlerle belirleneceği konusunu "tarife"ye yollama yaparak çözülmüşse de uygulamada böyle bir tarife bulunmamaktadır³⁶.

Uygulamada bilirkişi ücreti, içinde bulunulan ekonomik koşullara göre hâkim tarafından belirlenmektedir³⁷. Doktrinde hâkime bu konuda madde metninden de hareket edilerek şu ölçütler sunulmaktadır:

³⁵ Bkz. yuk. dpn. 28.

³⁶ Kuru s. 2791; Gürelli s. 69; Köroğlu s. 63; Kunter s. 561.

³⁷ Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi de bir kararında bilirkişi ücretinin fahiş olup olmadığını takdir ederken o günün para değerini dikkate almıştır (23.5.1975 t. ve 2982/2996 sayılı karar, bkz. Köroğlu s. 62).

- Bilirkişinin gerekli inceleme yapmak ve rapor yazmak için harcayacağı emek,
- Yolda, mahkemede ve sair yerlerde harcayacağı zaman,
- Yol giderleri ve yapmak zorunda olduğu harcamalar.

Bilirkişi gerekli görürse, tanıkları dinlemek ve sanığı sorguya çekmek yetkisine sahiptir. Ayrıca bilirkişinin dosyayı inceleme, tanıkların ve sanığın sorgusunda hazır bulunma ve bunlara soru sorma yetkisi de vardır (CMUK m. 73)³⁸. O nedenle işin niteliğine göre, bilirkişinin harcayacağı emek ve zaman farklı olacaktır.

Bilirkişinin ücrete hak kazanması için kendisine tevdi edilen işi tamamlaması gerekir. Sadece davete icabet etmenin veya görüş beyanıyla sonuçlanmayan faaliyette bulunmanın ücrete hak kazandırmayacağı kabul edilmektedir³⁹.

Ceza yargılamasında bilirkişi ücreti işin yapılmasından önce belirlenmediği gibi, bilirkişiye de bu aşamada ücret ödenmez. Ceza yargılamasında bilirkişi ücretleri öncelikle ve kural olarak devlet hazinesinden karşılanır. Bilirkişi ücretinin hazine tarafından karşılanacağı kuralı, 65. maddenin yaptığı yollama nedeniyle tanıklar için ödenecek ücreti düzenleyen 64.⁴⁰ maddeden çıkmaktadır.

³⁸ "Bilirkişi lüzum gösterirse raporunu tanzim için tanıkları dinlemek ve sanığı sorguya çekmek suretiyle muhtaç olduğu mütemmim malûmatın istihsali temin olunabilir. Aynı maksatla bilirkişinin kısmen veya tamamen dosyayı tetkik etmesine ve tanıkların dinlenmesinde veya sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunmasına ve hattâ bunlara doğrudan doğruya sul sormasına dahi müsaade olunabilir" (CMUK m. 73).

³⁹ **Köroğlu** s. 62.

⁴⁰ Kanun burada da tanığa verilecek "tazminat"tan söz etmektedir ki, kanaatimizce yukarıda belirttiğimiz (bkz. dñn. 28) nedenlerle yine bu niteleme doğru değildir.

Bugün için uygulamada -örneğin, Ankara Adliyesi bakımından- hâkimlerin aşağı yukarı her yıl veya 6 aylık periyotlar için ortalama bir bilirkişi ücreti uyguladıkları, yasal boşluğu adeta kendi fiili tarifeleriyle doldurdıkları, bir teamül oluşturdıkları tespit edilebilmektedir. Örneğin, içinde bulunduğumuz tarih itibariyle Ankara'da bir asliye ceza mahkemesinde görülen kaçakçılık veya trafik kazaları davalarında her bir bilirkişi için takdir edilen ortalama bilirkişi ücreti 30-40 milyon TL. civarındadır⁴¹. Bu ücret belirlenirken, yapılacak işin niteliği (zorluğu); bu tür davaların sıklığı, sayısı; dava dosyasını eki niteliğindeki delillerin, incelenecek belgelerin çokluğu, işin hacmi; bilirkişinin sıfatı, kariyeri; konu hakkında bilirkişi teminin zor veya kolay olması (yani bir konuya ilişkin bilirkişi arzının az veya nadir olması, konudan bağımsız olarak otomatik olarak bilirkişiye ödenecek ücreti artırıcı bir etken olabilmektedir); bilirkişiye ödenecek ücretin onun sebepsiz zenginleşmesine neden olmayacak bir miktarda olması gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Ayrıca ceza yargılamasında bilirkişi ücretinin iş bitiminden sonra ödeniyor olması nedeniyle uygulamada hâkimler, bilirkişinin düzenlediği raporun niteliğine -raporun tatminkâr olup olmamasından bağımsız- harcanan emeğe, işin yapılma biçimine, gösterilen özene vs. bakarak, -deyim yerindeyse- baştan savma veya klişe bir raporla, özenli bir rapor arasında ücret takdiri bakımından fark yarattıklarını ve bu bilirkişilere daha sonra başvurmaktan kaçındıklarını da ifade etmektedirler.

⁴¹ Rakamlar ve bilirkişi ücretinin nasıl takdir edildiği konusundaki bilgiler, Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesi Hâkimi sayın Saniye Tarhan'dan alınmıştır.

Ceza yargılamasında bilirkişi ücretinin -en azından başlangıçta- devlet hazinesinden⁴² karşılanıyor olması nedeniyle bilirkişilerin bu ücretlerini, C. savcılıklarındaki ödenek eksikliği nedeniyle çok geç almaları veya paranın düyuna kalması nedeniyle alamamaları da uygulamada dikkati çeken ve yakınma konusu olan bir olgudur. Yani ceza yargılamasında bilirkişilerin ücretleri alabilmeleri konusunda çoğu zaman sorunlar yaşanmaktadır.

Öte yandan bilirkişiler -hem ceza hem hukuk yargılamasında- kendileri için takdir edilen ücretin tamamına da alamamaktadırlar. Bilirkişi, raporunu mahkeme kalemine teslim edip ücretini⁴³ alırken yapılan ödemeden Gelir Vergisi Kanunu m. 103-104 hükümleri gereği gelir vergisi kesintisinin yapılması gerekir (GVK m. 94). Bilirkişi ücretlerinden kaynakta yapılacak bu kesinti, GVK'nın 103. maddesindeki tarifinin mükerrer 123. maddesine göre belirlenen gelir dilimlerine karşılık ve %15'den %40'a kadar değişen oranlardır⁴⁴. Bilirkişi ücreti üzerinden gelir vergisi ödeme yükümlülüğü bilirkişiye düşmektedir. Doktrinde bilirkişi ücretlerinin vergilendirilmemesi savunulmaktadır⁴⁵.

⁴² Nihai olarak bilirkişi giderlerinden beraat halinde devlet (CMUK m. 409); mahkûmiyet durumunda sanık sorumlu (CMUK m. 407) olacaktır.

⁴³ “**Bilirkişilere**, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler bu kanunun uygulanmasında **ücret** sayılır” (GVK m. 61/5). Bkz. yuk. d.pn. 27.

⁴⁴ **Öğün** s. 84.

⁴⁵ Doktrinde bilirkişi ücretlerinin 1993 yılına kadar vergiden muaf olduğu belirtilerek, bilirkişi ücretlerinin yine vergiden muaf olması savunulmaktadır (**Deryal**, Yahya: Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri, İstanbul 2001, s. 67-68).

II. ASKERİ YARGILAMA USULÜNDE BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununu' nun (AYUK) 62-65. maddeleri arasında bilirkişilik düzenlenmiştir. Kanunun 65. maddesine göre, “Bu kanunda aksine yazılı olmadıkça, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun; bilirkişi, keşif ve otopsi hakkındaki hükümleri askeri mahkemelerde de uygulanır”. Bu hüküm nedeniyle askeri yargılamada bilirkişi uygulamasının -bilirkişi ücretleri bakımından- bir özelliği bulunmamaktadır; CMUK m. 77 uygulama bulacaktır⁴⁶.

III. MEDENİ YARGILAMADA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

HUMK m. 275-286'da düzenlenen bilirkişi ücreti çok kısa ve hâkime hiçbir ölçüt vermeyen bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, “Ehli-vukufun ücreti hâkim tarafından takdir olunur” (HUMK m. 285). Öte yandan **bilirkişi ücreti ve masrafları yargılama giderleri** arasında sayılmıştır (HUMK m. 423/2).

Medeni yargılama hukuku bakımından ücret birkaç bakımdan önem taşır. Bu da özellikle medeni yargının amaç ve işlevinin diğer yargılama usullerinden farklı olması, medeni yargıda taraf inisiyatif ve iradesinin yönlendirici olması gibi nedenlerle konu, ayrıca incelenmeyi gerektirir.

O halde konuyu birkaç başlık altında incelemek yararlı olacaktır.

1. BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASI

Medeni yargılama hukukunda kural olarak **tasarruf ilkesi** geçerlidir. Yani kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya

⁴⁶ Bu yargıda bilirkişiliğin ceza yargılamasından farklı olan özellikleri için bkz. **Köroğlu s. 103-104.**

hakkını istemeye zorlanamaz (HUMK m. 79). Hâkim de tarafların istemi olmadan kendiliğinden bir davaya bakamaz (HUMK m. 72). Bu ilkenin tamamlayıcısı niteliğindeki **taraf larca hazırlama ilkesine** göre de, çekişmeli yargıda taraflar iddia ve savunmalarının temelini oluşturan olay ve olguları ve delilleri kendileri getireceklerdir⁴⁷. Delillerin taraf larca hazırlanması ilkesi, hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurmasına engel oluşturmaz (HUMK m. 275 ilk cümle). Hâkim bir konunun çözümünün özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiği kanaatinde ise kendiliğinden de bilirkişiye başvurma kararı verebilecektir⁴⁸.

Medeni yargıda kural taraf larca hazırlama ilkesi olmakla birlikte, istisnaen **resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi** de uygulanır. Burada tarafların sahip olduğu aktivite ve inisiyatif mahkemeye paylaştırılır; yani taraflar dava ve savunma konusu olay ve olguları ve delilleri getireceklerdir. Ancak mahkeme de

⁴⁷ Bu konuda bkz. **Alangoya**, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 17 vd. ayrıca **Alangoya** s. 164 vd.; **Yılmaz**, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 1982, s. 11-12; **Arslan**, Ramazan/**Tanrıver**, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, genişletilmiş, tümüyle gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s. 178-179; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 405; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 227 vd.; **Taşpınar**, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 92-98; **Becker-Eberhard**, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraf larca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev. M. Kamil **Yıldırım**), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen Doç. Dr. Kamil **Yıldırım**), s. 17-40; **Schilken**, Eberhard: Medeni Yargılamada Hakimin Rolü (Çev. Nevhis Deren **Yıldırım**), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen Doç. Dr. Kamil **Yıldırım**), s. 41-63).

⁴⁸ “Usulün 275. maddesi ile sonraki maddeleri hükümlerinde bilirkişi incelemesine hâkimin kendiliğinden karar vermesini yasak eden bir esas benimsenmiş değildir. Bu maddelerin tümünden çıkan anlama göre, hâkim gerek kendiliğinden gerekse taraflardan birinin isteği üzerine bilirkişi incelemesine karar verebilir” (HGK 17.3.1965, 2/626-119 sayılı kararı vb. örnekler için bkz. **Kuru** s. 2657).

bundan bağımsız olarak hem taraflarca ileri sürülmeyen olay ve olguları dikkate alabilecek hem delillerin sağlanmasında taraf istem ve iradesiyle bağlı olmayacaktır. Resen araştırma ilkesi, çekişmesiz yargıda tamamen; çekişmeli yargıda ise istisnaen kamu düzeniyle ilişkilendirilen uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır⁴⁹.

Bu açıklamalardan sonra medeni yargılama hukukunda bilirkişi ücretinden sorumluluk bakımından tarafların bilirkişiyeye başvurulmasını talep etmesi ile hâkimin kendiliğinden bu kararı vermesi bakımından bir ayırım yapılması gerekir.

a. Tarafların Bilirkişiyeye Başvurulmasını İstemeleri

Hâkim kural olarak, bilirkişiyeye başvurulmasının gerekli olup olmadığını takdir eder⁵⁰.

Taraflardan biri, iddiasını ispat için (HUMK m. 241, II) veya kanaatimizce bir taraf da karşı tarafın iddiasını çürütmek için (HUMK m. 239), çözümü teknik veya özel bilgiye gereksinim gösteren olayın tespiti için bilirkişiyeye başvurulmasını hâkimden talep edebilir. Hâkim, tarafın bilirkişi incelemesi yapılması istemini kabul ederse, bu tarafa bilirkişi giderleri ve bilirkişi ücretini yatırması için bir süre verir. Mahkeme, bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin kararı ile verilen sürenin de kesin olduğuna karar verebilir (HUMK m. 163 c. 3). Taraf, bu kesin süre içinde bilirkişi giderlerini yatırmazsa bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m. 414 c. 2). Mahkeme, kararında bu sürenin kesin olduğunu belirtmemişse ve taraf öngörülen süre içerisinde bilirkişi ücret ve giderlerini yatırmamışsa, hâkim ikinci bir süre verir ve bu ikinci süre kesindir. Bu ikinci ve kanundan dolayı kesin sayılan süre (HUMK

⁴⁹ Arslan/Tanrıver s. 179.

⁵⁰ Kuru s. 2631-2633, 2653.

m. 163 c. 4-6) içerisinde de giderleri yatırmayan taraf, **bilirkişi incelemesi isteminden vazgeçmiş sayılır** (HUMK m. 414 c. 2).

Ancak tarafın isteminden vazgeçmiş sayılması sonucunun doğması için, hâkimin bilirkişi giderlerinin ve ücretinin yatırılmasına ilişkin kararının açık ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde olması ve bunun da istemde bulunan tarafa bildirilmesi gerekir. Aksi halde HUMK m. 414 c. 2'de öngörülen vazgeçme yaptırımını uygulanamaz⁵¹.

Karşı taraf bilirkişi giderlerinin kesin süreden sonra ödenmesine muvafakat ederse bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır⁵².

b. Hâkimin Kendiliğinden Bilirkişiye Başvurması

Hâkim kendiliğinden de bilirkişiye başvurmaya karar verebilir. Bu, hem resen araştırma ilkesinin hem taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar için geçerlidir⁵³. Bu durumda bilirkişi ücret ve giderlerinin ödenmesi konusunda kimin, ne ölçüde sorumlu olacağı konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurması durumunda davanın özelliğine bakılır: Eğer **resen**

⁵¹ ".....bunun için bilirkişi ücreti belirlenmiş ve dosyanın gidiş-geliş ücretinin de davacıdan alınmasına karar verilmiş, **ne var ki bu ücret miktarı ve kararın yerine getirilmemesindeki sonuçlar belirtilmemiştir**.....dosyanın gidiş-geliş için net ücretinin açıkça yazılmadığı ve ayrıca yerleşmiş Yargıtay kararlarında kararlılık kazandığı biçimi ile verilen bu tür kararların yerine getirilmemesi durumunda sonucunun da anlatılması gerektiği kuralına uyulmadığı görülmüştür.böylece talebin reddini gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır" (4 HD 12.11.1998, 5491/8774 sayılı karar ve diğer kararlar için bkz. **Kuru** s. 2656, 2840 vd.).

⁵² **Kuru** s. 2656-2657.

⁵³ Bkz. yuk. dpn. 48 deki karar.

araştırma ilkesinin uygulandığı bir davada hâkim bilirkişiye gitmeye karar vermişse HUMK m. 415 uygulanacaktır⁵⁴. Yani hâkim bilirkişi ücret ve giderlerini bir taraftan veya her iki taraftan isteyebilecektir; bu miktar yatırılmazsa hâkim bilirkişi incelemesinden vazgeçmeyecek, ancak söz konusu giderlerin ileride haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Devlet hazinesinden ödenmesine karar verecektir; daha doğrusu hâkim bu kararı vermek **zorundadır. Taraflarca hazırlama ilkesinin** uygulandığı bir davada hâkim kendiliğinden bilirkişiye gitme kararı vermişse ilgili tarafın (genellikle kendisine ispat yükü düşen tarafın) bilirkişi ücret ve giderlerini ödemesini talep edecektir. O taraf veya karşı taraf bu giderleri ödemezse, artık resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda olduğu gibi, giderlerin ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Devlet hazinesinden sağlanmasına karar verilemez; bu halde **HUMK m. 415, II hükmü uygulanamaz.** Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar kamu düzenini ilgilendirmediği için hâkim bu davalarda mutlaka “gerçek” durumu araştırmak zorunda değildir. Davasını veya savunmasını ispat etmek isteyen taraf, o ispatın gerektirdiği giderleri peşin yatırmakla yükümlüdür; aksi halde davasını veya savunmasını ispat edememiş sayılır ve davası reddedilir. Öte yandan HUMK m. 415, II'nin taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda da uygulanması savunulursa, hükmün kötüniyetli kullanımı söz konusu olabilir. Taraflar her durumda hâkimin bilirkişiye gideceğini düşünüp HUMK m. 415, II'deki

⁵⁴ HUMK m. 415'e göre, “Re'sen icrası emrolunan muamelenin istilzam ettiği masrafı iki taraftan birinin veya her ikisinin tediye etmesine karar verilir ve bunun için takdir olunacak meblâğ mahkeme kalemine tevdi olunur. Tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tediye olunamaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet hazinesinden tediye olunmasına karar verilebilir”.

olanaktan, yani giderlerin Devlet hazinesinden ödenmesini sağlayabilirler; bu ise maliye için önemli bir yük oluşturur⁵⁵.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurması durumunda nasıl hareket edileceği düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın da HUMK m. 415 hükmünü yalnızca resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarla sınırlı tutması, hazineyi korumak gibi bir amaç taşır. Oysa bu hüküm usulün amacının önemli bir aracıdır; Kadastro Kanunu m. 36, I'deki özel hüküm dikkate alınır, 415. maddenin usulde hemen hemen hiç uygulaması olmayan bir yere hapsedilmesinin bilimsel bir temeli yoktur⁵⁶.

Kanaatimizce şu gerekçelerle ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir: Her ne kadar hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurması durumunda ne yapılacağını düzenleyen açık bir hüküm bulunmasa da, 415. maddede sözü edilen "re'sen icrası emrolunan" işlemlere bilirkişi incelemesinin de dahil olacağına kuşku yoktur. Hatta bu ifadeden yalnızca resen araştırma ilkesinin uygulandığı davaların kast edildiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Zira hâkimin her türlü davada bilirkişiye gidilmesini talep yetkisi vardır. Öte yandan sorun doğrudan doğruya yalnızca hâkimin bazı davalarda mutlak "gerçek"i aramak zorunda olmaması veya usulün amacıyla ilgili değildir. Sorun

⁵⁵ **Kuru** s. 2657-2662 ve ayrıca yazarın görüşünü destekleyen ve farklı yaklaşımda olan içtihatlar için de bkz. **Kuru** s. 2660-2661'de anılan kararlar. Ancak **Kuru**, bir halde HUMK m. 415, II'nin uygulanmasını zorunlu görmektedir: Eğer iki bilirkişi raporu arasında çelişki varsa bu çelişkinin giderilmesi için hâkim yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda olacağı için, taraf veya taraflar bu durumda söz konusu gideri ödemeye zorunlu tutulamazlar; hâkim, giderlerin Devlet hazinesinden ödenmesine karar vermek zorundadır (**Kuru** s. 2662).

⁵⁶ **Alangoya** s. 324 dpn. 79; daha farklı gerekçelerle aynı görüşte **Yılmaz-Yargılama Giderleri** s. 214-215.

kanaatimizce Türk Hukuku'nda bilirkişinin konumu ve algılanışıyla ilgilidir. Bilirkişilik kurumu, diğer delillerden ayrı değerlendirilmelidir. Zira bilirkişi, devletin sunmakla yükümlü olduğu yargı (adalet) hizmetinin adeta “*sac ayağı*”dır; bilirkişi hükmün verilmesinde hâkime yardımcı olur; kararın oluşması sürecinin bir parçasını oluşturur. Hâkim, kararını oluşturabilmek için bilirkişinin tespitine mutlaka gereksinim duyuyorsa söz konusu hükmü işletmek zorundadır. Özellikle örneğin, bilirkişinin tespiti bir tecrübe kuralının, fizik veya matematik kuralının açıklanmasına yönelik ise, hâkim bu bilgi olmadan zaten diğer delilleri de değerlendiremeyecektir. 415. maddenin taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda da kullanılmasıyla tarafların 414. maddede öngörülen yaptırımdan kurtulacakları ve bunun da devlete büyük bir yük getireceği biçiminde ifade edilen kaygı⁵⁷, aslında bilirkişiliğin uygulamada sıkça ve zaman zaman gereksiz kullanımından kaynaklanmaktadır. O halde sorun, bilirkişiye başvurma gerekliliğine dayanmaktadır. Bu durumda hâkimin tarafların istemlerinden daha özenli davranması, usul ekonomisi gereğidir. Kaldı ki, bu hükme göre de hâkim öncelikle taraflardan birine veya her ikisine bilirkişi giderlerini ödemesini emredecektir. Ödenmemesi halinde de hüküm aslında mutlaka Devlet hazinesine başvurmayı gerektirmemektedir⁵⁸. Çünkü madde “Devlet hazinesinden tediye olunmasına karar **verilebilir**” biçiminde emredici olmayan bir ifade taşımaktadır. Kanaatimizce hâkimin böyle bir karar verme konusunda takdir yetkisi vardır; dolayısıyla hüküm, dikkatli ve özenli kullanılmak koşuluyla hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurduğu her halde uygulanabilmelidir.

⁵⁷ Kuru s. 2662.

⁵⁸ Aksi görüş için bkz. Kuru s. 2658.

2. BİLİRKİŞİ ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

HUMK m. 285'e göre, bilirkişinin ücreti hâkim tarafından takdir olunur. Kanun hâkime takdir yetkisi tanımış, ancak ceza yargılamasından⁵⁹ farklı olarak hâkimin ücret takdirinde gözetileceği ölçütleri getirmemiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uygulamada diğer noktaların yanında en çok yakınma konusu oluşturan olgulardan birisi de, bilirkişi ücretleridir. Gerçekten bilirkişiliğin adeta bir meslek haline geldiği söylenen ve bu şekilde düzenli gelir getiren bir "iş" olduğu iddiası yaygınlık kazanmıştır. Aynı ölçüde yaygın olan bir başka sav ise, bilirkişi ücretlerinin son derece düşük, hatta zaman zaman "komik" olduğu, yapılan giderleri veya emeği karşılamaktan uzak olduğu biçimindedir⁶⁰.

Bu iddiaları değerlendirebilmek için kanaatimizce bilirkişiliğin uygulamadaki görünümünü dikkate almak gerekir.

Ankara Adliyesi bakımından bir tespitte bulunulursa, hâkimlerin -ceza yargılaması için belirttiğimiz üzere- yılın tamamı veya altı aylık bir dönem için dava türlerine göre, fiili bir tarife belirledikleri ifade edilmektedir. Örneğin, Ankara'da bir asliye hukuk mahkemesinde görülen bazı davalarda takdir edilen bilirkişi ücretlerini şöyle belirtmek mümkündür⁶¹: Kamulaştırma ve itirazın iptali davalarında ortalama **30 milyon TL**, eser sözleşmelerinde -bir üst sınır konulmaksızın- en az **50 milyon TL**, icra tetkik mercilerinde ortalama **20-25 milyon TL** iken bir kısım davalarda daha farklı rakamlara ulaşıldığı ifade

⁵⁹ Bkz. yuk. s. 346 vd.

⁶⁰ Bu konuda bkz. yuk. s. 334-335.

⁶¹ Hukuk hâkimlerinin bilirkişi ücretlerini takdir ederken dikkate aldıkları ölçütler ve rakamlar, Ankara 31. Asliye Hukuk Mahkemesi hâkimi sayın Serdar Arıkan'dan alınmıştır.

edilmektedir(örneğin, bir kooperatif-alacak davasında 600 milyon TL'ye kadar).

Bu ücret takdiri yapılırken yapılacak işin niteliği (zorluğu); bu tür davaların sıklığı, sayısı; dava dosyasını eki niteliğindeki delillerin, incelenecek belgelerin çokluğu, işin hacmi; müddeabihin miktar veya değeri; bilirkişinin sıfatı, kariyeri; konu hakkında bilirkişi teminin zor veya kolay olması (yani bir konuya ilişkin bilirkişi arzının az veya nadir olması, konudan bağımsız olarak otomatik olarak bilirkişiye ödenecek ücreti artırıcı bir etken olabilmektedir); bilirkişiye ödenecek ücretin onun sebepsiz zenginleşmesine neden olmayacak bir miktarda olması, ücretin yapılan işin ve emeğin karşılığı olması gereği gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Ayrıca bilirkişilerin talebi ve yapılan işin niteliğine göre iş bitiminden sonra ek bilirkişi ücreti ödenmesine de karar verilebilmektedir.

Bilirkişi ücretlerinin şehirlere göre değiştiği de bilinen bir olgudur.

Doktrinde de bilirkişi ücretlerinin belirlenmesi konusunda kanun hükmü gereği takdir yetkisinin hâkime ait olduğu; ancak objektif bir ölçütün bulunmadığı ifade edilmektedir⁶². Daha önce belirttiğimiz üzere CMUK m. 77'de ifade edildiği biçimiyle çıkarılmış bir tarife de bulunmamaktadır.

Bu boşluğun doldurulabilmesi amacıyla doktrinde yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir kanun değişikliği yapılması veya bu konuda Adalet Bakanlığı'na ücret tarifesi düzenleme yetkisinin verilmesi önerilmektedir. CMUK m. 77 hükmünden hareketle bilirkişi ücretinin, bilirkişinin yolculuk ve diğer giderlerini, kaybettiği zamanı ve bilirkişi incelemesi için geçen emeğini karşılayacak miktarda olması gerektiği ifade

⁶² Kuru s. 2791-2792.

edilmektedir. Bilirkişi ücretinin miktarı, bilirkişinin emeğini gerçekten karşılayacak oranda olmalı; bilirkişiye haksız menfaat sağlayacak ücret takdirinden kaçınılmalıdır⁶³. Yine doktrinde bilirkişinin harcadığı emeğin değeri; incelemenin niteliği ve gerektirdiği mesai; dosyanın kapsamı; incelemenin gerektirdiği harcama ve giderler; müddeabihin tutarı gibi unsurların dikkate alınması savunulmaktadır. Aynı şekilde bu konuda hâkimin iki konuyu dengelemesi gerektiği belirtilmektedir: Birincisi, uzun ve çileli bir eğitim ve deneyimin sonucu olarak kazanılan uzmanlık bilgisinin değerini ve hakkını vermek; ikincisi ise, Anayasal bir direktif olan usul ekonomisini gözetmek. Bu görüşe göre ücretin az takdir edilmesindeki hata, fazla takdir edilmesindeki sakıncaya göre daha fazladır⁶⁴. Kanaatimizce bu görüşe tamamen katılmak mümkün değildir. Öncelikle bilirkişilik bir meslek değildir⁶⁵. Kişiler esasen bir başka meslek veya sanat alanında uzmandırlar ve bu bilgileri yargı organına sunmaktadırlar; adaletin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynamakta karar sürecine katılmaktadırlar. Bilirkişi ücreti, kuşkusuz bilirkişinin yaptığı işin,

⁶³ Kuru s. 2792. Yazar ayrıca 22.11.1936 tarihli bir Genelge'ye de atıf yapmaktadır. Buna göre, "Görülecek işin mahiyet ve hususiyetine göre değişebilen bilirkişi ücretlerinin tayini, HUMK'nun 285 inci maddesi gereğince hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu takdir hakkının kullanılması sırasında, **bilirkişiye havale olunan işin mahiyet ve hususiyeti ve sarf olunan mesai ile beraber mahalli iktisadi vaziyetin de nazara alınması lazım geldiğinden, işin hususi mahiyetini zaruri bir icabı olmadıkça bilirkişi ücretlerinin de hayat şartlarına uygun ve mutedil bir had dahilinde takdir olunacağı** tabiidir. Ancak bilirkişi ücretlerinin bu esasların nazaran alınmaksızın tayini haklı şikâyetlere meydan vermekte ve hatta bazı hallerde ceza takibatını gerektiren sebeplerin inzimamı adli nüfuzu haleldar edecek mahiyet hususuna ilgili dairelerin dikkatinin çekilmesi tamimene önemle tebliğ olunur" (HİGM 22.11.1936, sa. 20- Kuru s. 2792-2793).

⁶⁴ Deryal s. 66-67.

⁶⁵ Bkz. Kalpsüz, s.12-13; ayrıca bkz. aşa. 375-376.

emeğin karşılığı olmalıdır. Ancak burada ölçüt, bilirkişinin aldığı eğitimin veya yetişmesinin zorluğu değil, işin niteliği olmalıdır. Örneğin, eski eserler konusunda çok az bilirkişi bulunabiliyor ise veya uluslararası başarısı ve ünü olan birisi söz konusu ise, ona takdir edilecek ücretin daha farklı olması düşünülebilir. Yoksa eğer, örneğin, bilirkişilik yapan doktor, mühendis vs. de uzun ve ağır bir eğitimden geçmiştir; sırf bu nedenle daha fazla ücret alması düşünülemez. Öte yandan, bilirkişi ücretinin az takdir edilmesi de fazla takdir edilmesi de aynı ölçüde sakıncalıdır. Nitekim başından beri açıklamaya çalıştığımız gibi, tartışma bilirkişi ücretlerinin az veya çok olduğunu söyleyen iki kategoriye işaret etmektedir.

Doktrinde hâkimin bilirkişi ücretinin ödenmesine karar vermemesi, raporu inceledikten sonra, eğer rapor yetersizse bilirkişi ücretinden indirim yapması savunulmaktadır. Hatta bu görüşe göre bilirkişinin raporundan taraf tuttuğu açıkça anlaşılıyorsa veya bilirkişi bu görevini kötüye kullanmış ve bu nedenle bilirkişi raporunun davada kullanılması mümkün değilse, bilirkişiye hiç ücret verilmemelidir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, bilirkişinin kusuru ile hakkında ret sebebi meydana getirmesi halinde ücret talep etme hakkını yitireceğine karar vermiştir. Hatta, hafif kusur ile bu ret sebebinin oluşturulması dahi aynı sonuca bağlanmıştır⁶⁶.

3. ÜCRETLE İLGİLİ DİĞER SORUNLAR

a. Bilirkişi Ücretinin Değiştirilmesi

Hâkimin bilirkişi ücretine ilişkin kararı bir ara karardır. Bu kararlar taraflar lehine bir usuli kazanılmış hak doğmaz.

⁶⁶ Kuru s. 2794.

Burada da takdir edilen bilirkişi ücretinin **indirilmesi** veya **artırılması** gündeme gelebilir⁶⁷.

Hâkimin takdir ettiği bilirkişi ücretini çok bulan ve bunu ödemekle yükümlü olan taraf, **ücretin indirilmesini** isteyebilir. Mahkeme, bu istemi reddederse söz konusu karar ancak asıl hükümle birlikte temyiz edilebilir. Mahkeme, tarafın talebi doğrultusunda ücretin indirilmesine karar verirse, buna karşı başvurulacak kanun yolu yoktur. Zira bilirkişinin hükümle veya ondan ayrı bir temyiz yetkisi yoktur; bilirkişi taraf değildir. Doktrinde yalnızca bilirkişinin indirilen ücretin tekrar artırılmasını isteyebileceği, herhangi bir taraf lehine usuli kazanılmış hak doğmadığından mahkemenin bu kararından dönüp ücreti artırabileceği ifade edilmektedir⁶⁸.

Bilirkişi de başlangıçta veya iş bittikten sonra ücretin az olduğu veya ek birtakım giderler yapıldığını ileri sürerek **ücretin artırılmasını** isteyebilir. Hâkim somut olaya veya yapılan işe bakarak ücret konusundaki ara kararını değiştirebilir.

Taraflar bilirkişi ücretinin artırılmasına ilişkin karara aynı mahkemede itiraz edebilirler. Bu itiraz hâkim tarafından reddedilirse kararın ancak asıl hükümle beraber temyizi mümkündür.

Doktrinde, taraf, bilirkişi ücretinin veya giderlerinin yeni, artırılan bölümünü ödemezse, bilirkişinin mahkemenin dava hakkındaki hükmü kesinleşmeden, bilirkişi ücretinin veya giderinin ödenmesi için dava açması veya takip yapmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Zira bilirkişi ücretinin artırılmasına ilişkin karar ara karardır ve asıl hükümle temyizi halinde bozulması olasılığı vardır. O nedenle bilirkişi,

⁶⁷ Erdemir s. 1217.

⁶⁸ Kuru s. 2793-2794.

mahkemenin dava hakkındaki hükmü kesinleştikten sonra artırılan bilirkişi ücret veya giderinin ödenmesi için hükümde yargılama giderleri kendisine yükletilen tarafa karşı ilâmsız icra takibi yapılabilir. Bu halde mahkemenin bilirkişi ücretinin artırılmasına ilişkin kararı İİK m. 68, I anlamında resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belge niteliğinde sayılmalıdır. Ayrıca aynı şekilde bilirkişi, artırılan ve kesinleşen hükümle kendisine bu gider yükletilen tarafa bu tutar için bir alacak davası açma hakkına sahiptir⁶⁹.

Yargıtay ise eski bir kararında bilirkişiye takdir edilen ücrete itiraz sonunda aynı mahkemenin verdiği kararın ilâm değil, bir ara kararı olduğunu kabul etmişken⁷⁰, daha yeni bir kararında, "...ara kararıyla gerçekleşen bilirkişilere ait ek ödeme kararı hüküm gibi yerine getirilmesi istenebilen kararlardandır. İcra yoluyla istenip alınması ve mahkemece de yargılama giderleri

⁶⁹ **Kuru** s. 2795; Ayrıca bkz. **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. 3, s. 2136.

⁷⁰ Y 4 HD 8.1.1976 t. ve E. 1975/481 ve K. 1976/146 sayılı karar için bkz. YKD, C. 3, Nisan 1977, Sa. 4, s. 483486. Ancak kararda bir karşı oy yazısında şöyle denilmektedir: ".....Çoğunluk bilirkişi ücretinin takdiri yolundaki ara kararının kesin nitelikte olmayacağından İcra İflâs Yasasınının 38. maddesi gereğince ilâm mahiyetinde bulunamayacağından bu davanın kabulü görüşündedir. Oysaki Usulün 285. maddesine göre hâkim bilirkişi ücretini kesin olarak takdir edeceğinden ara kararı da olsa, şayet mahkeme veznesine yatırmamış ise icra kanalıyla infazı kabul kararlar niteliğindedir. Nitekim gerek ceza mahkemelerinde gerekse hukuk mahkemelerindeki uygulamalarda ücret kararı olarak nitelendirilmektedir. Ücret kararı verildikten sonra da muacceliyet kazanır. Örneğin, nafaka davalarında ara kararı ile takdir edilen nafakalar icra dairelerinde ilâm niteliğinde kabul edilerek bu usul uygulanır. **O halde bilirkişinin ücretinin takdirine ait hâkimin kararı ara karar da olsa bu karar kesin ilâm mahiyetinde hükümlere göre infazında yasada mani bir hüküm yoktur**".

arasında hak sahibi yararına tahsiline karar verme yetkisi de bulunmaktadır"⁷¹ diyerek bu karara ilâm niteliği tanımıştır.

Kanımızca Yargıtay eski içtihadı ve doktrinde savunulan görüş daha isabetlidir. Zira ilâmlı icra takibinin dayanağını oluşturan ilâmdan, yargılamaya son veren ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözümleyen mahkeme kararlarını anlamak gerekir; ara kararları bu niteliği taşımaz⁷².

b. Bir Davada Birden Fazla Bilirkişi İncelemesi Yapılması

Hâkimin veya tarafların raporu tatmin edici bulmamaları halinde bilirkişiden ek rapor istenmesi mümkündür (HUMK m. 283-284). Bilirkişiyeye kural olarak bu durumda yeni bir ücret takdir edilmez.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre hâkim, yetersiz bilirkişi raporu üzerine yeni bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır; bu inceleme ve bilirkişiyeye gitme sayısı zaman zaman üçü, dördü de bulunmaktadır⁷³. Bütün bu hallerde doktrinde bilirkişi ücretini, rapora itiraz eden tarafın ödemesi gerekeceği ifade edilmektedir. Buna göre, örneğin davacı rapora itiraz etmez yalnızca davalının itirazı üzerine bilirkişi incelemesi yapılırsa, yeni ücreti davalının ödemesi gerekir. Davalı, mahkemenin verdiği kesin süre içinde bilirkişi giderlerini ödemezse bilirkişi raporunu kabul etmiş sayılır ve mahkeme, ilk rapora göre karar verir⁷⁴.

Kanaatimizce bu uygulama, içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Öncelikle, hâkimi birden fazla bilirkişi incelemesi yapmaya adeta zorlamak, bunu bilirkişi incelemesini

⁷¹ Y 2 HD 8.7.1991 t. ve 7451/10072 sayılı karar için bkz. **Erdemir** s. 1217-1218.

⁷² **Tanrıver**, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 41-42.

⁷³ Uygulama ve eleştirisi için bkz. **Kuru** s. 2770 vd.

⁷⁴ **Kuru** s. 2769, 2869.

talep eden, ispat yükünü taşıyan veya rapora itiraz eden tarafa ama sonuçta bunu yargılama gideri olarak haksız çıkan tarafa yüklemek usul ekonomisine uygun mudur? Çelişkili veya karara elverişli olmayan bir rapora rağmen - tarafların öngörülen bilirkişi ücret ve giderini yatırmamaları nedeniyle- ve bu rapora dayalı olarak karar verilmesi doğru mudur? Yani taraflar hâkimin haksız, usul ekonomisine aykırı ve sonuçta hak kaybına neden olabilecek kadar yüksek bir rakama ulaşabilecek gideri doğurabilecek kararına karşı bir olanağa sahip değil midir?

Kanaatimizce Yargıtay da usul ekonomisini gözetmek ve gerçekleşmesine katkıda bulunmak zorundadır. O nedenle Yargıtay'ın bilirkişi ücretlerini miktar olarak denetime tâbi tutması ve toplam yargılama giderleri bakımından bir kontrol yapması önerilebilir.

IV. İDARİ YARGILAMA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesine göre, "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan mennüyeti ve reddi ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır".

İYUK m. 31'in yollaması nedeniyle uygulanacak hükümler HUMK m. 275-286 ve bu arada ücrete ilişkin de m. 285 olacaktır.

E. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE BİLİRKİŞİ ÜCRETİNİN DÜZENLENME BİÇİMİ

I. İSVİÇRE HUKUKU'NDA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

HUMK'nun kaynağını oluşturan Nöşatel Usul Kanunu § 256'da, "Bilirkişilerin hâkim tarafından belirlenecek miktarda ücret alma hakları vardır" biçiminde bir düzenleme ile bu konudaki takdir yetkisini hâkime bırakmıştır.

Bern Usul Kanunu § 272'de bilirkişi ücretinin hâkim tarafından takdir edileceği belirtilmektedir. Bu ücretin de bilirkişinin kaybettiği zamanın ve harcadığı emeğin karşılığı kadar olması gerektiği ve yapılan işe ilişkin mesleki çevrede geçerli olan tarife kadar ücret takdir edilmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Bu talebin devlete karşı ileri sürülmesi gerekir. Ücrete ilişkin karar kesindir⁷⁵.

Diğer Kantonların usul kanunlarında da benzer hükümler bulunmaktadır⁷⁶.

II. AVUSTURYA HUKUKU'NDA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

Bilirkişinin faaliyeti bir karşılık gerektirir. Bilirkişi, devlete karşı bir bilirkişi ücreti talep etme hakkına sahiptir. Harçlara ilişkin kanun ile (Gebührenanspruchsgesetz) 1975 yılında bilirkişi ücretleri düzenlenmiştir. Bu kanundaki rakamların, tarifenin bir kısmı 19.12.1997 tarihinde değiştirilmiş, artırılmıştır. Kanunun 24

⁷⁵ Leuch, G.: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 1956, s. 266.

⁷⁶ Bkz. Nidwalden Usul Kanunu § 170'e göre, bilirkişi yaptığı giderleri ve mahkeme tarafından takdir edilen ve belirlenen ücrete talep etme hakkına sahiptir. Yine Obwalden Usul Kanunu da § 180'de benzer hüküm içermektedir.

vd. maddelerine göre, ilgili yere yolculuk için gereken giderler, delil ikamesi giderleri, söz konusu yerde ikamet giderleri ve geri dönüş için yapılan harcamaların karşılanması; yardımcı personel kullanılması halindeki giderler; bilirkişinin başka türlü faaliyeti nedeniyle davanın görülmesinin gerektirdiği giderlerin karşılanması; bilirkişinin kaybettiği zamanın ve harcadığı emeğin karşılığı (duruşmaya katılma ve dosyayı değerlendirme de dahil olmak üzere) olmak üzere bir karşılığının ödenmesi gerekir. Yolculuk giderleri, yüksek devlet memuruna ödenen paraya uygun olmalıdır. Emeği için ödenecek ücret de bilirkişinin o işi serbest olarak yapması halinde alacağı ücret kadar olmalıdır. Talep üzerine bilirkişiye uygun bir miktar avans verilir. İş ve sosyal güvenlik konularında öngörülen bilirkişi ücretleri bu kanunda belirtilen miktarlardan daha yüksektir. Bilirkişi, işi bitirdikten sonra 14 gün içinde yazılı veya sözlü ayrıntılı olarak delil ikamesini yapan mahkemeye başvurup ücret talebini ileri sürmek zorundadır. Bilirkişi, bu başvurusuyla birlikte ücretin belirlenmesinde önem taşıyan unsurları da belgelendirmek zorundadır. Bilirkişi ücreti hâkimin taraflara ve bilirkişiye tebliğ ettiği kararı ile hükme bağlanır. Bu karara karşı söz konusu kişiler 14 gün içinde itiraz edebilirler.

Bilirkişi giderleri, yargılama giderlerindedir; hâkim tarafından hükümlerle birlikte taraflara yüklenir. Bilirkişilik, yargılama hukukunun en pahalı kurumudur.

Bilirkişiye başvurulmasının mutlaka gerekli olup olmadığına dikkat edilmelidir. Dosyanın uzun süre bilirkişide kalmamasına, davanın uzamamasına ve pahalılaştırılmamasına hâkim özen göstermelidir⁷⁷.

⁷⁷ Fasching s. 519.

Keşif, bilirkişi veya tanıklar için yatırılması gereken avansın yüksekliğine ilişkin kararlar kanun yollarına konu olabilir. Örneğin, bir tarafa yüklenen toplam 30.000 Schilini aşan ücret kararı iptal edilmiştir⁷⁸.

Hâkim bilirkişiye resen değil de bir tarafın istemi üzerine başvurursa taraf, yargılama giderlerine ilişkin usuli bir yardımdan yararlanamaz; mahkeme tarafından belirtilen süre içinde bu "avans"ı ödemek zorundadır. Bu karar, yalnızca avansın yüksekliği bakımından bir denetime bağlıdır. Bir tarafa yüklenen avans 30.000 Schilini geçiyorsa iptale tâbidir.

Bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğu da dikkate alınarak hâkimin her durumda resen bilirkişiye gidebilmesi gerekir. Ancak mevcut düzenleme ile mahkeme, taraflardan birinin bilirkişi incelemesini istemesini beklemek zorundadır; böylece giderleri, avansın ödenmesini bir kişiye yükleyebilecektir. İçtihatlar, resen bilirkişiye başvurulması hallerini genişletmektedir; avans ödeme yükümlülüğünü ise ispatta menfaati olan kişiye yüklemektedirler. Resen bilirkişiye başvurulması durumunda avans ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İş ve sosyal güvenlik davalarında da bu zorunluluk yoktur. O nedenle bilirkişiye başvurulmama sonucu (Praeklusion) doğmaz⁷⁹.

III. ALMAN HUKUKU'NDA BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

1. Bilirkişi Ücretleri Hakkındaki Kanun'un Düzenlemesi

ZPO § 413'e göre Tanıklar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanuna göre (Gesetz über die Entschaedigung von Zeugen und Sachverstaendigen- ZuSEG) bilirkişilere bir ücret

⁷⁸ Fasching s. 524.

⁷⁹ Fasching s. 522.

ödenir. Hüküm, ZPO'daki tüm dava türlerinde ve iş mahkemelerinde de uygulanır⁸⁰. Alman Hukuku'nda bilirkişi ücretleri tanık ücretleriyle birlikte değerlendirilmiş ve bir arada düzenlenmiştir.

Söz konusu kanun 1957 yılında çıkarılmış olup, değişik zamanlarda bazı maddelerde değişiklikler yapılmış; en son 19 Nisan ve 13 Temmuz 2001 tarihlerinde iki maddesi değiştirilmiştir. Kanun, 18 maddeden (paragraftan) oluşmaktadır. Kanun, kapsam, tanıkların ücretleri, bilirkişi ücretleri, özel çalışma, yurt dışından tanık ve bilirkişiye başvurulması halinde ücretler, özel ücretlendirme halleri, giderlerin karşılanması, yolculuk giderlerinin karşılanma biçimi, sair giderler, ücretin kararlaştırılması, ücret talebinin düşmesi ve zamanaşımına uğraması, hâkimin tespit ettiği ücrete karşı başvurulacak yollar, tercüman ve çevirmen ücretleri hakkında düzenlemeler içermektedir. Kanunun ekinde ise bir tarife bulunmaktadır.

Kanun, bilirkişinin emeği karşılığında ücrete hak kazanacağını belirtmiştir. Kanunun temel yaklaşımı "adam-saat" ilkesi şeklindedir. Her harcanan, gerekli saat için bu miktar 50 DM'den 100 DM'ye çıkabilmektedir. Saat ücretinin belirlenmesinde,

- gereken mesleki bilginin derecesi,
- işin zorluğu,
- teknik aletlerin kullanımı için yapılan diğer giderler,
- bilirkişinin rapor düzenlerken içinde bulunduğu özel koşullar dikkate alınır.

Saat ücreti, incelemeyi gerektiren zamana göre bütün halinde, aynı kabul edilir. Son, işlemeye başlamış olan saat, tama

⁸⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann s. 1310, 1289.

iblağ edilir. Ancak bilirkişi, bu kalan saat için bir başka iş dolayısıyla ücret almakta ise bu (tamamlama) ilkesi geçerli olmaz (ZuSEG §3, 2).

Kanun, bu maddede düzenlenen ücretlerin şu koşullarla %50'ye kadar artırılabilceğini düzenlemiştir. Buna göre,

a. bilirkişinin ayrıntılı olarak kuramsal (bilimsel) bilgi ve doktrin ile konuyu çözmesi gerekiyorsa,

b. bilirkişinin yaptığı işin sıklığı veya somut olarak o olayda harcadığı zamanın fazlalığı, kendisinden beklenemeyecek çok iş kaybına neden olabilecek ise ya da bilirkişi, mesleki kazancının (gelirinin) en az %70'ini mahkeme dışı (özel) veya mahkeme bilirkişisi olarak elde ediyorsa ZuSEG § 3, 2'ye göre belirlenecek ücret %50 oranında artırılabilir. Ancak bir kişiye bu madde gereğince hem a hem de b bendi gereğince ayrı ayrı %50 artırım uygulanamaz.

Kanun, ücretin belirlenmesinde dikkate alınacak saati de, bilirkişilerin söz konusu incelemeyi veya işi yapması nedeniyle kendi mutlak işini yapamadığı zaman olarak tespit etmiştir (ZuSEG § 4).

Kural olarak bilirkişinin yaptığı iş, tarifede⁸¹ belirtilen işlere giriyorsa ücret buna göre belirlenir. Burada düzenlenmeyen hususlarda yapılan bir iş varsa veya bu iş, olağanın dışında bir zaman ve emeği gerektiriyorsa toplam ücret, 65 DM'ye kadar artırılabilir (ZuSEG §5).

Olağan ikametgâhları yurt dışında olan bilirkişilere başvurulduğunda, bu kişilerin kişisel ilişkileri ve özellikle olağan mesleki faaliyetleri dikkate alınarak ücretleri kanunda

⁸¹ Tarife, sağlık hizmetlerine ilişkindir.

düzenlenmiş oranlardan daha yüksek takdir edilebilir (ZuSEG § 6).

Kanuna göre, bilirkişiye ödenecek ücret veya bilirkişinin çalışacağı toplam saat hakkında anlaşma yapılması mümkündür. Bu durumda belirli veya tarafların belirlediği saat üzerinden bilirkişi ücreti, -eğer söz konusu bedel de mahkemeye ödenmişse- ücret olarak bilirkişiye ödenir. Taraflardan sadece birisinin ücret veya saat konusunda mahkemeye başvurması halinde de mahkeme bunu kabul edebilir. Ancak bu halde kanunun öngördüğü miktardan fazlası kabul edilemez (ZuSEG § 7).

Kanuna göre bilirkişinin şu giderleri de kendisine ödenir (ZuSEG §8,1):

1. Raporun hazırlanması ve düzenlenmesi için yapılan giderler, kullanılan malzeme ve araçların incelenmesi için yardımcı personele başvurulması halinde yapılan giderler,
2. Raporda kullanılan fotoğrafların hazırlanması için her ilk baskı için 4 DM, sonraki baskılar için 1 DM,
3. Raporun (yazılı) düzenlenmesi için yardımına başvuru için kişiler için yapılan harcamaları kapsamak üzere, her başlanan sayfa için 4 DM,
4. Katma Değer Vergisi Kanunu § 19, 1'e göre vergilendirilmeyen kısma girmiyorsa, ücretine tekabül eden katma değer vergisi.

Kanunun ödenmesini öngördüğü diğer bir gider türü, yolcuğa ilişkindir. Kanun burada da en uygun kamu taşıtına göre veya 200 km'lik mesafeye kadar bilirkişinin kendi aracını veya bedel ödmeden üçüncü bir kişinin aracını kullanmasına ölçü almaktadır. Daha yüksek miktardaki giderleri kanun, ancak özel nedenlerle zorunlu olması veya toplam bilirkişi ücretinin veya

giderlerinin çok yüksek olmaması halinde karşılamaktadır. Kanun, ayrıca trenle veya gemiyle yapılan yolculuğun birinci sınıf olarak ödenmesini kabul etmiştir. Bilirkişi, kendisine ait veya üçüncü kişiye ait olmakla birlikte bedel ödemediği yolculuklarda da aracının kullanılması nedeniyle bakımı, kullanılması ve yıpranması gibi nedenlerle kendisine 0,52 DM ödenmesi gerekir. Ayrıca yine kanuna göre aracın kullanılmasıyla ilgili diğer giderler, örneğin, ödenmesi gereken park ücretleri de karşılanacaktır. Kanun, bu hallerin dışında yolculukla ilgili başka bazı zorunlu giderler varsa bunların bilirkişiye ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir (ZuSEG § 9).

Kanuna göre, bilirkişiye söz konusu iş nedeniyle mutat ikametgâhından veya oturduğu yerden uzak kalması nedeniyle de ödeme yapılması gerekir. Bu durumda da örneğin, 8 saate kadar olan ayrılma için 6 DM ödeme yapılabilir; eğer söz konusu yerde geceleme gerekir ise bu giderlerinin de ödenmesi gerekir (ZuSEG § 10).

Kanunun özel olarak düzenlediği durumlar dışında karşılanması gereken giderler var ise, örneğin bilirkişiye eşlik eden veya onu temsil eden kişiler var ise bunların giderlerinin de karşılanması gerekir (ZuSEG § 11).

Bilirkişilere talep üzerine -özellikle örneğin, yolculuk giderlerinin çok yüksek olması nedeniyle kendi hesaplarına karşılayamayacak iseler- avans verilmesi mümkündür. Yine eğer talep edilen iş dolayısıyla bilirkişi, en az 30 gün mesleğini kısmen veya tamamen yapamayacak duruma gelecekse veya raporun düzenlenmesi peşin harcamalar yapılmasını gerektiriyorsa ve bu kadar yüksek harcamaları kendisinin yapması bilirkişiden beklenemez avans verilir (ZuSEG § 13).

Kural, bilirkişinin talep üzerine ücret almasıdır (ZuSEG § 15, 1).

Mahkeme, bilirkişinin talebini belli bir süre içinde gider miktarıyla birlikte bildirmesini ister. Bu süre en az 2 ay olabilir. Mahkeme, kararında bilirkişinin süresi içinde talebini yapmaması durumunda sonuçlarını (yaptırım) da belirtmelidir. Talep üzerine süre hâkim tarafından uzatılabilir. Bilirkişi, süresinde hâkimin istemini yerine getirmezse ücret hakkını kaybeder. Ancak elinde olmayan nedenden ötürü süreyi kaçıran bilirkişi, eski hake getirme yoluna gidebilir. Fazla olarak ödenen ücretler ise 2 yılda zaman aşımına uğrar (ZuSEG § 15).

2. Doktrinde ve Uygulamada Bilirkişi Ücretleri

Bilirkişinin mahkemeye gelmek ve bir rapor hazırlama yükümlülüğüne karşılık, ortaya çıkan -örneğin, yardımcı kişilere veya deneylere başvurulması halindeki- giderlerin, kaybedilen zaman ve harcanan emeğin tazmin edilmesini (karşılanmasını) isteme hakkı vardır.

Mahkeme, bilirkişiye yapacağı işin içerik ve çerçevesi ve bunun için tahsis edilen araçlar hakkında tam bir bilgi sunmalı, açıklık sağlamalıdır. Bilirkişi de bu aydınlatmaya katkıda bulunmalıdır. Müddeabihin değerine göre orantısız bir gider yapılması gerekeceği ortaya çıkıyorsa veya talep edilen avansın önemli ölçüde aşılacağı anlaşılıyorsa bilirkişinin bu durumu mahkemeye zamanında bildirmesi yükümlülüğü (ZPO § 407 a, III), taraflara bu konuda bilirkişiye gidilmesinin değip değmediğini düşünme fırsatı verecektir⁸².

⁸² Thomas/Putzo s. 739-740.

Bilirkişi önceden tahmin edilebilecek, öngörülebilecek yüksek giderleri mahkemeye bildirmedeği takdirde⁸³ veya ağır kusuruyla ya da kasten bilirkişi raporundan yararlanılamama sonucuna neden olursa (örneğin, tarafları bilgilendirmeden bir yerde inceleme yaparsa) veya raporda ağır (önemli) bir içerik hatası ya da eksikliği varsa veya bir taraf bilirkişiyi reddetmiş ve bunda da başarılı olmuşsa (her iki tarafın yine de raporla bağlı kalmak istemeleri hali istisna) veya bilirkişi ispat (delil) sorununu yanıtızsız bırakmışsa veya bir araştırma sonucunun bildirimini sınırlamışsa veya susma yükümlülüğünü ihlâl etmişse ya da bilirkişi kusurlu olarak bir ret sebebi yaratmışsa ücret talep etme hakkı ortadan kalkar. Ancak ağır kusur halinde uygulanacak bu yaptırımın niteliği içtihatlar bakımından tartışmalıdır⁸⁴.

Bilirkişinin ihmalinin, ücret talebine hanel getirmeyeceği genellikle kabul edilmektedir⁸⁵.

Bilirkişinin görevini yapmaktan kaçınması halinde de ücret talebine hakkı yoktur⁸⁶.

⁸³ Müddeabihle açık bir orantısızlık gösteren veya talep edilen avansı önemli ölçüde aşacağı anlaşılan bir kısım giderlerin bilirkişi tarafından zamanında mahkemeye bildirilmesi gerekir. Bilirkişi dosya üzerinden müddeabihin değerini ve giderler için avansı kabaca değerlendirmek ve gerekirse müddeabihin değerinin kesin olarak belirlenmesini istemek zorundadır. Aksi halde bilirkişi ücreti azaltılabilir. Böyle bir belirsizliğin bilirkişi aleyhine olacağı konusundaki kararlar için bkz. **Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann** s. 1303-1304.

⁸⁴ Konuya ilişkin kararlar için bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1310; **Rosenberg / Schwab / Gottwald** s. 725; **Thomas/Putzo** s. 743; **Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 20. Auflage, Tübingen 1989, s. 56.

⁸⁵ Esasen bu konu da tartışmalıdır. Bkz. **Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann** s. 1310.

⁸⁶ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1310.

F. TÜRK HUKUKU İÇİN ÇÖZÜM VE MODEL ARAYIŞLARI

Başından beri ifade etmeye çalıştığımız üzere ve karşılaştırmalı hukuk verilerinin de gösterdiği biçimde, Türk Hukuku'ndaki mevcut düzenleme, bilirkişi ücretleri konusunda hâkime takdir yetkisi vermekle beraber bir çok sorunu içinde barındırmaktadır. Sorunun temel çıkış noktası ise kanaatimizce bilirkişiliğin kurumsallaşmamış olmasındadır. Bilirkişi, bugüne kadar diğer takdiri delillere eş veya koşut bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Bugün ise kendisine biçilen elbiseye sığamamanın sıkıntılarını yaşamaktadır; dolayısıyla bu elbise ya onarılacak veya bilirkişilik, bedenine, kalıbına ve işlevine uygun yeni bir kıyafete kavuşturulacaktır. Adeta ışık hızıyla yaşanan ve içinde bulunan anın hemen tüketildiği ve “eski” ye dönüştüğü bir çağda uzmanlaşma veya uzman bilgisine başvurmak kaçınılmaz olmuştur. O halde bilirkişilik de kurum olarak hem sorgulanmalı hem yeniden yapılandırılmalıdır. Bu anlamda bilirkişi ücretlerinin de düzenlenmesi zorunludur. Ancak konu, hiçbir biçimde bilirkişiliğin Türkiye’de içinde bulunduğu keşmekeşten bağımsız düşünülemez. Zira, bilirkişinin doğru seçimi, yapacağı işin kendisine açık ve kesin olarak anlatılması, bilirkişinin sorumluluğu, denetlenmesi vs. gibi pek çok nokta bir arada değerlendirilmelidir; aksi halde bu parametreler gözetilmeden ücretlerin düzenlenmesi sonucu değiştirmeyecek, hatta olumsuz bile etkileyebilecektir.

Bu konuda başlangıçta ifade ettiğimiz üzere, pek çok yakınma, daha çok duyulur hale gelmiştir. Belki kapalı kapılar ardında konuşulan sorunlar, büyük ölçüde daha geniş kesimlerce bilinir hale gelmiştir. Ne var ki, söz konusu sorun aslında bundan tam 30 yıl önce dile getirilmiş; hatta soruna çözüm olarak bir kanun ön tasarısı dahi hazırlanmıştır. Prof. Dr. Yaşar Karayalçın

tarafından hazırlanıp, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Tahkim Komisyonu'nun kabul ettiği "*Türkiye Hakemler Odası Kanunu Öntasarı*"nda bilirkişilik ve hakemlik örgütlenilmeye çalışılmış ve bu tasarının 28. maddesi, "...mahkemeler tarafından takdir edilecek ücretler, Oda Genel Kurulu tarafından kabul ve Adalet Bakanlığınca tasdik edilen tarifede yazılı miktardan aşağı olamaz" hükmünü getirmiştir. O günden bu yana herhangi bir düzenleme yapılamaması, ancak sorunun gittikçe kronik bir hal alması, yeniden konu üzerinde tartışmaları yoğunlaştırmıştır. Adalet Bakanlığı hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik kurumlarını bir çatı altında toplamak ve disipline etmek amacıyla bir kanun taslağı hazırlamıştır. "*Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu*" Taslağı'nın 13. maddesi odalara kendi çalışma alanları içinde uygulanacak ücret ve tarifelerle ilgili teklif hazırlayıp Birlik Yönetim Kuruluna gönderme yetkisi vermektedir. Yine aynı Taslağın 32. maddesi de birlik Yönetim Kuruluna oda yönetim kurullarının da önerilerini dikkate alarak ücret tarifesi düzenleme görevi vermektedir.⁸⁷

Görüldüğü üzere konu artık kanun koyucunun yetki alanına doğru ilerlemektedir. Bu ise, uygulamadaki sorun ve yakınmaları gidermek bakımından son derece olumludur.

Öncelikle bilirkişinin işlevi ve faaliyeti yeniden tanımlanmalıdır; yargı mekanizması içerisindeki yeri belirlenmelidir. Bilirkişinin fikirsel ve bedeni emeğini ve giderlerini karşılayabilecek bir ücret politikasının izlenmesi

⁸⁷ Taslak için bkz. Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001'de Yapılan Toplantı, Ankara 2001, s. 61 vd.

zorunludur⁸⁸. Bilirkişilik bir meslek olmadığı için⁸⁹, kanaatimizce bu kurumun bir gelir kapısı olarak görülmesi de hatalıdır. Zira bilirkişilik yapan kişinin esasen bir alanda zaten uzmanlığı vardır ve o nedenle kendisine başvurulmuştur. Dolayısıyla sadece bilirkişilikle geçinmek veya adeta bu işi asli “meslek” haline getirmek de tehlikelidir.

Öte yandan kural olarak bilirkişiliğin zorunlu olması karşısında, özellikle resmi bilirkişilerin kendi kurum tarifelerine göre aldıkları ücretler incelendiğinde durumun hiç de iç açıcı olmadığı görülür⁹⁰. Bu şekilde hizmet vermenin de Anayasa'nın

⁸⁸ “Bugün bilirkişi ücretleri yanında bu tür çalışmalar için yapılması gereken çalışmalar için yapılması gereken giderler, davanın sonucunu ve kararı etkileyecek boyuttadır. Sağlıklı ve kesin bir karar için, ölçme, deneme, hazırlanması veya satın alınması gerekli uzman yazılımlar, alınması gereken ölçüm cihazları vb. satın alınabilmesi, belirleyici ve zorunlu hale gelmiştir. Bilirkişiye ödeyeceğimiz her birim karşılığında, bir davanın bilirkişiliği için gerekli olan kitaplar, raporlar, simülasyon, ve modelleme çalışmaları vb. bilirkişi ücretinin 50-100-500 katını çok rahatlıkla bulabilmektedir. Bunların bilirkişi ücretlerinin içinde veya bu yapı ve ölçekteki bütçelerle karşılanabileceğini düşünmek olanaksızdır. Bu fon sağlanamadığı için inceleme yeterli teknik alt yapı ve olanakla yapılamadığı için, bulgular kesin olamamakta, kuşkulara ve tartışmaya neden olmaktadır. O nedenle parasal boyut düşünülürken sadece bilirkişilerin adam-saat ücretleri üzerine kurulu olmamalıdır.; ama yapılacak işlerin tamamının gerektirdiği parasal kaynağın düşünülmesi ve temellendirilmesi gerekir”(Özkaya, Aydın: Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001'de Yapılan Toplantı, Ankara 2001,s. 22-23)..

⁸⁹ Kalpsüz s. 12-13.

⁹⁰ İçinde bulunduğumuz yıl için Adli Tıp Kurumu'nun belirlediği örneğin, en düşük ücret olan fotoğraf ücreti **4 milyon TL**; en yüksek ücret ise örneğin, hukuki veya cezai ehliyetin tespiti **7, 5 milyon TL**'dir. Mahkemeler bu tarifeye göre bilirkişilik yapan doktorlar için ücrete hükmetmektedirler. Yine bilirkişiliğe dahil olmamakla birlikte resmi tarifeye örnek olması açısından, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın yeminli tercüme bürosu asgari

18, I'de yer alan hükmüyle ne kadar uyumlu olduğu tartışılabilir. Öte yandan bazı meslek odalarının kabul ettiği tarifeler de mahkemelerce -söz konusu rakamların çok yüksek olduğu gerekçesiyle- kabul görmemektedir⁹¹. Dolayısıyla bilirkişi ücretlerinin bir şekilde tüm ülke için belli ölçütlerle tespiti gereksinimi açıktır. Almanya ve Avusturya örneğinde olduğu gibi,

ücret tarifesine göre, 2001 yılı için -sayfa başına olmak üzere- İngilizce, Almanca ve Fransızca için 4.800.000.- TL, diğer diller için 6.600.000.- TL ücretin belirlenmiş olduğunu ifade edelim.

⁹¹ Örneğin Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği 2001 yılı Bilirkişilik-Ekspertlik-Hakemlik ve Teknik Müşavirlik Yönetmeliği m. 7 "Bilirkişilik Ücretleri" başlığını taşımaktadır. Buna göre,

a. H.M.U.K. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu), C.M.U.K. (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu) ve İstidlak Yasası vb. gereğince mahkemelerde ya da duruşmalarda ücretler:

-Kaybettiği iş süresi için alacağı tazminat,

-İnceleme ve yolculuk masrafları,

-Çalışmasıyla uygun ücreti

dikkate alınarak hakim tarafından tespit edilir.

b. Diğer kamu kuruluşlarında ya da özel kuruluşlarda şahısların doğrudan bilirkişilik işlemlerinde,

1. Büroda dosya üzerinde düzenlenen raporlarda kişi başına her rapor için en az 145.000.000.- TL ücret alınır.
2. Arazide ve iş sahalarında düzenlenen raporlarda arazide geçen her gün için kişi başına en az 108.000.000.-TL ücret alınır. Ancak arazi çalışmalarında incelikli ölçümler olduğunda Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Birim fiyatları uygulanır.
3. Mahkemelerde açıklama yapılması halinde her celse ya da ek açıklama için en az 108.000.000.- TL ücret alınır.
4. Raporların düzenlenmesinde, daktilo, kurtasiye, deney, teknik resim ve benzeri masraflar ayrıca alınır.
5. Arazide ya da büroda her defasında birden çok dosyanın incelenmesi durumlarında 10 dosyaya kadar dosya başına 116.000.000.-TL alınır. 10 dosyadan fazlası için dosya başına en az 72.000.000.- TL ücret alınır.
6. Aynı dosya içinde birden fazla rapor düzenlendiğinde her rapor için normal ücretin %50'si oranında ek ücret alınır.

konunun kanunla düzenlemesi düşünülebilir. Ancak ülkemizdeki yoğun ve sürekli enflasyon olgusu karşısında bu çözüm gerçekçi olmaz. Kanaatimizce en uygun çözüm, Adalet Bakanlığınca veya eğer bilirkişilik örgütlü bir yapıya kavuşturulabilirse bu örgüte verilecek yetkiyle ilgili kuruluş tarafından tarife hazırlanması biçiminde olacaktır.⁹² Hâkim yine söz konusu tarife içerisinde takdir yetkisine de sahip olabilmelidir.

Kanaatimizce böyle bir tarifeyi kimin düzenleyeceğinden daha önemli olan sorun, yapılacak düzenlemeye temel alınacak ilkeler olacaktır. Burada da üç temel ilke gözetilmelidir:

- Bilirkişi ücret ve giderleri, dar anlamda yargılama giderlerindedir. Dolayısıyla hâkimin “**usul ekonomisi**”ne (Any. m. 141, IV ve HUMK m. 77) uygun olarak davaların en az giderle sonuçlanmasına özen göstermesi gerekir. O nedenle hâkimin gereksiz bilirkişi incelemesi yapması, birden fazla bilirkişi incelemesi yoluna gitmesi, adalet hizmetini hak arayanlar aleyhine pahalılaştırmaktadır. Bu giderler davada haksız çıkan tarafa yükletilecektir. Ancak kanaatimizce hâkimin HUMK m. 418 hükmünü kullanarak giderlerin, gereksiz bilirkişi incelemesine neden olmuş tarafa yüklenmesine de karar vermesi gerekir. Öte yandan Yargıtay’ın hâkimlerin takdir ettiği ücretleri denetleyip gereksiz bilirkişi incelemesine engel olması önerilebilir.

- Yine aynı ilke çerçevesinde yargılama giderlerinin çok yüksek olması, taraflar için “**hak arama özgürlüğü**”nü engelleyici bir niteliğe bürünmemelidir. Doktrinde bir görüşe göre, bilirkişi ücretleri devlet tarafından karşılanmalıdır. Çünkü bilirkişiye

⁹² Her ne kadar son günlerde Rekabet Kurumu’nun meslek odalarınca veya kuruluşlarınca tespit ettikleri bu tür sabit ücretlere karşı bir soruşturmasından söz edilmekte ise de, bilirkişilik örgütlendiği takdire işin kamusal niteliği dikakte alındığında bu durumun bir sakınca yaratmaması gerektiği kanaatindeyiz.

gidilip gidilmemesine karar veren hâkimdir ve bu konuda hâkimin bilgisi yeterli olmadığı için bilirkişiye gidilmektedir. O halde bilirkişi giderlerini devlet karşılamalıdır⁹³. Kanaatimizce böyle bir görüşe katılmak mümkün değildir. Devletin adalet hizmeti sunmak gibi bir ödevi vardır; ancak bunu taraflar için tamamen parasız hale getirmesi mümkün olmadığı gibi doğru da olmaz. Çünkü, bir vatandaşın parası ile bir başka vatandaşın uyuşmazlığının (örneğin alacak davasının) çözülmesinde bir kamu yararının varlığından söz edilemez. Ancak bilirkişiliğin işlev ve özelliğine uygun olarak eğer hâkim resen bir konuda bilirkişiye başvurulmasına karar vermişse, artık ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Devlet hazinesine başvurulması savunulabilir bir çözümdür⁹⁴.

- Bilirkişi ücretlerinin belirlenmesinde “ölçülülük” ilkesi gözetilmelidir. Yine usul ekonomisi ilkesiyle de bağlantılı olarak, bir davada yapılacak giderlerin müddeabihe olan oranı dikkate alınmalıdır. Müddeabihin karşısında çok yüksek miktarlara çıkan yargılama giderleri, hem ölçüsüzdür, hem usul ekonomisine aykırıdır, hem hak arama özgürlüğünü sınırlar.

⁹³ Pawlowski, Kissel ve Kininger'den naklen Yılmaz s. 215.

⁹⁴ Bkz. yuk. s. 353-357.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. SELÇUK ÖZTEK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Değerli konuklar, sözlerime Büyük Atatürk'ü özlemle andığımızı ve aziz hatırası önünde saygıyla eğildiğimizi belirterek başlamak istiyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bu vesileyle Sayın Taşpınar'a çok teşekkür ediyoruz, bize konuyu mufassal bir şekilde anlattı. Fakat biraz süre tecavüzü söz konusu oldu, o itibarla ben sözü fazla uzatmayacağım. Ancak ifade ettiklerini bir ölçüde tamamlamak amacıyla birkaç mükayeseli hukuk verisine değineceğim. Çünkü fazla da kompleks duymamak lazım, bu sorun çok şiddetle Batı ülkelerinde de mevcut, yani bu sorunun sadece Türkiye'de mevcut olduğunu söylemek kanaatimce pek doğru olmaz.

Bir kere bizler için tabiatıyla çok önemli bir kaynak var, o da Neuchatel Medeni Usul Kanunu. Neuchatel Medeni Usul Kanunu Sema Hanımın belirttiği gibi hâkimin bilirkişilerin ücretini belirleyeceğini ifade ediyor. Yalnız 1988 yılında biliyorsunuz, bizim kaynak kanun ilgâ edildi ve yeni bir usul kanunu Neuchatel'de benimsendi. Bu yeni kanun bir yenilik olarak hâkimin bilirkişilerin ücretini belirleyeceğini ifade ettikten sonra, ikinci fıkrasında, ivedi haller dışında hâkimin bilirkişi incelemesinden önce, bilirkişileri davet ederek onlara ücret ve masraflarını ne olarak taktir ettiklerini de sorabileceğini öngörmektedir, tabiatıyla bir bağlayıcılık ifade etmemek kaydıyla.

Sonra Fransız hukukunda çok ciddi şikâyetler vardır, hem bilirkişilik kurumundan hem de bilirkişi ücretleri konusunda. Ben Fransız istinaf mahkemelerinin -çünkü bilirkişi ücretlerine karşı itiraz mercii istinaf mahkemesi başkanı oluyor.- Birkaç kararına rastladım ve şaşkınlık içinde kaldım; çünkü bizde İstanbul'da klasik formül vardır, iddia ve savunma değerlendirilerek davacının alacaklı olup olmadığının belirlenmesi diye. Aynı şekilde Fransız hâkimleri de yapıyorlarmış ve devamlı istinaf mahkemesinde veyahut da Fransız Temyiz Mahkemesi nezdinde gündeme geliyor. Fransız Temyiz Mahkemesinin bunun doğru olmadığını, fakat yapılacak pek bir şey de olmadığını, böyle bir hukuki değerlendirme yapmış olsa dahi bilirkişinin, hâkimin o raporun teknik kısmından yararlanabileceğini özellikle belirttiğini görüyoruz.

1976 yılında yürürlüğe giren yeni Fransız Usul Kanunu, Medeni Usul Kanunu tabii, şöyle bir sistem kurmuş ki, bazı değişiklikler içermekle birlikte sonuçta bize çok benziyor: Bilirkişi incelemesinin yapılmasına karar veren hâkim bilirkişi raporu tevdi edildikten sonra bilirkişiye ödenecek ücrete mahsuben bir miktar paranın önceden depo edilmesini emreder. Bu miktar eğer öngörülebiliyorsa, nihai bilirkişi ücretine mümkün olduğu kadar yakın olmalıdır. Tevdi edilecek miktarın önemine göre hâkimin vadelere yayarak ödeme yapılmasına izin vermesi mümkündür. Fransa'da tarafların en korktuğu şeylerden birinin bilirkişi incelemesi yapılmasına mahkemenin karar vermesi olduğunu ifade edeyim; çünkü dehşetli rakamlar çıkıyor.

Raporun düzenlenmesi sırasında masraf yapan ve bu masrafı tevsik eden bilirkişinin vezneye tevdi edilmiş olan paradan belli bir miktarı önceden almasına hâkim izin verebilir. Bilirkişi incelemesini bitirip raporunu mahkemeye tevdi ettikten sonra hâkime bir bordro ile masraflarının listesini sunar ve ücretini yani "onorer şerefiye" dediğimiz ücretini bildirir. Bu çoğu

kere saat ücretidir, bu bağlamda bilirkişi değerlendirmesini yaparken daktilo masrafı, fotokopi masrafı, sekreterlik masrafları, ulaşım masrafları, bizzat emeğin karşılığını teşkil eden bilirkişi ücreti gibi bütün şahsi masraflarını ve kira bedeli, personel masrafları, genel giderler gibi bütün genel masraflarını gözönüne alabilir. Bilirkişi, incelemesi sırasında, bununla ilgili başka bir konu da, bir uzmanın görüşüne başvurmak ihtiyacını hissetmişse, bu uzmana ödediği ücreti de talep edebilir. Şu halde, sonuçta, Fransa'da da bilirkişi ücretini hakim tayin etmektedir. Fransa'da bilirkişiler genellikle mensubu oldukları meslek birliğinin tarifelerine yollama yaparak bilirkişi ücreti talep etmektedirler; fakat bu tarifeler mahkeme bakımından sadece fikir verici bir rol oynarlar. Bu şekilde belirlenen bilirkişi ücreti avans olarak yatırılan paradan fazla ise, hakim aradaki farkın yatırılmasını taraftan ister; buna rağmen aradaki fark yatırılmazsa, hakim, bilirkişiye, alacağını cebri icra yoluyla tahsil etmesine imkan sağlayan bir belge verir (yani, böylece bilirkişinin ilamlı icra yoluna başvurması sağlanır). İlk derece mahkemelerinin ve istinaf mahkemelerinin bilirkişi ücretinin belirlenmesine ilişkin kararlarına karşı, taraflar ya da bilirkişi, istinaf mahkemesi başkanı nezdinde bir ay içinde itiraz edilebilirler; itiraz, bilirkişi ücretinin bilirkişi tarafından tahsilini durdurmaz.

Belçika hukukunda ise durum biraz daha değişiktir. Nitekim, Belçika'da bilirkişi, raporunu mahkemeye tevdi ederken, raporunun altında, bilirkişi incelemesinin gerektirdiği masrafları ve şerefîyetini bir cetvel şeklinde belirtir. Bilirkişilerce düzenlenen bu cetvel, bilirkişilerin "kalitesi", yaptıkları çalışmanın kapsamı ve uyuşmazlık miktarı gözönüne alınarak hazırlanır. bilirkişiler raporlarını mahkemeye tevdi ederken aslına uygun bir nüshasını da, altında şerefiye ve masraf listesi ile birlikte, taahhütlü olarak taraflara gönderirler; aynı belgelerin imzasız bir nüshası da bilirkişiler tarafından vekillere gönderilir.

Raporun mahkemeye tevdiinden itibaren 15 gün içinde taraflar, yazılı olarak, hakime, bilirkişiler tarafından istenen masraflar ve şerefiyeyi kabul ettiklerini bildirirlerse bu cetvel hâkim tarafından tasdik ediliyor ve icra kabiliyeti kazanıyor. Eğer 15 günlük süre içinde taraflar cetvele muvafakât etmezlerse, bilirkişinin ya da taraflardan birinin başvurusu üzerine hâkim tarafları dinliyor ve bilirkişi masraflarıyla bilirkişi ücretini belirliyor. Yani sonuçta yine netice itibarıyla iş hâkimin takdirine kalıyor.

Sayın Taşpınar'ın belirttiği kriterler hemen hemen üç aşağı beş yukarı İstanbul'da da geçerli, âdeta bir fiili tarife oluşmuş bulunuyor. Bir de tabii "sorunun kökeninde acaba bilirkişilik kurumuna hâkimlerimizin, özellikle İstanbul'da çok sık başvurması da var mı?" diye sormak icap ediyor. Yani iş biraz sürümden kazanma meselesi haline özellikle İstanbul'da gelmiş bulunuyor, tabii bu doğru bir seyir değil. Ben belki uygulamadaki hâkimlerin düşüncelerini nakletmesi bakımından Sayın Gök'e söz veririm, dünkü oturumlarda ben bulunamadım; ama o oturumlar bakımından, hâkimler yönünden cevap hakkının doğmuş olduğunu da düşünüyor kendileri, belki o konuda da bir-iki söz söylerler.

Buyurun. (Alkışlar)

Hâkim FARUK GÖK

(Samsun Asliye 1. Hukuk Mahkemesi)

Teşekkür ediyorum, Hocam.

Saygıdeğer konuklar, bugün 10 Kasım 2001, ben de sözlerime başlamadan önce 63 yıl önce aramızdan ebediyen ayrılan bugünlerimizi borçlu olduğumuz demokratik bir ortam içerisinde bu sempozyumda bilirkişilik konusunu tartışmamıza imkân sağlayan, bunu da yine kendisine borçlu olduğumuz

Ulu Önder Atatürk'ümüzü saygı, şükran ve rahmetle anmayı her şeyden önce bir borç biliyorum. (Alkışlar)

Diğer taraftan bu sempozyuma konuşmacı ve tartışmacı olarak katılan diğer arkadaşlarımız arasında benim farklı bir konumum bulunmaktadır. Bu vesileyledir ki, ben Samsun Adliyesinde hâkim olarak görev yapıyorum, tüm Samsun Adliyesindeki görev yapan yargıç, savcı arkadaşlarımızı, hukukçu arkadaşlarımızı da temsilen huzurlarınızda bulunuyorum. Bu vesileyle bu sempozyum için Samsun dışından Samsun ilimize gelen değerli tüm konuklarımızla tek tek ilgilenme imkânı bulamadığımdan dolayı öncelikle onlarla ilgili bir vecibemi de yine yerine getirmeyi düşünüyorum.

Saygıdeğer konuklar, öncelikle bu etkinliğe ev sahipliği yapma onurunu bizlere bahşeden Türkiye Barolar Birliğinin değerli Başkan ve Yönetim Kurulu üyelerine, yoğun olduğunu bildiğimiz işlerinden değerli zamanlarını bu sempozyum için ayırarak gerek konuşmacı gerek konuk olarak sempozyuma katılan, bizleri onurlandıran hukuk camiamızın çok değerli mensuplarına, yine ev sahibi olarak bu sempozyum için tüm olanaklarını seferber eden, yakın ilgi, destek ve sınırsız katkılarını esirgemeyen Sayın Valimize, Samsun Büyükşehir Belediye Başkanımıza, Cumhuriyet Başsavcımıza, bunun yanısıra nazik düşünce ve davetleriyle ile benim de konuşmacı-tartışmacı olarak bir yargıç sıfatıyla ve Samsun Adliyesini temsilen huzurlarınızda bulunmama olanak sağlayan, vesile olan Samsun Barosunun değerli Başkan ve tüm üyelerine şahsım ve tüm hukukçu arkadaşlarım adına sonsuz saygı ve şükranlarımı arz ediyor, tüm konuklarımıza da bu vesileyle hoş geldiniz demeyi yine bir borç biliyorum.

Değerli hocalarımız, konuşmacı arkadaşlarımız bizim tebliğimizin konusu olan bilirkişilik ücretini enine boyuna dile

getirdiler, ifade ettiler. Ben bunların tümüne katılıyorum, ayrıca tekrarlama gereği duymuyorum, süremizin dolduğunu, hatta aşmış olduğunu düşünüyorum. Saygıdeğer Selçuk Öztek Hocamızın da dile getirdiği gibi -ki kendisiyle dışarıda görüşüp konuşma imkânımız oldu- dün özellikle, hatta bugün de yine yapılan konuşmalar sırasında bilirkişilik kavramı görevinin sınırları, bilirkişinin seçimi ve zorunlu bilirkişilik, bilirkişi raporu ve bağlayıcılığı gibi hususlar konuşmacı, tartışmacı arkadaşlarımızca ayrıntılı bir biçimde değerlendirildi, ifade edildi. Bu konuşmalar sırasında -ki doğal karşılıyorum- sürekli yargıçtan söz edildi, “yargıç şunu yapacaktır, yargıç bunu yapacaktır, şunu yapması gerekirken genelde şöyle yapılmaktadır” şeklinde. Bu konuşmaları dinlerken haliyle bir yargıç olarak kulaklarımız oldukça çınladı.

Bugün konuşma sırası da bana geleceği için özellikle içimde kalan bazı hususları ki; benim konuşmam daha ziyade teorik olmaktan öte uygulayıcı durumda olmam nedeniyle de uygulama ve uygulamada göze çarpan birtakım gözlemlerim, aksaklıklarla ilgili olacaktır. Burada aklıma şu geliyor: Hocanın evine bir defasında bir hırsız girmiş, tüm komşuları toplanmışlar, her kafadan bir ses çıkıyor, “kapayı kapasaydın, pencereyi kapasaydın, şunu yapsaydın, bunu yapsaydın” demişler. Hoca da demiş ki, “yahu komşular hırsızın hiç mi kabahati yok.”

İster istemez aklıma bu geldi, tabii bu konudaki yine eleştiri mahiyetindeki değerli hocalarımızın, konuşmacılarımızın görüşlerine mutlak surette saygı duyuyorum. Bunu bir cevap hakkı olarak da düşünmemenizi rica ediyorum. Uygulamada birtakım aksaklıkların olduğu herkesçe bugün kabul edilmektedir, elbette yargıçlar yargılama süreci içerisinde doğru, adil bir karara ulaşmak için usul hükümlerini, bunların yeterli olmadığı durumlarda Yargıtay kararlarını, içtihatları, ilgili mevzuatı, doktrini, tüm hepsini birlikte değerlendirmek durumundadırlar.

Dünyâ konuşmalarda özellikle hâkimlerin daha çok önlerine gelen her dosyada bilirkişi incelemesine başvurma gibi bir yol tercih ettiği dile getirildi. Büyük bir çoğunlukla dosyalarda bilirkişi incelemesine başvurulduğu hususu gerçekten doğrudur. Özellikle son yıllarda bilim ve teknolojide meydana gelen ilerlemeler, kişiler arasındaki sosyal ilişkiler daha bir karmaşık hale, içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak da hâkim yargılama sırasında çoğunlukla çözümlü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda yetersiz kalmakta, bilirkişi incelemesi yoluna gitmektedir. Bu elbette ki doğaldır, bunun dışında yine dünyâ tartışmalarda hukukçu bilirkişilerden, bilirkişi olarak genellikle bazı zamanlarda yararlanıldığı öne sürülmüş olup; bu da yine gerçeği yansıtmaktadır, inkâr edilemez. Ancak ben özellikle kendi açımdan uygulama itibariyle şunu söylemek istiyorum: Hukukçu bilirkişileri, bilirkişi olarak seçtiğimiz kendilerinden belli konularda rapor alarak karar verdiğimiz gerçekten bir vakiydir. Ancak bunu yaparken hukuki bir konuda çözümlü amacıyla biz kendilerinden bilirkişilik görevi istemiyoruz, belirli avukatların hukuk bilgi ve eğitimleri dışında bazı konularda yargıçta bulunmayan özel veya teknik bilgileri herhangi bir şekilde eğitim ya da deneyimle kazandıklarını biliyoruz, bu her yerde hukukçu, avukat arkadaşlar içerisinde bilirkişilik yapabilecek nitelikte arkadaşlarımız vardır. Bu konularda biz kendilerinden bilirkişi olarak yararlanıyoruz.

Deniz ticareti, kara ticareti, konkordato, ticaret hukuku davaları, iş davaları gibi alanlarda özellikle kendilerini geliştirmiş, avukatlık bilgileri ve eğitimi dışında bir şekilde özel ve teknik bilgi sahibi olmuş hukukçu, avukat arkadaşlarımızdan adil bir karara ulaşımları sırasında, yargılama faaliyeti sırasında bilirkişi olarak yararlanmanın ben özellikle pek mahzurlu olduğunu düşünmüyorum. Nitekim, bu şekilde uygulamada pek çok hukukçu, avukat arkadaştan bilirkişi raporu almışız, o doğrultuda

karar vermişizdir, Yargıtay'a da giden bu dosyalarımız Yüksek Yargıtay'ın denetiminden de geçmiştir.

Şüphesiz bu uygulamalar bize ışık tutmaktadır, bu doğrultuda yapılan bir yargılama ve verilen karar sonrasında Yüksek Yargıtay'ca bir kararımızın bozulması sonrasında mutlak surette bu karara, bu uygulamaya devam etmeyeceğimiz açıktır. Ancak bu nedenle dönen kararımız olmadığında bu uygulamayı biz yerleşik bir uygulamaya olarak kabul etmekteyiz.

Diğer yandan uygulamadaki aksaklıklarda tek sorumlunun yine yargıç olmadığını düşünüyorum. Dünden beri ifade edildi, yargılama, sadece yargıç tarafından yürütülen bir faaliyet değildir. Özellikle taraflar, taraf vekilleri, avukat arkadaşların, bu yargılama faaliyeti sırasında yargıcın yardımcısı olmaları gerektiği bir kural ve asıldır. Biz bu yardımı genellikle görüyoruz; ancak bunun olmaması durumu da söz konusu olabilir. Bu durumlarda aksaklıkların ortaya çıkması da yine doğaldır.

Pek çok Batı Avrupa ülkesi ile Türkiye'mizdeki yasaların benzer, hemen hemen aynı olduğu, buna rağmen oralarda aksaklık olmadığı; ancak Türkiye'de genelde aksaklıkların pek çok olduğu öne sürüldü. Buna da katılıyorum; ancak elbette burada gene tek kusurun yargıçlar olmadığını düşünüyorum. Avrupa ülkelerinde yargıçlara tanınan olanakların, adliye binalarının donanım ve niteliklerinin, yoğun iş yükünün, mukayese edildiğinde benzerlik taşımadığını düşünüyorum. Son derece sınırlı imkânlarla Türkiye'de yargıçların, mahkemelerin en alt düzeyden en üst düzeydekine kadar büyük bir özveri ve fedakârlıkla görevlerini en iyi şekilde yapan kuruluşlar arasında, hatta başta geldiğine inanıyorum, şahsım adına benim düşüncem budur.

Elbette burada birtakım sıkıntıları mazeret olarak da öne sürmek istemiyorum. Bunun yanısıra bilirkişi ücretiyle ilgili

hususlar az önce de değindiğim gibi konuşmacı arkadaşlarımızca detaylı olarak anlatıldı. Bilirkişi ücretinin hâkim tarafından serbestçe taktir edileceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasınının 285. Maddesinde öngörülmüş, 423. Maddesinde bilirkişi ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Anayasamızın 141. Maddesinin son fıkrasında yargılamanın en az giderle yapılması ilke ve esas olarak, emredici bir hüküm olarak yer almıştır. Bilirkişiye ücret taktiri sırasında göz önünde tutulması gereken hususlardan bir tanesi; bilirkişinin hâkimin yargısal faaliyetinin yardımcısı ya da danışmanı niteliğinde bulunduğu şeklindeki görüşler doğrultusunda hiçbir zaman maddi açıdan ele alınmaması gerektiğini düşünüyorum. Nasıl hâkimlik kutsal ve manevi yönü ağır basan bir meslek ise, bu görevinde hâkime yardımcı olan bilirkişilerin de olayı bu yönüyle ele almaları gerektiğini, hiçbir zaman maddi kaygı taşımamaları, kazanç kapısı olarak mahkemeleri görmemeleri gerektiğini düşünüyorum. Hiç şüphesiz bilirkişiler, uzman kişilerdir, hâkimin belli konularda kendilerinden yardım istediği belli nitelikleri haiz kişilerdir, uzun ve çileli bir eğitim, deneyim sonucu elde ettikleri bu bilgilerini yargılama faaliyetinde hâkime sunmakta olup; şüphesiz bir fikir, hatta sanat ürünü diyebileceğimiz bu raporlarının karşılığında belirli bir ücret taktiri zaten gerekmektedir. Onların bilirkişi ücret taktiri sırasında bu emeklerinin değerini vermek gerekir.

Yargıç bunu yaparken uygulamada bazı problemlerle karşılaşmakta, bilirkişiler, yüksek ücret taktirini istemekte, davanın tarafları, özellikle yargılama gideri ile sorumlu tutulân taraf bu ücretin düşük tutulmasını istemektedir. Türkiye'nin içerisinde bulunduğu sosyoekonomik koşullar da göz önüne alındığında, her konuda olduğu gibi bu konuda da elbette ki maddi birtakım imkânsızlıklar nedeniyle hâkim de ücret taktiri sırasında zorlanmakta, iki hususu tarafların bu karşılıklı menfaatlerini dengelemek durumunda kalmaktadır. Yine de bu

konunun her zaman için belli sıkıntı ve sızlanmalara yol açtığı bir gerçektir. Amacımız elbette bu sıkıntıların giderilmesine bizim de katkımızın olmasıdır. Bu sempozyumun yine düzenlenme amacı zaten bu yoldaki sıkıntıların giderilmesi amacını taşımaktadır. Bilirkişiye ücret taktir ederken mutlak surette harcadığı emek, sarf edilen mesai, incelemenin gerektirdiği harcama ve giderler ile dava değerinin göz önünde tutulması gerekir. Yüksek değerli davalarda ayrı, düşük değerli davalarda buna göre ücret taktir edilmesi sanıyorum daha uygun olacaktır. Kimi durumlarda çok yüksek değerli davalarda bir kişilik yemek ücreti düzeyinde ücret taktir edilmesinin, bilirkişiliğin elbette ki özüyle bağdaşmayacağı, bu kurumun itibarını sarsacağını düşünüyorum.

Öte yandan çok düşük değerli davalarda da dava değeriyle orantısız bir şekilde yüksek değer taktir edilmesinin yine aynı şekilde sakıncalı olduğunu düşünüyorum. Bu hususta dava değerinin belli bir yüzdesini aşmamak kaydıyla bir kriter konularak, bir ücret taktiri düşünülebilir.

Süremizi aştığımızı bildiğimden dolayı daha uygulamaya ilişkin söylemek istediğim bazı hususları burada söyleme imkânım kalmadı. Ben tekrar sözlerime son verip tüm konularımıza teşekkür ediyorum, saygı ve şükranlarımı sunuyorum. (Alkışlar)

Prof. Dr. SELÇUK ÖZTEK- Hocam tartışmalar için ne kadar zaman ayırabileceğiz? Oturumu burada kapatacak mıyız? Hoca benden daha kıdemli, emir büyük yerden, o itibarla oturumu kapatıyoruz. Belki bundan sonraki oturumlardaki zamanlamalar öngörülene daha uygun olursa, o çerçevede bilirkişi ücreti de gündeme getirilebilir değerli konuklar tarafından.

Hepinizi saygılarla selamlıyorum. (Alkışlar)

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer tartışmacılarımıza teşekkür ediyoruz. Sayın tartışmacılara Samsun Barosunun armağanlarını sunmak üzere Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi ve önceki dönem Baro Başkanlarımızdan Sayın Avukat Alpay Sungurtekin'i sahneye davet ediyorum. (Alkışlar)

Saygıdeğer konuklarımız, süremizi oldukça aştığımız için programın aksamaması açısından hemen masa hazırlanır hazırlanmaz beşinci tebliğin sunuşuna geçeceğiz.

BİLİRKİŞİNİN ETİK, HUKUKÎ VE CEZÂÎ AÇILARDAN SORUMLULUĞU

[Doç. Dr. Süha TANRIVER*]

A- Genel Olarak

Bir davanın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, mahkemece oy ve görüşüne başvuru üçüncü kişi ya da kişilere bilirkişi¹ denir. Bilirkişilik kurumu, uygulamada sıkça ve amacı aşkın biçimde kullanılmakta², bu durumda sürekli yakınmalara sebebiyet vermektedir. Öte yandan, bilirkişilerin, görevlerini her zaman büyük bir titizlik ve özen içerisinde yerine getirdikleri de söylenemez. Bu bağlamda da, zaman zaman, deyiş yerinde ise, bir başı boşluğun egemen olduğu görülmektedir.

Bilirkişiliğin kötüye kullanımının önüne geçilebilmesi, disipline edilebilmesi için, çeşitli veçheleri itibariyle, bilirkişilerin sorumluluğunun açık ve kesin bir biçimde ortaya konulması şarttır; bu yapılamadığı sürece, bilirkişiliğe bir çeki düzen verilebilmesi mümkün değildir.

* A.Ü Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6.B., İstanbul 2001, s. 2621-2622; Yurtcan, E.: Ceza Yargılaması Hukuku, 7. B., İstanbul 1998, s. 284; Bilge, N./Önen, E.: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978, s. 538.

² Koroğlu, H.: Uygulamada ve İçtihatlarla Bilirkişilik, Ankara 1995, s. 15-16.

B- Bilirkişinin Etik Açıdan Sorumluluğu

Bilirkişi, yargılamanın icrası evresinde, özel veya meslekî tecrübe kurallarının mahkemeye iletilmesi veya bu kuralları vakıalara uygulayarak sonuç çıkarma veya sözü edilen kurallardan hareketle vakıaların tespiti biçiminde beliren bir işlevi yerine getirir³. Tecrübe kurallarını yani özel ve teknik bilgileri vakıalara uygulayarak sonuç çıkarmak veya bu kuralların yardımı ile vakıaları tespit etmek ise, gerçekte hâkimlerin görevidir. Çünkü, vakıaları belirlemek ve kuralları bir sonuca ulaşmak amacıyla maddî vakıalara altlamak, esas itibarıyla, hâkimin yetki alanına giren işler arasında yer alır⁴. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda hâkimden böyle bir çaba göstermesini beklemek mümkün olmayacağından, bu alanda sözü edilen çabayı göstermek doğrudan doğruya bilirkişilere bırakılmıştır. Yani, bilirkişi, yargılama süreci içinde hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, onun alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta, hâkimin yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle yargı işlevinin daha genel çerçevede de klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetinin işleyişine katkıda

³ **Rosenberg, L. / Schwab, K. H. / Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, Fünfte, neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 716-717; **Jauernig, O.:** Zivilprozessrecht, 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 200; **Fasching, H.:** Zivilprozessrecht, Lehr-und Handbuch, 2. Aufl., Wien 1990, s. 516; **Rechberger, W.H. / Simotta, D.A.:** Zivilprozessrecht, 3. neubearbeitete Auflage, Wien 1986, s. 280; **Alangoya, Y.:** Medenî Usul Hukuk Esasları – I, İstanbul 2000, s.313; **Üstündağ, S.:** Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, 6.B, İstanbul 1997, s. 740; **Yurtcan, s. 285.**

⁴ **Pieper, H.:** Rechtsstellung des Sachverständigen und Haftung für fehlerhafte Gutachten (Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, s. 167-180), s. 177-178; **Tanverdi, M.:** Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 111; **Bartling'in** aynı yönde görüşü için bkz. **Eickmeier, J.:** Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschaden, Köln Berlin Bonn München 1993, 131 naklen.

bulunmakta yani bir kamu görevi yapmaktadır⁵. Bilirkişi, bu görevini, sözlü açıklamalarda bulunmak veya rapor vermek suretiyle yerine getirir; dolayısıyla kamu görevini icrayı üstlenmiş diğer görevliler gibi o da bir takım etik değerlerle bağlıdır.

Bu etik değerlerin ilkinin, bilirkişinin **doğruyu (gerçeği) beyan ödevi** oluşturur⁶; bu ödevde uygun davranma, aynı zamanda mahkemenin yanıtılmamasının ve yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşılmasının da önkoşuludur. Doğruyu (gerçeği) beyan ödevi, özü itibarıyla ahlakî ve vicdanî bir temele dayanan, zaman içerisinde genel bir hukuk ilkesi haline gelmiş bulunan dürüstlük ilkesinin somut alanda uygulanma (görünüm) biçimlerinden

⁵ Bartling'in aynı yönde görüşü için bkz. **Eickmeier** s. 131 naklen; **Pieper** s. 177-178; **Aşçıoğlu, Ç.**: Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Ödevi (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 77-95), s. 77; **Aşçıoğlu, Ç.**: Bilirkişi Görevinin Sınırları (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMOB Yayınları, Ankara 2000, s. 31-40), s. 31; **Jauernig** s.201; **Pieper, H./Breunung, L./Stahlmann, G.**: Sachverständige im Zivilprozess, München 1982, s. 49; **Mutius, A.**: Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private (VerwArch., 1973/64, s.433 vd.), s. 442; **Salkaya, Ş.**: HUMK'da Bilirkişilik (EhliVukuf) Uygulama ve Karşılaşılan Sorunlar (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMOB Yayınları, Ankara 2000, s. 129-138), s. 136. Bilirkişiye, hâkimle olan işlevsel akrabalığı (Funktions Verwandtschaft) dikkate alınarak, hâkim benzeri bir hukukî statü (quasi-richterlichen Stellung) tanınmakta; hatta onun hukukî statüsünü tanımlamak için, "Önhâkim (Vorrichter)", "Yardımcı Hâkim (Hilfrichter)", "Hâkim Benzeri (Quasi-richter)", "Hâkimin Ortağı (Mitrichter)" kavramları kullanılmaktadır (Bkz. **Blomeyer, J.**: Schadenersatzansprüche des im Unterlegenen wegen Fehlerverhaltens Dritter, Köln Berlin Bonn München 1972, s. 129-130, s. 171 vd.).

⁶ **Blomeyer** s. 162; **Eickmeier** s. 38; **Yılmaz, E.**: Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişilik Raporları (Malî Hukuk., 1996/62, s. 12-31), s. 23; **Toroslu, N.**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999, s. 186; **Kunter, N./ Yenisey, F.**: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, 11. B., İstanbul 2000, s. 560; **Gürelli, N.**: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 67.

birisini oluşturur⁷. Dolayısıyla, bu ödevde uygun hareket etme yükümü, hâkimin yardımcısı konumunda bulunan, bir boyutu itibarıyla hâkimin yetki alanına giren işlerin bir kısmını üstlenmiş olan ve hatta bu bağlamda yargı işlevinin yerine getirilmesinde belirleyici bir rol dahi oynayabilen bilirkişi açısından da geçerlilik taşır. Öte yandan, bilirkişinin doğruyu (gerçeği) beyan ödevi, Türk Ceza Kanunu'nun 290 ncı maddesinde öngörülen ve bilirkişinin hilâfi hakikat (gerçeğe aykırı) beyanda bulunmasını suç sayan düzenlemeyle de güvence altına alınmıştır⁸.

Bilirkişinin, uzmanlık alanındaki en son bilimsel verileri esas alıp raporunu hazırlarken uyması gereken bir diğer ödev de, esas itibarıyla, etik bir temele dayalı bulunan **tarafsız davranma**⁹ **ödevidir**¹⁰. Yemin¹¹, bilirkişinin reddi¹², bilirkişilikten çekinme¹³ ve

⁷ Arslan, R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kurahı, Ankara 1989, s. 116.

⁸ Gürelli, s. 67; bkz. aşa. C, II, 2.

⁹ Aşçıoğlu-Nitelendirme ve Bilirkişinin Ödevi, s. 82.

¹⁰ Eickmeier s.37; Yılmaz s. 23, Akyol, Ş.: Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 57-76), s. 60-61; Rosenberg/Schwab/Gottwald s. 724; Jauernig s. 202; Bayerlein, W.: Praxishandbuch Sachverständigenrecht, München 1990, s. 351; Vogel, O.: Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, Bern 1992, s. 254; Kunter/Yenisey s. 559; Özsan, H.H.: Bilirkişilik (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMOB Yayınları, Ankara 2000, s. 167-181), s. 170.

¹¹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre, hâkim lüzum görürse ehli-vukufu beyan ettikleri veya edecekleri rey ve mütalaanın bitarafane olduğuna ve olacağına dair tahlif edebilir. Yine, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 72 nci maddesine göre, bilirkişi mütalaasını söylemezden veya raporunu vermezden evvel bitarafane ve tamamen ilim ve fenne muvafık olarak reyini beyan edeceğine vicdanı üzerine yemin eder. Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiye yemin verdirilmesi hususunu tümüyle hâkimin takdirine bırakmış olduğu; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ise, hâkime bu bağlamda herhangi bir takdir yetkisi tanımadığı; bilirkişiye yemin verdirilmesini zorunlu kıldığı aşikâr bir biçimde görülmektedir

bilirkişi raporuna itiraz kurumları (HUMK m. 283) ile bilirkişinin tarafsız davranma ödevi güvence altına alınmak istenmiştir.

Bilirkişinin görevini yerine getirirken tarafsız kalabilmesi için, ilişkileri itibarıyla hem taraflardan hem de hâkimden bağımsız bir konumda bulunması şarttır¹⁴. Bilirkişinin bağımsızlığının gerçekleşebilmesi için, öncelikle, onun taraflarla kişisel, hukukî ve/veya ekonomik nitelikli herhangi bir bağının bulunmaması ve bu durumunun da görevinin sona ermesine kadar devam etmesi gerekir. Yine, bilirkişinin tarafların etkisinde

(**Kunter/Yenisey** s. 560). Savcıların bilirkişiyi tâyin yetkisinin istisnaî olarak kabul edildiği hallerde de, yemin verdirmeye zorunluluğu geçerliliğini devam ettirir (**Kunter/Yenisey** s. 560-561). Tarafsızlığı güvence altına almaya yönelik işlevi de gözetildiğinde, olması gereken hukuk bağlamında, bilirkişiye yemin verdirilmesinin, medenî yargıda da zorunlu hale getirilmesi, daha doğru bir davranış biçimi teşkil eder.

¹² Bilirkişiler de, hâkimler hakkındaki sebeplere binaen reddedilebilirler (CMUK m. 67, I; HUMK m. 277). Her iki hukukî düzenlemede, sadece hâkimin reddi sebeplerine atıf yapmakta; yasaklılık sebeplerinden (HUMK m. 28; CMUK m. 21, 22) hiç söz etmemektedir. Yasaklılık sebeplerine açıkça atıfta bulunulmamasına rağmen, bu sebeplerin de, ret sebeplerinin içinde yer aldığını kabul etmek gerekir (**Yılmaz** s. 22; **Vogel** s.254; **Yurtcan** s. 296; **Kunter/Yenisey** s. 559 dn. 40; **Salkaya** s. 136; bkz. bu bağlamda, hastayı son hastalığında tedavi etmiş olan doktor, ölmesi halinde onun otopsisini yapamaz, CMUK m. 79,IV,1.c.). Öte yandan, hâkimin bizzat kendisini reddetmesine kanun izin verdiğine göre, bilirkişinin de tarafların kendisini reddetmesini beklemeden ret ve yasaklılık hallerinden birisi gerçekleşmişse, kendisini reddetmesine olanak vermek gerekir; tarafsız davranma ödevine uyanın temini de bunu zorunlu kılar (**Yılmaz** s. 22-23). İşaret edilen durum, bilirkişinin, başlangıçta ret sebebini bilmemesi veya sözü edilen sebebini bilirkişilik görevini kabul etmesinden sonra ortaya çıkması halinde işlerlik kazanır (**Yılmaz** s.23).

¹³ Bilirkişiler, tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanarak bilirkişilik görevini kabulden de kaçınabilirler (HUMK m.278; CMUK m. 69, I).

¹⁴ **Vogel** s. 254; **Bayerlein** s. 225; **Akyol** s.60; **Bakıcı, S.:** Ceza Adaletinde "Bilirkişi", (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMÖB Yayınları, Ankara 2000, s. 79-125), s. 89,91.

kalmaması ne kadar elzem ise, hâkimin etkisinde kalmaması da o kadar elzemdir; onun hâkim karşısında da bağımsızlığının sağlanması zorunludur¹⁵. Bir başka ifade ile bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı tam olmalıdır¹⁶; bu durum, onun objektif ve tümüyle gerçekleri (doğruyu) yansıtan bir rapor hazırlayabilmesinin, yani görevini gereklerine uygun olarak yapabilmesinin temel şartını oluşturur¹⁷. Bilirkişinin, göreve başladıktan sonra, hâkimin bilgisi dışında taraflardan birisiyle görüşmesi ya da görüşme girişiminde bulunması, tarafsızlığına ve dürüstlüğüne gölge düşürür; sağlam bir kişilik yapısına (karaktere) sahip olmadığı konusunda ciddi kuşkuların uyanmasına sebebiyet verebilir¹⁸. Bu tür kuşkuların uyanmaması için, bilirkişinin, taraflara eşit mesafede bulunması, tarafların bilgisine başvurulmak gerekiyorsa, bunu hâkimin bilgisi dahilinde hatta hâkim huzuruyla gerçekleştirmesi, zorunluluk olmadıkça taraflarla temas kurmaktan özenle kaçınması uygun olur; objektiflik temeline dayalı bulunan bilirkişilik görevinin etiği de zaten bunu gerektirir. Yapılan bu tespit, aynı zamanda bilirkişiyi görevlendirecek merciin, bilirkişi olarak atayacağı kişinin, uzmanlığının yanı sıra en az onun kadar önem taşıyan ve tümüyle etik bir temeli bulunan sağlam bir karaktere (kişilik yapısına) sahip olma niteliğini de özenle aramasının zorunluluğunu bir kez daha açıkça ortaya koymaktadır. Öte yandan, bilirkişi, uzmanlığı nedeniyle oy ve görüşüne başvurulmuş kimse konumunda bulunduğuna göre, görevlendirildiği konunun uzmanlık alanı dışında kaldığı kanısında ise, davanın sürüncemede kalmasını önlemek için, durumu geciktirmeden (derhal) kendisini

¹⁵ Akyol s.60; Bakıcı s. 89.

¹⁶ Akyol s.60; Arslan, R.: Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir 2000, s. 190-210), s. 201.

¹⁷ Eickmeier s. 38

¹⁸ Yılmaz s. 23; Akyol s.61; Bakıcı s. 89.

gövlendiren adli makama haber vermelidir; zira, dürüslük de bunu zorunlu kılar.

Bilirkişilik görevinin icrasında geçerlilik taşıyan ve etik değer taşıyan uyulması gereken bir diğer ödev de, **duygularla görevin gereklerini birbirine karıştırmamak**, yani bilirkişilik görevini yerine getirirken hissiyatı değil; salt uzmanlık alanının verilerini, standartlarını esas almaktır¹⁹. Acıma, kayırma, nefret, sempati, antipati, tiksinti gibi duygularla ve somut olaydan etkilenecek düzenlenecek olan raporlar, hiçbir zaman gerçeği yansıtmayacak ve adaletsizliklere yol açacaktır. Bilirkişi, bu gibi duygulardan ve her türlü önyargılardan uzak bir biçimde, objektif çerçevede tümüyle uzmanlık alanı ile ilgili bilimsel esaslara göre görevini yerine getirmelidir. Özellikle, bilirkişinin meslektaşını kayırma amacıyla tek yanlı rapor düzenlemesi veya görüş bildirmesi, affedilmez bir davranış oluşturur; çünkü hatayı yapan meslektaşını himaye eden bilirkişinin, bir gün zarar görenin kendisi ya da bir yakını olabileceği gerçeğini, hiçbir zaman gözardı etmemesi gerekir.

Bilirkişilikle ilgili bir başka etik ödev de, **sadakat ve özenle görevini icra etmektir**²⁰. Bilirkişinin ettiği yemine sadık kalması ve bunun yanı sıra yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşılmasına katkıda bulunabilmesi, mahkemeyi aydınlatabilmesi için, üstlenmiş olduğu görevi, tüm boyutları itibarıyla özenle yerine getirmesi şarttır.

Bilirkişilikle ilgili etik temeli bulunan bir diğer ödev de, bilirkişinin, görevinin icrası sırasında ya da görevi dolayısıyla edindiği **sırları saklama ödevidir**²¹. Bu durum, bilirkişinin

¹⁹ Akyol s.62-63, :Bakıcı s. 89-90.

²⁰ Yılmaz s. 23; Damm s. 362.

²¹ Guldener, M. : Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 350; Eickmeier s.41; Bayerlein s.352.

mensubu bulunduğu meslek kolunu düzenleyen hukukî düzenlemede açıkça öngörülmemiş olsa bile, geçerliliğini devam ettirir²². Çünkü, bilirkişinin sır saklama ödevi, onun, sadakatle bilirkişilik işini icra etme ödevinin bir uzantısını oluşturur ve onu tamamlayıcı bir işlevi yerine getirir. Ayrıca, bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında memurdur (m. 279)²³; dolayısıyla, o bilirkişilik görevinin icrası sırasında edindiği sırları haklı bir nedene dayanmadan ifşa edecek olursa, eylemi Türk Ceza Kanunu'nun 198 inci maddesinde öngörülen suça vücut verir; hatta ifşa edilen sırlar, Devlete ait sırlar ise, sözü edilen eylem, bu kez Türk Ceza Kanunu'nun 229 uncu maddesinde öngörülen suçu oluşturur²⁴. Bilirkişiliğin, ister bir meslek isterse bir mesleğin modülasyonu(kipi) olduğu kabul edilsin, etiğinin daha doğru bir deyişle etik bir temele dayalı bulunan davranış normlarının ve standartlarının oluşturulabilmesi için, bir an önce, bir hukukî yapılanma içerisinde kurumsallaşmasının sağlanması şarttır. Bu yapılmadan, sözü edilen görevin icrası sırasında tâbi olunacak hem teknik standartların hem de etik ilkelerin (davranış normlarının) tespiti ve etkili bir biçimde işlerliğinin gerçekleştirilmesi mümkün olmaz.

C- Bilirkişinin Hukukî Sorumluluğu Mukayeseli Hukukta Durum

1- Alman Hukukunda

Alman Hukuku'nda bilirkişinin hukukî sorumluluğu hakkında, ne Medenî Kanun'da ne de Medenî Usul Kanunu'nda herhangi bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme boşluğunun

²² Guldener s. 350.

²³ Bkz. aşa., C, I.

²⁴ Bkz. aşa., C, I ve dn. 82.

varlığı nedeniyle, bilirkişinin hukukî sorumluluğu konusunda Alman Hukuk Doktrini'nde değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Alman Hukuku'ndaki hâkim görüşe göre, bilirkişiyle kendisini görevlendiren hâkim arasındaki ilişki, hukukî niteliği itibariyle kamu hukuku karakterlidir; ancak bilirkişi doğrudan doğruya kararın alınması sürecine katılmamaktadır; onun faaliyeti kararın alınması sürecinden önceki bir döneme ilişkindir; ayrıca o kamusal yetkilerin kullanımı temeline dayalı bir kamu görevini icra etmeyi yani taraflara karşı Devletin temel işlevlerinden biri olan yargı işlevini yerine getirmeyide üstlenmemiştir; tıpkı tank gibi bir ispat aracıdır. Öte yandan, bilirkişi sadece Devlete karşı bir yükümlülük altına girmiştir; Devlet ise ona karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemiştir; dolayısıyla bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı Devletin sorumluluğunu düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun 839 uncu paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen hukukî düzenleme de işlerlik kazanamaz²⁵. Yine, bilirkişi ile taraflar arasında akdî herhangi bir bağ da yoktur; dolayısıyla tarafların kötü ifa hükümlerine dayanarak bilirkişiden herhangi bir talepte bulunmaları da mümkün değildir; yani, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde akdin müspet ihlâlî kurumu da baz alınmaz²⁶. Bu durumda, bilirkişinin gerek raporunun hazırlanması evresinde icra ettiği fiiller gerekse kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile dava ilgililerine verdiği zararlardan ötürü hukuken sorumlu tutulmasında, Medenî

²⁵ **Damrau, J.:** Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band II, §§ 355-802, München 1992, s.213; **Jauernig** s. 202; **Leipold, D. :** Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Zweiter Band Teilband 2, Tübingen 1988, s. 12; **Damm** s. 362; **Arndt, H.:** Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, (DRiZ., 1973, s. 272-273), s. 272.

²⁶ **Damrau** s. 213; **Arndt** s. 272; **Damm** s. 360.

Kanun'un 823 üncü paragrafında yer alan ve haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen kural esas alınmalıdır²⁷.

Bilirkişi, gerek rapora hazırlık evresinde yapmış olduğu faaliyetler, gerçekleştirmiş olduğu incelemeler sebebiyle gerekse kastının veya ihmâlinin (özellikle, ağır ihmâlinin) yani kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporuyla, ilgililerin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi mutlak haklarına zarar vermiş veya hapis cezasına mahkûm edilmesi suretiyle özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olmuşsa, onlara karşı Medenî Kanun'un 823 üncü paragrafının birinci fıkrasına göre hukuken sorumlu olur; sözü edilen düzenlemenin son derece açık metni uyarınca, o bu bağlamda kastının yanı sıra ihmâlinin de her derecesinden mesul durumdadır²⁸. Bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun 153-156 ve 163 üncü maddelerinde öngörülmüş olan suçlara vücut verir bir nitelik taşıyorsa; sözü edilen normlar, koruma normu (Schutzgesetz) konumunda bulunduğu için, gerçeğe aykırı rapor sebebiyle zarara uğrayan ilgililer Medenî Kanunu'nun 823 üncü paragrafının ikinci fıkrası uyarınca, bilirkişiden tazminat talebinde bulunabilirler²⁹.

Bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun öngördüğü anlamda suç olmasa bile, Medenî Usul Kanunu'nun 410 uncu paragrafında yer alan ve bilirkişinin tarafsız ve objektif bir biçimde rapor hazırlamakla ödevli olduğunu (yani, doğruyu beyan ödevini) öngören norm, usulün amacına yani gerçeğe ulaşmaya aracılık eden bir norm konumunda bulunduğu için başlı başına (müstakil)

²⁷ Damrau s. 213; Arndt s. 272; Friederichs, H.: Zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen (DRiZ., 1973/4, s. 113-114), s. 113; Damm s. 363; Jauernig s. 202; Rosenberg/Schwab/Gottwald s. 725; Hopt, K.: Schadenersatz aus unberechtigter Verfahreseinleitung, München 1968, s. 290.

²⁸ Damm s. 363; Eickmeier s. 106.

²⁹ Damrau s. 213.

bir koruma normu sayılır³⁰; dolayısıyla bunun kusurlu olarak ihlâli de ilgililerin Medenî Kanun'un 823 üncü paragrafının ikinci fıkrasına dayanarak bilirkişinin hukukî sorumluluğunun işletilmesine olanak verir³¹. Yine, bilirkişi, mahkemeye ibraz ettiği apaçık (bâriz) bir hiffetsizlik ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile taraflardan birinin aleyhine (zararına) fiilî-maddî durumla örtüşmeyen (doğruluktan uzak) kesinleşmiş bir hükmün alınmasına sebebiyet vermişse, uğranılan zararın tazmini için, bu kez Medenî Kanun'un 826 ıncı paragrafına (bizdeki BK. m. 41, II'ye) dayanılmak suretiyle ona yönelinebilir³².

Doktrindeki diğer görüşe göre³³, bilirkişilik görevi bir kamu görevidir; bilirkişinin zarar verici eylemi ile yargı işlevi (kamu hizmeti) arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur; bilirkişi, sahip olduğu özel ve teknik bilgileri maddî vakıalara uygulayıp sonuç çıkarma ya da bu bilgilere dayalı olarak vakıa tespiti yapma işlevini yerine getirmek suretiyle karar almaya yönelik prosedürde etkin rol oynamakta; hâkime ait işlerin bir kısmını ifa etmekte, bu boyutu itibarıyla kamu görevi icra eden hâkime benzer bir hukukî

³⁰ **Hopt** s. 289-290; **Damm** s. 362; **Blomeyer, J.** : Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen (ZRP., 1974/5, s. 214-221) s. 217; **Blomeyer-Schadenersatzansprüche**, s. 177 vd.; Krş. **Eickmeier** s. 120; **Jessnitzer, K.**: Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverständigen (JVBL., 1972/8, s. 177-180), s. 177.

³¹ **Hopt** s. 289-290; **Blomeyer-ZRP**, s. 217; **Jessnitzer** s. 177.

³² **Jessnitzer** s. 177; **Damrau**, s. 213.

³³ **Bartlisch**'in bu görüşü için bkz. **Eickmeier** s. 131. **Jessnitzer** de, bilirkişinin raporunun hazırlanmasına yönelik incelemeleri sırasında birisine zarar vermesi halinde, bu eylemin, bilirkişinin mahkemenin yardımcısı sıfatıyla bizatihi keşif icrası suretiyle vakıaları açıklığa kavuşturmakla yetkilendirilmesi (§ 404, IV) ile ilişki bulunması kaydıyla, kamu görevinin yerine getirilmesine yönelik bir eylem olarak algılanacağını ve hukukî sorumluluk bağlamında da Medeni Kanun'un 839 uncu paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen kuralın uygulanması gerekeceğini savunmaktadır (s. 179).

konumunda bulunmaktadır. Ayrıca, bilirkişi, sadece Devlete karşı değil; Devlet de bilirkişiye karşı bir yükümlülük üstlenmiş durumdadır. İşaret edilen bu gerekçeler karşısında, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde de, memur ve diğer kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı Devletin malî sorumluluğunu öngören hukukî düzenlemeye işlerlik kazandırılmalıdır (§ 839, II).

Alman Federal Yüksek (Temyiz) Mahkemesi ise, bilirkişinin, devlet kudretini kullanarak kamu görevini icra eden bir kişi konumunda bulunmaması nedeniyle, hukukî sorumluluğunun tâyininde, Devletin kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı malî sorumluluğunu öngören hükümlerin (Alman Anayasası § 34; Alman Medeni Kanunu § 839,II) uygulama alanı bulamayacağı³⁴; hatalı bilirkişi raporlarından dolayı bilirkişinin hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralın (§ 823,I) esas alınması gerektiği; yeminsiz verilen hatalı bilirkişi raporları dolayısıyla ilgililerinin mutlak hakkı ihlâl edilmiş olsa bile, sözü edilen rapor eğer bir ihmâlin ürünü ise, bilirkişinin hukukî sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği ve yine yeminsiz bilirkişiler bakımından tazminat talebi bağlamında, bir koruma normu olarak Alman Usul Kanunu'nun § 410 uncu paragrafında yer alan ve doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevini öngören normun, yalnızca bilirkişilere yemin verdirilmesi koşuluyla işlerlik kazanabilecek bir norm olması hasebiyle, Alman Medeni Kanunu'nun 823 üncü paragrafının ikinci fıkrasına da dayanılamayacağı görüşündedir³⁵. Bu durumda, Alman Federal Yüksek (Temyiz) Mahkemesi uygulaması bağlamında, hatalı bilirkişi raporlarından kaynaklanan zararlardan dolayı, yeminli bilirkişiler hem kastları

³⁴ BGHZ., 59, 3 (NJW., 1973, s. 554).

³⁵ BGHZ., 62, 54 (NJW., 1974, s. 312); BGHZ., 42, s. 313.

hem de ihmâllerinden (özellikle, ağır ihmâllerinden); yeminsiz bilirkişiler ise sadece kastlarından dolayı sorumlu tutulabilecekler³⁶; buna karşılık, ağır ihmâllerinin varlığı halinde dahi artık onların sorumluluklarından söz edilemeyecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa şikâyeti yolu ile kendisine başvurulması üzerine, Federal Yüksek (Temyiz) Mahkeme'nin yeminsiz bilirkişilerin hatalı (gerçeğe aykırı) raporlarıyla ilgililere vermiş oldukları zararlardan ötürü, ancak kastlarının varlığı halinde sorumlu tutulabilecekleri yönündeki çözümlenmesinin, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor verme eyleminin, Alman Medenî Kanunu'nun 823 üncü paragrafının birinci fıkrasının kapsamına giren bir durumu yaratması halinde, sözü edilen düzenlemenin, son derece açık ve herhangi bir ayırım gözetmeyen kısaca "Herkes-Sorumludur" (Jedermann-Haftung) şeklinde formüle edilen metni uyarınca, bilirkişiler bakımından da yemin verdirilmiş olup olmaması hususu gözetilmeden uygulanma kabiliyeti kazanacağını ve kişiliğin korunmasını gerekçe göstererek, sağlıklı ve doğru bir çözümlenme sayılamayacağına işaret etmiş ve yemin verdirilmemiş olsa bile, bilirkişinin hatalı raporu ile ilgililerin mutlak haklarının ihlâline sebebiyet vermesi durumunda, sözü edilen rapor, özellikle onun ağır ihmâlinin ürünü ise, zararın tazmini bağlamında, Alman Medenî Kanunu'nun 823 üncü

³⁶ Buna gerekçe olarak, hukukî güvenlik kavramının, bir mahkeme kararının, yeminsiz ve hatalı bilirkişi raporu nedeniyle değiştirilmesini engelleyeceği; aksine bir düşüncenin kabulünün, her mahkeme kararının değiştirilmesini temin için bir dizi dava açılmasına sebebiyet vereceği hususu gösterilmektedir. Yine, bu bağlamda, bilirkişilerin, hâkimlerin yardımcıları konumunda bulunmaları nedeniyle, raporlarının içeriği açısından her türlü etki ve baskılardan uzak kalmalarının, bağımsızlıklarının temini için, geniş kapsamlı bir sorumluluk yüküyle karşı karşıya bırakılmamaları gerektiği; yardımcı sıfatıyla mahkemelerce çağrılıp yeminsiz dinlenmeleri halinde de kastları dışında hâkimler gibi her türlü sorumluluktan berî kılınmalarının zorunluluk arzettiği kaydedilmektedir (Bkz. bu konuda bilgi için; **Eickmeier** 100 vd.).

paragrafının birinci fıkrasında öngörülen düzenlemeye işlerlik kazandırılmasının hem Anayasanın hem de sözü edilen yasal düzenlemenin özüne daha uygun düşen bir davranış teşkil edeceğinin altını çizme gereğini duymuştur³⁷.

Öte yandan, bilirkişi davete icabet etmez ya da vermek zorunda olduğu raporunu tevdi etmez veya iadesi gereken belgeleri iadeden kaçınırsa, bu eylemlerinden kaynaklanan zararları ödemeye mahkûm edilir; para cezasına çarptırılır; itaatsizlikler yinelenecek olursa para cezasının tutarı arttırılır (Alman Medenî Usul Kanunu § 409).

2- Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda, bilirkişilerin hukukî sorumluluğu bağlamında, konuyla ilgili özel bir düzenleme öngören ve zararın tazmini ile ilgili hükümler arasında yer alan Avusturya Medeni Kanunu'nun 1299. paragrafında yer alan kural uygulanma alanı bulur.³⁸ Öte yandan, rapor düzenlemek üzere atanmış olan bilirkişi, raporunu makûl mazeret (geçerli neden) göstermeden tevdi etmekten kaçınır (yani, raporu hiç tevdi etmez) ya da tâyin edilen süre içinde raporunu vermeyip (yani, raporunu daha geç tevdi eder) yahutta delillerin ikame edileceği oturuma usulüne uygun bir biçimde davet edilmiş olmasına rağmen yapılan davete icabet etmezse, tevdiden kaçınma, icabet etmeme ya da geç tevdiden kaynaklanmış olan masrafları tazminle mahkemece yükümlü tutulur. Bunun dışında, bilirkişiye, ayrıca mahkemece disiplin cezası (Ordnungstrafe) verilebilir ya da bilirkişi kasten raporunu tevdiden kaçınmışsa, bu bağlamda öngörülmüş bulunan

³⁷ BverfGE., (NJW., 1979, s. 305).

³⁸ Bkz. bu konuda, **Rechberger/Simotta** s. 282.

özel cezaya da (Mutwillenstrafe) çarptırılabilir (Avusturya Medeni Usul Kanunu § 354, I)³⁹.

3- İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda da, bilirkişilerin hukukî sorumluluğu konusunda, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, bilirkişi, hatalı raporu nedeniyle taraflara ve üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan ötürü, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir⁴⁰.

Diğer bir görüşe göre ise, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun tâyininde, resmî (amtlich) işlevleri ile meslekî (gewerblich) işlevleri arasında bir ayırım yapılması gerekir⁴¹.

Bilirkişinin resmî işlevlerinden maksat, bilirkişinin raporun hazırlanmasından önceki evrede ve rapora hazırlık bağlamında, aslında, hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken, hâkimce yapılmış olan görevlendirme çerçevesinde, onun yerine kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu keşif, tarafları ve tanıkları sorgulama, malzeme ve teknik aletleri inceleme, organik ve psikolojik muayene, senet ve belgeleri tetkik

³⁹ Bkz. bu konuda geniş bilgi için : Fasching, H.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III. Band, Wien 1966, s. 485-486.

⁴⁰ Vogel'in görüşü naklen (Alangoya, Y.: İsviçre Hukukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtayın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 32-44), s. 43; Leuch/ Marbach/ Kellerhals'da, bilirkişinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi veya sürüncemede bırakması hallerinde hukukî sorumluluğunun tâyininde, haksız fiil hükümlerinin baz alınması gerektiği kanısındadır (Leuch, G./Marbach, O./Kellerhals, F. : Die Zivilprozessordnung für Kanton Bern, vierte Auflage, Bern, 1995, s.524).

⁴¹ Klopfer, R. : Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil-und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich, Zürich 1977, s.15.

etme gibi faaliyetleridir⁴². Bilirkişilerin, resmî görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirmiş oldukları bu gibi eylemleri dolayısıyla vermiş oldukları zararlardan ötürü, kamu görevini ifa eden bir görevli konumunda bulunmaları, yalnızca mahkeme için değil; bızatihi mahkeme yerine kaim olup onun üstlenmiş olduğu kamusal bir faaliyeti icra ediyor olmaları hasebiyle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61 inci paragrafı uyarınca Devlet sorumlu tutulmalıdır⁴³.

Buna karşılık, bilirkişinin meslekî işlevlerinden ise, herhangi bir kamusal yetkinin kullanımına gerek kalmadan gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri anlaşılmalı ve bu bağlamda sadece iletilecek olan tecrübe kurallarını veya bu kuralların yardımı ile vakıa tespitini ya da vakıalardan çıkartılan sonuçları içerecek olan rapor verme de mütalâa edilmelidir⁴⁴. Bilirkişinin meslekî işlevlerinin yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerinden yani hatalı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininde de, İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ile ilgili hükümleri (Art. 41 vd.) esas alınmalıdır⁴⁵.

II- Türk Hukukunda Durum

1- Genel Olarak

Bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususunda, mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda, doktrinde muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Doktrindeki egemen görüşe göre, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun tâyininde, Borçlar Kanunu'nun haksız fiil

⁴² Klopfer s. 18.

⁴³ Klopfer s. 18-19

⁴⁴ Klopfer s. 18-19.

⁴⁵ Klopfer s. 18.

sorumluluğu ile ilgili 41 inci maddesi hükmü baz alınmalıdır⁴⁶. Sözü edilen görüş taraftarları, kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadırlar. Bu görüş taraftarlarından bir kısmı, özellikle bilirkişilerin gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulmalarının, gerçeğe aykırı rapor tanzimi işini kasten (bile bile) yapmış olmaları haliyle sınırlı bulunduğunu (HUMK m. 445/5); ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenlemişlerse haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulamayacakları savunmakta ve buna gerekçe olarak da, aksi bir tutumun benimsenmesi halinde, bilirkişilerin çok

⁴⁶ **Kuru s. 2797; Deryal, Y.:** Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri, İstanbul 2001, s. 70; **Yılmaz s. 30; Şengün, K. O. :** Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları (AD., 1967/7, s. 456-463) s. 458; **Bakıcı s. 116.** "Davacı, dava dışı A'nın kendi aleyhine evvelce açtığı kesinleşen taşınmaza el atmanın önlenmesi davasında bilirkişilik yapan davalıların, uyuşmazlık konusu taşınmazın, o davanın davacısı olan A'nın tapusunun sınırı içerisinde kaldığını bildirdiklerini, halbuki, davalıların bu yeri iyi bilmeyip kasten gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıklarını böylece 3. 500 lira değerindeki taşınmazın elinden çıkmasına davalıların (bilirkişilerin) sebebiyet verdiklerini, davalıların bu kötü eylemlerinin davalılardan I'nın noter önünde verdiği ikrar senedi ve diğer davalı B'nin mahkemeye verdiği dava konusu yere ilişkin bir bilgisi olmadığını belirten dilekçesiyle anlaşıldığını ileri sürerek muhakemenin iadesi yoluna gidebilmek için bu zararın davalılardan alınmasını istemiştir... bu davadan davacının zararının varlığı ve dava edilen iki bilirkişinin durumu ve gerçeği bilmeden düşünce bildirdiklerini ikrar etmiş bulunmaları yeterli değildir. Ayrıca gerçekten önceki davada uyuşmazlık konusu olan yer parçasının sınırının tapusu içinde olduğu veya onun aynı hakkının üstün tutulmasını gerektiğini dahi ispatlaması şarttır. Bu ispatlanmadıkça ve ayrıca ispatlanmış olsa bile bu iki bilirkişi o şekilde düşünce bildirmemiş olsalardı, S aleyhine karar verilemeyeceği ispatlanmadıkça bu iki davalı bilirkişinin eylemi ile zarar arasında BK'nun 41 inci maddesinin uygulanmasını gerektiren neden sonuç bağının bulunduğu kabulü mümkün değildir" (4. HD. 2.3. 1967, ABD., 4. HD. / 2, s. 130-132). "Bilirkişiye karşı açılan dava BK'nun 41 ve sonraki maddeleri hükümlerine uygun bir tazminat davasıdır ve BK m. 60'daki zanaşımına tabidir..." (4. HD., 26.1.1959 günlü karar, **Kuru s. 2799-2800**).

geniş kapsamlı bir sorumluluk yükü altında bırakılacaklarını, bununda hâkimin yardımcısı konumunda bulunmaları niteliği ile bağdaştırılmayacağını ileri sürmektedirler⁴⁷.

Bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesini savunan görüş taraftarlarından bir kısmı da, onların sadece kastlarının değil; bunun yanı sıra ağır ihmâleri ile gerçeğe aykırı bir biçimde vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararlardan ötürü de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmasını; hafif ihmâlin ise bu bağlamda tümüyle göz ardı edilmesi gerektiğini⁴⁸ ileri sürmekte ve bu tür bir çözümlenmenin, bilirkişilerin hâkimin yardımcısı olmaları sebebiyle tıpkı hâkimler gibi kast ve ağır ihmâl halleri ile sınırlı olarak tazminle yükümlü bulunmalarını öngören kuralla da (HUMK m. 573) büyük ölçüde paralellik arz edeceğini, bağdaşacağını kaydetmektedirler⁴⁹.

Doktrindeki diğer görüşe göre, bilirkişilerin hukukî sorumluluklarının hangi esaslara göre tâyin edileceğinin saptanmasında, ikili bir ayırım gözetilmeli; bu çerçevede bilirkişilerin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında, kamu kudretini kullanmak suretiyle

⁴⁷ Kuru s.2797.

⁴⁸ Yılmaz s.30; Deryal s. 70; Akyol s. 76; Pekcantez, H.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 356. Özellikle, bilirkişiye, raporundaki yanlışlık, eksiklik ve gerçeğe aykırılıklar açıklanmış ve bu eksiklikleri gidermesi ve yanlışlıkları düzeltilmesi, kendisinden ek rapor tanzimi suretiyle istenmiş; bilirkişi bütün bunları gözardı ederek yanlışında ısrar etmiş, yine ilk raporundaki görüşünde inat etmiş, raporunda hiçbir değişiklik yapmamış ise, onun ihmâli, hatta kastı nedeniyle hukukî sorumluluğu yoluna gidilmelidir (Yılmaz s. 30; Akyol s. 75).

⁴⁹ Şengün s. 458. Olması gereken hukuk bağlamında, hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin de (HUMK m. 573), Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen kurala uygun hale getirilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Bkz. Aydınalp, S.: Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 273-274).

gerçekleştirmiş oldukları (keşif ve tetkikat sırasındaki) tasarruflarından yani idarî nitelikteki faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için, Adalet Bakanlığı'na karşı idarî yargı yerinde tam yargı davası açılması yoluna gidilmeli; gerçeğe aykırı bir biçimde düzenleyip vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmininin temini için ise, bizatihi bilirkişilerin kendilerine haksız fiil hükümlerine (BK. m.41 vd.) göre, yönelinmelidir⁵⁰.

2- Görüşümüz

a- Genel Olarak

Kanımızca da, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğinin tâyininde, onların sözü edilen görevinin icrası sırasında kamu kudretini (kamusal yetkilerini) kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunduğu tümüyle adli-idarî nitelik taşıyan tasarruflarından kaynaklanan zararların tazmini ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmini arasında, ikili bir ayırım yapılması gerekir.

b- Bilirkişilerin, Raporun Hazırlanmasından Önceki Evrede Rapora Hazırlık Bağlamında Gerçekleştirmiş Oldukları Tasarruflardan Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukukî Sorumlulukları

Bilirkişilerin, çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakıa tespitini ya da tecrübe kurallarını vakıalara uygulayarak varmış olduğu sonuçları içerecek olan raporlarının hazırlanmasından önceki evrede, kamusal bir yetkiye dayalı olarak, kendilerine tevdi edilmiş olan malzemeler (sanat eserleri, teknik araçlar ve belgeler) ya da gözlem, müşahede, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle de inceleme adı altında bizatihi kişiler üzerinde

⁵⁰ Tanverdi s. 223.

tasarrufta bulunması mümkündür⁵¹. Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdi edilmiş olan malzemeyi (örneğin, orjinallliğini tespit bağlamında kendisine tevdi edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tâyini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri) bir zarara uğratması veya tıbbî inceleme evresinde kişilerin beden tamlığını, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi⁵² her zaman olasıdır (muhtemeldir)⁵³. Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği taşıdığı tartışmasız kabul edilen adlî bir görevin ifası hasebiyle, adlî bir organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle adlî bir görevin ifasına hazırlık bağlamında gerçekleştirildikleri için adlî-idarî eylem niteliği taşırlar; dolayısıyla idare sözü edilen zararları hizmet kusurunun varlığı nedeniyle (AY. m. 125, son fıkra) tazminle yükümlü tutulmalı; bu durumda Adalet Bakanlığı'na karşı idarî yargı yerinde ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir. Eğer, bilirkişi Adlî Tıp Kurumu gibi resmî bir bilirkişi ise, onun memurlarının vermiş oldukları zararların tazmini açısından bu yola müracaat edilebileceğinde hiçbir kuşku duymamak gerekir. Adlî hizmetin ifası bağlamında, bilirkişinin kişisel kusur olarak kabul edilebilecek olan davranışlarının varlığı dahi, idarenin (Devletin) hizmet kusurunu ve dolayısıyla sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; zira sözü edilen görevlinin hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışlarının varlığı, adlî hizmetin bu bağlamda yeterince iyi işletilemediği, idarenin söz konusu görevleri yeteri

⁵¹ **Tanverdi** s. 218.

⁵² Bu bağlamda, örnek olarak, bilirkişinin babalık tâyinine yönelik inceleme sebebiyle kan alımı evresinde göstermiş olduğu dikkatsizlik ve özensizlik sonucu, kanı alınan kişiye sarılık veya diğer bir bulaşıcı hastalığı bulaştırması gösterilebilir (**Tanverdi** s. 218).

⁵³ **Tanverdi** s. 218.

kadar yerine getiremediği anlamına gelir; bu durumda da doğrudan doğruya idarenin (Devletin) malî sorumluluğu yoluna gidilmek gerekir (Karş. DMK m. 13)⁵⁴.

c- Bilirkişilerin Gerçeğe Aykırı Rapor Vermiş Olmalarından Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukukî Sorumlulukları

aa- Genel Olarak

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği tâyin edilirken, onların yargının işleyişinde üstlenmiş oldukları işlevin (görevin) niteliği ile ve bu işlevin icrası sırasında buldukları hukukî statüyü (taşınmış oldukları hukukî kimliği) dikkate alıp, buna göre bir irdeleme yapıp sonuca varmak, daha doğru ve sağlıklı bir yaklaşım biçimi olur.

bb- Bilirkişilerin Yapmış Oldukları Görevin Hukukî Niteliği

Bilirkişi, raporunda, ya sadece tecrübe kurallarını mahkemeye iletir veya tecrübe kurallarını vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret eder ya da bu kurallara dayanmak suretiyle bir takım vakıaları tespit eder. Tecrübe kurallarını, vakıalara uygulayarak bir sonuç çıkarmak ve bu kuralların yardımıyla vakıaları tespit etmek, hâkimin yetki alanına giren işlerdir; bilirkişi, hâkim veya bir adlî organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, bu işleri mahkeme adına gerçekleştirmekte, yargı işlevinin daha genel plânda klâsik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin işleyişine katkıda bulunmakta yani bir kamu görevi yapmaktadır⁵⁵. Bu görevin icrası sırasında, bilirkişinin, ceza

⁵⁴ Genel çerçevede bkz.: Günday, M. : İdare Hukuku, 4. B. , Ankara 1999, s. 250-251.

⁵⁵ Bkz yuk. B.

yargısı bağlamında tanıklara ve sanığa hâkimin izniyle de olsa doğrudan doğruya soru sorabilmesi (CMUK m. 73) hukuk yargısı bağlamında her iki tarafında huzuruyla taraflardan birini isticvap edebilmesi (HUMK m. 279); esasında hâkime ait yetkileri kullanması anlamına gelir. Ayrıca, sözü edilen görevin, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve doğru karara varılabilmesi için arz ettiği özel önemde dikkate alındığında, kamu yararı temeline dayandığı konusunda herhangi bir kuşku da bulunmamaktadır. Öte yandan, bilirkişilik görevinin icrasında, objektif ve tarafsızlık ilkelerinin geçerlilik kazanması ve bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışların kanunla bir tutuklama nedeni sayılması da, (CMUK m. 104,I/2) bilirkişinin yargı sürecinde yerine getirmeyi üstlendiği görevin hukukî niteliği itibarıyla bir kamu görevi olduğunun diğer somut delillerini oluşturur.

cc- Bilirkişilerin Bilirkişilik Görevinin İcrası Sırasındaki Hukukî Statüleri

aaa- Genel Olarak

Anayasa'nın 128 inci maddesinde, kamu görevlerinin, memurlar ile diğer kamu görevlileri aracılığı ile yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında, bilirkişilik görevi de bir kamu görevi olduğuna göre, bilirkişilerin bir "memur" mu; yoksa "diğer bir kamu görevlisi" mi konumunda buldukları sorunu ortaya çıkar. Bu konuda doğru ve sağlıklı bir yargıya varılabilmesi için, öncelikle, kısaca anayasal bir ayırımın ürünü olan "memur" ve "diğer kamu görevlileri" kavramlarının üzerinde durulması gerekir.

bbb- Memur ve Diğer Kamu Görevlileri Kavramları

Memur kavramının, kesin bir tanımının yapılması son derece güçtür. Bunun temel nedeni, muhtelif ülkelerin kanun koyucularının, memuru, kendi ülkelerindeki politik, sosyal ve

teknik ihtiyaçları göz önünde tutarak tanımlamakta olmasıdır⁵⁶. Hatta, bir ülkenin muhtelif kanunlarında bile memurun farklı şekillerde tanımlandığına ve zaman zaman “bu kanunun uygulanmasında şunlar memur sayılır” şeklinde ibarelere yer verildiği görülmektedir. Belirtilen bu nedenlerden ötürü, bütün zamanlar ve mekanlar açısından genel geçerliliğe sahip kesin bir memur tanımının yapılması mümkün değildir⁵⁷. Ancak, genel çerçevede, bir memurun varlığından söz edilebilmesi için, şu iki unsurun bir arada bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlar: Ortada bir kamu hizmetinin bulunması ve kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri ifa eden kişinin sürekli bir biçimde idarî kadro ve idarî hiyerarşi içerisinde yer almasıdır⁵⁸. Anayasa’da sözü edilen “diğer kamu görevlileri” kavramının içeriği henüz tam olarak belirginlik kazanmamıştır; bu kavram hala soyut bir kavram konumundadır. Kamu görevlerinin, öncelikle ve kural olarak, memurlar aracılığıyla yerine getirileceği gerekçesi ile, memur kavramını belirlemek için kullanılan ölçütler çerçevesinde diğer kamu görevlileri kavramının kapsamının (içeriğinin) tespit edilmeye çalışılması⁵⁹, memur kavramı ile diğer kamu görevlileri kavramının özdeşleştirilmesi sonucunu doğurur ki; bu büyük bir yanlışlıktır. Zira, memur kavramı ile diğer kamu

⁵⁶ Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. B., İstanbul 1966. s. 1074.

⁵⁷ Onar s. 1074.

⁵⁸ Onar s. 1075; Güran, S.: Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı (Anayasa Yargısı IV, Ankara 1987, s. 39-66), s. 53; Şekercioğlu, M.: Ceza Hukukunda Memur Kavramı, İstanbul 1974, s. 11.

⁵⁹ Güran, S.: Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu (Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 191-200), s. 199. Bu bağlamda, bir belirleme yapılacak olursa, Anayasa’nın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen diğer kamu görevlilerinin, ancak “idare ile bir kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin aslî elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlar” olduğu söylenebilir (Güran-Kamu Görevlileri, s. 199; Güran s. 46 dn. 17).

görevlileri kavramı özdeş kavramlar değildir. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren⁶⁰ ve kapsam itibariyle ondan daha da geniş olan bir kavramdır⁶¹. Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, diğer kamu görevlisi kavramının kapsamının tâyininde kullanılamayacağı kendiliğinden ortaya çıkar. Zira, memurlar, kamu görevlilerinin küçük bir bölümünü teşkil ederler. Nitekim 1961 Anayasa'sının 117 nci maddesinde, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin yalnızca memurlar aracılığıyla yerine getirileceği hükme bağlanmışken; 1982 Anayasa'sının 128 inci maddesinde, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerini yürüten Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yanına özel yönetim usullerine tâbi olarak kamu hizmetlerini yürüten kamu iktisadî teşebbüslerinin de eklenmiş ve bu hizmetlerin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, salt memurlar aracılığı ile değil de; onlarla beraber "diğer kamu görevlileri" aracılığıyla yerine getirileceğinin açıkça hükme bağlanmış olması, Anayasa koyucunun iradesinin de, memur ile diğer kamu görevlileri kavramlarının özdeş değil; birbirleri ile farklılaşan kavramlar yönünde olduğunu ortaya koyar. Bunun doğal sonucu olarak işçi niteliği taşımayan özel yönetim usullerine göre yürütülen kamu hizmetlerinin aslî ve sürekli görevlerinde çalışan ve memur olarak nitelendirilemeyen diğer öteki personel de "diğer kamu görevlisi" sayılacaktır⁶². Öte yandan, özellikle Yargıtay uygulaması bağlamında, kamu görevlisi sayılmanın bir unsuru olarak gösterilen, görev yapan kişinin Devlet bütçesinden maaş, ödenek, ücret gibi her ne ad altında olursa olsun bir maddî

⁶⁰ Karatepe, Ş.: İdare Hukuku, İzmir 1988, s. 133.

⁶¹ Karatepe s. 135-136.

⁶² Duran, L.: Yorum (Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 210-212), s. 205.

karşılık elde etmesi unsuru da⁶³, kamu görevlisinin tâyininde belirleyici bir rol oynamaz. Zira, kamu görevlisini belirlemede, aslolan görevliye Devlet bütçesinden maddî bir meblağın ayrılmış olması değil; yaptığı görevin ifasına yöneldiği hizmetin kamu hizmeti ve kullandığı yetkilerin kamusal yetkiler olmasıdır⁶⁴. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, bir kararında yeminli malî müşavirlerin, “idarenin daimî ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar olmayıp”, serbest meslek sahibi olduklarını belirttikten sonra, bu kişileri, yüklenmiş oldukları görevin bir özel hukuk sözleşmesinden değil de; yasal bir düzenlemeden kaynaklanmış olmasından hareketle, Devletle aralarında bir kamu hukuku ilişkisinin bulunduğunu ve kendilerine tanınmış olan tasdik yetkisinin kamusal bir yetki olduğunu gerekçe göstermek suretiyle kamu görevlisi saymıştır⁶⁵. Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise, kamu görevlisi kavramının unsurlarını kısaca ve genel çizgileri itibariyle şu şekilde sıralamıştır⁶⁶: 1-) Aslî ve sürekli görevlerde (kamu görevinde) çalışıp da memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma, 2-) Devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı bulunma. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi de, kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli bir görevi yapan kimsenin, kamu görevlisi sayılabilmesi için, Devlet bütçesinden ona her ne ad altında olursa olsun belli bir maddî meblağın tahsis edilmesini şart koşmamakta, belirleyici bir unsur olarak kabul etmemektedir. Kanımızca da, kamu görevlisi kavramının kapsamının tâyininde, Anayasa Mahkemesi'nin bu ilke kararında işaret edilen esaslardan hareket edilmesi, daha doğru bir yaklaşım biçimi olur.

⁶³ HGK., 14.09.1983, 1980 / 4-1714 / 1983-803 (YKD., 1983/11, s. 1582-1606), s. 1591.

⁶⁴ **Tanrıver, S.:** Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 125.

⁶⁵ AMK., 19.3.1987, 1986-5 / 1987-7, (RG., 12.11.1987, sa. 19632, s. 43-44).

⁶⁶ AMK., 19.4.1988 tarihli kararı (RG., 23.8.1988, sa. 19908, s. 52).

ccc- Memur ve Diğer Kamu Görevlileri Ayrımı İçerisinde Bilirkişilerin Yeri

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu gibi resmî bir bilirkişi atanmışsa, sözü edilen görevi icra edecek kurum çalışanı, zaten hem anayasa hukuku hem de idare hukuku anlamında memur konumundadır. Çünkü, resmî bilirkişi olarak görevlendirilen kurum çalışanı, bir kamu görevi icra eden, idarenin daimî ve sabit kadroları ile bürokratik hiyerarşik yapısı içinde işlev üstlenmiş bulunan aslî eleman konumundadır. Buna karşılık, bilirkişi olarak özel kişiler görevlendirilmişse, bunlar ne idare hukuku ne de anayasa hukuku anlamında memur sayılabilirler; ancak bunlar da adli hizmetlerin bir parçasını oluşturan ve onunla bütünleşmiş bir konumda bulunan kamu görevi yapmaktadırlar. Sözü edilen nitelikteki bilirkişilerin (resmî olmayan bilirkişilerin) görevlendirilmeleri ile birlikte, kendilerini görevlendiren mahkeme ile bunlar arasında özel (kendine özgü) bir kamu hukuku ilişkisi kurulur⁶⁷. Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp; genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş olması, görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabulle zorunlu tutulmaları (CMUK m. 68, I/II; HUMK m. 278, I), özellikle ceza yargısı bağlamında yeminle yükümlü bulunmaları (CMUK m. 72, I); objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri, bu bağlamda hâkimler hakkındaki sebeplere dayanılarak reddedilebilmeleri (CMUK m. 67, I; HUMK m. 277); aynı gerekçelerle kendilerini reddedebilmeleri ve tanıklıktan çekilmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri (HUMK m. 238, II; CMUK m. 69, I), görevin ifasını sağlamaya

⁶⁷ Leuch/Marbach/Kellerhals s. 523; Jauernig s. 202; Arndt s. 272; Damm s. 359; Hopt s. 286. Aynı durum, adli bir organ Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişi görevlendirilmesi halinde de (CMUK m. 66, II) geçerlilik taşır.

yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörölmüş bulunması ve ihzâren celbedilebilme olanağının varlığı (CMUK m. 70, m. 63; HUMK m. 278, III, m. 253), bazı kamusal yetkilerle donatılmış bulunmaları (CMUK m. 73; HUMK m.279), etki altına alınmalarını temin bağlamında yapılmış olan eylem ve davranışların bir tutuklama nedeni sayılmış olması (CMUK m. 104, I/2), Türk Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunmaları⁶⁸ ve adli sistem içerisinde üstlenmiş oldukları görevin bir kamu görevi niteliği taşıması, bu özel kamu hukuku ilişkisinin somut göstergelerini (delillerini) oluşturur. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin, kamu görevi yapan bir kamu görevlisi genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli (resmî görevli) olduğu söylenebilir⁶⁹. Öte yandan, 1982 Anayasası, kamu hizmeti görevlilerinin tümünü yani memur ve diğer kamu görevlilerini tek bir personel kategorisi içerisinde kaynaştırıp; aynı ilkelere tâbi tutunca, pratik sonuçları itibarıyla, memur ve diğer kamu görevlileri arasında hiçbir fark da kalmamıştır⁷⁰. Bu durum ise, bilirkişilerin (özellikle, resmî olmayan bilirkişilerin) memur ya da diğer bir kamu görevlisi olarak nitelendirilmesinin, pratik sonuçları itibarıyla büyük farklılıklar yaratmayacağını ortaya koymaktadır.

3- Hukukî Sorumluluklarının Belirlenmesi

Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kişinin resmî görevliler tarafından vakî haksız işlemler sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu durumda bulunan ilgili görevliye rücu

⁶⁸ Bkz. aşı. C, I.

⁶⁹ Bu bağlamda, yabancı literatürde bilirkişinin hukukî statüsünü ifade etmek için, Önhâkim (Vorrichter), Yardımcı Hâkim (Hilfsrichter), Hâkim Benzeri (Quasi-Richter) ibareleri kullanılmaktadır: Bkz. yuk. B. dn. 5.

⁷⁰ Duran, L. :Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni II, (Ortadoğu Amme İdaresi Dergisi, 1986, C. 19/2, sa. 18, s.17).

hakkının saklı olacağı; 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilmesi belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) bendinde ise, "Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulünün ilâniyle birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya **doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11 inci maddesi gereğince uygulanır**" kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, bu kanuni düzenlemeler yapılıncaya kadar, ilgili Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır⁷¹. Bilirkişilerin hukukî sorumluluğu ile ilgili olarak mevzuatımızda herhangi bir yasal düzenleme yer almadığına göre, bu durumda, Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) bendi uyarınca, bir kamu görevlisi olan bilirkişilerin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı hukukî sorumluluklarının belirlenmesinde de, Anayasa'nın kamu görevlilerinin hukukî sorumluluğunu öngören 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası hükmüyle 40 ıncı maddesinin

⁷¹ **Gören, Z.** : Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s. 3-33) s. 30-31; **Gören, Z.** : Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s. 75; **Özbudun, E.** : Türk Anayasa Hukuku, 2. B., Ankara 1989, s. 39. **Tanör, B. /Yüzbaşıoğlu, N.** : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 118; **Teziç, E.** : Anayasa Hukuku, İstanbul 1998, s. 192.

ikinci fıkrası hükmü doğrudan doğruya uygulanacaktır⁷². Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta; aksine bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenlemede memur ve diğer kamu görevlilerinin daha geniş bir ifadeyle resmî görevlilerin görevlerini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan dolayı Devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi; 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli durumunda bulunan bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmasından kaynaklanan zararlardan dolayı Devlet birinci derecede sorumlu olacak; ancak onun da kusurlu bilirkişiye rücu hakkı saklı bulunacaktır.

Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında ve 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında, hakkında düzenleme öngörülen Devletin sorumluluğu, niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur⁷³. Bu durum, Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasındaki "işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları" ve 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasındaki "vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir" ibarelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluğun, klasik (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğundan farklılaşmasını sağlayan olgu, zarara öncelikli olarak katlanacağıın

⁷² Bilirkişi olarak görevlendirilen Adli Tıp Kurumu gibi bir resmî bilirkişi ise, onun çalışanının kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmasından kaynaklanan zararlardan ilgililere, memur olması sebebiyle, Devlet zaten Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hukuken sorumlu olacaktır.

⁷³ **Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 3. B. Ankara 1989, s. 178. Yani, burada Devletin birinci derecede sorumlu olabilmesi için, memur veya kamu görevlisinin, görevini ifası sırasında üçüncü kişilere zarar veren eyleminin veya işleminin bir haksız fiil niteliği taşıması gerekir (**Tanriver** s. 270 dn. 15).

kusurlu tutum ve davranışları ile zarara sebebiyet verenin kendisinin değil; Devlet olmasıdır⁷⁴. Bu bağlamda, Devlet'in bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken koşullar, haksız fiil sorumluluğunun unsurları da (BK m. 41) dikkate alınmak suretiyle şu şekilde sıralanabilir:

- 1- Bilirkişi, gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş bulunmalıdır.
- 2- Gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi, bilirkişinin kastının ya da ihmâlinin (özellikle, ağır ihmâlinin) ürünü olmalıdır.
- 3- Bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş bulunmasından dolayı bir zarar doğmuş bulunmalıdır.
- 4- Kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlenip verilmesiyle meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bu durumda, bilirkişinin, kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu, o davada, örneğin ikinci bir bilirkişi raporu alındığı için hükme dayanak yapılmamış ya da bu gerçeğe aykırı rapor olmasaydı bile, dava, yine davayı kaybeden taraf aleyhine sonuçlanacak idiyse, artık gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunduğundan söz edilemeyeceği için, Devletin tazmin sorumluluğunun doğması mümkün olmayacaktır⁷⁵.

Devlet (idare), bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan zararı, açılan tazminat davası sonucunda davacıya yani zarar görene ödemek zorunda

⁷⁴ Eren s. 178.

⁷⁵ Kuru s. 2797.

kalırsa, bu davranışı ile zarara sebebiyet vermiş olan bilirkişiye rücu edebilir (AY m. 129, II; AY m. 40,III).

Ayrıca, bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu (rapor verdiği) bir ceza mahkemesi hükmü ile sabit olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (HUMK m. 445/5).

C- Bilirkişilerin Cezaî Sorumluluğu

I- Bilirkişinin Türk Ceza Kanunu Anlamında Memur Olup Olmadığı Sorunu

Türk Ceza Kanunu anlamında memur kavramından ne anlaşılması gerektiği, sözü edilen Kanun'un 279 uncu maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre;

“Ceza Kanunu'nun tatbikatında;

- 1- Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören devlet ve her türlü âmme müesseseleri memur veya müstahdemleri;
- 2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburî olarak teşrii, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören kimseler memur sayılır.

Ceza Kanunu tatbikatında âmme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

- 1- Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müesseselerinin memur ve müstahdemleri;
- 2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir”.

Sözü edilen maddenin birinci fıkrasında Ceza Kanunu'nun uygulanması yönünden kimlerin "memur" sayılacağı; ikinci fıkrasında ise, kimlerin "âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, kanun, memurlar ile âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimseleri birbirinden ayırmakta; bu ayırmada ölçü olarak da bunların gördükleri işlevin (ifa ettikleri faaliyetin) niteliğini esas almaktadır⁷⁶. Bu durumda, yaptığı faaliyet kamu görevi olarak nitelenenler "memur"; buna karşılık yaptığı faaliyet kamu hizmeti olarak nitelenenler ise, "âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılacaktır⁷⁷.

Ceza Kanunu'nun 279 uncu maddesindeki her iki kategori de, iki alt gruba ayrılmaktadır. Gerçekten, her iki fıkranın birinci bentlerinde, Devlet veya kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunan "memur"lardan veya "âmme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse"lerden söz edilmektedir. Her iki fıkranın ikinci bentlerinde yer alan "âmme vazifesi gören diğer kimseler" ve "âmme hizmeti gören diğer kimseler" şeklindeki ibareler ile, Devlet ve herhangi bir kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunmayan "memur"lara ve "âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimse"lere işaret edilmektedir⁷⁸. Buna göre, bir kimsenin "memur" veya "âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılabilmesi, onun sübjektif durumuyla yani istihdam ilişkisi içerisinde olup olmamasıyla ilgili değildir; bir "kamu görevi" veya bir "kamu hizmeti" gören herkes, Ceza Kanunu yönünden "memur" veya "âmme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse" sayılmaktadır⁷⁹.

⁷⁶ Erman, S. : Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur (AÜSBFD., 1947/3-4, s. 235-276), s. 242; Toroslu, N. :Ceza Hukuku, Ankara 1990, s. 236.

⁷⁷ Erman s. 242; Toroslu-Ceza Hukuku, s. 236.

⁷⁸ Toroslu-Ceza Hukuku, s. 236.

⁷⁹ Erman s. 242-243; Toroslu-Ceza Hukuku, s. 236.

Gerek Adli Tıp görevlileri gibi resmî bilirkişiler gerekse resmî olmayan bilirkişiler, adli bir kamu görevi yapmaktadırlar⁸⁰; resmî bilirkişiler Devlet ya da bir kamu kurumu ile zaten istihdam ilişkisi içerisinde oldukları; resmî olmayanların ise atanması ile birlikte Devlet ile aralarında kamu hukuku temeline dayalı bulunan özel (kendine özgü) bir bağ kurulmuş olur. Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci ve 290 ıncı maddelerinde öngörölmüş bulunan düzenlemeler, bu bağın en önemli kanıtlarını oluşturur. Bu bağlamda, resmî bilirkişiler, Türk Ceza Kanunu'nun 279 uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi; resmî olmayanlar ise, aynı Kanun maddesinin aynı fıkrasının ikinci bendi uyarınca, Ceza Kanunu anlamında memur sayılırlar; çünkü, her ikisi de, kendilerine işaret edilmiş olan düzenlemelerin öngördüğü koşulları tümüyle bünyelerinde barındırmaktadırlar.

Doktrin ve yargı uygulaması bağlamında da, bilirkişilerin, Türk Ceza Kanunu'nun 279 uncu maddesi anlamında memur oldukları hususu, genel kabul görmektedir⁸¹.

⁸⁰ Çetin, E. : Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2000, s. 13.

⁸¹ Erman s. 266; Şekercioğlu s. 23-24; Malkoç, İ. : Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2000, s. 592; Çetin s. 5. "...kamu yararı belirli bir kamu faaliyetinin seri bir şekilde ifa edilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi âdeta bir zaruret halini alır. Bazı hallerde ise, maslahata uygunluk düşünceleri dolayısıyla özel şahısların belirli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın âmme fonksiyonunu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi, onun her zaman memur sayılacağına delalet etmez. Bir kimsenin memur sayılabilmesi için de bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir: İlk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasına, "bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olması"dır. Diğer bir şart da, "Devletle hukukî tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir âmme hukuku münasebeti ve rabitasının bulunmasıdır". Şu halde zaruret veya kamu yararı icabı herhangi bir âmme vazifesinin bir vatandaş tarafından

Bilirkişilerin, Ceza Kanunu anlamında memur sayılması, her şeyden önce onlara yöneltilecek olan fiili, taarruzların ve yapılacak olan hakaretlerin önlenmesinde önemli ölçüde etkili olacaktır. Zira, bu gibi durumlarda, suçun pasif süjesinin memur olması, cezayı ağırlaştıran bir etken olarak işlev görür; örneğin bilirkişiye karşı görevi sırasında görevi dolayısıyla müessir fiil işlenmiş ya da hakaret edilmişse, faile sözü edilen fiillerin ağırlaştırılmış şekli için öngörülen cezalar uygulanma kabiliyeti kazanır (TCK. m.266). Yine, kanunda, bu bağlamda, resmî kimliği dolayısıyla bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışlara, tutuklama nedenleri arasında yer verilmiştir (TCK. m. 104, I/2).

Ayrıca, bilirkişi, Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunduğuna göre, memurların işleyebileceği suçları yani mahsus suçları da işleyebilir. Bu bağlamda, bilirkişi, üstlenmiş olduğu bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında taşıdığı resmî sıfatın gereği ve görevi sebebiyle kendisine tevdi edilmiş olan ya da tesadüfen öğrenmiş bulunduğu resmî sıraları ifşa edecek olursa, onun sözü edilen bu eylemi Türk Ceza Kanunu'nun 229

ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulunmuş ve vatandaş da bu fonksiyonu Devletle hususi bir âmme hukuku münasebeti kurup hukukî bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise memur sayılır. Bu şartlardan birisi eksik ise, örneğin, muhbir ve meşhut suç dahilinde muvakkat yakalamada bulunan vatandaşın durumu gibi, o kimse memur sayılamaz. Yukarıda belirttiğimiz şartlara uygun olarak âmme vazifesi gören özel kişilere örnek , şahit, bilirkişi ve tercümanlardır. Bu kimseler, hâkim tarafından verilen hükme iştirak ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları (TCK. m. 282) ve bunların re'sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla Devlet arasında mevzubahis özel rabıta kurulduğundan, Ceza Kanunu'un 279 uncu maddesi anlamında ve "diğer kimseler"¹ tabiri içine dahil memurlardır (CGK., 25.11.1985, 4101595, Savaş, V./Mollamahmutoğlu, S. : Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. II, 3.B. , Ankara 1998, s. 2796).

uncu maddesinde öngörülen suç oluşturur⁸². Bilirkişinin, sergilemiş olduğu tutum ve davranışlar, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu'nun 230 uncu maddesinde öngörülen görevi ihmâl suçuna da vücut verebilir⁸³. Bilirkişi olarak atanan kişi, kanunen bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunan kimselerden olup, (CMUK m. 68, I,II; HUMK m. 278,II) müteaddit olarak gelmenin sonuçlarını öngören ihtarı da içerecek şekilde usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye davet edilmesine rağmen gelmemiş ya da bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmayanlarda dahil bilirkişi olarak görevlendirilen kimse yapılan davete icabet etmiş, bilirkişilik yapmak üzere mahkemeye (HUMK m. 281, II ve III; CMUK m. 75, II) gelmiş, bu görevi kabul etmiş; fakat hiçbir sebep göstermeksizin bilirkişilik görevini ifadan kaçınmışsa⁸⁴ yani kanunda yazılı süreler çoktan geçmiş olmasına rağmen raporunu vermemişse⁸⁵; onun sergilemiş olduğu bu tutum ve davranışları,

⁸² Bilirkişinin, resmî kimliği ve görevi sebebiyle öğrenmiş olduğu ve ilgililere zarar vermek kastıyla açıklamış olduğu sırlar, resmî sır niteliği taşııyorsa, bu durumda sözü edilen sırların haklı bir neden olmadan açıklanması, Türk Ceza Kanunu'nun 198 inci maddesinde öngörülen meslek sırrını açıklama suçuna vücut verir.

⁸³ Öztürk, B./Erdem, M. R. /Özbek, V. Ö. :Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2001, s. 179.

⁸⁴ Bilirkişilik görevini ifa için mahkemeye gelip davete icabet eden kimse, asılsız bir sebep ileri sürmek sebebiyle, bu görevini yerine getirmekten kaçınır yani sözlü ya da yazılı olarak açıklama yapmazsa (raporunu vermezse), o, bu eylemi ile görevi ihmâl suçunu öngören norma (TCK. m. 230) nazaran özel bir norm konumunda bulunan asılsız bir sebep ileri sürerek bilirkişilik görevini ifadan imtina suçunu (TCK. m. 282) işlemiş olur (Bkz. aşa. II, 1).

⁸⁵ "Asliye hukuk mahkemesince bilirkişi olarak dinlenen belediye fen memurunun iki kez yazı ile uyarılmasına karşın, raporunu vermeme biçiminde beliren eylemi nedeniyle TCK'nın 230 uncu maddesi ile cezalandırılmasına ilişkin olan yerel mahkeme kararı (tebliğnamesindeki bozma düşüncesine aykırı olarak) 4. Ceza dairesinin 11.10.1992 tarih ve 6383/6881 sayılı kararı ile onanmıştır" (Çetin s. 13 dn 21). " Oluşa göre, bilirkişi samğin, rapor ve dosyayı bir yılı aşkın sürede vermemekten ibaret

Türk Ceza Kanunu'nun 230 uncu maddesinde öngörülen görevi ihmal suçunu oluşturur. Ancak, ikinci halde de sözü edilen suçun oluşabilmesi için, bilirkişinin, mahkemece raporu vermemenin sonuçlarını da içerecek şekilde bir kez daha uyarılmış olması aranmalıdır. Her ne kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, bilirkişilerin mahkemeye gelmekten veya gelip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmaları halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı; bu bağlamda bilirkişilerin para cezasına, tâlikten mütevellit masraflara mahkûm edilebilecekleri ve ihzâren celbedilecekleri belirtilmiş ve buna paralel bir düzenlemeye de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70 inci ve bu madde delâletiyle aynı Kanun'un 46 inci maddesinde yer verilmişse de, sözü edilen hükümler, disiplin hükümleri konumunda bulunup, bir fiil aynı zamanda hem disiplin ceza hukuku hem de genel ceza hukuku bakımlarından ayrı ayrı suç oluşturabileceğinden, bilirkişilerin yukarıda kendisine işaret edilmiş olan eylemi, ceza hukuku yönünden özel bir düzenleme öngören Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde belirtilen suçta vücut vermeyeceği için, ona nazaran daha genel bir norm niteliği taşıyan ve Türk Ceza Kanunu'nun 230 uncu maddesinde yer alan görevi ihmâl suçunun kapsamına giren bir fiil olarak algılanmak gerekecektir.

eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 240 inci maddesine göre hüküm kurulması ...Dikili Asliye Hukuk Mahkemesinin 1992/87 esas sayılı dosyasında 9.9.1993, 1993/67 esas sayılı dosyasında 23.9.1993 tarihlerinde yapılan keşiflerde bilirkişi olarak görev yapan sanığın belirlenen sürede rapor ve dosyaları vermediği dairemizin 4806 ve 5065 sayılı dosyalarının incelenmesinden anlaşılmasına göre, aralarında kişisel ve eylemsel bağ nedeniyle iki dava birleştirilerek, aynı suçta işleme kararı ile davranıp davranmadığı ve olayda TCY'nin 230, 80. maddelerinin uygulanma yerinin bulunup bulunmadığının tartışılarak hüküm kurulması gerekirken her eylemin bağımsız suç sayılması, yasaya aykırıdır...." (4. CD., 25.06.1996, 5068/5912; Günay, E. : Uygulamada Hâkim, Savcı, Avukatlar ve Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara 1997, s. 264).

Bilirkişi, taraflardan birisince vaat olunan para veya herhangi bir çıkar karşılığında adliye huzurunda gerçek dışı rapor vermiş ya da oy ve görüş açıklamışsa, sözü edilen eylem, hem rüşvet suçuna (TCK. m. 211) hem de gerçeğe aykırı rapor verme suçuna (TCK. m. 290) vücut verir ve bu durumda, sanık bilirkişiye, her iki suçtan ötürü ayrı ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilir (TCK. m.78)⁸⁶.

II- Bilirkişilerle İlgili Olarak Türk Ceza Kanunu'nda Öngörölmüş Bulunan Özel Bazı Suçlar

1- Asılsız Bir Sebep İleri Sürmek Suretiyle Bilirkişilik İçin Yapılmış Olan Davete İcabet Etmemek veya Bilirkişilik Görevini İfadan Kaçınmak (TCK. m. 282)

Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde, usulüne uygun olarak adli makamlarca davet edilmiş bulunan bilirkişinin, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle davete icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş olması veya icabet etmekle beraber asılsız bir sebepsiz ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, bir suç sayılmıştır. Sözü edilen fiillerin suç olarak öngörülmesi ile, genel çerçevede adli faaliyetin kesintisiz bir biçimde ve aksatılmadan işleyişinin sağlanması amaçlanmıştır⁸⁷.

Bu suçun failini, yani aktif süjesini, bir görüşe göre, ancak bilirkişiliği kabul zorunluluğu bulunan kimseler oluşturabilir; böyle bir zorunluluğu bulunmayan kimseler bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde suç olarak öngörülen durumun gerçekleşmesi mümkün değildir⁸⁸. Kanımızca,

⁸⁶ Şengün s. 462.

⁸⁷ Yarsuvat, A. : Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesi Üzerine Bir İnceleme (AD., 1969/2, s. 95-106), s.96.

⁸⁸ Erem, F. : Adliye Aleyhinde Cürümler, Ankara 1955, s. 6; Erem, F. : Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s. 1502.

bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmasa bile, bir kimse, bilirkişilik görevini kabul etmişse, artık onun görevini ifadan asılsız sebep ileri sürmek suretiyle kaçınması halinde de, Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde öngörülmüş olan düzenleme işlerlik kazanır; sözü edilen hal bağlamında, görevlendirilmiş olan bilirkişinin bu görevi yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının herhangi bir önemi olmamak gerekir.

Herşeyden önce, bilirkişi olarak görevlendirilmek istenen kimsenin, bu görevin ifası için, yargı yetkisine sahip adliye makamları⁸⁹ tarafından usulüne uygun olarak davet edilmiş bulunması şarttır⁹⁰.

Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde öngörülen suçun maddî unsuru, adli makamlarca bilirkişi olarak davet edilmiş bulunan kimsenin “asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle icabet mecburiyetinden vareste tutulmuş” veya “icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevinden kaçınmış” olmasıdır⁹¹. Asılsız bir sebep ileri

⁸⁹ Adliye makamları kavramının kapsamı içerisinde, adliye mahkemelerinin yanı sıra, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, askerî ve idarî yargı yerleri ile savcılık da dahildir (**Erem-Şerh**, s. 1502; **Erem-Adliye**, s.4; **Yarsuvat** s. 101).

⁹⁰ **Erem-Adliye**, s. 3; **Erem-Şerh**, s. 1502; **Yarsuvat** s. 101.

⁹¹ **Erem-Adliye** s. 5; **Erem-Şerh** s. 1503; **Yarsuvat** s. 106. “TCK'nun 282 nci maddesinde düzenlenen kanunen yapılması gereken görevden kaçınma suçunun oluşması için, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- a) Fail, tanık, bilirkişi veya tercüman olmalı,
- b) Yargı yetkisini kullanan adli, idarî veya askerî yargı makamları tarafından davet edilmeli,
- c) Fail usulüne uygun şekilde çağrılmalı,
- d) Fail gerçeği yansıtmayan uydurma sebepler ileri sürerek kendisini çağıran adli makama gelmekten vareste tutulmasını talep etmiş olmalı,
- e) Veya fail davete uyararak adli makama geldiği halde asılsız sebep ileri sürerek adli görevi yapmaktan kaçınmalı

sürmekten maksat, gerçeğe aykırı mazeret beyanıdır; bu beyan, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir⁹². Bilirkişi asılsız bir sebep ileri sürmekle kalmayıp; bu sebebin doğruluğunu ortaya koymak amacıyla sahte bir belge (örneğin, hatıra binaen veya çıkar karşılığı elde edilmiş bir doktor raporu) ibraz etmiş; adli makam da sözü edilen belgeye (yani, doktor raporuna) itimat ederek bilirkişi olarak atanan kimseyi görevden muaf tutmuşsa, bu durumda onun, hem Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesi hem de aynı Kanun'un 354 üncü maddesi uyarınca, ayrı ayrı cezalandırılması ve bu cezaların gerçek içtima kurallarına göre (TCK. m. 78) içtima ettirilmesi gerekir⁹³. Bilirkişinin yalnızca davete icabet etmemiş olması ya da bilirkişilik görevini ifadan

f) Fail gerçeğe aykırı sebepleri bilerek ve isteyerek ileri sürmelidir.

Bu açıklamaların ışığında olayımıza baktığımızda; sanık asliye hukuk mahkemesinin çağrısına uyarak bilirkişi sıfatıyla keşfe katılmış ve raporunu verilen sürede sunamamıştır. Verdiği mazeret dilekçesinde ileri sürdüğü sebeplerin asılsız olduğu kanıtlanmamıştır. Sanık mazeret olarak ileri sürdüğü yurtdışına çıktığını gösterir pasaport fotokopisini ibraz etmiştir. Bu nedenle sanığın asılsız sebep ileri sürerek bilirkişilik görevinden kaçındığı kanıtlanamadığından TCK.'nın 282 inci maddesinde yer alan suçun unsurları olayda gerçekleşmemiştir..." (CGK, 6.11.1989, 2.275/332,, **Yaşar, O.** : İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 639-640). "TCK'nun 282/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, bilirkişi olan sanığın raporu vermemesinin asılsız bir sebebe dayanması gerektiği cihetle, davete icabet ettiği halde, mücerret rapor vermekten affını istemesinin bu maddedeki suçu oluşturmayacağı..." (2.CD., 22.10.1985, 6156/8305, **Savaş/Mollamahmutoğlu** s. 2847).

⁹² **Yarsuvat** s. 103; **Erem-Şerh**, s. 1503; **Erem-Adliye**, s. 5.

⁹³ **Erem-Adliye**, s. 5; **Erem-Şerh**, s. 1503; **Yarsuvat** ise, burada gerçek içtimanın değil; fikrî içtimanın olacağını, Türk Ceza Kanunu'nun 354/1-3 maddesinde öngörülün suçla 282 nci maddesinin kaynaştığı tek bir fiille sözü edilen kanunun iki ayrı hükmünün ihlâl edildiğini; burada sahte rapor kullanılması suretiyle asılsız sebep ileri sürülmesinin gerçekleştirildiği kanısını taşımaktadır (s. 103).

kaçınmış bulunması, tek başına, Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde öngörülen suçun oluşumu için yetmez⁹⁴.

Sözü edilen suçun manevi unsurunu, genel kast oluşturur; bilirkişinin hareketi bilerek ve isteyerek yapmış olması yeterlidir. Saik ve amaç, bu bağlamda, herhangi bir önem taşımaz; yani özel kast aranmamıştır⁹⁵.

Türk Ceza Kanunu'nun 282 nci maddesinde öngörülen bu suç işleyen bilirkişiye, altı aya kadar hapis, muayyen bir miktar ağır para cezası ve ayrıca hükmedilen hapis cezasının tutarı ölçüsünde meslek ve sanatını tatil cezası verilir. Bilirkişi hakkında, sadece para cezasına hükmedilmişse, artık meslek ve sanatın tatili cezasının uygulanmasına olanak kalmaz⁹⁶. Ayrıca, ceza tâyini bağlamında, failin pişmanlığının herhangi bir önemi yoktur⁹⁷.

2- Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma (Rapor Verme) (TCK. m. 290)

Türk Ceza Kanunu'nun 290 ıncı maddesinde, bilirkişinin, adli makamlara gerçeğe aykırı rapor düzenleyip tevdi etmiş veya bu makamlar huzurunda bilirkişi sıfatıyla gerçek dışı sözlü beyanlarda bulunmuş olması, bir suç olarak öngörülmüş ve böylelikle bilirkişinin doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevi güvence altına alınmak istenmiştir⁹⁸. Gerçekten sözü edilen kanun hükmü uyarınca, “..adliye huzuruna davet olunarak hakikata mûgayir rey ve malûmat veren ehlihibre..., yalan yere tanıklık edenlere özgü cezalarla cezalandırılır”; yani, Türk Ceza Kanunu'nun 286 ve 289 uncu maddeleri bilirkişilere de

⁹⁴ Yarsuvat s. 103; Erem-Şerh, s. 1503.

⁹⁵ Erem-Şerh, s. 1503; Yarsuvat s. 105.

⁹⁶ Erem-Adliye, s. 78.

⁹⁷ Yarsuvat s. 105.

⁹⁸ Şengün s. 461.

uygulanır⁹⁹. Bu suç da, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme eylemini, usûlüne uygun olarak kendisini bilirkişi sıfatıyla davet etmeye ve bu sıfatla dinlemeye yetkili olan bir adlî makam huzurunda kanunun deyişiyile “ehlihibre istimana selâhiyattar bir memur veya heyet huzurunda” işlemiş olması gerekir.

Suçun maddî unsurunu, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde (hilâfî hakikat beyanda veya mütalaada) bulunması oluşturur. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaktan maksat, doğru olmayanı, doğruymuş gibi göstermek veya doğru olanı, yanlış aksettirmektir¹⁰⁰. Failin cezalandırılabilmesi, bilirkişiliğin hükme etkili olması şartına bağlı değildir; bu durum hukuk davaları açısından da geçerlilik taşır¹⁰¹.

Türk Ceza Kanunu'nun 290 ıncı maddesinde öngörülen suç, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu anda yani gerçeğe aykırı raporunu merciiine ibraz ettiği anda tamamlanmış olur: sözü edilen suçun tekemmülü için adliyeye veya bir kimseye

⁹⁹ Şengün s. 461; “Hukuk davasına konu inşaat üzerine keşif yapıp uzman bilirkişilere incelettirilerek, katılanın iddia ettiğinin araştırılması, sanık tarafından düzenlenen raporun gerçeğe uygun olup olmadığının saptanması ve sonucuna göre eylemin TCY'nın 290. maddesine girip girmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve gerekçeyle karar verilmesi...” (4. CD. , 1.6.1999, 4641/5302, Taşdemir, K. /Özkepir, R. : Son Değişikliklerle İtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2000, s. 658); “...sınırları belirli taşınmazdaki ağaç miktarını gerçeğe aykırı olarak az gösteren bilirkişinin eyleminin TCY'nın 290. maddesine uyduğunun gözetilmemesi yasaya aykırı olup, eylem TCY'nın 230 uncu maddesine uygun değildir” (4.CD., 3.4.1991, 182/2025, Günay s. 265).

¹⁰⁰ Erem- Adliye, s. 32; Erem, F. :Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık (AÜHFD., 1954/3-4, s.42-59), s. 46; Şengün s.462.

¹⁰¹ Erem-Adliye, s. 31; Şengün s. 462.

zarar verilmiş olması şart değildir¹⁰². Gerçek dışı bildirim, sanığın lehine veya aleyhine bir durum yaratmasının da, bu bağlamda herhangi bir önemi yoktur¹⁰³.

Sonuçlarını bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme, Türk Ceza Kanunu'nun 290 ıncı maddesinde öngörülmüş olan suçun manevî unsurunu oluşturur; saikin bu bağlamda hiç bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁴. Dikkatsizlik veya ihmâl suretiyle yani taksirli olarak beyanda bulunma halleri, kastın kapsamı dışında kalır¹⁰⁵. Sözü edilen suçun oluşumu bakımından, bilirkişinin yeminli veya yeminsiz dinlenmiş ya da beyanda bulunmuş olması arasında, kanunda herhangi bir ayırım gözetilmemiştir; ancak, ceza yargısı bağlamında, bilirkişinin yeminsiz dinlenmiş olması ve görüş beyan etmiş bulunması, bir hafifletici neden sayılmıştır (TCK. m. 286, IV)¹⁰⁶. Yine, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, çağrılması gerekmeyen veya çekinmeye hakkı bulunan kimselerden olduğu halde, mahkemece kendilerine çekinebilecekleri ihtar yapılmamışsa, ceza verilemez (TCK. m. 288, I/2). Bunun dışında, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, hükmün bildirilmesinden önce beyanından dönerek gerçeği açıklamış; yani faal nedamet vukuu bulmuşsa, somut durumun özelliklerine göre, cezası indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir (TCK. m. 289)¹⁰⁷. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması ya da rapor verilmesi, üç seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürmün tahkikat ve yargılaması sırasında vukuu bulmuşsa, bilirkişiye

¹⁰² Erem-Adliye, s. 33; Erem-Yalan Şahadet, s. 47; Şengün s. 462.

¹⁰³ Şengün s. 462.

¹⁰⁴ Erem-Yalan Şahadet, s. 48; Erem-Adliye, s. 34-35; Şengün s. 462.

¹⁰⁵ Şengün s. 462.

¹⁰⁶ Şengün s. 462.

¹⁰⁷ Şengün s. 462. Hukuk davalarında faal nedamet, cezayı kaldırmaz; sadece azaltır (Erem-Adliye, s. 42).

verilen ceza artırılır; ona verilecek cezanın alt sınırı üç yıl üst sınırı ise on yıl ağır hapidir. Eğer gerçeğe aykırı bilirkişi raporu, sanığa müebbet hapis cezası verilmesine neden olmuşsa, sözü edilen eylemi gerçekleştiren bilirkişiye verilecek ceza, onbeş yıldan az olamaz; hükme esas alınmış bulunan gerçeğe aykırı bilirkişi raporu nedeniyle sanık idam (ölüm) cezasına¹⁰⁸ çarptırılmışsa, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmuş veya rapor vermiş olan bilirkişiye, müebbet ağır hapis cezası verilir (TCK. m.290; m. 286, II, III).

Ceza Kanunu, ayrıca, yalancı bilirkişi tedarikini de, müstâkil bir suç saymıştır (TCK. m.291). Yine, müdafii kabul ettiği bir davada, bilirkişinin sahabetini (korumasını) istihsal etmek veya ona mükâfat eylemek bahanesiyle, müvekkilinden para ve sair eşya alması da suçtur (TCK. m. 295).

Ayrıca, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre, bilirkişinin, hükme etkili olacak şekilde mahkûm aleyhine ya da sanık veya mahkûm lehine kasıt veya ihmâl ile gerçeğe aykırı olarak rapor vermesi veya görüş bildirmesi, bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (CMUK m. 327/2; m. 330/2).

¹⁰⁸ Son yapılan anayasa değişikliği ile idam (ölüm) cezalarının uygulanma alanı son derece daraltılmıştır. Buna göre, savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında idam (ölüm) cezası verilemez [4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un (RG., 17. 10. 2001 Mükerrer sa. 24556) 14 üncü maddesinin birinci fıkrası ile 2709 sayılı T. C. Anayasası'nın 38 inci maddesine eklenen 7 nci fıkra].

Dr. BİLAL KARTAL- Efendim, ben de Sayın Süha Beye çok teşekkür ediyorum. Tabii büyük bir emek mahsulü, büyük bir ürün, birikim mahsulü olduğu için bunu bitirmek istiyorlar; fakat bu tür toplantıların amacı benim düşünceme göre, tabii yanlış da olabilir, mutlaka tartışmacılarla paylaşmak gerekiyor. O bakımdan aslında böyle bilimsel bir toplantı olmasa, bunlar yazılır, zaten yazılmıştır da, çok güzel bir tebliğ vardı, zannediyorum bilirkişinin sorumluluğuyla ilgili konularda başvuracağınız temel bir belge olarak elinizde bulunması gerekiyor. Ancak bu yazılacak, yayınlanacak; fakat siz ne düşünüyorsunuz, bunu sizinle paylaşmayı özellikle ben de istiyorum. O bakımdan tartışmaya daha fazla süre ayrılmasında yarar bulunduğunu söylüyorum. Süha Beyin kendisine çok teşekkür ediyorum.

Sözü şimdi diğer arkadaşımız Sami Kahraman Beye bırakıyorum, buyurun efendim.

Av. SAMİ KAHRAMAN:

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Değerli arkadaşlar, bir konuşmacı arkadaşın son anda mazeret bildirmesi nedeniyle ben de son anda görev aldım ve sizlere hitap etme imkânını buldum. Ben avukatım, “ben avukatım” derken özellikle söylüyorum; çünkü bu tür toplantılarda daha çok bilirkişi arkadaşlar panelist olarak davet edilmektedir, onlar da lafa başlarken “ben aynı zamanda bilirkişiyim” diye başlıyorlar, ben münhasıran avukatım. Dolayısıyla, olayları avukat penceresinden görmek ve irdelemek istiyorum.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Madde 275 ve devamında, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun Madde 65 ve devamında düzenlenmiş olan bilirkişi incelemesinin olması gereken şekli, iki gündür uzun uzun tartışıldı, bunların üzerinde durmak istemiyorum. Tebliğ sunanlar ile tartışmacılar, hâkime ait olan hukuki yorum yapma yetkisinin bilirkişiler tarafından kullanılmasından duydukları rahatsızlıkları ifade ettiler.

Dün iki numaralı tebliğin sunulmasından sonra söz alan Avukat Yaşar Öztürk, daha çok Samsun ve Trabzon’daki bilirkişi etiğiyle bağdaşmayan müşahhas bazı örnekleri burada dile getirdi. Tüm konuşmacılar, bilirkişi uygulamasının kanayan bir yara olduğu da ittifak ettiler. Ben de özellikle Ankara ölçeğinde bu yara nasıl kanıyor, nereden kaynaklanıyor; bunu ortaya koymaya çalışacağım.

Sayın Tanrıverdi, bilirkişilerin bağlı olduğu etik değerleri, doğruluk, tarafsızlık, dürüstlük, objektiflik, sadakât, özen başlıkları altında topladı, isabetle topladı. Sayın Tanrıverdi ile tebliğ sunan Sayın Soyaslan, bilirkişilerin Ceza Kanununun tatbikinde, 279. maddenin tanımladığı kişiler arasında bulunduğunu tereddütsüz ifade ettiler. Gerçekten bilirkişilerin

görevlerini ifa ederken, memur gibi sorumlu olduklarını, başta Türk Ceza Kanunu 230 ve 240 olmak üzere, 209 ve 212’de belirtilen memur suçlarını işleyebileceklerinde tereddüt olmaması gerektiğini düşünüyorum.

Değerli arkadaşlar, bir probleme değinmeden geçemeyeceğim. Ceza hukuku tatbikâtında, mektupla işlenen şartlı tehdit, tehdit, Türk Ceza Kanunu Madde 498’de belirtilen gasp suçlarında fiilen hemen tek ispat vasıtası grafolojik inceleme, yani bilirkişi incelemesi oluyor. Bu konuda yapılan bilirkişi incelemelerinde aynı konudaki farklı raporlardan, bu konudaki incelemelerde, ciddi hata payının olduğunu görüyoruz, özellik icra tetkik merciinde yapılan incelemelerde aynı imza bir bilirkişi tarafından “bu kişiye aittir” diye nitelenebildiği halde, bir diğer bilirkişi tarafından “bu kişinin eli mahsulü değildir” diye nitelenebiliyor; bu da hata payının ciddiyetini ortaya koyuyor.

Dün konuşan Adli Tıp Görevlisi Doktor Sadullah Güzel’in ifade ettiği gibi, Adli Tıptaki Grafoloji İhtisas Dairesindeki uzmanların uzmanlıkları da bir hayli tartışma götürüyor. Genellikle bu tip raporlarda eğimi, tersimi, kaligrafik özellikleri, ihtiyati unsurları gibi şablon gerekçeleri kullanılıyor. Dolayısıyla, gerçek gerekçeler ortaya konulmadığı için denetimi de mümkün olmuyor. Şartlı tehdit, gasp ve sahtecilik suçlarının yaptırımlarının çok ağır olduğu dikkate alındığında özellikle bu suçlarda yan delillerle desteklenmeyen grafolojik raporlarla mahkumiyet hükmü tesis edilmemelidir diye düşünüyorum ve takdirlerinize sunuyorum.

Gerek Ceza, gerekse Hukuk Usulünün düzenlemelerine bakıldığında bilirkişiliğin bir meslek olarak düşünülmediğini, arzi bir görev olarak görüldüğünü söylemek mümkündür. Ancak büyük kentlerdeki uygulamalara bakıldığında bilirkişiliğin giderek profesyonelce icra edilen bir meslek şekline dönüşme eğiliminde

olduğunu söyleyebilirim; işte problem de büyük ölçüde buradan kaynaklanmaktadır. Bu görevin ifası için bürolar düzenlenmekte, bilgisayarlar alınmakta ve yatırım yapılmaktadır. Bir bilirkişi arkadaşına yaz tatilinde ne yaptığını sorduğumda yaz tatiline gitmediğini, birikmiş bilirkişi raporları düzenlediği ve iki ayda - yanlış duymuyorsunuz- 1 000 tane rapor düzenlediğini söyledi, dehşetle dinledim.

Gerçekten bazı bilirkişilerin, bir yılda bir mahkemenin sonuçlandırdığı dosya sayısından çok daha fazla rapor düzenlediğini biliyoruz. Tüm Ankara'nın trafik kazalarından kaynaklanan hasar tespitleri 30 yıldır hemen hemen tek bilirkişi tarafından incelenmekte ve rapor düzenlenmektedir. Kanunla yasaklanmadan önce Sayıştay üye ve denetçilerinin rapor yazmaktan kendi işlerini yapamaz hale geldikleri bir vakıadır. Ben birkaç tanesinin odasına girdim, mahkemelerden gönderilen dosyalar nedeniyle odada oturacak yer yoktu; onun için zaruret hissedildi de kanunla yasaklandı.

Hepimiz, Ankara'da mesleğini icra eden arkadaşlar için biliyoruz ki, bir kısım bilirkişilerin öğle saatlerinde mahkeme kalemlerinde kapı kapı dolaşıp ellerinde poşetlerle dosya taşıdıkları, bu durumun da hiç hoş bir görünüş arz etmediği malumdur. Bir kısım bilirkişilerin ticaret mahkemelerinde, asliye hukuk mahkemelerinde, sulh hukuk mahkemelerinde, iş mahkemelerinde, hatta ceza mahkemelerinde karşınıza çıkması, hemen her türlü davalarda rapor verdikleri maalesef bir vakıadır. Yeni bir hâkim tayin olduğunda bazı bilirkişilerin ellerinde çiçeklerle ilk ziyaretçi oldukları, kalem müdürleriyle özel dostluklar kurulması için gayretler içerisinde oldukları sıkça rastladığımız görüntülerdir. Düşük ücrete rağmen bu gayretin nedenini anlamak mümkün değil, ben anlamış değilim. Bana birkaç defa hâkim arkadaşlarımız özel olarak rica ettiler, ben 2 ay gece-gündüz uğraştım, bilirkişi raporunu zor yazdım, bu

arkadaşlar bu işe, nasıl bu kadar az bir ücretle talip oluyorlar, ben anlayamadım.

Daha dün fakülteden mezun olan bir delikanlıya babası Yargıtay üyesi diye, ya da bir başkasının kayınpederi hâkim diye en önemli dosyalarda bilirkişilik verildiği bir gerçektir. Hayatında istihkak raporu düzenlememiş, şantiyede çalışmamış, kontrol mühendisliği yapmamış mühendislere, dostluk ilişkileri nedeniyle çok önemli davalarda -ki istisna akdinden kaynaklanan davalarda- bilirkişilik görevi verildiğini biliyoruz. Yaptığı usulsüzlükler günlerce gazete sütunlarında anlatılan şaibeli bilirkişilere, ikâzlara rağmen “haklarında mahkeme kararı yok” gerekçesiyle ısrarla bilirkişilik görevi verilmesini anlamak mümkün değildir.

Uygulamada teknik ve ihtisası gerektiren konulardan ziyade, dosyanın kalınlaşması, şişmesi, dosyanın bilirkişiye gitmesi için en temel neden olmaktadır. “Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde taleplerinde haklı olup olmadıkları, varsa alacaklarının tespiti için bilirkişi incelemesine” şeklindeki ara kararı verildikten sonra bilirkişiler âdeta kendilerini hâkim yerine koymakta ve ihtilafın özüne inerek hukuki vasıflandırma yapmaktadırlar. Mühendis, muhasebeci bilirkişiler, Borçlar Kanununu, Ticaret Kanununu yorumlamakta, hukukçuların dahi zor cesaret ettikleri işe soyunmaktadırlar. Ceza davalarında bilirkişiler suç vasfını tayin etmekte, sıfatlarıyla bağdaşmayan değerlendirmelerde bulunmaktadırlar ve bütün bunlar Yargıtay’ın gözünün önünde olmaktadır, bu dosyalar neticede Yargıtay’ın önüne gitmektedir. Ticaret mahkemeleri için, “bilirkişilere teslim olmuştur” ifadesini kullanmakta bir beis duymuyorum. Evet, ticaret mahkemeleri özellikle Ankara’da, İstanbul’da bilirkişilere teslim olmuş durumdadır.

İstisna akitleriyle ilgili ihtilaflarda, marka tecavüzü, haksız rekabet, nakliye sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleriyle ilgili

ihtilaflarda davalarınız bilirkişinin iki dudağı arasında kalmaktadır. Bu tip davalarda ticaret mahkemeleri, sadece bilirkişi raporunun altyapısını oluşturmakta ve rapor doğrultusunda karar vermektedir. Üstelik yeni başlayan uygulamalarla bilirkişiler bir ön rapor vererek hasredilmiş delillere rağmen, yeni delillerin ibrazını ve celbini de isteyebilmektedirler. Bütün bunları etik olarak kabul etmek bence mümkün değildir. Bazı avukat arkadaşlarımızın avukatlık faaliyetlerinin yanında yoğun bir şekilde bilirkişilik yaptıkları malumdur. Bu durum avukatlar arasında yakınmalara yol açmaktadır. Baroda görev aldığım dönemlerde bu yakınmalar bana çok sık iletildi. Avukatlar arasında avukat bilirkişilerin açtıkları davalarda bilirkişi dayanışması örnekleri sergilenebildiği, hâkimlerin, avukat bilirkişilerin takip ettikleri davalarda objektif olamayacakları konusunda kuşku duydukları bana çok iletildi. Sanırım baroların bu konu üzerinde durmalarında zaruret var.

Bilirkişi raporlarında kullanılan “uzman” sıfatını kimlerin hangi yetkiyle verdiğini hep merak etmişimdir. –Grafoloji uzmanı, marka-patent uzmanı gibi–, Uzmanlık sıfatı iddialı bir vurgulamadır, o konuda ciddi bir eğitim almayan bilirkişilerin bu sıfatları rasgele kullanmaları bilirkişi etiğiyle bağdaşmamaktadır. Çoğu zaman çeşitli mesleklerdeki üç kişi bir heyet halinde bilirkişi olarak tayin edilmekte; ama biz biliyoruz ki, bunlardan bir tanesi gelip kalemde dosyayı almakta, rapor düzenlemekte, diğerleriyle hiç görüşmemekte, müşavere etmemekte, raporunu düzenleyip gene kaleme bırakmakta, kalem diğer bilirkişilere telefon etmekte, çağırarak orada kalemde imzalarını almaktadır. Bu durumu da bilirkişi etiğiyle bağdaştırmak zannedirim mümkün değil, amacına da uygun değil.

Çeşitli meslek gruplarından gelen, adalet formasyonu olmayan bilirkişilerin aldıkları dosyalarda hâkimler gibi objektif olma, adil olma gibi alışkanlıkları olamayabilir. Bir kısım

bilirkişiler çeşitli şekillerde etkilenebilmekte, hatta temin edilebilmektedir. Bu durum adalete olan inancı ve güvenci, kanaatimce temelinden sarsmaktadır. Bilirkişilerin, yargının yumuşak karnı olduğu konusunda yaygın bir kanaat bulunmaktadır. Bunu tekrar söylüyorum, bilirkişilik müessesesi yargının yumuşak karnı olma istidadındadır.

Bütün bunlar dikkate alındığında bilirkişinin tespitindeki ciddiyetsiz kıstasların terk edilerek, temiz insanların, mesleğinde başarılı, ciddi insanların titizlikle araştırılarak bilirkişi tayin edilmesi sorunu büyük ölçüde hafifletecektir. Bir de bilirkişi tayininde görevin sınırları yasa anlamında çizilirse sanırım yeni yasal düzenlemeye dahi gerek kalmadan konu büyük ölçüde halledilmiş olacaktır. Kanaatimce kurumu kötü uygulama bu hale getirmektedir.

Süremi aşmamaya çalıştım, çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

BİLİRKİŞİNİN CEZÂÎ, HUKUKÎ VE ETİK AÇILARINDAN SORUMLULUĞU

Av. Ahmet GÜREL

Bilirkişinin sorumluluğu ve etik konularını açmadan önce bu konudaki yasal düzenlemeleri hatırlatmakta yarar görüyorum.

04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın Yedinci faslında EHLİHİBRE VE KEŞİF başlığı altında 65-85. maddeleri arasında düzenlenen bilirkişilik, 4 Teşrinievvel 1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Deliller ve İkamesi başlıklı sekizinci fasılın üçüncü kısmında "EHLİVUKUF" BAŞLIĞI İLE 275-286. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Gerek CUMK'nunda gerekse HUMK'nunda, sorumluluk yönünden bilirkişilerle ilgili yapılan düzenlemeler inzibati nitelikte düzenlemelerdir. Yani bilirkişiye görev yaptırmaya yöneliktir. 04.04.1929 TARİH VE 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ YASASINA GÖRE SORUMLULUK HALLERİ:

CMUK'nun 68.maddesinde;"Muayyen hususlarda rey ve mütalâa beyanıyla resmen tanzif (görevlendirilmiş) olanlar yahut tetkikatın icrası için bilinmesi muktazi(gerekli) fen veya sanatla işigali(uğraşmayı)meslek edinenler veya meslek edinmeye resmen mezun(yetkili) olanlar ehlihibre tâyin edildikleri takdirde kendilerine verilen vazifeyi yapmaya mecburdurlar." Hükmü yer almış olup 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı Yasa ile değişik 70.maddesinde ise;"Rey vermekle mükellef(yükümlü) olduğu ve usulü dairesinde çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de

yeminden ve rey ve mütalâa beyanından çekinen bilirkişiler hakkında tanıklara ilişkin hükümler uygulanır." 1985 yılındaki değişiklikle getirilen bu hüküm bilirkişilerin de tanıklar gibi zorla göreve getirilebilme olanağını sağlamıştır. 70.maddenin atıfta bulunduğu 3206 sayılı Yasa ile değişik 46/1 .maddeye göre;"Usulü dairesinde çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu masraflar ile beraber beşbin liradan onbin liraya kadar hafif para cezasına mahkum edilirler." 3206 sayılı Yasa ile değişik 75.maddenin ikinci fıkrasında ise;"Bilirkişi yazılı mütalaasını tayin edilen süre içerisinde vermeye mecburdur. Bu süre, işin niteliğine göre iki ayı geçemez. Belirlenen süre içerisinde mütalaasını vermeyen bilirkişi hakkında 63 üncü madde hükmü uygulanır."

05.03.1973 tarih ve 1696 sayılı Yasa ile değişik 63 .maddede ise;"Kanuni bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yemin etmekten çekinen tanık bundan doğan masraflara ve 46 ncı madde gereğince para cezasına mahkum olur. Bundan başka tanıklığa veya yemine zorlamak için;dinleneceği dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde 6 ayı geçmemek üzere tanık hapsolunabilir. Kabahat davalarında bu müddet altı haftayı geçemez. Bu tedbirleri almaya istinabe olunan hâkim ve naipler ile hazırlık tahkikatı sırasında sulh hakimleri dahi yetkilidir. Bir davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve tatbik olunduktan sonra o dava veya aynı işe ait diğer davada tekrar edilmez."hükümleri yer almıştır.

18.06.1927 TARİH VE 1086 SAYILI HUMK'NA GÖRE SORUMLULUK HALLERİ:

CMUK'nun 75/2 maddesindeki hükme paralel bir düzenleme de HUMK'nun 2494 sayılı Kanıyla değişik 281. maddesinin 3.fıkrasında yer almıştır. Maddede; "İşin niteliğine göre

bilirkişilerin oy ve görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri gerekiyorsa, hâkim raporunun kaç nüsha olacağı ve verileceği süreyi belli eder Bu süre işin niteliğine göre üç ayı geçemez." hükmü yer almış olup rapor verme süresinin 3 ayı geçmesinin yaptırımının ne olacağı CMUK'nun 75/2 maddesinde olduğu gibi açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda HUMK'nun 278/3 maddenin yollamasıyla 271.madde uyarınca işlem yapılacağı içtihat kararları ile kabul edilmektedir.

HUMK'nun 2494 sayılı Yasa ile değişik 275 nci maddesinde; "Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez." dendiikten sonra 278 nci maddede;"Malumatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen icrayı sanat eden kimseler o husus hakkında ehlivukufluğu kabule mecburdurlar. Yalnız şahitler hakkındaki esbaba binaen kabulden imtina edebilirler. 3156 sayılı Yasa ile değişik 3.fıkırada ise;Mahkemeye gelmekten veya gelip de ifayı vazifeden imtina eden ehlivukuf hakkında şahadete ilişkin hükümler uygulanır." demek suretiyle sorumluluk yönünden HUMK'nün 253 ve 271 ve 273.maddelerine atıfta bulunulmuştur. HUMK'nun 253.maddesinde;" Yukarıdaki maddelerde gösterilen hükümler mahfuz kalmak şartıyla şahadet için çağrılan herkes gelmeğe mecburdur. Meşru sebep olmaksızın davete icabet etmeyen şahit binüçyüzelli liraya kadar cezai nakdiye mahkum edilir ve gelmemesi mahkemenin talikini mucip olmuş ise talikten mütevellit masarifi muhakeme ile de mahkum edilebilir. Hâkim gelmiyen şahidin kuvvei cebriye ile ihzar edilmesine dahi karar verebilir. 271.maddede;"Şahadet mecburi olan hallerde cevaptan veya yeminden imtina eden şahit derhal binüçyüz elli liraya kadar cezai nakdiye mahkum edilerek yeniden istima olunmak üzere

dava talik olunur ve bu celse masrafına mahkum edilir. Yine cevaptan veya yeminden imtina ederse o mahkemece on beş günü tecavüz etmemek üzere hapsedilir. İşbu hapis cezai neticeleri tevhit etmez." 273.maddede;"Hâkim şahadet esnasında şahidin yalan söylediği veya menfaat temin ederek şahadet ettiği hakkında kavi delil ve emareye derdest olursa derhal bir zabıt varakası tanzim ve müddeiumumiye tevdi eder. Hâkim şahidin ve cürümde şerikleri varsa onların tevkifine de karar verebilir ve takibatı kanuniye icra edilmek üzere müddeiumumiliğe sevk eder." hükümleri yer almıştır. İnzibati nitelikteki bu hükümlerden bilirkişilerin Adli hizmetin görülmesinde, adaletin gerçekleşmesinde hakime yardımcı olarak görev yaptıkları, yaptıkları görevin zorunlu ve bir kamu görev ve hizmeti olduğu, bilirkişilerin bu görevleri yapmaktan kaçınamayacağı, kaçınmaları halinde uygulanacak yaptırımlar her iki usul yasasında da açık bir şekilde belirtilmiştir.

İCRA VE İFLAS YASASI BAKIMINDAN BİLİRKİŞİLİK VE BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU:

İ.İ.K.'nın 87. maddesinde; Haczi yapan memur, haczettiği malın kıymetini takdir eder. İcabında ehli-vukufa müracaat edebilir." hükmü yer almıştır. Bilirkişinin İcra Müdürlüğünün usulüne uygun davetine rağmen görevine gelmemesi halinde zorla getirilebileceğine dair bir düzenleme İİK'da yer almamış ve bu konuda gerek HUMK'na gerekse CMUK'na atıfta bulunulmamıştır. Bu durumda göreve gelmeyen bilirkişinin TCK 282 maddesi kapsamında cezalandırılması söz konusu olabilecektir.

01.03.1926 TARİH VE 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU:

Bu düzenlemelerin dışında bilirkişilerin cezai yönden sorumluluklarını gerektiren düzenlemeler ise TCK'nda yer almıştır.

01.03.1926 tarih ve 765 sayılı TCK'nun 279.maddesinin 1 fıkra 2.bendinde Ceza Kanununun tatbikatında; "Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır." Dendikten sonra 2. fıkra 2. bendinde Ceza Kanununun tatbikatında Amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar; "Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir." Şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamalar aşağıda açılacağı bazı nedenlerle önem arz etmektedir. Ceza uygulamasında memur kavramı bu maddede düzenlenmiş olup ölçü olarak da KAMU GÖREVİ-KAMU HİZMETİ ayırımına yer verilmiştir. İdare hukukunda öğretilen ve uygulamada benimsenen ölçüye göre;

-Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevini oluşturur.

-Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay 4.Ceza Dairesi 12.04.1999 tarih ve 1050/3400 sayılı kararında;"Mahkemede bilirkişi olarak dinlenenlerin T.C.Y.'nın 279/1 .maddesinde öngörülen "adli bir kamu görevi yapan kimselerden " olduğu ve ceza uygulamasında memur sayıldığı gözetilmeden T.C.Y.'nın 266/1 .maddesi yerine, 482/3 .maddesiyle hüküm kurulması" demek suretiyle bilirkişilerin adli görev yapan

kimseler olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay 10.Ceza Dairesinin 1994/11900 E. 1994/14671 K. sayılı ve 26.12.1994 tarihli karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.11.1985 gün 410/595 ve 6.11.1989 gün 275/332 sayılı kararları da aynı doğrultuda bulunmaktadır.

Bilirkişilerin TCK'nun uygulanmasında kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri nedeniyle; TCK'nun Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı Üçüncü Bab ikinci fasıldaki, 211 ve müteakip maddelerinde sayılan rüşvet, 229. maddesinde belirtilen sır saklama mükellefiyetine aykırılık, TCK'nun 230. maddesindeki görevi ihmal, 240. maddesinde belirtilen görevi kötüye kullanma gibi suçlardan bir memur gibi sorumlu olmalarını da beraberinde getirmektedir. Sayın Prof.Dr.Sahir Erman, bilirkişilerin geçici olarak bir kamu görevi yapan ve bu nedenle TCY'nın 279/2. bendi uyarınca ceza kanunu uygulamasında memur olan kimseler olduğunu savunarak, aksine olan eski uygulamayı eleştirmektedir. Gerçekte Y.4.C.D.10.09.1975 tarih 4334/4399 sayılı oldukça eski kararında; "Bilirkişi TCK'nun uygulanmasında memur sayılmaz. Bu nedenle görevini yapmayan bilirkişi TCK 230'a göre cezalandırılmaz." derken, 2.CD.4.6.1976 tarih ve 3800/5527 sayılı kararında; "Sanık bilirkişi olarak çağırıldığı hukuk mahkemesinin davetine uyarak mahkemece kendisine tevdi edilen görevi ifa ile gerekli raporu vereceğini beyan ve dosyayı 29.03.1973 tarihinde teslim aldığı halde, işbu görevini 26.02.1975 tarihine kadar yerine getirmemiş ve belirli bir mazeret de bildirmemiş olmasına göre, eyleminde TCK 282 maddesinde yazılı suç unsurlarının düşünülmeden..." demek suretiyle süresinde rapor vermeyen ve mazeret de bildirmeyen bilirkişi hakkında TCK 282.maddenin uygulanacağını öngörmüştür. Özel daire, bilirkişileri kamu görevi yapan görevliler olarak kabul eden kararlar vermekte ancak birçok kararlarında,

görevini süresinde yerine getirmeyen bilirkişi hakkında TCK 230 maddesi yerine 282.maddenin uygulanacağını kabul etmektedir.

Süresinde rapor vermeyen bilirkişiyi TCY'nın 4. babında Adliye Aleyhinde Cürümler başlığı altında Kanunen İfası Lazım Gelen Bir Hizmetten İmtina başlıklı 282 .madde uyarınca sorumlu tutmak Yasanın bu hükmünü zorlamak olacaktır. Oysaki yukarıda belirtildiği üzere bilirkişinin TCK 279.maddesi kapsamında kamu görevlisi kabul edilmesi nedeniyle süresinde rapor vermeyen bilirkişinin TCK 230 a göre cezalandırılması mümkündür. Gerçekte 282.madde;"Her kim adliye makamları tarafından, şahid, ehli-vukuf, veyahut tercüman sıfatile davet olunup da asılsız bir sebebi ileri sürmek sureliler icabet mecburiyetinden vareste tutulmuş veya icabet etmekle beraber şahadet ermekten veya ehli-vukuf veya tercümanlık vazifesini ifadan istinkâf eylemiş bulunursa altı aya kadar hapse veya on liradan yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur. Fail ehli-vukuftan ise mahkûmiyet neticesi olarak hapis müddetine müsavi bir zaman için meslek ve sanatın tatili cezasına dahi mahkûm olur." hükmü yer almış olup Yasa metninde geçen istinkâf kelimesinin lügat anlamı kabul etmeme, reddetme, yüz çevirine, çekinme ve sakınmadır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere görevin kabul edilmemesi halinde yaptırım öngören maddenin görevin geciktirilmesi halinde uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. TCK 282.madde başlığında "Kanunen İfası Lazım Gelen Bir hizmetten İmtina" olarak düzenlenmiş olup buradaki imtina, görevden kaçınma görevi kabul etmemek anlamındadır. 282.maddede tanımlanan suç, asılsız bir sebebi ileri sürerek Mahkemenin davetine icabet mecburiyetinden vareste tutulmakla veya mahkemece görevlendirilen kişinin bu görevi yasalarda belirtilen çekinme halleri olmadığı ve herhangi bir haklı neden bulunmadığı halde kabul etmemesi ile oluşmaktadır. Mahkemece verilen görevi kabul edip de raporunu süresinde

vermeyen ve bu suretle adaletin gecikmesine neden olan kişinin daha ağır bir yaptırım içeren 230.madde uyarınca cezalandırılmasının Yasa'nın metnine ve konuluş amacına da daha uygun düşeceği kanaatindeyim.

Hukuk mahkemesince görevlendirilen ve görevini ihmal eden bilirkişinin sorumluluğu'na ilişkin Y.10.C.D.'nin 1994/11900 E. 1994/14671 K. sayılı ve 26.12.1994 tarihli içtihadı ilginç olması bakımından karar metnini aynen burada belirtmek yerinde olacaktır. İçtihat kararında;"DAVA: Görevi ihmal suçundan sanık İbrahim'in yargılanması sonunda; Gaziosmanpaşa Birinci Asliye Ceza Mahkemesiyle, Gaziosmanpaşa Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki olumsuz görev uyumsuzluğunun giderilmesi, yeni yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya, C.Başsavcılığının 14.12.1994 gün ve T.M. 98684 sayılı tebliğnamesi ile Daireye verilmekle incelendi:

Gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR: İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine Gaziosmanpaşa 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 1992/107 esasında kayıtlı dosyada bilirkişi olarak görevlendirilen İbrahim'in dayanağı TCK'nun 282.maddesinden alan ve hakim tarafından görevlendirildiği için adı geçen şahısla Devlet arasında özel bir bağ kurulduğu, vereceği rapor nedeniyle de hakim tarafından verilen hükme iştirak etmesi söz konusu olduğundan TCK'nun 279. maddesinin 1.fikrasının 2. bendinde gösterilen "adli bir kamu görevi yapan kimseler"tabiri içine girmesine ve Ceza Yasası uygulamasında memur sayılması gerekmesine, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.11.1985 gün, 410/595 ve 6.11.1989 gün 275/332 sayılı kararlarının da aynı doğrultuda olmasına, mahkemece yapılan ihtara karşın düzenlemesi gereken raporu ve kendisine teslim edilen mahkeme dosyasını tayin edilen duruşma

gününe kadar getirip teslim etmedikleri iddiası ile bilirkişilik görevini ihmal suçundan TCK 230.maddesi ile cezalandırılması isteğiyle Asliye Mahkemesine kamu davası açılmış olmasına göre,

SONUÇ: Mahkemece kanıtlar toplanarak sanığın suç kastının tartışılması, TCK'nun 282. maddesi de nazara alınarak sonuca varılması, şayet anılan maddelerde gösterilen suç unsurları yönünden sabit görülmediği takdirde hüküm kurulduktan sonra bilirkişi olarak hukuk mahkemesince görevlendirilmiş olduğu da gözönüne alınarak HUMK'nun 278/3.maddesi göndermesiyle aynı Yasa'nın 271 .maddesinde düzenlenen disiplin cezası uygulanabileceğinden kesinleşen dosyanın ilgili hukuk mahkemesine gönderilmesi gerekmesine, CUMK' nün 63, 46 VE 7 5. maddelerinin ise ceza davalarındaki görevlendirmeler için söz konusu olmasına, Gaziosmanpaşa Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre yerinde görülmeyen Gaziosmanpaşa Birinci Asliye Ceza Mahkemesinin 24.10.1994 gün ve 1994/966-588 sayılı GÖREVSİZLİK kararının isteme aykırı olarak kaldırılmasına, dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 26.12.1994 gününde oybirliği ile karar verildi." Y.4.Ceza Dairesinin bu kararına göre eğer TCK 282.maddenin unsurları yoksa hukuk mahkemesince görevlendirilen ve süresinde raporunu vermeyen bilirkişiye sadece HUMK'nun yukarıda saydığım inzibati yaptırımlarının uygulanabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.

TCK 290.maddesi;"Geçen maddeler ahkamı, Adliye huzuruna davet olunarak hakikate mugayir rey ve malumat veren ehlihibre ile ifadeleri hakikate mugayir surette beyan ve tercüme eden tercümanlar hakkında dahi tatbik olunur. Ehlihibre hakkında muvakkaten hidematı ammeden memnuiyet cezası meslek ve sanatın tadili cezasını dahi şamil olabilir." demek suretiyle sorumluluk yönünden TCK'nun 286.maddesine de atıfta

bulunmuştur. Bu madde bir başka sorumluluk halini düzenlemiştir. Maddenin 1.fikrasında; "Yemin ettirerek şahit veya ehlihibre istimaina salahiyettar olan bir memur veya heyet huzurunda şahadet ederken yalan söyleyen veya hakikati inkar yahut isticvap olunduğu hususat hakkında malûmatını az veya çok ketmeyliyen kimse üç aydan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur. " hükmü yer almış olup bilirkişi gerçeğe aykırı beyan veya raporu ile bu suçun faili olabilir.

BİLİRKİŞİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU :

Buraya kadar bilirkişilerin disiplin ve cezai yönden sorumluluklarını incelemeye çalıştık. Bilirkişinin kasten, bile bile gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olmasından dolayı bir zarar meydana gelmişse bilirkişi hakkında B.K.41 vd maddelerine göre haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası açılabileceği, bilirkişinin kasıt olmaksızın savsama sonucu gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi halinde tazminatla sorumlu tutulamayacağı Sayın Prof.Dr.Baki Kuru tarafından kabul edilmekte, Alman Federal Mahkemesi de, ihmal ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olan bilirkişinin bu rapor aleyhine olan tarafa tazminat ödemekle yükümlü olmadığına 18.12.1973 tarihli bir(NJW 1974 s.312-315) kararında karar vermiş bulunmaktadır. Kasten gerçeğe aykırı rapor düzenleyen bilirkişinin tazminatla sorumlu tutunabilmesi için, rapor ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. Kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenen rapor, hükme dayanak yapılmamışsa veya bu rapor olmasa bile dava gene davayı kaybeden aleyhine sonuçlanacak idi ise gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ile davayı kaybeden tarafın zararı arasında uygun illiyet bağı olmadığı kabul edilmelidir. Kaldı ki HUMK'nun 445/5 maddesine göre; ehlihibrenin kasten hilafı hakikat ihbarrata bulunduğu hükmen tahakkuk etmesi bir iadei muhakeme

sebebi olarak kabul edildiği gibi, HUMK'nun 286.madesine göre "ehlivukufün rey ve mütalaan hâkimi takyit etmez" hükmü karşısında, kasten gerçeğe aykırı rapor düzenleme ile zarar arasında çoğu kez uygun illiyet bağı kurulması son derece zor olacaktır. Ancak çarpıcı bir örnek olması bakımından; verdiği sahte raporla bir kimsenin haksız tutuklanmasına veya mahkum olmasına neden olan bilirkişinin, o kişinin haksız tutuklandığının anlaşılması veya bilirkişinin sahte rapor verdiğinin ortaya çıkması gibi durumlarda, bilirkişinin uğrayacağı cezai yaptırım yanında, kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar nedeniyle B.K.41 uyarınca bilirkişiye doğrudan dava açması kanaatimizce 1982 Anayasasının 40.maddesi hükmü karşısında mümkün olmayıp, ancak Devlet'e karşı açılan davada Devlet'in bu yüzden tazminata mahkum olması halinde ilgili kişiye rücu edebilmesi olanaklıdır. 1982 Anayasası'nın 129/son maddesi memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak İdare aleyhine açılabilir hükmü karşısında, zorunlu ve yetkili olan bilirkişilerin yani CMUK'nun 68.maddesinde sayılan kişilerin kusur hallerinde de sorumlu olacaklarını kabul etmek gerekmektedir. Bilirkişinin yanlış raporu sonucu tutuklanan ve hürriyetinden mahrum kalan kişinin, Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat yerilmesi Hakkında 466 sayılı Yasa uyarınca Devlet'e karşı ağır ceza Mahkemesinde açtığı davada ilgisine tazminat "ödemek zorunda kalan Devlet'in bilirkişiye rücu olanağı vardır.

BİLİRKİŞİNİN ETİK AÇIDAN SORUMLULUĞU :

Bilirkişinin gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğu yanında bence en önemli sorumluluğu vicdani ve ahlaki

sorumluluğu kısaca ETİK'dir. Mahatma Gandhi; "Kanunlara dayanan adli mahkemelerden daha Büyük bir mahkeme vardır ki, her şahsın kendi vicdanıdır." demiş, ..adaletin gerçekleşebilmesi için yardımcı bir unsur olarak kabul edilen bilirkişilik ETİK açıdan dahâ da önem kazanmaktadır.

Meydan Larousse ansiklopedisinde (9.c.47. sahifesinde)--kelimesi;" bilgin, öğretmen "olarak, "hibr" kelimesi hakkında noksansız bilgi, tecrübe "olarak tanımlanmaktadır. Ehlil veya ehl kelimesi ise sahife 124 de;)" bir işte yetkili yemaharetli", "Vukuf kelimesi; "bilme, anlama " olarak ifade edilmektedir.

Eşanlımlı "her iki kelime ehlihibre veya ehlivukuf yani kısaca bugünkü yerleşik deyimiyile BİLİRKİŞİ bir şey hakkında noksansız bilgisi olan, o işi çok iyi bilen, yetkili kimse anlamına" gelmektedir. Uygulamada Mahkemelerce verilen binlerce karar, Yargıtay tarafından, konusunda uzman olmayan veya yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulduğundan bahisle bozulmakta ve bu nedenle hem adalet gecikmekte hem de biriken dosyalar nedeniyle mahkemelerin iş yükü alabildiğince artmakta ve ayrıca konu ile ilgili yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğinden yargılama oldukça pahalıya gelmektedir. Bu nedenlerle görevlendirildiği konuda yeterli düzeyde uzmanlığı olmadığı halde tayin edilen bilirkişilerin derhal mahkemeye müracaatla bu konuda uzmanlıkları olmadığını mahkemeye beyan ederek görevi kabulden kaçınmaları bence en nemli etik davranış biçimi olacaktır.

Uygulamadan birkaç örnek vermek gerekirse; trafik kusur bilirkişisi aynı zamanda hasar yönünden de rapor verebilmekte veya bunun tam tersi hasar bilirkişisi kusur yönünden beyanda bulunabilmektedir. Mahkemece bu raporlara dayanılarak karar verilmesi bile bu durum 2.bilirkişi incelemesi, hatta çelişki nedeniyle 3. bilirkişi incelemesi yapılmasına, yargılamanın hem

gecikmesine hem de masraflı olmasına neden olmaktadır. Y.5 C.D.15.02.1984 tarihli ve 4116/535 sayılı içtihadında bilirkişinin tarafsız ve uzman olması, Y.5.H.D. 26.10.1983 tarih 8136/8900 sayılı içtihadında; değişik uzmanlık dallarının içinde kalan konuların her konunun uzmanları arasından seçilip oluşturulacak bilirkişi kuruluna incelettirilmesi, gerektiğinde bahisle yerel mahkemelerce verilen kararları bozmuştur. Bu örnekleri çoğaltmak

Uygulamada çoğu kez bilirkişiler HUMK'nun 275. maddesinin amir hükmüne rağmen kendilerini hâkim yerine koyarak delilleri değerlendirmekte hukuki takdir hakkını kullanmaktadır. Hatta bu konuda bizim bazen Mahkemeler de bilirkişilerden değerlendirme istememektedir. Oysaki HUMK'nun 275.maddesinde, Mahkemece, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verileceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceği, açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durum hem yasal açıdan hem de etik açısından son derece sakıncalı olup bilirkişinin hakim yerine geçmesine, adalete olan inancın sarsılmasına yol açmaktadır.

Keza mahkemelerce talimatla yaptırılan bilirkişi incelemelerinde, bilirkişiler çoğu kez Mahkeme kalemindeki görevlilerce belirlenmekte, konusunda uzman olmayan kişiler bilirkişi olarak seçilmekte, bu da istenilmeyen sonuçlara yol açmaktadır.

Bilirkişilik yapacak kişinin öncelikle konusunda uzman olması raporunu verirken taraf tutmaması ve doğrulmaması hem yasal açıdan hem de etik açısından zorunludur.

Adaleti gerçekleştiren hâkim, ancak kendi hukuki ve insani bilgi ve tecrübesi dışında bir teknik veya özel konuda adaletli

şekilde hüküm vermesine olanak sağlayacak şekilde özenle bilirkişi seçmeli, bilirkişiden hangi konularda rapor veya görüş istendiğim HUMK'nun 279.maddesi uyarınca açıkça belirtmelidir.

Örneğin işçi alacaklarının tahsiline ilişkin bir davada, davalı tarafça süresi içinde zamanaşımı itirazında bulunulmuşsa dosya Mahkemece bilirkişiye verilirken hakim dava tarihinden geriye doğru son 5 yılın fazla mesai, hafta tatili, genel tatil vs. alacağının hesaplanmasını bilirkişiden istemelidir. Uygulamada çoğu kez dosya olduğu gibi bilirkişiye verilmekte bilirkişi de kendiliğinden böyle bir itirazı dikkate alarak son 5 yılın hesabım yapmaktadır. Bu suretle bilirkişi bir anlamda davalı tarafın zamanaşımı itirazını da değerlendirmiş olmakta, hukuki değerlendirme yaparak sayın mahkemenin yetki alanına tecavüzde bulunmaktadır. Oysaki zamanaşımı itirazının yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi hukuki bir değerlendirme olup hakime aittir.

SSK tarafından Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine Vezirköprü Asliye (İş)Hukuk Mahkemesinde 1984 yılında meydana gelen bir iş kazası nedeniyle hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tahsili için 1 995 yılında açılan bir davada, davalı işveren ilk oturumda zamanaşımı itirazında bulunmuş, Mahkemece de zamanaşımı itirazı konusunda herhangi bir karar verilmeksizin hak sahiplerinin gerçek zarar miktarlarının belirlenmesi için dosya bilirkişiye gönderilmiş, bilirkişi tarafından herhangi bir hesaplama yapılmaksızın davalının zamanaşımı itirazının yerinde olduğu belirtilerek dosya, yatırılan bilirkişi ücreti de alınmak suretiyle iade edilmiştir. Daha sonra davacı avukatının itirazı üzerine Ankara Nöbetçi İş Mahkemesine gönderilen dosya 3 kişilik bir bilirkişi kuruluna verilerek rapor istenmiş maalesef bu bilirkişiler de herhangi bir hesap yapmadan zamanaşımı bulunduğu bahisle yatırılan ücretleri alarak dosyayı basit bir raporla iade etmişlerdir. HUMK'nun 275. maddesine göre hukuki bilgiyi gerektiren bu

konuda bilirkişilerin görüş bildirmeleri hem Yasa'ya aylan hem de etik açıdan son derece yanlış bir değerlendirmedir. Kaldı ki 10 yıllık zamanaşımı süresinin her bir gelirin artış ve onay tarihinden itibaren başlayacağı yolundaki 01.07.1994 tarih ve 1992/3 E. 1992/3 K. sayılı içtihadı birleştirme kararını dahi bilmeyecek derecede konudan uzak olan bilirkişiler 4 yıl süre ile davanın sürüncemede kalmasına neden olmuşlardır.

Yine bir davada; teknik yönden hesaplama yapmak üzere keşif yapılarak dosya kendilerine yerilen bilirkişiler herhangi bir hesaplama yapmadan "mühendislik sağduyusuna göre" şeklinde bir tabir kullanarak dosyayı iade etmişler vaki itiraz sonrasında yaptırılan bir başka bilirkişi heyet incelemesinde alacak miktarının 9 milyar civarında olduğu kesin hesapla saptanmıştır. Böylesi birçok örnek uygulayıcı meslektaşlarımızın başından geçmiştir.

Buradaki birçok meslektaşımızın da anımsayacağı gibi yıllarca öncesinde bazı bilirkişilerin, dayanın taraflarından daha iyi keşif günlerini takip ettikleri ve taraflara keşif gününü hatırlattıkları, bu konuda Mahkeme kalemleriyle içli dışlı oldukları hatırlardadır. Bilirkişilik peşinde koşmak Etik açıdan hiç de uygun değildir.

Etik açıdan son derece sakıncalı bir durum da HUMK'nun 279.maddesi hükmüne aykırı olarak bilirkişinin diğer taraf hazır olmaksızın taraflardan birini isticvap etmesidir. Bu isticvap, son derece yanlış anlamalara neden olmakta, adalete olan inancın zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle "Ehlivukuf diğer taraf hazır olmaksızın iki taraftan birini isticvap edemez ve bu cihet ehlivukufa evvelemir ihtar olunur." şeklindeki HUMK'nun 279.maddesinin amir hükmünün sorulacak sorularla birlikte bilirkişilere hakimlerce ihtar olunması etik açısından birçok sorunu da ortadan kaldıracabilecektir.

Bilirkişiler raporlarını gerek vermeden gerekse verdikten sonra davanın taraflarından herne. suretle olursa olsun hediye kabul etmemeli, ücret artırımını gerektiren bir durum yarsa bunu, davanın taraflarına değil doğrudan doğruya Mahkemeye yapmalıdırlar. Bilirkişilerin yapılan işe göre takdir olunan ücretin düşük olduğu yolunda yakınma, yanlış anlamalara ve dedikodulara da neden olabilmekte, Yargıya ve bilirkişilik müessesine olan inancın sarsılmasına yol açabilmektedir.

Son olarak belirtmek istediğim bir husus da; dava dosyalarının bilirkişilerde uzun bir süre kalması davaların uzamasına ve adaletin gecikmesine neden olmaktadır. Yoğun iş yükü altında bulunan bilirkişilerin bu gibi durumlarda iş yoğunluklarını Mahkemelere önceden belirterek kendilerine dosya verilmesinin gecikmelere neden olabileceğini bildirmeleri etik açısından uygun olan bir davranış olacaktır.

Bilirkişiliğin kurumsallaşmasının bir çok sorunu kendiliğinden çözeceğini, bu suretle etik olmayan davranış biçimlerinin asgari düzeye inebileceğini, vurgulayarak sözlerimi bitiriyor, bu Sempozyumun Samsun'da düzenlenmesinde katkıları olan başta Barolar Birliği ve Samsun Barosu Başkan ve yöneticilerine, katılımcılara teşekkürlerimi ve hepinize saygı ve sevgilerimi sunuyorum.

TARTIŞMALAR

Av. AHMET GÜREL: Endişe etmeyin Hocam, ben çok uzatmayacağım, epey notlar almıştım; ama Sayın Sûha Tanrıver arkadaşımız, Hocamız gerçekten çok kapsamlı bir rapor, tebliğ sundular. Esasen buna ilave edilecek bir-iki nokta var, onları açıklamak isterim.

Hep Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasındaki hâkimin bilirkişilere görev verme konusunu ele aldık. Bu konuda görev kabul etmeyen, etmeme istidadında bulunan ki, (uygulamada hemen hemen hiç yok) demin meslektaşım Avukat Sami Beyin söylediği gibi, uygulamada neredeyse mahkemelerin, icraların kapısında yatıp kalkan bilirkişiler görüyoruz. Ancak bir hususu belirtmekte yarar var. İcra İflas Yasası bakımından da bilirkişilik durumunu incelemek gerekiyor. İcra İflas Yasasının 87. Maddesinde “haczi yapan memur, haczettiği malın kıymetini taktir eder, icabında ehli vukufa müracaat edebilir” hükmü yer almıştır. Bilirkişinin, olmaz; ama görevi kabul etmemesi halinde ne gibi bir yaptırım uygulanacağı İcra İflas Kanununda yer almamıştır. Bu konuda usul yasalarına da bir atıf yoktur. Ancak genel düzenleme Ceza Kanununun 282. Maddesi görevden imtina maddesi uygulanabilir, bunu ilave etmek isterim.

Bir de bilirkişinin kamu görevi yaptığı şimdi okuyacağım bir daire kararında çok açık biçimde vurgulanmış, konuyu çarpıcı biçimde sunması bakımından bu kararı okumak istiyorum: Görevi ihmal suçundan yargılanmış bilirkişi, Sayın Hocam çok isabetli olarak belirttiler ben de katılıyorum, TCK 230. Madde gereğince görevini ihmal eden bilirkişinin cezalandırılmasının yerinde olacağını düşünüyorum. Görevi ihmal suçundan sanık İbrahim'in

yargılanması sonunda incelenen dosya içeriğine sanığın üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine, Gazi Osman Paşa 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 92/107 esasında kayıtlı dosyada bilirkişi olarak görevlendirilen İbrahim'in dayanağı TCK 282. Maddesinde alan ve hâkim tarafından görevlendirildiği için adı geçen şahısla devlet arasında özel bir bağ kurulduğu, vereceği rapor nedeniyle de hâkim tarafından verilen hükme iştirak etmesi söz konusu olduğundan Türk Ceza Kanununun 279. Maddesinin 1. Fıkrasının 2. Bendinde gösterilen adli bir kamu görevi yapan kimseler tabiri içine girmesine ve Ceza Yasası uygulamasında memur sayılması gerekmesine, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11. 1985 gün, 410/595 ve 6.11.1989 gün 275/332 sayılı kararlarının da aynı doğrultuda olmasına, mahkemece yapılan ihtar karşın düzenlemesi gereken raporu ve kendisine teslim edilen mahkeme dosyasını tayin edilen duruşma gününe kadar getirip teslim etmedikleri iddiasıyla bilirkişilik görevini ihmal suçundan TCK'nın 230. Maddesiyle cezalandırılması isteğiyle asliye mahkemesine kamu davası açılmış olmasına göre, mahkemece kanıtlar toplanarak sanığın suç kastının tartışılması Türk Ceza Kanununun 282. Maddesi de nazara alınarak sonuca varılması, şayet alınan maddelerde gösterilen suç unsurları yönünden sabit görülmediği takdirde hüküm kurulduktan sonra bilirkişi olarak hukuk mahkemesinde görevlendirilmiş olduğu da göz önüne alınarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 278/3 Maddesi göndermesiyle aynı yasanın 271. Maddesinde düzenlenen disiplin cezası uygulanabileceğinden kesinleşen dosyanın ilgili hukuk mahkemesine gönderilmesi gerekmesine" şeklinde olumsuz bir görev uyuşmazlığını çözen bir içtihat kararı sanıyorum bilirkişilerin kamu görevi yaptığı konusundan açık bir hüküm vermektedir.

Nitekim, 1999 tarihli bir 4. Ceza Dairesi kararı da bilirkişiye karşı işlenen bir suçun kamu görevlisine karşı işlendiğini net bir biçimde vurgulamıştır. Artık içtihatla geçmişin aksine, geçmişte maalesef Ceza Kanunu anlamında görev yapan bilirkişinin memur sayılmayacağına dair dairenin içtihatları vardı, bu tamamen terk edilmiş, artık memur sayılıyor, gereği de doğrusu da bu.

Ceza Muhakemeleri Usul Yasası, bilirkişinin göreviyle ilgili hükümler getirmekte disiplin yaptırımları içermektedir. Özellikle, 1980'li yıllarda sanıyorum 1985 yılında yapılan değişiklikle tanıklara ilişkin hükümler bilirkişilere de uygulanmak suretiyle bilirkişinin ihzarı bile söz konusu olabilmektedir. Gelmediği takdirde de hapis cezasına varana kadar ve mahkeme masrafları, celse masrafları bunlar da bilirkişilerden tahsil edilebilmektedir.

Burada Sayın Hocam çok isabetli şekilde üzerinde durdular, geçmişte Sayın Baki Kuru görüşünde haksız fiil hükümlerinin Borçlar Kanunu 41 ve müteakip maddelerinin uygulanabileceğini belirtiyordu ve Alman Federal Mahkemesinin de bu konuda bir kararı söz konusu, doğru; ancak 1982 Anayasasının düzenlemesinden sonra (1961 Anayasamızda böyle bir düzenleme yoktu) özellikle 40. Madde kasit durumunu da içerir biçimde geniş kapsamlı bir hüküm ifade etmekte, yanılmıyorsam 129. Madde kusur durumunu da düzenlemektedir. TCK bakımından bir anlamda kamu görevlisi sayılan bilirkişinin hatasından, kastından, kusurundan dolayı hukuki sorumluluğunun da olabileceği tartışmasızdır. Ancak Anayasamız memurları, kamu görevlilerini öncelikle vatandaşa karşı yaptıkları yanlış uygulamalar ve verdikleri zararlar nedeniyle zaten memurun ekonomik durumu kısıtlı olduğu için vatandaşın zararını daha rahat tahsil olanağı sağlamak bakımından öncelikle devlete rücu etmesi, devletin de rücuen memura veya görevliye gitmesi koşullarını getirmiştir.

Bu arada tebliğde bulunmayan bir hususu da ben burada açıklamak isterim, haksız tutuklamalardan kaynaklanan bir tazminat konusu var, sanıyorum 466 sayılı Yasa, kişinin ikametgâhının bulunduğu ağır ceza mahkemesinde açılıyor. Burada bilirkişinin fonksiyonu ne olabilir? Demin Hocam da söyledi, meslektaşım da söyledi, eğer bilirkişi kasten veya hataen, bir örnek vermek gerekirse, imza tatbikatında “benzemesine” diyeceği yerde “benzememesine” veyahut “benzememesine” diyeceği yerde “benzemesine” demişse ve bu nedenle de sahte evrak tanziminden dolayı kişi tutuklanmışsa veya mahkum olmuşsa bu haksız tutuklama nedeniyle daha sonra bunun ortaya çıkması durumunda kişinin devlete açtığı tazminat davasını rücuen bu konuda rapor veren bilirkişiye ödettirmesi gerekeceği düşüncesindeyim.

Konunun hukuksal yönleri oldukça ayrıntılı biçimde açıklandı, ben bu konularda daha fazla durmak istemiyorum. Değerli meslektaşım Avukat Sami Kahraman Bey tarafsız bir kişi olarak çok veciz ifade ettiler, ben de taraflı, 20 yıldır aşağı-yukarı bilirkişilik yapmış, artık bilirkişilikten emekli olma aşamasındaki bir arkadaşınız olarak bazı özeleştirileri de yapmak istiyorum.

Bilirkişi, konusunda uzman kişidir. Meydan Larousse Ansiklopedisinde Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasında “ehli hibre” diye geçiyor, Hukuk Usulünde “ehli vukuf” diye geçiyor. Meydan Larousse Ansiklopedisinde ehli kelimesi bilgin, öğretmen; hibre kelimesi ise, bir şey hakkında noksansız bilgi, tecrübe olarak tanımlanmaktadır. O halde, bilirkişi, bir şey hakkında noksansız bilgisi olan, o işi çok iyi bilen yetkili kimse anlamına gelmektedir.

Bu tanımlamanın doğal sonucu mahkemelerce tayin edilen kişilerin konusunu çok iyi bilmesi, konusunda uzman olması, yetkili olması zorunluluğunu da getirmektedir. Eğer o konuda tayin edilen kişi yetkili, uzman kişi değilse o görevi kabul

etmemeli, bu durumu da mahkemeye derhal bildirmelidir. Bence en önemli etik kurallardan birisi budur; ama uygulamada maalesef görüyoruz ki, hemen hemen herkes o konuda uzman olduğunu iddia ederek bilirkişilik taleplerinde bulunmakta, bu da adaletin gecikmesine, masraflı olmasına yol açmaktadır. Binlerce karar Yargıtay uygulamasında yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmasını bozma sebebi **yapmaktadır**; ikinci bilirkişi, üçüncü bilirkişi maalesef hem zaman kaybı olmakta, hem mahkemelerde yığılmaya yol açmakta, hem de masraf artmaktadır.

Demin değerli meslektaşım söyledi, mahkeme kapılarında bekleyen, bekleyen bilirkişiler var, bu gerçekten çok çirkin bir davranış biçimi, geçmişte bizim burada bulan meslektaşlarımız hatırlarlar, keşif günlerini, duruşma günlerini dahi yakinen takip eden bilirkişiler vardı, İstanbul, Ankara'daki uygulamaların bu kadar kötü sonuçlar doğurduğunu görünce Samsun da ister istemez kendi bilirkişilerini yetiştirdi. Önemli olan insanların vicdanıdır; bu konuda bir sözle konuşmamı bitirmek istiyorum.

Mahatma Gandhi'nin bir sözünü hatırladığım kadarıyla aktarayım: "En önemli yasa, en önemli adalet insanın kendi vicdanıdır." Adaletli, vicdanlı yargıçlar ve bilirkişiler temennimizdir.

Hepinize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

Dr. BİLAL KARTAL

Teşekkür ederim Sayın Ahmet Gürel.

Süreyi biraz aştık, ben fazla konuşmayacağım. Tebliğle ilgili olarak, tebliğin sınırları içerisinde kalmak suretiyle söylüyorum. Bilirkişinin etik davranışı, bu herkes için gerekli, yani sadece bilirkişi için değil ki, sokaktaki vatandaş, sürücü için, köylü için, kentli için, avukat için, yargıç için, herkes için gerekli. Yani böyle bir konunun bana göre bilirkişiden üstün bir etik, mesleki bir etik beklemenin fazla bir istek olmayacağını düşünüyorum, bu herkes için gerekli. Sorun bütün konu doğruyu aramakta, doğruyu nasıl arayacaksınız? Doğru çok derinlerde, yani karanlık yerlerde, karmaşık yerlerde batakhaneye bürünüyor, gün geçtikçe de bu hale geliyor; niçin bu hale geliyor? Bir defa teknik çok karmaşık hale gelmiş, insan doyumsuz bir hale gelmiş ve son derece ihtirash, bundan dolayı da tabii ki bu ilişki son derece karmaşık.

Sakın bir yanlış anlama falan olmasın, ben bilirkişiliği falan savunmak için söylemiyorum. Değerli arkadaşım Sami Bey dediler ki; -doğrudur- çok az bir ücretle bu işi nasıl yaparlar?" O zaman kendinize sormanız lazım, taraflara sorun siz, acaba bilirkişi bu işi niçin düşük ücretle yapıyor? Demek ki, o zaman taraflar da etik davranmıyor, yani bunun altında bu anlam çıkar, bilirkişi bu işi düşük ücretle yapıyorsa, yani herhalde başka birtakım yerlerden beslenme gibi bir durum çıkıyor ortaya. Bana göre buradaki tebliğde en önemli konu bilirkişinin ceza hukuku bakımından memur sayıldığı tartışması. Bu Yargıtay uygulamasında yerleşmiştir, Ceza Kanununun -tabii ben cezacı olmadığım için- şu anda önümüzde de yasa yok, bilmiyorum. bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusunda gerçekten siz dinleyicilerle bunu paylaşmak istiyorum. Sami Bey bu konuda

düşüncesini açıklamadılar, ne düşünürler bilmiyorum. Bilirkişi, gerçekten eğer kişisel bir kusuru varsa ki, örneğin, çok yanlış, yanlış bir rapor düzenlemişse, bilirkişi kendisine teslim edilen malzemeleri kaybetmişse veyahut da onların zarara uğramasına neden olmuşsa bundan doğacak zararından dolayı acaba doğrudan bilirkişiye mi gideceğiz, yoksa Anayasanın 129/5 veyahut da 40. maddesi Personel Yasasının 13. Maddesi gereğince biz devlete mi gideceğiz?

Eğer burada bu olayda Anayasanın 129/5. maddesini hepimiz biliyorsunuz, birazcık hafızalarınızı tazelemek için okuyorum, diğer maddelerde Personel Yasasının 13. maddesiyle 40. maddesi hemen hemen aynı doğrultudadır, diyor ki; “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek koşuluyla devletten istenir.” Yani madde tam bu anlamda değil, bunu söylemek istiyor. Yani burada şunu söylemek istiyor: Bir zarar var, bu zararın bir yerden alınması gerekiyor; ancak bir öncelik, sonralık yapmış, ne yapmış? Buradaki maddeye göre, eğer memur kendi görev sınırları içerisinde kalmak koşuluyla, kendi görev sınırlarının dışına çıkmamak koşuluyla bir eylemde bulunmuşsa, bir işlemde bulunmuşsa, bundan dolayı kişi bir zarar görmüşse, bunu kişi devletten istesin” diyor. Bu 1982 Anayasasıyla bizim Anayasamıza gelmiştir, 1961 Anayasasında böyle bir şey yoktu. Ancak tabii 1982 Yasası çıkmadan önce Devlet Personel Yasasının 13. maddesinde bu aynı benzer düzenleme, hemen hemen oradan alınmış, bir farkı yok, bu böyle düzenlenmişti ve Personel Yasasındaki o hüküm idare hukukçuları tarafından rahmetle andığım Lütfi Duran tarafından eleştirilmiştir. Bunun çok dar anlamda yorumlanması gerektiğini, yani kişinin birtakım kusurlarından dolayı devlete gidilmemesi gerektiğini, doğrudan kişiye gidilmesi gerektiğini kendilerinin şu anda makalesini getirmedi; ama bu şekilde düşündüğünü biliyorum.

Benim de kişisel düşüncem öyledir, benim de mensubu bulunduğum dairede yaptığım işlerde, bizim önümüze benim hatırladığım kadarıyla belki gelmiştir, hafızama pek güvenmek durumunda değilim. Yöntem bana göre şu olmalı: Eğer bilirkişi hakikaten kendisine verilen yargıcın verdiği görev sınırları içerisinde kalmak suretiyle veyahut da o işin kapsamı içerisinde kalmak suretiyle bir rapor hazırlamışsa, bir eylemde bulunmuşsa ve bundan dolayı taraflardan bir tanesi zarar görmüşse, örneğin bir davayı kaybetti, ondan iadeyi muhakemeye geldi, tabii ki davanın bu şekilde kaybetmesini de büyük bir prosedürü gerektirir, hemen zararın verilmesi biçiminde bu olmaz. Olmuşsa bundan dolayı Anayasanın 129/5. maddesi olabilir. Ama zarar gören iddia ediyorsa diyor ki; “bilirkişinin şu, şu tarafı, yanlış, kasıtlı raporundan dolayı zarar gördüğünü söylüyorsa, bu tamamen o bilirkişinin kişisel kusuruna dayanmaktadır. Tebliğde benim gördüğüm yerde -zaman almamak için şu anda sayfasını gösteremiyorum- kişisel kusurundan dolayı da devlete gideceğini söylemektedir.

Tabii bunun şöyle nedenleri olabilir, denir ki; “efendim, tazminat hukukunun, hukukun kuralları gereğince zarar göreni koruyalım.” Ancak korumak için sorumlu olmayan bir kişinin sorumluluğuna gitmek hoş değildir. Öyle bir şey olur ki, siz devlet aleyhine gittiğiniz zaman tazminat alırsınız; fakat kişiye rücu ettiğiniz zaman kişinin kusuru olmadığını gördüğünüzde o tazminat karşılıksız kalır. Bu durumda işte orada bir hizmet kusurunun bir görev sınırları içerisinde kalan bir olgu olduğunu görürsünüz. Ancak bilirkişinin kişisel kusuru bulunduğu açıkça o somut olaydan anlaşılıyorsa ve davacının iddiası da bu yöndeyseniz bu durumda doğrudan o kişiye gitmek gerekir.

Nedeni şu: Biliyorsunuz, yargıçların da hukuki sorumlulukları vardır, hepinizin bildiği Usul Kanununun 573 ve devam eden maddelerinde yargıcın iki tür sorumluluğu vardır.

Bakınız, orada hiç yargıcın eyleminden dolayı devlete gidilir diye bir şeyle karşılaşamazsınız. Yargıç iki şekilde sorumlu olur; birincisi, Borçlar Kanunu 41'e göre -ki bilirkişinin sorumlu olduğu gibi- ikincisi, yine o görev kapsamı içinde kalmak suretiyle yaptığı yargılama faaliyetinin sınırlarından çıkmamasına karşın, bir özensizliği, davranışındaki öngörmemesinden dolayı kişi zarar görmüşse ki yargıçların sorumluluğunu gerektiren o özel düzenleme itibariyle 573 ve devamı maddelerinde kendisi bu şekilde sorumlu olmakta hiçbir zaman bundan dolayı devletin sorumluluğuna gidilmemektedir.

Ben şöyle düşünmek istiyorum, sonuç olarak size bırakacağım: Anayasanın 129/5. maddesinin çok özenle uygulanması gerekir, mensubu bulunduğum dairede bu şekilde uyguluyoruz.

Teşekkür ediyorum, sorularınız varsa sizi dinliyorum.
(Alkışlar)

Soru var mı efendim? Buyurun Çetin Bey.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Efendim, Süha Beyin Anayasanın 129. maddesinden yola çıkarak bilirkişileri sorumlu tutması bence yanlış bir değerlendirmeden kaynaklanıyor. Bilirkişinin görevi yönetsel bir kamu hizmeti değil, yargısal bir görevi; Devlet de yargısal görevlerden sorumlu değil, devlet yalnız idari işlemlerden sorumlu, yargısal görevlerde devletin hiçbir sorumluluğu yok ve bu nedenle de Yargıtay'ın çok çeşitli kararları var. 129. maddeye gitmek mümkün değil, üzerine vurgulayarak söylüyorum, yargısal bir görev, aynı hâkimlerin sorumluluğu gibi -Bilal Bey de söyledi- hâkimlerin sorumluluğunda 129. madde kesinkes işletilmiyor.

Teşekkür ederim.

Av. BİLAL KARTAL- Buyurun Sayın Karayalçın.

YAŞAR KARAYALÇIN- Efendim, Sayın konuşmacılara teşekkür ederiz.

Konu aslında bunun çok ötesine aşan bir problemdir. Benim müşahedem şu: Türk toplumu büyük ölçüde meslek ahlakına aykırı hareket edenlerin -ben onları şarlatanlar olarak tanımlıyorum- etkisi altında kalmaktadır ve bu şarlatan insanlar her alanda vardır. Bakın, toplumu 10 senedir işgal eden Bergama olayı konusunda “Bergama Dosyası” adıyla yeni bir kitap çıktı. Yazar Necip Hablebitoğlu. Yazarın, okumanızı istediğim ciddi incelemeler sonunda verdiği raporu var. Ondan sonra Türk Tabipler Birliğinin iki hekime yaptırdığı inceleme sonunda verdiği rapor var.

Konu bir taraftan kişisel, bir taraftan kurumsal problemdir. Yani bir meslek sahibinin kişisel olarak yapmaması gereken şeyleri yapması halinde problem ortaya çıkar, bir de o meslek sahibinin mensup olduğu kurumun davranışı dolayısıyla etik problem ortaya çıkıyor. Bakın, bu alanda Türk Tabipler Birliği 2 doktoru görevlendiriyor, iki doktorun bir tanesi bir profesör ve bu profesör sağlık koruma alanında uzman profesör, öteki de herhangi bir doktor, pratisyen doktor. Bu iki konu, bu iki kişi görevlendirilmiş, neyi incelemek için, Türkiye’de altın üretimi için siyanür kullanılmasında fayda var mı, zarar var mı, bunu incelemek için? Halbuki görevlendiren kurum, kişileri uzman kişiler olarak seçmemiş ve bu kişiler de uzman olmadıkları halde uzmanmış gibi görüşlerini bildirmişler.

Ortada hem kurumsal hem kişisel etik kurallarına aykırı davranış var. Üçüncü raporu hazırlayan, yine burada kitapta görüyorum, toksikoloji profesörü, diyor ki; “efendim bu konuda

toksikologlar uzmandır, insan sağlığı diğer konular, o alanlar bu işin ilgisi dışındadır. Bu itibarla, TÜBİTAK'ın verdiği rapor doğru rapordur, Tabipler Birliğinin verdiği, o iki hekimin verdiği raporlar var.

Mesele şu efendim: Biz, bir meslek mensubu olarak insanları, toplumu aldatmamak, yanlış yollara sürüklememek, bilmediğimiz konularda beyanda bulunmamak ve çok iyi incelemeden herhangi bir görüş, herhangi bir telkinde bulunmamak durumundayız. Bu etik kurallara riayet etmedikten sonra istediğiniz kadar hukuki, cezai konuları işleyelim. Türkiye'nin bence asıl problemi ahlaki problemdir, meslek ahlaki problemidir. Tekrar ediyorum, benim vardığım sonuç şudur: Türkiye, nişangâhsız atan bazı meslektaşların, uzman olmayan kişilerin araştırma yapmadan, yayın yoluyla, şu veya bu suretle yaptığı çalışmaların etkisi altında kalmakta ve bundan çok büyük zararlar görmektedir. O kadar çok örneği var ki, sırası gelince bunları da açıklamak bizim için bir vazifedir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Katkılarınızdan dolayı teşekkür ederim Sayın Hocam.

Efendim en fazla iki kişi daha, buyurun.

ŞEVKET APALAK- İdare hukukunda tazminat davaları, idari işlemlerden kaynaklanan tazminat davaları ve idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davaları olarak görülüyor. Burada bilirkişinin tutumu, davranışı, verdiği kusur bir idari işlemde kaynaklanmıyor, sürdürdüğü bir faaliyetten kaynaklanıyor. İdari bir eylemden söz edebilmek için idari makamlarca yapılmış olan ve öncesinde, temelinde bir idari işlem

bulunmayan eylem diye tanımlanır. Bilirkişi, memur değil; bilirkişi, kamu görevlisi de değil, ceza hukuku açısından kamu görevlisi sayılması, onu statü hukukuna girmiş bir kamu ajanı haline dönüştürmez. Memurlar atamayla geliyor, koşul işlemle bir kamu görevini yürütüyorlar.

Diğer kamu görevlileriye, memurlar dışındaki idari sözleşmeler, bağımsız idari otoritelerde görev yapanlar, seçimle yerel yönetime gelen kişiler. Bilirkişi, yürüttüğü iş, daha önce de belirtildiği gibi yargısal işlem niteliğindeki bir davranış, bir tutum, tamamen kişisel kusur nedeniyle, bunların oluşturdukları kusurlara karşı açılan tazminat davaları adli yargı yerlerinde görülür.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim efendim.

Sayın Soyaslan buyurun.

Prof. Dr. DOĞAN SOYASLAN- Sayın Apalak konuşunca ben aslında konuşmak istemiyordum, bir katkı olsun diye iki hususu söyleyeyim dedim. Bilirkişi, idare hukuku anlamında memur değil, “niye” dersiniz, kadrolu değil de ondan, oradan geliyor. Ama ceza hukuku açısından memur, bizim 279. maddemiz var, orada iki kriter var. Geçici, devamlı, kadrolu, kadrosuz, istekli, isteksiz veya mecburi, ihtiyaridir; para alsın, almasın, devlet kapısında kadrolu olması şart değil, temel kriter, bir, kamu hizmeti görenler memur değildir. İki, “kamu görevi görenler memur” der.

Kamu görevi ne, kamu hizmeti ne? Bu iş idare hukukçularının işi; ama ben o işe biraz kafa yordum, bazı kriterler var, bir temel kriter var. Devletin esaslı fonksiyonlarını icra edenler kamu görevi görüyor. Bilirkişilik devletin esaslı

fonksiyonunu icra etmiyor mu, ediyor, adliyeye yardım ediyor; temel görev ne, esaslı fonksiyon ne? Yargı görevi, paralı, parasız, o hiç önemli değil, o görevi ifa ediyor mu, ediyor. İşte bu yüzden ceza hukuku açısından memur.

290. maddede kasten bilirkişinin raporu çarpıtması suç, suç da, bunu, kasten raporu böyle verdiğini nasıl ispat edeceksiniz? O kadar kolay değil, burada sıkıntı var. Ben kasten tabii kanıtlanma kaydıyla görevi ihmal ettiğine inanıyorum; ama ispat edemiyorsunuz, bir başka sıkıntı da bu. Rüşvet alır, hiç bilmezsiniz bile, alabilir, yani takibatı zor.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Süha Bey, cevaplandırın efendim.

Doç. Dr. SÜHA TANRIVER- Burada tabii iki nokta hep birbirine karıştırılıyor. Raporun hazırlanmasından önceki, rapora hazırlık evresinde yapılan eylemlerle gerçeğe aykırı rapor verilmiş olması olgusunu birbirinden tümüyle bir kere ayırmak lâzım. Bilirkişinin raporun hazırlanmasından önce yapmış olduğu faaliyetler kamusal yetkilere dayalı olarak adli bir organın istemi doğrultusunda, adli organca yapılan görevlendirme çerçevesinde gerçekleşiyor. Bu tür faaliyetler, yargısal süreçte etkili olacak raporun oluşturulması evresinde bir ön hazırlık niteliği taşımaktadır. Buradaki faaliyet, idarî faaliyete yaklaşmakta, hâkimlerin idarî faaliyetine benzemektedir. Bu nedenle, buradaki faaliyet adli-idarî faaliyet olduğu için, hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davası açılması lâzım. Bunu AY.125. maddenin son fıkrasına dayandırdım; dayanakları birbirine karıştırmayalım.

Sayın Bilal Kartal, her iki sorunun sanki dayanağı AY. 129, V imiş gibi bir izlenim uyanmasına sebebiyet verdi.

Şunu düşünelim: Babalık tayini için bilirkişiye başvuruldu. Kan alımı sırasında ilgiliye sarılık ya da bir bulaşıcı hastalık bulaştırıldı; adli bir organın istedi, kişi rızası olmasa da adli organ istemi doğrultusunda adli organca yapılan görevlendirme çerçevesinde gitti. Ben bilirkişinin kişisel kusuru varsa dahi devlet sorumlu tutulsun demedim. Bu bilirkişilik hizmeti, adli hizmetin ayrılmaz parçasıdır, ondan soyutlanamaz. Dolayısıyla, bir an için bilirkişinin kişisel kusurunun bulunduğu düşünülse dahi, idarî güvence ilkesi açısından adalet hizmetinin iyi işlemediği sonucuna varıp zarar gören açısından daha büyük bir güvence oluşturması hasebiyle, devlete yönelmesine olanak tanımak lâzım.

Bir başka şey daha söylemek mümkün. Resmi bilirkişi atandı, Adli Tıp Kurumu çalışanı, memur değil mi? Adli Tıp Kurumu memurunun yapmış olduğu faaliyet, orada kan alımı sırasında bulaştırmış olduğu hastalıktan kaynaklanan zarar için, hizmet kusuru müessesesi işletilmeyecek mi?

Burada üzerinde durulması gereken ikinci nokta, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor vermesinden kaynaklanan hukukî sorumluluk ne olacak? Burada; öncelikle bir kere 40. maddenin 2. fıkrası var. Bilirkişinin, bir yana bırakalım kamu görevlisi niteliğini tartışmayı. Resmî görevlilerin vaki haksız fiillerinden kaynaklanan zararlar devletçe tazmin edilir” diyor, AY. 40. maddenin 2. fıkrası. AY. 129, V ve 40, II’yi ne yapacağız?

Bir başka söyleyeyim: Ben bilirkişinin anayasa ve idare hukuku anlamında memur olmadığını zaten söyledim. Diğer kamu görevlisi kavramının ölçütleriyle, memur kavramının ölçütleri aynı değildir. Her ikisini özdeşleştirirseniz; diğer kamu görevlisi kavramına izahat getirmek mümkün olmaz. Adli Tıp Kurumu

çalışanı, gerçeğe aykırı rapor verdiyse haksız fiil hükümlerine göre Adli Tıp Kurumu çalışanına mı yöneleceğiz?

Yine, bu bağlamda, bilirkişinin hâkimlere benzetiliyor olmasından hareketle, sorumluluk bağlamında, hâkimlerin kazai faaliyetinden kaynaklanan sorumluluklarına ilişkin rejime tâbi tutulmasının uygun olacağı ileri sürüldü. Burada şuna işaret etmek istiyorum: Anayasa 129, V hâkimlerin sorumluluğuyla ilgili sorumluluk davasına ilişkin kurallardan (HUMK m. 573 vd) çok sonra gelmiştir. Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen hale, halihazırdaki sorumluluk davası müessesinin aykırı olduğu, onunla çeliştiği de kaydedilmektedir. Ben bugüne kadar hâkimler hakkında sorumluluk davasının işletildiği bir olaya şahit olmadım, Hele, Yargıtay üyeleri bakımından, sorumluluk davasının açılması, Yüce Divandan mahkûmiyet kararı çıkmış olma yani görev suçundan mahkûm olmuş olma koşuluna bağlanmıştır ki; bu da sözü edilen kurumun işletilmesini son derece güçleştirmekte hatta olanaksız kılmaktadır.

Doktrinde Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasının, anayasanın yatay etkiyi bağlamında (AY m. 11) uygulanmasından söz edilmektedir. AY. m. 177/E bendi ne diyor? “Anayasa değişikliği yürürlüğe girinceye kadar mevcut kanun ve kurumlarda değişiklik yapmak gerekiyorsa, Anayasa hükümleri doğrudan uygulanır.” Burada atlanan bir şey daha var; mevcut kanunların Anayasaya aykırı olan hükümleri yerine, doğrudan doğruya Anayasa hükümleri uygulanır. Aslında sorumluluk davasıyla ilgili hükümler Anayasayla çelişmektedir. Mevcut kanun olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanundaki düzenleme, Anayasayla çeliştiğine göre Anayasanın emredici buyruğu ne? Mevcut kanunların Anayasaya aykırı hükümleri varsa, mevcut kanun hükümleri değil, bizatihi Anayasa hükümleri uygulanır. Hâkim Sezai Aydınalp tarafından sorumluluk davasıyla ilgili bir doktora tez çalışması yapılmıştır. Olması gereken hukuk

bakımından bu önerildikten sonra, daha da ileri gidilmekte ve yazar hâkimlerin hukukî sorumluluğu ile ilgili düzenlemenin Anayasanın emredici hükmüne aykırı olduğunu, buna nedenle doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanması gerektiğini kaydetmektedir.

Bilirkişi, kamu görevlisidir; değildir tartışmasını bir başka tarafa bırakalım. Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası var. Sözü edilen düzenleme, "Resmi görevlilerin vaki haksız fiillerinden kaynaklanan zararlar devletçe tazmin edilir." şeklindedir. Buradaki vaki haksız fiil ne? Haksız fiil, bildiğimiz devletin haksız fiili. Adli Tıp Kurumunu çalışanı, gerçeğe aykırı rapor verdi; bunun sonucunda ilgili zarar gördü. Neye dayandıracağız sorumluluğu? Haksız fiile mi dayandıracağız? Git, çalışana yönel, zararını o tazmin etsin mi? diyeceğiz. Bunları, bu iki kavramı birbiriyle, sorumluluğun temellerini birbirleriyle karıştırmamak lâzım. Anayasa bunları özenle ayırmıştır. 40. maddenin 2. fıkrasındaki açıklık zaten bunu zorunlu da kılmaktadır.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim.

Buyurun Sami Bey.

Av. SAMİ KAHRAMAN- bilirkişilerin hukuki sorumluluğuyla cezai sorumluluğunu birbirinden ayırt etmek gerektiği kanaatindeyim. Bu konuya zaten açıklık getirildi. Bilirkişilerin evet bir cezai sorumluluğu, memur gibi cezai sorumluluğu söz konusudur, 279. Maddeden dolayı, bunu bu şekilde memur gibi sorumlu olanların da idari sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek, bu şekilde yorumlamak tehlikeli sonuçlara götürür. Zira avukatlar da kamu görevlisidir, görevini ifa ederken memur gibi

sorumludur, keza dernek yöneticileri memur gibi sorumludur, kooperatif yöneticileri memur gibi sorumludur. Ama bunlar Anayasanın 129. Maddesinin getirdiği koruyucu düzenlemelerden gayet tabii ki istifade edemezler. Dolayısıyla, bunların sorumluluğu da idari sorumluluk niteliğinde değil, hukuki sorumluluk niteliğindedir, bunu belirtme ihtiyacını hissettim. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Gerçekten bana göre konu önemli; ama bir geçiştir. Çünkü yarın avukat olarak, müvekkiliniz olarak karşınıza gelebilir bilirkişi. Bizim karşımıza yargıç olarak, önümüze iş gelebilir. Bunu biz kişisel sorumluluğa mı sokacağız, yoksa hizmet sorumluluğuna sokup “devlete mi git, orayı mı git?” diyeceğiz.

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

ve

BİLİRKİŞİLİK

Doç. Dr. Halûk KONURALP

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

İki gündür verilen tebliğlerde, bunlarla birlikte ve bunların arkasından yapılan konuşmalarda, mevzu hukukumuz bakımından bilirkişilikle ilgili sorunlar enine boyuna konuşulup, dile getirildi ve bu tebliğlere, ilişkisiz tartışmalar esas itibariyle, yürürlükteki Türk hukuk sistemini çerçevesinde gerçekleştirildi.

Şimdi benim sözünü edeceğim konu, mevzu Türk hukukunun çerçevesinin dışına taşan bir konu. Bu hatta taşan değil, belki de şu andaki durumu itibariyle bütünüyle yürürlükte olan hukuk sistemimizin dışında, daha ziyade bilirkişilikle ilgili sorunların çözümünde katkı getireceği düşünülen bazı çözüm önerilerine yönelik ve bazı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin.

Tebliğimin esas bölümüne geçmeden önce şunu söyleyeyim: Bu tebliğin konusunu oluşturan temel fikirler, ideolojik olarak benimsediğim ve savunduğum fikirler değil. Bunlar, dünyada mevcut durum içinden alınmış belli bölümlerin tespitinden ibarettir; yani baştan söyleyeyim, tebliğimin konusunda oldukça radikal, aykırı fikirler var. Bunlar, bütünüyle benimsediğim anlamına gelmiyor; ama hukuk tekniği açısından kesinlikle üzerinde kafa yorulması gereken konular olduğunu düşünüyorum.

Şimdi, nereye varacağım, baştan onu da söyleyeyim. Varmak istediğim nokta şu: Madem ki birtakım uyuşmazlıkların devlet-yargı süreci içinde çözümünde zorunlu olarak başvurulmuş bilirkişi incelemesi uygulamasında ciddi sorunlar var, o vakit bunlardan bazılarını bütünüyle yargının görev alanının dışına çıkarmak veya bir kısmında ise bu uyuşmazlıkların yargı önüne gelmesinden önce, bir aşama daha eklemek sorunun çözümüne katkıda bulunabilir.

I. DEVLETİN UYUŞMAZLIKLARA BAKIŞ AÇISI

Devletin bireyler arasındaki uyuşmazlıklara ve bunların çözümlerine yaklaşımını gerçekçi bir biçimde belirleyebilmek ve bundan sonuçlar çıkarabilmek için devlet sistemlerine yönelik bir bakış açısı ortaya koymak gereklidir. Kamu hukuku ve devlet teorileri ile uğraşanları esaslı bir biçimde meşgul eden çeşitli devlet sistemi sınıflamalarını basitleştirmek ve iki temel devlet sistemi esasından yola çıkmak suretiyle, devletin uyuşmazlıklara bakış açısı belirlenebilir.

Bu devlet sistemlerinden birincisi, müdahaleci devlet ideolojisinin uygulama biçimi olan ve esas itibariyle Avrupa ülkelerinde somutlaşmış olan devlet tipidir (*managerial state*). Müdahaleci devletin örgütlenişinde, otoritenin yukarıdan aşağıya doğru biçimlenmiş olması, devlet sisteminin belirgin özelliğidir. Bu sistem içerisinde bürokrasi son derece gelişmiş ve devletin işleyişine büyük ölçüde hâkim durumdadır. Yetkiler, ilke olarak "profesyoneller" tarafından kullanılmaktadır. Yetkilerin kullanılmasında esas olan, hiyerarşik bir ilişkidir. İdarî işlemler, önceden ayrıntılı biçimde belirlenmiş ilkelere göre gerçekleştirilir. Müdahaleci devlet sisteminin, uyuşmazlık çözümlerine bakışı ise, temsil ettiği müdahaleci devlet ideolojisinin yargı alanındaki yansımadır:

Bireyler arasındaki uyuşmazlıklar, devlet açısından, çözülmesi gerekli bir dizi problemdir.

Başka bir anlatımla, müdahaleci devlet, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları sosyal yapı açısından değerlendirmekte ve kaçınılmaz olarak bu alana müdahale edip problemi (uyuşmazlığı) çözmektedir. Yani, müdahaleci devlet, geliştirdiği usul hukuku sistemi ile bir anlamda uyuşmazlıklara sahip çıkmaktadır. Bu anlayışın usul kanunlarında ortaya çıkardığı etki ise, mahkemenin egemen olduğu yargılama usulleri biçiminde kendisini göstermektedir.

Liberal ideolojinin egemen olduğu devlet sisteminde ise, otorite yukarıdan aşağı değil, yatay olarak biçimlenmiştir. Bu sistem içerisinde gelişmiş bir bürokrasi olmadığı gibi, yetkilerin ilke olarak profesyoneller tarafından kullanılması da söz konusu değildir; yetkiler, yoğun bir biçimde profesyonel olmayan sıradan kişiler tarafından kullanılır. Kamu yetkisi, genellikle hiyerarşik örgütlenmenin tersine tek düzeyli ve yatay olarak dağılmıştır. İşlemler, biçimsel kurallara göre değil, yeknesak topluluk standartlarına göre yapılır. Liberal devletin, uyuşmazlık çözümlerine bakışı ise, varlık kaynağı olan ideolojiden (*laissez - faire ideology*) kaynaklanmaktadır:

Bireyler arasındaki bir uyuşmazlık, kendi aralarında çözülebilecek bir problemdir.

Liberal devlet için önemli olan, bireyler arasındaki uyuşmazlığın meşru bir biçimde çözülmesidir. Başka bir deyişle, uyuşmazlık, devletin bir sorunu değildir. Bu anlayışın usul hukukundaki yansıması ise, yargılamanın, mahkemenin pasifliği ilkesi üzerine kurulmuş olmasıdır. Yargılamaya egemen olan taraflardır (*the principle of party autonomy*). Taraflar ve avukatları, usulî işlemlerin yürütülmesinde aslî görev ve yetkilere sahiptirler.

II. DEVLET YARGISI VE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Modern ve çağdaş devlet anlayışı ve kamu yönetimi bakımından, bireylerle bireyler ve bireylerle kamu otoritesi arasındaki uyuşmazlıkların aslı çözüm yolu, hiç kuşkusuz devlet yargısına başvurulmak suretiyle bulunmaktadır. Devlet ve yönetim biçimi ne olursa olsun, uyuşmazlık denilince akla, devletin üç temel fonksiyonundan biri olan yargı fonksiyonu ve bu fonksiyonu gerçekleştiren yargı organı gelmektedir. Kabul edilen devlet biçimine göre, mahkemenin yargılamanın işleyişi üzerindeki egemenliği ve etkinliği az veya çok olsa da, uyuşmazlıkların aslı çözüm yolu, devlet yargısının önünden geçmektedir.

Uyuşmazlıkların aslı çözüm yolu yargısal çözüm olmakla birlikte, mahkeme dışı çözüm yolları da geçen yüzyıllardan beri kişiler arasındaki uyuşmazlıkları ortadan kaldırmakta başvurulan yollar olmuştur. Bunlardan sulh, sadece mahkemenin değil, herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmadan, sadece uyuşmazlığın taraflarınca gerçekleştirilen mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Diğer mahkeme dışı çözüm yollarından en çok başvuru alanları ise, arabuluculuk ve uzlaştırmadır. Bu iki yolun sulhten ayrıldığı en önemli nokta, taraflar dışında üçüncü bir kişinin çözüm arayışına, taraflarla birlikte, katkıda bulunmasıdır. En çok bilinen uyuşmazlık çözüm yollarından tahkim ise, çözüm üçüncü bir kişi (veya kişiler) tarafından gerçekleştirilmesi yönü ile sulhten, varılan sonucun (hükmün) bağlayıcı olması (kesin hüküm etkisi) ve kısmen devlet yargısına tâbi olması bakımından da sulhle birlikte diğer bütün yargı dışı çözüm yollarından ayrılan bir yöntemdir.

Yirminci yüzyılın son çeyreği, gerek Kuzey Amerika'da, gerek Batı Avrupa'da uyuşmazlıklara yargı dışı yollarla çözüm

bulunması konusunda yaygın bir eğilimin ortaya çıktığı dönem olmuştur. Sözü edilen dönemde, bir yandan Amerikan liberal devlet anlayışı, gelişen iktisadî ilişkilerle Avrupa hukuk sistemlerini liberalleştirmek suretiyle etkilerken, öte yandan İngiliz-Amerikan hukuk sistemleri de geleneksel "aşırı pasif mahkeme" anlayışlarının ortaya çıkardığı sıkıntıları Avrupa menşeli "daha aktif mahkeme" yöntemi ile çözmeye çalışmaktadırlar. Bu karşılıklı etkileşim süreci içinde, her iki sistem için de ortak olduğu gözlenebilen bir husus, yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine eski dönemlere kıyasla, daha yakın bir ilginin ve hattâ kanunlaştırma süreçlerinin varlığıdır. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de öne çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hareketi bir yana, Batı Avrupa hukuk sistemleri içerisinde nispeten geleneksel bir yapısı olan Fransız hukuk sisteminde de hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargısal bir biçimde teşvik edilmesi ve yargılama süreci içerisinde yer alması ilgi çekici bir nokta oluşturmaktadır. 8 Şubat 1995 tarih ve 95-125 sayılı kanunla, üçüncü bir kişinin uzlaştırmacılığı ve arabuluculuğu, hâkimin teşviki ile başlatılan bir süreç olarak Fransız hukuk davası sisteminde yerini almıştır. Öte yandan, aynı kanunla idare hukuku alanında da alternatif çözüm yolları geniş bir uygulama alanı bulmuştur.

Türk hukuku bakımından da, son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına doğru bir yönelişten söz edilebilir. Bunlardan birincisi, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4, 13 ve 14üncü maddelerine göre kurulan "tahkim kurulu"dur. Adı geçen kanunun 14üncü maddesine göre, "tahkim kurulu, Federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak

ihtilaflar hakkında Yönetim Kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazları üzerine inceleyerek kesin karara bağlar". Bu düzenleme ile, maddenin kapsadığı alanlarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, yargının görev alanı dışına taşınarak, devlet yargısına alternatif bir yolla çözülmek istenmiştir.

İkinci örnek, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22nci maddesinde düzenlenmiş olan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti uygulamasıdır. Getirilen bu düzenleme ile, tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklara yargı dışı bir çözüm yolu açılmak istenilmiştir.

Üçüncü ve son örnek, Avukatlık Kanunu'nun 35A maddesi ile getirilen ve avukatların müvekkillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, iki tarafı anlaştırmak suretiyle uzlaştırmaya gidebilmesidir. Bu düzenleme ile, uzlaştırma tutanaklarına ilâm niteliği de tanınmak suretiyle, aralarında uyuşmazlık olan tarafların, bu uyuşmazlığı mahkemeye başvurmadan çözmeye imkânı bulabilmeleri sağlanmak istenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda sözü edilen her üç yöntem de gerçek ve tam anlamı ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından değildir. Her üç uyuşmazlık çözüm yolunda da "gönüllülük esası" geri planda bırakılmış; ya başvurmada veya hüküm ve sonuçlarında "zorunluluk esası" getirilmiştir. Gerçekten, Tahkim Kurulu uygulamasında hem başvuru hem de kurulun vardığı sonuç (karar) zorunluluk esasına göredir. Tüketici sorunları hakem heyeti uygulamasında ise, belli bir değer altındaki uyuşmazlıklar bakımından bu yola başvurulmasının bir dava şartı olarak zorunlu kılınmış olması, "gönüllülük esası"nın bir ölçüde de olsa zedelemektedir. Nihayet, Avukatlık Kanunu'na göre hazırlanıp imzalanacak uzlaştırma tutanaklarının, İcra ve İflâs Kanununun 38inci maddesine göre ilâm niteliğinde belgelerden

sayılması; yani sonucun yargı kararı ile eşdeğer sayılması da gönüllülük esasının başlangıçta olmasa da sonuçta terk edildiğini göstermektedir.

Yukarıda, Türk hukukundaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından yapılan tespitlerin bir dizi eleştiri olarak algılanmaması gerekir. Çünkü, esas itibariyle hukuk sistemimizde, hatta daha derinde sosyal yapımızda pek de yeri olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlangıçta bütün unsurları ile, özellikle tam bir gönüllülük esasına göre düzenlenip benimsenmesi beklenemez. Öte yandan tam gönüllülük esası zaten her türlü uyuşmazlığın çözümünde de bulunamayabilir. Söz konusu düzenlemelerin bütünü ile değerlendirilmesinden, çeşitli ülkelerde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir yönelişin bulunduğu sonucu çıkartılabilmektedir.

III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU TÜRLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

*(Alternative dispute resolution / Les modes alternatifs de
reglement des conflits)*

1. Uzlaşma (görüşme; müzakere) (Negotiation) / Sulh (transaction)

Uzlaşma, Anglo-Amerikan uygulamasında uyuşmazlık çözümünün en yaygın biçimi olarak gösterilmektedir. Uzlaşma, karşılıklı menfaatleri tartışma konusu olan kişilerin, mahkemeye ya da tahkime başvurmaksızın doğrudan ya da dolaylı bir biçimde kurdukları her çeşit müzakere ortamını ve sürecini ifade eder.

Uzlaşma ortamında gerçekleştirilen müzakerelerin amacı, tarafların ortak bir zeminde biraraya gelmesi ve uzlaşmasıdır. Gelişmiş uzlaşma modelleri, temel menfaatler üzerinde durur ve

her iki tarafın da "evet" diyebileceği sonuçlara yönelik problem çözme metodunu uygular.

Uzlaşma usulü, üçüncü bir kişinin varlığını gerektirmez. Bu nedenle uzlaşma, bir anlaşmazlığın gerçek bir uyuşmazlığa dönüşmesine engel olan yöntem olarak görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Anglo-Amerikan uzlaşma modelinin Batı Avrupa hukuk sistemlerinin "sulh" modeli ile örtüştüğü görülebilir. Gerçekten, Türk hukuk düzeninde "sulh sözleşmesi" olarak adlandırılan uyuşmazlık çözüm yönteminin, üçüncü bir kişinin çözüme katılmaması; çözümü tarafların bulması özelliği açısından bakınca, uzlaşmadan pek de farklı bir şey olmadığı tespit edilebilmektedir. Burada altı çizilmesi gereken husus, Anglo-Amerikan anlayışında öne çıkarılan hususun çözüm süreci olmasına karşın, Avrupa anlayışının varılan sonuçla ilgilenmiş olmasıdır. Örnek Fransız hukukundan verilebilir: Tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığı çözmek için yaptıkları sözleşme, sulh sözleşmesi (*contrat transaction*) dir (Fransız Medeni Kanunu m.2044). Geleneksel hukuk anlayışı, sulh ile sonuçları bakımından ilgilenir. Mahkeme önünde yapılmış olup olmaması, taraflar için bağlayıcı olup olmaması gibi.

2. Arabuluculuk (*médiation, mediation*)

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları arasında doğrudan uzlaşma (*negotiation*), birincil ve en çok başvurulan usuldür. Diğer alternatif çözüm yolları, bu birincil yöntem üzerine kuruludur. Bu nedenle, tarafsız üçüncü kişilerin çeşitli düzeylerde katıldığı farklı çözüm yolları gelişmiştir. Bunlardan biri de arabuluculuktur.

Arabuluculukta taraflardan bağımsız üçüncü bir kişi, tarafları, uyuşmazlığın esası hakkında bir çözüm bulmak bakımından serbest bırakarak görüşmelerin usulî yönlerini idare eder.

Arabuluculuk usulü, genellikle uyuşmazlık konusunun arabulucuya kısaca sunulması ile başlar. Bu aşamaya ön-konferans (hazırlık toplantısı) denilmektedir. Ön-konferans aşamasında, asıl arabuluculuk aşaması için bazı usulî düzenlemeler yapılır. Örneğin, arabuluculuk anlaşması imzalanır, önemli görülen belge ve raporlar sunulur, uygun bir toplantı tarihi belirlenir. Belirlenen tarihte, önce her iki tarafın katıldığı bir toplantı yapılır, daha sonra arabulucu, her bir tarafla ayrı ayrı görüşmek suretiyle tarafların gerçek durumlarını, ihtiyaçlarını tespit eder. Bu tesbitin ardından arabulucu, taraflar için uyuşmazlığın çözülebileceği ortak bir zemin hazırlamaya çalışır.

Arabulucunun işlevi, taraflara herhangi bir çözüm önerisi telkin etme üzerine bir işlev olmayıp, onların, aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı anlayış ve anlaşma çerçevesinde çözmelerine yardımcı olmaktır. Arabulucunun rolü ve arabuluculuğun işleyişi, uyuşmazlıkların yapısına ve taraflar arasındaki ilişkilere bağlı olarak çeşitli biçimler alabilmektedir. Buna göre, arabulucu, uyuşmazlık konusu olan hususların tanımlanmasında ve sınırlarının belirlenmesinde; her bir tarafın uyuşmazlığın doğmasında etkili olan temel menfaat ve endişelerinin tespit edilip somutlaştırılmasında yardımcı olabileceği gibi, taraflar arasındaki bilgi ve üstü kapalı mesaj alış-verişinde rol alabilir; muhtemel bir anlaşmanın ne koşullar altında gerçekleşebileceğini ve anlaşmanın sağlanamaması halinde doğabilecek sonuçların neler olduğunu araştırır; ve sorunların işbirliği çerçevesinde çözülmesine yönelik bir yaklaşım geliştirir.

Nihaî olarak arabuluculuğun amacı, tarafların görüşmelerine yardımcı olmak olduğundan, arabulucu, verimli olduğu sürece tarafları birarada tutmaya ve aralarındaki bağlantının kesilmemesini sağlamaya çalışır.

3. Uzlaştırma (*Conciliation, conciliation*)

Uzlaştırmada, tarafların kendi aralarındaki müzakerelerin sonuçsuz kalması üzerine, üçüncü bir kişi, gerilimi azaltmak, taraflar arasında ilişki kurmak ve teknik konularda yardımcı olmak amacıyla ilk adımı atar. Burada üçüncü kişi, uyuşmazlığın çözülmesi bakımından arabuluculukta olduğundan daha serbest hareket etme imkânına sahiptir. Ancak, bu ikisinin birbirinden ayrıldığı noktaları belirlemek zordur. Bir görüşe göre, arabuluculuk gayri resmî bir nitelik taşırken, uzlaştırma, yürütüldüğü usul içinde daha biçimsel bir nitelik sergiler. Arabulucu, tarafların kendisine sunduğu bilgi ile yetinmek durumundadır; arabulucunun çözüm önerileri bir anlamda gayri resmî olarak karşılanır. Buna karşılık uzlaştırıcı, uyuşmazlık konusu hakkında araştırma yapabilir, biçimsel bir uzlaştırma usulü yürütür ve bu çerçevede bir çözüm plânı hazırlayarak taraflara sunar.

Bazı yazarların ortaya koyduğu bu farklılığa rağmen, uzlaştırma ve arabuluculuk terimlerinin birbirinin yerine geçerek kullanılmakta olduğu gözönünde bulundurulmalıdır.

4. Diğer Alternatif Çözüm Yolları

Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan usuller yanında, özellikle mahkemelerce geleneksel olarak uygulanan başka bazı çözüm yolları vardır. Bunlardan biri, kısa yargılama (*mini-trial*)'dır. Kısa yargılama, mahkeme dışında ya da mahkemece yürütülebilen, bağlayıcı sonuçları olmayan bir çözüm yoludur. Burada çözüme birkaç yoldan ulaşılabilir. Bir hâkim ya da tarafsız bir üçüncü kişi başkanlığında uyuşmazlık konusu saptanır, taraflar ve tarafların sulhe yetkili temsilcileri dinlenir ve sonuçta hâkim ya da üçüncü kişi, bağlayıcı olmayan bir çözüm önerisinde bulunur. Daha sonra taraflar ve temsilcileri kendi aralarında

görüşerek önerilen çözümün uygun olup olmadığını tartışırlar. Bu çözüm yolu, özellikle sürekli nitelikli ticarî işler için uygundur.

Bir diğer çözüm yolu, "tarafsız ön değerlendirme" (*early neutral evaluation*)dir. Bu çözüm yolu, dava öncesi bir aşama olarak ortaya çıkmaktadır. Bir hâkim ya da uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak deneyim sahibi olan bir hukukçu, tarafları dinler, uyuşmazlık konusu olan temel hususları tespit eder ve çözüm olasılıklarını araştırır. Değerlendirme sonucunda bir çözüm teklifinde de bulunabilir.

Tarafsız ön değerlendirme yolunun dar anlamda amacı, dava konusunu olgunlaştırmak ve hakları tespit etmektir. Böylece, dava aşamasında her iki taraf için, tarafsız bir uzmanca önerilen tarafsız standartlar ile kendi durumlarını değerlendirme imkânı doğmaktadır.

Alternatif çözüm yolları, yukarıda yer verilen usullerle sınırlı değildir. Uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesinde belirleyici unsur, tarafların iradesi doğrultusunda bağlayıcı olmayan yöntemler izlenmesi olduğundan, gerek bireyler arası ilişkiler içinde, gerek hukukî düzenleme yoluyla alternatif çözüm yolları geliştirilebilir.

IV. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ YARARLARI

1. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları taraflara çözüme katılma ve yaratıcılık imkânı sağlar

Aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar, sorunlarını çözmek için, dava açmak veya tahkim yoluna başvurmak yerine, alternatif çözüm yollarından birini seçmekle, dostane ve işbirliğine dayalı bir yolu seçmiş olurlar. Aksi halde taraflar, meslekî birikim ve eğilimleri "husumet" esasına dayalı olan yöntemlere ağırlık veren hukukçuların belirledikleri stratejilerle, bir hukukî mücadeleyi benimsemek zorunda kalırlar. Alternatif uyuşmazlık çözüm

yollarında taraflar, çözüme katılma ve yüz yüze görüşme fırsatı elde ederler. Çıkarlarının neler olduğunu birlikte araştırabilir ve yenilikçi çözümlere temel oluşturabilecek bir ortak zemin bulabilirler.

Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en çekici özelliklerinden biri uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yaratıcı tercihler yapabilme imkânını verebilmesidir. Devlet yargısında esas itibarıyla tek tip çözüm söz konusudur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması sonucunda, bazı uyuşmazlıklar, taraflarca çözümlenebilir, bazen de uyuşmazlığa daha kurallı bir yöntemin uygulanması gerekebilir. Buna ek olarak, bir kısım uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinde ise, aşamalı olarak çeşitli yöntemler birleştirilerek anlaşma ortamı sağlanabilir. Böylelikle, dava açmadan önce mümkün olan bütün uyuşmazlık çözüm yolları denenebilir.

Uyuşmazlığın tarafları, sorunu çözmek için hangi yöntemin daha uygun olduğunu belirlerken, taraflar arasındaki ilişkileri, uyuşmazlığın doğasını uyuşmazlığın teknik ya da teknik olmayan bir konuda olması gibi tarafların aldıkları konumları, savunmada ne kadar esnek olduklarını ve üçüncü kişilerin ne ölçüde işe karışmalarını istediklerini dikkate alabilirler.

Uygun uyuşmazlık çözüm yöntemi seçilince, her yöntem, kendi içinde onu diğerlerinden farklı kılan bir takım özellikler taşısa da, temel prosedürler dışında, taraflar bu yöntemleri kişiliklerine ve ihtiyaçlarına uygun olarak biçimlendirebilirler. Alternatif çözüm yöntemlerinde, kimin hangi dereceye kadar işe karışacağına taraflar bizzat kendileri karar verirler. Sıkı şekillere tâbi olmayan bir sıra ve ortam, taraflar arasında anlaşma için her birinin ihtiyacı olan etkili bir iletişimi sağlar.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığa düşen tarafların, çözümlerin araştırıldığı ve incelendiği yöntemleri

kontrol edebilme isteğini temel olarak alır. Uyuşmazlığın çözümü taraflarca üretilir. Gerçi, bu çözüm her zaman tarafların maddî hukuka dayanan haklarıyla uyum içinde olmayabilir. Fakat varılacak çözüm uyuşmazlığın taraflarına, yargı mekanizmalarının verecekleri kararın sağlayabileceği tatminden daha fazlasını sağlayabilir.

2. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gizlilik sağlar

Devlet mahkemelerinde dava açmanın aksine alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli özelliklerinden biri, uyuşmazlığın taraflarına alenî olmayan bir ortamda çözüm imkânı sağlamaktır. Bu tür bir gizlilik, uyuşmazlığın temelinde aile sorunları veya özel ticarî uygulamalar olduğunda çok önemli bir özellik haline gelebilir. Gizlilik özelliği, tarafların uyuşmazlığa çözüm bulmak için daha açık davranmalarını mümkün kılar. Zira, böyle bir çözüm şeklinde taraflar, açıkladıkları bilgilerin dışarı çıkmayacağından ve bu bilgilerin daha sonra aleyhlerinde kullanılmayacağından emin olurlar.

3. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları taraflar arasında anlaşma koşullarına uymak konusunda bir isteği ifade eder

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının getirdiği en önemli özelliklerden birisi de, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir yolla çözüme isteğini ifade etmesidir. Bir üçüncü kişinin katılımı ile olsa da, kendi aralarında anlaşmaya varan tarafların, bu anlaşmanın koşullarına uyma ihtimali yüksektir. Ayrıca, daha önce kendi aralarında anlaşmış olan taraflar, koşullar değiştikçe, yeni bir anlaşma için pazarlığa oturmaya daha istekli olabilirler. Yapıcı bir çabanın sonucunda ve sonuçtan duyulan doyumun bir ifadesi olarak var olan ilişkilerin korunması ve birlikte iş yapmanın sürdürülebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile mümkün olabilmektedir.

4. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilke olarak hak arama özgürlüğünü kısıtlamaz

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bu niteliği, tahkime kıyasla değişik bir özellik arz etmektedir. Tahkimde taraflar tahkim usulünü seçip seçmemek hususunda serbest olmakla birlikte, bir kez bu yöntemi tercih etmişlerse, hakem kararının tıpkı devlet mahkemelerinin kararı gibi bağlayıcı olması nedeniyle, beğenmedikleri bir hakem kararına rağmen, aynı uyuşmazlık için devlet yargısına başvurma yetkileri kalmaz. Oysa alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile aralarındaki uyuşmazlığı çözme yolunu tercih eden taraflar, ulaşılan çözümün bağlayıcı olacağına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemişse, tahkim veya devlet mahkemelerinde hak arama imkânları kısıtlanmaz.

V. HUKUK DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK UYGULAMASI VE BU ALANDAKİ SORUNLAR AÇISINDAN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Hukuk davalarını bilirkişilik uygulaması açısından ikili bir tasnife tâbi tutmak mümkündür. Birinci grup hukuk davası, bilirkişi incelemesi yapılmasına genellikle gerek duyulmayan davalardır. İkinci grup hukuk davası ise, genellikle bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek duyulan davalardır. Bu ikinci grup hukuk davaları ise, kendi içinde de ikili bir ayırıma tâbi tutulabilir:

Bazı hukuk davalarında bilirkişinin vardığı sonuç, mahkemenin hükmünde "ağırlıklı" olarak etkin değildir. Burada "ağırlık"la kastedilen, hüküm fıkrasının aslî unsurlarının bilirkişi ya da bilirkişiler tarafından belirlenmiş olup olmaması noktasında toplanmaktadır. Bilirkişinin görüşü, hâkimin özel ve teknik bir konu hakkında aydınlatılıp bilgi sahibi kılınmasından ibaret kalmışsa (bilirkişinin gerçek işlevi), bilirkişinin vardığı-sonuç mahkemenin hükmünde ağırlıklı olarak etkin değildir.

Buna karşılık, bilirkişinin vardığı sonuç hüküm fıkrasının bütün aslı unsurlarını belirlemişse, bu takdirde bilirkişinin görüşü, hükmü ağırlıklı olarak etkilemiş; başka bir deyişle, hükmü belirlemiş demektir. Kira bedelinin tespiti davaları ve kamulaştırma bedeline itiraz davaları açısından, hükmün bütün aslı unsurlarının (genellikle) bilirkişi tarafından belirlendiği, Türk hukuk uygulaması bakımından bütün ilgililerce bilinen bir gerçektir.

Kısaca nitelemek gerekirse, hükmü ağırlıklı olarak bilirkişi görüşünün belirlediği hukuk davalarında, dava, uyuşmazlığın yargısal bir çerçeveye içinde ama yargı dışı kişilerce gerçekleştirildiği bir süreç olmaktadır.

Adli yargı alanında bulunmamakla birlikte, öğrencilerin, çeşitli düzeylerde gerçekleştirilen sınavların değerlendirilmesine ilişkin itiraz istemlerini içeren ve idarî yargının görev alanına giren iptal davalarında da benzer bir durumun söz konusu olduğunun hatırlatılması gerekir. Bu tür iptal davalarında davayı gören idare mahkemesi, tensip kararı ve naip üye tayininden sonra, incelenmesi istenen sınav kağıdını, cevap anahtarını ve bir kaç örnek (emsal) sınav kağıdını davalıdan isteyip getirttikten sonra, dosyayı bilirkişilere göndermektedir. Bu tür iptal davalarında da sonucu -biraz da işin doğası gereği- bilirkişilerin görüşü belirlemektedir.

Bu belirleme karşısında, uyuşmazlık çözüm sürecini, söz konusu alanlarda devlet yargısı çerçevesinden bütünü ile çıkarıp, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoluna çevirmek bir dizi öneri olarak getirilebilir.

Yukarıdaki önerinin aslı gerekçesi, adli ve idarî yargı organını, kendi takdir yetkisini kullanmadan, esas itibariyle şeklen incelemekte olduğu bazı işlerden kurtararak, asıl yargı faaliyetine daha çok zaman ayırabilmesini sağlamaktır.

İkincil nitelikteki gerekçe ise, özellikle kira tespit davalarında tarafların yargı dışında karşı karşıya gelmesini sağlayarak yumuşama ve alternatif uyuşmazlık çözüm anlayışına katkıda bulunmaktır.

Uzlaştırma Modeli

• **Kamulaştırma bedelinden doğan uyuşmazlıklar için:**

- **Önerilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi:**

"Kamulaştırma bedeli tahkim (veya uzlaştırma) kurulu"

- **Oluşum örneği:** Tüketici sorunları hakem heyeti (4077 sayılı kanun ve Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu). Uyuşmazlığın "yer"e bağlı özelliği göz önüne alınarak, il düzeyinde 3 ilâ 5 kişilik kurullar oluşturulmalı.

- **İşlevi:** Kamulaştırma bedelini kesin olarak belirlemek

• **Yargı yollarına (hak arama özgürlüğüne) etkisi:** Kamulaştırma bedeline ilişkin olarak adli yargı dava açabilme yolunu ortadan kaldırır.

• **Düzenleme biçimi:** Kamulaştırma kanuna ek maddeler konulmak suretiyle düzenlenmeli.

Yukarıdaki modelde, bugün hukuk mahkemelerinde "kamulaştırma bedeline itiraz davası" adı altında görülen uyuşmazlıkların adli yargının görev alanından çıkarılarak bir tür zorunlu tahkim veya uzlaştırma modeline dönüştürülmesi önerilmektedir. Bu modelin, Anayasanın 36ncı maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü karşısında tartışmaya açık olduğu kuşkusuzdur. Ancak, sakıncalı yönleri ile birlikte kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklar konusunda alternatif çözüm yollarına başvurulması imkânlarının araştırılmasında yarar olacağı düşünülmektedir.

Benzer bir model, kira bedeline ilişkin uyuşmazlıklar için de önerilmektedir. Kiracı ile kiralayan arasında ortaya çıkan ve

bugünkü uygulamada kira tespit davaları adı altında sulh hukuk mahkemelerinde görülen bu tip davaların da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bir tür uzlaştırma ile çözülmeye çalışılmasının da yararlı olacağı düşünülmektedir.

Önerilere konu olan her iki hukuk davasının genel olarak yargısal ortamdaki sayısal değerleri özet olarak aşağıda gösterilmiştir:

SON ON SENE İÇİNDE HUKUK MUHAKEMELERİNDE KARARA BAĞLANAN KİRA TESPİTİ, KAMULAŞTIRMA DAVALARI

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	10 Yıllık ortalama
Toplam dava sayısı	1,090,610	1,075,468	1,085,530	1,052,309	1,116,068	1,139,371	1,081,377	1,094,591	1,152,347	1,158,684	1,104,635
Kamulaştırma	39,548	35,691	34,821	38,674	34,788	29,098	26,340	28,247	33,698	31,067	33,197
Kira Tespiti	28,327	31,114	39,870	30,358	30,223	33,507	26,372	21,590	22,145	20,196	28,370

Yukarıdaki özet tablodan da kolayca anlaşılacağı gibi, her iki davanın on yıllık ortalama değerlerine göre, yıllık ortalama dosya sayısı 60.000 civarındadır. Başka bir anlatımla, söz konusu iki dava türü için alternatif çözüm yollarının benimsenmesi, yıllık ortalama 60.000 dava dosyasının azalması anlamına gelecektir. Ayrıca, bugün bilirkişiler tarafından yapılan ve mahkeme tarafından hükme geçirilen parasal değere ilişkin belirlemeler, uzlaştırma kurulları tarafından yapılacak ve uyuşmazlığın çözümüne doğrudan yansıtılacaktır.

Uzlaştırma Modeli

- **Kira bedelinin tespiti uyuşmazlıkları için:**

- Önerilen alternatif uyuşmadık çözüm yöntemi:
"Kira bedeli uyuşmazlıkları uzlaştırma kurulu"

- Oluşum örneği: Tüketici sorunları hakem heyeti (4077 sayılı kanun).

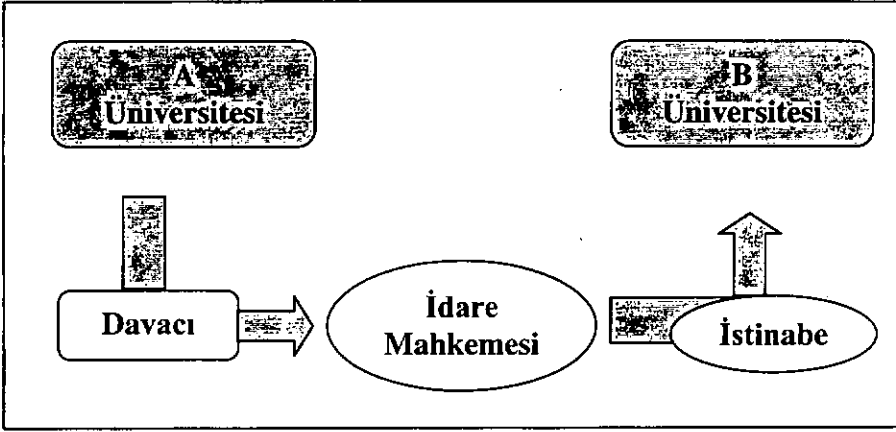
Uyuşmazlığın "yer"e bağlı özelliği göz önüne alınarak, ilçe düzeyinde 3 ilâ 5 kişilik kurullar oluşturulmalı.

- İşlevi: Uzlaştırma ortamı yaratmak "dönem için kira bedeli konusunda kiracı ve kiralayanı uzlaştırmak"

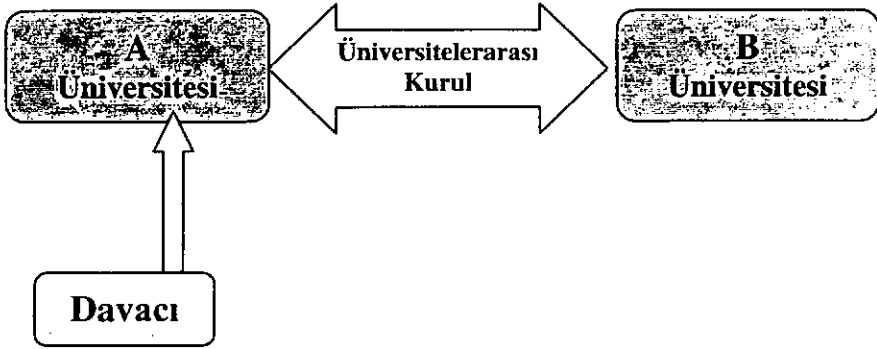
- Yargı yollarına (hak arama özgürlüğüne) etkisi: Dava açma hakkını ortadan kaldırmamalı, ancak dava açmadan önce bu yola başvurma zorunluluğu getirilmeli.

- Düzenleme biçimi: 6570 sayılı kanuna ek maddeler konulmak suretiyle düzenlenmeli. Yapılacak kanunî düzenlemede TÜFE veya TEFİ değerlerinin temel artış oranı olarak alınacağı zorunluluk olarak getirilebilir.

Yukarıda da sözü edildiği gibi, idarî yargının görev alanına giren, sınav sonuçlarına ilişkin iptal davalarında benzer bir durum söz konusudur. Şu andaki uygulama, aşağıdaki tabloda görüldüğü biçimde gerçekleşmektedir:



Bir model önerisi olarak, (yükseköğretim düzeyindeki) bir öğrencinin, kendi üniversitesine başvurarak, Üniversitelerarası Kurul bünyesinde oluşturulacak bir birim aracılığı ile başka bir üniversitede oluşacak itiraz kurulunun, yeniden inceleme yapılmasını gerçekleştirecek bir süreci başlatabilmesi düşünülmektedir. Böylelikle,



Sınav sonucuna yapılan itiraz, başka bir anlatımla sınav evrakının yeniden değerlendirilmesi, bugünkü uygulamada olduğu gibi, başka bir üniversitedeki öğretim üyelerince; ancak, yargısal süreç dışında gerçekleştirilmiş olacaktır.

VI. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamaların üç cephesi vardır. Bunlardan birincisi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını genel hatları ile ve özet olarak belirlemeye yöneliktir. Bu belirleme yapılırken, bir yandan çeşitli hukuk sistemlerinde uygulama alanı bulan alternatif çözüm yolları tanıtılmış, öte yandan alternatif çözüm yollarının devlet sistemi ile ilişkisi üzerinde durulmuştur. Bu açıdan bakıldığında, alternatif çözüm yolları, liberal devlette görülen bir dizi uyuşmazlık çözüm yöntemi olup devlette liberalleşme eğilimi arttıkça genişleyen (büyük ölçüde yargı dışı) bir çözüm anlayışıdır. Bu noktada, "devleti küçültme" anlayışı ile de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılmasının kesiştiği görülebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları devleti küçültmenin değil, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları daha kolay ve çabuk bir biçimde çözebilmenin bir aracı olmalıdır.

Konunun ikinci cephesi, esas itibarıyla hukuk davalarında bilirkişi uygulamasına ilişkindir. Yukarıda, ilgili bölümde yapılan sınıflamalarda da görüldüğü gibi bazı hukuk davalarında bilirkişinin hükmü belirleyici rolü son derece geniştir. İşte, bu tür bilirkişi uygulamalarının söz konusu olduğu ihtilâflarda, konuyu bir ölçüde yargısal alanın dışına çıkarıp alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birine bağlamak bir öneri dizisi olarak düşünülmüştür.

Konunun üçüncü cephesi, getirilen model önerileridir. Yukarıda da görüldüğü gibi bu öneriler, son derece genel hatları ile tasarlanmış olup, ayrıntılara girilmemiştir. Önerilen modellerde ayrıntılara girilebilmesi için, modellerin temel anlayışlarının belli bir ölçüde benimsenmesi, kabul görmesi gerekir. Ancak böyle bir belirlemeden sonra tespit edilen

konularda yargı dışı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ayrıntılı bir biçimde üretilebilir.

Son olarak, hak arama özgürlüğünün adil yargılanma hakkı çerçevesinde temel haklardan biri olduğunun önemle vurgulanması gerekir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin çalışma ve öneriler, genel olarak hak arama özgürlüğünün sınırlarını daraltıcı bir anlayışın ifadesi olarak yorumlanmamalı, tersine bireylerin dostane çözüm arayışlarına imkân sağlayan bir dizi faaliyet olarak algılanmalıdır.

Kaynakça:

- George W. Adams / Naomi Bussin, Alternative dispute resolution and the Canadian courts: A time for change, *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, part 4, December 1995.
- Ramazan Arslan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, *Yargıtay Dergisi*, 1989/1-4, C.15, s. 156-183.
- Ramazan Arslan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu, İzmir 2000, s. 190-211.
- Constance E. Bagley, *Managers and the Legal Environment*, West Publishing 1991.
- Blackston's Guide to the Civil Procedure Rules, Ed-in-Chief: *Charles Plant* 2 ed. September 1999.
- Jack H. Freidethal / Mary Kay Kanel Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, second edition, West Publishing, Minnesota 1993.
- Mirjan R. Damasvka, *The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven and London 1986.
- Françoise Ducarouge, *Le juge administratif et les modes alternatifs de réglemant des conflits: transaction, mediation, conciliation et arbitrage en droit public français*, (RFD adm. 12(1) janv-févr. 1996).

Jacques Héron: Droit judiciaire privé, Montchrestien, Paris 1991.

Rate A. Howell / John R. Allison /N. T. Henley, Fundamentals of Business Law,
The Dryden Press, New York 1984.

Elizabeth Plapinger / Donna Stienstra, ADR and Settlement in the Federal
District Courts, CPR Institute 1996.

Annie de Roo / Rob Jagtenberg, Settling Labour Disputes in Europe, Kluwer Law
and Taxation Publishers, Boston 1994.

William Twining, Rethinking Evidence, Exploratory Essays, Northwestern
University Press, Illinois 1994.

Jean Vincent / Serge Guinhard, Procédure civile, Dalloz, 25e édition, 1999.

Ejder Yılmaz, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, Yaklaşım, 1996/42, s. 26-31.

TARTIŞMALAR

Av. ATILA ELMAS (Ankara Barosu) - Biraz önce tebliğini dinlediğiniz Sayın Konuralp, pek de yabancı olmamızın çözüm yollarına şöylece bir değindi; ama bunun ülkemiz açısından ne derece gerçekleşebileceği konusunda da tereddüdü olduğunu, esasen bu çözüm yollarını kendisi de pek tavsiye etmediğini, bundan çekindiğini belirtti. Bunda ne denli haklı olduğunu belirtmek açısından katkıda bulunmak istiyorum. Tebliğde çözüm yolları aranırken, mahkemelerin bu konulardaki etkinliğini o ülkenin rejimiyle karşılaştırarak birtakım sonuçlara, farklılıklara değindi.

Bizim ülkemizi ele aldığımızda, “çok kısa söyleyeceğim; Tebliğde de var, kendisi de değindi” bütün bu alternatif çözüm yollarının benimsenmesinde gönüllülük esasından hareket ettiğini belirtti. Ben, biraz daha ileri gidiyorum; bu gönüllülüğü güven unsuruyla açıklamayı düşünüyorum. Şöyle ki; eğer bir ülkede insanlar; yani o yasaların uygulanacağı ve o yasalardan yararlanan insanlar birbirlerine güvenmiyorlarsa ve bugün içinde bulunduğumuz ortamı göz önüne alarak söylüyorum- devletin organları, yönettikleri insanlara, memurlara, öğrencilere güvenmiyor, öğrenciler, memurlar ve halk, kendilerini yönetenlere güvenmiyorlarsa, çekişmelerinin çözümünde birbirlerine hiç güvenmeyeceklerdir, nitekim ortam da böyledir. Ülkemizde adliyeye, yargıya bakış açısını vurgulamak açısından söylüyorum;, dava açmayı, karşı tarafı mahkemelerde süründürmek şeklinde algılayarak, “Seni sürüm sürüm

süründürürüm” diyen bir düşüncenin, bütün bunlara rağmen bir başkasıyla oturup, uzlaşıp, ihtilaflarını çabuk halletmelerini düşünmek, biraz hayalcilik olur. Sözlerimin başında da söylemişim, bu müesseseler bize yabancı değil, kanunlarımızda var; ama uygulamasına baktığımızda soruyorum. Eskiler hatırlar, bir zamanlar boşanma davalarından önce bir sulh teşebbüsü vardı; “Hiç yararlı olmadığı” düşüncesiyle yürürlükten kaldırıldı. Halkımız bu güvensizlik içerisinde bile “Adalet mülkün temelidir. Adaletin kestiği parmak acımaz” özdeyişinden hareketle, yine hakkını mahkemelerde aramakta devam ediyor ve mahkemelerdeki iş yoğunluğunun, iş çokluğunun bir nedeni de, her şeye rağmen tek güvendiği yerin mahkeme olduğu, diğer bir ifadeyle devlet olduğu düşüncesinden hareket etmesindedir. Dolayısıyla, bu konuyu vurguladıktan sonra, Sayın Konuralp’in, benim de yakından ilgilendiğim “Futbol Federasyonunda bu Tahkim Kurulunun nereden geldiği?” sorusuna cevap vermek istiyorum.

Sene 1987. O arada birtakım maçlardaki şike olayları nedeniyle, maç sonuçları mahkemelere intikal etmişti. Orada “Ne yapılacak, ne edilecek?” derken, Uluslararası Futbol Federasyonu FİFA’dan, FİFA Statüsünün 48. Maddesini hatırlatan bir yazı geldi.

“Eğer siz, ihtilaflarımızı; sporcular klüplerle, klüpler birbirleriyle olan ihtilaflarını devletin mahkemelerine götürürseniz, biz sizin üyeliğini askıya alırız” şeklinde bir müeyyideyi hatırlattılar. Onun üzerine alelacele bir kanun çıktı, zaten iki ay sonra da o kanunu değiştirdiler, şimdiki kanun yürürlükte. İşte Tahkim Kurulu da, o amaçla gelmişti. Bunu da, bu vesileyle bilginize sunmak istedim.

Şimdi, Sayın Konuralp’in bu alternatif çözüm yollarından bahsederken, bizim Avukatlık Kanunumuza yeni değişiklikle

giren bir müessese var; uzlaşma müessesesi. Avukatlık Kanununun 35. Maddesine A Maddesi eklediler ve orada, şöyle bir çözüm getirildi: “Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış olup da, henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda tarafların kendi iradeleriyle, istem sunucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatları ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır, bu tutanaklar 9,6.1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun 38. Maddesi anlamında ilam niteliğindedir”

Metnini okuduğum bu maddedeki hususları şöyle bir gözden geçirecek olursak, her birini ayrı ayrı incelemenin şu aşamada pek imkânı olduğunu zannetmiyorum, o açıdan kısaca geçeceğim. Avukatlar, bir defa dava açılmadan veya dava açılıp da henüz duruşma başlamadan böyle bir teşebbüse girecekler. Üçüncü unsur, kendilerine intikal eden davalarda; yani intikal etmeyen davalarda “Gel, bizi uzlaştır” falan gibi bir teklifin, davanın kendisine verildiği anlamında algılamıyorum. Tarafların kendi iradeleriyle; yani tarafların kendi tasarruflarında bulunabilen davalarda istem sonucu elde edebilecekleri konulara ilişkin olacak. bir de, en önemli unsur, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet. Şimdi “müvekkilleri” diyor. Büyük bir ihtimalle belirli davalar dışında müvekkiller zaten birbirlerini görmek bile istemiyorlar. Uzlaşma ortamı yaratılacak bir durumda da, belli bir yerde karşılıklı bir araya gelmek gibi bir şeyi de, baştan söylediğim gibi, gönüllülük ilkesi ve bir de güven ilkesi açısından zannetmiyorum ki benimsesinler. İnşallah böyle bir hüküm, davaları azaltacak bir işlevi layıkıyla, beklediğimiz şekilde yerine getirir. Şimdilik o uzlaşma müessesesiyle ilgili konuşacaklarım bu kadar.

Bir de, avukatlık ücretiyle ilgili olarak Avukatlık Kanununda 167. Maddeyle bir değişiklik yapıldı. Avukatlık sözleşmelerinden ve ücret itilaflarından kaynaklanan davalara artık mahkemelere gitmeye gerek olmaksızın, Baro Hakem Kurulu kurularak, o kurulun vereceği kararlar doğrultusunda bir çözüm getirildi ki, bu da yine bir uzlaşma veya uzlaştırma veya yeni adıyla tahkim müessesesi. Bütün bunların ortaya çıkardığı husus şudur ki, biraz önce Sayın Konuralp de temas etti, kanunla belli zorlama olduğu takdirde ancak sonuç elde edilebileceği durumlarda pek vazgeçemiyoruz. Nitekim yasalarımızdaki tahkimle ilgili olan hükümlerin sonucunda, bu kararlara karşı temyiz yolu da açık yahut iki hakem seçilmiş, bir üçüncüsü seçilecekse, mahkemeye başvurma gibi durumlarda yine devletin yargılama faaliyetine olan katkısını bir kenara bıraktığımızı söyleyemiyoruz.

Ben, şimdilik bu kadarla yetiniyorum. Teşekkür ederim.

ŞEVKET APALAK (Danıştay 8. Daire Üyesi)- Bir tartışmacı olarak, yeni edindiğim ve dinlediğim özgün bildiriye ilişkin değerlendirmelerde bulunacağım. Bu ara bilirkişi konusuna da değineceğim:

Uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı seçenekler arayışının saklı gerekçesi, yargı yolunun sıkışık yapısının ve çözüm günün uzaklığı mıdır? Yargı giderleri, yargısal çözümlerin niteliksel özellikleri, beklentinin uzağında mı durmaktadır? Çözüm seçenekleri, yargı yolunu özenle koruyor, ilke olarak koruyor; ancak Tahkim Kurulunun bu seçeneklerin en önemlilerinden biri olduğu, bildiri içinde vurgulanıyor. Bir yanda hak arama özgürlüğü seçenek çözümler yanında korunurken, bir yandan da yargı dışı yollar yaklaşımı da unutulmamakta, dahası tahkimin en çok bilinen çözüm yolu olduğu açıklanmaktadır. Burada açılması gereken, seçenekler arasında tahkimin bulunup, bulunmadığıdır.

Buradan çıkardığım sonuç, tahkimi de içeren seçenekler topluluğunun, yargıya da seçenek olma olasılığının gözden uzak tutulmamasıdır. Bu sonuç, başlangıç sözcüklerini yeniden gündeme getiriyor.

Uyuşmazlıklara yargı dışı seçenekler geliştirmek, aslında yargı çekintisi ve eleştirisinin saklı açılımları mıdır? Yoksa, güçler ayrımının özel ve bağımsız oylumuna neden seçenekler geliştirilsin? İdari Yargının tarihsel köşe başlarından bakınca, yönetici-yargıç ya da bağlı yetki evrelerinin giysi değiştirmiş bir yansıması, dahası uyuşmazlık çözüm yolları bir postmodern eğilim midir? Sözüm ve sorunsal yaklaşımlarım yargı işlevini uzak tutan seçenekler için. Şunu da düşünüyorum: Yargı dışına sarkma, birey özgürlüğünün doğal çıkışı değildir. Bireyler özgürlüklerinden vazgeçerek birlikte bir yaşama ortak bir istenç sergilemesine geçit ve geçerlilik verdiklerine göre, buldukları güçleri ayrılmalarının, oluştaki kararlılıktan caymalarının bugün haklı bir gerekçesi olamaz. Uzlaşma, ara bulma, uzlaştırma olanakları, çekişmelerin başlangıç aşamasının bir evresi ya da uyuşmazlıkların ertelenmesidir. Islak mendiller kuruyuncaya kadar süren kırgınlığımız, uzlaşının her alanda, anlaşmanın her konuda olduğunu gösterir. Yargı öncesi uzlaşma, anlaşma, İdare hukukunun da temel ilkelerindedir. İdare, hatalı işlemlerini her zaman geri alabilir.

Birazdan değinilecek uzlaşma olanaklarının varlığı, bilirkişi olgusunu yok saymaz ya da bilirkişinin yargı dışına taşınarak, seçenek yollar oluşturması beklenemez. Beklense bile, bunun adı bilirkişi olmaz, uzlaştırıcı veya arabulucu olur; yönetim açısından ise, idare işlevini kullanan yetkilinin adı olur. Sözgelimi Danıştay 7. Dairesi, bilirkişi incelemelerinin davanın yanlarında yaptırılması halinde, yargı yetkisinin mahkemelerce kullanılacağı yolundaki anayasal ilkeyle çelişileceğini, toplumdaki yargıya güven duygusunun zedeleneceğini vurgulamıştır. Gerçekten de

bilirkişi kavramı ve kurumu, yargıcın uzmanlık gerektiren konuda bir başka soluk aramasıdır. Bilirkişi kurumu, yargının olduğu yerdé vardır. Yargı dışındaki bilirkişi kavramları, Yargılama Hukukun tanımladığı kurum değildir. Bunlar, danışmanlardır. Danışmanlar ya da doğrudan ilgililerce oluşturulması düşünülen seçenek çözümler, uyuşmazlığı ortadan kaldıracığından, bilirkişi kurumu için de bir seçenektir ve elbette bilirkişilik sorgulamasında özel ve özgün bir konu başlığıdır.

Konuya yeniden dönersem, İdare hukuku alanında olguya bakarsam, uzlaşma olanakları idare hukukunun içinde var. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü, idari dava açmadan önce, ilgililere idareye başvurma olanağı tanıyor: 11. madde dava açmadan önce itirazı; 13. Madde, idari eylemden ötürü tazminat davası açılmadan, idareye “Zararı ödensin” diye başvurma olanağı tanıyor. İşte uzlaşma örnekleri İdari Yargının içinde olan bu uzlaşma seçenekleri ve bildirinin tam önerdiği bir şekilde uzlaştırma yöntemi, gene bir İdare Hukuku Yasasında, 213 Sayılı Veri Usul Yasasında duruyor. Vergi davası açmadan önce, ihbarnameyi alınca, uzlaşmaya gidiyorsunuz. Dahası, vergi bile salınmadan önce, **tarhiyat** öncesi uzlaşma var. İdare hukukumuzda bunlar hep var, yerlerinde duruyorlar. Bu açılardan bakınca, uzlaşma yollarının, tam anlamıyla uyuşmazlık oluşmadan önceki evrelere ilişkin arayışlar olduğu kuşkusuz. Bu arayışlar geçilirse, yetkin anlamda anlaşmazlık doğuyor. Bizim yasalarımız bunları öngörüyor. Cumhuriyetin ilk yasaları bunları ilke almış. 442 Sayılı Köy Kanunu, “Köy sınırlarını önce anlaşın, sonra çizin” diyor. İhtiyar Meclisi, taraflara uzlaşma önerisi. Köylüler arasındaki bazı sıkıntılarda, salmaları yatırmadıklarında, köy işlerine katılmadıklarında göreve çağrılıyor, para cezaları veriliyor. Köy İhtiyar Meclisi “dava” adındaki birtakım işlere bakıyor. Bunlar, bence Türk hukukunda var, Türk geleneğinde var. 4881 Sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunda

da yeralıyor. 7. Maddesinde Koruma Meclisinin belli bir miktara kadar zarar ve ziyanı göreceğini belirtmiş; doğrudan yargı kararı gibi hüküm kuruyor. Koruma Meclisinin kararlarına karşı Murakabe Heyeti var. Murakabe Heyetine itiraz ediyorsunuz; “Kararı kesindir. Hiçbir yargı yoluna gidilemez” kuralını Anayasa Mahkemesi iptal etmiş ve Anayasa Mahkemesi iptaline şu gerekçeyi koymuş; “Yargı yoluna gitmeme, Türk hukukunda olamaz” Buradan çıkararak, önerileri değerlendirmek istiyorum.

Çok önemli bir yasa, -gerçekten bilmemiz lazım- kıyıda, köşede bir yasa; ama çok önemli bir yasa; Petrol Kanunu, eski bir kanundur; üçüncü tertip kanunlardan; 6326 Sayılı Petrol Kanunu, 25. Maddesiyle, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü kararlarına karşı bakana itiraz yolu getirmekte ve bakanın müzakere ve sulh yoluyla -Yasada aynı bu sözcükler- itilafı çözeceği açıklanmaktadır; ancak yargı yolu saklıdır. Türk hukukunda, bu uzlaşma yolları dışında da olsa, yargı dışı seçeneklerin, bilirkişilerin kullanılmasını öngören yasal metinlere de rastlanılmaktadır. Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Yönetmelikte öngörülen Hak Sahipliği Tespit ve Rayiç Bedel Komisyonunun görevlendireceği bilirkişiler, İdari birimin sınırlarının uygulanmasında oluşturulan kurullar, 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun öngördüğü kurul, vergi salımlarıyla ilgili Takdir Komisyonları, polis adaylığına atamalarda sağlık raporlarının beğenilmediği zamanlar gönderilen hakem hastaneler, idareye yönelik yasal bilirkişi kurumları olarak değerlendirilebilir; ancak adları bilirkişi de olsa, bilirkişilere benzese de, bu durum, irdelemede boy gösteren bilirkişi kavramıyla örtüşmez.

Tartıştığım bildirinin bulduğum ana teması şu: yargıya gidildiği zaman bilirkişi var. Bilirkişi de bir anlamda yargı dışında, yargıç dışında bir uzman. Yargı dışı uzman olarak olaya bakıyor, olaya çözüm getiriyor. “Bilirkişiyi arabulucu, uzlaştırıcı bir kişi

haline dönüştürelim, yargı dışında uyuşmazlığı çözdürelim” Ancak, yasalarımızda bunlar var; ama bunlar bizim idari işlemlerden önce, olduğunu varsaydığımız zincir işlemlerin bir yansıması. Ayrılabilir işlemler kuramına giremeyecek işlemler, hazırlayıcı işlemler gibi. “Bu uzlaşmalar aşılsa, bu uzlaşma yolları aşılsa anlaşmazlık doğuyor” diyorum. Bunun için, yargı yolunun önlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Yöntemlerin ya da çekişme yanlarının oluşturacakları, öncelikle anlaşma geliştirmesi, uzlaşma sırasında danışmanlar aranması, yaygın bir eğilim gibi görünüyor. Bu saydığım konular yasalarda var; ama bir bakıyorsunuz, bunu benimseyen hukuk anlayışımız, bazen bunu terk ediveriyor. Nasıl? İlginç bir yasa; 904 Sayılı İslahı Hayvanat Kanunu. Atların safkan durumunu belirlemeyi, pedikri karnesini değerlendirmeyi mütehassıs heyete bırakıyor. Bakan oluruyla kesinleşen bu saptamaya itiraz halinde, Veteriner Fakültesi Öğretim Üyelerinden oluşturulan ilmi heyete arabulucu işlevi veriliyor. Güzel bir uzlaşma, İdare Mahkemeleri ne yapıyordu, biliyor musunuz? Bu kurullardan geçtikten sonra bilirkişiye gitmiyordu; biçimsel eksiklikler dışında, nesnel iptal nedenleri dışında gitmiyordu. Ancak 4631 Sayılı Yasa çıktı, Hayvan İslahı Kanunu oldu. Yasanın ismi daha kibarlaştı; ama bakanlıkça görevlendirilen uzman heyetini yeterli gördü, Bilim Kurulu olgusunu kaldırdı. İdare Mahkemeleri şimdi bu konularda ne profesör bulabiliyorlar, ne de atları getirebiliyorlar. Atları getirmek büyük bir olay, atların yanına profesörleri getirmek büyük bir olay.

Uzlaşmaya yönelik bu yasal açılımlar, hukuk dizgemizi yaralamayacaktır; ancak yargı yolunun kapatılmaması, hukuk devletinin kaçınılmaz bir gereğidir; çünkü biz şuna inanıyoruz, bu bilinçle yaşıyoruz: Hukuk devleti olmalıdır. Hukuk devletinin ölçütlerinden biri, idarenin yargısal yolla denetimidir. Anayasa Mahkemesinin birkaç yıl önce verdiği, yeni yeni uygulanmaya

başlanan imar para cezalarının -ki, Anayasa Mahkemesine götüren mahkemenin Başkanıydım- Sulh Ceza Mahkemelerine gideceği kuralını iptal etti, İdare Mahkemeleri yolunu açtı. Burada şu görüş var. İdari işlemler yargı yoluyla denetlenmeli. Bu yargı yolu İdari mahkemelerdir. Ama her zaman bu sıkıntıları yaşıyoruz.

1986 yılında profesyonel futbolla ilgili Tahkim Kurulu kurulurken, Ankara İdare Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar etken olmuş olabilir. Diğer tartışmacının söylediği FIFA'nın bize gönderdiği önerileri burada benim değerlendirme olanağım yok. Bunun değerlendirmesini yapamam; ama şunu duyuyorum; Tahkim Kuruluna ilişkin eleştirileri de okuyorum. Yargıdan alıyorsunuz, başka bir yere veriyorsunuz; ama aynı eleştiriler sürüyor. Bu sefer başka eleştiriler gündeme geliyor; olaylar, sıkıntılar, Tahkim Kurullarıyla da sona ermiyor. Tahkim Kurulu, hem seçenekli çözüm yolları arasında var, hem de yok; ama bazı Tahkim Kuruluna benzer kurullar, kurulmaya devam ediliyor. Tüketici Kanunu İl Hakem Heyetini kuruyor, "Görevleri, çalışma biçimi yönetmelikte düzenlenir" diyor, İl Hakem Heyetleri Yönetmeliği çıkartılıyor. Bugün, niye oraya itiraz edeceğinizi, niye Tüketici Mahkemesine gideceğinizi şaşıryorsunuz. Karışık bir yasa modeli; ama aynı yasa, idarenin uygulayacağı para cezalarına da, en yakın İdare Mahkemesine itiraz edileceğini öngörüyor.

Bilirkişilik ve seçenekler ekseninde yapılan öneri, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununda 24 Nisan 2001 günlü ve 4600 Sayılı Yasayla yapılan değişiklikle gerçekleşmiştir. Artık kamulaştırma bedeli üzerinden kamulaştırmayı kabul etmeyen taşınmaz mal sahibinin seçeceği bir kamulaştırma itiraz davası yoktur. İdarenin kendisi Adli Yargıca başvurarak, bedelin tespitini ve taşınmazın tescilini isteyecektir. Taşınmaz mal sahibine kalan davalar; kamulaştırmanın iptal davası ve maddi hatalara ilişkin düzeltim davasıdır.

Öğrenci Sınav Kâğıtlarına İlişkin Davalara gelince:

Sınav kağıtlarına ilişkin not takdirleri, kamu görevlisi olan ya da kamu birimlerinin gözetiminde olan öğretim görevlilerince alınmış idari işlemlerdir. Bu işlemlerde, diğerleri gibi yargısal denetim içinde kalmalıdır. Yargıcın bu konuda bir işlev kullanmadığı söylenemez. Davayı inceliyor, gerekiyorsa bilirkişi seçiyor, rapor değerlendiriyor. Konuyu bilirkişiyi götüren uyuşmazlıklar kimi zaman yasal zorunluluklardan da kaynaklanır. Bilirkişinin zorunlu veya gerekli olması, çekişmenin dava olma gerçeğini ve yargıcın varolan işlevini etkilemez.

Yüksek ya da ilk ve orta öğretim kapsamında hatalı not işlemlerine yargı yolunu kapamak, yargıda işlerin azalmasına etkili olsa da, kişilerin yargı yolunda hak aramalarını önliyeceğinden gerçek bir mutluluğun oluşumunu sağlamıyacağı kanısındayım. Bu bireysel bir yaklaşımdır.

Diğer yandan, öğretim üyelerinin ya kendileri ya da aynı alanda başka eğitimcilerden oluşacak kurullar yoğun bir iş baskısı altına gireceklerdir. İdare Mahkemeleri geneline yayılmış işlerin Ankara'daki üst kurullara bırakılması bu yönden sıkıntı oluşturacaktır.

Aynı birim içinde sınav kağıdının itiraz kavramı dışında ve yargı yolu kapanacak şekilde incelenmesi, idareci-yargıç uygulamasına dönülmesi sonucunu da doğuracaktır.

Kaldığı, sınav işleri yalnız derslerle de sınırlı değildir. Doktora, uzmanlık, doçentlik gibi sınavlar, ayrı sorunlara neden olacaktır. Kimi durumlarda yüksek öğretimin üst kurullarına bırakılmış bir işin, gene aynı kurullarda uyuşmazlık olarak görülmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Burada söyleyebileceğim şudur. Sınav değerlendirmelerine idari itirazlar genişletilmeli, yayımlı; ancak yargı yolu bitirilmemelidir. Yılların uygulaması göstermiştir ki; yargısal

denetimlerin yöntem ve yaklaşım olarak sakıncaları görülse de, idari işlemler yönünden bir ayrıma gidilmesinin haklı bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bilirkişiler, yasal sınırlar içinde özgürce raporlarını yazabilirler. Sınav işlerinde kalıplaşmış raporlar görünmesi, işin benzerliği ve kolaylaştırması için geliştirilmiştir. sınav değerlendirmesi de sonunda bir rakkam veya başka bir simge olduğundan raporların da rakkamla somutlaştırılması gerekçesizliğini veya iyi inceleme yapılmadığını göstermez. Kaldığı uygulamada not değişimi halinde açıklama yazılması istenmektedir. Ayrıca bilirkişiler isterse farklı ve ayrıntılı raporlar da düzenleyebilirler.

Not işleri yargıda eski yoğunlukta da değildir. Danıştaya temyiz edilenler de azaldı. Usul Yasasında yapılan değişiklikle, ilk ve ortaöğretim sınıf geçme ve not tespiti davaları artık temyiz edilemiyor, Bölge İdare Mahkemesine itiraz ediliyor.

İdari yargının bilirkişiye yaklaşımı sınırlıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu bilirkişi konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollama yapıyor. Usul yasamız yalnızca bilirkişi seçimin yargıç tarafından kendiliğinden yapılacağını öngörüyor. Bilirkişiyi resen hâkim belirledikten, taraflara gönderdikten, 3 günlük ret süresi geçtikten sonra dosyayı kendisine verir ve bunu verirken de, hukuksal bilgi ve bir genel bilgi gereksiniminin sınırlarını çizer.

Hukuksal bilgi, yasal kurallar, kuramsal yaklaşımlar, yargısal görüşler, üst yargı kararları, uyuşmazlığı çözme yöntemlerdir. Bunlar hukuksal bilgidir. Bu konular da bilirkişiye gidilmez. Genel bilgi kavramının tanımı ise güçtür; çünkü hangi bilginin genellik içerdiği, genellik sınırındaki hangi bilginin yargıçlık uğraşının gerekli kıldığı bir bilgi olduğunu belirlemek güçtür. Genel bilgi değişime açıktır; ancak konu şöyle bağlanır: Yargı

erkinin seçkin bir görevlisi olan yargıcın, uğraşısını yürüten bir aydın olarak bilmesi gereken ortalama bilgi, genel bilgidir. Genel bilginin bir koşulu daha var. Yargıçlık mesleğiyle ilintili genel bilgilerin, aynı görev alanındaki her hâkimin bileceği konular olması gerekir. Yargıcın, yürüttüğü görevin gerektirdiği çaba dışına çıkmadan sahip olduğu bilginin genel bilgi olduğu, bu belirlemenin doğal sonucudur.

Bir imar planının değerlendirmesi, yargıcın hukuksal ve genel bilgisiyle yapılamaz; teknik bilgi gerektirir. Bir il sınırında temel alınan bir dağın arzdaki konumunu belirlemek için gereken, harita teknik bilgisi özel bir bilgidir. Danıştaya göre imza karşılaştırması, ithal edilen eşyanın gümrük kıymetinin saptanması, bir derginin müstehcen olup, olmadığı, bir kitabın ders kitabı olarak kabul edilip, edilemeyeceği, nema hesaplanması, reklamın yanıltıcı niteliğinin belirlenmesi, ecri misil, imar planları, sınır, su gereksinimleri, bilirkişi incelemeleri boyutlarında önemli bir yeri olan Samsun İdari Yargısında çokça görülen kıyı-kenar çizgisi, vergi defter incelemeleri, teknik ve özel bilgiyi gerektirmektedir.

Danıştay, imar planını çizecek mimarın yeterlilik belgesinin bulunup, bulunmadığını, tapu tahsis belgesi verilmemesini, gümrük eşyasının gireceği tarife ve istatistik pozisyonu saptanmasını, defter ve belgelerin verilmemesi ve manevi zarar konularını ise, özel ve teknik bilgi kapsamında görmemektedir, gerçekten de Danıştay ve idare mahkemeleri, bilirkişi incelemesini çok sınırlı sayıda tutmaktadır. İdarenin renkli ve kapsamlı yüzlerce yasal boyutuna karşın, bilirkişi yolunun sınırlı olması, iptal davalarının hukuka aykırılık nedenine dayalı varoluş düşüncesinden ve idari yargıçlarda yönetsel ve ekonomik bilgi aranmış olmasına bağlamak da olanaklıdır. İdari yargı bilirkişi incelemesine geçtiğinde, yazılı olarak soru kâğıdını hazırlar. Bu soru kâğıdında yer alan konularda bilirkişiden rapor ister.

Danıştayın bir tutumu daha vardır, bir düşüncesi daha vardır. Genellikle bilirkişiliklerde öğretim üyelerinin yeğlenmesini ister.

Bilirkişi yaklaşımlarından sonra, seçenek üzerinde de konuşmamı toplamalıyım. Yönetmelik uzlaşma yolları olmalıdır. Ancak bir seçenek olmasın. “Seçenek” sözü, yerine geçme dinamiğidir. Yargı işlevi kilitlenmesin. Uzlaşma sağlanamaması halinde yargıya gitme özgürlüğü bulunsun.

Beni dinleme için gösterdiğiniz ince sabır için teşekkür ediyor, Karadeniz’de kalacak dostların yakınlıklarını, sevecenliklerini ve unutulmaz anılarını Mustafa Kemal’in Samsun’unundan Atatürk’ün Ankara’sına taşıyacağımı, ortamdaki inceliğin ve yüksek düzeyin 131 yıllık çınar olan Danıştaya yansıyacağını düşünüyorum, sevgiler, saygılar sunuyorum.

Doç. Dr. HALUK KONURALP - Ben, “Sornuz var mı?” demeden önce, bir -iki şeyden söz edeceğim.

Ben, çok tereddütlü başladım; ama aten şu ana kadar görüşlerime veya tebliğime -bunlar zaten benim kişisel görüşlerim değil, başkalarının görüşleri- yöneltilen eleştirilerden; hatta yer yer sert çıkışlardan maksadın hasıl olduğu da anlaşılıyor. Sözü edilen bir-iki konuya hemen karşılık veriyorum: Bir konuşmacı “Bu, postmodernizm mi?” dedi. Evet, ta kendisi. Bütün dünyada yaşanan postmodern çizginin yargı alanına, devlet anlayışına yansımaları, hatta daha açık söyleyeyim, neoliberal anlayış içindeki devleti küçültmenin yollarından biri; ama bu, kamusal alanda. Yalnız bireysel alanda insanların kendi uyumsuzluğunu yargı dışında çözmeleri konusunun bununla bir ilgisi yok.

İkinci bir konu daha var. Bunu bireysel olarak cevaplamak istiyorum. İdare hukuku alanındaki bir kısım mevzuattan söz edildi. Ben, bunlara değinmedim; çünkü benim esas itibarıyla inceleme alanım özel hukuk uyumsuzluklarında; yani bireyler

arasındaki uyuşmazlıklarda. Bir tek istisna, öğrenci sınav işlevini yöntem benzerliği açısından inceleme konuları arasına kattım. Yoksa siz, idare hukuku alanına girebilecek konularda bazı düzenlemeler var.

Bu arada, yeri gelmişken şunu da not edelim: Bu 95/125 Sayılı Fransız Kanunu, hem idarî yargılama alanında, hem de kısmen ceza hukukunda bile uzlaşmayı getiren bir kanun; ama öz olarak, idare hukuku alanında uygulanıyor.

Şimdi, somut olarak bir-iki konuya daha değineyim. Bütün bunları önerirken, hukuk devleti, mevcut anayasa “hükümleri tabii ki gözümüzün önünde; ancak bunlar üzerine kafa yorabilecek, “Acaba çıkış yolu olabilir mi” diye değerlendirme büyüteci altına almamız gereken şeyler. Yoksa bu bir anlamda yargıdan kaçış değil. Özellikle bu konudaki düşüncemi, tereddüdümü, hassasiyetimi hem konuşmamın başında belirttim, hem tebliğimin sonunda var; ancak idarenin denetimi konusuyla, uyuşmazlıkların yargı içinde ya da dışında çözülmesi aynı şey değil; bunu belirtmek istiyorum. İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi ayrı bir şey, bireyler arasındaki uyuşmazlıkların nerede çözüleceği ayrı bir şey ki, bu öncelikle bireylere kalmış; yani burada bir bağlantı yok.

Yargının pasifliğinden söz edildi. Bu hiç şüphesiz bu sadece idari yargı değil, üç temel fonksiyon içinde, ceza yargısı dahil, yargının tamamı pasiftir; yani savcıyı biraz yargılamanın dışında düşünürsek, hiçbir mahkeme, ne hukukta, ne cezada zaten resen harekete geçemez.

Bir konuya daha işaret etmek istiyorum. Şimdi, “model” diye düşündüğüm kira tespiti konusunda tüketici sorunlarından örnek alırsak, burada takdirlerinize arz ettiğim husus, tüketici sorunları hakem heyetinde olduğu gibi, zaten daha sonra dava yolunu kapamayan bir uygulama. Diyelim Kira Tespit Kurulundan geçen

bir ihtilaf, yine de mahkeme önüne getirilebilecek olursa, bu takdirde artık bilirkişi incelemesine gitmeye kesinlikle gerek kalmayacak; çünkü ortada, o heyet ya da kurulun verdiği bir karar olacak.

Bu arada anlaşıldığı kadarıyla topları isabetli yerlere atmışım; yani şunun için ilgililerine, yetkililerine söyletmek daha da anlamlı, etkili oldu. Mesela en enteresan yargı dışı çözüm yollarından bir olan Tahkim Kurulunun, bizim dışımızda uluslararası bir yolla, FIFA zorlamasıyla mevzuatımıza girdiği, bu şekilde belirlenmiş oldu. Sayın Avukat Atilla Elmas bu durumu zaten teyit etti. Bu, görülen bir şey; yani o süreç, o zaman başladı, öyle gözüküyor ki, başka ihtilâflar bakımından da devam edecek. Biz, burada işaret etmiş olduk.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK- Efendim, ben önce Sayın Doç. Dr. Haluk Konuralp Hocama bir soru yönelteceğim. Daha sonra Sayın Atilla Elmas'ın, özellikle Avukatlık Yasasında getirilen iki kurumla ilgili açıklamasına ilave yapacağım, kaygılarının uygun olmadığını ve katılmadığımı belirteceğim. Üçüncüsü de, sınıf arkadaşım ve gerçekten çok şiirsel bir anlatımla konuya yaklaşan Değerli Şevket Apalak arkadaşıma bir soru soracağım.

Birinci sorum, Sayın Hocama. Bilirkişilik bağlamında alternatif çözüm yollarında Rekabet Kurulundan ve RTÜK'ten söz etmediniz. Sanıyorum Rekabet Kuruluda, çok önemli bir sorunu ülkemizde çözüyor. Acaba bu, sizin düşündüğünüz anlamda bir alternatif çözüm olarak kabul edilmedi mi? Artık özellikle görsel yayındaki birtakım itirazlar, şikâyetler, RTÜK tarafından cezalandırılıyor. Bu da, alternatif bir çözüm olarak algılanmadı mı? Size yönelttiğim soru bu. Hepsini sorayım, siz ayrı ayrı yanıtlayın.

Ben, özellikle Atilla Elmas üstadımızın, meslektaşımızın, Avukatlık Yasasında belirttiği iki hususun bir tanesinin, avukatlık için, savunma mesleği için bir devrim maddesi olduğuna inanıyorum. Bu da uzlaşma; yani yargılamadan önce taraf vekillerinin bir araya gelerek sorunu çözme konusundaki yaklaşımları. Bunu, 4667 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Avukatlık Yasasının en önemli maddesi olarak kabul ediyorum ve bunu çok önemsiyorum. Türkiye’de, yargının artık tıkandığı bir noktada, bugün Ankara Adliyesinde günlük sirkülasyon 60 bin kişi. Küçük bir vilayetin nüfusunu içeriyor. Bu kadar çekişen insanların sorunlarını artık yargı yanıtlayamıyor, yargı çözemiyor. Bunun içerisinde, bilirkişi kurumunun dünden beri anlatılan olumsuzlukları da var; ama bütün buna rağmen insan enerjisi, insanın birikimi, bilgisi bunu çözemiyor. Dolayısıyla Avukatlık Yasasındaki bu getirilen yeni olanak, tarafların davadan önce bir araya gelerek, kendi avukatlarının tartışması ve konuşması sorucunda bir metin haline getirilen belgeyi, taraf asıllarının da imzalamasıyla, İcra İflas Yasasının 38. maddesindeki ilam hükmünde bir belge haline getiriyor.

Değerli konuklar, hepinizin dikkatini çekmek istiyorum; bu, gerçekten bir devrim maddesidir. Uzlaşma olur, olmaz, bizim doğamız uzlaşmaya uygun değildir; artık bizim doğamız da uzlaşmaya uygun olmak mecburiyetinde. Birçok konuları konsensusla, konuşarak, anlaşarak, tartışarak çözmek mecburiyetindeyiz. Her sorunu, her konuyu yargıya taşırsak, bu yargının, bunun altından kalmasına olanak yok. Düşünebiliyor musunuz, birçok ağır ceza mahkemelerinde sırf iş yükü nedeniyle tutuklama yapamıyorlar; çünkü tutuklamayı belirli tarihlerde sürekli dikkate alıp, göz önünde bulundurup, incelemeleri lazım. Bu hale gelmiş bir yargıyı rahatlatmak lazım. O nedenle ben, Avukatlık Yasasının getirdiği bu olanağın çok önemli bir madde olduğuna inanıyorum.

Aslında Avukatlık Yasasının bu maddesinin Meclisteki tartışılması sırasında; yani Adalet Komisyonundaki tartışılması sırasında, malumunuz biz yalnız teknik konularda bilgi vermek için Adalet Komisyonunda bulunuruz, oy hakkımız yok; ancak sorulan sorulara bilimsel açıklamalar yapabiliriz. Esas oy ve karar mercii, siyasi parti temsilcilerinin ve oradaki parlamenter üyelerin hakkıdır. Orada bu tartışma açıldı. Biz ısrarla, avukatların bir araya gelerek bunu çözmesini ileri sürdük; ama oradaki birtakım parlamenter arkadaşlar, iki avukatın bir araya gelerek, kendi müvekkillerine birtakım farklı tablolar çizebileceği kaygısı ve maalesef kuşkusuyla, “Böyle bir belgenin düzenlenmesinde mutlaka müvekkiller de bulunsun” dediler. Tabii biz orada şunu düşündük: Gerçekten çok ciddi ve büyük sorumluluklar taşıyan böyle bir belgenin, böyle bir tutanağın düzenlenmesinde, “müvekkiller de kendi imzasıyla katılsın ve bu sorumluluk gerçekten avukatların üzerinden alınsın” diye ısrar etmedik. Dolayısıyla bugün dahi belki de birçok müvekkil, beraber gidip imzaladığı belgedeki imzasını inkâr edecektir. Nitekim uygulamada, bununla çok karşılaşyoruz.

İkinci konu da, biliyorsunuz ücreti vekâlet alacaklarıyla ilgili hakem kurulları oluşturuldu. Onunla ilgili yönetmeliğimizi de çıkardık. Orada, bölgenin en kıdemli hukuk hâkimi ve Baronun tespit edeceği iki avukat arkadaş, hakem olarak avukatlık ücretiyle ilgili sorunları çözecek; yani müvekkille böyle bir sorun çıktığı zaman, bu kurul, bunu bağlayacak; ama biz, yaptığımız küçük bir araştırmayla, bunun çok büyük sorunlar getireceğini saptadık. Özellikle İstanbul, İzmir, Adana, Ankara gibi büyük kentlerde -tek kurul; yedekleri yok- yılda 1 500-2 000’i bulacak sorun karşısında, böyle bir kurulun tıkanacağı inancındayız.

Sayın sınıf arkadaşına soracağım soru da, özellikle bilirkişi atamasında idari yargıda, yargıçların resen bilirkişiyi saptadığını, bu konuda kesinlikle kalemde dosyaların alınmadığını söyledi

ve de İdari Yargılama Yasasının, Hukuk Muhakemeleri Yasasının 275 ve ilgili maddelerine atıf yaptığını söyledi. Gerçekten bu söylediğiniz mevzuat içerisinde hukuk mahkemelerinde de; yani adli yargılamada da, yargıçlar resen seçiyorlar.

Sizin, özellikle sınav da dahil “Biz, her türlü hukuki sorunu çözmekte hiçbir şikayetimiz yok; iş yükü ne kadar çok olursa olsun yargıdan geçmesinin yararlı olduğunu, bunun ikinci bir idari işlemle; yani alternatif çözümlerle çözülmesinin hakkaniyete ve adil yargılamaya uygun olamayacak” dediniz. Bütün bunlar söylenirken, 1982’den sonra idari yargılamada yapılan yeni yapılanmada, maalesef 1982’den önceki yakınmaların tamamı ortada duruyor. Nedir? İdari davalardaki süre, yine büyük çoğunluktaki arkadaşlarımız tarafından şikâyet ediliyor; yani İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay, maalesef 1982 Anayasasından önceki yakınmalarımızı hiç gidermedi. Yine bugün dahi, idari yargılamanın sonuçları, maalesef insanları umutsuzluğa itecek kadar uzun bir süre içerisinde alınıyor. Dolayısıyla, biliyorsunuz uzamış adliye, geç biten adalet de, hakkaniyete de ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesindeki adil yargılama koşullarına uygun değil.

Benim söyleyeceklerim bunlardı. Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Sağ olun.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Hocam.

YAŞAR KARAYALÇIN- Efendim, ben konuşmacıların tebliğlerini dinlerken biraz şaşırımdı; çünkü konu bilirkişilik konusunda alternatif çözüm yolları; fakat Sayın Konuralp Başkan, bu tebliğleri özel hukuk konusunda alternatif çözüm yolları olarak tanımladı. İkisinin arasında çok büyük fark olduğunu

zannediyorum; yani gerek uzlaştırma, gerek tahkim, bilirkişilik için alternatif yol değildir. Uzlaştırma ve tahkim, sadece devlet yargısına alternatiftir. Bu itibarla, bir organizasyon problemi olduğunu zannediyorum. “Eğer bilirkişilik konusunda alternatif yolları incelenecek ise, o konunun muhtevası, özel hukuk alanında uyuşmazlıklara alternatif çözüm yolları olmaz” diye düşünüyorum.

“Bilirkişilik” dediğimiz vakit, bizim genel olarak anladığımız, devlet mahkemesi tarafından tayin edilen resmi bilirkişidir. Zannediyorum asıl problem o. Özel bilirkişi raporları bu konunun dışında kalmıştır. Belki devlet mahkemesinin tayin ettiği bilirkişiler alternatifi, özel bilirkişilerdir. Benim bildiğim şu: Türkiye maalesef İngiliz ve Amerikan uygulamasında çok kullanılan ve zamanla Kıta Avrupa’sını da etkileyen **afidavitler** konusunda, ülkemizin bir uygulaması yok. **Afidavit** nedir? Ben de senelerce evvel o tahkim, vesaire dolayısıyla, yurtdışı tahkim dolayısıyla, bu konuyla ilgilenmek ihtiyacını, mecburiyetini hissettim ve konuyu Türk hukukuna tanıtmak istedim. Bizim enstitümüzün dergisinde Hikmet Belbez armağanı yayınladık. Orada “**Afidavit** nedir?” konusunu işlemeye çalıştım. Aslında afidavit, temelinde bizim Noter Kanununda yer alan yeminli beyanlara tekabül eden bir müessese; yani bir kişi, yemin verdirerek imzayı tasdik etmek yetkisine noter olarak veya başka bir sıfatla sahip ise, onun huzurunda verilen beyan, imzalanan metin ve yapılan yemin ile bu beyan, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan bir metin sayılıyor ve ayrıca cezai müeyyidesi de var.

Şimdi, ben konuyu düşündüğüm vakit, bilirkişilik konusunda alternatif çözüm yollarının ne olabileceğini düşündüm; ancak bunlar aklıma geldi; fakat buraya geldim, bilirkişilik konusunda alternatif çözüm yolları hakemlik ve uzlaşma. Efendim, hakemlikte bilirkişilik söz konusu değil mi? Türkiye’de ve dışarıda hakemlik yapmış bütün arkadaşlarımız bilir ki,

hakemler de, tıpkı adliye mahkemelerinde olduğu gibi bilirkişilere müracaat eder, onlardan istifade eder, olmazsa yeniden bilirkişi tayin eder, ondan sonra ona göre, vardığı vicdani kanaate göre kararını verir; yani yanlış bir anlama olduğunu tahmin ediyorum; ama bu yanlış anlama nereden geliyor, onu bilmiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun Çetin Bey.

ÇETİN AŞCIOĞLU- Ben, ne bir görüşümü açıklayacağım, ne de bir eleştiri yapacağım. Haluk Beyden bir dileğim var. Efendim, Haluk Bey özgür, istediği sözcüğü kullanabilir; ama Türkçe karşılığı "seçenek" varken, "alternatif" sözcüğünü kullanmasının nedenini ben anlayamadım. Soru olarak da sormuyorum; ama dilek olarak bunu söylüyorum.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. HALUK KONURALP- Biz, yanıtlarımızı kısaca verelim ki, kürsüyü hemen terk edelim.

Birincisi, önce Yaşar Bey Hocama cevap vermem gerekiyor. Teşhisinizde haklısınız hocam; bir karışıklık var. Şöyle söyleyeyim: Ben, tebliğimi hazırladıktan sonra, davetiyenin biraz farklı basıldığını gördüm; ama ben, yine de konumu sonuna kadar savunuyorum. Bu konu, bilirkişilikle ilgili. Büyük ölçüde ilgili; çünkü bilirkişilikle ilgili sorunlar bakımından Çetin Bey bana çok kızsada, alternatif bir çözümdür. Doğrusu, aslında tam anlamıyla seçenek değil; yani ben Türkçe kullanan ve büyük bir sevinçle de söyleyeyim, fakültemizde uzun süredir Adli Yazışma, Hukuk Dili dersi verme bahtiyarlığını da yaşayan biriyim. Alternatifi; yani şuradan gelen akıma; 220 voltluk sinüs eğrisi akımına "seçenekli

akım” diyemediğim için, buna da diyemiyorum; yani bu, tam bir seçenek değil, biraz gelip, gitmesi de var; ama haklısınız, eleştirin, ben, kabul ediyorum. Siz eleştirince, seviniyorum da.

Sayın Başkan, sizin sözünü ettiğiniz RTÜK ve Rekabet Kuruluyla ilgili hususlara değineyim. Aslında bu konu bambaşka bir konu. Şu açıdan: Bağımsız denetim kurulları, esasında Türk Anayasa ve İdare hukuku Sisteminin geleneğinde bulunmayan, 80’li yıllardan sonra yine biraz neoliberal anlayışın siyasete girmesiyle birlikte sistemimize giren ve aslında yararlı da kurumlardır. Birçok başkaları da var, olacaktır da; ancak bunların ihtilaf çözme noktasındaki konumu, alternatif çözümler bakımından tam uyuşmuyor; çünkü burada -bu, bağımsız düzenleme ve denetleme kurulları açısından söylenebilecek şey- bu kurumlara ne başvurmada ne de vardıkları kararda gönüllülük yok. O bakımdan; yani RTÜK’e gönüllü bir ihtilaf çözmek için gitmekten ziyade veya onun kararına gönüllü uymaktan ziyade, bir müeyyidelendirme kurumu olarak karşımıza çıkıyor ve sanıyorum, -tabii ki bunların teorik yapısı tam oturmadı- gerçek anlamda bir alternatif ya da seçenekli uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düşünmediğimden, buraya intikal ettirmedim. Benzer bir şekilde borsa uyuşmazlıklarına ilişkin sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde diyeceğim bir şey var. Onu da katmadım; çünkü çok garip bir şekilde bunun kararına karşı; Sermaye Piyasası Kurulunun uyuşmazlığı çözme kararına karşı idari yargıya başvurmak gibi, bizim hukuk düzenimizde garip bir şey de var. Bu anlaşılır şey değil; yani iki taraf arasındaki özel hukuk ihtilafını bir çeşit tahkim ya da alternatif yöntemle kurul çözüyor, çözülmesine katkıda bulunuyor; ancak kurulun bu konudaki kararına karşı idari yargıya başvurulabiliyor. Bunu da pek gündeme getirmediğim. Son derece karmaşık, fazla da üzerinde düşünülmeden yürürlük kazanmış hükümlere benziyor; çünkü çok karışık. Sonuçta çok garip bir şey çıkıyor ortaya. Bir özel hukuk uyuşmazlığı, idari

yargıda çözülmüş oluyor; yani borsa yatırımcısıyla aracı kurum arasındaki ihtilaf, sonuçta Danıştayda karara bağlanıyor. Bu, anlayabildiğim bir şey değil.

Sözünü ettiğiniz konularda tereddütte haklısınız; ama bana göre gerçek alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değil. Ben, sizin sorunuzu Sayın Elmas'a devrederken, bir noktayı vurgulayarak devrettim. Onun için kanunu sizden rica ettim. 35/A Maddesindeki şu hüküm; "Müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler, -yani burada bir çoğul ifade görüyoruz; iki tarafı kastediyor- Karşı taraf davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunun yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkiller tarafından birlikte imza altına alınır" Ben, sorunuzu biraz detaylandırarak yöneltmek istiyorum; yani 35/A maddesinde sözü edilen ve daha sonra İcra İflas 38'e göre ilam niteliğinde icra edilecek bu belge, asgari 4 imzalı mı olmak zorunda?

Av. ATILLA ELMAS- Sayın Özök'un bana yöneltmiş olduğu hususları kısaca cevaplamak isterim. Eğer hatırlarsanız, ben böyle bir uzlaşma meselesinin bir benzerinin sulh teşebbüsü olarak daha önce hukukumuzda mevcut olduğunu; fakat işe yaramadığı için, daha sonra ortadan kaldırıldığını söylemiştim. Bunu da devrim olarak nitelemiş olmasını, inşallah bu temenni doğrultusunda ne derece gerçek bir ifade olup, olmadığını, 2-3 sene sonra hep beraber göreceğiz. Beni özellikle umutsuzluğa sevk eden husus, müvekkilleriyle birlikte olmasıydı. Onu, üstüne basa basa söylemiştim ve konuşmamın başında, güven unsurunun bütün bu alternatif çözüm yollarında bir numaralı unsur olduğunu özellikle vurgulamıştım. Olayımızda, özellikle uzlaşmada, "müvekkilleriyle birlikte" dediği zaman, bunun başarı şansını, ben Sayın Başkan kadar büyük görmüyorum. İnşallah ben

yanılmış olurum. Bu hususu 2-3 sene sonra tekrar ortaya getirmenin de yararlı olacağını düşünüyorum.

Baro Hakem Kuruluyla ilgili olarak söylediklerini de, şöylece cevaplayayım: O kurulun yönetmeliğini hazırlayan Komisyon Başkanı olarak, en az Başkan kadar ortaya çıkacak sorunların bilincinde olan bir insanım. Dolayısıyla, fazla ayrıntıya girmeden, o konuyu sadece bir başlık olarak sizlere aktarmıştım.

Söyleyeceklerim bu kadar.

Teşekkür ederim.

ŞEVKET APALAK- Ben de çok kısa yanıtları vereyim.

Birincisi; bunu ben konuşmam sırasında söylemeliydim: Futbol, Avukatlık ve Tüketici, kamu yasalarıdır. Elbette bu konulara bakmam gerekir; çünkü Futbol, Avukatlık, Tüketici ve Futbol Yasaları, kamu yasalarıdır. “Pasif yargı” derken de, İdare Mahkemeleri, idari işlemi kendi yargı kararıyla kurmazlar; ama bir Adliye Mahkemesi, önüne getirilen uyuşmazlık üzerine, daha olmadığı bir şeyi kurar. Biz, idare kurduktan sonra baktığımız için pasif yargı dedim. Futbol da Tahkimde, profesyonel futbola bakmıyoruz; ama çok ilginç, bütün diğer sporlara, amatör sporlara bakıyoruz. Konuşma biçimindeki coşkulu sesleniş, amacımı aşan davranışlara götürmüş olabilir. Zaten bu sahnede de başka bir şey yapılamaz; çünkü tartışmacı kimliğinde bulunuyorum ya, o rolü de iyi oynarım.

Gecikme konusunda, 1982 yılında, idari yargılamaya yönelik hızlandırma kuralları getirilmedi. Belki Türkiye genelinde İdare Mahkemeleri kuruldu; ama Danıştay elindeki birikimi bitirdiği anda, mahkemelerden dosyalar geldi, **replik**, **düplik** aşamaları sürüyor. Yalnız, İdare Mahkemeleri açısından şunu söyleyebilirim: O yıl içerisinde Ankara İdare Mahkemesinde izliyorum; dosyalar

bitiyor, Samsun İdare Mahkemesi 1 500 dosyasının 1 300'ünü bitirmiş; ama bunu kendileri de dinlemiş oldular; Danıştayda birikim, gerçekten bazı dairelerde sürüyor.

ÇETİN ADAY (Samsun İdare Mahkemesi Başkanı)- İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. Maddesinde, yürütmeyi durdurma mekanizması düzenlenmiş. İdare mahkemesine açılı bulunan bir davada, yürütmeyi durdurma istemli açıldığında, bunun ivedilikle çözümlenmesi yasa hükmü ve bu konuda da herhangi bir tereddüt yok Türkiye'de bulunan İdare Mahkemelerinde sorunla karşılaşmadığını tahmin ediyorum. Şu an Samsun İdare Mahkemesinde, yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan bir davada, yürütmeyi durdurma isteminin en geç 60 gün içerisinde değerlendirilebildiğini gözlemliyorum. Bunu katkı olarak sunmak istedim.

Av. KEREMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer Konuklarımız; değerli katılımcılara ve tüm katkıda bulunanlara teşekkür ediyoruz.

Şimdi, 6. Tebliğin tartışmacılarına Samsun Barosunun armağanlarını sunmak üzere, Kırşehir Baro Başkanı Sayın Av. Kazım Özdemir'i sahneye davet ediyorum.

7. tebliğ, saat 17.10'da başlayacaktır. Şu anda baromuzun, siz değerli konuklarımıza çay, kahve ve pasta ikramı vardır. Lütfen fuayeye buyurmanızı istirham ediyoruz.

Prof. Dr. YAŞAR KARAYALÇIN (OTURUM BAŞKANI)- Bana bu görev, biraz evvel değerli meslektaşım Ejder Bey tarafından önerildi ve benim için bir sürpriz oldu. Gerçi biz, bu konuyla çok yakından ilgilimiz; ama yönetim amacıyla hazırlanmış değilim.

Şimdi, müsaade ederseniz bir defa saati tespit edelim. Saat 17. 25. Aslında bizim bu tebliğe 16.30'da başlamamız lazımdı. Demek ki aşağı yukarı 50-55 dakikalık bir gecikme oluyor. 18.30'a, yarım saat ilave edecek olursak 19.00'da bu toplantıyı bitirmeye çalışalım.

Teşekkür ederim.

Şimdi, müsaade ederseniz, bu toplantıya niçin ve ne sıfatla katıldığımı açıklamak isterim. Bir defa bu toplantı yerinin Samsun'da olmasının benim için özel bir değeri var. İki sebepten dolayı özel değeri var; çünkü benim çocukluk hayatım, 1926'dan 1932'ye kadar Samsun'da geçti. Bu dönem, biliyorsunuz Cumhuriyet Döneminin ilk 10 senesidir; yani en heyecanlı, en ateşli milliyetçiliğin en güçlü olduğu cumhuriyetçiliğin en güçlü olduğu dönemdir. Ben de o dönemde yetiştiğim için, şunu ifade edeyim: Aradan geçen bütün bu senelere rağmen, gençliğimde duyduğum hisleri aynen taşıyorum ve bu görüşte olduğumu seve seve belirtmek istiyorum.

İkinci sebep; Ben, Samsun'da eski öğrencilerimin olduğunu biliyordum; ama Samsun Valisinin öğrencilerimizden olduğunu bilmiyordum. Bunu öğrendiğim zaman, ayrıca mutlu oldum.

Üçüncü sebep ise; bizim enstitümüz, bilirkişilik konusunda, benim bildiğime göre, konuyu ilk ele alan akademik kurulların başında gelir. 1966 senesinde bizim enstitümüzde bir komisyon oluşturduk. Bu komisyon şu neticeye vardı: Komisyon, aslında tahkimin düzenlenmesiyle ilgiliydi. ve onun sonunda Usul Kanunumuzda tahkim konusunda ne gibi değişiklikler yapmak gerektiğini tespit etmiştik. Ayrıca, tahkimin organizasyonu bakımından bir çalışma yapıldı. Tahkim konusuyla bilirkişilik konusunun birlikte ele alınması gerektiği sonucuna varmıştık ve bir taslak hazırladık. Bu taslağı zamanında Adalet Bakanlığına sunduk; fakat taslak, diğer önerimiz gibi kaldı. Ne zamana kadar?

Milletlerarası Tahkim Kanunu Taslağı ele alınınca, Adalet Bakanlığında ayrıca bir çalışma yapıldı. Bizim bu 1966-67'de hazırladığımız taslak esas alınarak, bazı rötuşlar yapıldı, netice itibariyle Adalet Bakanlığı bir taslak hazırladı.

Bu taslak bize aşağı yukarı bu senenin Mart ayında geldi; fakat ben Enstitü Müdürü olarak bu taslağı aldığım vakit, ilk defa şunu düşündüm: Bu konunun mutlaka çok dar çevrede ve Ankara dışında bir yerde incelenmesinde zaruret vardır. Böylece Ejder Yılmaz Arkadaşımız, Hakan Pekcanitez arkadaşımız, Sema Taşpınar arkadaşımız ve ben, Antalya'da **Miraj** Otelinde bize sağlanan bazı imkânlarla bir araya geldik ve tahkim konusuyla ilgili taslak yanında, bu taslağı da inceledik. Vardığımız netice şu oldu: Bir defa hakemlerle, bilirkişilerin organizasyonunu birbirinden ayırmak lazım. Çok güzel görüşmeler yapıldı ve bunu da diğer taslağımızda, görüşümüzle beraber Adalet Bakanlığına intikal ettirdik; ama sonra Enstitü Müdürü olarak şunu düşündüm: Bu konuda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğuna şüphe yok; fakat biz bunu sadece Adalet Bakanlığına intikal ettirirsek, o zaman Adalet Bakanlığının normal olarak yapacağı iş, tabii bir komisyon oluşturmak. Komisyon belki daha geniş katımlı olacak ve çok zaman alacak. Halbuki bu konuda daha evvel tartışılması gereken önemli noktalar var ve bu noktaların böyle geniş bir çerçevede değil, doğrudan doğruya ilgililerin katılımıyla yapılacak bir toplantıda tartışılmasında yarar var.

Bakin, 14 mayısta yaptığımız bu toplantıya Ramazan Arslan arkadaşımız, Adalet Bakanlığından Mehmet Ata Atapek arkadaşımız, yine Adalet Bakanlığından Yusuf Solmaz, ayrıca bu konuda uzman olan arkadaşımız Mahmut Birsnel, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Hukuk Müşaviri Önder Canpolat, Türk Müteahhitler Birliğinin Temsilcisi, ICC Türkiye Milli Komitesi Temsilcisi olarak Prof. Dr. **Kalpsüz**, ben, Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliğinden Temsilci Aydın Özkayan,

İstanbul Ticaret Odası Temsilcisi olarak Ergun Özsunay ve 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Hakan **Pekcanitez** arkadaşımız, sonra Başbakanlık Başmüfettişi, Bilirkişiler ve Hakemler Derneği Başkanı Bülent Tarhan Bey, Maliye Bakanlığından Av. Zeynep Tekin Bacaksız, Türkiye Müteahhitler Birliğinden Sedat Tenik, Türk Mühendis ve Mimarlar Birliğinden Raşit Ünüvar ve bizim fakültemizden Ejder Yılmaz arkadaşımız toplandık. 14 Mayıs sabahtan akşama kadar o dar çerçevede taslağı aldık, arkadaşlarımız taslak hakkında kendi görüşlerini belirttiler, kendi önerilerini de ortaya koydular. Bu konu bizim açımızdan, bir de meslek çevreleri açısından kanaatimizce yeteri kadar olgunlaştı.

Biz, şunu yapabiliydik: Çözdüğümüz metinleri olduğu gibi bakanlığa sunabiliydik; fakat bu çalışmanın daha geniş çevrede bilinmesi için bununla yetinmedik, ayrıca bunu size belirttiğim, daha evvel teşhir ettiğimiz bir kitap haline getirdik. Keşke bu toplantıda, bu konuşmayı inceleyen meslektaşlarımız, bu çalışmayı okumuş olsalardı, ortaya atılan fikirlerin ne olduğunu bilselerdi, daha iyi bir netice alabiliydik. Burada bu çalışmalarını en iyi bilen arkadaşımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz'dır. Belki bu çalışmalarını bize özetleyecek. Ondan sonra lehte, aleyhte çok değişik görüşler var; ama her halûklarda Adalet Bakanlığında sunduğumuz şu kitapta, o toplantıya katılan meslektaşlarımızın ve diğer ilgililerin, doğrudan doğruya konuyla ilgili olan temsilcilerin görüşleri yer almış bulunuyor.

Benim özet olarak sunacağım husus bu.

BİLİRKİŞİLİĞİN KURUMSALLAŞTIRILMASI HAKKINDA BİR KANUN TASLAĞI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Ankara Barosu)

GİRİŞ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun 275 inci ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'muzun 66 ncı maddesinde birbirine benzer şekilde şu hüküm yer alır:

"Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir".

Aslında bu hüküm, örneğin Alman, Avusturya ve İsviçre kantonlarının usul kanunlarında da aşağı yukarı aynı şekilde formüle edilmişlerdir (bkz. Ejder Yılmaz, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik, II. Bilirkişi Eğitim Semineri, Ankara 2000, s.3-27; Ejder Yılmaz, Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları, Mali Hukuk, 1996 / 62, s.12-31; Ejder Yılmaz, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, Yaklaşım, 1996 / 42, s.26-31).

Hakimin herşeyi bilebilmesi mümkün değildir. Özellikle teknik konularda bilirkişiye gidilmesi kaçınılmazdır. Çağımız uzmanlaşma çağıdır ve teknik konuların herbirinin kendi içinde dahi birbirinden farklı çok sayıda uzmanlık alanları oluşmaktadır. Hatta bu arada hukukçuların uzmanlaşmasından da bahsedilmekte ve somut olarak avukatlar çeşitli konularda

uzmanlaşmaya gitmektedirler. Uzmanlaşma, mahkemeler kuruluşu bakımından da sözkonusudur ve hepimizin bildiği genel mahkemeler yanında özel uzmanlık mahkemeleri vardır ve bunlar gittikçe çeşitlenmektedir. Bunun somut kanıtı, Dünya'nın gelişmiş ülkelerinde daha önce faaliyet göstermeye başlayan ve ülkemizde de son zamanlarda kurulmaya başlanan tüketici mahkemeleri ile fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleridir. Çünkü, hukuk düzeni de ekonomik düzenin gelişmesine paralel olarak değişmektedir.

Bilirkişilik hakkındaki yasal düzenlemelerimiz, örnek aldığımız batı ülkelerinin kanunlarına paralel olmakla birlikte, onlardan farklı olarak ülkemizde bilirkişi uygulamasından büyük şikayetlerimiz ve mutlak olarak çözüm getirilmesi gereken bize has sorunlarımız vardır. "Kanayan yara" diye de ifadesini bulan bu sorunlar ve bunların çözüm yolları, her vesileyle gerek uygulamacılar ve gerek bilim adamları tarafından sık sık dile getirilmektedir. "Hukuk Bibliyografyası" ile ilgili kitaplara bakıldığında, yargılama hukukunun hakkında en fazla yazılan konularının başında "bilirkişilik'in yer aldığı kolayca gözlemlenir. Eğer deyiş yerinde ise, bu konuda "duyulmamış olabilir; ama, yazılmamış / söylenmemiş" hemen hemen hiçbir şey kalmamıştır.

Hukukçular, bilirkişiliğin uygulamada yarattığı sorunlarla öylesine "doludurlar ki", bu bazen neredeyse bilirkişilik delilinin inkarı raddesine varmaktadır. Oysa bilirkişi delili, kaçınılmaz bir ihtiyaçtır ve bilirkişilik, uzmanlaşmanın gelişimine paralel olarak gelecekte kendisine daha sık başvurulmuş bir delil olmaya devam edecektir.

Uygulamadaki aksaklıkları (yakınmaları) dört ana başlık altında toplamak mümkündür: 1) Bilirkişi seçimi ve görevlendirilmesinden doğan aksaklıklar; 2) Bilirkişinin kendisinden kaynaklanan aksaklıklar; 3) Yargıtay'ın bilirkişi

hakkındaki genel uygulamasının yarattığı aksaklıklar; 4) Bazı yasal boşlukların bulunmasının neden olduğu aksaklıklar.

Bunları somut bazı başlıklarla ifade edecek olursak:

- Mahkeme, önüne gelen her uyuşmazlıkta (özellikle, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuk bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan uyuşmazlıklarda) bilirkişiye gitme zorunluluğunu hissetmemeli ve Yargıtay da bunu benimsemeli;

- Bilirkişi seçiminde, çok titiz olunmalı ve işin en iyi uzmanı görevlendirilmeli;

- Hakim, seçtiği bilirkişiden ne istediğini (bilirkişiye düşen görevin ne olduğunu) çok açık bir şekilde açıklamalı;

- Bilirkişi, kendisine verilen görevi tarafsız olarak hazırlamalı ve raporunu, hiçbir tereddüde yol açmayacak sarahatle en kısa zamanda mahkemeye vermeli;

- Kanunda boşluk olduğu düşünülen konularda (bilirkişi listelerinin hazırlanması; bilirkişi ücret tarifesinin kabulü; bilirkişilerin hukuki ve cezai sorumluluklarının düzenlenmesi; bilirkişiliğin kurumsallaştırılması gibi) boşluklar doldurulmalı.

Uygulamadaki bazı aksaklıkların giderilmesi için 1970'li ve 1980'li yıllarda önce Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, daha sonra buna paralel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmışsa da, bunlar sorunları tamamen ortadan kaldırmamıştır veya en azından bu konuda yapılan değişiklikler zamanla yetersiz hale gelmiştir. Bu sebeple, yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ülkemiz bugün karşı karşıya kaldığı çeşitli sorunların çözümünde ve özellikle "aksayan adaletten işleyen adalet" geçmede hukukçuya muhtaçtır ve hukukçunun bu konuda da görevini yapması şarttır (bkz. Ejder Yılmaz, Aksak Adaletten

İşleyen Adalete, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı 1996/10, s.470-493).

"Durumdan vazife çıkarma" işi, öncelikle üniversitelere (hukuk fakültelerine), avukatların meslek kuruluşları olan barolara ve üst kuruluş Türkiye Barolar Birliği'ne ait olmak gerekir.

İşte bu düşünceyle, bilirkişilik uygulamasındaki sorunların aşılabilmesi için çıkarılacak olan yasal düzenlemeye esas olmak üzere, bir yasa tasarısının ivedi olarak hazırlanarak yasama organına sunulmasının zaruretine inanmaktayım.

Bu amaçla, Adalet Bakanlığı'nın hazırlayarak ilgililerin değerlendirmesine açtığı bir yasa taslağını gündeme taşımayı ve bunun üzerinde (veya ortaya çıkabilecek yeni bir metin üzerinde) yapılacak çalışmalar sonucunda oluşturulacak olan taslağın yasama organına sunulması ve yakından takip edilerek yasalaşması için gayret göstermeyi görev telakki ediyorum.

ADALET BAKANLIĞI'NIN HAZIRLADIĞI HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUN TASLAĞI

Adalet Bakanlığı, bilirkişiliğin (ve tahkimin) kurumsallaştırılması amacıyla, bir yasa taslağı hazırlayarak, bunu ilgili kişi ve kuruluşlara göndererek tartışmaya açmıştır. Bu taslağın adı, "Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği kanunu Taslağıdır (bu taslak, Ek'te sunulmaktadır).

Bu Taslak, daha önce Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün yaptığı bazı çalışmalar temel alınarak hazırlanmıştır.

Konunun uzun yıllardır takibini yapan adı geçen Enstitü, Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı Taslağın (diğer bir Kanun Taslağı ile birlikte), 14 Mayıs 2001 tarihinde yaptığı bir bilimsel toplantıda ele alınmasını sağlamış ve bu konudaki görüşmeler, ayrı bir kitap

halinde yayımlanmıştır ("Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği", "İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi" Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001).

Taslağı değerlendirmeye geçmeden önce, bir hususun altını çizmek isterim. Bu Taslak'ta, birbirinden farklı iki kurum olan "hakem" ve "bilirkişi" birlikte ele alınarak düzenleme yolu tercih edilmiştir.

Ülkemizde tahkim yolu çok sık rastlanılan bir yol değildir ve hakemlik yapanların sayısı da, neredeyse birkaç elin parmakları kadar azdır. Oysa, her yıl mahkemelerde görülmekte olan milyonlarca davada hemen hemen o kadar sayıda da bilirkişilik gündeme gelmektedir ve bilirkişilik yapanların sayısının da, (bu konuda elimizde istatistiksel bir veri olmamakla) kolaylıkla binlerle ifade edilebileceği söylenebilir. Bunun dışında, hakemin hakim gibi çalışması ve seçim bakımından taraf iradesinin belirleyici rol oynaması gibi esasa ilişkin sebeplerle, hakemlik ile bilirkişiliğin aynı kanun metni içerisinde bulunması, çeşitli açılardan sakıncalar yaratabilir . Bu sebeple kişisel kanaatim, Taslak'tan "hakem (ve hakem-bilirkişilik)" ibarelerinin çıkartılarak, konunun yalnızca "bilirkişilik"e münhasır kılınmasının gerekliliğidir. Aşağıdaki açıklamalarım da bu çerçevede olacaktır.

Tasarı, bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasına "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" (Anayasa m.135) örneğine göre şekillendirmiştir. Bu amaçla Tasarıda, sınırları içinde kayıtlı en az elli bilirkişi bulunan illerde "bilirkişi odaları" ve bunların da üzerinde "Bilirkişi Odaları Birliği" kurulması öngörülmekte ve bunların organları hakkında ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

Tebliğimde, bu organizasyonun ayrıntılarına girilmeyecek ve yalnızca doğrudan doğruya bilirkişilikle ilgili hükümler

değerlendirilecektir. Bu yapılırken de Tasarı'nın madde sırasına göre açıklamalarda bulunulacak ve yeri geldiğinde, ilgili hükme ilişkin kişisel kanaat belirtilecektir.

Bilirkişi odaları, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır (m.3). Odaların bu şekilde oluşturulmaları, Türk hukukunun tanıdığı bir hukuki sistem olması bakımından yerindedir.

Odaların görevleri Tasarı'da şöyle sayılmaktadır (m.5):

1) Oda mensuplarının **genel menfaatlerini, meslek disiplini ve ahlakını** korumak,

2) Kanunların, bilirkişilere yüklediği görevlerin **mesleğin şeref ve onuruna** uygun olarak yürütülmesini sağlamak,

3) Bilirkişilik mesleğinin **cazip hale getirilmesi** için çalışmalar yapmak, bu konuda alınacak tedbirleri görüşmek üzere toplantılar düzenlemek,

4) Oda mensuplarının **birbirleri ile olan ilişkilerini geliştirmek**, aralarındaki bağları güçlendirmek ve **mesleki dayanışmayı** sağlamak,

5) Odayı ilgilendiren konularda görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek,

6) Bilirkişilerin **mesleki gelişmelerinin** sağlanmasına, **maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasına** yönelik çalışmalar yapmak,

7) Oda mensuplarının mesleki ve **bilimsel seviyelerini yükseltmek** için kitaplık açmak; mesleki ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak üzere **dergi çıkartmak; panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek**, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

8) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Görüldüğü gibi Tasarı, bilirkişi odalarının görevlerini sayarken, herhangi bir kamu kurumunu haiz meslek kuruluşunu örnek almıştır. Oysa bilirkişilerin bir araya gelerek oluşturacakları oda, hekimlik veya mimarlık yahut muhasebecilik gibi belli meslek gruplarının kendi aralarında oluşturduğundan farklı bir yapıya sahip olacaktır. Bilirkişiler arasındaki benzerlik, bunların farklı farklı alanlardaki uzmanlar olmalarından ibarettir. Bu sebeple, sözkonusu görevler belirlenirken, bu husus gözününe alınarak yeniden düzenleme yapılmalı ve örneğin, "mesleğin cazip hale getirilmesi", "mesleki dayanışma" gibi ifadeler metinden çıkartılmalı veya amaca uygun hale getirilmelidir. Buradaki önerim, yalnızca bu maddeye ilişkin olmayıp, Tasarı'nın diğer maddelerine de yöneliktir.

Kimlerin oda üyesi olabilecekleri, 6 ncı maddede yazılıdır ve bilirkişilik yapabilmek için odaya kayıt zorunluluğu getirilmektedir. Ancak, kayıt için "... bu görevi yapmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde..." ibaresi yanıltıcıdır. Çünkü diğer mesleklerden farklı olarak, "bilirkişiliğe başlama tarihi" diye bir tarih olamaz.

Kaldı ki, odaya kaydolanmadan bilirkişi seçilebilmek de, kural olarak mümkün olmadığından, anılan ibarenin metinden çıkarılması uygun olur.

Bilirkişi olarak odaya kayıt için aranan şartlar (Türk vatandaşı olma; kısıtlı olmama; bazı suçlardan mahkum olmama; müflis olmama; yüksek okul şartı; mesleğin onuruyla bağdaşmayacak tutum ve davranışlar içinde bulunmama) genel olarak yerindedir. Ancak, bunlardan "yüksek okul mezunu olma şartı", tartışılabilir. Çünkü, bazen bilirkişinin yüksek okul mezunu olmasa bile belli bir konudaki uzmanlığı bilirkişi raporu için yeterli görülebilir. Bununla birlikte, bu tür kişilerin Tasarı'nın 23 üncü maddesindeki "adli merciler tarafından zorunlu görülen

haller dışında bilirkişi seçimi odaya kayıtlı üyeler arasından yapılır" hükmünden yararlanılarak bilirkişi olarak atanması mümkündür.

Oda yönetim kurulu, odaya kayıt olmak isteyenlerin durumunu inceler ve şartları taşımayanların talebini reddeder. Bu konuda kesin olarak verilen kararın yargı denetimine tabi olacağı tereddütsüzdür.

Tasarı'nın 7 nci maddesi, üyelerin (bilirkişilerin) sorumluluğu başlığını taşımakta olup, Buna göre, "Bilirkişiler, mesleki çalışmalarını **kanun hükümlerine, meslek onuruna, Birlik** tarafından belirlenen **usul ve esaslara** uygun olarak yürütmek ve giriş aidatını, yıllık aidatı ve bu Kanuna göre tespit edilen diğer mali yükümlülükleri yerine getirmekle sorumludurlar".

Bilindiği gibi, bilirkişilerin hukuki ve cezai sorumlulukları konusunda yeterli hukuki düzenlemeler bulunmamakta ve konunun mutlaka sarahate kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü sorumluluğun belirlenmesi bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasının en temel taşlarından biridir. Bu vesileyle, Tasarı'nın 7 nci maddesi yeniden kaleme alınmalıdır. Diğerleri yanında, bilirkişilerin yaptıkları işlevin niteliği ve önemi sebebiyle, bu kişilerin, Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılabileceklerine dair açık hüküm getirilebilir.

Tasarı muhtelif maddelerinde, oluşturulacak olan **bilirkişi listelerinden** söz etmektedir. Oda yönetim kurulunun görevlerinden biri de "odaya kayıtlı üyelerin uzmanlık alanlarını gözönüne alarak, bilirkişi listelerini hazırlamaktır" (m.13/8).

Oda Yönetim Kurulu'nun diğer görevleri yanında; **bilirkişiliğin gelişmesi, haklarının korunması** için gerekli incelemeleri yapmak veya yaptırmak, vardığı sonuçları ve teklifleri genel kurula sunmak (m.13/12); bilirkişilerin kendi

alanlarında ilerlemesi için kitaplıklar açmak ve **mesleki yayında** bulunmak, bu konuda hazırlanan eserlerin yayımına yardımcı olmak (m.13/14); genel olarak veya belli uzmanlık alanlarında **bilirkişi listelerini** hazırlamak, bu amaçla geçici ve sürekli komisyonlar kurmak (m.13/15); bilirkişilik hizmetlerinin bu kanuna, ilgili mevzuata ve Birliğin belirlediği **esaslara uygun olarak sürdürülmesini** sağlamak (m.13/16); çalışma alanı içerisinde uygulanacak **ücret ve tarifelerle ilgili teklifler** hazırlayıp, Birlik Yönetim Kuruluna göndermek (m.13/18), kurumsallaşma bakımından önemli adımlardır.

13 üncü maddenin 19 uncu bent hükmünün ("üyelerin kendi aralarında veya iş sahipleriyle çıkacak uyuşmazlıkları uzlaştırmaya veya çözüme kavuşturmaya çalışmak"), bilirkişilik müessesesi bakımından gereksiz ve anlamsız olduğu kanısında olduğumdan, metinden çıkartılmasını veya yeniden kaleme alınmasını önermekteyim.

Bilirkişi listeleriyle ilgili olan 22 nci maddeye göre: "Odaya kayıtlı bilirkişilerin uzmanlık alanları gözönüne alınarak düzenlenen listeler, her yıl ocak ayında listelerde yapılacak değişiklikler ise üç ayda bir, oda yönetim kurulu tarafından Birliğe gönderilir. Listelerin hazırlanmasına ilişkin esas ve usuller, Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilir".

Tasarı'nın 23 üncü maddesi, **bilirkişilerin seçimini** düzenlemektedir. Bilirkişi seçimi, kural olarak odaya kayıtlı üyeler arasından yapılacaktır; ancak, zorunlu görülen durumlarda adli merciler liste dışından da seçim yapabilirler. Oda listesinde bulunanların, kendi uzmanlık alanlarında mahkemeler tarafından verilen bilirkişilik görevlerini kabul etmek yükümlülükleri vardır. Bununla birlikte, bulunduğu yerden başka bir yerde çalışmayı gerektirecek bilirkişi incelemeleri hakkında ve bilirkişinin

mahkemece kabule değer görülecek mazereti halinde bilirkişiliği yapmak yükümlülüğü sözkonusu olmaz.

Bilirkişilik için üst organ, Türkiye Bilirkişi Odaları Birliğidir (m.24-39). Birliğin amacı ve niteliği şöyledir (m.24,III): "Birlik, bu Kanunda yazılı esaslar uyarınca bilirkişilik mesleğine mensup olanların **müşterek ihtiyaçlarını** karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin **genel menfaatlere** uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde **dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak** üzere meslek **disiplini** ve **ahlakını** korumak maksadıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşudur". Birliğin görevleri şunlardır (m.25):

1) Bilirkişilik mesleğinin genel menfaatlere uygun bir şekilde gelişmesini sağlamak,

2) Bilirkişilik yapanları birbirine tanıtarak aralarındaki bağları kuvvetlendirmek,

3) Bilirkişilik hizmetlerinin **ülke ihtiyaçlarına** uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda çalışmalar yapmak, araştırmalara dayanan önerilerde bulunmak, mevzuat ile ilgili yayınlar çıkarmak,

4) Bakanlığın, yargı ve yasama yetkisini taşıyan mercilerin ve kamu kurumu niteliğindeki diğer meslek kuruluşlarının odanın (Birliğin) görevleriyle ilgili soracakları konular hakkında görüş ve düşüncelerini rapor halinde bildirmek,

5) Bilirkişilerin **fikri ve mesleki gelişmelerini** teşvik edecek ve sağlayacak tedbirleri almak,

6) Odalar tarafından hazırlanarak gönderilen **bilirkişi listeleri** ile **bilirkişi raporlarının sistemli surette toplanmasını** ve **yayımlanmasını** sağlamak,

7) Kanunların bilirkişilere yüklediği görevlerin gerektirdiği **güven ve dürüstlüğe** uygun bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak,

8) Birlik mensuplarının **bilimsel ve mesleki seviyelerini yükseltmek** amacıyla bilgi ve belge merkezi, bilgi bankaları ve meslek mensupları için ödünç verme kütüphanesi kurmak, dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

9) Bilirkişilik alanında ülke içindeki diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak, ülke dışında kurulmuş bulunan bilirkişi odaları veya dernekleriyle temaslarda bulunmak ve çalışma alanı ile ilgili uluslar arası kongrelere katılmak,

10) Uyulması zorunlu **meslek kurallarını** tespit etmek;

11) Bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmelikleri çıkarmak.

Bu görevler de, bilirkişiliğin kurumsallaştırılması yönünde yapılacak önemli hususlardır.

Birliğin organları, genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ve yüksek disiplin kuruludur (m.28).

Birlik Genel Kurulu'nun diğer görevleri yanında özellikle; bilirkişilik mesleğini ilgilendiren konular hakkında önerilerde bulunmak (m.28/6); Birlik Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan ve **bilirkişilik esaslarını, takip edilecek usulü ve masrafları** hakkındaki hükümleri ihtiva eden yönetmeliği ve **ücret tarifelerini** görüşüp kabul etmek (m.28/7) altı çizilmesi gerekli önemli hükümlerdir.

Birlik Yönetim Kurulunun görevleri 32 inci maddede sayılmaktadır. Tebliğimin konusu bakımından aşağıdaki görevlere dikkat çekmek isterim:

• Mesleğin gelişmesine, **meslek mensuplarının haklarının korunmasına** (ve sosyal durumlarının geliştirilmesine) yarayacak incelemeleri yapmak, vardığı sonuçları ve önerileri Birlik Genel Kuruluna sunmak (m.32/4). Kanımca yukarda parantez içinde verdiğim ibare, bilirkişilik müessesesiyle bağdaşmadığından, metinden çıkartılmalıdır.

• Birlik tarafından yayımlanan **bilirkişi listelerini** Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, Yargıtay ve Danıştay Başkanlıklarına, bakanlıklara, mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıklarına, genel ve katma bütçeli kurumlara, Devlet ve kamu iktisadi teşebbüslerinin sahip olduğu şirket ve müesseselere ve diğer ilgililere yeteri kadar göndermek, listelerde yapılacak değişikliklerini üç aylık **ek listelerde** bu merci ve kuruluşlara bildirmek ve göndermek (m.32/5). Bu hükme, icra ve iflas dairelerini de eklemek uygun olur; çünkü, bu daireler örneğin malların kıymetinin tespiti için bilirkişiye gitmektedirler.

• **Mesleki dayanışmanın** sağlanması ve devamlığı için hertürlü çalışmalarda bulunmak (m.32/6).

• **Bilirkişi ücret tarifelerini**, oda yönetim kurullarının tekliflerini de gözönüne alarak hazırlamak (m.32/9).

SONUC

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu Taslak (önerdiğim adıyla: "Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Tasarısı"), bilirkişiliğin kurumsallaştırılması bakımından somut öneriler getirmektedir.

Tasarının üzerinde yapılacak değişikliklerle birlikte yasallaşması halinde, bilirkişilik uygulamasından dolayı yakındığımız çeşitli sorunların çözüme kavuşacağı ve bilirkişiliğin kurumsallaştırılacağı inancındayım. Bu sayede, bilirkişi listeleri

hazırlanarak güncelleştirilecek ve bunun sonucunda uzman bilirkişi seçimi sağlanabilecek; bilirkişi ücreti tarifelere bağlanacak; bilirkişinin uyacağı usuller ve meslek kuralları ortaya konulacak, bilirkişi etiği geliştirilebilecek; bilirkişilerin sorumluluğu hukuki düzenlemeye kavuşacak ve genel olarak bilirkişilik belli bir disipline bağlanacaktır.

TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUNU TASARISI

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç ve kapsam

Madde 1.— Bu Kanunun amacı, hakem ve bilirkişi odaları ile Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulmasına, teşkilât, faaliyet ve denetimlerine, organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Türkiye'de hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik görevlerini yürütenler bu Kanun kapsamındadır.

Tanımlar

Madde 2.— Bu Kanunun uygulanmasında;

1. Bakanlık: Adalet Bakanlığını,
2. Oda: Hakem ve bilirkişi odasını,
3. Birlik: Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğim,

4. Hakem: Tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmayan aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün ya da bir kısmının çözülmesi için tarafların anlaşmalarına veya sözleşmedeki koşullara göre ya da yetkili ve görevli merci tarafından atanan gerçek kişiyi,

5. Hakem-Bilirkişi: Taraflar arasındaki sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan veya çıkabilecek teknik sorunların çözülmesi için taraflarca belirlenen kişiyi,

6. Bilirkişi: Bilgi ve uzmanlığı nedeniyle çözümünü özel, teknik bilgiyi gerektiren konularda tespit ve değerlendirme yaparak düşünce veya mütalâasını sözlü veya yazılı olarak vermesi için görevlendirilen kişiyi ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Odalar

Odaların amaçları ve niteliği

Madde 3.— Odalar, bu Kanunda yazılı esaslar uyarınca hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla kurulan tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

Odalar, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Odaların kuruluşu

Madde 4.— Sınırları içinde odalara kayıtlı en az elli hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi bulunan her il merkezinde bir oda kurulur. Oda kurulmasına yeterli sayıda hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi bulunmadığı veya kurulmuş odalarda üye sayısı yönetim ve denetim kurulu asıl ve yedek üyelerin toplam sayısının altına düştüğü takdirde birden fazla ildeki hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin birleştirilerek hangi ilde oda kurulacağı veya bu illerdeki hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin hangi odaya bağlanacağı, Ülkenin coğrafi ve ulaşım durumu ile hakem, hakem-

bilirkişi ve bilirkişilerin yoğun olarak buldukları iller göz önüne alınarak Birlik Yönetim Kurulunun Önerisi üzerine Birlik Genel Kurulunca kararlaştırılır. Odalar, buldukları ilin adıyla anılır.

Yeni kurulacak odaların kurucu üyeleri Birlik Yönetim Kurulunca belirlenir. Yeni kurulan odalar, en geç üç ay içinde organlarının seçimini yaparlar. Bu seçim, odanın kurulduğu yılın Nisan ayında yapılmış sayılır ve kanunî süreler buna göre hesaplanır.

Odalar, kuruluşlarını Birlik aracılığıyla Bakanlığa bildirmekle tüzelkişilik kazanırlar.

Odaların görevleri

Madde 5.— Odaların görevleri şunlardır:

1. Oda mensuplarının genel menfaatlerini, meslek disiplini ve ahlâkını korumak,

2. Kanunların, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilere yüklediği görevlerin mesleğin şeref ve onuruna uygun olarak yürütülmesini sağlamak,

3. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğinin cazip hâle getirilmesi için çalışmalar yapmak, bu konuda alınacak tedbirleri görüşmek üzere toplantılar düzenlemek,

4. Oda mensuplarının birbirleri ile olan ilişkilerini geliştirmek, aralarındaki bağları güçlendirmek ve meslekî dayanışmayı sağlamak,

5. Odayı ilgilendiren konularda görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek,

6. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin meslekî gelişmelerinin sağlanmasına, maddî ve manevî menfaatlerinin korunmasına yönelik çalışmalar yapmak,

7. Oda mensuplarının meslekî ve bilimsel seviyelerini yükseltmek için kitaplık açmak; meslekî ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak üzere dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

8. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Oda üyeliği

Madde 6.— Bir oda sınırları içinde bulunan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişiler, bu görevleri yapmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde o ildeki veya bağlı olduğu odaya üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak meslekî faaliyeti itibariyle kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşuna kayıtlı olanlar da bu odalara kayıt olabilirler.

Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar, istedikleri takdirde hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olarak odaya üye olabilirler.

Odaya hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olarak kaydolunabilmek için:

1. Türk vatandaşı olmak,
2. Kısıtlı olmamak,

3. Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıldan fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymemiş olmak, affa uğramış olsalar dahi basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı suçlar ile kullanma ve tüketim kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet surlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giymiş bulunmamak,

4. Müflis durumunda bulunmamak,

5. Yüksek okul veya en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak veya belli bir alanda bilgi ve tecrübesi ile tanınmış bulunmak,

6. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğinin onuruyla bağdaşmayacak tutum ve davranışlar içerisinde bulunmamak gereklidir.

Yönetim kurulu, başvuruda bulunanın durumunu yukarıdaki hükümlere göre inceleyerek üyeliğe kabul veya ret hakkında kesin bir karar verir. Ret kararlarının gerekçeli olması şarttır.

Oda üyeliğinden kendi isteğiyle ayrılmak isteyenler dışında, üyelik aidatını, kendisine yapılan yazılı uyarının tebliğ edildiği tarihten başlayarak altı ay içinde geçerli bir neden olmaksızın ödememekte direnenlerin adları oda yönetim kurulu kararıyla borçlarını Ödeyinceye kadar listeden silinir ve durum ilgili yerlere bildirilir.

Üyelerin sorumluluğu

Madde 7.— Odaya kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişiler, meslekî çalışmalarını kanun hükümlerine, meslek onuruna, Birlik tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun olarak yürütmek ve giriş aidatını, yıllık aidatı ve bu Kanuna göre tespit edilen diğer malî yükümlülükleri yerine getirmekle sorumludurlar.

Organlar

Madde 8.— Odanın organları şunlardır:

1. Oda genel kurulu,
2. Oda yönetim kurulu,

3. Oda denetim kurulu,
4. Oda disiplin kurulu.

Oda genel kurulunun oluşumu

Madde 9.— Oda genel kurulu, odanın en yüksek karar organı olup, odaya kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerden oluşur.

Oda genel kurulunun görevleri

Madde 10.— Oda genel kurulunun görevleri şunlardır:

1. Oda yönetim, denetim ve disiplin kurullarının asıl ve yedek üyeleri ile Birlik Genel Kurulu delegelerini seçmek,
2. Oda yönetim kurulunun geçmiş dönem faaliyetleri ve bilançosunu gösteren raporuyla oda denetleme kurulunun raporunu görüşmek ve bu kurulların ibrası hakkında karar vermek,
3. Oda yönetim kurulu tarafından hazırlanan gelecek dönem tahmini bütçesini görüşüp karara bağlamak,
4. Oda için gerekli taşınmazların satın alınması veya mevcut taşınmazların satılması konusunda oda yönetim kuruluna yetki vermek,
5. Kuruluş amacı içindeki işler hakkında hazırlanan raporları ve gündemdeki maddeleri görüşüp karara bağlamak,
6. Üyeler tarafından ödenecek giriş aidatı ile yıllık aidatı belirlemek,
7. Hukuk ve adalet alanında mesleği ilgilendiren işler hakkında teklifte bulunmak,
8. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Odalar, iki yıllık bir dönem için Birlik Genel Kurul toplantılarına katılmak üzere, gizli oyla, üye sayısı altmışa kadar olanlar iki, yüzyirmiye kadar olanlar dört, yüzyirmiden fazla olanlar sekizer asıl ve yedek delege seçerler.

Oda genel kurulunun toplantıları

Madde 11.— Oda genel kurulu, iki yılda bir Nisan ayında olağan; oda yönetim kurulunun gerekli gördüğü hâller ile odaya kayıtlı en az yirmi üyenin çağrı sebebini de belirten yazılı istemi üzerine olağanüstü olarak oda merkezinde toplanır.

Oda genel kurul üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır. İlk toplantıda yeterli çoğunluk sağlanamazsa ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz. Ancak, ikinci toplantıya katılan üye sayısı, yönetim ve denetim kurulları asıl üyeleri toplamının iki katından aşağı olamaz.

Oda genel kurul toplantıları ilânda belirtilen gün, saat ve yerde yapılır. Üyeler, oda yönetim kurulunca düzenlenen listedeki adları karşısına imza atarak toplantı yerine girerler. Toplantı, oda yönetim kurulu başkanı veya görevlendireceği bir kurul üyesi tarafından açıldıktan sonra toplantıyı yönetmek üzere bir divan başkanı, bir başkanvekili ve iki kâtip üye seçilir.

Oda genel kurulu toplantılarında önceden bildirilen gündemdeki konular görüşülür. Oda genel kurulu, ancak gündeminde bulunan konuları müzakere edip karara bağlayabilir. Ancak, üye tamsayısının beşte ikisinin imzası ile teklif edilen konular da görüşmesiz olarak gündeme eklenir. Toplantıda hazır bulunan üyelerin beşte birinin imzası ile de gündeme yeni madde eklenmesi önerilebilir.

Oda genel kurulu, toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile karar verir. Ancak, odayı ilgilendiren taşınmaz mallarla ilgili oda genel kurulu kararlarında, hazır bulunan üye ve temsilcilerin üçte iki çoğunluğu gerekir.

Oda genel kurulu gündemi, kayıtlı üyelere toplantı tarihinden otuz gün önce taahhütlü olarak gönderilir ve ayrıca ilân edilir.

Oda genel kurulu üyelerinden kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, oda genel kurulu toplantılarına katıldıkları sürece kurumlarınca izinli sayılırlar.

Oda yönetim kurulunun oluşumu

Madde 12.— Oda yönetim kurulu , oda genel kurulu tarafından kendi üyeleri arasından seçilen yedi üyeden oluşur. Asıl üyeler kadar yedek üye seçilir. ; Oda yönetim kurulu üyeleri iki yıl için seçilirler. Süresi dolan üye yeniden yönetim kuruluna seçilebilir.

Oda yönetim kurulunun görevleri

Madde 13.— Oda yönetim kurulunun görevleri şunlardır:

1. Genel kurulu toplantıya çağırmak, gündemi, çalışma raporunu, bütçe ve bilançoyu hazırlamak ve ibrasını istemek,
2. Odanın mallarını yönetmek,
3. Birlik ve oda genel kurulunca alınan kararları uygulamak,
4. Üyelerin meslek kayıtlarını tutmak, onur üyeliği için Birlik Yönetim Kuruluna öneride bulunmak,
5. Oda genel kurulunun kararı uyarınca oda adına taşınır ve taşınmaz mal almak, satmak, ipotek etmek ve bunlar üzerinde her türlü aynı hak tesis etmek, kaldırmak gibi konularda oda başkanına veya bir yönetim kurulu üyesine yetki vermek,
6. Oda genel kurul toplantı tutanaklarının bir örneğini Birlik Yönetim Kuruluna göndermek,
7. Odanın ücretli memurlarının özlük işlerini düzenlemek ve yürütmek,

8. Odaya kayıtlı üyelerin uzmanlık alanlarını göz önüne alarak hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin listelerini hazırlamak, oda üyelerinin hak ve menfaatlerinin korunması için ilgili mercilere gerekli başvuru yapmak,

9. Mesleğin onurunu, genel hak ve menfaatlerini ilgili merciler nezdinde savunmak,

10. İhtiyaca göre, çalışma alanı içindeki il veya ilçelerde yönetmelikle gösterilecek esaslar dairesinde faaliyette bulunmak üzere temsilcilikler kurulmasına karar vermek,

11. Gelirleri noterce onaylanmış makbuz karşılığında toplamak, harcamaları belgeye dayalı olarak yapmak, gelir ve harcamaları noterce onaylanmış defterlere işlemek,

12. Hakemliğin, hakem-bilirkişiliğin ve bilirkişiliğin gelişmesi, haklarının korunması için gereken incelemeleri yapmak veya yaptırmak, vardığı sonuçları ve teklifleri genel kurula sunmak,

13. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilikle ilgili olarak bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarınca sorulacak hususlar hakkında düşünce ve görüşlerini bildirmek,

14. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin kendi alanlarında ilerlemesi için kitaplıklar açmak ve meslekî yayında bulunmak, bu konuda hazırlanan eserlerin yayımına yardımcı olmak,

15. Genel olarak veya belli uzmanlık alanlarında hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi listelerini hazırlamak, bu amaçla geçici veya sürekli komisyonlar kurmak,

16. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik hizmetlerinin bu Kanuna, ilgili mevzuata ve Birliğin belirlediği esaslara uygun olarak sürdürülmesini sağlamak,

17. Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uymayan oda üyelerini gerektiğinde Oda disiplin kuruluna sevk etmek, disiplin

kurulu tarafından verilen ve kesinleşen disiplin cezalarını uygulamak,

18. Çalışma alan içerisinde uygulanacak ücret ve tarifelerle; ilgili teklifler hazırlayıp, Birlik Yönetim Kuruluna göndermek,

19. Üyelerin kendi aralarında veya iş sahipleriyle çıkacak uyuşmazlıkları uzlaştırmaya veya çözüme kavuşturmaya çalışmak,

20. Bu Kanun ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek.

Oda yönetim kurulunun iş bölümü ve odanın temsili

Madde 14.— Oda yönetim kurulunun asıl üyeleri, ilk toplantılarında kendi aralarından gizli oyla bir başkan, bir başkanvekili, bir sekreter ve bir de sayman seçerler.

Başkan, odayı temsil ve yönetim kuruluna başkanlık eder. Başkan, odanın malî işlerinden ve bu konu ile ilgili defter ve kayıtların tutulmasından saymanla birlikte; diğer defter ve yazışmalarla ilgili olarak da sekreterle birlikte sorumludur. Başkanın yokluğunda kendisine başkanvekili vekillik eder.

Oda yönetim kurulunun toplantıları

Madde 15.— Oda yönetim kurulu ayda bir defa olağan; başkan tarafından doğrudan doğruya veya üyelerden en az ikisinin görüşme konusunu taşıyan yazılı isteği üzerine yapılacak çağrıyla olağanüstü olarak toplanır.

Oda yönetim kurulu en az beş üye ile toplanır ve toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Oylarda eşitlik hâlinde başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur.

Geçerli bir mazereti olmaksızın üst üste üç toplantıya katılmayan asıl üyelerin üyelikleri düşer.

Oda Yönelim Kurulu üyelerinden kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, Oda Yönetim Kurulu toplantılarına katıldıkları sürece kurumlarınca izinli sayılırlar.

Oda denetim kurulunun oluşumu

Madde 16.— Oda denetim kurulu, oda genel kurulu tarafından odanın üyeleri arasından seçilen üç asıl üyeden oluşur. Asıl üyeler kadar yedek üye seçilir.

Oda denetim kurulu üyeleri, ilk toplantılarında kendi aralarından bir başkan seçerler.

Oda denetim kurulu üyeliği süresi iki yıldır.

Oda denetim kurulunun görevleri

Madde 17.— Oda denetim kurulu üyeleri, birlikte veya ayrı ayrı odanın işlem ve hesaplarını incelemekle görevlidirler. Oy hakları olmaksızın oda yönetim kurulu toplantılarına katılabilirler.

Oda denetim kurulu, hesap ve işlemlerde gördüğü aksaklıkları en geç on gün içinde oda yönetim kuruluna ve iki yıllık denetim sonuçlarını da bir rapor hâlinde oda genel kuruluna sunar.

Oda denetim kurulu yılda en az bir defa kendi başkanlarının başkanlığında toplanarak kurul hâlinde denetlemede bulunurlar.

Oda disiplin kurulunun oluşumu

Madde 18.— Oda disiplin kurulu, oda genel kurulu üyeleri arasından seçilen beş üyeden oluşur. Asıl üyeler kadar yedek üye seçilir.

Oda disiplin kurulu, seçimden sonraki ilk toplantısında kendi üyeleri arasından başkanını seçer.

Oda disiplin kurulu asıl ve yedek üyeleri iki yıl için seçilirler.

Oda disiplin kurulunun görevleri

Madde 19.— Oda disiplin kurulu, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile meslek onuruna veya Birlik tarafından;belirlenen usul ve esaslara, meslek düzenine uymayan üyeler hakkında disiplin soruşturmasını yürütür ve karar verir.

Oda disiplin kurulunun görevi, oda yönetim kurulunun disiplin soruşturması açılmasına dair kararı üzerine inceleme yaparak disiplinle ilgili kararları ve cezaları vermek, kanunla verilen diğer yetkileri kullanmaktır.

Oda disiplin kurulunun toplantıları

Madde 20.— Oda disiplin kurulu, oda yönetim kurulu tarafından, asıl üyelere, en az üç hafta önceden taahhütlü mektup gönderilmek suretiyle toplantıya çağrılır. Geçerli bir mazereti nedeniyle toplantıya katılamayacak üyelerin toplantıdan bir hafta önce durumlarını belirtmeleri üzerine yerleri yedek üyelerle doldurulur.

Mazereti olmaksızın üst üste iki toplantıya katılmayan asıl üyelerin üyelikleri düşer, yerlerine sırasıyla en fazla oy alan yedek üye getirilir.

Oda disiplin kurulu toplantılarında disiplin kurulu başkanı bulunmazsa o toplantıyı yönetmek üzere katılanlar arasından bir başkan seçilir. Seçim gerçekleşemezse kurula toplantıya katılanların en yaşlısı başkanlık eder.

Oda disiplin kurulu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır. Hazır bulunanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oylarda eşitlik hâlinde başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur.

Odanın gelirleri

Madde 21.— Odanın gelirleri şunlardır:

1. Odaya giriş aidatı: Odaya kayıt olacak hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişinin ödeyeceği aidattır. Miktarı (6.000)

rakamının kayıt tarihinde Devlet memurları aylıklarının hesaplanmasına esas olmak üzere yürürlükte olan katsayı ile çarpımı suretiyle bulunacak tutardır.

2. Yıllık aidat: Odaya kayıtlı her üyenin her yıl ödeyeceği aidattır. Miktarı (3.000) rakamının (1) numaralı bentte belirtilen katsayı ile çarpımı suretiyle bulunacak tutardır. Bu aidat, Ocak ve Temmuz aylarında iki eşit taksit olarak ödenir.

3. Odaya kayıtlı üyelerin aldıkları hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücretlerinin yüzde beşi,

4. Yayın gelirleri, sosyal ve kültürel faaliyetlerden elde edilecek gelirler,

5. Her türlü yardım, bağış, faiz, yatırım, fon ve gelirleri,

6. Oda disiplin kurulunca verilip kesinleşen ve oda yönetim kurulunca tahsil edilen para cezaları,

7. Diğer gelirler.

Odalar, aidatları Birlik tarafından seri ve sıra numaralı olarak bastırılan makbuzlarla tahsil ederler. Bir odadan diğer bir odaya nakil hâlinde giriş aidatı ve yıllık aidat yeniden alınmaz. Aidatlarını zamanında ödemeyen üyeler, yükümlülüklerini yerine getirinceye kadar oda hizmetlerinden faydalanamazlar.

Oda yönetim kurulunun 1, 2, 3 ve 6 ncı bentlerinde yer alan gelirler hakkında verdiği kararlar ilâm hükmünde olup, icra dairesince ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre yerine getirilir.

Liste

Madde 22.— Odaya kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin uzmanlık alanları göz önüne alınarak düzenlenen listeler, her yıl Ocak ayında, listelerde yapılacak değişiklikler ise üç ayda bir, oda yönetim kurulu tarafından Birliğe gönderilir.

Listelerin hazırlanmasına ilişkin esas ve usuller, Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin seçimi

Madde 23.— Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem seçimi için mahkemeye başvuru hâllerinde, hakem veya hakemler odaya kayıtlı olanlardan seçilir.

Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlülerinin uygulanmasının taraflarca seçildiği hâllerde uyuşmazlıkların odaya kayıtlı hakemler tarafından çözülmesi kabul edilebilir.

Adli merciler tarafından zorunlu görülen hâller dışında, bilirkişi seçimi odaya kayıtlı üyeler arasından yapılır.

Oda listesinde bulunanlar kendi uzmanlık alanlarında mahkemeler tarafından verilen bilirkişilik görevlerini kabul etmekle yükümlüdürler. .

Bulunduğu yerden başka bir yerde çalışmayı gerektirecek bilirkişi incelemeleri hakkında ve bilirkişinin mahkemece kabule değer görülecek mazereti hâlinde yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği

Birliğin kuruluşu, amaçları ve niteliği

Madde 24. — Bütün hakem ve bilirkişi odalarının katılacağı Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği kurulur.

Birliğin merkezi Ankara'dır.

Birlik, bu Kanunda yazılı esaslar uyarınca hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek

ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla kurulan tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşudur.

Birlik, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamaz.

Birliğin görevleri

Madde 25.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin görevleri şunlardır:

1. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik mesleğinin genel" menfaatlere uygun bir şekilde gelişmesini sağlamak,

2. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik yapardan birbirine tanıtarak aralarındaki bağları kuvvetlendirmek,

3. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik hizmetlerinin ülke ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda çalışmalar yapmak, araştırmalara dayanan önerilerde bulunmak, mevzuat ile ilgili yayınlar çıkarmak,

4. Bakanlığın, yargı veya yasama yetkisini taşıyan mercilerin ve kamu kurumu niteliğindeki diğer meslek kuruluşlarının odanın görevleriyle ilgili soracakları konular hakkında görüş ve düşüncelerini rapor hâlinde bildirmek,

5. Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin fikrî ve meslekî gelişmelerini teşvik edecek ve sağlayacak tedbirleri almak,

6. Odalar tarafından hazırlanarak gönderilen hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi listeleri ile hakem kararlarının, hakem-bilirkişi ve bilirkişi raporlarının sistemli bir surette toplanmasını ve yayınlanmasını sağlamak,

7. Kanunların hakemlere, hakem-bilirkişilere ve bilirkişilere yüklediği görevlerin gerektirdiği güven ve dürüstlüğe uygun bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak,

8. Birlik mensuplarının bilimsel ve meslekî seviyelerini yükseltmek amacıyla bilgi ve belge merkezi, bilgi bankaları ve meslek mensupları için ödünç verme kütüphanesi kurmak, dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

9. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik alanında Ülke içindeki diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak, Ülke dışında kurulmuş bulunan hakem ve bilirkişi odaları veya dernekleriyle temaslarda bulunmak ve çalışma alanı ile ilgili uluslararası kongrelere katılmak,

10. Uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit etmek,

11. Bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmelikleri hazırlamak.

Birliğin organları

Madde 26.— Birliğin organları şunlardır:

1. Birlik Genel Kurulu,
2. Birlik Yönetim Kurulu,
3. Birlik Denetim Kurulu,
4. Birlik Yüksek Disiplin Kurulu.

Birlik Genel Kurulunun oluşumu

Madde 27.— Birlik Genel Kurulu, oda genel kurullarınca seçilen delegeler ile tabii delege olan oda başkanları ve Birlik organlarının asıl üyelerinden oluşur.

Birlik Genel Kurulu üyelerinden kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, Birlik Genel Kurul toplantılarına katıldıkları süre için kurumlarınca izinli sayılırlar.

Birlik Genel Kurulunun görevleri

Madde 28.— Birlik Genel Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Birlik Yönetim Kurulunun geçmiş dönem faaliyetleri ve bilançosunu gösteren raporu ile Birlik Denetim Kurulunun raporunu görüşmek, bu kurulların ibra edilip edilmemesine karar vermek,

2. Birlik Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan gelecek dönem talimim bütçesini görüşüp karara bağlamak,

3. Birlik Yönetim Kurulu, Birlik Yüksek Disiplin Kurulu ile Birlik Denedin Kurulu üyelerini seçmek,

4. Kuruluş amacı ile ilgili konularda hazırlanan raporları görüşüp karara bağlamak,

5. Odalardan alınacak pay miktarlarını tespit etmek,

6. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğini ilgilendiren konular hakkında önerilerde bulunmak,

7. Birliği ilgilendiren yönetmelik taslaklarını karara bağlamak,

8. Birlik için gerekli taşınmazların satın alınması veya mevcut taşınmazların satılması konusunda Birlik Yönetim Kuruluna yetki vermek,

9. Ülke içindeki ve dışındaki kongrelere gidecek üyeleri seçmek,

10. Yeni oda kurulması ile ilgili başvuruları görüşüp karara bağlamak,

11. Birlik Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan ve hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik esaslarını, takip edilecek usulü ve masraflar hakkındaki hükümleri ihtiva eden yönetmeliği ve ücret tarifesini görüşüp kabul etmek,

12. Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Birlik Genel Kurulunun toplantıları

Madde 29.— Birlik Genel Kurulu iki yılda bir Ağustos ayında olağan, Birlik Yönetim Kurulu veya Birlik Genel Kurulu delegelerinin beşte ikisinin çağrı sebebini de belirten yazılı isteği üzerine olağanüstü olarak toplanır.

Birlik Genel Kurulu, toplantıya Birlik Yönetim Kurulunca çağrılır.

Toplantıların günü, saati, yeri ve gündemi en az yirmi gün önceden tirajı yüzbinin üzerinde olan bir gazete ile ilân edilir ve ayrıca taahhütlü bir mektupla delegelere bildirilir. Bu ilân ve mektupta çoğunluk sağlanamaması durumunda ikinci toplantının günü, saati, yeri ve gündemi de belirtilir.

Birlik Genel Kurulu, delegelerin tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır, ilk toplantıda yeterli çoğunluk sağlanamazsa ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz. Ancak ikinci toplantıya katılan delege sayısı, toplam delege sayısının onda birinden az olamaz.

Birlik Genel Kurulu toplantıları ilânda belirtilen gün, saat ve yerde yapılır. Delegeler, Birlik Yönetim Kurulunca düzenlenen listedeki adları karşısına imza atarak toplantı yerine girerler. Toplantı, Birlik Yönetim Kurulu Başkanı veya görevlendireceği bir Kurul üyesi tarafından açıldıktan sonra toplantıyı yönetmek üzere bir divan başkanı, bir başkanvekili ve iki kâtip üye seçilir.

Birlik Genel Kurulu toplantılarında önceden bildirilen gündemdeki konular görüşülür. Ancak, Birlik Genel Kurulu delegelerinin beşte ikisinin imzası ile teklif edilen konular da görüşmesiz olarak gündeme eklenir. Toplantıda hazır bulunan delegelerin beşte birinin imzası ile de gündeme yeni madde eklenmesi Önerilebilir.

Birlik Genel Kurulu toplantılarında kararlar hazır bulunanların salt çoğunluğu ile alınır. Toplantıyı divan başkanı

yönetir. Kâtipler toplantı tutanağını düzenler ve başkanla birlikte imzalar.

Birlik Yönetim Kurulunun oluşumu

Madde 30.— Birlik Yönetim Kurulu, Birlik Genci Kurulu tarafından delegeler arasından seçilen yedi üyeden oluşur. Asli üyeler kadar yedek üye seçilir.

Birlik Yönetim Kurulu üyeleri iki yıl için seçilirler.

Süresi dolan üye yeniden Yönetim Kuruluna seçilebilir.

Birlik Yönetim Kuruluna seçilebilmek için meslekte fiilen en az on yıl çalışmış olmak şarttır.

Birlik Yönetim Kurulunun iş bölümü

Madde 31.— Birlik Yönetim Kurulunun asıl üyeleri, ilk toplantılarında kendi aralarından gizli oyla bir Genel Başkan, bir Genel Başkanvekili, bir Genel Sekreter ve bir Genel Sayman seçerler.

Genel Başkan, Birliği temsil ve Birlik Yönetim Kuruluna Başkanlık eder. Genel Başkan, Birliğin malî işlerinden ve bu konu ile ilgili defter ve kayıtların tutulmasından Genel Saymanla birlikte; diğer defter ve yazışmalarla ilgili olarak da Genel Sekreterle birlikte sorumludur. Genel Başkanın yokluğunda kendisine Genel Başkanvekili vekillik eder.

Birlik Yönetim Kurulunun görevleri

Madde 32.— Birlik Yönetim Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Birlik Genel Kurulunu toplantıya çağırmak,
2. Birliğin dönem bilançosunu, faaliyet raporu ile tahmini bütçesini hazırlayıp Birlik Genel Kumluna sunmak, bilanço ve faaliyetleri konusunda ibrasını istemek,
3. Birlik Genel Kurulu kararlarını uygulamak,

4. Mesleğin gelişmesine, meslek mensuplarının haklarının korunmasına ve sosyal durumlarının geliştirilmesine yarayacak incelemeleri yapmak, vardığı sonuçları ve önerileri Birlik Genel Kuruluna sunmak,

5. Birlik tarafından yayımlanan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi listelerini Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, Yargıtay ve Danıştay Başkanlıklarına, bakanlıklara, mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıklarına, genel ve katma bütçeli kurumlara, Devlet veya kamu iktisadî teşebbüslerinin sahip olduğu şirket ve müesseselere ve diğer ilgililere yeteri kadar göndermek, listelerde yapılacak değişiklikleri üç aylık ek listelerde bu merci ve kuruluşlara bildirmek ve göndermek,

6. Meslekî dayanışmanın sağlanması ve devamlılığı için her türlü çalışmalarda bulunmak,

7. Birlik Genel Kurulu kararı uyarınca Birlik adına taşınır ve taşınmaz mal almak, satmak, ipotek etmek ve bunlar üzerinde her türlü aynı hak tesis etmek, kaldırmak; bu konularda Genel Başkanı veya Birlik Yönetim Kurulu üyelerinden birine yetki vermek,

8. Odalar arasında çıkan anlaşmazlıkları çözmek,

9. Hakemlik, hakem bilirkişi ve bilirkişi ücret tarifelerini, oda yönetim kurullarının tekliflerini de göz önüne alarak hazırlamak.

10. Bu Kanunun uygulanması ile ilgili yönetmelikleri hazırlamak,

11. Bu Kanun ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek.

Birlik Yönetim Kurulunun toplantıları

Madde 33.— Birlik Yönetim Kurulu ayda bir defa Birlik merkezinde olağan; Genel Başkanın yazılı çağrısı üzerine gerektiğinde olağanüstü olarak toplanır.

Toplantılar, Birlik Yönetim Kurulu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile yapılır. Kararlar, hazır bulunanların salt çoğunluğu ile alınır. Oylarda eşitlik hâlinde, Genel Başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur.

Geçerli bir mazereti olmaksızın üst üste üç olağan toplantıya katılmayan asıl üyelerin üyelikleri düşer.

Birlik Yönetim Kurulu üyelerinden kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, Birlik Yönetim Kurulu toplantılarına katıldıkları sürece kurumlarınca izinli sayılırlar.

Birlik Denetim Kurulunun oluşumu

Madde 34.— Birlik Denetim Kurulu, Birlik Genel Kurulu tarafından delegeler arasından seçilen üç asıl üyeden oluşur. Asıl üyeler kadar yedek üye seçilir.

Birlik Denetim Kuruluna seçilebilmek için meslekte fiilen en az on yıl çalışmış olmak şarttır.

Birlik Denetim Kurulu üyeleri, ilk toplantılarında kendi aralarından gizli oyla bir Başkan seçerler.

Birlik Denetim Kurulu üyeliği süresi iki yıldır.

Birlik Denetim Kurulunun görevleri

Madde 35.— Birlik Denetim Kurulu, Birlik Yönetim Kurulunun bütün işlem ve hesaplarını incelemekle görevlidir. Üyeler, oy hakları olmaksızın Birlik Yönetim Kurulu toplantılarına katılabilirler.

Birlik Denetim Kurulu, işlem ve hesaplarda gördüğü aksaklıkları, en geç on gün içinde Birlik Yönetim Kuruluna ve iki yıllık denetim sonuçlarını da bir rapor hâlinde Birlik Genel Kuruluna sunar.

Birlik Denetim Kurulu yılda en az bir defa kendi başkanlarının başkanlığında toplanarak kurul hâlinde denetlemede bulunur.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulunun oluşumu

Madde 36.— Birlik Yüksek Disiplin Kurulu, Birlik Genel Kurulu delegeleri arasından seçilen yedi iyeden oluşur. Asıl üyeler kadar yedek üyeler seçilir.

Birlik Yüksek Disiplin Kuruluna seçilebilmek için meslekte fiilen en az on yıl çalışmış olmak şarttır. Hizmet süresi bakımından yeterli sayıda üye bulunamazsa sırasıyla daha az hizmeti olanlar da aday olabilir.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulu asıl üyeleri, ilk toplantılarında kendi aralarından gizli oyla bir başkan ve bir raportör seçerler.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulu asıl ve yedek üyeleri iki yıl için seçilirler.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulunun görevleri

Madde 37.— Birlik Yüksek Disiplin Kurulunun görevi, oda disiplin kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemek ve itiraz sonucu verilen kararları Bakanlığa bildirmektir. Bakardık, verilen kararın otuz gün içinde incelenmesini Birlik Yüksek Disiplin Kurulundan isteyebilir. Bu süre geçmeden karar ilgiliye tebliğ edilmez.

Bakanlığın itirazı hâlinde Birlik Yüksek Disiplin Kurulu kararını en geç bir ay içinde verir.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulunun toplantıları

Madde 38.— Birlik Yüksek Disiplin Kurulu, Birlik Yönetim Kurulu tarafından, asıl üyelere en az bir ay önceden taahhütlü mektup gönderilmek suretiyle toplantıya çağrılır. Geçerli bir mazereti nedeniyle toplantıya katılamayacak üyelerin toplantı

tarihinden on gün önce durumlarını belirtmeleri üzerine yerleri yedek üyelerle doldurulur.

Mazereti olmaksızın üst üste iki toplantıya katılmayan asıl üyelerin üyelikleri düşer; yerlerine sırasıyla en fazla oy alan yedek üye getirilir.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulu toplantılarında başkan bulunmazsa o toplantıyı yönetmek üzere katılanlar arasından bir başkan seçilir. Seçim gerçekleşmezse Kurula, toplantıya katılanların en yaşlısı başkanlık eder.

Birlik Yüksek Disiplin Kurulu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir. Oylarda eşitlik hâlinde başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur.

Birliğin gelirleri

Madde 39.— Birliğin gelirleri şunlardır:

1. Odaların yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde yirmibeşine kadar Birlik Genel Kurulunca belirlenecek pay,
2. Sosyal ve kültürel faaliyetlerden elde edilecek gelirler,
3. Odalara, Birlikçe sağlanacak her türlü basılı belge, defter ve benzerlerinden elde edilecek gelirler,
4. Bağışlar ve yardımlar,
5. Banka hesap faizleri, yatıran fon ve gelirleri,
6. Birlik Yönetim Kurulu tarafından tahsil edilen para cezaları,
7. Diğer gelirler.

Odalar, yıllık gelirlerinden Birliğe ödemeleri gereken miktarı, izleyen yılın Ocak ve Haziran aylarında iki eşit taksit hâlinde Birliğe gönderirler.

Geliri giderini karşılamayan odalara Birlikçe yardım yapılır. Bu yardımın miktarı ve ödenme şekli Birlik Genel Kurulunca kararlaştırılır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ortak Hükümler

Odalar ve Birlik organlarının seçim esasları

Madde 40.— Odalar ve Birliğin organlarının bu Kanunda belirtilen seçimleri, yargı gözetimi altında gizli oy ve açık tasnif esasına göre gerçekleştirilir.

Seçim yapılacak genel kurul toplantılarından en az onbeş gün önce seçime katılacak üye veya delegeleri belirleyen listeler, iki nüsha olarak o yer ilçe seçim kurulu başkanı olan hâkime tevdi edilir. Ayrıca toplantıların gündemi, yeri, günü, saati ile çoğunluk olmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin konular da belirtilir. Toplantı tarihlerinin, gündemde yer alan konular da göz önünde bulundurularak görüşmelerin bir Cumartesi günü akşamına kadar sonuçlanması ve izleyen Pazar gününün dokuz-onyedi saatleri arasında seçimlerin yapılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi zorunludur. Birden fazla ilçe seçim kurulu bulunan yerlerde görevli hâkim, Yüksek Seçim Kurulunca belirlenir.

Hâkim, gerektiğinde ilgili kayıt ve belgeleri de getirtilip incelemek suretiyle varsa noksanları tamamlattırdıktan sonra seçime katılacak üye veya delegeleri belirleyen liste ile yukarıda belirtilen diğer hususları onaylar. Onaylanan liste ile toplantıya ilişkin diğer hususlar, görevli ilçe seçim kurulunun binası ile ilgili oda veya Birliğin ilân yerinde asılmak suretiyle üç gün süre ile ilân edilir.

İlân süresi içinde listeye yapılacak itirazlar, hâkim tarafından incelenir ve en geç iki gün içinde kesin karara bağlanır.

Bu suretle kesinleşen listeler ile toplantıya ilişkin diğer konular ilgili oda veya Birliğe gönderilir.

Hâkim, kamu görevlileri veya aday olmayan üyeler arasından bir başkan ve iki üyeden oluşan bir seçim sandık kurulu atar. Aynı şekilde ayrıca üç yedek üye de belirler. Seçim sandık kurulu başkanının yokluğunda kurula en yaşlı üye başkanlık eder.

Seçim sandık kurulu, seçimlerin kanunların öngördüğü esaslara göre yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup, bu görevleri seçim ve tasnif işlemleri bitinceye kadar aralıksız devam eder.

İkiyüzden fazla üyesi bulunan odalarda ve Birlikte her ikiyüz delege için bir oy sandığı bulunur ve her seçim sandığı için ayrı bir sandık kurulu oluşturulur. Yüze kadar olan üye fazlalığı sandık sayısında dikkate alınmaz.

Seçimlerde kullanılacak araç ve gereçler, ilçe seçim kurulundan sağlanır ve sandıkların konulacağı yerler hâkim tarafından belirlenir.

Genel kurullarda yapılacak seçimlerde toplantıya katılma hakkı olanlar, imzalı yazı ile aday olabilir veya gösterilebilir. Seçimlerde aday olanların listeleri, organlara göre ayrı ayrı olmak üzere tek liste hâlinde veya her organ için ayrı listeler hâlinde genel kurul başkanlık divanınca adayların soyadı alfabetik sırasına göre "sıralanıp yeteri kadar çoğaltılarak o seçimde görevli hâkime mühürlenmek üzere verilir. Listedeki isimlerin yanına herhangi bir unvan veya işaret konulmaz.

Genel kurul toplantılarına katılma hakkı olanları gösteren listede adı bulunmayan üye veya delege oy kullanamaz. Oylar, oy verenin kimliğinin oda, Birlik veya resmî kuruluşlarca verilmiş

kimlik kartı ile ispat edilmesinden ve listedeki isminin karşısındaki yerin imzalanmasından sonra, oy verme sırasında sandık seçim kurulu başkanı tarafından verilen ilçe seçim kurulu mührünü taşıyan ve adayları gösterir listedeki isimlerin karşısında seçilecek organın asıl üyeleri kadarı işaretlenip ilçe seçim kurulu mührünü taşıyan zarflara konularak kullanılır. Bunların dışındaki kâğıtlara yazılan veya seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oy pusulaları ile mühürsüz zarflardan çıkan pusulalar geçersiz sayılır.

Sayım ve döküm sırasında en fazla oy alanlar asıl üyeliklere, diğerleri de aldıkları oy sırasına göre yedek üyeliklere seçilir. Oylarda eşitlik hâlinde ad çekilir.

Seçim süresinin sonunda seçim sonuçları tutanakla tespit edilip sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Tutanakların bir örneği seçim yerinde asılmak suretiyle geçici seçim sonuçları ilân edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler, tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süre ile saklanmak üzere ilçe seçim kurulu başkanlığına tevdi edilir.

Seçimin devamı süresince yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar, hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hâkim, yukarıdaki hükümlere göre kesin sonuçları ilân eder ve ilgili oda veya Birliğe bildirir.

Hâkim, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde usulsüzlük veya Kanuna aykırı uygulama nedeniyle seçimlerin iptaline karar verdiği takdirde, süresi bir aydan az ve iki aydan fazla olmamak üzere, seçimin yenileneceği pazar gününü tespit ederek ilgili oda veya Birliğe bildirir. Belirlenen günde yalnız seçim yapılır ve

seçim işlemleri bu madde ile Kanunun öngördüğü diğer hükümlere göre yürütülür.

Görevli hâkim ve seçim sandık kumlu başkanı ile üyelerine 26.04.1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda belirtilen esaslara göre ödenecek ücret ve diğer seçim giderleri ilgili oda veya Birlik bütçesinden karşılanır.

Seçimler şurasında seçim sandık kurulu başkanı ve üyelerine karşı işlenen suçlar, Devlet memurlarına karşı işlenmiş gibi cezalandırılır.

Seçimlerin düzen içerisinde ve sağlıklı biçimde yürütülmesi amacıyla hâkimin ve seçim sandık kurulunun aldığı tedbirlere uymayan üyelere eylemlerinin ağırlığına göre bu Kanunda yazılı disiplin cezaları verilir.

Oda ve Birliğin denetimi, organlarının görevlerine son verilmesi

Madde 41.— Bakanlık, odalar ve Birliğin organları üzerinde idarî ve malî yönden gözetim ve denetim hakkına sahiptir.

Amaçları dışında faaliyet gösteren odalar ve Birliğin sorumlu organlarının görevlerine son verilmesine ve yerlerine yenilerinin seçilmesine, Bakanlığın veya buldukları yer Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince basit usule göre yargılama yapılarak karar verilir ve dava en geç üç ay içinde sonuçlandırılır.

Mahkemece ikinci fıkrada yazılı organların görevlerine son verilmesi hâlinde kararda ayrıca, görevlerine son verilen organları bu Kanunda yazılı usullere göre seçecek organları toplamak üzere, oda yönetim kurulu için oda genel kurulu üyeleri arasından; Birlik Yönetim Kurulu için Birlik Genel Kurulu delegeleri arasından beş kişi görevlendirilir. Seçim,

görevlendirilen bu beş kişi tarafından bir ay içinde sonuçlandırılır. Görevlendirilen beş kişi, bu fıkra yazılı süre içinde görevlerine son verilen organlar gibi görevli ve yetkili olup aynı şekilde sorumludurlar. Bu fıkra hükmüne göre seçilecek yeni organlar, eski organların görev sürelerini tamamlarlar.

Bakanlığın bu Kanun uyarınca oda veya Birlik organlarının karar ve işlemleri hakkındaki tasarruflarına oda veya Birliğin organları tarafından uyulması zorunludur. Bakanlığın tasarrufların kanunî bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen veya eski kararda direnme niteliğinde yeni bir karar veren ya da Kanunun zorunlu kıldığı işlemleri Bakanlığın uyarısına rağmen yerine getirmeyen oda veya Birlik organları hakkında da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.

Görevlerine son verilen organ üyelerinin Kanunda yazılı ceza sorumlulukları saklıdır. Bu organların yukarıdaki fıkra gereğince görevlerine son verilmesine neden olan tasarrufları hükümsüzdür.

Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hâllerde gecikmede sakınca varsa, odalar ile Birlik, vali tarafından faaliyetten men edilebilir. Faaliyetten men karar, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararım kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Göreve son verme ve görevden uzaklaştırma hükümleri, oda genel kurulları ve Birlik Genel Kurulu hakkında uygulanmaz.

Boşalan üyeliklerin doldurulması

Madde 42.— Odaların yönetim, denetim ve disiplin kuralları ile Birliğin Yönetim, Denetim ve Yüksek Disiplin Kurulunda herhangi bir sebeple boşalan üyelikler, sıradaki yedek üye ile

doldurulur. Yedek üye, yerine geldiği üyenin hizmet süresini tamamlar.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Cezai Hükümler

Disiplin cezaları

Madde 43.— Odalara kayıtlı üyelere meslek onuruna veya Birlik tarafından belirlenen usul ve esaslara ve meslek düzenine uymayan fiil ve davranışlarda bulunanlar ile mesleğini gereği gibi uygulamayan veya kusurlu olarak uygulayan veya görevin gerektirdiği güven ve dürüstlüğe uygun şekilde davranmayan üyeler hakkında; fiil ve davranışın niteliği ve ağırlık derecesine göre aşağıdaki disiplin cezaları verilir.

Disiplin cezaları şunlardır:

1. Uyarma: Üyenin görevinde ve davranışlarında daha dikkatli davranması gerektiğinin yazıyla bildirilmesidir.
2. Kınama: Üyenin görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığı yazıyla bildirilmesidir.
3. Para cezası: Fiilin işlendiği tarihte, üyeler tarafından ödenecek oda yıllık aidatının beş katından yirmi katına kadar para cezasıdır.
4. Oda listesinden geçici olarak çıkarma: Altı aydan üç yıla kadar oda listesinden çıkarmadır.
5. Oda üyeliğinden çıkarma: Kesin olarak oda üyeliğinden çıkarmadır.

Meslekî kurallara, meslek onuruna aykırı davranışta bulunanlarla, görevin gerektirdiği güvene aykırı harekette

bulunan üyeler hakkında ilk defasında uyarma, tekrarında ise kınama cezası uygulanır.

Görevini tarafsızlık ve dürüstlükle yapmayan veya kusurlu olarak yapan veya bu Kanunda yer alan mesleğin genel ilkelerine aykırı davranışta bulunan üyeler için para veya oda listesinden geçici olarak çıkarma cezası uygulanır.

Beş yıllık dönem içinde iki veya daha fazla oda listesinden geçici olarak çıkarma cezasıyla cezalandırılmasından sonra bu cezayı gerektiren fiili işleyen üye hakkında oda üyeliğinden çıkarma cezası uygulanır.

Oda disiplin kurulu, bir derece ağır veya bir derece hafif disiplin cezası uygulanmasına karar verebilir.

Cezaî takibat ve hüküm tesisi, disiplin soruşturması yapılmasına ve disiplin cezası uygulanmasına engel değildir.

Oda disiplin kurulu, oda yönetim kurulu tarafından başlatılan ve gönderilen disiplin soruşturması ile ilgili dosyayı inceler ve savunma için ilgiliye en az on günlük bir süre tanıdıktan sonra disiplin cezalarından birini verir. Tebligata rağmen on günlük süre içinde savunmasını yapmayanlar savunma hakkından vazgeçmiş sayılırlar.

Disiplin cezalanan kesinleşme tarihinden itibaren uygulanır.

Oda disiplin kuruluna itiraz

Madde 44.— Oda disiplin kurulu tarafından verilen kararlara karşı ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Birlik Yüksek Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler.

Oda disiplin kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazın esas ve usulleri, oda disiplin kurulunun çalışmaları ve disiplin ile ilgili diğer işlemler Birlikçe düzenlenecek bir yönetmelikte gösterilir.

Listeden ve odadan çıkarma kararları ve para cezalarına karşı ilgililer, kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde idarî yargıya başvurabilirler.

Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişiye karşı veya bunlar tarafından işlenen suçlar

Madde 45.— Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilere karşı görevleri ile ilgili olarak işlenen suçlar hakkında Devlet memurlarına karşı işlenen suçlara; hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin işledikleri suçlar hakkında ise Devlet memurlarının işledikleri suçlara ilişkin hükümler uygulanır.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Odalar ve Birliğin temsili

Madde 46.— Odalar ve Birliği temsil etmek üzere uluslararası konferans ve kongre gibi toplantılara katılma, Birliğin teklifi ve Bakanlığın iznine bağlıdır. Odalar ve Birlik, protokol kurallarına göre resmî törenlere katılır.

Mal edinme

Madde 47.— Odalar ve Birlik amaçlarına uygun işlerde kullanmak üzere taşınır ve taşınmaz mal edinebilirler. Lokal, misafirhane ve benzeri sosyal amaçlı tesisler açabilirler.

Onur üyeliği

Madde 48.— Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğinde yaptığı çalışmalar ve yayımladığı eserler dolayısıyla Ülke içinde ve dışında üne kavuşmuş veya hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişiliğin mesleğine, odalara veya Birliğe maddî ve manevî yardımda bulunmuş kimselere; Birlik Yönetim

Kurulunun, oda yönetim kurullarının teklifine dayanarak veya doğrudan isteği uyarınca, Birlik Genel Kurulunun karar ile onur üyeliği payesi verilebilir.

Onur üyeliği payesi verilebilmek için hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olmak şart değildir.

Onur üyeleri oy hakkı olmaksızın oda veya Birlik Genel Kurul toplantılarına katılabilirler.

Toplantılara katılma ve oy kullanma zorunluluğu

Madde 49.— Üyelerin genel kurul toplantılarına katılmaları ve oy kullanmaları zorunludur.

Haklı bir mazereti olmaksızın seçimle ilgili toplantılara katılmayan ve oy kullanmayanlara yetkili ilçe seçim kurulu başkanı tarafından yüzmilyon lira para cezası verilir. Bu para cezalan ilgili oda veya Birlik Yönetim Kurulunca tahsil edilir ve gelir kaydedilir.

Ücret tarifesi

Madde 50.— Yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hâllerde, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücretleri için Birlik tarafından tespit edilen ve Bakanlıkça aynen ya da gerekli gördüğü değişikliklerle onaylanan ücret tarifesi uygulanır.

Oda listesinde yer alan bilirkişilere mahkemelerce takdir edilecek ücretler, Birlik tarafından kabul ve Bakanlıkça onaylanan tarifede yazılı miktardan aşağı olamaz.

Yönetmelik

Madde 51.— Bu Kanunda çıkarılması öngörülen ve Kanunun uygulanması için gerekli olan yönetmelikler Bakanlığın da görüşü alınarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Birlik tarafından çıkarılır.

Geçici Madde 1.— Bu Kanuna göre odalarca hazırlanan listeler, Birlik tarafından bastırılıp dağıtıldıktan ve Resmî Gazete'de ilân edildikten üç ay sonra uygulanır.

Yürürlük

Madde 52— Bu Kanun, yayımı tarihinden üç ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 53.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

GENEL GEREKÇE

Yargılama, yargı organları ve onlara yardımcı olan diğer unsurlarla birlikte düşünülmesi gereken ortak bir yargısal faaliyettir. Yargılamanın doğru ve adil olarak yürütülmesi ve sonuca ulaştırılması için hâkim ve savcıların diğer kamu görevlilerinden farklı olarak her türlü etkiden uzak tutulmaları yanında, yargılamaya teknik bilgi ve düşünceleriyle katkıda bulunan bilirkişiler ile bazı uyuşmazlıkların kısa elden çözülmesini sağlayan hakemlerin de her türlü etkiden uzak tutulmaları ve belirli meslek kurallarına uyumlarının sağlanması ile mümkündür. Çağdaş bilgi düzeyine erişmiş, nitelikli ve tarafsız davranmayı kendisine ilke edinmiş hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin varlığının uyuşmazlıkların çözümünde büyük önem arz ettiği bilinmektedir.

Genel olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ilâ 286 ncı maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 65 ilâ 77 nci maddelerinde düzenlenen bilirkişilik müessesesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516 ilâ 536 ncı maddelerinde düzenlenen hakemlik müessesesi hakkında meslekî disiplin ve kuralları içeren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, kanunlarda yetki ve sorumlulukları düzenlenmiş olan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin ortak ihtiyaçlarını karşılamak meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, meslekî dayanışmayı artırmak ve pekiştirmek gibi gayelerini gerçekleştirmek için bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

Öte yandan, küreselleşen dünyada ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinde yatırım yapmalarının olağan hale gelmesi ile, yatırımların güvence altına alınması için iki ya da çok taraflı uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü giderek yaygınlaşmaktadır.

Diğer meslek kuruluşlarında olduğu gibi, Anayasanın 135 inci maddesi hükümleri doğrultusunda, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleklerin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak odalar ve bütün hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi odalarının katılımıyla oluşturulan Türkiye Hâkem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulması, bunların organlarının, kanunda gösterilen usullerle yargı gözetimi altında gizli oyla seçilmesi ve bunların kendi içindeki denetim ile Adalet Bakanlığının idarî ve malî yönden gözetim ve denetimine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1.— Hakem ve bilirkişi odaları ile Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulmasına, teşkilât, faaliyet ve denetimlerine, organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usuller gösterilmiş, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik görevlerini yürütenlerin bu Kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Madde 2.— Bu Kanunda geçen bazı terimlerin tanımları yapılmıştır.

Madde 3.— Hakem ve bilirkişi odalarının, Anayasanın 135 inci maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak kurulması ve bunların amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları belirtilmiştir.

Madde 4.— Odaların kuruluşuna ilişkin esaslar belirlenmiş ve bir ilde oda kurulabilmesi için en az elli hakem, hakem-bilirkişi

ve bilirkişinin başvuruda bulunması esası getirilmekte ve odaların kurulacağı yerler, kuruluş biçimleri, organ seçimleri ve tüzel kişilik kazanmaları düzenlenmiştir.

Madde 5.— Odaların görevleri düzenlenmiştir.

Madde 6.— Oda üyeliğine ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Madde 7.— Oda üyelerinin meslekî çalışmalarındaki sorumluluğuna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Madde 8.— Hakem ve bilirkişi odalarının organları belirtilmiştir.

Madde 9.— Oda genel kurulunun oluşum biçimi gösterilmiştir.

Madde 10.— Oda genel kurulunun görevleriyle, odalar tarafından genel kurul toplantılarına katılacak delege sayıları belirtilmiştir.

Madde 11.— Oda genel kurulunun olağan ve olağanüstü toplantı zamanı, yeri, toplantıya çağırılma ile ilgili usul ve esasları düzenlenmiştir.

Madde 12.— Oda yönetim kurulunun oluşum biçimi belirtilmiştir.

Madde 13.— Oda yönetim kurulunun görevleri sayılmıştır.

Madde 14.— Oda yönetim kurulunun iş bölümü ve odanın temsili düzenlenmiştir.

Madde 15.— Oda yönetim kurulunun toplantılarına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Madde 16.— Oda denetim kurulunun oluşum biçimi belirtilmiştir.

Madde 17.— Oda denetim kurulunun görevleri sayılmıştır.

Madde 18.— Oda disiplin kurulunun oluşum biçimi belirtilmiştir.

Madde 19.— Oda disiplin kurulunun görevleri sayılmıştır.

Madde 20.— Oda disiplin kurulunun toplantılarına ilişkin hükümler gösterilmiştir.

Madde 21.— Odaların gelirleri sayılmış, odaya giriş aidatı ile yıllık aidatın hesaplanmasındaki esaslar gösterilmiştir. Oda yönetim kurulunun bir kısım oda gelirleri hakkında verdiği kararların ilâm hükmünde olduğu belirtilmiştir.

Madde 22.— Odaya kayıtlı üyelerin uzmanlık alanlarına göre belirlenen hakem, hakem- bilirkişi veya bilirkişi listelerinin her yıl Ocak ayında oda yönetim kurulu tarafından Birliğe gönderileceği belirtilmiştir.

Madde 23.— Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik seçimi konusundaki esaslar düzenlenmiştir.

Madde 24.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kuruluşu, amacı ve niteliği belirtilmiştir.

Madde 25.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin görevleri belirtilmiştir.

Madde 26.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin organları belirlenmiştir.

Madde 27.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Genel Kurulunun oluşum biçimi gösterilmiştir.

Madde 28.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Ekliği Genel Kurulunun görevleri sayılmıştır.

Madde 29.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Genel Kurulunun toplantılarına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Madde 30.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun oluşum biçimi belirtilmiştir.

Madde 31.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun işbölümü düzenlenmiştir.

Madde 32.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun görevleri sayılmıştır.

Madde 33.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun toplantılarına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Madde 34.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun oluşum biçimi gösterilmiştir.

Madde 35.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yönetim Kurulunun görevleri belirlenmiştir.

Madde 36.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yüksek Disiplin Kurulunun oluşum biçimi gösterilmiştir.

Madde 37.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yüksek Disiplin Kurulunun görevleri ile çalışma esas ve usulleri gösterilmiştir.

Madde 38.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Yüksek Disiplin Kurulunun toplantılarına ilişkin esas ve usuller gösterilmiştir.

Madde 39.— Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin gelirleri sayılmıştır.

Madde 40.— Odalar ve Birliğin organlarının seçimine ilişkin esas ve usuller gösterilmiştir.

Madde 41.— Adalet Bakanlığının, odalar ve Birliğin organları üzerinde idarî ve malî yönden gözetim ve denetim hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve amacı dışında faaliyet

gösteren odalar ile Birliğin sorumlu organlarının görevlerine son verilmesine ilişkin usuller belirtilmiştir.

Madde 42.— Odaların yönetim, denetim ve disiplin kurulları ile Birliğin Yönetim, Denetim ve Yüksek Disiplin Kurulunda boşalan üyeliklerin doldurulma usulü gösterilmiştir.

Madde 43.— Odaya kayıtlı üyelere uygulanacak disiplin cezaları sayılmış ve disiplin soruşturmasının yapılmasına ilişkin esas ve usuller gösterilmiştir.

Madde 44.— Oda disiplin kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazlarla ilgili esas ve usuller belirtilmiştir.

Madde 45.— Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilere karşı işlenen veya bunlar tarafından işlenen suçlara ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Madde 46.— Odalar ve Birliğin temsiline ilişkin olarak, uluslararası konferans ve kongre gibi toplantılara katılmanın, Birliğin teklifi ve Adalet Bakanlığının iznine bağlı olduğu, Odalar ve Birliğin resmî törenlere katılması öngörülmektedir.

Madde 47.— Odalar ile Birliğin, amaçlarına uygun işlerde kullanılmak üzere taşınır ve taşınmaz mal edinip lokal, misafirhane gibi sosyal amaçlı tesisler açabilecekleri belirtilmektedir.

Madde 48.— Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik mesleğinde yaptığı çalışmalar ve eserler dolayısıyla Ülkemizde ve uluslararası alanda adı duyulmuş, odalara veya Birliğe maddî ve manevî yardımda bulunmuş kimselere, Birlik Yönetim Kurulunun veya oda yönetim kurullarının teklifi veya doğrudan isteğiyle Birlik Genel Kurul kararı ile onur üyeliği verilebileceği, bunun için hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olma şartının bulunmadığı ve onur üyeliğine seçilenlerin oy kullanma hakkı bulunmadan Birlik Genel Kurulu toplantılarına katılabileceği belirtilmiştir.

Madde 49.— Üyelerin seçimle ilgili genel kurul toplantılarına katılmalarının ve oy kullanmalarının zorunlu olduğu belirtilmiş, haklı bir mazereti olmaksızın toplantılara katılmayanlar ve oy kullanmayanlar hakkında uygulanacak para cezasının ilgili oda veya Birlik Yönetim Kurulunca tahsil edilip, gelir kaydedileceği hükme bağlanmıştır.

Madde 50.— Ücret tarifesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Madde 51.— Kanunun uygulanması için çıkarılacak Yönetmeliklerle ilgilidir.

Geçici Madde 1.— Odalarca hazırlanan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi listelerinin düzenlenmesine ve bu listelerin ilgili mercilerce kullanımı konusu düzenlenmiştir.

Madde 52.— Yürürlükle ilgilidir.

Madde 53.— Yürütmeye ilgilidir.

EK: Taslak metni.

Mehmet Ata ATAPEK

Hâkim

Adalet Bakanlığı

Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

"BİLİRKİŞİLİĞİN KURUMSALLAŞTIRILMASI HAKKINDA BİR KANUN TASLAĞI"

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından düzenlenen "**BİLİRKİŞİLİK**" konulu bu sempozyumda, "**BİLİRKİŞİLİĞİN KURUMSALLAŞTIRILMASI HAKKINDA BİR TASLAK**" başlıklı tebliğ çerçevesinde Adalet Bakanlığınca hâlen üzerinde çalışılan "**TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUNU TASARISI**"nın uygulanma ve organizasyon açısından görüşülmesi ve Taslakla ilgili önerilerin olgunlaştırılması amacıyla söz almış bulunuyorum.

Bu vesile ile sempozyuma katılmaktan onur duyduğumu belirtir, siz katılımcılara ve tüm konuklara saygılar sunarım.

Bilirkişilik ve bu bağlamda hakemlik ve örgütlenmesi, tahkim ve hakemler odası ile ilgili kanun tasarısı ile ilgili çalışmaların, uzun yıllardan beri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünce sürdürüldüğü bilinmektedir.

Enstitünün 88 no.lu yayınında da yer alan "**TÜRKİYE HAKEMLER ODASI KANUNU ÖN TASARISI**" Bakanlığımızca hazırlanan ve bu sempozyumda da tartışma konusu edilen

"TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUNU TASARISI"na en önemli kaynağı oluşturmuştur.

Bilindiği üzere, yargılama, yargı organları ve onlara yardımcı olan diğer unsurlarla birlikte düşünülmesi gereken ortak bir yargısal faaliyettir. Yargılamanın doğru ve adil olarak yürütülmesi, hızlı ve etkin sonuçlandırılması için yargı görevini yürüten hâkim ve Cumhuriyet savcılarının diğer kamu görevlilerinden farklı olarak her türlü baskı ve etkiden uzak tutulmaları yanında, yapılan yargılamada teknik bilgi ve düşünceleriyle katkıda bulunan bilirkişiler ile bazı uyumsuzluklarda görev alan hakemlerin de aynı şekilde her türlü baskı ve etkiden uzak tutulmalarını gerektirmektedir. Hiç şüphesizdir ki bunların gerçekleştirilmesi Hukuk Devletinin bir gereğidir. Yargılama faaliyetine yardımcı olan unsurların da etkin olabilmesi için belirli meslek kurallarına uyumlarının sağlanmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

Avukat Hasan Köroğlu'nun "Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları" adlı kitabına Yargıtay Başkanı Sayın Doç. Dr. Sami Selçuk tarafından yazılan önsözde:

"Bilirkişilik kurumundan vazgeçilemez. Ama, bir kurumda bu denli kötü kullanıma açık ise, insanları özellikle de yargıçları korkutur."

"Gerek ceza, gerek hukuk yargılamasında sık sık başvurulan, çoğu kez yargının yerine geçirilerek hükmü etkileyen kurumun kendisi günümüzde sorun olmuştur."

denilmektedir.

Bilindiği üzere, Ülkemizde bilirkişilik konusu ve kavramı ideal bir şekilde olgunlaşmamıştır. Bilirkişilik bir sorunlar yumağı hâline dönüşmüştür. Bilirkişiliğin meslekî açıdan düzenlenmemesi, kurumsallaştırılamaması, bilirkişilerin seçimi ve atanmasında hatalı uygulamalar, bilirkişi raporlarının dosyaya

konulmasının gecikmesi, bilirkişi ücretleri konusunda farklı uygulamalar yapılması, yeterli bilgi ve deneyime sahip olmayanların bilirkişi olarak seçimi, bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler ve içeriklerinin yeterli olmaması gibi bir takım nedenlerin giderek bir sorun hâline geldiği gözlemlenmektedir.

Hâkimin hakkında hüküm verdiği her konuda bilgi sahibi olması olanaksızdır. Buna karşın, hâkim, hakkında yeterli bilgi sahibi olmadığı pek çok konudaki uyuşmazlıkta bir karar vermek zorundadır. Bu nedenle, uyuşmazlığın temelini oluşturan saptamalar ve olayların belirlenmesi, açıklanması ve değerlendirilmesinde yargılamaya yardımcı bazı unsurlardan yararlanacaktır. Bu unsurların en önemlisi hiç şüphesiz bilirkişidir. Ancak, yargılamada usul hükümlerinin bilirkişi ile ilgili maddelerinin düzenlenme amacıyla bağdaşmayacak biçimde bilirkişi incelemesi yaptırılması, bu konudaki eleştirilerin artmasına neden olmaktadır.

Oysa, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı bilinmektedir. Bilirkişiye başvurma özel veya teknik bilgiye gerek duyulmasından kaynaklanmışsa, özellikle bilirkişi seçiminde gerekli titizliğin ve seçiciliğin gösterilmesi gereklidir. Bilirkişinin hangi konularda görüşünün istenildiği belirlenmelidir.

Bilindiği üzere, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin ifası sırasında aralarında ortaya çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişiye yetki verebilirler. Bu kişi hakem-bilirkişidir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinde taraflar, aralarındaki belli bir uyuşmazlık konusunun, miktarının veya niteliklerinin, belirli kişiler veya kurullar tarafından tespit edileceğini ve hakem-bilirkişilerce yapılacak tespiti kabul edeceklerini kararlaştırabilirler. Bu şekildeki hakem-bilirkişi

atanmasına ve onların verecekleri raporların taraflarca kabul edileceğine ilişkin anlaşmalar, hukukî nitelik açısından delil sözleşmesidir. Tarafların başlangıçtaki kabullerine göre bağlayıcı olur veya olmayabilir. Ancak, bağlayıcı olarak kabul edildiğinde tahkimde veya resmî yargılamada kesin delil niteliğindedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporları, normal bilirkişi raporlarından farklı olarak gerek tarafları, gerekse mahkemeyi bağlayıcı niteliktedir.

Örneğin, bir inşaat-istisna sözleşmesinde, yapılacak inşaatın metrajının ve karşılığı olan paranın nasıl tespit edileceği gösterilebilir ve seçilecek hakem-bilirkişilerin bu hususta yapacakları tespiti tarafların kabul edecekleri kararlaştırılabilir.

Çağdaş bilgi düzeyine erişmiş, nitelikli, tarafsız, her türlü etkiden uzak davranan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin uyumsuzlukların çözümünde büyük bir önemi bulunduğu bilinen bir gerçektir.

Çağımızda tüm mesleklerde olduğu gibi hakemlik, bilirkişilik ve hakem-bilirkişilik mesleğinde de insan unsuru büyük önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ilâ 286 ncı maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 65 ilâ 77 nci maddelerinde düzenlenen bilirkişilik müessesesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516 ilâ 536 ncı maddelerinde düzenlenen hakemlik müessesesi hakkında meslekî disiplin ve kuralları içeren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, kanunlarda yetki ve sorumlulukları düzenlenmiş olan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin ortak ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleki dayanışmayı geliştirmek ve pekiştirmek gibi gayelerini

gerçekleştirmek için bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

Öte yandan, küreselleşen dünyada ülkelerin karşılıklı yatırım yapmalarının ve bununla bağlantılı olarak ekonomik ilişkilerin gelişmesinin olağan hâle gelmesi nedeniyle, bu yatırımların güvence altına alınması için iki ya da çok taraflı uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü giderek yaygınlaşmaktadır.

Milletlerarası tahkim kavramı, küreselleşmenin bir sonucu olarak doğmuştur. Sermayenin uluslararası akışkanlığının arttığı oranda uluslararası tahkimin de önemi ve ticarî sözleşmelerdeki yeri artmıştır.

13/08/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla, Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir, milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." hükmü getirilmiştir.

22 Ocak 2000 tarih ve 23941 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 21 Ocak 2000 tarih ve 4501 sayılı **"KAMU HİZMETLERİ İLE İLGİLİ İMTİYAZ ŞARTLAŞMA VE SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YOLUNA BAŞVURULMASI HALİNDE UYULMASI GEREKEN İLKELERE DAİR KANUN"**, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini, bunun öngörülmesi durumunda da taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gerekli ilke ve esasların belirlenmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunun 4 üncü maddesinde, tahkim yoluna ilişkin ilkeler

gösterilmiş, uyuşmazlığın hakem yoluyla çözülebileceği de ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, Anayasa değişikliğine paralel olarak yabancılik unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların ayrıca gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların da milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin usûl ve esaslarının belirlenmesini sağlamak için Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCİTRAL) tarafından belirlenen ilkeler esas alınarak Adalet Bakanlığınca hazırlanan 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı **"MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU"** 5 Temmuz 2001 tarihli ve 24453 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Diğer meslek kuruluşlarında olduğu gibi, Anayasanın 135 inci maddesi hükümleri doğrultusunda, hakemlik, bilirkişilik ve hakem-bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleklerin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak amacıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak odalar ve bütün hakem, bilirkişi ve hakem-bilirkişi odalarının katılımıyla oluşturulan Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulması, bunların organlarının Kanunda gösterilen usullerle yargı gözetimi altında gizli oyla seçilmesi ve bunların kendi içindeki denetim ile Adalet Bakanlığının idarî ve malî yönden gözetim ve denetimine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla söz konusu Tasarı Taslağı hazırlanmıştır.

Bu sempozyumun konusunu oluşturan "Bilirkişilik" ve "Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması"nı içeren ve Bakanlığımızca hazırlanan "Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısı" Taslağını ana hatlarıyla kısaca sunmak istiyorum.

—**TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUNU TASARISININ AMACI**; Hakem ve bilirkişi odaları ile Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulmasına, teşkilât, faaliyet ve denetimlerine, organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

—**TASARI İLE GETİRİLEN TANIMLARDA**;

— **HAKEM**: tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün ya da bir kısmının çözülmesi için tarafların anlaşmalarına veya sözleşmedeki koşullara göre ya da yetkili ve görevli merci tarafından atanan gerçek kişi,

— **HAKEM — BİLİRKİŞİ**: Taraflar arasındaki sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan veya çıkabilecek teknik sorunların çözülmesi için taraflarca belirlenen kişi,

— **BİLİRKİŞİ**: Bilgi ve uzmanlığı nedeniyle çözümü özel, teknik bilgiyi gerektiren konularda tespit ve değerlendirme yaparak oy veya görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için görevlendirilen kişi

olarak belirtilmektedir.

— **BU TASLAKTA, ODALARIN AMAÇLARI VE NİTELİĞİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER GETİRİLMEKTEDİR.**

Odalar, hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle

ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak amacıyla kurulan tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

Burada en çok sözü edilen husus belirtilen görevlerin bir meslek olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik yapanların yaptıkları bu görev ve işlerden dolayı belli bir ücret aldıkları bilinmektedir. Bu faaliyetlerin bir meslek olarak kabul edilmesi ve özellikle bilirkişiliğin ülkemizde kazanç getirici bir faaliyet olarak benimsenmesi bir gerçektir. Mesleğin bir kişinin geçimini sağlamak için yapılan sürekli kazanç getirici bir iş olarak tanımlanmasının bu gerçeğe pek bağdaşmayacağı düşünülmektedir. Öte yandan, ticaret ve sanayi odalarının bünyelerindeki yapılanmayla, tahkim merkezinin varlığı ve tahkim şartnamesinin de uygulandığı bilinmekte ise de Taslağın genel amacı, bu faaliyeti önlemek değil, daha geniş çerçevede hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişiliğin belirli bir disiplinle ve koordinasyon içinde yürütülmesini sağlamaktır.

— ODALARIN KURULUŞUNDAKİ ESASLAR GÖSTERİLMEKTEDİR.

Odaların en az elli hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi bulunan her il merkezinde kurulması, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin bu görevleri yapmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde o ildeki veya bağlı odaya üye olmaları ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları öngörülmektedir.

— ODALARIN GÖREVLERİNİN NELER OLDUĞU BELİRLENMEKTEDİR.

Taslakta odaların görevleri;

1) Oda mensuplarının genel menfaatlerini, meslek disiplini ve ahlâkını korumak,

2) Kanunların, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilere yüklediği görevlerin mesleğin şeref ve onuruna uygun olarak yürütülmesini sağlamak,

3) Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik mesleğinin cazip hâle getirilmesi için çalışmalar yapmak, bu konuda alınacak tedbirleri görüşmek üzere toplantılar düzenlemek,

4) Oda mensuplarının birbirleri ile olan ilişkilerini geliştirmek, aralarındaki bağları güçlendirmek ve mesleki dayanışmayı sağlamak,

5) Odayı ilgilendiren konularda görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek,

6) Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin meslekî gelişmelerinin sağlanmasına, maddî ve manevî menfaatlerinin korunmasına yönelik çalışmalar yapmak,

7) Oda mensuplarının meslekî ve bilimsel seviyelerini yükseltmek için kitaplık açmak, meslekî ve bilimsel çalışmaları yayımlamak üzere dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

8) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak olarak sıralanmaktadır.

— ODA ÜYELİĞİ İLE İLGİLİ KOŞULLAR GETİRİLMEKTEDİR.

Odaya üye olmak ya da başka bir deyişle odaya kayıt olmak, odanın kurulmasından sonra gerçekleşecektir. Kanunlarda görevi ile birleşmeyen veya yapmaktan yasaklı olduğu işler arasında sayılmamış olmak koşuluyla, mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanlar, istedikleri

takdirde hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olarak odaya üye olabileceklerdir.

Bunun yanında, Türk vatandaşı olmak, kısıtlı olmamak, bazı suçlardan hükümlü olmamak, müflis durumda bulunmamak, yükseköğretim kurumlarından mezun olmak veya bilirkişiler için belli bir alanda bilgi ve tecrübe ile tanınmış bulunmak, mesleğin onuruyla bağdaşmayacak tutum ve davranışlar içerisinde bulunmamak gibi diğer koşullarda öngörülmüştür.

— TASLAKTA ODANIN GELİRLERİNİN NE OLACAĞI BELİRLENMİŞTİR.

Söz konusu odaların Taslakta yer alan hükümlerle faaliyetlerini sürdürebilmeleri için maddî kaynaklara ihtiyaç bulunduğu şüphesizdir. Bu kapsamda diğer benzer meslek kuruluşlarında yer aldığı şekilde odaların varlıklarını sürdürebilmeleri için odaların gelirleri şu şekilde belirlenmiştir.

1) ODAYA GİRİŞ AİDATI: Odaya kayıt olacak hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişinin ödeyeceği aidattır. Miktarı (6.000) rakamının kayıt tarihinde Devlet memurları aylıklarının hesaplanmasına esas olmak üzere yürürlükte olan katsayı ile çarpımı suretiyle bulunacak tutardır.

2) YILLIK AİDAT: Odaya kayıtlı her üyenin her yıl ödeyeceği aidattır. Miktarı (3.000) rakamının Devlet memurları aylıklarının hesaplanmasına esas olan katsayı ile çarpımı suretiyle bulunacak tutardır. Bu aidat, Ocak ve Temmuz aylarında iki eşit taksit olarak ödenir.

3) Odaya kayıtlı üyelerin aldıkları hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücretlerinin yüzde beşi,

4) Yayın gelirleri, sosyal ve kültürel faaliyetlerden elde edilecek gelirler,

5) Her türlü yardım, bağış ,faiz, yatırım fon ve gelirleri,

6) Oda disiplin kurulunca verilir kesilen ve oda yönetim kurulunca tahsil edilen para cezaları,

7) Diğer gelirler.

— **TASLAKTA HAKEM, HAKEM — BİLİRKİŞİ VE BİLİRKİŞİLERİN SEÇİMİ İLE UZMANLIĞA GÖRE HAZIRLANACAK LİSTELERİN BELİRLENMESİNDEKİ ESAS VE USULLER DÜZENLENMİŞTİR.**

— Odalara kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin uzmanlık alanları göz önüne alınarak düzenlenen listelerin her yıl Ocak ayında, listelerde yapılacak değişikliklerin ise üç ayda bir, oda yönetim kurulu tarafından Birliğe gönderileceği ve buna ilişkin esas ve usullerin yönetmelikte gösterileceği Taslakta belirtilmiştir.

— Taslakta hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin seçiminde:

1) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem seçimi için mahkemeye başvuru hâllerinde, hakem veya hakemlerin odaya kayıtlı olanlardan seçileceği,

2) Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun hükümlerinin uygulanmasının taraflarca seçildiği hâllerde uyuşmazlıkların odaya kayıtlı hakemler tarafından görülmesinin kabul edilebileceği,

3) Adli merciler tarafından zorunlu görülen hâller ile 20 Şubat 1930 tarihli 1567 sayılı **TÜRK PARASININ KIYMETİNİ KORUMA HAKKINDA KANUN** kapsamında yer alan davalar dışında, bilirkişi seçiminin odaya kayıtlı üyeler arasından yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, oda listesinde bulunanların kendi uzmanlık alanlarında mahkemeler tarafından verilen bilirkişilik görevlerini

kabul etmekle yükümlü buldukları ve tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek nedenlerin bilirkişiler hakkında da geçerli olacağı belirtilmiştir.

Bulduğu yerden başka bir yerde çalışmayı gerektirecek bilirkişi incelemeleri hakkında ve bilirkişinin mahkemece kabule değer görülecek mazereti hâlinde ise, bu hükmün uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

— BİRLİĞİN KURULMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÖNGÖRÜLMÜŞTÜR.

Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulmuş ve faaliyette bulunan Ülke çapındaki bütün hakem ve bilirkişi odalarının çatısını oluşturacağı açıktır.

Anayasanın 135 inci maddesinde de yer alan hükümlerle bağlantılı bulunan Birliğin görevleri Taslakla belirlenmiş olup, Birliğin tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu olduğu vurgulanmıştır.

— TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİNİN GÖREVLERİNİN NELER OLACAĞI BELİRLENMİŞTİR.

Ülke çapındaki bütün hakem ve bilirkişi odalarının katılacağı Birliğin merkezinin Ankara olduğu Taslakta öngörülmüş ve görevleri de Taslakta :

- 1) Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik mesleğinin genel menfaatlerine uygun bir şekilde gelişmesini sağlamak,
- 2) Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik yapanları birbirine tanıtarak aralarındaki bağları kuvvetlendirmek,
- 3) Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik hizmetlerinin ülke ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda çalışmalar yapmak, araştırmalara dayanan önerilerde bulunmak, mevzuat ile ilgili yayınlar çıkarmak,

4) Bakanlığın, yargı veya yasama yetkisini taşıyan mercilerin ve kamu kurumu niteliğindeki diğer meslek kuruluşlarının odanın görevleriyle ilgili soracakları konular hakkında görüş ve düşüncelerini rapor hâlinde bildirmek,

5) Hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin fikrî ve meslekî gelişmelerini teşvik edecek ve sağlayacak tedbirleri almak,

6) Odalar tarafından hazırlanarak gönderilen hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi listeleri ile hakem kararlarının, hakem-bilirkişi ve bilirkişi raporlarının sistemli bir surette toplanmasını ve yayınlanmasını sağlamak,

7) Kanunların hakemlere, hakem-bilirkişilere ve bilirkişilere yüklediği görevlerin gerektirdiği güven ve dürüstlüğe uygun bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak,

8) Birlik mensuplarının bilimsel ve meslekî seviyelerini yükseltmek amacıyla bilgi ve belge merkezi, bilgi bankaları ve meslek mensupları için ödünç verme kütüphanesi kurmak, dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,

9) Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik alanında ülke içindeki diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak, ülke dışında kurulmuş bulunan hakem ve bilirkişi odaları veya dernekleriyle temaslarda bulunmak ve çalışma alanı ile ilgili uluslararası kongrelere katılmak,

10) Uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit etmek,

11) Bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmelikleri hazırlamak, şeklinde belirlenmiştir.

— ODAYA KAYITLI ÜYELER İLE İLGİLİ DİSİPLİN CEZALARI GETİRİLMEKTEDİR.

Taslakta, söz konusu meslek odalarına kayıtlı üyelere meslek onuruna veya Birlik tarafından belirlenen usul ve esaslara ve meslek düzenine uymayan fiil ve davranışlarda bulunanlar ile mesleğini gereği gibi uygulamayan veya kusurlu olarak uygulayan veya görevin gerektirdiği güven ve dürüstlüğe uygun şekilde davranmayan üyeler hakkında; fiil ve davranışın niteliği ve ağırlık derecesine göre uyarma, kınama, para cezası, oda listesinden geçici olarak çıkarma, oda üyeliğinden çıkarma gibi disiplin cezaları verileceği öngörülmektedir.

Belirli kuralların konulması, meslek etiğinin ve düzenin sağlanması amacıyla getirilmesi düşünülen disiplin hükümlerinin benzer meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarında da mevcut olduğu ve uygulandığı bilinmektedir.

— ODALAR VE BİRLİĞİN TEMSİLİ İLE MAL EDİNMELEİNE, ÜCRET TARİFESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER GETİRİLMİŞTİR.

Odaya kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin uzmanlık alanları göz önüne alınarak listelerin hazırlanması, odaların ve Birliğin amaçlarına uygun işlerde kullanmak üzere taşınır ve taşınmaz mal edinebilmeleri, lokal, misafirhane ve benzeri sosyal amaçlı tesisler açılabilceği, yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan hâllerde, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücretleri için Birlik tarafından tespit edilen ve Bakanlıkça aynen ya da gerekli görülen değişikliklerle onaylanan ücret tarifesinin uygulanacağı ifade edilmektedir.

Biraz önce bazı yönlerden reform sayılabilecek hükümler içeren söz konusu Taslakla ilgili sizlere kısaca bilgi sunmaya çalıştım.

Düzenlenen bu sempozyumda deneyim ve önerilerinizin ışığında ortaya çıkacak olumlu ve olumsuz yönlerin değerlendirilmesinin Taslağın olgunlaşmasına katkıda bulunacağı düşüncesindeyim.

Değerli görüş ve düşüncelerinize, yapıcı eleştirilerinize teşekkür ediyor, hepinize saygılar sunuyorum. 10/11/2001

Mehmet Ata ATAPEK
Hâkim
Adalet Bakanlığı
Kanunlar Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

MEHMET ATA ATAPEK- Sayın Başkan ve Değerli katılımcılar ve konuklar; Türkiye Barolar birliği Başkanlığı tarafından Samsun'da düzenlenen "Bilirkişilik" konulu bu sempozyumda, "Bilirkişiliğin kurumsallaştırılması hakkında bir taslak" başlıklı tebliğ çerçevesinde Adalet Bakanlığınca halen üzerinde çalışılan Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısının uygulanma ve organizasyon açısından görüşülmesi ve taslakla ilgili önerilerin olgunlaştırılması amacıyla söz almış bulunuyorum. Bu vesileyle, sempozyuma katılmaktan onur duyduğumu belirtir, siz katılımcılara ve tüm konuklara saygılar sunarım.

Bilirkişilik ve bu bağlamda hakemlik ve örgütlendirilmesi, tahkim ve hakemler odasıyla ilgili kanun tasarısıyla ilgili çalışmaların, biraz önce Sayın Hocamın da belirttiği gibi uzun yıllardan beri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünce sürdürüldüğü bilinmektedir. Enstitünün 88 nolu yayınında da yer alan Türkiye

Hakemler Odası Kanunu Ön Tasarısı, Bakanlığımızca hazırlanan ve bu sempozyumda da, bu oturumda da tartışma konusu edilen Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısına en önemli kaynağı oluşturmuştur.

Bilindiği üzere yargılama, yargı organları ve onlara yardımcı olan diğer unsurlarla birlikte düşünülmesi gereken ortak bir yargısal faaliyettir. Yargılamanın doğru ve adil olarak yürütülmesi, hızlı ve etkin sonuçlandırılması için yargı görevini yürüten hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak her türlü baskı ve etkiden uzak tutulmaları yanında, yapılan yargılamada teknik bilgi ve düşünceleriyle katkıda bulunan bilirkişiler ile bazı uyuşmazlıklarda görev alan hakemlerin de aynı şekilde her türlü baskı ve etkiden uzak tutulmaları gerekmektedir. Hiç şüphesizdir ki bunların gerçekleştirilmesi, hukuk devletinin de bir gereğidir. Yargılama faaliyetine yardımcı olan unsurların etkin olabilmesi için belirli meslek kurallarına uyumlarının sağlanmasının gerekli olduğunu düşünüyorum. Avukat Hasan Köroğlu'nun "Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişilik Kurumları" adlı kitabına Yargıtay Başkanı Sayın Doç. Dr. Sami Selçuk tarafından yazılan önsözde "Bilirkişilik kurumundan vazgeçilemez. Ama, bir kurumda bu denli kötü kullanıma açık ise, insanları özellikle de yargıçları korkutur." "Gerek ceza, gerek hukuk yargılamasında sık sık başvuru, çoğu kez yargının yerine geçirilerek hükmü etkileyen kurumun kendisi günümüzde sorun olmuştur." denilmektedir. Bilindiği üzere, ülkemizde bilirkişilik konusu ve kavramı ideal bir şekilde olgunlaşmamıştır. Bilirkişilik bir sorunlar yumağı haline dönüşmüştür ki, bunları da, bu iki günlük sempozyumda yapılan konuşmalarla da ayrıca tespit etme durumuna geldik.

Bilirkişiliğin meslekî açıdan düzenlenmemesi, kurumsallaştırılmaması, bilirkişilerin seçimi ve atanmasındaki

hatalı uygulamalar, bilirkişi raporlarının dosyaya konulmasının gecikmesi, bilirkişilik ücretleri konusunda farklı uygulamalar yapılması, yeterli bilgi ve deneyime sahip olmayanların bilirkişi olarak seçimi, bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler ve içeriklerinin yeterli olmaması gibi birtakım nedenlerin giderek sorun hâline geldiği gözlemlenmektedir. Dünkü ve bugünkü tartışmalarda, bunların yanında başka sorunların da olduğu görülmektedir.

Hâkimin hakkında hüküm verdiği her konuda bilgi sahibi olması olanaksızdır. Buna karşın hâkim, hakkında yeterli bilgi sahibi olmadığı pek çok konudaki uyuşmazlıkta bir karar vermek zorundadır. Bu nedenle, uyuşmazlığın temelini oluşturan saptamalar ve olayların belirlenmesi, açıklanması ve değerlendirilmesinde yargılamaya yardımcı bazı unsurlardan yararlanacaktır. Bu unsurların en önemlisi hiç şüphesizdir ki bilirkişidir. Ancak, yargılamada usul hükümlerinin bilirkişi ile ilgili maddelerinin düzenlenme amacıyla bağdaşmayacak biçimde bilirkişi incelemesi yaptırılması, bu konudaki eleştirilerin artmasına neden olmaktadır. Oysa, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı bilinmektedir. Yine bu sempozyumda da, bu husus vurgulanmıştır.

Bilirkişiye başvurma, özel veya teknik bilgiye gerek duyulmasından kaynaklanmışsa, özellikle bilirkişi seçiminde gerekli titizliğin ve seçiciliğin gösterilmesi gereklidir. Bilirkişinin hangi konularda görüşünün istenildiği belirlenmelidir. Bilindiği üzere, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin ifası sırasında aralarında ortaya çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için, uzman bir kişiye yetki verebilirler; bu kişi de, hakem bilirkişidir. Bugünkü bu tebliğin konusunu teşkil eden kanun tasarısı taslağında da, işte hakem bilirkişi, hakem bilirkişinin üçünü birden aynı taslağa almamızdaki nedenlerin birisi de budur.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinde taraflar, aralarındaki belli bir uyumsuzluk konusunun, miktarının veya niteliklerinin, belirli kişiler veya kurullar tarafından tespit edileceğini ve hakem-bilirkişilerce yapılacak tespiti kabul edeceklerini kararlaştırabilirler. Bu şekildeki hakem-bilirkişi atanmasına ve onların verecekleri raporların taraflarca kabul edileceğine ilişkin anlaşmalar, hukukî nitelik açısından delil sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir. Tarafların başlangıçtaki kabullerine göre bunlar bağlayıcı olur veya olmayabilirler; ancak bağlayıcı olarak kabul edildiklerinde de, tahkimde veya resmî yargılamada kesin delil niteliğindedir. Örneğin, bir inşaat-istisna sözleşmesinde, yapılacak inşaatın metrajının ve karşılığı olan paranın nasıl tespit edileceği gösterilebilir ve seçilecek hakem-bilirkişilerin bu hususta yapacakları tespiti tarafların kabul edecekleri kararlaştırılabilir. Burada hakem-bilirkişi ve bilirkişi tanımlarına biraz sonra, taslakta, o ilgili maddede açıklayacağız. Herhalde bu tanımların da biraz geliştirilmesinde fayda var ya da bu kamuoyunun ya da bu sempozyuma katılan tüm konukların, bunu biraz daha geliştirmesi, katkıda bulunması açısından yararlı olabilecek görüşlerine ihtiyaç duyduğumuzu belirtirim.

Bilindiği gibi, çağımızda tüm mesleklerde olduğu gibi, hakemlik, bilirkişilik ve hakem-bilirkişilik mesleğinde de insan unsuru büyük önem taşımaktadır. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ilâ 286. maddelerinde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 65 ilâ 77. maddelerinde bilirkişilik müesseseleri düzenlenmiş, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516 ilâ 536. maddelerinde de hakemlik müesseseleri hakkında hükümler bulunmaktadır; ancak bu hükümlerin haricinde hakemlik, hakem bilirkişilik ya da bilirkişilik hakkında meslekî disiplin ve kuralları içeren ayrı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, kanunlarda yetki ve sorumlulukları düzenlenmiş olan hakem, hakem-bilirkişi

ve bilirkişilerin ortak ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, meslekî dayanışmayı geliştirmek ve pekiştirmek gibi gayelerini gerçekleştirmek için bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

Öte yandan, küreselleşen dünyada ülkelerin karşılıklı yatırım yapmalarının ve bununla bağlantılı olarak ekonomik ilişkilerin gelişmesinin olağan hâle gelmesi nedeniyle, bu yatırımların güvence altına alınması için iki ya da çok taraflı uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü giderek yaygınlaşmaktadır. Milletlerarası tahkimle ilgili olarak yine Anayasada yapılan değişiklikler ile 21 Ocak 2000 tarih ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun", bilindiği üzere yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda Anayasa değişikliğine paralel olarak yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz, şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların, ayrıca gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin usûl ve esaslarının belirlenmesi sağlamak amacıyla da yine 21 Haziran 2001 tarih ve 4686 sayılı "Milletlerarası Tahkim Kanunu" yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Diğer meslek kuruluşlarında olduğu gibi, Anayasanın 135. maddesi hükümleri doğrultusunda, hakemlik, bilirkişilik ve hakem-bilirkişilik mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleklerin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak amacıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak odalar ve bütün Hakem, Bilirkişi ve Hakem Bilirkişi Odalarının katılımıyla oluşturulan

Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulması, bunların organlarının Kanunda gösterilen usullerle yargı gözetimi altında gizli oyla seçilmesi ve bunların kendi içindeki denetim ile Adalet Bakanlığının idarî ve malî yönden gözetim ve denetimine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla, söz konusu kanun tasarısını bakanlığımız hazırlamış bulunmaktadır.

Bu sempozyumun konusunu oluşturan ve yine bu tebliğde tartışma konusu edilen bilirkişilik ve bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasını içeren bu söz konusu kanun tasarısı hakkında ana hatlarıyla kısaca bilgi sunmak istiyorum. Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğini Kanun Tasarısının amacı, Hakem ve Bilirkişi Odalarıyla, Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliğinin kurulmasına, teşkilât, faaliyet ve denetimlerine, organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Tasarıyla getirilen tanımlarda hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi tanımları yapılmıştır. Hiç şüphesizdir ki, bu tanımların geliştirilmesinde fayda görülmektedir.

Bu taslakta yine odaların amaçları ve niteliğiyle ilgili hükümler getirilmektedir. Biraz önce de bahsedildiği üzere, Sayın Ejder Hocamın belirttiği şekilde odaların amaçlarıyla ilgili etraflı bilgiler, taslakta getirilmiştir; ancak burada çok sözü edilen ve tartışma konusu edilen veyahut da bu kanun tasarısının belki en önemli yerini oluşturan bu belirtilen görevleri ki, isterseniz taslakta hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi tanımlarının nasıl yapıldığına bir bakalım, ondan sonra meslek olup olmadığı ya da meslek kabul edilip edilmeyeceği konusunda tartışmak istiyorum.

Tasarıyla getirilen tanımda hakem; tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün ya da bir kısmının çözülmesi için tarafların anlaşmalarına veya

sözleşmedeki koşullara göre ya da yetkili ve görevli merciler tarafından atanan gerçek kişiyi,

Hakem-bilirkişi; taraflar arasındaki sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan veya çıkabilecek teknik sorunların çözülmesi için taraflarca belirlenen kişiyi,

Bilirkişi ise; bilgi ve uzmanlığı nedeniyle, çözümü özel, teknik bilgiyi gerektiren konularda tespit ve değerlendirme yaparak oy veya görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için görevlendirilen kişi olarak belirtilmiştir.

Şimdi, burada en çok sözü edilen husus, bu belirtilen görevlerin bir meslek olarak nitelendirilip, nitelendirilemeyeceğidir. Hakemlik, hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik yapanların, yaptıkları bu görev ve işlerden dolayı belli bir ücret aldıkları bilinmektedir. Bu faaliyetlerin bir meslek olarak kabul edilmesi ve özellikle bilirkişiliğin ülkemizde kazanç getirici bir faaliyet olarak benimsenmesi bir gerçektir. Mesleğin, bir kişinin geçimini sağlamak için yapılan sürekli kazanç getirici bir iş olarak tanımlanmasının, bu gerçeğe pek bağdaşmayacağı düşünülmektedir.

Şimdi, meslek tanımı yok. Bu mesleklerin, bu kuruluşların veya bu işle görevli olanların tâbi oldukları, demin bahsettiğim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki hükümler dışında başka bir hüküm yok. İki gündür sempozyumda tartışma konusu edilen sorunlar da eğer bir yumak hâlinde düşünülürse, çözümü için bakanlığımızca hazırlanan bu taslak, bir öneridir. Bunun bir meslek olarak kabul edilmesi tartışılabilir; ama meslek olarak kabulü söz konusu ise, ki, bizim taslaktaki ana felsefe, ana ilke, prensip budur- o halde bunların Anayasanın 135. Maddesinde yer alan doğrultuda bir meslek kuruluşu olarak örgütlenmesine ihtiyaç bulunduğunu zannetmekteyim.

Odaların kuruluşundaki esaslar taslakta belirlenmiştir. Bu söz konusu Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısında yer alan hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi olarak odalar kurulacaktır. Bu odalar, hakem ve bilirkişi odasını ifade edecektir. Odaların, en az 50 hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi bulunan her il merkezinde kurulması ve bu hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin bu görevleri yapmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde o ildeki veya bağlı oldukları odaya üye olmaları ve üyelik görevini yerine getirmekle yükümlü oldukları öngörülmüştür; yani bu tasarıya göre, bu taslağa göre Samsun İlinde böyle bir oda kurulacak ve burada; Samsun İli ve ilçelerinde görev yapan hakem varsa, hakem-bilirkişi varsa ve bilirkişiler varsa bu odaya kayıtlı olmak zorunda olacaklar. Bu odaya kayıtlı olduktan sonra, bu görevlerini yasada belirtilen şekilde yerine getireceklerdir. Tasarının diğer maddelerindeki hükümlerle, bu belirtmeye çalıştığım, açıklamaya çalıştığım hükmün birbirini desteklediğini zannediyorum. Açıkladıkça, konu kamuoyunda tartışılmaya başlandıkça, benimseneceğini umuyorum.

Odaların görevlerini demin Sayın Hocam Ejder Bey gayet güzel açıkladı. Ben, tekrar bunları uzun uzun belirtmek istemiyorum; ancak önemli olan yerlerini söylemek isterim. Odayla ilgili belirli koşullar getiriliyor. Bu taslakta odaya üye olmak ya da bir başka deyişle odaya kaydolmak için, hiç şüphesiz kaydolmak, üye olmak, belli bir şekilde odanın kurulmasından sonra gerçekleştirilecek ve bunlarda, hakikaten belirli koşulları taşıyan kişiler bu odaya kaydolacak. Bu hükümler, benzer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarında da yer almaktadır; yani şöyle söyleyeyim: Örnek; Türk Eczacılar Birliği Kanunu, Örnek; Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu, Örnek; Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu. Bu örnekleri çoğaltabiliriz. Bunlar hep Anayasanın 135. maddesinde

yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşların düzenlenmesine ilişkin hükümler çerçevesinde kuruluş kanunları olan ve yürütülen maddelerdir ki, bunların da birçoğu, buraya alınmıştır.

Odalara kaydolmakla ilgili olarak Sayın Ejder Hocamın belirttiği konuda bir açıklamada bulunmak istiyorum; yani oda üyeliğiyle ilgili taslağımızın 6. Maddesinde yer alan, oda üyeliğiyle ilgili birtakım koşullar var. Bunlar; Türk vatandaşı olmak, kısıtlı olmamak ve belli suçlardan hüküm giymiş bulunmamak, **müflis** durumda olmamak; ama -Ejder Hocamın belirttiği konuyu açıklamak istiyorum- hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişiler için en az 2 yıllık yükseköğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurtdışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak veya sadece bilirkişiler için belli bir alanda bilgi ve tecrübesiyle tanınmış bulunmak.

Şimdi, bunun açıklanması gerektiğini zannediyorum. hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin üçü için, en az iki yıllık yükseköğretim olarak bir taban getirdik; ancak tabii ki dört yıllık üniversite mezunları, fakülte mezunları gayet tabii ki buna girecekler. Sadece bilirkişiler için, örneğin somut bir örnek vererek konuşalım, yine Samsun İlinden, içinde bulunduğumuz ilden bahsederek konuşalım. Samsun merkezinde veya ilçesinde kaportacılıkla uğraşan; ama gerçekten de bu işi çok iyi bilen, çıraklıktan yetişmiş, gayet bilgili kişiler vardır. İşte bunlar, yer alacak bilirkişiler listesinde, belli bir alanda bilgi ve tecrübesiyle tanınmış bulunmak keyfiyetinden yararlanacaktır. Bizim anladığımız bu. Tabii, bu konuyu açıklamak için söyledim.

Bu taslakta, oda gelirlerinin ne olacağı da belirlenmiştir. Tabii şüphesizdir ki, böyle bir oda ve üst kuruluş olarak birliğin kurulmasında acaba gelirler ne olacak? Demin sözlerimin bir bölümünde söylediğim gibi, bunların meslek olarak kabulü ve

meslek olarak teşekkülü söz konusu ise, bu odaların ve birliğin varlığını sürdürebilmeleri için birtakım gelirlere ihtiyaç bulunduğu muhakkaktır. Bu odaların gelirleri de, odaya giriş aidatı, yıllık aidat, hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücretlerinin yüzde 5'i gibi bir miktar, yayın gelirleri, sosyal, kültürel faaliyetlerden elde edilecek gelirler, her türlü yardım, bağış, faiz, yatırım fon ve gelirleri, Oda Disiplin Kurulunca verilir kesilen ve Oda Yönetim Kurulunca tahsil edilen para cezaları ve diğer gelirler olarak düşünülmektedir.

Taslakta, demin Ejder Hocamın da belirttiği, -ki, bizim de düşündüğümüz odur- önemli bir madde -iki gündür sempozyumda tartışılan konulardan bir tanesi, bilirkişilerin seçimi konusu önemli. Taslakta hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin seçimi için öncelik, tarafların beyanıdır. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem seçimi için mahkemeye başvuru hâllerinde, hakem veya hakemler odaya kayıtlı olanlardan seçileceği belirtilmiştir. Adli merciler tarafından zorunlu görülen hâller ile, örneğin bugünkü toplantıda ve dünkü toplantılarda dile getirilen Kamulaştırma kanunundaki ilgili madde gibi, yine 1567 Sayılı "Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun" kapsamında yer alan davalarda özel bilirkişi seçimiyle ilgili hükümler var. Elbette gene tartışılabilir; ama bütün bunlarda bilirkişi seçimi, odaya kayıtlı üyeler arasından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu bilirkişi listelerinin hazırlanmasında uzmanlık alanlarına göre farklı listelerin olacağı ve hakemler için ayrı, hakem-bilirkişiler için ayrı ve bilirkişiler için ayrı listeler düzenleneceği, hiç kuşkusuz açıktır.

Yine tasarıda bu birliğin; yani bu odaların üst kuruluşu olarak birliğin kurulmasına ilişkin hükümler öngörülmüştür. O da, demin arz etmeye çalıştığım gibi, Anayasanın 135. maddesinde yer alan hükümlerle bağlantılı olarak ve yine birçok benzer meslek kuruluşu kanunlarında yer alan hükümlere benzer olarak

hükümler öngörülmüştür. Üst kuruluş olan birliğin görevlerinin neler olacağı yine tasarıda belirlenmiştir. Merkezi yine Ankara olacaktır ve ülke çapındaki bütün Hakem ve Bilirkişi Odalarının katılacağı bu Birliğin görevleri, yine tasarıda uzun uzun belirtilmiştir. Onlar arasında, demin Ejder Hocamın söylediği şekilde birlik mensuplarının bilimsel ve meslekî seviyelerini yükseltmek amacıyla bilgi ve belge merkezi, bilgi bankaları, meslek mensupları için ödünç verme kütüphaneleri kurmak, dergi çıkarmak, panel, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, telif ve çeviri eserlerin meydana getirilmesini teşvik etmek gibi, birçok hükümler vardır. Bunları, zamandan tasarruf amacıyla kısaca geçiyorum.

Bir de tabii, uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit etmek birliğin görevleri arasında. Şimdi, iki gündür yapılan sempozyumda konuşulan konulardan bir tanesi, meslek kurallarıyla ilgili olarak meslekî belli kuralların bulunmaması; yani etik bazı konuların yer almaması nedeniyle bir sıkıntı olduğu muhakkak. Şimdi, acaba benzer neler var? Şöyle düşünüyorum; burada sayın hocalarımızın yanında tabii bunları ifade etmek, siz değerli konukların yanında bunlar hakkında az şeyler söyleyebileceğim; ama naçizane düşündüğüm, mesela ne var? Basın Kanununda yer almıyor; ama basın meslek ilkeleri var; uyulması gerekli ilkeler, etik değerler olarak onlar var. Acaba böyle meslek ilkeleri, meslek kuralları konulabilir mi? ya da bir başka şekilde uyulması gereken meslek kuralları konulabilir mi? Bunlar, üzerinde düşünülmesi, hatta tartışılması gereken hükümler.

Önemli bir konuyu Sayın Ejder Hocam tebliğinde belirtti, gayet güzel, etraflı bir açıklamada bulundu. Tabii burada bir sıkıntımız şu; bütün taslağı çoğaltıp hepinize takdim etmek ve tek tek, sayfa sayfa okumak isterdik; ama bu taslak henüz ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla, bakanlıkların görüşlerine sunulmuş,

giden görüşler çerçevesinde değerlendirilecek. Bu taslağın, Türkiye Barolar Birliği ve Samsun Barosunun düzenlediği bu sempozyumun son bölümde tartışılması ne derece faydalı olacak? Ben, çok faydalı olacağına inanıyorum. Eğer bir taslak isteği varsa; yani bir kanun tasarısı halinde Bakanlar Kuruluna sunulursa, taslakta değişmesi gereken hükümler arasına buradaki konuşmalarında bir şekilde yer aldığını göreceksiniz.

Taslakta yer alan hükme göre, bu odaya kayıtlı üyelerle ilgili disiplin cezaları getirilecektir. Söz konusu bu meslek odalarına kayıtlı üyeler, meslek onuruna, birlik tarafından belirlenen usul ve esaslara, meslek düzenine uymayan fiil ve davranışlarda bulunanlar ile mesleğini gereği gibi uygulayamayan veya kusurlu olarak uygulayan veya görevin gerektirdiği güven ve dürüstlüğü uygun şekilde davranmayan üyeler hakkında, fiil ve davranışın niteliği ve ağırlık derecesine göre uyarma, kınama, para cezası, oda listesinden geçici olarak çıkarma, oda üyeliğinden çıkarma gibi disiplin cezaları verilecektir. Ücret tarifesine ilişkin -demin Sayın Ejder Hocanın da belirttiği hususlara bir diyeceğimiz yok- düzenlemeler getirilecek.

Özetleyerek gitmeye çalışıyorum. Biraz önce, bazı yönlerden reform sayılabilecek hükümler içeren bu söz konusu taslakla ilgili sizlere kısaca bilgi sunmaya çalıştım. Düzenlenen bu sempozyumda deneyim ve önerilerinizin, görüşlerinizin ışığında ortaya çıkacak olumlu, olumsuz yönlerin değerlendirilmesinin, hiç kuşkusuz taslağın olgunlaşmasına katkıda bulunacağı düşüncesindeyim.

Değerli görüş ve düşüncelerinize, katkılarınıza, yapıcı eleştirilerinize teşekkür ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

GİRİŞ;

DEĞERLİ KONUKLAR, HUKUKÇULAR

İki gündür yargının sorunlarından birisi "bilirkişilik" konusu burada tartışılıyor.

Bu konuda 30 yıldır mensubu olduğum Samsun Barosu tarafından bu görev tarafıma verildiğinden bu yanada konuya teksif olmaya, konuyla özdeşleşmeye çalıştım. Nereden başlamalıyım diye.

Çünkü mesleğe başladığımdan bu yana katıldığım her adli yıl açılışında gerek bidayet adliyelerinde, gerekse yüksek yargı makamlarında yargının sorunları anlatılıyor,şikayet ediliyor. Herkes bir isim veriyor. Adli İslahât, Yargı Reformu gibi. Herkes hukukun etkinliği için önerilerde bulunuyor. Nedense konu hala çözümlenemedi. Sorun Cumhuriyetle mi başladı? Bu noktaya da eğildim. Görülen o ki bu konu ve konular **YAZILI KAYNAKLARA GÖRE ADALET SİSTEMİ VE REFORMU OSMANLIDAN GÜNÜMÜZE KADAR DEĞİŞMEYEN BİR SORUNUMUZ.** Koçibey - IV. Murat'a bir risale yazarak memleket meselelerini takdim ederken - Devlet yapısında, öncelikle yargıdaki bozulma sebeplerini ve çözüm yollarını önermiş ,aynı değerlendirme Osmanlı'nın son günlerinde Sadrazam Sait Halim Paşa tarafından da 1919'da keza dile getirilmiş. Sonradanda 78 yıldır sürekli tekrarlanana gelmiş. **NE KADAR REFORM ÖZLEMCİSİYMİŞİZ!**

Henüz tam bir şekilde kurumlaşma sürecini tamamlayamamış yeni gelişen ülkelerin sorunlarından biride bu reformculuktur. Bizde bu sürecin en ortasındaki kuşağız zaten.

1996 yayımlanan **YENİ TÜRKİYE** adlı bir derginin **TEMMUZ** ayı sayısı (1250 shf.) sırf bu konudaki makale - sorunlar -çözümleri bir araya getirmiştir. Bence sahip olduğum yüzlerce kitabın en önemlisiydi. Onu taradım. Bugün buradaki değerli

üstatlarımızın bir çoğunun o gün yazdıkları makale veya önerileri hala bugün güncelliğini koruyor.

Kendi çapımda Baromuzun çıkardığı dergimizin 10 yıl önceki sayısındaki yazımın başlığı "YARGININ GİZLİ SANCISI" idi.

Son satırda Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması ÖZERK bir yapıya kavuşturulması olarak noktalanmıştı.

Keşke NOKTA yerine VİRGÜL koysa idim. Bugün on yıl sonra Özerkleşme adımının atıldığı bu taslağın tartışıldığı bir ortamda görev alacağımı görebilseydim.

40.000 Km'lik bir yola dahi bir adımla başlanır. Önemli olan doğru yolda ilk adımın atılmasıdır.

GENEL YAKLAŞIM

Anayasamızın 9. maddesi: "Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını"

Anayasamızın 138. Maddesinde "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasa, Kanuna ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklinde emredici hükümler vaz etmektedir.

Yargı yetkisini kullanacak HAKİMLERİMİZİN Özel ve Teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.

Usul yasalarımızda öngörülen ve taktiri deliller arasında saydığımız BİLİRKİŞİLİK ve görüşleri Hakimi bağlamaz. Hakim şahit, bilirkişi ,keşif ve bilirkişi raporu hilafına da karar verebilir. (Ben hiç görmedim 30 yıldır.)

ÇÜNKÜ YARGITAY İZİN VERMİYOR.

Çünkü Yargıtay Kararları Hakimi bilirkişi ile hüküm arasında bir aracı haline getirmektedir.

Hakimin seçtiği bilirkişi raporuna göre karar vermeye zorlayan mantığı **Hukukun Üstünlüğü ve Bağımsız Hakim ve de Kanunun Özü** ile karşılaştırdığımızda tenakuz olarak görüyoruz.

Türk yargı sisteminde sık sık başvurulanan **BİLİRKİŞİLİK** müessesesi vazgeçilmez bir kurumdur. Önemli bir yeri bulunmaktadır. Ancak günümüzde Türk adaletine yardım etmesi gereken bu vazgeçilmez kurumun yasalarınızda özel düzenlemesi yoktur. Konu daha çok usul kanunları çerçevesinde, bir kısım özel kanunlarda düzenlenmiştir.

Ben Avukatım. **YARGILAMA HUKUKÇUSUYUM**. "Aksayan adaletin işleyen adalete dönüşmesinde bıçak benim ve benimle aynı görevi ifa edenlerin sırtında bilenmektedir." (Prof. Ejder Yılmaz'ın 1996 yılındaki bir makale başlığı "Aksayan adaletten - İşleyen Adalete" bu söz için hoş görüşüne sığınıyorum.) **ANCAK** bugün bilirkişiyi seçme yetkisine sahip son kişi Yargıç olmasına rağmen ben onun için **ADALETİN TECELLİSİ** için fikir üretiyorum.

Kendi sorununu anlatmak için izine muhtaç **YARGIÇ**,

sonuçta Anayasanın 9 ve 138. maddesindeki bağımsız yargıç tarifi. Burada hoşgörüye uzlaşmaya - katlanmaya tahammülü olmayan **DEVLET** tanımı ortaya çıkıyor. Buna rağmen konuşacağız. Sorunun muhatabı yargıç bile olsa.

Bir yargıç Ali devletin izni ile davet edebiliyor, sorunları hakkında konuşma fırsatı verebiliyoruz. Bu nokta düşündürücü?

KONUŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ OLMAYAN TOPLUM SIKINTI ÇEKMEYE MAHKUMDUR.

Kendi sesinden korkmayan,

Kendine güvenen Hukukçuları izledik iki gündür. O halde sıra Teknoloji Özürlüsü yargıyı kurtarmada, Hantal yargıdan Çağdaş Yargıya giden yolu da açmalıyız.

TASLAK ÜZERİNDE DÜŞÜNCELERİMİZ

Öncelikle bu taslağın bu kanun taslağının muhatabı, hayata geçirme hakkı YASAMA ORGANININDIR.

(Burada bu konuda mesajı olacak kimse varmı salonda? Yook.) ama biz yine de devam edelim.

Öncelikle mantığım beni yargının "SEÇİCİ KURUL" yani "en doğru raporu veren bilirkişiyi seçmek için kurulmadığı" anlayışından harekete zorluyor.

O halde yargıya bu kanun taslağı hayata geçtiğinde bu kanun bilirkişinin yargıca Yardım Eden kişi olması mantığına uygun, yargıcın yardımcısı olmadığını işaret etmelidir.

Bu kanun taslağı , bilirkişinin yargıya yardım eden kurum olduğunu, işaret ve emretmektedir. Çünkü tatbikat bize bu kurumun adli yanlışlara neden olduğunu , bu kurumun yan gelir elde etme aracı olarak kullanıldığını göstermektedir.

Gerçi Türk adaletinden Bilirkişilik kurum hakkında somut örnekleri en iyi Yargılayın vermesi gerekiyor ama Sn. Başkan Sami SELÇUK hala;

-19. YY.'da ki Dreyfs davasını,

-Fransa'da ölünün cesedinde arsenik bulunmasını,

-Fransa'da ki Bayan Bernard davasını

adli yanlış olarak sunmaktadır. Bu ifadelere göre

Çok şükür Türk Adaletinde bilirkişilik kurumu nedeniyle ADLİ YANILGI ÖRNEKLERİ Hukuk Literatürüne geçmemiş.

Örnekleri verilecek ya örneğimiz yok yada sorunu didikleymedik.?

Bence yok bugün.

Kendi sesine güvenen, Kendine güvenen hukukçuya bu ülkenin ihtiyacı var. Populizm yapmaya gerek yok. Çünkü artık prim yapmıyor.

MADDE: 5 ODALARIN GÖREVLERİ

5/6 : Bilirkişilerin maddi ve manevi menfaatlerinin korunması için çalışmalar yapmak.

Burada maddi kavramı üzerinde durulması gerekiyor.

Sempozyumda Bilirkişi Ücreti bu konuda bu husus çeşitli boyutlarda ele alındı.

Burada haksız rekabetin oluşması, kayırmacılık benzeri şüphelerin yok edilmesi için Noterlik Kanunundaki "Ortak Hesap" sisteminden istifade edilerek bu taslağa bir yansıma getirilmeli .

Raporların bir protokol numarası ile odadan geçişi sağlanarak kayıt altına alınması - takibi mümkün olabilecek hale getirilirken ücretler konusunda da oto kontrol başlangıçta düşünülmelidir.

Yine bu noktada sizlere istatistiki bilgi aktarmak istiyorum. 2000 yılında Samsun'da Asliye Hukuk Mahkemelerinde esasa kaydolan dosya sayısı 3637 dir. Asliye Hukuk Mahkemelerinde bilirkişiye sevkedilen dosya sayısı 2700' dür.

Ödenen ücret 5 l .905, milyar TL'dir Ortalama bilirkişi ücreti 20 Milyon TL'dir. Davaların % 75'i bilirkişiye gönderilmişin.

Bu bir acizlik mi yoksa ihtiyaç mıdır? Taktirlerinize bırakıyorum.

Bu toplantıya Türkiye genelinde 2000 yılına ilişkin istatistik! bilgilerle gelmek isterdim ama şahsi imkanlarım buna fırsat vermedi özür diliyorum,Kendi yargı çevremle yetiniyorum. Genelini üst kurulumuz eminim birgün sunacaktır.

MADDE : 6 ODA ÜYELİĞİ

ODA ÜYESİ OLMAK İÇİN ARANAN VASIFLAR; 6/5 : Bu maddede sınır çizilmiştir.

Bu sınır ileride bu kurumun , bu günkü yaşanandan daha fazla sorun yaratacağının , veya bugünkünden daha farklı ortamda olmayacağımızın işaretlerini taşıyor.

Bugün için sessiz çoğunluğu örgütlü hale getirebiliriz. Bilinen adresten bilirkişi arama sorunumuzu çözebiliriz ama kurumsallaşmayı çözemeyiz.

UZMANLAŞMA = Uygurlık Ölçüsüdür.

Yönetim Kurulu bu maddede Seçici Kurul durumundadır. Ama yönetim kurulundaki kişilerin uzmanlık alanları dışındaki başvuru sahibi hakkında kıstasları ne olacaktır. İyi - Kötü- Vasıflı / Vasıfsız ayırımında tereddü çıkacak. Her Y.Ö.K. mezunu için kapı açık.

Bu başvuruda "Yeterlilik Belgesi" veya kişinin uzmanlığı konusunda üyesi veya mensubu olduğu Meslek Odasının aracılığına ve onayına gerek duyulmalı.

O meslek sahibinin bilirkişiliğine öncelikli olarak kendi meslek odası onay vermeli.

Meslek standartlarının ve uzmanlıklarının belirlenmesinde, meslek birliklerini gözardı edemeyiz. Çoğulcu demokratik sistemi kabul etmiş gelişmiş ülkelerde bu kuruluşmaların devletle eş güdüm içinde ve etkin yerleri vardır,

Örnek olarak 3658 sayılı Mali Müşavirlik , Yeminli Mali

Müşavirlik yasasında, hemen hemen tüm meslek kuruluş yasalarında "Bilirkişilik - Tahkim" görevleri meslek birliklerine verilmiştir.

Bu birliklerden öncelikle BELGELENDİRİLMESİ gerekir.

Bu konuda bu taslak bir uyum bir koordinasyon için belkide başlangıç olabilir.

Yine bu maddede kişinin bilirkişilik yapabilecek düzeye geldiğini belirleyen standartları işaret etmesi, belirlemesi gerekir. Yani BELGELEMESİ esas olmalıdır.

Yine günlük yaşamdan örneklersek TEDAŞ tarafından dağıtılan elektriğin belli bir trafo ile belli bir kuruluşa (saniye) verilmesinde bir arıza anında sanayiın o trafoya müdahalesinde teknisyenin derecesi aranır. Aksine bir halde sorumluluk doğmaktadır.

Kısaca işe eksik başlatacağımız kurum bizi çözümsüzlüğe taşıyabilir.

T.B.B.nin de Bilirkişilik - Tahkim ünitesi kurması çalışması öncelikli meselesi olmalıdır.

MADDE : 10

Oda başkanlarının Genel Kurulun tabii delegesi olması gerekir. (B.Bnde yaşanan sendromu sadece hatırlıyorum) 1136 sk: md.114

MADDE : 23 HAKEM, HAKEM - BİLİRKİŞİ - BİLİRKİŞİLERİN SEÇİMİ

23/4 : "Bilirkişilik görevlerini kabul etmekle yükümlüdürler" cümlesi yasalarımıza aykırıdır. 278/1

Kanunlarımızda bilirkişiye başvurulması gereken zorunlu kılan hakimler vardır. MK: 133, 359, 418, BK: 199, 380 TK: 293, 303 İst.K:15

Birde Resmi Bilirkişiler Adli Tıp - Anıtlar Yüksek Kurulu Yüksek Sağlık Şurası gibi. Bu mecburiyetin dışındaki kişileri HMUK: 278/3 e aykırı bir maddedir.

(Dikkat özel not: Bilirkişi shf: 465, 466)

Ülke içinde ve dışında kongrelere gidecek üyeleri seçmek. buna gerek var doğru. Eksik olan ULUSLARARASI İLİŞKİLERİ KURABİLMEK İÇİN BU KURULUŞUN ÖRGÜTLENMESİ ŞARTTIR. Taslakta bu nokta yoktur.

Bilirkişilik, gelişmiş ülkelerde meslek birlikleri içinde örgütlenmiştir. Meslek birlikleri veya odaları kendi odaları kendi alanları içinde uzmanlık alanlarını ve uzmanları belirleme hakkına sahiptirler.

Meslek birliklerinin uzmanlaşmayı saptama yetkisi vardır. Yani bilirkişi yetkisinin verilmesi özel bir özen gerektiren konudur. Bunun belgelenmesi şarttır.

Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası, Uluslararası Teknik Bilirkişi Merkezi (The International Centertor Tecnical Expartize) listelerine girebilmek için uzmanların belirli standartlara göre verilen uzmanlık belgelerine sahip olması şarttır.

Uzmanlarımızın uluslararası uyuşmazlıklarda görev alabilmesi için önce bu odaların bu kuruluşlarla temas, ilişki kurulması gerekir.

Bu odalar birliğinin Uluslararası kuruluşlara üye olması şarttır.

Bu hususta bu nokta da eksiktir. Tamamlanması gerekiyor.

Gerçi iç hukukumuzun açısından da konuya bakmak gerekiyor. Anayasa madde 33. Dernek kurumu hakkını hürriyetini tanıyor. Ancak 2908 Sayılı Kanun ile uluslar arası temas ilişki için (izin koşulu vardır) Bu noktanında aşılması gerekir. (3335 S. Uluslararası nitelikteki teşekküllerin kurulması hakkında kanun)

Yoksa 26/9 - Sn Büyüğümüzün, büyüklerimizin dış temaslarda bulunmak üzere yurt dışına eşleri ile gitmelerinden, kongrelere katılmalarından öteye gidemez. Bu da komediden öteye geçmez.

TARTIŞMALAR

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Av. Refik Moral arkadaşımız enteresan noktalara temas etti. Bu kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin oluşma safhasında uygulanan bazı esaslar olduğunu zannediyorum; yani böyle bir oda ve arkasından birlik kurulmak istendiği vakit, her vilayette bunların nasıl oluşacağına dair bazı geçici hükümler kabul etmek gerektiğini zannediyorum. Bizim Ankara'da, enstitümüzde yaptığımız tartışmalarda şöyle bir görüş ortaya çıktı: Belki kuruluş safhasında; yani bu oda ve birliklerin organları oluşuncaya kadar geçici bir süre, mesela Barolar Birliği ve dolayısıyla her vilayette, o vilayetteki Baro, öbür taraftan odalar; Ticaret ve Sanayii Odaları konusunda kanunda açık hüküm var. Bu odalar, meslek komiteleri kurmak suretiyle, ayrıca bilirkişileri de seçmek görevi var. Bu itibarla, Ticaret ve Sanayii Odaları, Barolar Birliği, hatta belki yargıdan da geçici olmak üzere kurucu heyetler oluşturmak suretiyle, bu safha gerçekleştirilebilir. Benim düşündüğüm şu: Mühendis ve Mimar Odalarına da böyle bir görev vermek suretiyle, başlangıçta bu odaların meslek komiteleri tarafından önerilecek, tavsiye edilecek, belirtilecek kişilerden oluşacak bir kurucu heyetin oluşturulmasında daha fayda olduğu kanaatindeyim. Bence bu düşünülecek, üzerinde çalışılacak bir konudur.

Ata Bey bu konuda ne düşündüğünü soralım. Bazı konuların olgunlaşması lazım, Sonra sizlere söz vereceğim.

MEHMET ATA ATAPEK- Sayın Başkanım; tabii ki konukların mutlaka önerileri olacaktır. O önerileri not etmemiz gerekiyor. Sayın Barolar Birliği Başkanının da, herhalde önemli önerisi olacak.

Mesela oda başkanları, yine Türkiye Barolar Birliğindeki Genel Kurul delegeleri gibi, bu Birliğin Genel Kuruluna oda başkanları tabii delege olarak girecekler. Zaten onda hiçbir kuşku yok.

Uluslararası odalara kayıt konusu ise, Birlik Genel Kurulunun ve Yönetim Kurullarının tartışması gereken bir konu. Ülke içindeki ve dışındaki sempozyumlara katılmaları söz konusu.

Odaların kuruluş safhalarıyla ilgili bir şeyi açıklamak isterim. Bu konu, taslakta geçici maddeyle düzenlenmek isteniyor. Tabii ki bir taslaktır, tartışılacaktır. Kuruluş maddesiyle ilgili bu maddeler de elbette tartışılacaktır; ama kısaca hemen onu arz etmek isterim. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra, bu kanun tasarısında belirtilen, engel bir hali bulunmayan hakem, hakem bilirkişi ve bilirkişiler, oda kurucusu olmak istedikleri takdirde, bu 3 ay içerisinde buldukları illerin valiliklerine başvuracaklar, birer kurucu belgesi alacaklar. Bu süresin sonunda da, kurucu belgesi alanlar tarafından bir geçici yönetim kurulu oluşturularak, bir geçici maddeyle odaların oluşturulması ve daha sonra Ankara'da birlik toplantısı yapılması öngörülmüyor. Tabii ki tartışılacak hükümler; daha etraflı girmek istemiyorum.

Son bir şeyi belirtmek isterim. Maddi menfaatlerin korunmasına yönelik çalışmalar yapmak: şimdi eğer bir meslek kuruluşu olarak hakem, hakem bilirkişi ve bilirkişiler ya da Hocamın demin belirttiği gibi sadece bilirkişiler için ise, bunların

ücret tarifelerinin hazırlanmasıyla ilgili tabii ki hükümler var; ancak bu meslek kuruluşuna, bu kişilerin de menfaatlerinin korunmasına yönelik bazı çalışmalar yapmak için o ilgili hüküm öngörülmüştür. Diğer sorulara cevap vermemek isterim.

Buyurun Sayın Başkanım.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Efendim, bize Adalet Bakanlığı tarafından gönderilen metinde, bu ek kısım yok. Demek ki o ilave edilmiş.

Sayın Özok, buyurun lütfen.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK- Değerli Konuklar; iki gün süren sempozyumda bilirkişilik kurumunu gerçekten detaylı bir şekilde tartıştık. Son derece deneyimli bilim adamları, uygulamacılar, bilirkişiler ufkumuzu açtı. Türkiye Barolar Birliği, bu ve benzeri tartışmaları meslektaşlarıyla, kamuoyuyla yapacak. Bu ilk de değil, son da olmayacak. Yalnız burada bir açıklama yapmak durumundayım. Bilirkişilik kurumunu tartışmaya, kamuoyuna açmaya ve meslektaşlarımızla tartışmaya karar verdiğimizde, Sayın Genel Sekreterimiz Atilla Elmas, Sayın Ejder Yılmaz ve Sayın Çetin Aşçıoğlu Üstadımızın birikimlerinden yararlanarak, tartışılacak konuları da, içerikleri de, onların uyarlamasına ve de değerlendirmesine bıraktık. Bu, bizim demokratik anlayışımızın bir göstergesi.

Her konuyu tartışacağız, her konuyu görüşeceğiz; bizim kendi birlik görüşümüze aykırı dahi olsa konuşacağız, görüşeceğiz, tartışacağız ve onlardan yaralanacağız. Buradan şuna varmak istiyorum: Türkiye Barolar Birliği ve ben, sizler nasıl bu yasayla bugün irtibatlandıysanız, biz de o şekilde irtibanlandık. Sayın Ejder Yılmaz Hocam, dün bana bu Hakem ve Bilirkişilik

Odaları Birliği tasarısını bana verdi. Dün bakabildiğim kadar, dünkü yemek arası, yemek molasından sonra fırsat bulup bakabildiğim kadarıyla fikir edindim. Bugün de Adalet Bakanlığının çok değerli temsilcisi Sayın Mehmet Ata Atapek yargıç arkadaşımızın açıklamaları, Ejder Hocamın açıklamaları, daha önce Sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Hocamızın Antalya'da yaptığı çalışmaları, burada bizler de, sizin gibi öğrendik ve de tabii burada tebliğ Değerli Arkadaşımız Refik Moral'a gittiği için, o da görüşlerini belirtti.

Demim söylediğim gibi, bizim Barolar Birliğindeki çalışmamız da son derece demokratik ve saydam. O bakımdan, bu yasayla ilgili, böyle bir kurumlaşmayla ilgili, Türkiye Barolar Birliğinin net görüşünün ne olduğunu doğrusu ben bilmiyorum, bilemiyorum. Bu konuda ben kendi bireysel görüşlerimi izninizle belirtmek istiyorum; ama Değerli Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşlarım ve Barolar Birliğinin bu konuda, her konuda olduğu gibi uzman olarak kabul ettiği kişilerden aldığı görüşle ve kendi tabanıyla yaptığı iletişimle bir görüş belirleyecektir; ama benim şu anda duyduğum ve algıladığım, bu yasa tasarısının yeni bir kaos, yine bir problem getireceği şeklinde. Bir defa gerçekten avukat ve savunma mesleğiyle, mimarlıkla, eczacılıkla, tıp mesleğiyle, böyle belirli ve periyodik zamanlarda görev yapılan bilirkişiliği aynı kefeye koymaktan ben alındım. Yıllardır mücadelesini verdiğimiz savunma mesleği, avukatlık, mimarlık, mühendislik, bunları yılların birikimiyle gelmiş. Ta loncalardan bugüne kadar gelen usta-çırak ilişkisiyle, kendi iç dinamikleriyle bunları ortaya koymuş bir mesleği, böyle içinden çıkılamayacak bir problemle bize benzetilerek bir oda haline getirilmesini kabul etmek -Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak değil, Özdemir Özok olarak bireysel söylüyorum- bana son derece yanlış geldi.

Tabii ki böyle bir tasarımı düşünürseniz, bunun modeli olan ve Anayasanın 135. Maddesinde düzenlenen meslek kuruluşlarını

monte edebilirsiniz; ama yıllardır bu konuda mücadele vermiş, bu konuda birikimleri olan mesleklerle, Hakem ve Bilirkişilik Odalarını birlikte götürebilmenin, doğrusu eşyanın tabiatıyla aykırı olduğunu, doğayla aykırı olduğunu kendi bireysel görüşüm olarak aktarıyorum. Bir defa hakemlik çok farklı bir şey, bilirkişilik çok farklı bir şey. Hakem, olayın özünde kendi görüşünün esası hakkında da karar verecek. Bilirkişi, yargıcın Hukuk Muhakemeleri Yasası 275 ve gelen maddeleri, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası 65. Maddeye göre başvurduğu ve hangi konuda başvuracağını da bilemediğin ya da çok özel, çok girift ve çok uzmanlık isteyen bir konuda başvuracaktır. Şimdi siz bunu bir odaya bağalarsanız, bir meslek olarak kabul ederseniz, bunun çok yeni sorunları çıkaracağı kanısındayım; ama demin başında belirttiğim gibi. Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak her görüşe, her yeni tasarıya, her düşünceye açığız ve buna kafa yoranların bu emeğini de saygıyla karşılıyoruz. Özdemir Özok olarak, bir avukat olarak, 31 yıllık bir meslektaşınız olarak bireysel görüşümü ifade ettim; ama kaygı duyduğum bazı konuları sizlerle paylaşmak istedim.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Sağ olun.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, şunu hatırlamanızı rica ediyorum: Mali müşavirlerle ilgili kanun tasarısı hazırlanırken, Barolar ile bu meslek mensupları arasında bir hayli yıllar süren tartışma olmuş ve bu yüzden maalesef o mali müşavirlerle ilgili yasa çok gecikmiştir. Rahmetli Faruk Eren Hocamın Barolar Birliği Başkanlığı zamanında sağlanan uzlaşmayla o engel aşılmış ve Türkiye çok gecikmiş olarak böyle önemli bir muhasebe uzmanlığı organına sahip olabilmıştır. Bence konunun çeşitli yönleri vardır. Barolar Birliği belki bu konuda bir uzman komite veya komisyon oluşturur, belki daha ilgili kuruluşlarla beraber

Adalet Bakanlığı uygun görürse, konu orada olgunlaştırılır ve o seviyede bir neticeye varıldıktan sonra, Adalet Bakanlığı, tasarısını ona göre hazırlar. Eğer bilirkişilikle ilgili etik kurallara ihtiyaç olduğunu kabul ederseniz, o zaman mutlaka bu etik kuralları tespit edecek, denetleyecek ve uygulayacak bir organizasyona ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. O da, kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülüdür.

Burada bilirkişilik meslek değildir; ama bilirkişi olmayı kabul edenler, bir mesleğin uzmanlarıdır. Bu itibarla, bunların da örgütlenmesinde ve kamu kurumu niteliğinde bir müessese olarak denetlenmesinde ve sorumluluk taşımasına ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Türkiye'nin menfaatleri, bizi buraya götürmektedir.

Sayın Öztekin, buyurun lütfen.

SELÇUK ÖZTEK- Sayın Başkanım, değerli katılımcılar; çok teşekkür ediyorum.

Benim Sayın Atapek'e iki sorum olacak. Birincisi; şimdi anladığım kadarıyla bu oda mekanizmasında hâkim, odaya kayıtlı kimseler arasından bilirkişi seçmeye mecbur. Peki, şimdi bunu, "Hiç kimse hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" şeklindeki anaya hükmüyle nasıl bağdaştırıyorsunuz? Bir kere bunun cevabını almak istiyorum.

İkinci olarak; bu şekilde kurulan odalar ya çok kapalı birtakım kulüpler haline dönüşebilir ya da her önüne geleninin girdiği çok açık kulüpler haline dönüşebilir. Şimdi diyeceksiniz ki, "Giremeyen yargı yoluna müracaat eder" Peki, yargı yoluna müracaat edecekse, neden şu yargıyı en başa alıp da, her Adalet Komisyonunun kendi yargı çevresinde bilirkişileri tespit etmesi

gibi çok daha basit bir yöntemi benimsemiyorsunuz? Onu sormak istiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

MUAMMER GÜLER- Ben de Sayın Başkanın ifadesine bir şey eklemek istiyorum.

Şimdi biz, Türkiye'deki bilirkişilik sorununu çözerken, asıl çözmemiz gereken sorunları bir kenara bırakıp da, bu oda konusuna yöneldik. Asıl olan, bilirkişiliğin diğer sorunları değil midir? Bu bir, İkincisi; esasen kanunların resmi bilirkişi olarak öngördüğü ve şu anda odaların, kamu niteliğindeki meslek teşekküllerinin bizatihi içinde olan, -bunu Terziler Odasından tutun, Deniz Ticaret Odasına kadar götürebilirsiniz- kişilerin bu oda karşısındaki durumu ne olacak? Esasen kendileri zaten belirli odaların kuruluşları değil midir? Bence bilirkişilikle ilgili Sayın Ejder Hocamın belirttiği sıkıntıları, düzenlemeyi, -etik kurallardan, cezai sorumluluklardan, seçime ilişkin olanlardan- kendi haline bırakıp, zaman içerisinde böyle bir meslek teşekkülü haline gelmesini düşünmek acaba daha yararlı olmaz mı?

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim efendim.

BİLAL KARTAL- Hocam, teşekkür ediyorum.

Benden öncekileri dinlerken de, böyle bir tepki geleceğini düşünmemiştim. Bende "yalnız kalırım" korkusu vardı; ama yalnız kalmadığımı hissettim ve biraz da güçlü hale geldim. Bizim,

bilirkişi olarak burada bir meslek odasına veya bir odaya kayıt yaptıracığımız kişi, zaten bir meslekten gelmiş. Bu elektrik mühendisidir, inşaat mühendisidir, eczacıdır, tıp doktorudur ve zannediyorum kendi mesleğini yürütmek için o odaya kayıt olmak zorunluluğu vardır ve o mesleğin de kendine has etik kuralları vardır. Şimdi bu etik kuralları, başka bir etik kuralla, sanki “diplomanızı aldınız, bir daha diploma” gibi, böyle denetleyenin denetçisi gibi dururumun bana göre hem bir yararı yok, hem de şöyle bir sakınca yaratacaktır: Meslek kuruluşları arasında bir çatışma yaratacaktır. Oraya bu üyeyi, bu bilirkişiyi gönderecek kimdir? Zannediyorum o meslek kuruluşu gönderecektir. Onlar arasında çatışma olacak. bunu neye göre tayin edecektir? Belki yıllara göre. Şöyle bir şey yapılabilir: Meslek kuruluşlarından; İnşaat Mühendisleri Odasından, Elektrik Mühendisleri Odasından listeler alınır, bunlar bölge bölge mahkemelere gönderilir, hâkim bunların içerisinde tayin edebilir. Bu, birincisi.

İkincisi; Sayın Öztekin bir şey söyledi. Türkiye’de bu uygulanıyor, kimse de buna itiraz da etmiyor. Tabii o söylediği için hemen söylüyorum; Kamulaştırma Yasasında bir hüküm var. Her yıl Ocak ayında bilirkişiler mahkemeye gelirler, Sulh Hâkimi yemin verir ve bunlar bir yıl boyunca kamulaştırma davalarında bilirkişilik yaparlar. Bu kadar karmaşıklığın içerisinde yine meslek kuruluşları arasında bir ayırım yapılmaması gerektiği düşüncesiyle, böyle bir taslağın, şu haliyle pek tutarlı olmayacağını, bir amaca ulaşmayacağını düşünüyorum.

Sayın Meslektaşımız Refik Beyin, özellikle istatistiki veri içeren tebliğinden dolayı kendisine teşekkür ediyorum. Bir adliyede oturup da, bilirkişilerin baktığı davaları taramak çok kolay bir şey değil. Yalnız, şöyle şeyler söylendi: Yargıtay, “yeterli bilirkişi” dedi.

Av. REFİK MORAL- “Yetersiz bilirkişi” dedim efendim. “Yetersiz bilirkişi” diye bozması var da, yeterli bilirkişiyi niye tarif etmiyor” dedim.

BİLAL KARTAL (Devamla)- Ben, ona cevap vereceğim. “Yetersiz bilirkişi” yargı kararlarında yer almışsa, bir yanlış deyimden kaynaklanıyor. O, yetersiz bilirkişi değildir. Örneğin bir elektrik uyuşmazlığında inşaatçı dinlenirse, buna “yeterli uzman alan olmayan” denebilir; ancak kararlarımızda özellikle şu tabir geçer: “Yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak” Şimdi bu birincisi; yani “yetersiz bilirkişi” raporuyla, “yetersiz bilirkişi” farklı şeyler.

Av. REFİK MORAL- O ayrımın farkındayım. Ben, özellikle “yetersiz bilirkişi” diye, kişiliğe yönelik kullanımı ifade ettim.

BİLAL KARTAL (Devamla)- Bir de dendi ki, “Yargıtay, bilirkişi raporuna göre karar verilmesini istiyor” Böyle bir şey yoktur. Yargıtay önüne gelen temyiz dilekçelerinde “rapor yetersizdir” diyor. Bunun neden yetersiz olduğu yoktur. Ben de o raporu tartışmam; çünkü o bilirkişinin verdiği bilgiye, o teknik bilgiye sahip değilim; ama kararı önümüze getiren, temyiz eden avukat arkadaşımız gidip, bu işi bilen başka birinden haricen bir rapor alıp, bunu dilekçesine aktarabilir. Böylece olay ile varılan sonuç arasındaki illiyedi kesebilir. Mantıksal yönden kestigi zaman, bizi tatmin etmiş olabilir; ama soyut olarak bu rapor yeterli değildir. “Yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmiştir” denildiği zaman, buna itibar etmek mümkün değildir; yani avukat da bunu açıkça getirdiği zaman, itibar edebiliriz.

Başka bir şey söylendi; “Ceberut yargı” denildi. Beni bağışlasınlar, belki biraz sert bir yargıç olabilir; ama yargı ceberut olamaz. Her halde bu da amacı aşan bir deyim olarak geldi.

Av. REFİK MORAL- Kastım o değildi Sayın Üstadım.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Kartal; size çok önemli bir örnek vermek istiyorum. Baronun üyeleri arasında üniversitedeki öğretim üyeleri de vardır. Üniversite öğretim üyeleri, üniversitede çalışırken, o statüye tabi olarak onun etik kurallarına tabidir; ama Baroda çalışırken, avukat olarak Baronun kurallarına tabidir. Baroya kayıtlı avukat, aynı zamanda mali müşavir olarak o odaya da kayıtlı olabilir ve iki sıfatla; hem Baronun, hem de o Mali Müşavirler Odasının etik kurallarıyla bağlıdır ve mali müşavirlerin etik kurallarına aykırı eden oradan ihraç edilebilir; ama Ankara Barosunda belki kalır.

Av. ÖZDEMİR ÖZTEK- Yanlış anlaşılmaya neden olmasın. Bir mali müşavir, hem Mali Müşavirler Odasına kaydolup, hem de Baroya kaydolamaz. Buna Avukatlık Yasası engeldir. İkincisi; bakın Sayın Hocamın söylediği bilim adamları, akademik kariyeri olan insanlara, Avukatlık Yasası bir ayrıcalık tanımıştır. Aslında Avukatlık Yasasıyla bağdaşan istisnai mesleklerdendir. Hatta biliyorsunuz öğretim görevliliği, son yasada yalnız hukuk alanında. Bunlar istisnai mesleklerdir ve de hukuk alanında olan, belirli bir kariyeri olan; yani şu anda profesör, doçent statüsünde olanlar. Kesinlikle bir mali müşavirin, bir muhasebecinin, Muhasebeciler Odası ya da Mali Müşavirler Odasına kaydolduktan sonra, aynı mesleği avukat olarak götürmesine olanak yok; ikisinden birisini tercih etmesi gerekli. Biliyorsunuz ilkokul ve ortaokul öğretmenleri avukatlıkla bağdaşan istisnai

mesleklerdendi. Yeni yasa “Öğretmen mi olacaksınız, avukat mı olacaksınız? Tercihinizi yapın” diye bir yıllık süre verdi. Dolayısıyla bu konuda Avukatlık Yasası son derece katı kurallar getirmiştir.

Yine Sayın Hocam, mali müşavirler ve muhasebecilerle ilgili olarak Faruk Hocamızın önce direndiğini, sonra hoşgörüyü gösterdiğini söyledi. Değerli meslektaşlarım; ben bilirkişiliği bir mali müşavirlik gibi dükkanını açan ve yaptığı iş belli olan, defterini tutan ve etiği belli olan, ne yaptığı belli olan bir iş olarak kabul edemiyorum, bir meslek olarak kabul edemiyorum. Zaten Hakem ve Bilirkişilik Odasına ters bakışım ya da bana ters gelişimin tek nedeni bu. Bilirkişilik, belirli konularda çok uzman olan insanlardan, yargının yargı talebidir. Siz bunu nasıl bir meslek olarak, bir birlik olarak düşünebilirsiniz? Yıllardır, şoförlük yapmış, kahvecilik yapmış, lokantacılık yapmış meslekler, geçici olarak belirli zamanlarda yargıya hizmet edecek ve bekleyecek, yargı kendisini çağırırsa para kazanacak, yargı kendisini çağırmasa para kazanamayacak. Siz bunu nasıl bir avukat gibi, yıllardır, ta bin yıllardan beri gelen bir savunma mesleği gibi, bir mimar gibi, bir doktor gibi kabul edebilirsiniz? “Bunun kabulü mümkün değildir” diye düşünüyorum, meslek olmadığını kabul ediyorum. Siz bunu böyle kabul ederseniz, tabii ki 135. Maddeye göre kıyas yoluyla onun hepsini getirirsiniz. O, onun öbür tarafı, teferruatı zaten.

Bilirkişilik ıslah edilsin. Bilirkişilik belirli bir kurala bağlansın; bunu tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasında, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasında daha disipline eden kurallar getirilsin; ama ayrı bir kurum, ayrı bir statü ve ayrı bir sektör yapılmasını anlamak mümkün değil. Arkadaşlarımız bilirkişilik yapıyor; yani yarın bu odayı hangi arkadaşımız gidecek, Samsun’da kuracak, Refik mi kuracak ya da başka bir elektrik mühendisi arkadaşımız mı kuraca? Bilirkişi sıfatını taşıyan bir

arkadaşımızın, meslek olarak bilirkişiliği seçtiğini hangi kritere göre, hangi nitelermeye göre, hangi ölçüye göre belirleyeceğiz?

Beni bağışlasın, Adalet Bakanlığımızın, çok saygıdeğer hâkim arkadaşımızın bu kadar detaylı bir yasa hazırlarken, bu basit noktaları düşünememiş olmalarını, doğrusu kabul edemiyorum; yani “bilirkişilik” diye bir dükkan var mı, “bilirkişilik” diye bir yer var mı, bir işyeri var mı? Biz, meslekten bunu anlıyoruz, meslektaşlar arasındaki bir dayanışmayı anlıyoruz, meslektaşlar arasındaki bir etik ilişkiyi anlıyoruz. Bu, Türk Toplumunda, Anadolu’da loncalardan beri gelen bir olay. O nedenle, olayın bu tarafı nedeniyle bana ters geliyor; ama bunu söylerken, “bugünkü haliyle bilirkişiliği bırakalım” demiyoruz, nitekim bu yakınmaların hepsine biz de katılıyoruz; ama bu şöyle olabilir: Bütün meslek kuruluşlarından temsilciler seçilebilir, ayrı bir statü oluşturulabilir, ayrı bir bilirkişilik komitesi kurulabilir, bunlar disipline edilebilir. Bunların hepsine varız; ama Özdemir Özok söylüyorum, kesinlikle meslek kuruluşu olarak buna katılmak mümkün değil.

Saygılar sunuyorum. Sağ olun.

OTURUM BAŞKANI- Sayın meslektaşlarım, söz vermeden lütfen konuşmayın.

Sayın Çetin Aşçıoğlu, buyurun.

ÇETİN AŞÇIOĞLU- Efendim, öncelikle şunu söylemek isterim: Tebliğleri, bildirimleri dinlerken, aynen Özok gibi düşündüm. Ek olarak bir şey söylemiyorum; söylemek istediğim başka bir şey var. Yargıyı, çağdaş bir yargı düzeninde çalışma olanağına getirmediğçe, bu sorunlarla çözemeyiz. Elimde şu kitap var. Bu, karşılaştırmalı hukuk açısından bilirkişi kurumunu

inceleyen bilimsel bir eser. Burada 3 tane bilim adamı, Almanya, İsviçre ve Fransa'daki bilirkişilik uygulamasını bilimsel olarak ortaya koymuşlar. Eğer siz yargıyı Kara Avrupa'sındaki bilirkişilik uygulama düzeyine getirirseniz, zaten sorunun yüzde 90'sını çözersiniz. Amaç bu yapıtta (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları; Yargıtay Yayını) yazılı karşılaştırmalı hukukta bilirkişi uygulamasını Türkiye'de yerleştiremezseniz, çok büyük sorunlar peş peşe gelir ve böyle bir kurumla da bunu önlemek mümkün değil.

İkincisi; Türkiye'de bir gelenek yerleşiyor, yeni yeni kurullar oluşturuyoruz. Bunu, birçok örnekleriyle görüyoruz. Mevcut kurumları çalışır duruma getirmek, ıslah etmek, düzenlemek varken, yeni kurullar kurmanın da hiçbir amacı yok.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Efendi, sorun şudur: Bakın, iki gün bilirkişilikle ilgili problemleri tartıştık, çok ağır şikâyetler ortaya çıktı. Şimdi bu bilirkişilik müessesesini derleyip toparlamaya ülkemiz bakımından ihtiyaç var mıdır, yok mudur? Problem budur.

Av. ZEKİ EKMEK- Bu tasarımı, şu anda tartışılırken öğrendik ve itiraf edeyim, okunan tasarı karşısında da dehşete kapıldığımı ifade edeyim. Karşımıza dev bir kurum çıkıyor. Bilirkişilikten şikâyet ederken, bu sefer çok daha büyük, bir ejderha görünümlü kurumla karşılaşma olanağımız olacak. Bakın, bir yanlış düzeltmek için, başka bir yanlış yapmayalım. İki gündür bilirkişilik müessesesinin ne hale geldiğini, bunun nasıl düzeltilebileceğini tartışıyoruz ve burada yargıçlarımızın bilirkişi görüşü alma zorunda olmadığı birçok konuda da bilirkişi görüşü aldığını, bunların bilirkişi raporlarında ağırlıklı olarak



gördüğünü herkes ifade etti. Şimdi, “Bilirkişilik sorununun bu hale gelmesinde öncelikle hukukçuların rolü nedir?” sorusuna cevap bulmamız gerekir. Ne yapmamız gerekir? Bu sorunun cevabını verirken, öncelikle Hukuk Fakültelerinden başlamamız gerekir. Bir ülkede yetiştiirdiğiniz hukukçuyu hangi nitelikte yetiştiirdiğinizi tartmak zorundasınız. İyi nitelikte hukukçular yetiştiirmek zorundasınız. Bunu yaptığımız zaman, çok nitelikli yargıçlar, çok nitelikli avukatlar, çok nitelikli hukukçular yetiştiireceksiniz.

Çok önemli bir tasarıyla karşı karşıya kaldık ve Barolar Birliğinin düzenlediği böyle bir bilirkişiliğin tartıldığı bir ortamda, kusura bakmayın, bambaşka bir tasarıyla karşılaştık. Biz ülkemizde yeterli hukukçular yetiştiirdiğimizde, yargı sistemimizi çok daha iyi bir noktaya getirdiğimizde, herhalde bu bilirkişilik sorunu da çözülecektir. Hâkimlerimiz yeteri özeni gösterdiği takdirde, bilirkişilikle ilgili sorunların yüzde 50-60’ını giderecektir. Şimdi böyle bir yapılanmayı siz anayasayla nasıl bağdaştıracaksınız? Marangozlar Odasından, Kahveciler Odasından, vesair yerden gelen kişileri böyle bir yapı içerisinde, meslek kurumu niteliğinde bir yapılanma içerisinde nasıl değerlendireceksiniz ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ifadesini bulan adil yargılıma içerisinde böyle bir yapıyı nasıl sağlayacaksınız?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben, enstitü müdürü olarak size şunu ifade etmek istiyorum: Biz, ülkemizde bu barolar ile mali müşavirler arasındaki tartışma dolayısıyla, ülkemizin yıllar kaybettiği kanaatindeyiz ve enstitümüzde senelerce evvel bir-iki günlük gayet güzel bir toplantı yaptık ve destekledik. Şimdi benim

sizlerden ricam ya böyle bir yasaya evet, değilse organizasyon konusundaki önerilerinizi lütfen kısaca belirtin.

Teşekkür ederim.

Şimdi buyurun efendim.

Av. Ziya YERGÖK (Adana Barosu)- Öncelikle Sayın Hocamın Türkiye Barolar Birliği ile mali müşavirler arasındaki tartışmanın Türkiye'ye yıllar kaybettirdiği şeklindeki görüşüne kesinlikle katılmıyorum. Şu andaki düşüncelerimiz de aynı şekilde Türkiye'ye yıllar kaybettirecek değil, bir yanlısın kurumlaşmasına biz karşı çıkıyoruz. Açıklanan tasarımı son derece yanlış buluyorum, son derece olumsuz, yanlısı kurumlaştırarak bir tasarı olarak görüyorum. Ejder Hocam, "bu tasarıya Samsun tasarısı diyebiliriz" demişti. Bir Adanalı olarak da, Samsun'a böyle bir haksızlık yapmayalım diye düşünüyorum; çünkü sayın meslektaşlarım, Samsun adı, doğru adımlarla, doğru atılımlarla, kurtuluş atılımıyla özdeşmiş bir kenttir. Samsun'a böyle bir kaksızlık yapmayalım, tasarının adını başka bir şey koyalım.

ESDER YILMAZ- Efendim, müsaade buyurursanız, şunu hatırlatmak istiyorum: Bu tasarı aynen kabul edilebilir, bu tasarı hiç kabul edilmeyebilir; ama buradaki hukukçulardan beklenen husus, yepyeni bir tasarı ortaya koymaktır. İşte o tasarının adı Samsun tasarısı olacak demiştim. Demek ki yan anlatamadım ya anlayamadım.

OTURUM BAŞKANI- Bakın, 19.30'da kapatacağım. Eğer devam arzusu heyetçe ifade edilirse devam edeceğim, yoksa kapatacağım.

ŞEVKET APALAK- Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına, mevzuatına bakan bir dairede üyelik yapıyorum. Bu konuda bazı bilgilerim var; ancak bu konuda yazışmalarla ilgili bilgilerim de var; fakat onları açıklamaya iznimin olmadığını düşünüyorum.

Anayasanın kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıyla ilgili 135. Maddesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, bir mesleğe mensup olanların, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu kurabileceklerini düzenliyor.

Bir mesleğe mensup olmak; yani öncelikle bir mesleğe mensup olmak. Bu yasanın çeliştiği nokta, “Ben bilirkişiyim” diyen birisini odaya kaydederek meslek örgütünü oluşturuyor. Örnek gösterilen meslek kuruluşlarıyla ilgili örnekte ilk önce çıktığı anda geçiş yasal kuralları vardı; belli mesleklerde, belli bir süre çalışanlar geçtiler. Şimdi ise, örneğin LİMNE mezunlarını bile kabul etmiyoruz. Ticaret lisesinin LİMNE mezunlarını bile kurs niteliğinde sayıyoruz. Belli öğrenimi bitirmesi gerekiyor, sınava giriyor, staj yapıyor, sonradan meslek haline geliyor, serbest muhasebeci, mali müşavir oluyor.

Efendim, Danıştay kanun tasarılarını inceliyor, Danıştay 1. Dairesi kanun tasarıları hakkında görüş veriyor. Bir de, bakanlıklar bazen bu yolu yapmıyor, Danıştay Başkanlığından görüş istiyor. Ben de, Hâkim Akademisi Yasasında çalıştım. Danıştay üyeleri böyle yasalarda çalışıyor. Bu yasa Danıştaya gelmiş, öbürü de gelmiş, İstanbul’da Tahkim Merkezi Kurulması Yasası da gelmiş. Danıştay, bu yasayla ilgili görüş belirtmiş. Bunu açıklayamıyorum, yalnız bilirkişiliğin meslek olmadığını, meslek odası kuramayacağını düşünüyorum ve öneri getiriyorum. Öneri şöyle: Bilirkişilik, Ceza Usulü ve Hukuk Usulünde; yani Yargılama Hukukunda düzenlenmiş. Bilirkişiyle ilgili düzeltme, onarımla, iyiye doğru götürülme isteniyorsa, bunlar Yargılama Yöntemi

Yasasında düzenlenir. Görüşümüz, somutlaştırma önerimiz budur. Bilirkişilik, bilirkişilikle ilgili yasalarda düzenlenir. Benden sonra söz almış olan Atilla İnan'a veriyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ediyorum.

Atilla Bey, buyurun.

ATILLA İNAN- Bilirkişiliğin kurumsallaşması konusunda 1996 yılında bir araştırma yazısı yayınlamıştım. Bugünkü toplantıda o da dile getirildi. Değerli arkadaşlarım; bütün meslek birliklerinin kuruluş yasalarında bilirkişilikle ilgili görevler vardır. Baro Avukatlık Yasasında da aynı hüküm vardır, TMMOB Yasasında da aynı hüküm vardır, Ticaret ve Sanayii Odaları Yasasında da aynı hüküm vardır; ama bu görev, tali bir görev olduğu için, hiçbir meslek kuruluşu bu konudaki sorumluluğu hakıyla yerine getirmiş değildir.

Eleştirilere gelince, acımasızca eleştirileri yapıyoruz. Ben, avukat arkadaşımın eleştirilerine hak vermekle beraber, ne kadar acımasız olduğunu, biraz titreyerek dinledim. Lütfen karanlığa küfrederken, bir de kibrit çakalım. Eleştiriler yapıyoruz; ama lütfen öneriler de getirelim. Bu görevi, sorumluluğuyla birlikte yapabilecek ve hakıyla yapabilecek bir kurum önerisi getirilmiştir. Bu, meslekler üstü bir sorumluluğu, daha titiz bir şekilde ve sorumluluklarıyla birlikte bir düzene getirme çabasıdır. Ben, bu tasarıyı saygıyla karşılıyorum.

Teşekkür eder, saygılarımı sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun,

HİKMET ŞİMŞEK (Trabzon Baro Başkanı)- Efendim, ben de Sayın Şevket Apalak gibi, bu düzenlemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasında yapılmasını önerecektim. O, benden önce davrandı, söyledi. Ona katılıyorum. Ayrıca dünden buyana hep bilirkişilik kurumunun yozlaşmasından ve yargıya yardımcı olmasının ötesinde neredeyse uygulayıcıların her konuda bilirkişiye başvurularından yakındık, durduk. Sonuçta geldiğimiz nokta da, dönüp dolaşıp aynı yere geliyoruz. O zaman bilirkişilik kurumu tam kurumsallaşacak ve değimi belki yerinde kullanmak doğru olmaz; ama yargıçlarımız, yargılama aşamasında bilirkişiye daha çok başvuracaklar. O usul yasasındaki istisnai durumu da aşarak, -beni bağışlasınlar- belki de işlerinin yoğunluğunda ya da fakülteden yeni mezun olup, stajını yaptıktan sonra yargıçlığa başlayan meslektaşlarımız, işin kolaycılığını düşünerek, her konuda bilirkişiye başvuracaklardır ki, Sayın Refik Arkadaşımızın da konuşmacı olarak Samsun Adliyesinden verdiği örnekleri Türkiye’de çoğaltmak mümkündür. Bu yasaya biz de tamamen karşı çıkıyoruz ve Usul Yasasındaki hükümlerle birlikte, Usul Yasasında değerlendirilmesini diliyoruz.

Saygılar sunuyorum.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, bir noktaya dikkatinizi çekerim; yani bir organizasyonun Usul Kanununda düzenlenmesine imkân olmadığı kanaatindeyim. Mümkün değildir. Tabii ben, görüşümü arz ediyorum.

OĞUZ ATALAY- Sayın Hocam, Değerli Konuklar; galiba tartışma yanlı bir mecraya gitti. Ejder Hocamın da demin belirttiği gibi, aslında bu kanun tasarısının benimsenmemesi veya benimsenmesi ayrı bir tercih; ama beklenen, burada tartışmamız

gereken, dünden beri sorunlarını tartıştığımız bilirkişilik kurumunun ıslahı bakımından hangi öneriler getirilebilir? Benim de şahsi kanaatim, bir meslek olmadığı ve meslek odası şeklinde örgütlenmesinin doğru olmayacağı şeklinde; ancak zaten burada, bu tasarımı hazırlayanlar da, benim çok yeni elde edip, okuduğum kadarıyla, yargıda bilirkişiliğe ilişkin sorunların tamamına çözüm getirmek gibi bir kaygıyla hazırlanmamış. Bu tasarı, yargıda bilirkişinin seçimi, bilirkişi ücretleri, bilirkişilerin etik ve hukuki konulardaki yanlışlıklarına karşı denetim kaygılarıyla hazırlanmıştır. Bu üç amaca uygun olarak mutlaka meslek odası şeklinde örgütlenme zorunlu değildir. Başka bir kurum, kamu niteliğinde de olabilir. “Bağımsız idari organizasyonlar” diye son zamanlarda kurumlarımız var. Bunlara benzer bir kurum organizasyonuna gidilebilir. Bu kurum, ticaret odaları, esnaf odalarından listeler alabilir. Bunlar içinde, bilirkişilik yapabilecek seviyede olanları tespit eder. Bu kişilerin listelerini çıkarıp bakanlığa gönderir. Yine ücret listelerini bu kurum hazırlayabilir veya Adalet Bakanlığı bünyesinde, Adli Yargı Komisyonları ile birlikte böyle bir şey yapılabilir; ama önemli olan, benden sonraki konuşmacıdan da ricam, artık “tasarıcılar” “tasarı karşıtları” şeklinde değil, lütfen somut öneri getirsin. Kim yapsın? Benim kanaatim, bir bağımsız kurum olabilir ve Adalet Bakanlığı bünyesinde bir düzenleme yapılabilir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim.

Av. ENDER DEDEAĞAÇ (Ankara Barosu)- İki gün boyunca, yaşadığımız bilirkişi problemlerini tespit ettik. Yaptığımız bu tespitlerde yasaların olanak verdiğini, sadece cezai unsur olarak yasalarda bir boşluk olduğunu gördük. Burada

problemi oluşturan yargının içinde yer alan avukatlar olarak bizler, yargıç olarak hâkim arkadaşların, mevcut yasaları doğru olarak uygulamamasından kaynaklar olan problemler olduğunu da gözlemledik. Bizim buraya geliş amacımız, bilirkişilik problemlerinin neler olduğunu ve nasıl çözüleceğini ortaya koymaktır. Bunun sonucu olarak, insan ögesinden kaynaklanan birtakım problemlerin varlığı ortaya çıktı. Bunun çözümü, biz barolar ve Barolar Birliği olarak kendi meslek gruplarımızı mevcut yasaların uygulanması için eğitimle ve benzeri şeylerle yetiştiririz kanısındayım. Aynı şeyi Adalet Bakanlığı da, kendi mensupları arasında yapar ve bunun temel hatalarını oluşturan insan ögesinin biri de Yargıtay olduğuna göre, Yargıtay da kendi arasında yasalara aykırı olarak oluşturduğu kararlar varsa eler, çıkarır, bu olayı bitirir. Bir burada, yargının avukat ve yargıçları olarak bilirkişi sorunlarına geldik. Bilirkişilerin eğer kendi problemleri varsa, onlar kendi platformlarını kursunlar, orada tartışınlar.

Arz ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

Av. SAMİ KAHRAMAN- Efendim, sabah da bilirkişi etiği tartışılırken, problemin büyük ölçüde bilirkişilik görevinin süreklilik arz etmesiyle problem haline geldiğini ve büyüdüğünü belirtmiştim. Bu kanaatimde halen ısrarlıyım. Şimdi, bilirkişilik profesyonel bir görev olmaya başladığında, böylesine büyük sorunlar arz ederken, bunun daha da profesyonel yapılarak, bir oda çatısı altında süreklilik arz eden bir şekle dönüştürülmesi, bana göre problemi biraz daha büyütecektir.

Şimdi, ben bu müesseseyi eleştirirken, arkadaşımız vicdansızlıkla itham etti. Eğer ortada bir yanlışlık varsa, bu

yanlışlık toplumun ve hukukçuların belası haline gelmişse, vicdansızca eleştirmedeğimiz takdirde bu sorunu çözmemiz mümkün değil. Bu bakımdan o iddiayı kabul etmiyorum. Ayrıca arkadaşımız dedi ki, “Çözüm önerileri istendiğinde hiç” dedi. Arkadaşımız herhalde oraya dikkat buyurmamış. Çözüm önerilerini ben getirmiştım, bunu bir daha tekrar ediyorum. Çözüm önerisi, aslında mevcut Usul Kanunlarında mevcuttur; ama Usul Kanunları doğru uygulanmıyor. Problem buradan kaynaklanmıştır. Bilirkişi seçimi esnasında, el yordamı metotlarla bilirkişi seçilme yoluna başvuruluyor. Yoksa bilirkişi temiz insanlardan, dürüst insanlardan, basiret ve liyakat sahibi insanlardan, mesleğinde başarılı olmuş insanlar arasından seçilmiş olsaydı ve arızı bir görev olarak değerlendirilmiş olsaydı, ayrıca da bu görev verilirken, vereceği raporun hududu da çizilmiş olsaydı, bugün bu tartışmaların hiçbirisine gerek kalmazdı. Kötü uygulamadan kaynaklanıyor. “Kanun doğru dürüst uygulanırsa, bu sorun ortadan kalkar” diye düşündüm ve bunu da arz etmiştim efendim.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, hâkimlerimizin ihtiyacı yalnız Türkiye’de değil, diğer ülkelerde de ihtiyacı, müracaat edecek kalifiye bilirkişi adaylarının listesine sahip olmaktır. Bu listeyi kim hazırlayacak?

Av. CENGİZ TUĞAL- Yargının ve yargıcın bağımsızlığının mücadelesini çok uzun yıllardır veriyoruz. Böyle bir oda oluşumu, oda içerisinde görev yapacak bilirkişiler dışında, dışardan başka bilirkişinin görevlendirilmesinin yargıç tarafından engellenmesi tabii sonucunu ortaya çıkaracak, dolayısıyla yargıcın bağımsız çalışmasını veya o odalara kayıt yaptırmamış, o konuda çok değerli uzman kişilerin bilgilerinden istifadeyi engellemek

suretiyle çok büyük bir yanlışa yönelmiş olacağımızı düşüncesindeyim. Meslek odalarının kendi etik kuralları içerisinde, her meslek odasından alınacak bilirkişilik yapmak isteyen insanların isimlerini mahkemelere bildirecek bir sistemi getirmek, sadece usul yasaları içerisinde yapılacak değişikliklerle mümkündür.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim efendim.

Yalnız başka ülkelerdeki uygulamayı da ve hâkimlerimizin bu konudaki ihtiyacını iyice değerlendirmek gerektiğini düşünüyorum.

Buyurun.

ERDOĞAN ZENGİN (Makine Mühendisi - Bilirkişi)-
Efendim, tüm konukları saygıyla selamlıyorum.

Ben, 42 senedir bilirkişilik yapıyorum. Ücret alındığımi bilmiyordum. Diyarbakır Karayollarında 2 yıldır ücretsiz, 40 yılını da ücretli olarak bilirkişilik yaptım.

Ücret konusunu da açıklayayım. Daha 3-4 gün evvel 4. Asliye Hukuk Mahkemesine 10 milyon liralık 2 sayfalık bir rapor verdim. 2001 yılında da, 1 tane olmak üzere 100 milyon liraya kadar bir rapor verdim. Paneli de zevkle izledim. Bu işi zevkle ve hobi olarak yapıyorum. 40 yıllık memuriyet hayatım var. Bağışlarsanız 10'u çömezlik, 10'u muavinlik, 10'u da müdürlük olmak üzere, 98 yılı Ocak ayında da emekli oldum.

Ücreti anlattım, kendimi de söyledim. Seçim konusuna gelince, benim bir işletmenin müdürü olan 15 yıllık makine mühendisi oğlum var. ben kendi mesleğim için söylüyorum; bizim mesleğin meraklısı 15 senede yetişir; çünkü dikiş makinesinden

lokomotife kadar makine mühendisisiniz, bu memlekette anlayacaksınız ve yerine göre her konuda da bilirkişisiniz. Seçim konusunda da demin Sayın Atapek Hocam dedi ki, "Kaportacı da bilirkişi" Olabilir, kaportacıyı da hakir görmüyorum. Yalnız bir kısıtlama ve sınırlama. 15 bin nüfusun altında, 20 bin nüfusun altında bir kasabada kaportacıyı yaparsınız. Nasıl ki siz, avukat arkadaşımız, dostumuz varken, dava vekiline dava vermezseniz bunu, bu meslek yönünden de yanlış buluyorum. Daha henüz mesleğimizde makas kulağına "makas şasesi" diyen mühendis arkadaşımız var. Arabada 50 şiddette deprem olsa, amortisörün etrafındaki helezona bir şey olmaz. "Helezon hasarlandı" diye raporlar önümüzden geçiyor, bunları görüyoruz. Bunu yazan meslektaşımız var. Ben diyorum ki; makine mühendisi olarak kendim söylüyorum; 200 veya 250 bin kişilik şehirlerin üzerinde 20 yıl üzerindeki kişiler uzman bilirkişi yapılsın. Neden? Ben, hobi olarak yapıyorum. Bundan da geçimimi temin etmiyorum. İnşaat Yasası çıktı, 3 tane kontrol bürosu kuruldu; A sınıfı, B sınıfı, C sınıfı, 24 mühendis, 12 mühendis 6 mühendis ve bunların da belli bir yılları var.

Benim arz edeceklerim bunlar. Siyah çantayla gezen bilirkişilerden biri benim; ama çağrılmadan ve dosya götürüp, getirmeden başka adliyeye gitmiyorum.

Teşekkür ederim efendim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim efendim. Sağ olun.

Şimdi, iki gün çok güzel çalışmalar yapıldı ve bu iki gün içinde gerek Samsun Barosu, gerek Odalar Birliği, Vilayet, Belediye, meslektaşlarımıza çok yakın ilgi gösterdiler, örnek ilgi gösterdiler. Hepsine teşekkür ediyorum.

Size söz veriyorum ve bitireceğiz.

MEHMET ATA ATAPEK- Sayın Başkan, Sayın Konuklar; aslında bu toplantı çok güzel. Yalnız bir şeyi ifade etmek istiyorum. Ben, Hâkim Mehmet Ata Atapek olarak buna hedef değilim; Adalet bakanlığını temsilen geliyorum, o bakımdan da bir şeyi ifade etmek istiyorum. Adalet Bakanlığı olarak -ki, Sayın eski Bakanımız buradadır- taslakların, tasarıların hazırlanması için önce bir ham çalışma yapılır. Daha sonra bu çalışmalar taslak haline dönüşür, çeşitli kişi ve kuruluşlardan görüşler toplanır. Bilimsel düzeyde, bu gibi ve üniversitelerde toplantılarda ortaya çıkar. Hele Türkiye Barolar Birliğiyle, Samsun Barosu gibi elit, üst kuruluşların bu toplantılarında, ortaya çıkacak bir netice olmalıdır. O bakımdan Sayın Hocam kapatmadan önce, ben bir sonuç arz etmek istiyorum.

Taslak haline geldikten sonra, öncelikle biz bunu Sayın Bakana arz edeceğiz. Sayın Bakan eğer bizim önerdiklerimizle, kendisinin bize emrettiği hususları yerine getirilip, getirilmediğine göre eğer tercih olarak bu tasarı hazırlanacaksa, şu veya bu şekilde hazırlanacak. Hazırlanmayacaksa; yani bir şey ifade etmek istiyorum, çok fazla hiddet veya kızgınlık göstermeye gerek yok, bu bir çalışmadır, en azından çalışmaya hazır bir metindir.

Şimdi çok kısa 2-3 şey arz etmek istiyorum. Sayın Valim, herhalde bir şey sordunuz. O soru açıkta kalmasın diye arz etmek isterim. Başka bir meslek kuruluşu odaya kayıtlı olanlar, bu odaya girecekler mi? Evet. Çok kısa bir-iki şey söyledikten sonra, bir temel prensip söyleyeceğim ve ben de bur sunuş belirtmek istiyorum. Örneğin İnşaat Mühendisleri Odasına kayıtlı olan bir inşaat mühendisi, eğer bu odaya girmek istiyorsa, buraya da kaydolabilecek. Herhangi bir engel hal yok. Bizim açımızdan; yani taslağı düzenlerken ki ilke, prensip engel olmadı. Sayın Eski Bakanımız Prof. Dr. Selçuk Öztekin sorduğu odalara girme

konusunda herhalde aynı cevap; fakat diğer bilirkişi seçimi konusunda, anayasada yer alan “Hâkimlere kimse emir, talimat veremez” bölümünde, “adli merciler tarafından zorunlu görülen haller dışında bu listelerden seçilecek” diye düşündük. Bu elbette mahkemeleri de kapsayacak, hâkimi kapsayacak, kendisi gerekli buluyorsa, bu listeden seçecek. Bunun örnekleri çeşitli kanunlarda var. demin arz etmeye çalıştığım Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununda bilirkişinin Ticaret ve Sanayi Odaları tarafından tespit edilecek listelerden, Hazine Müsteşarlığınca onaylanmış kişiler arasından seçileceğine dair özel bir hüküm var, yine bugünkü ve dünkü konuşmalarda yer aldı, Kamulaştırma Kanununda var. Bunlar dışında, tabii ki bu önerileri veya unutkanlığımız varsa, onu düzeltmek için üzerinde duracağız.

Bir de Sayın Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanım Bilal Kartal Beyin söylediklerine cevap vermek haddime değil; ama açıklama getirmek isterim. Meslek kuruluşlarıyla ilgili bir çatışma olmayacağını düşünüyoruz.

Bu sempozyumda, bu tartışmalardan ortaya çıkacak, bu bir tasarı değil. tasarı olması için, Hükümet tasarısı olarak Bakanlar Kurulunda imzaya açılması lazım. Bu, bir taslak. Biz, eksikliğimiz olduğunu; ancak böyle bir taslağa gerek bulunduğunu söylüyoruz; fakat Sayın Barolar Birliği Başkanı ve toplantıya katılanların belirttikleri gibi de bir itiraz var. Hukuk Usulünde, Ceza Muhakemeleri Usulünde düzeltme yapılabilir. Bunları da değerlendireceğiz; ama bu bir sempozyumdur. Sempozyumda bir noktada bilimsel açıdan bunlar zapta giriyor. Yine de bunların haricinde Adalet Bakanlığı olarak biz, yazılı her türlü önerinizi bize gönderdiğiniz takdirde değerlendireceğiz. Bundan onur duyarım; ama ben özellikle bir şey söylemek istiyorum; bu toplantıya katılmaktan onur duyuyorum.

Sağ olun.

OTURUM BAŞKANI- “Hayır” modası; her şeye hayır. Öyle yapmayalım. Bakın, biz hukukçuyuz. Biz. Problemi görüp, çözüm üretmek durumundayız. Bence bu iki günlük süre içinde hastalık belirlenmiştir. Şimdi bunun tedavisi için yapılacak çözümler nelerdir? Lütfen onu düşünün, onu önerin.

Hepinize tekrar çok teşekkür ediyorum, iyi günler diliyorum.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Saygıdeğer konuklarımız, 10 dakika daha sabrınızı istirham edeceğiz. Kapanışta hem Barolar Birliği Başkanımızın, hem de Samsun Barosu Başkanımızın birer kısa hitapları olacak. Bundan evvel, 7. tebliğin katılımcılarına Samsun Barosunun armağanlarını sunmak üzere, Ankara Barosu Başkanı Sayın Sadık Erdoğan’ı kürsüye davet ediyorum.

Saygıdeğer Konuklarımız; şimdi sempozyumun kapanış konuşmasını yapmak üzere, Samsun Barosu Başkanı Sayın Av. Arif Yılmaz Üney’i kürsüye davet ediyorum.

ARİF YILMAZ ÜNEY (Samsun Barosu Başkanı)- Efendim, bu “Bilirkişilik” sempozyumu iki gün sürdü; ancak değerli konuklar, 18 saat konuşuldu. Gerçekten bilirkişilik gibi sorunlu bir konu, her zaman sorunlu olmuş bir konu, burada en iyi şekilde tartışıldı; ancak bilemediğimiz bir tasarı da ortaya çıktı. Tabii bu, ayrı konuda, ayrı zeminde tartışılacak bir konu. Burada bilirkişilik konusunda anlatılan her husus, gerçekten ilerde bu yasanın 275 ve tabii Usulün 66. Maddeleri içinde ve devamında kullanılmayan, eksik kullanılan hususlar varsa, onların ikmalinin yerinde olacağı ortaya çıktı. O bakımdan bu konuda iki günlük çalışmanın çok iyi sonuç verdiğini söylemek istiyorum.

Sempozyum süresince eksikliğimiz varsa hoş görün. Bu sempozyumun hazırlanmasında ve Samsun Barosuna layık görülmesinde Türkiye Barolar Birliğinin, üst kuruluşumuzun gösterdiği davranışa huzurlarınızda teşekkür ediyorum. Bu sempozyum sebebiyle Samsun Barosuna desteklerini esirgemeyen Sevgili Valimiz Sayın Muammer Güler'e, çok değerli, çalışkan Büyükşehir Başkanımız Yusuf Ziya Yılmaz'a, çok değerli Cumhuriyet Başsavcımız Kemal Karacan'a ve özellikle AKM'nin Sayın Müdürüne, çalışanlarına, çok sevgili Samsun Barosunun 53 stajyerine, katılanlara, emeği geçenlere huzurlarınızda tekrar teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Genel Başkanı Sayın Özdemir Özok'u kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Sayın Başkanım.

ÖZDEMİR ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Genel Başkanı)- Sayın Valim, değerli konuklar; iki gün süren "birlikçilik" sempozyumunda, biraz önce Sayın Samsun Barosu Başkanımızın da belirttiği gibi son derece verimli, yararlı sonuçlar aldık.

Değerli konuklar, Değerli Meslektaşlarım; Türkiye Barolar Birliği, bu ve benzeri toplantıları sıkça yapacak. Tek başımıza adliye koridorlarında meslektaşlarımızla değil, topluca, birlikte sorunlarımızı tartışacağız ve bu sorunların çözümlerini birlikte üreteceğiz ve yaşama geçmesi için de hepimiz o çözümlerin arkasında duracağız. Bunu söylemeden geçemeyeceğim; Perşembe gününden bu yana Samsun'da, ben ve arkadaşlarıma gösterilen yakın, sıcak konukseverliğe, başta Sayı Valim olmak üzere, Belediye Başkanımız olmak üzere ve de Başsavcımız,

Adalet Komisyonu Başkanımız olmak üzere, şu saatte dahi bizi dinleme lutfunda bulunan bu değerli yöneticiler yanında, Samsun Barosunun gerçekten özgün ve saygın avukatlarına şahsım ve Türkiye Barolar Birliği adına teşekkürlerimi, sevgilerimi ve saygılarımı sunuyorum.

Başka bir etkinlikte birlikte olmak dileğiyle hepinize teşekkür ediyorum, iyi akşamlar diliyorum.

Sağ olun efendim, çok teşekkür ederim.

Av. KERAMİ GÜRBÜZ- Bilirkişilik sempozyumu burada sona ermiştir. Ben de şahsım ve salon düzeninden sorumlu arkadaşlarım adına, eğer bir sürçülisan etmiş isek mazur görülmesini, bir eksik varsa hoş görülmesini istirham ediyorum.

Hayırlı akşamlar efendim.