

# HUKUK YARGISI BAĞLAMINDA BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Süha TANRIVER\*

**Özet:** Bu makalede, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Bilirkişilik Kanunu Tasarısı hakkında genel çerçevede bilgi verilmiş ve anılan Tasarı'da yer alan düzenlemelerin bir kritiğinin yapılmasına gayret edilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Bilirkişilik, Bilirkişilik Bölge Kurulu, Bilirkişilik Üst Kurulu, Bilirkişiliğe Kabul Şartları, Hukukî Sorunlarda Bilirkişiyeye Başvurma Yasağı, Bilirkişilik Görevinin Niteliği, Bilirkişinin Sorumluluğu.

Her şeyden önce, Tasarı'nın adının seçimi, isabetli bir biçimde yapılamamıştır. Çünkü anılan Tasarı hükümleri bir bütün hâlinde gözetildiğinde, Tasarı'da bilirkişilik kurumunun tüm boyutları itibariyle değil, daha ziyade kurumsal bazda yapılandırılmasına ilişkin hükümler sevk edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, anılan Kanun Tasarısı'nın adının, böyle bir tasarıya ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususuna ilişkin tartışmalar tümüyle saklı kalmak kaydıyla, "Bilirkişilik Kurumunun Yapılandırılması Hakkındaki Kanun Tasarısı" şeklinde belirlenmesi, daha doğru bir yaklaşım biçimi oluşturur. Kaldı ki, Tasarı'nın adı bu şekilde kalacak olursa, usul kanunlarında yer alan bilirkişilikle ilgili düzenlemelerin tümüyle kaldırılıp, anılan kurumun mantıksal kurgu ve sistematik bir bütünlük içerisinde, tüm boyutları itibariyle, yargı kolları arasındaki farklılaşmadan kaynaklanan koordinasyon ve ko-relasyonun kurulmasının sağlanması suretiyle bir düzenlemeye tâbi tutulması, daha tutarlı ve daha doğru bir davranış biçimi teşkil eder.

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

Öte yandan, bilirkişilik, her şeyden önce, bir meslek olarak nitelendirilemez.<sup>1</sup> Meslekten söz edilebilmesi için, özel bilgiye ihtiyaç gösteren ve öğrenilen bir sanatın, az veya çok sürekli bir biçimde icra ediliyor olması gerekir. Bilirkişilik ise, bu nitelikleri taşımamaktadır; tamamen arızî veya tesadüfî olarak gerçekleştirilen bir faaliyet konumundadır; sürekli bir biçimde icra olunamaz.<sup>2</sup> Yine, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda oy ya da görüş bildirmekle sınırlı biçimde gerçekleştirilen bir faaliyet, meslek olmaktan ziyade, meslekî verilerin somut bir plânda ifade edilmesi, bir mesleğin türevi ya da yansıma biçimi olarak algılanabilir. Oysa, Tasarı'da, sistematik çerçevede, bir bütün olarak değerlendirme yapıldığında, bilirkişiliğin, bir meslek olduğu tezi benimsenmiş ve bu düşünceden hareketle, bilirkişiliğin kurumsal bazda yapılandırılmasıyla ilgili özel hükümler sevk edilmiştir. Biraz önce de işaret ettiğimiz üzere, bilirkişilik, bir meslek olmaktan ziyade, bir mesleğin somut bir plânda uygulanması şeklinde tezahür eden, arızî ya da tesadüfî olarak gerçekleştirilen bir faaliyet konumundadır. Dolayısıyla, özel hukuk bazlı "oda" ve "odalar birliği" yahut kamu hukuku bazlı "bölge kurulu" ve "üst kurul" şeklindeki yapılandırmalara elverişli bir nitelik taşımaz.<sup>3</sup> Çünkü her iki yapılandırma biçimi de, ancak meslekler için işlerlik kazanabilecek olan yapılandırma biçimleridir.

Öte yandan, illâ kurumsal bazda bir yapılandırma hedefleniyorsa, bu yapılandırmanın, tamamen yargısal alana özgü olarak bir işlev üstlenmiş olan bilirkişilik kurumunun, yürütmeye değil de; bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleri de gözetilerek, yargıyla ilişkilendirilmek suretiyle gerçekleştirilmesi, daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder. Bu çerçevede, gerçekten ehil olan kişilerin, bilirkişilik yapmasının temini, bilirkişilerin denetimi ve izlenmesiyle, bilirkişilik etiğinin oluşturulması ve ihtiyaç duyulan sair konularda koordinas-

<sup>1</sup> Tanrıver, S.: Bilirkişilikle ilgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları (Makalelerim II, Ankara 2011, s.288-300), s.288.

<sup>2</sup> Tanrıver, Makalelerim II, s.288.

<sup>3</sup> Tanrıver, Makalelerim II, s.288. Karş. Karayalçın, Y.: "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" (İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.30-31); Yılmaz, E.: Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s.538-550), s.549-550.

yon ve korelasyonun sağlanması için, yeni bir kurumsal mekanizmanın ihdası yerine; mevcut usul kanunlarında kendisine yer verilmiş bir kurum olan adalet komisyonlarının, bu bağlamda, daha etkin bir işlev görmesinin yollarının araştırılması cihetine gidilmesi, daha isabetli olur.

Bilirkişiliği karakterize eden temel öge, “uzmanlık”tır. Gerçekten uzmanlığı, ulusal bazda akredite edilmiş kişilerin, bilirkişi listesine yazılmasının sağlanması ve bu listeye yazılmanın câzip hâle getirilmesi şarttır. Öte yandan, uzmanlık, bilimsel yeterlilik ve meslekî performans hususunda karar verme, resmî bir kimliği bulunan üst bir yapının ve onun uzantılarının aracılığıyla değil; ancak o alanda ehil olan ve bir meslek örgütü şeklinde kuruluşu gerçekleştirilmiş bulunan birimler aracılığıyla sağlanabilir. Doğası gereği bu husus, resmî kimliği bulunan bir üst kurulun karar verebileceği konular arasında yer almaz. Böyle bir yapı, bu konudaki usul ve esasları belirleyici yönde, isabetli bir çözümlenmeye de varamaz. Bu alanı, tümüyle bilirkişilik yapacak olan kişilerin mensubu konumunda bulunduğu oda ya da onların üst kuruluşlarına (odalar birliğine) bırakmak daha doğru olur. Her bir mesleğin otonomisi, bunu, zaten zorunlu kılar. Örneğin, Avusturya’da bilirkişilik yapacak olan kişiler, Adalet Bakanlığı ile koordineli bir biçimde çalışan bilirkişiler derneğine kaydolmak zorundadırlar; dernek üyesi olmayan kişiler ise, adli organlarca bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmemektedir.

İllâ bölge kurulu ve üst kurul şeklinde bilirkişilikle ilgili kurumsal bazda resmî bir yapılandırmaya gidilecekse, üst kurulda yer alacak kişilerin kompozisyonunun olabildiğince geniş tutulması gerekir. Yargının işleyişine bilirkişi sıfatıyla katkı sağlayabilecek tüm muhtemel meslek gruplarının, odaları ve üst kuruluşlarıyla ilişki kurmak suretiyle, temsilcilerinin, bu Kurul’da yer almasının sağlanmasına azamî gayret ve özen gösterilmesi şarttır.

Tasarı’da, bilirkişilerin eğitimi ve sınavıyla ilgili olarak da -ki; buna ihtiyaç bulunup bulunmadığına ilişkin yapılması muhtemel tartışmalar tümüyle saklı kalmak kaydıyla- üst kurulun yetkilendirilmesi gözetildiğinde, üst kurulun kompozisyonunda yer alacak birimlerin, çok geniş bir yelpazede tespit edilmesi zaruridir. Objektiflik ve taraf-

sızlığın temini için, bilirkişiler için yapılacak olan eğitim ile sınavın kapsamının, hiç olmazsa, temel esaslarının, yasal çerçevede gösterilmesi zorunludur; bu husus, tümüyle yönetmeliklere bırakılamayacak kadar fevkalâde önemli bir nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, Tasarı'da, özel hukuk tüzel kişilerine de bilirkişiliğin kapısının aralandığı gözlemlenmektedir (Tasarı m.2/a ve m.5/j). Bilirkişilik, doğası gereği, ancak gerçek kişiler tarafından icra edilebilecek olan bir faaliyet niteliği taşımaktadır. Her şeyden önce, uzmanlık, dürüstlük ve güvenilirlik, gerçek kişilere özgü, onları tanımlayıcı karakteristik özellikler konumundadır. Yine, tevdi olunan görevi bizzat yerine getirme, yemin etme, sır saklama, sadakat ve özenle görevi ifa etme, yasaklılık ve ret kurumları, ancak gerçek kişiler bakımından işlerlik kazanabilir. Bunların dışında, bilirkişilik görevi, bir kamu görevidir; bilirkişi de, hem idare hukuku hem de Türk Ceza Kanunu anlamında bir kamu görevlisi konumundadır.<sup>4</sup> (AY m.128; HMK m.284) Bilirkişi, ya sadece tecrübe kurallarını yani özel veya teknik bilgileri mahkemeye iletir yahut tecrübe kurallarını vakialara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret eder ya da tecrübe kurallarından hareketle vakıaların tespiti biçiminde beliren bir işlevi yerine getirir.<sup>5</sup> Tecrübe kurallarını yani özel ve teknik bilgileri vakialara uygulayarak sonuç çıkarmak yahut tecrübe kurallarının yardımıyla vakıaları tespit etmek ise, gerçekte, hâkimin görevidir. Çünkü vakıaları tespit etmek ve kuralları bir sonuca ulaşmak amacıyla maddî vakialara altlamak, esas itibarıyla, hâkimin yetki alanına giren işler arasında yer alır.<sup>6</sup> Özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, hâkimden

<sup>4</sup> Tanrıver, S.: Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s.37-38, s.44.

<sup>5</sup> Rosenberg, L. / Schwab, K. H. / Gottwald, P.: Zivilprozessrecht, Fünfte Auflage, München 1993, s. 716-717; Jauernig, O.: Zivilprozessrecht, 24., völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 200, Fasching, H.: Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2. Auflage, Wien 1990, s. 516; Rechberger, W. H. / Simotta, D. A.: Zivilprozessrecht, 3. neubearbeitete Auflage, Wien 1986, s. 280; Holzhammer s. 266; Rüffler, F.: Der Sachverstaendige im Zivilprozess, Wien 1995, s. 7; Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000, s. 743; Ulukapı, Ö.: Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 291-315), s. 291; Büllon, O. J.: Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Streitiges Verfahren, 3. Auflage, Graz 1992, s. 150.

<sup>6</sup> Bartling, H.: Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachvers-

böyle bir çaba göstermesini beklemek mümkün olamayacağından, bu alanda sözü edilen çabayı göstermek, faaliyette bulunmak, doğrudan doğruya bilirkişilere bırakılmıştır. Yani, bilirkişi, yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine geçmemekle birlikte, hâkim veya diğer bir adli organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, onun yetki alanına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta; yargı işlevinin daha genel plânda ise klâsik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin, işleyişine ya da ifasına katkı sağlamaktadır.<sup>7</sup> Bu nedenle, hâkimle olan işlevsel akrabalığı dikkate alınarak, bilirkişinin hukukî statüsünü tanımlamak için, “ön hâkim”, “yardımcı hâkim”, “hâkim benzeri”, “hâkimin ortağı” kavramları da kullanılmaktadır.<sup>8</sup> Belirtilen bu hususlar bir bütün olarak gözetildiğinde, özel hukuk tüzel kişilerine, bilirkişilik kurumunun kapısının aralanması, ciddî sakıncalar doğurabilir. Özellikle, bilirkişinin hukukî sorumluluğu ile ilgili olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 285. maddesinde yer alan düzenleme bağlamında, ciddî problemler ortaya çıkabilir. Özel hukuk tüzel kişileri, genellikle, bilirkişilik görevini üstlenecekse, ticaret şirketi biçimindeki örgütlenme seçeneklerinden birisini tercih edeceklerdir. Bilirkişilik hizmetinin kamusal kimliği ve niteliği ile kârlılık ve verimlilik bazlı çalışan ticaret şirketlerinin felsefesini ve temel esprisini birbiriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Yine, bu tip bir yapılanmanın varlığı hâlinde, bilirkişilik kurumunun temel nitelikleri arasında yer alan bağımsızlık ve tarafsızlığın temini bağlamında da, ciddi sıkıntılarla karşı karşıya kalınabilir. Kaldı ki; Tasarı’nın, bilirkişiliğe kabul şartlarını belirleyen 11. maddesinde de gerçek kişiler baz alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmış; tüzel kişiler bakımından ise, bu bağlamda durumun ne olacağına dair herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Kendisine işaret

taendigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss., Göttingen 1982, s. 185; Holzhammer s. 267; Pieper, H.: Rechtstellung 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.

<sup>7</sup> Tanrıver, Bilirkişilik, s. 35.

<sup>8</sup> Blomeyer, J.: Schadenersatzansprüche des im Unterlegenen wegen Fehlverhalten Dritter, Köln Berlin Bonn München 1972, s. 129-130, s. 171 vd.

edilmiş olan bu hususlar bir bütün hâlinde gözetildiğinde, özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik kurumunun kapısının tümüyle kapatılması, daha sağlıklı ve daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder.

Öte yandan, bilirkişi, adalet hizmetlerinin ifasına ya da işleyişine, uzman kimliğiyle katkı sağlayan bir kamu görevlisi konumundadır. Dolayısıyla, bilirkişilik görevinin icra yetkisinin, münhasıran Türk vatandaşlarına hasredilmesi şarttır. Çünkü, kamu hizmetlerine girme hakkı, Anayasa uyarınca, Türk vatandaşlarına ait bir hak konumundadır (m.70). Ayrıca, gerçekten nitelikli ve alanında ehil olan kişilerin, bilirkişilik yapmak üzere listeye yazılmasının temini ve bilirkişiliğin, belirli kimselerin kazanç kapısı veya özellikle emeklilikten sonra gelir teminine yönelik alelâde bir iş, rutin bir faaliyet olmasının önüne geçilebilmesi için, bilirkişilik ücretlerinin, sarf edilen emek ve mesaiye uygun ve zaman unsuru da dikkate alınarak belirleneceğini, yasal çerçevede açıkça öngören özel bir hükmün sevk edilmesi suretiyle, cazip hâle getirilmesi şarttır.<sup>9</sup> Bu bağlamda, Alman ve Avusturya hukuklarında getirilmiş olan özel yasal düzenlemeden de yararlanılması düşünülebilir.<sup>10</sup>

Tasarı'nın 2/a maddesi ile 3. maddesinin üçüncü fıkrasında, HMK m.266'da olduğu gibi, çözümü "***hukuk dışında kalan***" şeklindeki bir ibareye de yer verilmek suretiyle açıklığa kavuşturulması, hukuk dışında, ancak özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabileceğine bir kez daha vurgu yapılması bir zurettir.

Öte yandan, bilirkişi, yargı düzeni içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin doğası gereği, üç şekilde faaliyet gösterebilir:

- 1) Özel ya da teknik bilgiyi adli organa iletmek
- 2) Özel ya da teknik bilgiye dayanarak maddi vakıaları tespit etmek
- 3) Özel ya da teknik bilgileri maddi vakıalara uygulamak suretiyle sonuç çıkarmak

Belirtilen bu hususlar gözetildiğinde, Tasarı'nın 3. maddesinin

<sup>9</sup> Tanrıver, Makalelerim II, s.290.

<sup>10</sup> Tanrıver, Bilirkişilik, s.79-83.

üçüncü fıkrasının sonunda yer alan “*uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte hukukî sonuçlar çıkaramaz*” ibaresinin hiçbir anlamı yoktur ve metinden çıkartılması gerekir. Ancak genel çerçevede, üçüncü maddede, bilirkişinin raporunda ve sözlü açıklamalarında, “*hiçbir şekilde*” hukukî değerlendirmelerde ve açıklamalarda bulunamayacağına açıkça işaret edilmesi uygun olur. Böylelikle, sadece hâkim değil; bilirkişi veçhesinden de, hukukî sorunlarda bilirkişilik yapılamayacağına, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 279. maddesinin dördüncü fıkrasında bir kez daha vurgu yapılmış olur.

Bu Tasarı’da da, amaç, hâkimin, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurmasının yasak olduğuna (HMK m.266; m.279,IV; m.33; MÖHUK m.2; AY m.138, I,c.1) bir kez daha vurgu yapmak ve bu yasağı pekiştirmektir. Bu hususa riayetini temini için, disiplinler önlemlerin yanı sıra, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulmuş olmasının, usul kanunlarında da, özel hükümler öngörülmesi suretiyle, mutlak istinaf ve mutlak temyiz nedeni hâline getirilmesi şarttır. Bu yapılacak olursa, hukukî bir sorunda bilirkişiye başvurmuş olması, hâkimin hukukî sorumluluğunu dahi doğurabilir (HMK m.46, I/c). Yine, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulmasının kapısının aralanması gayretinin bir ürünü olarak sevk edilmiş bulunan ve Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve yabancı hukuk, örf ve adet hukuku ve yürürlükten kalkmış olan hukuk alanları için bilirkişiye gidilebileceğini öngören hükmün,<sup>11</sup> bir an önce yürürlüğüne derhâl son verilmelidir. Tasarı’nın 3. maddesinin dördüncü fıkrasında hâkimin, hayatın olağan akışı gereği sahip olması gereken “*genel bilgisiyle*” çözümlenmesi mümkün olan hususlarda da, bilirkişiye gidemeyeceğinin, genel bir norm şeklinde ilâve edilmesinde büyük bir yarar vardır. Bu hususa vurgu, özellikle aktüer-ya, istatistik gibi bilimlerin verilerinin kullanımına ihtiyaç kalmadan, dört işleme dayalı olarak gerçekleştirilen basit hesaplamalar için dahi, hesap bilirkişisine gidilmesinin önlenmesi bağlamında, özel bir önem taşımaktadır.

<sup>11</sup> Yabancı hukukun muhtevasının tespiti bakımından, MÖHUK m.2’nin açıklığı karşısında, hâkim, bilirkişiye müracaat edemez. Ancak bu hususta tarafların yardımını isteyebilir.

Tasarı'nın, bilirkişiliğe kabul şartlarını belirleyen 11. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenlemenin, kaldırılması daha uygun olur. Çünkü, hukukî sorunlarda hâkimin, zaten bilirkişiye başvuru yasağı vardır; hukukçu kimliği bulunanlar, salt bu kimlikleri sebebiyle, zaten bilirkişi listesine yazılamazlar ve dolayısıyla bilirkişi sıfatıyla görevlendirilemezler. Bilirkişi olarak görevlendirilenler de, raporlarında ve sözlü açıklamalarında, hukukçuluk dışında başka bir uzmanlıkları mevcut değilse, hukukî irdeleme ve değerlendirmelerde bulunamazlar. Dolayısıyla, hukukçular, bu kimliklerinin yanı sıra, hukuk dışında ayrı bir uzmanlığa sahip değilse, salt hukukçu kimlikleri sebebiyle bilirkişilik listelerine kayıt da yaptıramazlar. Hukukçuluk sıfatını taşıyor olması nedeniyle, bir kimse, bilirkişi listesine yazılmak için talepte bulunmuşsa, yetkili mercii de, zaten böyle bir talebin reddine karar vermek zorundadır.

Bilirkişilikle ilgili temel bir problem de, onun görev alanının ve sınırlarının tâyini noktasında, uygulamada yargı organlarıncı gereken özenin gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bilirkişi, mahkemenin sağlıklı ve doğru bir karar verebilmesi açısından, hayatî bir rol üstlenmiş olan yargılama hukuku sujesi konumundadır. Hâkim, bilirkişiyi görevlendirmeden önce, hangi hususların bilirkişi aracılığıyla açıklığa kavuşturulacağını, tarafların görüşünü almak suretiyle net bir biçimde ortaya koymalı, yani bilirkişinin görev alanının çerçevesini ni açık ve kesin bir dille çizmelidir (bkz. HMK m.273, I). Bu bağlamda mahkeme, maddî sorunla hukukî sorunu kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı; hangi maddî vakıya ya da vakıaların özel veya teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular hâlinde, bu konudaki iradesini, herhangi bir tereddüde mahâl bırakmayacak şekilde açıklamalıdır. Tasarı'da da raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının temini ile yapılması muhtemel itirazların şimdiden bertarafı ve dolayısıyla usul ekonomisine (AY m.141; HMK m.30) uygunluğun sağlanması açısından, bilirkişiye yöneltilecek soruların tâyini sürecinde, mutlaka tarafların da görüşünün alınmasının zorunlu olduğuna, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, genel bir normun sevk edilmesi suretiyle yer verilmelidir.



Hâkimin, bilirkişi seçimi ve görevlendirilmesi sırasında kanunlarda belirtilen kurallara uymaması, kınama cezasıyla tecziye edileceğini öngören ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 65. maddesine, Taslak ile ilâve edilen (ı) bendi, yeterince caydırıcı olmaktan uzaktır. Bunun daha ağır bir yaptırıma bağlanması uygun olur. Ayrıca hâkimin, denetlenmesi evresinde de, adalet müfettişlerinin, bu hususu özel olarak kontrol etmelerine ve düzenleyecekleri raporda işaret etmelerine olanak veren spesifik bir hükmün, mevzuat bazında sevk edilmesine de ihtiyaç vardır.

Tasarı'nın 3. maddesinde yer alan temel ilkeler arasında, bilirkişinin, görevini, kendisini görevlendiren adli organın, sevk ve idaresi altında yürüteceği hususunda (bkz. HMK m.278, I), genel bir normun sevk edilmesinde de, sistematik bütünlüğün temini ve temel esprinin vurgulanması açısından yarar vardır.

Yine, Tasarı'da, mahkemelerle, Cumhuriyet Savcıları dışında, bilirkişi görevlendirebilecek olan adli organlar arasında yer alan icra daireleriyle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İstisnaen de olsa, bilirkişilerin kurul hâlinde görevlendirilmeleri de mümkündür. Bu durumda, onlardan beklenen, koordineli bir biçimde, ortaklaşa bir çalışma zemininde uzmanlık alanlarının verilerini bir araya gelmek suretiyle birleştirip; karşılıklı olarak istişarelerde bulunup, işi müzakere etmek suretiyle bir kanıya ulaşp, bunu raporlarında dile getirmeleridir. Zaten birden fazla bilirkişi tayiniyle güdülen amaçlardan birisi de, bilirkişilerin, aralarında istişarelerde ve müzakerelerde bulunmalarını temin suretiyle daha sağlıklı ve daha isabetli bir rapor hazırlamalarına uygun bir ortamı yaratmaktır.<sup>12</sup> Uygulamada, birden fazla bilirkişinin görevlendirilmesi hâlinde, her bir bilirkişinin, ayrı ayrı rapor verdiği ya da biri tarafından düzenlenen rapora, diğerlerinin de, bazen mahkeme kaleminde dahi imza koymak suretiyle

<sup>12</sup> Tanrıver, Bilirkişilik, s.76; Bilge, N. / Önen, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s.547; Güreli, N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s.67.

katıldıkları, müzakere sürecinin atlandığı gözlemlenmektedir.<sup>13</sup> Bu, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım değildir. İşaret edilen sakıncalı duruma meydan vermemek için, mahkemelerin, kurul hâlinde görevlendirme yapılması hâlinde, bilirkişileri, bir kez de sözlü olarak açıklamalarda bulunmak üzere, mahkemeye davet etmeleri zorunluluğunu öngören yasal bir düzenlemenin getirilmesi, kurul hâlinde görevlendirmeye güdülen amacın gerçekleştirilmesi ve bilirkişilerin denetlenmesi açısından da, isabetli bir tutum teşkil eder.

Yine, Tasarının 3. maddesinin dokuzuncu fıkrasında aynı konuda bir kez rapor alınmasının esas olduğuna vurgu yapılmıştır. Her şeyden önce, bu hüküm, yaptırımı bulunmayan bir hüküm konumundadır. Aynı, konuda birden fazla bilirkişi raporu alınmışsa, bu durumda ne yapılacağına dair, Tasarıda, spesifik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun bir yana bırakılması kaydıyla, aynı konuda bir kez rapor alınmasının esas olmasını öngörmek, işin doğası ya da niteliği gereği, kanun koyucunun takdir edebileceği bir husus değildir. Bu konuda, en sağlıklı ve en doğru kararı verebilecek olan mercii, davaya bakan yargı merciidir. Hâkim, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, aynı bilirkişiden, ek rapor alabileceği gibi, yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir (HMK m.281, II, III). Bu, konunun takdiri, tümüyle hâkimin yetki alanı içerisindedir. İşin doğası da, böyle bir takdir yetkisinin hâkime tanınmasını zorunlu kılar. Kaldı ki, Yargıtay'ın, hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı olmayacağı kuralına, ek rapor alma ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırma şeklinde bir anlam ve içerik yüklemesi de, aynı konuda birden fazla bilirkişi incelemesi yaptırılması gibi bir durumu, uygulamada ortaya çıkarmıştır.<sup>14</sup> Anılan

<sup>13</sup> Tanrıver, Makalelerim II, s.294.

<sup>14</sup> "...Bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli görülmediği takdirde mahkemece yapılacak iş, ya usulün 283 üncü maddesi gereğince bilirkişiden ek düşünce almak ya da usulün 284 üncü maddesi uyarınca başka bir bilirkişi eliyle yeni baştan inceleme yaptırmaktan ibarettir..." (2.HD.,10.12.1970 5018/6437, RKD., 1971/2, s.52); "...Gerçekten, hâkim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir (HUMK m. 286). Bu hükmün amacı hâkimin uygun görmediği rapor karşısında yeniden bilirkişiden mütalaa almasına ve gerekirse bir başka bilirkişinin düşüncesine başvurmasına imkân sağlamaktır. Bu itibarla hâkimin bilirkişinin yerine geçerek kişisel düşünce ve müşahedelerine dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir..." (2. HD., 11.9.1975, 6948/6497, YKD., 1976/2, s.144-145); "...Her ne kadar hâkim, bilirkişinin rey ve mütalaa ile bağlı değilse de kanun koyucunun amacı hâkimin bu gibi hallerde yeni bilirkişi mütalaaasına müracaat ederek bu konuda adaletli

sonuca varmasını sağlamaktır. Yoksa hâkim ihtisası gerektiren bilirkişi yerine geçerek rey ve mütalaada bulunamaz. O halde yapılacak iş yeniden bilirkişi mütalaasına müracaat etmek, ek mütalaa istemek veya yeniden rapor almak, bütün delillerle birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar vermek ibarettir..." (2.HD., 13.11.1987, 6774/8735, YKD., 1988/3, s.331); "...Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde hâkim bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Her ne kadar bilirkişinin oy ve mütalaası hâkimi bağlamaz ise de bu kural hâkimin kendisini bilirkişinin yerine koyarak karar vermesine imkân tanımak anlamına gelmez. Bu gibi hallerde yapılacak iş, yeterli görülmeyen rapor hakkında bilirkişiyi çağırıp gerekli bilgi alınıp sonucuna göre karar verme ya da yeni bir bilirkişiyeye işi havale edip bilgisinin tespit edilmesinden ibarettir. Bu yönü gözetenmeden bizzat yapılan şahsi görüşü esas alınarak hüküm tesisi kanuna aykırıdır..." (2. HD., 30.5.1989, 4901/5270, YKD., 1990/1, s.23); "...H.U.M.K.nun 275. vd. maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan maddede mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı düzenlenmiş ise de işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre verilen raporlar çelişkili ise mahkeme H.U.M.K.nun 283. maddesi hükmüne dayalı olarak, bilirkişiden açıklama ya da ek rapor isteyebileceği gibi 284. maddesi hükmüne dayalı olarak yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alabilir. Aynı ilkeler 6100 Sayılı H.M.K. beşinci bölümünde «bilirkişi incelemesi» ismi altında ve 266-287. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişi raporu kural olarak hakimi bağlamaz. Hakim raporu serbestçe takdir eder. Hakim, raporu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi gerçeğin ortaya çıkması için önceki bilirkişi veya yeniden seçeceği bilirkişi vasıtasıyla yeniden inceleme de yapılabilir. Bilirkişi raporları arasındaki çelişki varsa hakim çelişkiyi gidermeden karar veremez. Mahkemece aldırılan bilirkişi raporları arasında açık çelişki bulunup, bu çelişki giderilmemiştir. Bu durumda, mahkemece, önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle alınan raporlardaki çelişkileri giderecek ve davacı tarafın itirazlarını da karşılayacak biçimde denetime elverişli yeni bir rapor alınarak, hasıl olacak sonuç dairesinde hüküm tesis edilmesi gerekirken, birbiriyle çelişen raporlar arasındaki çelişki giderilmeden eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (3. HD., 22.1.2014, 2013/15896, 2014/749); "...H.U.M.K.nun 275.vd. maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan maddede mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı düzenlenmiş ise de, işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre verilen raporlar çelişkili ise mahkeme H.U.M.K.nun 283. maddesi hükmüne dayalı olarak, bilirkişiden açıklama ya da ek rapor isteyebileceği gibi 284. maddesi hükmüne dayalı olarak yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alabilir. Aynı ilkeler 6100 Sayılı H.M.K.beşinci bölümünde «bilirkişi incelemesi» ismi altında ve 266-287. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişi raporu kural olarak hakimi bağlamaz. Hakim raporu serbestçe takdir eder. Hakim, raporu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi gerçeğin ortaya çıkması için önceki bilirkişi veya yeniden seçeceği bilirkişi vasıtasıyla yeniden inceleme de yapılabilir. Bu

tutum, kanuna aykırı olsa bile,<sup>15</sup> fiilî bir duruma vücut vermiştir. Dolayısıyla, bu fiilî durum karşısında da, aynı konuda birden fazla rapor alınması kuvvetle muhtemeldir. Belirtilen bu sebeplerle, Tasarı'nın 3. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan kuralın, Tasarı metninden çıkartılması isabetli olur.

durumda mahkemece önceki bilirkişiden farklı bir uzman bilirkişiden somut olayı Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin ilgili 13,14,15. maddelerinde yer alan ilkeler ışığında değerlendiren bir rapor alınarak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bilimsel olmayan ve itiraza uğrayan bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (3. HD., 24.2.2014, 2013/19350, 2014/2745).

<sup>15</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceğini öngören kural, aynı Kanun'un, 198. maddesinde yer alan ve kanunî istisnalar haricinde, hâkimin, delilleri serbestçe değerlendireceği yönündeki düzenlemenin, somut plânda bir uygulanma biçimidir. Anılan hükümler çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel veya teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini ve dayanaklarını açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmelidir (Üstündağ, s.754; Ulukapı, s.313; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. B., İstanbul 2001, s.2770, s.2780-2781). Aksine bir tutum, hâkimi, bilirkişi raporuyla hüküm arasında bir aracı haline getirir ki; böyle bir anlayışın, hukuk devleti ve onun ayrılmaz bir unsurunu teşkil eden yargı bağımsızlığı ilkesiyle (AY m. 2; m. 138) bağdaştırılmayacak olması sebebiyle, kabulü mümkün değildir, Kuru, s.2781. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, aynı bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorundadır şeklinde de anlaşılabilir. Çünkü, aynı bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak, hâkimin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, zaten sahip olduğu doğal yetkiler arasında bulunmaktadır. Dolayısıyla anılan Kanun'un 282. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye, 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerden daha farklı bir anlam ve içeriğin yüklenmesi zaruridir. Çünkü, yasamayla ilgili olarak genel geçerlik taşıyan bir fiksiyon uyarınca, yasa koyucu, aynı şeyi iki kere düzenlemez. Aksine bir tutum, abesle iştiğâl olur. Yasa koyucunun abesle iştiğâl etmesi, eşyanın tabiatı gereği, yani üstlenmiş olduğu misyonun doğası gereği, zaten mümkün değildir. Ayrıca, hâkimin, bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesi ve bilirkişinin raporunun aksine de karar verebilmesi, kendisini bilirkişinin yerine koyması anlamına da asla gelmez. Çünkü, hâkimin, bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesi, sağlık gerekçeler ve dayanaklar göstermesi koşuluna bağlıdır. Hâkimi tatmin oluncaya kadar sürekliliği bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmak da, hükmün, görünüşte hâkim, gerçekte ise bilirkişi tarafından verilmesi anlamına gelir. Bunun da, yargı işlevinin niteliğiyle, amacıyla ve hâkimin bu bağlamda üstlenmiş olduğu rolle bağdaştırılması mümkün olmayacağı için, kabulü mümkün değildir.

Bilirkişinin oy ve görüşü, özellikle, hukuk yargısı bağlamında takdirî deliller arasında yer alır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde, hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hususu açıkça vurgulanmıştır. Bundan maksat, daha önceden de vurgulandığı üzere, hâkimin, bilirkişi raporunda yer alan özel veya teknik bilgilerden hareketle, raporda varılmış bulunan çözümlemenin ya da sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşması hâlinde, gerekçelerine açıkça işaret etmek suretiyle, bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesidir. Bu genel kurala, Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, idarî yargıyı da kapsar şekilde, bedensel zararların tazminini konu alan davalar bağlamında, hâkimin, tahkikat evresinde bilirkişi raporuyla tutarı belirlenen tazminatta, hakkaniyet gerekçesiyle artırma ya da indirme yapamayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, bir istisna getirilmiştir. Bu düzenleme, bilirkişi raporuyla hüküm arasında hâkimi bir aracı konumuna getireceği için, hâkimin yargısal süreç içerisinde üstlenmiş olduğu işlev ile anayasal bir kural olan ve hukuk devletinin (AY m.2) olmazsa olmazları arasında yer alan yargı bağımsızlığıyla (AY m.138) çelişmektedir ve bu nedenle de, bir an önce kaldırılmalıdır.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bilirkişilerin, kasten veya ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun mahkemece hükme dayanak yapılmış olmasından kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğuyla ilgili özel bir hüküm sevk edilmiş; buna karşılık, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumlulukları ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda da, bilirkişinin üstlenmiş olduğu kamusal görevin niteliğine ve bu görevin icrası sırasında taşınmış olduğu resmî sıfat ve kimliğe uygun bir biçimde, hukukî sorumluluk ile ilgili özel bir düzenleme getirilmesi zarureti mevcuttur.<sup>16</sup>

Son olarak, bilirkişinin sadece disiplin değil, cezaî sorumluluğu bağlamında da özel hükümler sevk edilmesine ihtiyaç vardır. Bu bağ-

<sup>16</sup> Nasıl bir düzenleme getirilebileceği konusunda bilgi için bkz. Tanrıver, Bilirkişilik, s.107-109.

lamda, Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde yer alan kasten gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçu dışında, başka suçların da ihdas edilmesi gerekir. Disipliner boyutu bir yana, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü bulunanlar bakımından (HMK m.270) işlerlik kazanan bir suç olan ve eski 766 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan "asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik için yapılmış olan davete icabet etmemek veya bilirkişilik görevini ifadan kaçınmak suçu"nun, yeni Türk Ceza Kanunu bağlamında da, bir suç hâline getirilmesi isabetli olur.