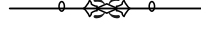


Hukuki Bilirkişilik

(Judicial Expert)



Dr. iur. Acun PAPAĞI, LL.M. (Tübingen)*

“Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim.”¹

ÖZET

1927 yılında yürürlüğe giren ve 2011 yılına kadar 85 yılı aşkın süre yargılama usullerini düzenleyen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca hukuki konularda bilirkişiden görüş istenilmesi yasaklanmıştı. Buna rağmen mahkemelerce yargılamaların neredeyse tümünde dosya içeriği hakkında bilirkişilerden hukuki görüş istenmesi, hukukçu bilirkişilerce tarafların iddia, savunma ve haklılıklarının tartışıldığı raporlar hazırlanması ve bu raporlar esas alınarak karar verilmesi olağan fiili bir uygulamaya dönüşmüştü. Yüksek mahkemelerce hukuki bilirkişilere ilişkin itirazlar, mahkemelerin bilirkişi raporları ile bağlı olmadıkları gerekçesiyle bozma sebebi olarak görülmeyle hukuki bilirkişilik kurumunun fiilen uygulamasına izin verilmekteydi.

Kanunkoyucu bu sorunu 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çözmeyi amaçlamış, mahkemelerce hukukun özel alanları adı altında hukuki bilirkişiliğe izin verilme eğiliminin önüne geçilmesi için “hukuk bilimi dışında” bilirkişiye başvurulabileceğini ve bilirkişiler tarafından hukuki konularda görüş bildirilemeyeceğini düzenlemiştir. Kanunkoyucunun tartışmaya yer vermeyecek kadar açık bir şekilde yasaklamış olmasına rağmen mahkemelerce hukuki bilirkişiden vazgeçilmesi mümkün olmaması, Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin düzenlediği yönetmeliğin 5/III. maddesi nedeniyle hukukun her alanında bilirkişiden görüş alınması mümkün hale gelmiştir.

Çalışmada hukuki bilirkişiliğe ilişkin kanun maddeleri ve Adalet Bakanlığının yönetmeliğinin bu maddeler ile uyumu incelenmekte, hukuki bilirkişilik kurumu mahkemeler, hukuki bilirkişiler ve davanın tarafları açısından değerlendirilmekte ve

* Avukat, İstanbul ve Tübingen Barosu üyesi.

¹ 2016 yılı bilirkişi yemin metni.

hukuki bilirkişilik kurumunun Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa ile uyumlu olup olmadığı ile yargılamalarda hukuki konularda bilirkişiden alınan görüşlerin delil niteliği tartışılmaktadır.

ABSTRACT

According to the Code of Civil Procedure Nr. 1086, which came into force in 1927 and regulated the turkish civil procedure until 2011 for more than 85 years, was prohibited to ask opinions of judicial experts about legal issues. Despite of it, it has become a usual practice of courts to ask the judicial experts opinion for almost every law case about the case content, preparing of judicial expert reports including experts general comments which discusses the claims, defence and justness of the parts on the issue, and giving a decision due to judicial expert reports. High Court has let the courts on their act of execution about the judicial expert institution by rejecting objections and by not reversing the decision of the lower court on appeal instead of evaluating that the court does not have to hold to the judicial expert reports.

With the Code of Civil Procedure 6100, which came into force in 2011, the legislator aimed to solve this problem to avoid the tendency to permit the judicial expert by the name of specialty areas of law and in this way ruled that except external areas of science of law judicial experts are prohibited from expressing their opinion on legal issues. Though the legislator prohibited the judicial expert beyond dispute, it was unable to quit the judicial expert for the courts and by the reason of the Regulation on Judicial Expert of Ministry of Justice Article Nr. 5/III it became possible to take opinion of judicial expert on all sections of the law.

In this paper will be studied the articles of Code of Civil Procedure on judicial expert comparing with the articles of the Regulation of Ministry of Justice including their harmony with each other and judicial expert will be evaluated together with the perspective of courts, judicial experts and the parts of the law case and furthermore the coordination of the judicial expert institution with International Conventions and Constitution will be discussed and the evidence character of judicial expert opinions on the legal issues in law cases will also be evaluated.

Anahtar Sözcükler: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuki Bilirkişilik, Deliller, Hukuk Devleti ve Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkeleri.*

I. Giriş

Bilirkişi incelemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) “İspat ve Deliller” adını taşıyan 4. kısım 5. bölümde² düzenlenmiştir. Kanunkoyucu HMK mad. 266 ile mahkemelerin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiden görüş alabileceğini düzenlemiş, hukuki konularda bilirkişiden görüş alınmasını ise mahkemelere yasaklamıştır.³ Bu yasak mahkemelerle sınırlı tutulmamış, HMK mad. 279/IV ile bilirkişilere de hukuki konularda görüş bildirmeleri yasaklanmıştır.⁴ Kanunkoyucunun HMK m. 266 ve 279 ile açıkça yasaklamış olmasına rağmen günümüzde mahkemelerce hukuki konularda ağırlıklı olarak akademisyen ve avukatlardan oluşan hukukçu bilirkişilerden görüş istenmektedir. Bu çalışma, hukuki bilirkişiliğin güncel uygulamasını, bu uygulamanın nedenlerini ve hukuki bilirkişiliğin hukuk açısından sonuçlarını incelemektedir.

II. Hukuki Bilirkişilik Yasaktır

1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Hukuki Bilirkişi

1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 275 ile özel ve teknik bilgiye ilişkin konularda hakim bilirkişinin oyunu ve görüşünü almaya karar vereceği düzenlenmiştir.⁵ Özel ve teknik bilgi gerektiren konuların sınırının çizilmemiş olması ve kanunkoyucu tarafından kendilerine bilirkişiye başvurma ödevi yüklenmesi, hakimlerce her davanın bilirkişiye gönderilmesine sebep olmuştur.⁶ Kanunkoyucu bu sorunu gidermek için 1981 yılında 2494 sayılı Kanun⁷ ile HUMK mad. 275 düzenlemesini değiştirmiş ve hakimlere özel ve teknik

² HMK mad. 266 - 287 yer aldığı bölüm.

³ HMK mad. 266: “(1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”

⁴ HMK 279/IV: “(4) Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.”

⁵ HUMK m. 275: “Halli, malumatı mahsusa ve fenniyyeye tevakkuf eden hususta, hakim ehli vukufun rey ve mütalealarını almaya karar verir.”; https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc005/kanuntbmmc005/kanuntbmmc00501086.pdf (01.02.2016)

⁶ Uygur Tanju, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1, s. 20.

⁷ 2494 sayılı Kanun, RG T. 18.07.1981, RG S. 17404; https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402494.pdf (01.02.2016)

konularda bilirkişi dinlenmesini yasaklamıştır.⁸ Bu değişikliğe ve hatta aksinin temyiz sebebi olduğuna ilişkin görüşlere⁹ rağmen hakimlerce hukukun bazı alanlarının özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gerekçesiyle hukukun her alanında bilirkişiden görüş alınmasına devam edilmiştir. Kanunkoyucunun yaptığı değişikliklerin yeterli sonuç doğurmadıkları, bilirkişilik kurumunun kanayan bir yara olduğu ve bu sorunun mutlaka çözüne kavuşturulması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.¹⁰

Bilirkişilik kurumunun bütünüyle yozlaştığı, adliye koridorlarında bekleyen kadrolu bilirkişilerin olduğu¹¹, hemen her konuda bilirkişilere başvurulduğu, bilirkişilerin hakim yerine geçerek onun yetkisini kullandığı doktrinde dile getirilerek eleştirilmiştir.¹² Bilgi yetersizliğinin, formasyon eksikliğinin, Yargıtayın alt derece mahkemelerine ve hatta hakimlerin kendilerine karşı olan güvensizliklerinin bilirkişilik kurumunun görev alanının genişlemesine sebep olduğu tespit edilmiş; ancak hakimlerin kendi bilgi ve tecrübelerini değerlendirerek bilirkişiye başvurmak konusunda serbestçe karar vermeleri gerektiği, modern hayatın değişim hızı ile uyumlu yeni uzmanlık alanları olduğu, hakimlerin farklı mahkemelere atanması nedeniyle tecrübe ve bilgi eksikliğinin söz konusu olabileceği, her türlü uyuşmazlığı çözebilecek bir hakim profili olamayacağı ve bu nedenle hukuki bilirkişiliğe izin verilmesi yönünde görüş de bildirilmiştir.¹³

2494 sayılı Kanun ile değişik HUMK m. 275 düzenlemesinin hukuki bilirkişilik kurumunu yasaklaması sonuç vermemiş, yıllarca süren alışkanlıklar ve diğer nedenlerle hukukun birçok alanının özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gerekçesiyle bilirkişi görüşüne başvurulmuştur. Yapılan itirazlar ise hakim bilirkişi görüşü ile bağlı olmadığına dair HUMK m. 286 düzenlemesi gerekçe gösterilerek temyiz sebebi

⁸ 2494 sayılı Kanun m. 18 ile değişen HUMK m. 275: “Mahkeme, çözümlü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez.”

⁹ Uygur Tanju, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1, s. 20.

¹⁰ Yılmaz Ejder, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 875

¹¹ Atalay Oğuz, Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar, Manisa Barosu Dergisi, 1995,70. Yıl Özel Sayısı, S. 134; Türk Hikmet Sami, Bilirkişilik, Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, 2000, s. 8.

¹² Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 16, Dn. 4 ve 5.

¹³ Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 26 vd.

sayılmadığı gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁴ başta olmak üzere Yargıtayın çeşitli daireleri¹⁵, içinde hukukçu bilirkişinin bulunduğu bir bilirkişi heyetinden rapor alınmasını gerekli görmüştür.

2. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Hukuki Bilirkişi

HUMK 275. maddesinde hukuki konularda bilirkişiyeye başvurulamayacağına ilişkin düzenlemeye rağmen yüksek yargının fiilen hukukun bazı alanlarının özel bilgi gerektirdiği gerekçesiyle hukuki konularda bilirkişiden görüş istenmesi alışılmış bir uygulama halini almıştır.¹⁶

a. HMK m. 266 ile Mahkemelerde Hukuki Bilirkişiden Görüş İstenmesi Yasaklanmıştır

Kanunkoyucu, iradesine aykırı olan uygulamaya haklı bir tepki olarak 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 266. maddesini düzenlemiş, madde gerekçesinde de mahkemelerde hukuki konularda hukukun spesifik alanları özel bilgi kabul edilerek bilirkişiden görüş istenmesine kapı açılmak istenmesinin önüne geçmeyi amaçladığını açıkça belirtmiştir.¹⁷ Bu gerekçe ile HMK m. 266/I uyarınca mahkemelere hukuki konularda bilirkişi dinlenilmesini yasaklanmış, m. 266/II ile hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 27.09.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597: „Hal böyle olunca; Mahkemece seçilecek Çevre Mühendisi, Şehir Planlamacısı ve hukukçu bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığı ile komşuluk hukuku ilkeleri açısından inceleme yapılması, davalı tarafından davacıya ait komşu parsellere açılan pencerelerin davacıya ne gibi zararlı etkileri bulunduğuunun Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde öngörülen ölçülere göre ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi, bunların önlenmesi için alınması gerekli tedbirlerin neler olduğunun da bilirkişi kurulundan sorulup gerekçeli rapor alınması ve doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu oluşturulan önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.“; <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=29812> (01.02.2016)

¹⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 07.02.2006, E. 2005/8093, K. 2006/558; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 03.04.2003, E. 2003/4512, K. 2003/7134; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 06.02.2006, E. 2005/11504, K. 2006/950; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 18.01.2006, E. 2005/17304, K. 2006/391; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T. 07.04.2003, E. 2003/1337, K. 2003/3036; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 24.10.2002, E. 2002/6557, K. 2002/6800; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 25.09.2002, E. 2002/10969, K. 2002/10967; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T. 04.07.2002, E. 2002/3721, K. 2002/6118 vb.

¹⁶ Yargıtay 1983 yılında verdiği bir kararda hukuki bilirkişiden yararlanılmasını tartışmış, mahkemece bilirkişiden görüş alınmasını özellikle usul ekonomisi açısından değerlendirerek mahkemenin Anayasa 141 inci maddesine aykırı davrandığını tespit etmiş, ancak bilirkişiyeye başvurulmasını bir bozma sebebi olarak görmemiştir: 4. HD, 11.1983, 8875/9339 (Arslan “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan 2000)

¹⁷ „...Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukuki bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mutalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, “hukuk bilimi dışında” şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.“

çözülebilecek konularda bilirkişi dinlenemeyeceğini belirterek bu yasağı pekiştirilmiştir. HMK mad. 266 özellikle gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuki bilirkişiye başvurulmasının mahkemelere istisnasız bir şekilde¹⁸ yasaklandığı açıktır. Mahkemelerce hukukun herhangi bir alanı, özel bilgi gerektiren bir alan olarak tanımlanmak suretiyle bilirkişiden görüş alınması HMK mad. 266 yürürlükte olduğu sürece mümkün değildir.

Bilirkişi incelemesi, belge ve senet¹⁹, yemin²⁰, tanık²¹, keşif²², uzman görüşü²³ gibi davaya konu olan olayları aydınlatmayı amaçlayan bir delil olup, hakimın yardımcı veya danışmanı²⁴ olarak tanımlanması da bunu değiştirmemektedir.²⁵ Kanun koyucu hangi konularda bilirkişiye başvurulabileceğini HMK m. 266 vd. ile düzenlemiş ve hukuki konularda bilirkişiden görüş istenemeyeceğine ilişkin düzenlemesini, mahkemelerce hukukun özel alanları adı altında hukuki bilirkişiye başvurulmasını engellemek istediği şekilde gerekçelendirmiştir.

Hakimin tabi olduğu hukuka ilişkin sorularla ilgili olarak bilirkişiye başvurusu, sadece Türk hukukunda değil, çağdaş hukuk sistemlerinin tümünde yasaklanmıştır. Alman hukukunda hakimler Alman Usul Kanunu mad. 293 ile kendilerine imkan verilmiş olduğu için, bilmeleri mümkün olmayan yabancı hukuka, örf ve adet hukuku ile statülere ilişkin olarak bilirkişi görüşüne başvurabilirler.²⁶ Alman hakiminin aynı zamanda Avrupa hukukunu da bilmesi gerektiği için, Avrupa hukuku açısından da

¹⁸ HMK mad. 266 uyarınca yabancı hukuk, örf ve adet hukuku gibi alanlarda da mahkemelerce bilirkişiden görüş alınması yasaktır.

¹⁹ HMK mad. 199 vd.

²⁰ HMK mad. 225 vd.

²¹ HMK mad. 240 vd.

²² HMK mad. 288 vd.

²³ HMK mad. 293 vd.

²⁴ Rosenberg Leo, Schwab Karl H. ve Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2010, § 121, Rn. 1.

²⁵ Huber Michael, in: Musielak Voit ZPO Zivilprozessordnung, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 2015, § 402, s. 1419, Rn. 1; Ahrens Hans Jürgen, in: Wieczorek Schütze ZPO, Band 6, 7. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014, § 402, s. 485, Rn. 20.

²⁶ Alman Usul Kanunu mad. 293: "Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen." Türkçe tercümesi: „Başka bir ülkede geçerli olan hukuk, örf ve adet hukuku ve statüler hakkında, ancak bunların mahkeme tarafından bilinmemesi durumunda delil toplanır. Bu hukuk kurallarının araştırılmasında mahkeme taraflarca getirilen deliller ile bağlı olmayıp, bunların aydınlatılması için başka kaynakları kullanabilir veya bu kaynaklara ulaşmak için gerekeni yapar."

bilirkişiye soru yöneltmeleri yasaktır.²⁷ Hukuku bilmek ve uygulamak hakimnin görevi olup, bilirkişiden görüş istenmesi ancak hakimnin bilmediği bir alanda söz konusu olabilir.²⁸

Hakimin kendi hukukunu bilmesi kendi görevi olduğu için Türk hakimlerinin Türk hukukunu bilmeleri görevleridir. Bir hakimnin bilmek zorunda olduğu hukuku başka kişiler üzerinden araştırmasına çağdaş hukuk sisteminde izin verilmemektedir. Aksine davranış hakimnin yargılama görevini üçüncü kişilere devretmesi anlamına gelir ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Kanunkoyucunun HMK m. 266/I ile mahkemelere, yabancı hukuka ilişkin bilirkişiden görüş almalarını dahi yasaklaması, HUMK mad. 275 ile getirilen yasağa rağmen hukukun her alanında bilirkişi raporu alınmasına duyulan tepki nedeniyedir. Yabancı hukuku, örf ve adet hukukunu Türk hakimnin bilmemesi durumunda HMK m. 266/I uyarınca bilirkişiden görüş istenemeyecek olsa da, bu problemin HMK m. 293 düzenlemesi uyarınca taraflarca uzmanlardan alınacak görüşler ile doldurulması mümkündür. Ancak HMK m. 266/I düzenlemesi son derece açık olup, mahkemenin yabancı hukuk veya örf adet hukuku konusunda da bilirkişiye başvurması yasaktır.

b. HMK m. 279/IV ile Bilirkişilerin Açıklamalarında Hukuki Görüş Bildirmeleri Yasaklanmıştır

Kanunkoyucu HUMK mad. 275 yasağını görmezden gelen hukuki bilirkişilik uygulamasına HMK m. 266/I ile mahkemelere yönelik gösterdiği haklı tepkiyi HMK 279/IV²⁹ ile bilirkişilere de yönelterek, bilirkişilere yazılı ve sözlü açıklamalarında hukuki değerlendirmelerde bulunmalarını yasaklamıştır. Maddenin gerekçesinde hukuki konularda bilirkişinin görüş bildiremeyeceğinin açık ve kesin bir dille hüküm altına alındığı, düzenleme ile de hukuki konularda bilirkişiden görüş istenememesine ilişkin düzenleme ile bir bütünlük oluşturulduğu belirtilmiştir.³⁰

²⁷ Ahrens Hans Jürgen, in: Wiczeorek Schütze ZPO, Band 6, 7. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014, § 402, s. 485, Rn. 21, 22.

²⁸ BGHZ 37, 389, 394 = NJW 62, 1770; 97, 3096, 3097; Katzenmeier Christian, in: Prütting Gehrlein ZPO, 7. Auflage, Köln, Luchterhand, 2015, § 404a, s. 1230, Rn. 5.

²⁹ HMK mad. 297/IV: 'Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.'

³⁰ "...Maddenin son fıkrasında ise bilirkişinin, raporunu kaleme alması yahut mahkemede sözlü olarak oy ve görüşünü açıklaması sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamayacağı hususu, açık ve kesin bir dille hüküm altına alınmıştır. Çünkü, maddi vakıaların hukuki niteliğini tayin, yani hukuku uygulamak, bilirkişinin değil; hakimnin asli işidir. Bilirkişinin işlevi, hukuki değerlendirmelere girişmeden, tecrübe kurallarını, yani sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi mahkemeye iletmek veya bu bilgiyi vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret etmek yahut özel ve teknik bilginin yardımı ile maddi vakıaları tespit etmekten ibarettir. Bu düzenleme, hakimnin hukuki sorunlarda bilirkişiye başvuramayacağı kuralı ile büyük ölçüde paralellik arz etmekte; onunla bir bütünlük oluşturmaktadır."

HMK mad. 279/IV ile bilirkişilere yazılı ve sözlü açıklamalarında hukuki görüş bildirmek tartışmaya yer vermeyecek şekilde yasaklanmıştır. Alman usul hukukunda bir iflas davasında mahkemenin, fatura bedelinin incelenmesini bilirkişiden istemesinin hukukun arkasının dolanması olup olmadığı tartışılmıştır.³¹ Bamberg Eyalet Mahkemesi (Landesgericht-LG) istinaf mahkemesi olarak yaptığı incelemede faturadaki ücretlendirmenin olaylara ilişkin olduğuna kanaat getirerek buna izin vermiştir.³²

III. 6100 Sayılı Kanun Düzenlemeleri de Hukuki Bilirkişiliğe Engel Olamamıştır

1. Mahkemelerin HMK mad. 266 ve 279/IV Düzenlemelerine Yaklaşımı

a. Alışkanlıklarından Vazgeçmeyerek Yasakları Dikkate Almayan Mahkemeler

Günümüzde HMK mad. 266/I hükmü adeta yok sayılarak komisyonlarca hukukun her alanında uzmanlık alanları belirlenerek bu alanlarda bilirkişi listeleri oluşturulmakta, mahkemelerde bilirkişilerden görüş alınmasına karar verilmekte ve kararlarda bilirkişi raporlarına dayanılmaktadır. Yargıtay, kanuna aykırı olan bu uygulamayı engellemek yerine, aralarında hukukçu bilirkişinin bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınmamış olmasını ve hukuki konuda alınan bilirkişinin konunun uzmanı olmamasını bozma sebebi olarak kabul etmekte³³, hukukçu bilirkişi atanması için masraf yatırılmadığı gerekçesiyle esasa dahi girmeden reddedilen davalara ilişkin kararları onayarak³⁴ hukuki bilirkişiden görüş alınmasını ilk derece mahkemeleri için zorunlu tutmaktadır.

³¹ Ayrıntılı inceleme için bk.: Keller, Ulrich, Voraussetzungen und Umfang der Sachverständigenbeauftragung zur Schlussrechnungsprüfung im Insolvenzverfahren, Rpfleger, 2011, s. 66, 68.

³² LG Bamberg, VersR, 2013, s. 448.

³³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/11772, K.2012/20195, T. 07.12.2012: "...Dava, davalı şirketin sermaye artırımına ilişkin alınan genel kurul kararının davalı SPK tarafından iptal edildiğinin ve buna dayalı olarak ihraç edilen hisse senetlerinin geçerli olmadığına tespitine ilişkindir. HUMK mad. 275 vd. maddelerine göre bilirkişinin işin özelliğine uygun teknik bilgiye sahip olması gerektiği gibi hazırlayacağı raporun uzman olduğu konudaki özel ve teknik bilgiyi içerir nitelikte bulunması gerekmektedir. Mahkemece, hükme esas alınan raporu hazırlayan bilirkişi, davaya konu uyuşmazlığın çözümü için gerekli SPK konusunda uzmanlığı bulunmamakta, bilakis medeni hukuk konusunda öğretim görevlisi olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece, aralarında SPK konusunda uzmanlığı bulunan öğretim görevlisi bir bilirkişinin de bulunduğu heyetten tarafların iddia ve savunmalarını değerlendiren, Yargıtay denetimine açık bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlık konusunda uzmanlığı bulunmayan bilirkişi tarafından hazırlanan rapor esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."

³⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2014/16923, K. 2015/11142, T. 27.10.2015: "...Mahkemece, Dairemizin bozma ilamındaki hususlarda bilirkişi raporu aldirabilmesi için davacı tarafa bir aylık kesin süre verildiği, bu süreye uyulmamasının ve masrafın yatırılmamasının ne gibi sonuçlar doğuracağını da davacı tarafa bildirildiği, açılan davada davacının haklı olup olmadığının tespiti açısından bilirkişi ra-

Anayasa Mahkemesi ise kendisine yapılan başvurularda, iddia ve savunmanın kısıtlanmadığı ve kararların keyfi olmadığı gerekçesiyle hukuki bilirkişiden rapor alınmaması nedeniyle mahkemece reddedilen ve Yargıtay tarafından onanarak kesinleşen kararlarda hukuka aykırılık görmemiştir.³⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarında her ne kadar hukuki bilirkişiliğe ve kanun düzenlemesine dair bir değerlendirme yapmamış olsa da, kanuna aykırı olan bir durumun doğrudan keyfiyet anlamına geldiğini dikkate almamış, engel olmayarak hukuki bilirkişilik kurumuna dolaylı olarak yeşil ışık yakmıştır. İlk derece mahkemeleri, Yargıtay ve Anayasa mahkemesi tarafından verilen kararlar, kanunkoyucunun HMK 266 ve 279 uncu maddelerinin gerekçelerindeki “*yasak olmasına rağmen hukuki bilirkişiliğe kapı aralanması*” yönündeki tespite ilişkin uygulamadaki somut örneklerdir. Kanunkoyucunun açıkça yasakladığı bir kurumun fiilen uygulanması, diğer bir deyişle hukuki bilirkişilik konusunda mahkemelerce kanunkoyucuya karşı başkaldırılması söz konusudur.

b. Yasakları Dikkate Alarak Kararlarında Hukuki Bilirkişiliği Yasaklayan Mahkemeler

Tüm mahkemeler hukuka aykırı davranmamakta, kendilerinden beklenildiği gibi bazı mahkemelerce HMK mad. 266 yasağı uygulanmakta ve kararlara konu edilmektedir. Örneğin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu kara-

poru aldırılmasının zorunlu bulunduğu gerekçesi ile ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

³⁵ Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2014/9977, T. 30.06.2015: “...Somut olayda, başvuru tarafından açılan alacak davasında Mahkemece davacı (başvurucu) tarafın talebi üzerine 25/11/2010 tarihli ara kararla ayrıntılı olarak hangi konuya ilişkin rapor alınıncaya hususu da belirtilmek suretiyle dosyanın üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek rapor alınıncasına karar verildiği ve başvuru vekiline masrafı yatırmak üzere gelecek celseye kadar süre verildiği, ancak davacı tarafın verilen süre içerisinde masrafı yatırmadığı, 20/01/2011 tarihli celsede tekrar davacı tarafa gelecek celseye kadar bilirkişi ücretini yatırmaması için süre verildiği davacı tarafca bilirkişi ücretinin yatırılmadığı, 14/4/2011 tarihli sonraki celsede de davacı tarafın bilirkişi ücretini yatıracaklarına yönelik beyanı üzerine Mahkemece bilirkişi giderini yatırmak üzere davacı vekiline 30 günlük kesin süre verildiği, ancak verilen kesin süre içerisinde de masrafın yatırılmaması üzerine, bu haliyle davanın sübuta ermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, temyiz üzerine Yargıtay tarafından onanmış ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Başvurucu, yargılama süresinde karşı tarafın sunduğu delilleri ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddiaların derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararlarında bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”

rında³⁶ “...Öte yandan HMK’ nun 266. maddesi uyarınca hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Borçlunun icra mahkemesine başvurusu İİK’nun 114/2. maddesine dayalı, satış ilanının tebliğ edilmemesine ilişkin şikâyet olup, icra hakiminin genel ve hukuki bilgisi ile çözümlenmesi gerekir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılarak sonuca gidilmesi hakimlik mesleği ile bağdaşmayacağı gibi yasaya aykırılık da teşkil etmektedir.” şeklinde kaleme aldığı kararında HMK m. 266 yasağını kendisinden beklenildiği gibi uygulamış ve bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında³⁷ “... Öte yandan, 6100 Sayılı H.M.K.nm 266/1. maddesi “Mahkeme, çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” hükmünü içermektedir. Bu durumda mahkemece, dava dosyasında gelinen aşamada, keşif ve bilirkişi incelemesi yapıldığı, raporların alındığı, davacı tarafça toplam masrafın yatırıldığı gözetilerek, yargılama sırasında vefat eden davalı A. Y. mirasçılarının dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğiyle uyumsuzluğunun esas hakkında hüküm kurulması, bu aşamada başka masrafa gerek olması halinde H.M.K.’nin 324. maddesine sonuca gidilmesi gerekirken, H.M.K.nm 266/2. maddesi hükmüne aykırı olarak, ayrıca hukukçu bilirkişiden rapor alınmasına gerek görülmesi ve bilirkişi giderinin yatırılmasının istenilmesi de hatalı olmuştur. “şeklinde karar vermiş ve HMK mad. 266 yasağını uygulayarak bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi ise HMK mad. 266 yasağını doğrudan uygulamamış, ancak kazada kusur oranının belirlenmesinde avukat bilirkişiye başvurulmuş olmasına ilişkin olarak “...Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, meydana gelen trafik kazası sebebiyle davacının aracında oluşan gerçek zarar miktarını kusurları nispetin de ödemekle sorumludurlar. H.U.M.K.unun 275. (H.M.K.nm 266) maddesi gereği, mahkeme, çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Gerçek zarar konusunda uzman bilirkişiden ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmadan tespit dosyası raporuyla yetinilerek ve ayrıca kusur oranı konusunda da avukat olan bilirkişiden rapor alınarak yazılı şekilde eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur.”³⁸ ve “...Araç hasarı, onarım süresi konularında avukat bilirkişinin ne şekilde bir uzmanlığı olduğu anlaşılmadığı gibi raporda bu konularda değerlendirme de yapılmamıştır. Bu rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. Eksik inceleme

³⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 03.07.2013, E. 2013/17721, K. 2013/24968.

³⁷ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. 14.01.2014, E. 2013/8864, K. 2014/63.

³⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T. 14.10.2014, E. 2013/11207, K. 2014/13276.

ile hüküm kurulamaz.“ şeklinde karar vermek suretiyle kusur oranının belirlenmesi, araç hasarı ve onarım süresine ilişkin avukatların bilirkişi olarak seçilmelerini temyiz sebebi olarak kabul etmiştir.

c. Adalet Bakanlığı ve Adalet Komisyonları

HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemeleri ile getirilen yasak bilirkişi atanmasını yönetmelik ile düzenleyen Adalet Bakanlığı, bilirkişileri seçen ve bilirkişi listelerini oluşturan Adalet Komisyonları tarafından yok sayılmaktadır.

d. Bilimsel Çalışmalarda Hukuki Bilirkişilik

Hukuki bilirkişilik ile ilgili tüm bilimsel çalışmalarda HMK mad. 266 ve 279/IV yasaklarına kanunda olduğu şeklinde yer verilmektedir.³⁹ Bununla birlikte hukuki bilirkişiliğe ilişkin getirilen yasakların doğru olmadığı yönünde az da olsa görüşleri sürülmektedir.⁴⁰ Hukuki bilirkişilik ayrık örnekler dışında mahkemelerce fiilen uygulanmakta, uygulamayan mahkemelerin kararları temyiz incelemesinde bozularak hukuki bilirkişiliğin zorla kabul ettirilmesi birçok bilimsel çalışmada eleştirilmektedir.⁴¹ Görüleceği gibi HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları tüm bilimsel çalışmalarda yer almış, birkaç eleştiri dışında hukuki bilirkişilik yasağı doktrinde haklı gerekçelerle destek görmüştür.

e. Hukuk Kurallarının Tam Olarak Uygulanmasını Sağlamakla Yükümlü Avukatlar ve Meslek Örgütleri Olan Barolar

Kendilerinden bu hukuksuz uygulamayı eleştirmesi beklenen birçok akademisyen ve amacı hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamakla olan avukatlar⁴² hukuki bilirkişi olarak görev alabilmek için Adalet Komisyonlarına başvuru

³⁹ Yılmaz Ejder, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Getirilen Değişiklikler, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2011; Çayan Gökhan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul, Legal, 2013, s. 17 vd.; Kılıç Halil, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Adalet, 2011, s. 2219 vd.; Yılmaz Zekeriyi, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara, Adalet, 2012, s. 1461 vd.

⁴⁰ Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2011, s. 755 vd.; aynı yönde HUMK m. 275 düzenlemesinin eleştirisi için bk.: Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 26 vd.

⁴¹ Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2013, s. 1182 vd.; Dedeoğaç, Ender, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu Getirdikleri, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 245 vd.; Kılıçoğlu Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, Legal, 2012.

⁴² 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2: “Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.”

yapmaktadır. Avukatlığın amacına ve kanunun kendilerine yüklediği ödevlere aykırı davranan üyelerini uymak, kınamak vs. ile yükümlü avukatlık meslek örgütleri olan barolar ise, bu hukuksuz uygulamaya engel olmak yerine sayfalarında bilirkişi ilanlarını duyurmak suretiyle avukatlara bilirkişi olmaları yönünde yol göstermektedir.⁴³

Hukuki bilirkişiliğe ilişkin HMK mad. 266 ve 279/IV emredici yasakları Adalet Bakanlığı ile Adalet Komisyonları, mahkemeler, akademisyenler, avukatlar ve barolarca farklı nedenlerle yok sayılmaktadır.

2. Adalet Bakanlığınca Yasakların Yok Sayılması ve Nedenleri

HMK mad. 268, HUMK mad. 275 düzenlemesinden farklı olarak bilirkişilerin Adalet Bakanlığının çıkaracağı Yönetmelik uyarınca belirlenecek listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilmesini kabul etmiştir.⁴⁴ Bilirkişi listelerinin usul ve esaslarını düzenleyen bu Yönetmelik⁴⁵ (Bilirkişi Yönetmeliği) kısa bir süre sonra yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin bilirkişilerin uzmanlık alanlarının belirlenmesine ilişkin 5/III maddesinde “yabancı hukuk”, “örf ve adet hukuku”, “yürürlükten kalkmış hukuk” ve “hesap bilirkişiliği” gibi alanlar dışında uzmanlık alanı belirlenemeyeceği düzenlenmiş⁴⁶, kanun uyarınca hukuki konularda bilirkişiye başvurulması yasak olmasına rağmen, sayılan bu üç alan Adalet Bakanlığı tarafından uzmanlık alanı kabul edilerek, bu alanlarda bilirkişilerin listelere kaydolmasının önü açılmıştır.

Yönetmeliğin 5/III maddesinde bu üç alanla da sınırlı kalınmayarak “gibi alanlar” şeklindeki ucu açık bir tanıma yer verilmesi, bilirkişi listelerini hazırlayan komisyonlarca hukukun hayal edilebilecek her alanının uzmanlık alanı belirlenmesini ve bilirkişi listeleri oluşturulmasını beraberinde getirmiştir.⁴⁷ Bilirkişi listelerini hazırlayan komisyonlarca örneğin 2014 yılı için hazırlanan listelerdeki uzmanlık alanları

⁴³ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4441>, <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/bilirkişi20130930.pdf>, <http://www.izmirbarosu.org.tr/haberler/diger-haberler/bilirkişi-duyurusu.aspx>

⁴⁴ Bilirkişilikte kalite amaçlayan bu düzenleme, ne yazık ki uzman bilirkişilerden rapor alınmasına engeldir ve yargılamaların kalitesinin düşmesine sebep olacaktır. Bilirkişi listelerine kaydolmayan uzman bilirkişilerden rapor alınması mümkün olmadığından, örneğin kuantum mekaniği gibi bir konuda bilirkişi raporu alınması da güncel düzenleme uyarınca mümkün olmayacaktır.

⁴⁵ Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik, Tarih: 08.04.2012, Sayı: 28258.

⁴⁶ Yönetmelik 5/III: “Yabancı hukuk, örf ve adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları ile hesap bilirkişiliği gibi alanlar dışında hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda listelerde uzmanlık alanı belirlenemez.”

⁴⁷ Burada dikkat çeken Adalet Bakanlığının Yönetmelik taslağında sadece bu üç alanın sayılmış olmasına rağmen, Yönetmelikte bu alanlara “gibi” eklenerek uzmanlık alanlarının sınırlandırılmasından dahi bilerek vazgeçilmiş olmasıdır. http://www.higm.adalet.gov.tr/bolge_adliye_mahkemeliri_yonetmelik_taslagi_ek.htm

Adalet Bakanlığının hazırladığı Yönetmeliğin sonuçlarını göstermektedir. Bilirkişi Yönetmeliğine dayanılarak Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu tarafından 2014 yılı için “medeni usul ve icra iflas hukuku”, “vergi hukuku”, “vergi cezaları hukuku”, “vergi icra hukuku”, “kamu alacakları hukuku”, “medeni hukuk”, “vakıf hukuku”, “aile hukuku”, “sözleşmeler hukuku”, “miras hukuku”, “fıkri ve sınai mülkiyet hukuku”, “iş hukuku”, “sosyal güvenlik hukuku”, “kamu hukuku”, “iktisadi işletme ve sosyal güvenlik hukuku”, “spor hukuku”, “futbol hukuku”, “ticaret hukuku”, “elektrik piyasası hukuku”, “fıkri mülkiyet hukuku”, “borçlar hukuku”, “banka hukuku”, “tüketici hukuku”, “bankacılık hukuku”, “ticari sözleşmeler ve şirketler hukuku”, “sendika hukuku”, “sigorta hukuku”, “tazminat hukuku” alanlarında hukukçu bilirkişiler atanmıştır⁴⁸ ve diğer yargı çevreleri için hazırlanan bilirkişi listeleri, Ankara ili yargı çevresi için hazırlanan listeden farklı değildir.⁴⁹

Herhangi bir alanda meslek sahibi olmak için eğitim veya iş tecrübesi gerekirken, bilirkişilik Adalet Komisyonlarınca tamamen sübjektif değerlendirmelerle dağıtılan bir meslek haline gelmiştir. Bu keyfilikten hukuk da payını almış, kapsamı belli olmayan “örf ve adet” veya “yabancı hukuk” gibi birçok alanda bazı kişiler, uzman oldukları kabul edilerek bilirkişi olarak listeye kaydedilmişlerdir.

Hızla değişen ve gelişen hayatın getirdiği uyumsuzlukların konusunun önceden bilinmemesi veya öngörülemeyen değişik uyumsuzlukların da dava konusu olabilmesi, mahkemelerde bu konularda kimin ne şekilde bilirkişi olarak atanacağı sorusunu beraberinde getirmiştir. Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu bu sorunu “hukuki niteliği olan konular” şeklindeki bir uzmanlık alanı belirleyerek çözmüş ve avukatı, hukuki niteliği olan her türlü konuda uzman kabul ederek bilirkişi olarak atamıştır.⁵⁰ Ankara Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu bu şekilde resmi yedek bilirkişilik kurumu yaratmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun taslağının hazırlanmasında aktif rol oynayan Adalet Bakanlığının bürokratlarının HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerini ve getirdiği yasakları bilmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Dolayısı ile Adalet Bakanlığı tarafından bilinçli olarak kanunun hukukçu bilirkişiliğe ilişkin emredici yasalarının uygulanmasının engellenmesi amacıyla bir düzenleme yapıldığı

⁴⁸ <http://www.ankarabati.adalet.gov.tr/duyurular/bilirkişi.hukuk.pdf>

⁴⁹ Eski bilirkişi listelerine ulaşmak mümkünken, Ankara, İzmir gibi iller için artık bilirkişi listeleri sadece adliye personeli erişimine açık hale getirilmiştir. Sadece İstanbul adli yargı ilk derece mahkemeleri için ilgili listeye ulaşmak mümkün olmaktadır. http://www.istanbul.adalet.gov.tr/duyuru/2016bilirkişi_listesi.pdf (01.03.2016)

⁵⁰ Komisyon üyeleri bu şekilde listeleri yaparken akıllarına gelmeyen ancak ihtiyaç duyulabilecek her alan için yedek bilirkişilik kurumu oluşturulmuş, hukuki niteliği olan her konuda bu yedek bilirkişiden, alanında bu kişiden görüş istenmesi mümkün hale gelmiştir.

anlaşılmaktadır. Bu şekilde bilinçli olarak kanuna aykırı yönetmelik hazırlanmasının nedeninin hakimlerin üzerindeki iş yükünü azaltmak olduğu düşünülebilir. Gerçekten de Adalet Bakanlığı tarafından son dönemde “hakim yardımcılığı” ile ilgili olarak kanun taslağı hazırlanmıştır.⁵¹

Bununla birlikte yasağın yok sayılmasının siyasi nedenlerle yapılmış olması da ihtimal dahilindedir. Bilirkişileri seçen komisyonun Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışması ve bilirkişilerin seçilmesine ilişkin olarak bugüne kadar hiçbir objektif kriter konulmamış olması, bilirkişilerin seçilmesinde subjektif değerlendirmeleri ve dolayısı ile Adalet Bakanlığının bilirkişi seçimindeki siyasi etkisini beraberinde getirmektedir. Gerçekten de ilgili komisyon, görevlendirilecek bilirkişileri belirlemektedir ve bu kişiler dışında hiçbir kişi mahkemelerce bilirkişi olarak atanamamaktadır. Bu da Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen görüşlere sahip bilirkişilerin davalarda hakim yardımcısı olarak hukuki konularda mahkemelere yok göstermelerini ve bu şekilde yargılamaların siyasi etkiye açılmasını beraberinde getirecektir.

Nedeni ne olursa olsun, HMK tasarısını hazırlayan bürokratlarca kaleme alınan Bilirkişi Yönetmeliğinin 5/III düzenlemesinin bilinçli bir şekilde ve bir amaç güdülerek yapıldığı açıktır. Kanunkoyucunun koyduğu yasakların Adalet Bakanlığını tarafından uygulanmasının fiilen ortadan kaldırılmasına yönelik altyapının oluşturulmasının hukuki bir açıklaması ve savunulabilir bir yanı ise bulunmamaktadır.

3. Mahkemelerce (Hakimlerce) Yasakların Yok Sayılması ve Nedenleri

Bir hakimin, önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında adil bir karar verebilmesi için dilekçelerin değişiminden sonra tarafların sundukları belgeler üzerinden dava şartlarını ve ilk itirazları incelemesi (HMK mad. 137), bunlar hakkında karar vermesi (HMK mad. 138), ön inceleme duruşması yaparak uyuşmazlık konularını tek tek tespit etmesi, tarafları duruşmada sulhe teşvik etmesi ve sulh görüşmelerinden sonra yeni bir duruşma yaparak anlaşılmayan konuları tespit etmesi (HMK mad. 140), tahkikat aşamasına geçerek tüm iddiaları ve savunmaları birlikte incelemesi (HMK mad. 143), uyuşmazlığı aydınlatmak için duruşmada tarafları (HMK mad. 144), tanık ve bilirkişileri dinlemesi (HMK mad. 152), tahkikat tamamlandıktan sonra tekrar bir duruşma günü belirleyerek sözlü yargılama yapması (HMK mad. 186) ve nihai hüküm ile davayı sonlandırması gereklidir.

Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan istatistiklere göre, toplam 247 iş günü bulunan 2013 yılında hakim başına 780 dava düşmüştür.⁵² Bir iş gününün 8 saat ol-

⁵¹ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/24422789.asp>. (01.01.2016)

⁵² http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/5.pdf Almanya’ da örneğin Münih Mahkemesinde hakim başına düşen dava sayısı 152 olup, bu durum hakimlerin ağır iş yükü altında adil bir karar vermeleri mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

duğu düşünöldüğünde bir hakim önüne gelen bir uyuşmazlığa, duruşmalar da dahil olmak bir üzere ortalama üç saat zaman ayırabilmektedir. Hakimlerin mesleki eğitimleri, hastalık vs. gibi nedenlerle bazı günler izinli oldukları düşünöldüğünde ayrılan bu zaman daha da azalmaktadır.

Hakimlerin ortalama üç saatlik kısa zaman diliminde önüne gelen bir uyuşmazlığı hakkaniyete uygun olarak çözmeleri, hakimlerin de insan oldukları düşünöldüğünde hayatın olağan akışına uygun değıldir. Hakimler uygulamada var olan zaman sorunu hukukçu bilirkişiler aracılığı ile çözmekte, hukukçu bilirkişilerce hazırlanan dosyaların özetini hukuki değerlendirmeler ışığında okuma fırsatına sahip olmaktadır. Hakimler dosya özetinin yetersiz olduğuna kanaat getirdiklerinde ek rapor olarak veya yeni bir bilirkişi atayarak bu eksik gidermektedir.

Görüleceği gibi hakimler tarafından “hukuki bilirkişilik” hukukumuzda daha önce uygulanması denenmiş ancak sonuç vermemiş olan “hakim yardımcılığı” sistemi gibi işletilmekte, hukukçu bilirkişilerce hakimlere asistanlık hizmeti sunulmaktadır.

Hukuki konularda bilirkişilerden görüş alınması, hakimleri sadece iş yükünden değil, sorumluluktan da kurtarmaktadır. Hakimler her ne kadar bilirkişilerin beyanları ile bağlı olmasalar da, uygulamada bilirkişiden görüş alınan davaların hemen hepsinde bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu kararlar verildiği bir gerçektir. Hakimlerden son derece kısıtlı zamanlarını, başvurdukları hukukçu bir bilirkişinin görüşlerinin doğruluğunu değerlendirmek ve bu görüşleri çürütmek için harcamalarının beklenilmesi ise pek de olası değıldir. Hukuki bilirkişinin beyanına aykırı karar veren bir hakim kararının, bilirkişinin görüşüne uygun karar veren bir hakim kararından daha fazla eleştiriye açık olduğuna da bir gerçektir. Almanya’da %97 oranında bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu karar verildiği düşünöldüğünde, ölkemiz için de bu oranın geçerli olduğuna tahmin edilmektedir.

Hakimlerce, hukukçu bilirkişilik uygulaması, iş yüklerini hafifleten ve sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan bir araç olarak görölmekte ve kullanılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi yüksek yargı tarafından da mahkemeler hukuki bilirkişiden rapor almaya zorlanmaktadır. Bunun, hukuki bilirkişilerce inceleme yaptırılmadan verilen kararların kaliteli olmamasından ve Yargıtayın adil bir sonuca ulaşabilmek için her dosyada işin esasına girerek ayrıntılı inceleme yapmak zorunda kalmasından kaynaklandığı tartışmasıdır.

Bu uygulama, hakimlerin esas görevleri olan yargılama faaliyetinin bilirkişilere devredilmesini beraberinde getirmekte, hakimlerin yargılama ve düşünme tembelliğine yol açmaktadır. Hukuki bilirkişiliğe izin verilmesinin hakim etiği ile bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle hukuki bilirkişiliğin uygulamada hakimlere zaman açısından getirdiği pratik yararlar, hakimlerin yargılama kalitesinin düşmesine sebep olmakta, hukuk açısından bardakla toplanan meyveler, kovayla yere dökölmektedir.

4. Hukuki Bilirkişilerce Yasaklar Yok Sayılması ve Nedenleri

HMK mad. 279/IV düzenlemesi ile yasaklanmış olmasına rağmen, hukuk alanında uzman oldukları gerekçesiyle bilirkişi olarak seçilen akademisyen ve avukatlar hukuki görüşlerini mahkemelerle paylaşmaktadır.⁵³ Avukatların meslek örgütleri olan barolar bile, kanuna aykırı bu uygulamaya internet sayfalarında komisyonların bilirkişi duyurularına yer vermek suretiyle fiilen destek olmaktadır.⁵⁴

Akademisyen ve avukatların hukuki bilirkişiliğe izin vermesinin nedeni ekonomiktir. Ülkemizde 2013 yılında mahkemeler önüne gelen dava sayısı 5.814.171 olup davaların en az yarısında bilirkişi raporu alındığı ve bir bilirkişiye tarife uyarınca en az miktar olan 150,- TL üzerinden ödeme yapıldığı düşünüldüğünde, her yıl bilirkişiler için davadaki taraflarca harcanan miktar 450.000.000,- TL olmaktadır. Ancak günümüzde neredeyse her yargılamada üç kişilik bir heyetten rapor alındığı, 150,- TL için bilirkişilerin dosya almadıkları gerekçesiyle en üst miktar olan 300,- TL' nin dahi mahkemelerce arttırıldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu miktar 2.700.000.000 TL'ye yükselmektedir. Kaldı ki neredeyse her davada bilirkişi raporuna, raporun kendisi açısından olumsuz olan tarafça yeni bir bilirkişi raporu alınması talebiyle itiraz edildiği ve bu taleplerin çoğunda mahkemenin tekrar bilirkişi incelemesi yaptırdığı düşünüldüğünde bu miktar bir daha katlanmaktadır.

Bilirkişi için ödenen miktar, Adalet Bakanlığının bütçesine⁵⁵ denk gelmektedir. Adalet Bakanlığının bütçesi ile yarışan bir ekonomik pasta, bilirkişilerce paylaşılmaktadır. Hukuku, hem de bir uzman olarak bildiği varsayılan hukukçu bilirkişilere, HMK 266 ve 279/IV maddelerindeki yasağı görmezden getiren, işte bu pastadan alınmak istenen paydır.⁵⁶

Adalet Bakanlığı Bilirkişi Yönetmeliği ile hakimlere hukuk asistanlığı olarak sunulan yasak elma, akademisyenlere ekonomik kazanç olarak sunulmuş, tam gün

⁵³ Bilirkişi olarak HMK düzenlemeleri uyarınca görev yapmaya yemin eden bilirkişilerin mad. 266 ve 279/IV uygulamasını bilmemesi veya göz ardı etmesi söz konusudur. Bu nedenle de hukuki bilirkişi olarak görev yapan hukukçuların hukuk alanında uzman olduklarının kabul edilmesi mümkün olmalıdır.

⁵⁴ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4441>, <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/bilirkisi20130930.pdf>, <http://www.izmirbarosu.org.tr/haberler/diger-haberler/bilirkişi-duyurusu.aspx>

⁵⁵ 2012 yılında 5.277.312 TL.

⁵⁶ Bugün dünyanın hiçbir hukuk devletinde görülmeyen bu tür bir pastadan pay kapmak için atanan bilirkişiler tarafından suç işlenmekte, bilirkişilere karşı operasyonlar yürütülmektedir. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14405890.asp>, <http://www.cnnurk.com/2010/turkiye/04/16/bilirkisi.operasyonu.4.kisi.tutuklu/572366.0/index.html>

yasası⁵⁷ gibi düzenlemeler nedeniyle üniversitenin verdiği çok da yüksek olmayan maaşla geçinmek zorunda kalan akademisyenler hukuk etiği ve cüzdanları arasında kalmıştır. Günümüzde mahkemelerde hukukçu bilirkişi olarak görev yapmayan akademisyen bulunmaması, hukuk etiği konusunda sözün bittiği yerdir.

Adalet Bakanlığı Bilirkişi Yönetmeliği sadece akademisyenlerle sınırlı kalmamış, yüzlerce avukatın, hakimlerin genel hukuki bilgileri ile çözemeyecekleri alanlarda görüşlerine başvurulacak uzman kişiler olarak atanmalarını beraberinde getirmiştir. Avukatların bilirkişi olarak atanmalarının sebebi, hakimin genel hukuki bilgiye sahip olmadığı bir alanda özel ve teknik bilgi sahibi olması değil, ülkemizde mahkemeler tarafından bilirkişi olarak atanacak yeterli sayıda akademisyen bulunmamasıdır. Bu nedenle boşluk, hakimler ve zaten atanmış akademisyenler dışında kalan diğer hukukçu grubun, yani avukatların yardımıyla doldurulmaktadır.

Bir avukatın bilirkişi olarak atanması avukatlık mesleğini itibarsızlaştıran ve hukuk etiğinden uzaklaştıran bir uygulamadır. Avukatlar arasında kriterleri belirli olmayan bir seçim yapılmakta, başvurulardan bazıları diğerlerinden ayrılarak hukuku bilen kişiler olarak seçilmektedir. Bilirkişi olarak atanmış avukatlar ayrı bir statü kazanmakta, potansiyel müvekkiller açısından diğer meslektaşlarının bir adım önüne geçmektedir. Bilirkişilik yaptığı internet sayfalarında yer alan listelerde adları geçen avukatlar bu şekilde kendileri için haksız bir rekabet yürütmekte ve reklam yapmaktadır. Hukuki bilirkişi olarak görev yapmak bu nedenle Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğine⁵⁸ aykırı, disiplin cezası gerektiren bir uygulamadır.

Yine avukatlar, HMK mad. 266 ve 279/IV ile düzenlenen yasağa rağmen hukuki bilirkişilik yapmak için başvurmakta, bu görevi üstlenmekte ve yürütmektedir. Bir avukatın yıllardır çalıştığı bir alana bile internet sayfasında yer vermesi haksız rekabet ve reklam yasağı çerçevesinde değerlendirilip disiplin cezasına çarptırılırken, hukuka aykırı olmasına rağmen belirli alanların uzmanı olarak mahkemelerde bilirkişilik yapan ve internet sayfalarında adları bulunan avukatlar, Türkiye Barolar Birliği ve barolarca hukuki bilirkişilik için fiilen desteklenmektedir. Baroların görevi, avukatları başka mesleklere kaydırarak değil, mesleklerini yürüterek para kazanmalarını sağlamaktır. Bu anlamda sayfalarında komisyonların bilirkişi ilanlarına yer veren baroların bu yöndeki uygulaması, avukatlık etiğine aykırıdır ve avukatlık mesleği açısından da sözün bittiği yerdir. Görüleceği gibi HMK mad. 279/IV uyarınca yasak olmasına rağmen akademisyen ve avukatlarca bilirkişilik, ekonomik getirisi olan bir ek meslek olarak görülmekte ve uygulanmaktadır.

⁵⁷ <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/04/16/bilirkişi.operasyonu.4.kisi.tutuklu/572366.0/index.html>

⁵⁸ http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/yonetmelikler/reklam_yasagi.aspx

5. Tarafların Hukuki Bilirkişiliğe Göz Yummalarının Nedenleri

Yukarıda da anlatıldığı gibi günümüzde mahkemeler hukukçu bilirkişiden rapor alınmasına karar vermekte, bilirkişi ücretinin⁵⁹ yatırılmaması durumunda sunulan hiçbir delili incelemeyen ve esas hakkında hiçbir değerlendirme yapmadan ispat edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmekte ve Yargıtay tarafından da bu kararlar onanmaktadır. Bu nedenle delil listesinde bilirkişi deliline dayanmamak, davanın ispatına yarayacak bir delilin dosyaya sunulmaması nedeniyle davanın ispatlanmadığı gerekçesiyle reddine sebep olabilmekte, delil listesinde gereksiz olsa dahi bilirkişi deliline verilmesi anılan bu riski ortadan kaldırmaktadır. Bilirkişi deliline dayanılmasının riski ise sadece ekonomiktir. Bilirkişi atanıp atanmamasına mahkemenin re' sen karar verecek olması nedeniyle (HMK mad. 266/1) bu delile dayanılması sonuç anlamında bir fark yaratmamaktadır. Buna karşın mahkemece bilirkişi atanmaması, taraflarca, mahkemenin olumsuz kararına karşı bir temyiz sebebi olarak kullanılabilir.

Ayrıca davasında haklı olduğunu düşünen bir taraf hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasından çekindiğine dair bir anlam yüklenecek herhangi bir adım atmak da istemeyecektir. Hukukçu bilirkişi atanmasını isteyen taraf, iddiasına inandığını ve davasında haklı olduğunu bir anlamda bilirkişi incelemesi talep ederek mahkemeye göstermektedir. Delil listesinde bilirkişiye yer verilmesi taraflarca bir yargılama taktiği olarak algılanmakta ve uygulanmaktadır. Hakimin iş yükü nedeniyle dava dosyasını incelemeye ayıracak zamanının kısıtlı olduğunu bilen taraflar, uyuşmazlığa ilişkin konularla ilgili olarak iddialarının bilirkişi tarafından inceleneceğini ummakta ve hukukçu bilirkişi taraflarca hakimin eksikliğini dolduran bir imkan olarak görülmektedir. Gerçekten de raporunda iddiaları ve delilleri kanun düzenlemeleri açısından tartışan bir bilirkişinin, dosyaya hakimden daha fazla zaman ayırdığı bir gerçektir. Anılan nedenlerle davanın aydınlatılması için gerekli olsun olmasın delil listelerinde bilirkişi deliline dayanılması taraflarca yargılamanın bir gereği olarak görülmektedir.

IV. Hukuki Bilirkişilik Kurumu Anayasa' ya Aykırıdır

1. Hukuk Devleti İlkesine Aykırıdır

Anayasa mad. 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti hukuk devleti olup, hukuk devleti olmak hukuka bağlılığı, bu da hukukun asli kaynakları arasında yer alan kanunlara uyulmasını gerektirir. Anayasa mad. 9 uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanmakla yetkilendirilen bağımsız mahkemelerde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre, Anayasa ve kanunlar ile hukuka uygun

⁵⁹ Bilirkişilerin ücretleri konusunda ayrıntılı bir çalışma için bk.: Taşpınar Sema, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 373 vd.

olarak karar vermekle yükümlü hakimler görev yaparlar.⁶⁰ Hakimler kanunlara uymak zorunda olup, kanun düzenlemeleri arasında keyfi bir seçim yapma yetkileri bulunmamaktadır.⁶¹ HMK mad. 266 uyarınca hukuk devleti ilkesine bağlı bir hakim tarafından hukuki konularda bilirkişilerden görüş istenememesi gereklidir. Aksi davranış, hukukun asli kaynaklarının bilerek uygulanmaması anlamına gelmektedir.

Sadece ilk derece mahkemelerinin değil, Anayasa ile kurulan Yüksek Mahkemelerin (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi) hakimleri de hukuka uymak zorundadır. Yüksek mahkemelerin kararları hukukun yardımcı kaynakları olup, yüksek mahkemelerin kararları ile bir kanun düzenlemesinin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Yüksek mahkemelerin hukuki bilirkişi atanmasına fiilen izin veren ve hatta bunu talep eden bir kararı olsa dahi, bu karar kanuna aykırı olacaktır. Kanuna aykırı bir uygulamaya dayanılarak hukuki konularda bilirkişiden görüş istenmesi kararı hukuka uygun hale gelmeyecektir.

Bu nedenle hukukçu bilirkişiliğe izin veren hakimler Anayasal bir suç işlemekte, asli görevlerini bilirkişilere devretmektedir. Hakimlerin bilirkişi raporları ile bağlı olmadıkları gerekçesiyle kapı aralanan hukukçu bilirkişilik uygulaması ile kanunkoyucunun tartışmaya yer vermeyecek kadar açık olan HMK mad. 266 ve 279/IV gerekçelerine rağmen hukukçu bilirkişiliğe izin veren hakimlerin hukuk devleti ilkesine aykırı davrandıkları ve Anayasal suç işledikleri açıktır.

2. Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkesine Aykırıdır

Hakimler hukuki konularda görüş istedikleri bilirkişilerden edindikleri dosya özeti üzerinden kararlarını vermekte, bu da hakimlerin yargılama tembelliğini beraberinde getirmektedir. Hakimler yargılama görevlerini hukukçu bilirkişilere devrederek bir anlamda dosya özeti üzerinden karar yazan memurlara dönüşmektedir. Hakimlerin dosyayı inceleme, uyuşmazlıkları tespit etme, bunlar konusunda yargılama yürütmeleri ayrı bir bilgi ve tecrübe gerektirmektedir. Zamanla hakimler bilirkişi incelemesi olmadan karar vermekte zorlanır hale gelmektedir. Günümüzde hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurmadan karar veren hakim neredeyse bulunmamaktadır. Uzmanlıklarına ilişkin kriterlerin dahi belli olmadığı bilirkişilerce dosyalar özetlenmekte ve bu özetler kararlara esas alınmaktadır. Hakimler yargılamada fiilen

⁶⁰ Anayasa mad. 140/II: "Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler."

⁶¹ Anayasa mad. 138/I: "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler."

bilirkişilere bağımlı hale gelmektedir. Bu uygulamanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

V. Hukuki Bilirkişiden Alınan Raporlar Kanunsuz Delildir

HMK'da bilirkişiye, ispat ve delillerin düzenlediği 4. bölümde yer verilmiştir. Kanunkoyucu 6100 sayılı HMK'nın 189 uncu maddesinin 2 nci fıkrası ile, 1086 sayılı HUMK'tan farklı olarak, hukuka aykırı delillerin maddi vakiaların ispatında kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delil dosyadan çıkartılacak ve karara esas alınmayacaktır.

İster taraflarca delil olarak dayanılmış, isterse hakim tarafından gerek görül-müş olsun, bilirkişi incelemesinin yargılamada kullanılabilmesi için hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olması gereklidir. Bilirkişi raporunun hukuka aykırı olarak elde edilmesi durumunda HMK mad. 189 fıkra 2 uyarınca dosyadan çıkartılması gerekmektedir. Bu durumda mahkemeler tarafından verilen kararlarda, hukukçu bilirkişilerin görüşlerine dayanılması bozma sebebidir.

VI. Yeni Çözüm Arayış Olarak “Bilirkişilik Kanunu Tasarısı”

1086 sayılı Kanun ile 1927 yılında hukuki bilirkişiliğe aralanan kapı, elli dört yıla yakın süre uygulandıktan sonra 2494 sayılı Kanun mad. 18 ile değiştirilen HUMK mad. 275 ile yasaklanmış, ancak bu yasak otuz dört yıl boyunca fiili olarak mahkemelerce görmezden gelinmiştir. 6100 sayılı HMK mad. 266 ve 279/IV ile kesin olarak sorunu kökünden çözmeye çalışan kanunkoyucu aradan beş yıla yakın süre geçmesine rağmen başarılı olamamıştır. Günümüzde özellikle Adalet Bakanlığının hazırladığı Yönetmeliğin 5. maddesi nedeniyle hukuki bilirkişilik fiilen uygulanmaya devam etmektedir. Bilirkişilik, daha önce de belirtildiği gibi sadece hukuki bilirkişiler yönünden değil, bilirkişilerin seçimi gibi belirsizlikler nedeniyle de halen kanamakta olan bir yaradır.

İşte bu nedenle bilirkişiliği düzenleyen bir kanun yapılması gündeme gelmiş ve Adalet Bakanlığınca bu konuda bir tasarı hazırlanmıştır.⁶² Bu tasarının kısa bir süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmesi ve yasalaşması beklenilmektedir.

Bilirkişilik Kanunu Tasarısında hukuki bilirkişiliğe ilişkin olarak yasak Bilirkişiliğe Kabul Şartları başlıklı 11/III maddesinde, hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak görev yapamayacakları düzenlenmiş, hukuk öğrenimi görmüş

⁶² <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/Bilirki%C5%9Filik%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20.doc.pdf>

kişilerin ancak hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemeleri durumunda bilirkişi olarak sicile kayıt edilebilecekleri düzenlenmiştir.⁶³

Adalet Bakanlığının hazırladığı tasarı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.⁶⁴ Tasarı öncelikle bilirkişiliğin bir meslek olarak düzenlediği, yargı yerine yürütme ile ilişkilendirildiği, gerçek kişiler yerine özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik imkanı tanıdığı⁶⁵ gibi birçok haklı nedenle eleştirilmektedir.⁶⁶

Bilirkişilik Kanunu Tasarısı mad. 11 düzenlemesinin, mahkemelerin hukuki bilirkişiliğe ilişkin olarak kanunkoyucunun iradesini hiçe saymalarına kızılarak hazırlanmış ve hukuki bilirkişilik kurumunun kökünden engellemek için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak 6100 sayılı HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerindeki yasağı yok sayarak hazırladığı Yönetmelik ile hukuki bilirkişiliğe fiilen ortam sağlayan Adalet Bakanlığının, yarattığı bu hukuksuzluğu yine kendi hazırladığı yasa tasarısı ile çözmeye çalışması söz konusudur. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarıdaki hukuk bilirkişiliğe ilişkin yasa, kendi içinde ayrı tereddütlere sebep olmaktadır.

Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak görev yapamayacaklarına ilişkin düzenleme, başka kişilerin bilirkişi olarak görev yapmalarının mümkün olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Eğer buna karşın HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları anılacaksa, mahkemelerce iş yükü vs. nedenleriyle hukukçu olsun olmasın bilirkişinin görüşüne başvurulmak isteneceğinin de düşünülmesi gereklidir. Çünkü gerek HUMK mad. 275 gerekse HMK mad. 266 ve 279/IV yasakları mahkemeler tarafından bugüne kadar uygulanmamıştır.

Yine hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemeleri durumunda bilirkişi olarak sicile kayıt edilebileceklerine ilişkin düzenleme, başka bir uzmanlığa sahip olan hukukçu bilirkişilerin sicile hukukçu bilirkişi olarak yazılmalarını da engellemektedir. Bu da ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendiren hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, bilirkişi olarak görevlendirilebilmelerini ve hakimlerin yanlışlıkla (!) sorduğu hukuki sorulara yanlışlıkla (!) cevap veren hukukçu bilirkişilerin ortaya çıkmasını beraberinde getirebilecek-

⁶³ Bilirkişi Kanunu Tasarısı mad. 11: “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda hukuk öğrenimi görmüş kişiler bilirkişi olarak görev yapamazlar. Ancak, hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığına belgelendirdiği takdirde bilirkişi olarak sicile kayıt edilebilirler.”

⁶⁴ Tasarı hakkındaki ayrıntılı eleştiri için bk.: Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 227 vd.

⁶⁵ Bilirkişi Kanunu Tasarısı mad 2/a ve 5/j.

⁶⁶ Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 228.

tir. Zaten kanun düzenlemelerini yok sayan mahkemeler ve bilirkişilerin bu konuda yanlışlık yapmalarının da göz ardı edilmesi şaşırtıcı olmayacaktır. Bu nedenle eğer mutlaka bu şekilde bir metine yer verilmek isteniyorsa, Tasarının 2/a ve 3/III maddelerine “hukuk dışında kalan” şeklinde bir ekleme yapılması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız.⁶⁷

Tasarıda bir ayrımcılık yapılarak hukuk fakültesi mezunlarına yönelik olarak bu şekilde zorlama yasaklar getirilmesi yerine, Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin Yönetmeliğinin 5 inci maddesinin değiştirilmesiyle hukuki bilirkişilik kurumunun ortadan kaldırılmasının daha doğru olacağı açıktır. Gerçekten de Yönetmeliğin, hukukçuların bilirkişi listelerine kayıt edilmelerine imkan tanıyan 5 inci maddesinin değiştirilmesi ile hukukçu bilirkişi olarak listelere kayıt olunamayacak ve Adalet Bakanlığının kanun düzenlemelerini tanımaksızın suni olarak yarattığı hukuki bilirkişilik sorunu kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Eğer mutlaka hukuki bilirkişiliğin yasaklanması için kanuni bir düzenleme yapılacaksa, hukuki bilirkişiye başvurulmasının mutlak bir istinaf ve temyiz sebebi olacağı yönünde bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır.⁶⁸ Tasarı bu hali ile sorunu çözecek gibi görünmektaysa de; tereddütler uyandıran Tasarı düzenlemelerinin mahkemeler ve bilirkişilerce nasıl kötüye kullanılacağına öngörülmesi mümkün değildir. Bugüne kadar kanunun arkasını dolanmak için birçok yol bulan hukuki bilirkişilik yanlılarının, tereddüt yaratan bu düzenlemeleri de farklı yorumlayarak hukuki bilirkişiliğe kapı aralamaları olasıdır.

VII. Sonuç

Kanunkoyucu HMK 266 ve 279/IV maddelerinde hukuki bilirkişiliği tartışmaya yer vermeyecek kadar açık bir şekilde gerekçeleriyle birlikte yasaklamıştır. Buna rağmen Adalet Bakanlığı, mahkemeler, akademisyenler ve avukatlar tarafından kanunun emredici yasakları yok sayılmaktadır.

Hukuki bilirkişiliğe izin verilerek usul ekonomisi ilkesi bir kenara bırakılarak taraflar kanunsuz ve orantısız bir ekonomik yükün altına sokulmakta, kendi başına dosyada karar vermekten çekinen ve karar verdirilmekten kaçınılan bir hakimlik anlayışı benimsenmekte, hukuku öğreten akademisyenlerce kanuna uyulmaması normal ve hatta kabul edilebilir olarak görülmekte, yargılamada bu haksız uygulamaya karşı çıkacak avukatlar dahi baroların teşviki ile bilirkişi olarak görev yapmaktadır.

⁶⁷ Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 232.

⁶⁸ Aynı yöndeki görüş için bk.: Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 233.

Hukuku bilen kişiler olarak mahkemelerce atanan bilirkişiler, bilirkişiye ilişkin kanun düzenlemelerini bilmekle yükümlüdür. Buna rağmen atanan (bilir) kişilerin, HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemelerini bilmedikleri veya bilmezden geldikleri açıktır. Bu (bilir) kişilerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda mahkemelere görüş bildirirken, bazı durumlarda bazı kanun düzenlemelerini bilmemeleri veya bilmezden gelmeleri şaşırtıcı olmayacaktır.

Hukuki bilirkişilik başından sonuna hukuksuz ve keyfi bir uygulama olup, fiili olarak bazı (haklı veya haksız) çıkarlar nedeniyle izin verilen bu kurumunun tümüyle ortadan kaldırılması gereklidir. Kanunkoyucu bu konuda üstüne düşen görevi yerine getirmiş, hukuk devletinin gerektirdiği şekilde hukuki bilirkişiliği HMK mad. 266 ve 279/IV düzenlemeleri ile yasaklamıştır. Ancak mahkemeler ve bilirkişiler yasak olmasına rağmen bu kurumun devamında ısrar etmektedir.

Bir hukuk devletinde kabul görmesi mümkün olmayan ve ülkemiz dışında bir örneği de bulunmayan hukuki bilirkişilik kurumunun engellenebilmesi için öncelikle Adalet Bakanlığının bilirkişilere ilişkin Yönetmeliğinin 5/III düzenlemesinin kanuna uygun hale getirilmesi, baroların ve üniversitelerin bilirkişi listelerinde yer alan üyelerinin kanuna aykırı bu faaliyetine izin vermemeleri, kendilerine bilirkişilik teklif edilen hukukçuların ise hukukun kendilerinden beklediği şekilde bilirkişilik yapmayı reddetmeleri gereklidir.

Adalet Bakanlığının bilirkişiliğe ilişkin olarak hazırladığı kanun tasarısı mad. 11 ile her ne kadar hukuki bilirkişilik engellenmek istense de madde metni, tepki sonucu düşünülmeden kaleme alınmış izlenimi yaratmaktadır. Tasarının ilgili maddesinin, ayrımcılık yapan ve uygulamada tereddütlere yol açabilecek veya hukuki bilirkişiliğe kapı aralanması için kullanılacak şekilde kaleme alınması söz konusudur. Tasarının dilinin kanun yapma sanatı ve tekniği dikkate alınarak⁶⁹ tekrar düzenlenmesi gereklidir.

Ülkemizin bir hukuk devleti olduğuna, mahkemelerimizin kanunlara uygun, adil ve ekonomik bir yargılama yürüttüklerine, akademisyenlerimizin hukukun gelişmesine ve benimsenmesine katkıda bulduklarına ve avukatların yargının kurucu unsuru olarak adaletin gerçekleşmesinde kamu görevi üstlenerek hukuk kurallarının tam olarak sağlanmasına çalıştıklarına dair özlü sözlerin gerçek olabilmesi için hukuki bilirkişiliğe ilişkin yasakların mahkemeler, Adalet Bakanlığı, Adalet Komisyonları, akademisyenler, avukatlar ve meslek örgütü olan barolar tarafından hiçe sayılmasına neden olan somut sorunlar değerlendirilerek çözüm aranması zorunludur.

⁶⁹ Kaplan İbrahim, Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994/1,2, s. 97 vd ; Araç İbrahim ve İba Şeref, Türkiye' de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2003/3, s. 35 vd.

Aksi halde 1927 yılından bu yana doksan yıla yakın süredir mahkemelerce fiilen uygulanan, kırk yıla yakın bir süre önce 1981 yılında 2494 sayılı Kanun ile yasaklanan ve HMK mad. 266 ve 279/IV ile beş yıldır daha net bir şekilde düzenlenen hukuki bilirkişiliğin, “Bilirkişilik Kanunu Tasarısı” ile yasaklanması da mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Ahrens, Hans Jürgen**, in: Wiczorek ve Schütze ZPO, Band 6, 4. Auflage, Berlin, de Gruyter, 2014.
- Akil, Cenk**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararın Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/3, 2011.
- Araç İbrahim ve İba Şeref**, Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2003/3.
- Atalay, Oğuz**, Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar, Manisa Barosu Dergisi, 70. Yıl Özel Sayısı, 1995.
- Çayan, Gökhan**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul, Legal, 2013.
- Deryal Yahya**, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3.
- Kaplan İbrahim**, Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994/1,2.
- Katzenmeier Christian**, in: Prütting Gehrlein ZPO, 7. Auflage, Köln, Luchterhand, 2015.
- Keller, Ulrich**, Voraussetzungen und Umfang der Sachverständigenbeauftragung zur Schlussrechnungsprüfung im Insolvenzverfahren, Rpfleger, 2011.
- Kılıç Halil**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Adalet, 2011, s. 2219 vd.
- Kılıçoğlu, Mustafa**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, Legal, 2012.
- Rosenberg, Leo**, Schwab Karl H. ve Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2010.
- Tanrıver Süha**, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2015.
- Taşpınar Sema**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul, 2003.
- Türk Hikmet Sami**, Bilirkişilik, Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, 2000.
- Umar Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2011.
- Uygur, Tanju**, Hukuk Yargılama Yasasında Yapılan Son Değişiklikler, Ankara Barosu Dergisi, 1982/1.
- Yılmaz Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2013.
- Yılmaz, Ejder**, Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3.
- Yılmaz, Ejder**, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’yla Getirilen Değişiklikler, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Yılmaz, Zekeriya**, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Ankara, Adalet, 2012.